ЮРИДИЧНИЙ НАУКОВИЙ ЕЛЕКТРОННИЙ ЖУРНАЛ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

www.lsej.org.ua

8' 2020

Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 8, 2020

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)

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2020

УДК 34(05)

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

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Коломоєць 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;
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 Костянтинович – 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);
Стеценко Семен Григорович – доктор юридичних наук, професор;
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 № 5 від 22.12.2020 р.

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

Глухенький С.О. МОДЕЛЬ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ.....16
Кучук А.М., Пекарчук А.В. ТЕОРІЯ ЛЮДСЬКИХ ПРАВ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗМІНИ НА МЕЖІ СТОЛІТЬ.....21
Басараб О.Т., Блистів Т.І. ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОПОРЯДКУ У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ ТА ІНШИХ ВІЙСЬКОВИХ ФОРМУВАННЯХ.....24
Гулаткан С.В., Ткачук А.Я., Гулаткан Т.В. ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ СЕРЕД ІНШИХ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ЦІННОСТЕЙ ПРАВА.....28
Дмитрик І.О., Сервачак О.В. ПЕРЕМІЩЕНІ ЗВО ЯК ФАКТОР СОЦІАЛЬНОЇ МОБІЛІЗАЦІЇ.....31
Машталір Х.В. СВОБОДА ГРОМАДЯНИНА: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....35
Олійник А.Ю., Лисенкова О.О. НАУКОВІ ТА НОРМАТИВНІ ДЖЕРЕЛА ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕКЛАМИ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....39
Сидоренко О.О. МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО АКТА.....43
Сіваш А.А. УРСР: ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ УЧАСТІ В ООН.....47
Шершенькова В.А., Шевчук Я.В. КОДИФІКАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА У XVIII СТ.....50

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Кенева О.О., Мишанич А.В. РЕПРОДУКТИВНІ ПРАВА ЖІНОК ТА ЇХ ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ.....53
Нікітенко Л.О., Ковальчук Л.В. ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ І ПРОВЕДЕННЯ МІСЦЕВИХ ВИБОРІВ ЗА ВИБОРЧИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ.....56
Пузаков Д.В. ПРАВОВІ ЗАСАДИ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОГО РОЗВИТКУ В РЕГІОНІ.....59

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Осадько А.С., Довгаль Ю.С. МЕХАНІЗМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ЦИВІЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ.....62
Подвірна О.В. СТРОКИ ТА ТЕРМІНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ: ТЕМПОРАЛЬНИЙ АСПЕКТ.....66
Бевза Д.О. ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОФШОРНИХ ЗОН ТА АНТИОФШОРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: УКРАЇНА ТА СВІТ.....69
Божук І.І., Амеліна А.С. НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ.....73
Гузе К.А. НЕНАЛЕЖНЕ ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТОМ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ ЯК ПІДСТАВА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОКУРОРОМ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦТВА В СУДІ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ.....78
Гукова А.Р. ПРАВОВИЙ СТАТУС ОКРЕМИХ СУБ'ЄКТІВ ПРАВОВІДНОСИН В ІТ-ПРАВІ.....82
Каламайко А.Ю. НАСТАНОВИ РАДИ ЄВРОПИ ЩОДО ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ.....85
Канарик Ю.С., Філоненко В.В. ОСОБЛИВОСТІ ПАТЕНТУВАННЯ СЕКРЕТНИХ ВИНАХОДІВ В УКРАЇНІ ТА АНАЛІЗ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ.....90
Коваль О.М. ПРАВО НА ПУБЛІЧНІСТЬ «RIGHT OF PUBLICITY»: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....94
Ковальчук К.В., Осітрова Ю.О. ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ.....97
Коптяєва А.Ю., Поліщук М.Г. РОЗГЛЯД ЗАЯВ ТА ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ ПРО НАДАННЯ ОСОБІ ПСИХІАТРИЧНОЇ ДОПОМОГИ У ПРИМУСОВОМУ ПОРЯДКУ.....100
Кравцов С.О., Гончаров В.О., Кужель К.С. ПРАКТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ПОВНОВАЖЕННЯ АДВОКАТА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ.....104
Маліновська І.М. СОЦІАЛЬНІ БАЗИ ДАНИХ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ.....108
Маліновська І.М., Сисова А.І. ТАТУЮВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА.....111

Міць А.М. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНО-ПРИВАТНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....115
Новицький Д.В., Пісоцький А.Ф. СУЧАСНИЙ СТАН РОЗВИТКУ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У КОНТЕКСТІ ДОГОВІРНОГО ПРАВА.....119
Панченко О.І. РЕГРЕСНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЯК ВИД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ.....124
Пашкова К.І. МЕДІАЦІЯ В УКРАЇНІ ТА СВІТІ: ГЕНЕЗА, ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРИ ВИРІШЕННІ ЦИВІЛЬНИХ СПОРІВ.....128
Песоцька Ю.В., Дяченко С.В. ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПРИНЦИП "CASE MANAGEMENT" ТА НЕОБХІДНІСТЬ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....133
Петренко Г.О., Ковальчук В.І. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ У СФЕРІ ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ.....137
Поклонська О.Ю., Бойко К.С., Шуміленко Ю.О. ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СКАРГ В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ НА РІЗНИХ СТАДІЯХ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ.....142
Поліщук М.Г. ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УКРАЇНІ.....145
Самусєва К.В. НОВАЦІЯ ЯК СПОСІБ ПРИПИНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ.....148
Светлічна С.Ю. СПОСОБИ ТА ПОРЯДОК ЗАХИСТУ РЕЗУЛЬТАТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ.....152
Сердюк А.О., Федчишина Ю.В., Назарова І.В. ДОГОВІР ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ.....156
Сирота Д.І., Почтовюк К. А. ПРАВОВЕ ПОЛОЖЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ – БАНКРУТА В УКРАЇНІ.....160
Тімуш І.С., Хомченко О.В. ВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДЕЯКИХ СУБ'ЄКТІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ МІЖНАРОДНИМ СТАНДАРТАМ.....164
Уколова В.О., Уколова Є.О. ОСОБЛИВОСТІ ІНСТИТУТУ ПРАВА ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ВИДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....168
Чуєнко В.І., Ковтонюк М.П. ХАРАКТЕРИСТИКА АКТУАЛЬНИХ ПРОБЛЕМ ВИРІШЕННЯ ІПОТЕЧНИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ КРІЗЬ ПРИЗМУ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ВИКОРИСТАННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ.....171
Шаповал Я.В., Митник А.А. ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ СПАДКОВИХ ПРАВ У СУДОВОМУ ТА НОТАРІАЛЬНОМУ ПОРЯДКУ.....175
Шевченко І.Ю. ПОНЯТТЯ «РІШЕННЯ ІНОЗЕМНОГО СУДУ».....179
Шуміло І.А., Ковпик О.С. ПРАВОВІ ТА ЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ТРАНСКОРДОННОГО СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА.....182
Ярова А.С. ЗМІСТ ПРАВА СПОЖИВАЧА НА ІНФОРМАЦІЮ.....187

РОЗДІЛ 4
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Vitkova V.S. SUBJECTIVE RIGHT TO INFORMATION IN THE SYSTEM OF RIGHTS AND FREEDOMS OF A PERSON AND A CITIZEN IN UKRAINE.....190
Кузьміна М.М. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ В УКРАЇНІ.....193
Лихошвай А.В., Паламаренко В.О., Струков В.О. ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ МЕДИЧНИХ ЗАКЛАДІВ.....197
Міщенко В.С. МІСЦЕ ІНСТИТУТУ СОЦІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ПРАВОВІЙ МОДЕЛІ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ.....202
Погрібний Д.І. ПЕРСПЕКТИВИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН.....205
Шемет У.Р., Тимченко Л.М. PRO VS CONTRA РЕКОДИФІКАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ.....209
Юдін В.Ю. ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ ТА ЇЇ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ.....213

РОЗДІЛ 5
ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Науменко К.С. ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ МІГРАНТІВ.....217

Радіонова-Водяницька В.О., Морозов Я.І. ОКРЕМІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН З ФІЗИЧНИМИ ОСОБАМИ – РОБОТОДАВЦЯМИ В УКРАЇНІ....221
Боднарчук О.Г., Васьківська К.М. ТРУДОВИЙ ДОГОВІР З НЕФІКСОВАНИМ РОБОЧИМ ЧАСОМ ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ НЕТИПОВИХ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН....224
Грекова М.М., Греков Є.А., Галєєв Я.В. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ ЗА МОБІНГ: НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД....228
Забродіна О.В. ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ УЧАСНИКІВ ТРУДОВИХ ВІДНОСИНИ В УМОВАХ ПОШИРЕННЯ КОРОНАВІРУСНОЇ ІНФЕКЦІЇ COVID-19....234
Красюк Т.В., Тітова В.І. ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ У ТРУДОВИХ ВІДНОСИНАХ....237
Правник С.О. ТРАНСФОРМАЦІЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ....241
Радіонова-Водяницька В.О., Потапова Л.В. ТІНЬОВА ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ: ПРИЧИНИ І ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ЗАСОБІВ ПОДОЛАННЯ....247

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

Платонова Є.О. ЕТАПИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЕНЕРГІЇ В УКРАЇНІ....251
Заболотна Н.Я., Попруженко М.О. ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ПІДПРИЄМСТВ ЗА ДОПОМОГОЮ СИСТЕМИ МЕТОДІВ УПРАВЛІННЯ....256
Мелех Л.В. ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН....259

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

Мацелик Т.О., Лихолат Я.А. ЗАХОДИ ПОПЕРЕДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ АДМІНІСТРУВАННЯ ПОДАТКОВОГО БОРГУ ВЕЛИКИХ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН....263
Дядик В.О. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТИ (МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД)....266
Заїка А.В., Червякова О.Б. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В УКРАЇНІ....271
Капітаненко Н.П. ГЕНЕЗИС АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ....275
Карпенко О.М., Зеленський Є.С. ФЕНОМЕН НАСТАВНИЦТВА В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ....280
Клименко Ю.Ю. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ТА ВИРІШЕННЯ МИТНИХ СПОРІВ....283
Ковтун М.С., Іванюк А.О. ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІЦІЇ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ МАСОВИХ ЗАХОДІВ....287
Когут Ю.І. ШЛЯХИ МОДЕРНІЗАЦІЇ МЕХАНІЗМІВ РЕАЛІЗАЦІЇ СТРАТЕГІЇ ПРОТИДІЇ КІБЕРТЕРОРИЗМУ В УКРАЇНІ НА ОСНОВІ ВИКОРИСТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ....291
Колеснікова М.В., Солдатенко М.Д. УЧАСТЬ ГРОМАДЯН В ОХОРОНІ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ....295
Лагутіна К.О. ТРАНСФЕРТНЕ ЦІНОУТВОРЕННЯ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ КОРПОРАЦІЙ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ....299
Маринів Н.А. ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ: ЕКСКУРС В ІСТОРІЮ ТА ОГЛЯД ПОТОЧНОГО СТАНУ....303
Мачуська І.Б. ІНСТИТУТ КОНТРОЛЬНО-НАГЛЯДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ НАДРОКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ....309
Петренко В.О, Рудченко О.В., Маймур Є.Ф., Древнов І.Д., Джурко М.Г. ІНТЕЛЕКТУАЛЬНЕ ПІДПРИЄМНИЦТВО У ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ УКРАЇНИ....313
Стафійчук К.В. ПРАВОВА ПРИРОДА КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ....317
Тімашов В.О., Лисенко В.С. ЗАХИСТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ІНТЕРНЕТІ....320

Шкурська І.С. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ В УКРАЇНІ.....324
Шолкова Т.Б., Кобзар В.А. РОЛЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ПРОЦЕСІ ДЕТІНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....327
Юринець Ю.Л., Сопілко І.М., Бєлкін Л.М. ДЕКОМУНІЗАЦІЯ В КОНТЕКСТІ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ.....333
Яковенко І.Л., Шолкова Т.Б. ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МИТНИХ ОРГАНІВ І МИТНИХ РЕЖИМІВ В УКРАЇНІ.....338
Ярошенко А.С., Загоровська І.О., Пономарьова В.Р. ПРАВОВИЙ СТАТУС НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ: ПАРАДИГМАЛЬНИЙ АНАЛІЗ.....342

РОЗДІЛ 8
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Мудряк Т.О., Мостович Ю.С. ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТА ПРИМУШУВАННЯ ДО ВИКОНАННЯ ЧИ НЕВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ.....345
Базелюк В.В., Коваленко Є.С. СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ НА ОБ'ЄКТІ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ, ЗНИЩЕННЯ, РУЙНУВАННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ.....348
Барегамян С.Х., Доброс А.С. ОКРЕМІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ ЗА ВЧИНЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ В УКРАЇНІ.....352
Бодунова О.М., Щербакова В.А. ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ.....356
Воронцов А.В. АНАЛІЗ ҐЕНЕЗИ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОКРЕМИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ.....360
Гомля І.А. ЗАПОБІГАННЯ ПЕРЕШКОДЖАННЮ ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТА.....365
Діброва Т.А., Пісенко Д.О. КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ДОВІЧНЕ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ.....369
Лугіна Н.А., Горбань С.Ю. ДОСЛІДЖЕННЯ ПЕРЕДУМОВ, НАСЛІДКІВ ТА АНАЛІЗУ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ).....373
Лугіна Н.А., Кравченко А.О., Кубишина А.С. ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ.....378
Микитенко Д.О. ЗАХИСТ ІНФОРМАЦІЇ ТА КІБЕРБЕЗПЕКА ЯК СКЛАДОВА ЧАСТИНА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ.....381
Мовчан Р.О., Драчевський Є.Ю. ОНОВЛЕННЯ СТАТТІ 203–2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЯК НАСЛІДОК СКАСУВАННЯ ЗАБОРОНИ ГРАЛЬНОГО БІЗНЕСУ: АНАЛІЗ НА ПРЕДМЕТ ВІДПОВІДНОСТІ ПРИНЦИПУ СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕКИ.....386
Сподарик Ю.В. АНАЛІЗ ПОКАРАНЬ ТА ЇХ ЕФЕКТИВНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....391
Янішевська К.Д., Івахнюк Т.В., Савицька І. В. ДО ПИТАННЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ЗАРАЖЕННЯ КОРОНАВІРУСНОЮ ХВОРОБОЮ.....396

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

Кушпіт В.П., Цилюрик І.І. ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ.....400
Пасюк Т.В., Антонюк А.Б. ПОЗИТИВНІ ТА НЕГАТИВНІ СТОРОНИ ВИКОРИСТАННЯ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ.....405
Пасюк Т.В., Цимбал П.В. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ РЕЖИМУ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ПІД ЧАС ПАНДЕМІЇ.....408
Антонюк А.Б., Полчанінова О.В. КЛЮЧОВІ АСПЕКТИ ПІДТРИМАННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ В СУДІ: НАЦІОНАЛЬНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД.....412
Антонюк А.Б., Тимошенко Д.Ю. ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: НАЦІОНАЛЬНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД.....415

Козицька О.Г. ЩОДО ПОНЯТТЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ....418
Кошель В.В., Псьота О.В. ЩОДО ПИТАННЯ ДОКАЗУВАННЯ
В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В РАМКАХ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ
ПРИ ПРОВЕДЕННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ ТА У ПОРЯДКУ ПЕРЕЙНЯТТЯ....422
Кузьменко О.В., Карпюк І.С. РОЗСЛІДУВАННЯ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ,
ОТРИМАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ
(МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ)....426
Мільченко Н.С., Савчук М.В., Цимбал П.В. «ГОНОРАР УСПІХУ» В ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА....430
Омельчук Л.В., Герус Н.В. ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ ПОТЕРПІЛОГО ПІД ЧАС ДОКАЗУВАННЯ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ....433
Омельчук Л.В., Федоренко Є.В. ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ТА МЕЖ ДОКАЗУВАННЯ
ПІД ЧАС СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ....436
Осипенко І.П., Калітник О.О. ДОПИТ НЕПОВНОЛІТНЬОЇ ОСОБИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ЙОГО ОСОБЛИВОСТІ....439
Осипенко І.П., Лось А.Ю. ПИТАННЯ, ЩО ВИРІШУЮТЬСЯ У ХОДІ ПРОВЕДЕННЯ
ТРАСОЛОГІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ....442
Паламарчук Д.В., Шовкопляс К.І., Тітко І.А. РЕЛІГІЙНО-ЕТИЧНІ АСПЕКТИ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ....445
Ромців О.І. РОЗВИТОК ТЕОРІЇ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ (РАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД)....448
Ситенька О.С., Макарчук Ю.В. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ПОТЕРПІЛОГО
НА ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ....451
Скрябін О.М. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ СВІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ....455
Цимбал П.В., Манзюк О.І. ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ
З ІНШИМИ ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ
ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ....458
Чернякович Н.А. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ КООРДИНАТ РОЗТАШУВАННЯ
ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ ВІДНОСНО ЕЛЕМЕНТІВ ДОРОГИ
ЗА ДАНИМИ ФОТО- ВІДЕОФІКСАЦІЇ....461

РОЗДІЛ 10
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Трагнюк Р.Р. ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СТАТУСУ МИТНИХ ОРГАНІВ
ЯК ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ....466
Гуртовенко О.Л. КОНЦЕПЦІЯ ОРИГІНАЛЬНИХ СУДОВИХ ВИРОКІВ....470
Ковальова Я.О., Якубов Б.В. ПРОБЛЕМА АДВОКАТСЬКОЇ МОНОПОЛІЇ:
ЯКІСТЬ ЧИ ДОСТУПНІСТЬ....479
Константиновський С.Г. КЛЮЧОВІ ЗАГРОЗИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ
НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ....484
Рамазанова С.Р. ОПЛАТА ПОСЛУГ АДВОКАТА «ГОНОРАР УСПІХУ»....489
Шандула О.О., Чубейко В.І. МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ....492

РОЗДІЛ 11
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Андрущенко О.П. ЗАХИСТ ПРАВ ТРУДОВИХ МІГРАНТІВ ЗА УМОВ ПАНДЕМІЇ COVID-19....495
Асірян С.Р., Белей О.В., Дулепа В.П. «ДЕФІЦИТ ДЕМОКРАТІЇ» У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ:
СУЧАСНИЙ СТАН І ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ....499
Бойчук Д.С., Галич К.В., Ходосов О.О. ЩОДО ПИТАННЯ ВИХОДУ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ
ІЗ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПРОЦЕДУРА, ПРИЧИНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ....502
Логойко О.О. ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОБЛЕМИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЖІНОК
У ПОЛОЖЕННЯХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА ПРАВА ЄС....507
Олексієнко А.В. МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ: СУТНІСТЬ ТА ПЕРЕВАГИ....511
Пархоменко А.Ю. ПОНЯТТЯ НАЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТА ЕКСПРОПРІАЦІЇ
ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ....515
Сіваш О.М. СТАТУС ЧЛЕНІВ РОДИНИ ДИПЛОМАТИЧНОГО АГЕНТА
ЗА ВІДЕНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ ПРО ДИПЛОМАТИЧНІ ЗНОСИНИ
І НАЦІОНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ....518

Славко А.С., Рєпін Д.А. МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ТА ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЗАБУТТЯ.....522
Філіпських О.І. АКТУАЛЬНІСТЬ ВИКОРИСТАННЯ ІНСТИТУТУ ПЕРЕГОВОРІВ
У МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ПУБЛІЧНИХ ВІДНОСИНАХ.....526

РОЗДІЛ 12
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Плохий В.М. НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕЖИМУ
ПОВОДЖЕННЯ З ТЕХНОГЕННИМИ ВІДХОДАМИ.....529
Максимович А.М. ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ СЛУЖБОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ
ЗА ФАКТОМ ПОРУШЕННЯ СЛУЖБОВОЇ ДИСЦИПЛІНИ ПРАЦІВНИКАМИ
ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ.....533
Ярова Р.В. ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ
ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ В ЧАСТИНІ ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО СУМІСНИЦТВА
ТА СУМІЩЕННЯ З ІНШИМИ ВИДАМИ ДІЯЛЬНОСТІ.....538
Бокоч М.В. ПРИНЦИП ДРУЖНОГО СТАВЛЕННЯ ДО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА
У ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ.....541
Драгнєвіч О.В. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІМУНІТЕТУ СУДДІ
ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....544
Бруссо К.М. ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА.....550
Хомініч С.В. ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ОХОРОНИ СУДОВОЇ ВЛАДИ.....554
Геревич М.О. ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ А. ВОЛОШИНА НА ПІДКАРПАТСЬКУ РУСЬ
ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ПОЛІТИЧНУ ОДИНИЦЮ.....557
Сірко Р.Б. ЩОДО ПИТАНЬ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ПРАВА,
ЩО СТОСУЮТЬСЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАЛІЗНИЧНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ.....561
Тарасевич Ю.В. КРИМІНОЛОГІЧНЕ ПРОГНОЗУВАННЯ.....565
Миколенко О.І., Добровольська Н.В. ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ
ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ОСОБИ НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ.....568
Мірковець О.М. СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ РОЗБОЇВ,
ВЧИНЕНИХ ОРГАНІЗОВАНОЮ ГРУПОЮ.....572
Погорілецька А.В. ОСНОВНІ НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОГО
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ГРОМАДЯН НА ОФІЦІЙНУ ІНФОРМАЦІЮ.....576
Медяник В.А. ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ДЕРЖАВНОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ.....579
Єрмак О.О. ГАРАНТІЇ, ЯК ЕЛЕМЕНТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ
ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ.....582
Кудрявцев Є.В. ОСНОВНІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ АМЕРИКАНСЬКОГО
КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА.....585
Смолка О.В. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОХОДЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ
У ДОПОМІЖНИХ ОРГАНАХ, УТВОРЕНИХ ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ.....590
Гурин М.О. СУБ'ЄКТИ ІНІЦІЮВАННЯ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ БОРЖНИКА НЕДІЙСНИМИ
У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА ЗА СТАТТЕЮ 42 КОДЕКСУ УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА....593
Сисоєнко І.В. ІНСТИТУТ МЕДИЧНОГО ТУРИЗМУ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ЕКСКУРС.....596
Розумяк Р.В. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА
НА ВІДПОЧИНОК В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ.....599

CONTENTS

SECTION 1
THEORY AND HISTORY OF THE LAW AND THE STATE; HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

Hlukhenkyi S.O. THE INSTITUTIONALIZATION MODEL OF A LEGAL EXPERIMENT.....16
Kuchuk A.M., Pekarchuk A.V. HUMAN RIGHTS THEORY: CONCEPTUAL CHANGES AT THE TURN OF CENTURIES.....21
Basarab O.T., Blystiv T.I. ORGANIZATIONAL AND LEGAL MECHANISMS OF ENSURING THE LAW AND ORDER IN THE ARMED FORCES OF UKRAINE AND OTHER MILITARY FORMATIONS.....24
Hulatkan S.V., Tkachuk A.Ya., Hulatkan T.V. HUMAN DIGNITY AMONG OTHER FUNDAMENTAL VALUES OF LAW.....28
Dmytryk I.O., Servachak O.V. RELOCATED UNIVERSITIES AS A FACTOR OF SOCIAL MOBILIZATION.....31
Mashtalir Kh.V. FREEDOM OF CITIZEN: INTERNATIONAL-LEGAL ASPECT.....35
Oliinyk A.Yu., Lysenkova O.O. SCIENTIFIC AND REGULATORY SOURCES OF RESEARCH OF LEGAL REGULATION OF ADVERTISING IN UKRAINE AND COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION.....39
Sydorenko O.O. METHODOLOGICAL APPROACHES TO THE DEFINITION OF A LEGAL ACT.....43
Sivash A.A. UKRAINIAN SOVIET SOCIALIST REPUBLIC: HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS OF PARTICIPATION IN THE UN.....47
Shershenkova V.A., Shevchuk Ya.V. CODIFICATION OF UKRAINIAN LAW IN THE XVIII CENTURY.....50

SECTION 2
CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

Keneva O.O., Myshanych A.V. WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS AND THEIR LEGISLATIVE REGULATION IN UKRAINE.....53
Nikitenko L.O., Kovalchuk L.V. SOME ISSUES OF ORGANIZATION AND CONDUCT OF LOCAL ELECTIONS UNDER THE ELECTORAL CODE OF UKRAINE.....56
Puzakov D.V. LEGAL PRINCIPLES OF SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT IN THE REGION.....59

SECTION 3
CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Osadko A.S., Dovhal Yu.S. MECHANISMS FOR IMPROVING THE PROCEDURE OF CIVIL CONFISCATION: SOME ASPECTS OF APPLICATION.....62
Podvirna O.V. TERMS AND DEADLINES IN CIVIL LAW: TEMPORAL ASPECT.....66
Bevza D.O. LEGAL CHARACTERISTICS OF OFFSHORE ZONES AND ANTI-OFFSHORE REGULATION: UKRAINE AND THE WORLD.....69
Bozhuk I.I., Amelina A.S. NOTARIAL CERTIFICATE OF MARRIAGE AGREEMENT.....73
Huze K.A. INCOMPETENT EXERCISE BY THE ENTITY OF POWER OF PROTECTION OF THE INTERESTS OF THE STATE AS A GROUND FOR REALIZATION OF THE REPRESENTATIVE.....78
Hukova A.R. LEGAL STATUS OF INDIVIDUAL SUBJECTS OF LEGAL RELATIONS IN IT-LAW.....82
Kalamaiko A.Yu. THE COUNCIL OF EUROPE GUIDELINES ON ELECTRONIC EVIDENCE: WAYS TO IMPROVE.....85
Kanaryk Yu.S., Filonenko V. V. PECULIARITIES OF PATENTING OF SECRET INVENTIONS IN UKRAINE AND ANALYSIS OF FOREIGN EXPERIENCE.....90
Koval O.M. THE RIGHT OF PUBLICITY: SOME ISSUES OF LEGAL REGULATION.....94
Kovalchuk K.V., Ositrova Yu.O. FEATURES OF CONFLICT REGULATION OF FAMILY RELATIONS IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION.....97
Koptiaieva A.Yu., Polischuk M.H. CONSIDERATION OF APPLICATIONS AND DECISION ON PROVISIONAL PROVISION OF PERSONAL PSYCHIATRIC ASSISTANCE.....100
Kravtsov S.O., Honcharov V.O., Kuzhel K.S. PRACTICAL FEATURES OF CONFIRMATION OF THE ATTORNEY'S POWER IN CIVIL JUDICIARY.....104

Malinovska I.M. SOCIAL DATABASES AS AN OBJECT OF LEGAL PROTECTION.....108
Malinovska I.M., Sysova A.I. TATTOO AS AN OBJECT OF COPYRIGHT.....111
Mits A.M. PROCEDURAL PROBLEMS OF PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL- PRIVATE LEGAL RELATIONS.....115
Novytskyi D.V., Pisotskyi A.F. THE CURRENT STATE OF DEVELOPMENT OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES IN THE CONEXT OF CONTRACT LAW.....119
Panchenko O.I. RECOURSE LIABILITY AS A KIND OF CIVIL LIABILITY OF POLICE OFFICERS.....124
Pashkova K.I. MEDIATION IN UKRAINE AND THE WORLD: GENESIS, LEGAL REGULATION AND EFFECTIVENESS IN CIVIL CASES.....128
Pesotska Yu.V., Diachenko S.V. THE EUROPEAN PRINCIPLE OF "CASE MANAGEMENT" AND THE NECESSITY OF ITS IMPLEMENTATION IN THE CIVIL PROCEEDINGS OF UKRAINE.....133
Petrenko H.O., Kovalchuk V.I. SOME ASPECTS OT THE APPLICATION OF ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR OFFENSES RELATED TO CORRUPTION IN THE FIELD OF FINANCIAL CONTROL.....137
Poklonska O.Yu., Boiko K.S., Shumilenko Yu.O. PECULIARITIES OF COMPLAINTS IN APPEALS AT DIFFERENT STAGES OF THE TRIAL.....142
Polischuk M.H. THE CONCEPT AND SIGNIFICANCE OF PROCEDURAL REPRESENTATION IN UKRAINE.....145
Samusieva K.V. NOVATION AS A WAY OF TERMINATION OF OBLIGATION.....148
Svetlichna S.Yu. METHODS AND PROCEDURE FOR PROTECTION OF THE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY ON THE INTERNET.....152
Serdiuk A.O., Fedchyshyna Yu.V., Nazarova I.V. CONTRACT MAINTENANCE FOR LIFE: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS.....156
Syrota D.I., Pochtoviuk K. A. LEGAL STATUS OF AN INDIVIDUAL-BANKRUPT IN UKRAINE.....160
Timush I.S., Khomchenko O.V. COMPLIANCE OF THE LEGAL NATURE OF SOME SUBJECTS OF FAMILY LAW OF UKRAINE WITH INTERNATIONAL STANDARDS.....164
Ukolova V.O., Ukolova Ye.O. PECULIARITIES OF THE INSTITUTE OF TRUST PROPERTY LAW AS A TYPE OF ENSURING THE PERFORMANCE OF OBLIGATIONS UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE.....168
Chuienko V.I., Kovtoniuk M.P. CHARACTERISTICS OF CURRENT PROBLEMS OF RESOLUTION OF MORTGAGE DISPUTES IN UKRAINE THROUGH THE PRISM OF FOREIGN EXPERIENCE USING THE INSTITUTE OF MEDIATION.....171
Shapoval Ya.V., Mytnyk A.A. FEATURES OF PROTECTION OF INHERITANCE RIGHTS IN COURT AND NOTARIAL PROCEEDINGS.....175
Shevchenko I.Yu. CATEGORY OF "FOREIGN JUDGMENT".....179
Shumilo I.A., Kovpyk O.S. LEGAL AND ETHICAL ISSUES IN CROSS-BORDER GESTATIONAL SURROGACY.....182
Yarova A.S. CONTENT OF THE CONSUMER`S RIGHT TO INFORMATION.....187

SECTION 4
ECONOMIC LAW; ECONOMIC PROCEDURAL LAW

Vitkova V.S. SUBJECTIVE RIGHT TO INFORMATION IN THE SYSTEM OF RIGHTS AND FREEDOMS OF A PERSON AND A CITIZEN IN UKRAINE.....190
Kuzmina M.M. CURRENT TRENDS IN THE LEGAL REGULATION OF RENEWABLE ENERGY IN UKRAINE.....193
Lykhoshvai A.V., Palamarenko V.O., Strukov V.O. LEGAL ENFORCEMENT OF PRIVATE MEDICAL INSTITUTIONS.....197
Mischenko V.S. THE PLACE OF THE INSTITUTE OF SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE LEGAL MODEL OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF UKRAINE.....202
Pohribnyi D.I. PROSPECTS FOR ECONOMIC AND LEGAL SUPPORT FOR THE USE OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY.....205
Shemet U.R., Tymchenko L.M. PRO VS CONTRA RECODIFICATION ECONOMIC LEGISLATION OF UKRAINE.....209
Yudin V.Yu. E-COMMERCE AND ITS LEGAL REGULATION.....213

SECTION 5
LABOUR LAW; SOCIAL SECURITY LAW

Naumenko K.S. FEATURES OF JUDICIAL PROTECTION OF LABOR RIGHTS OF MIGRANTS.....217

Radionova-Vodianytska V.O., Morozov Ya.I. CERTAIN ASPECTS OF THE DEVELOPMENT OF EMPLOYMENT RELATIONS WITH INDIVIDUALS-EMPLOYERS IN UKRAINE.....221
Bodnarchuk O.H., Vaskivska K.M. EMPLOYMENT AGREEMENT WITH FLEXIBLE WORKPLACE HOURS AS ONE OF THE FORMS OF NONTYPICAL EMPLOYMENT AGREEMENTS.....224
Hrekova M.M., Hrekov Ye.A., Halieiev Ya.V. EMPLOYER'S RESPONSIBILITY FOR MOBBING: NATIONAL LEGISLATION AND GLOBAL EXPERIENCE 228
Zabrodina O.V. LEGAL ANALYSIS OF THE RIGHTS AND RESPONSIBILITIES OF PARTICIPANTS IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE CONDITIONS OF THE SPREAD OF CORONAVIRUS INFECTION COVID-19.....234
Krasiuk T.V., Titova V.I. GENDER EQUALITY IN LABOR RELATIONS.....237
Pravnyk S.O. TRANSFORMATION OF LABOR RELATIONS DURING THE CORONAVIRUS PANDEMIC.....241
Radionova-Vodianytska V.O., Potapova L.V. SHADOW EMPLOYMENT OF THE POPULATION: REASONS AND SUGGESTIONS FOR MEANS OF OVERCOMING.....247

SECTION 6
LAND LAW; AGRARIAN LAW; ENVIRONMENTAL LAW; NATURAL RESOURCE LAW

Platonova Ye.O. STAGES OF LEGISLATION DEVELOPMENT IN THE FIELD OF USE OF ALTERNATIVE ENERGY SOURCES IN UKRAINE.....251
Zabolotna N.Ya., Popruzhenko M.O. INCREASING THE EFFICIENCY OF AGRICULTURAL ENTERPRISES ACTIVITIES WITH MANAGEMENT METHODS SYSTEM.....256
Melekh L.V. LEGAL LIABILITY FOR OFFENSES IN THE FIELD OF LAND RELATIONS.....259

SECTION 7
ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

Matselyk T.O., Lykholat Ya.A. PREVENTION MEASURES IN THE CONTEXT OF GOVERNMENT TAX ADMINISTRATION OF LARGE TAXPAYERS: EXPERIENCE OF FOREIGN COUNTRIES.....263
Diadyk V.O. LEGAL REGULATION OF CRYPTOVOLUTY CIRCULATION (INTERNATIONAL EXPERIENCE).....266
Zaika A.V., Cherviakova O.B. SOME PROBLEMS OF ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN UKRAINE.....271
Kapitanenko N.P. GENESIS OF ADMINISTRATIVE-LEGAL REGULATION IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IMPLEMENTATION.....275
Karpenko O.M., Zelenskyi Ye.S. MENTORING PHENOMENON IN THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE.....280
Klymenko Yu.Yu. THE PECULIARITIES OF APPLICATION OF ADMINISTRATIVE JUSTICE PRINCIPLES DURING CONSIDERATION OF CUSTOMS DISPUTES.....283
Kovtun M.S., Ivaniuk A.O. FEATURES OF IMPLEMENTATION OF ADMINISTRATIVE ACTIVITIES OF THE POLICE DURING MASS EVENTS.....287
Kohut Yu.I. WAYS TO MODERNIZE IMPLEMENTATION MECHANISMS STRATEGIES TO COMBAT CYBERTERRORISM IN UKRAINE BASED ON THE USE OF INTERNATIONAL EXPERIENCE.....291
Kolesnikova M.V., Soldatenko M.D. PARTICIPATION OF CITIZENS IN THE PROTECTION OF PUBLIC ORDER.....295
Lahutina K.O. TRANSFER PRICING OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN A PANDEMIC CONDITION.....299
Maryniv N.A. INSTITUTE OF ADMINISTRATIVE APPEAL OF DECISIONS OF TAX AUTHORITIES: AN EXCURSION INTO HISTORY AND REVIEW OF THE CURRENT STATE.....303
Machuska I.B. INSTITUTE OF CONTROL AND SUPERVISION ACTIVITY IN THE FIELD OF SUB-USE IN UKRAINE.....309
Petrenko V.O, Rudchenko O.V., Maimur Ye.F., Drevnov I.D., Dzhurko M.H. INTELLECTUAL ENTREPRENEURSHIP IN THE UKRAINIAN LEGAL SPACES 313
Stafiichuk K.V. LEGAL NATURE OF CASSATION PROCEEDINGS IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OF UKRAINE.....317
Timashov V.O., Lysenko V.S. PROTECTION OF PERSONAL NON-PROPERTY

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE INTERNET.....320
Shkurska I.S. THE FEATURES OF THE LEGAL STATUS OF THE STATE OF EMERGENCY..... 324
Sholkova T.B., Kobzar V.A. ROLE OF STATE REGULATION IN PROCESS UNSHADOWING ECONOMY OF UKRAINE: THEORETICAL AND LEGAL ASPECT..... 327
Yurynets Yu.L., Sopilko I.M., Bielkin L.M. DECOMMUNIZATION IN THE CONTEXT OF INFORMATION SECURITY.....333
Yakovenko I.L., Sholkova T.B. THE HISTORY OF ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION OF CUSTOMS AUTHORITIES AND CUSTOMS REGIMES IN UKRAINE.....338
Yaroshenko A.S., Zahorovska I.O., Ponomarova V.R. LEGAL STATUS OF THE NATIONAL BANK OF UKRAINE: PARADIGM ANALYSIS.....342

SECTION 8
CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

Mudriak T.O., Mostovych Yu.S. CHARACTERISTICS OF THE OBJECT OF COERCION TO FULFILL OR NON-FULFILLMENT OF CIVIL LAW OBLIGATIONS..... 345
Bazeliuk V.V., Kovalenko Ye.S. SOCIAL CONDITIONALITY OF LIABILITY FOR ILLEGAL SEARCHES ON THE ARCHEOLOGICAL HERITAGE OBJECT, DESTRUCTION, DEMOLITION OR DAMAGE OF CULTURAL HERITAGE OBJECT..... 348
Barehamian S.Kh., Dobros A.S. CERTAIN ASPECTS OF CRIMINAL LIABILITY OF JUDGES FOR COMMITTING CORRUPTION OFFENSES IN UKRAINE.....352
Bodunova O.M., Scherbakova V.A. ON THE ISSUE OF MEASURES OF CRIMINAL LAW NATURE AGAINST LEGAL ENTITIES..... 356
Vorontsov A.V. ANALYSIS OF THE GENESIS OF LEGISLATION ON CERTAIN CRIMINAL OFFENSES COMMITTED BY OFFICIALS IN THE FIELD OF JUSTICE.....360
Homlia I.A. PREVENTION OF INTERFERENCE WITH THE JOURNALIST'S PROFESSIONAL ACTIVITY..... 365
Dibrova T.A., Pisenko D.O. CORRUPT CRIMINAL OFFENSES AND LIFE IMPRISONMENT..... 369
Luhina N.A., Horban S.Yu. INVESTIGATION OF PREREQUISITES, CONSEQUENCES AND ANALYSIS OF CRIMINAL PROCEEDINGS OF AVOIDANCE OF PAYMENT OF TAXES, FEES (COMPULSORY PAYMENTS)..... 373
Luhina N.A., Kravchenko A.O., Kubyshyna A.S. HISTORY OF RECURRENCE CRIME.....378
Mykytenko D.O. INFORMATION PROTECTION AND CYBER SECURITY AS A COMPONENT OF UKRAINE'S NATIONAL SECURITY.....381
Movchan R.O., Drachevskyi Ye.Yu. UPDATE OF ARTICLE 203–2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE AS A CONSEQUENCE OF THE ABOLITION OF THE BAN ON GAMBLING: AN ANALYSIS OF COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF PUBLIC DANGER.....386
Spodaryk Yu.V. ANALYSIS OF PUNISHMENTS AND THEIR EFFECTIVENESS IN CRIMINAL OFFENSES AGAINST JOURNALISTIC ACTIVITY 391
Yanishevska K.D., Ivakhniuk T.V., Savytska I. V. TO THE QUESTION ABOUT THE CRIMINALIZATION OF CORONAVIRUS INFECTION.....396

SECTION 9
CRIMINAL PROCESS AND FORENSIC SCIENCE; FORENSIC EXAMINATION; OPERATIVELY-SEARCH ACTIVITY

Kushpit V.P., Tsyliuryk I.I. PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS: INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS.....400
Pasiuk T.V., Antoniuk A.B. POSITIVE AND NEGATIVE SIDES OF USING A VIDEO CONFERENCE DURING CRIMINAL PROCEEDINGS.....405
Pasiuk T.V., Tsymbal P.V. PROBLEMS OF APPLYING THE VIDEO CONFERENCE REGIME IN THE CRIMINAL PROCESS DURING THE PANDEMIC.....408
Antoniuk A.B., Polchaninova O.V. KEY ASPECTS OF MAINTAINING PUBLIC PROSECUTION IN COURT: NATIONAL AND INTERNATIONAL EXPERIENCE.....412
Antoniuk A.B., Tymoshenko D.Yu. APPLICATION OF PRISON PRECAUTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS: NATIONAL AND INTERNATIONAL EXPERIENCE.....415
Kozytska O.H. ON THE CONCEPT OF ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....418

Koshel V.V., Psota O.V. SOME PROBLEMS OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS RECEIVED WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LEGAL AID IN PROCEDURAL PROCEEDINGS AND ORDER.....422
Kuzmenko O.V., Karpiuk I.S. INVESTIGATION OF THE LAUNDERING OF CRIME PROCEEDS USING VIRTUAL CURRENCIES (METHODOLOGY).....426
Milchenko N.S., Savchuk M.V., Tsymbal P.V. «SUCCESS FEE» IN THE ACTIVITIES OF A LAWYER.....430
Omelchuk L.V., Herus N.V. PROBLEMS OF THE VICTIM'S PARTICIPATION DURING IN EVIDENCE OF CRIMINAL PROCEEDING.....433
Omelchuk L.V., Fedorenko Ye.V. DETERMINATION OF THE SUBJECT AND LIMITS OF PROOF DURING TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....436
Osypenko I.P., Kalitnyk O.O. THE INTERROGATION OF A MINOR IN A CRIMINAL PROCEEDING AND ITS SPECIFICITIES.....439
Osypenko I.P., Los A.Yu. ISSUES WHICH ARE COVERED IN THE COURSE OF THE TRASSOLOGICAL EXAMINATION.....442
Palamarchuk D.V., Shovkoplias K.I., Titko I.A. RELIGIOUS AND ETHICAL ISSUES IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS.....445
Romtsiv O.I. DEVELOPMENT OF THE THEORY OF COUNTERACTION TO THE INVESTIGATION OF CRIMES (THE SOVIET PERIOD).....448
Sytenka O.S., Makarchuk Yu.V. REALIZATION OF THE RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SOME ISSUES.....451
Skriabin O.M. ENSURING THE RIGHTS OF WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....455
Tsymbal P.V., Manziuk O.I. PECULIARITIES OF INTERACTION OF THE STATE BUREAU OF INVESTIGATIONS WITH OTHER GOVERNMENT BODIES DURING THE PRE-TRIAL INVESTIGATION.....458
Cherniakovych N.A. CERTAIN ASPECTS OF DETERMINATION OF COORDINATES OF LOCATION OF VEHICLES REGARDING ROAD ELEMENTS ACCORDING TO PHOTO-VIDEO FACILITATION.....461

SECTION 10
JUDICATURE; PUBLIC PROSECUTION AND ADVOCACY

Trahniuk R.R. PROBLEMS IN DETERMINING THE STATUS OF CUSTOMS AUTHORITIES AS LAW ENFORCEMENT AGENCIES AT THE PRESENT STAGE.....466
Hurtovenko O.L. THE CONCEPT OF UNUSUAL COURT VERDICTS.....470
Kovalova Ya.O., Yakubov B.V. THE PROBLEM OF THE LAWYER MONOPOLY: QUALITY OR AVAILABILITY.....479
Konstantynovskyi S.H. MAIN THREATS TO THE INDEPENDENCE OF THE UKRAINIAN BAR AT THE PRESENT STAGE.....484
Ramazanova S.R. PAYMENT FOR ATTORNEY SERVICES "SUCCESS FEE".....489
Shandula O.O., Chubeiko V.I. MORAL PRINCIPLES OF ADVOCACY.....492

SECTION 11
INTERNATIONAL LAW

Andruschenko O.P. PROTECTION OF THE RIGHTS OF MIGRANT LABOR DURING THE COVID-19 PANDEMIC.....495
Asirian S.R., Belei O.V., Dulepa V.P. "DEFICIT OF DEMOCRACY" IN THE EUROPEAN UNION: CURRENT SITUATION AND SOLUTIONS.....499
Boichuk D.S., Halych K.V., Khodosov O.O. ON THE ISSUE OF WITHDRAWAL OF MEMBER STATES FROM THE EUROPEAN UNION: PROCEDURE, REASONS AND PROSPECTS.....502
Lohoiko O.O. CERTAIN ASPECTS OF REGULATING THE PROBLEM OF DISCRIMINATION OF WOMEN IN THE PROVISIONS OF INTERNATIONAL AND EU LAW.....507
Oleksiienko A.V. INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: ESSENCE AND ADVANTAGES.....511
Parkhomenko A.Yu. THE DEFINITION OF EXPROPRIATION AND NATIONALISATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT IN UKRAINE.....515
Sivash O.M. THE STATUS OF FAMILY MEMBERS OF THE DIPLOMATIC AGENTS UNDER THE VIENNA CONVENTION ON DIPLOMATIC RELATIONS AND NATIONAL LAW OF UKRAINE.....518

Slavko A.S., Riepin D.A. MECHANISM OF REALIZATION AND PROTECTION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN.....522
Filipskykh O.I. THE RELEVANCE OF USING THE INSTITUTE OF NEGOTIATIONS IN INTERNATIONAL LAW PUBLIC RELATIONS.....526

SECTION 12
TOPICAL ISSUES OF JURIDICAL SCIENCE

Plokhyi V.M. NORMATIVE PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGIME OF MAN-MADE WASTE MANAGEMENT.....529
Maksymovych A.M. THE PROCEDURE FOR CONDUCTING AN OFFICIAL INVESTIGATION INTO THE FACT OF VIOLATION OF OFFICIAL DISCIPLINE BY EMPLOYEES OF THE STATE BUREAU OF INVESTIGATION.....533
Yarovaa R.V. PRACTICAL ASPECTS OF APPLICATION OF THE LAW OF UKRAINE ON PREVENTION OF CORRUPTION IN PART OF RESTRICTIONS ON COMBINATION AND COMBINATION WITH OTHER TYPES.....538
Bokoch M.V. PRINCIPLES OF THE FRIENDLY ATTITUDE TO INTERNATIONAL LAW IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE ACTIVITY.....541
Drahnievich O.V. PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF JUDGE IMMUNITY UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE.....544
Brusso K.M. THEORETICAL BASES OF FORMATION OF A TECHNIQUE OF INVESTIGATION CRIMINAL OFFENSES IN THE FIELD OF HOUSING CONSTRUCTION.....550
Khominich S.V. PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT FOR THE PROTECTION OF THE JUDICIARY.....554
Herevych M.O. A. VOLOSHYN LEGAL VIEWS ON SUBCARPATHIAN RUS AS AN ADMINISTRATIVE AND POLITICAL UNIT.....557
Sirko R.B. REGARDING THE APPLICATION OF LEGAL NORMS CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF RAILWAY TRANSPORTATION.....561
Tarasevych Yu.V. CRIMINOLOGICAL FORECASTING.....565
Mykolenko O.I., Dobrovolska N.V. REVIEW OF JUDGMENTS AS A GUARANTEE OF PROTECTION OF THE PERSON'S RIGHT TO ACCESS TO PUBLIC INFORMATION.....568
Mirkovets O.M. INVESTIGATIVE SITUATIONS OF THE INITIAL STAGE OF THE INVESTIGATION OF ROBBERIES COMMITTED BY AN ORGANIZED GROUP.....572
Pohoriletska A.V. MAIN DIRECTIONS OF IMPROVEMENT OF ORGANIZATIONAL AND LEGAL SUPPORT OF THE RIGHT OF CITIZENS TO OFFICIAL INFORMATION.....576
Medianyk V.A. THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT OF STATE SOCIAL POLICY.....579
Yermak O.O. GUARANTEES AS AN ELEMENT OF THE ADMINISTRATIVE AND LEGAL STATUS OF CIVIL LAW ENFORCEMENT OFFICERS.....582
Kudriavtsev Ye.V. MAIN STAGES OF DEVELOPMENT OF AMERICAN CRIMINAL JUDICIARY.....585
Smolka O.V. LEGAL REGULATION OF STATE SERVICE IN SUBSIDIARY BODIES, ESTABLISHED BY THE PRESIDENT OF UKRAINE.....590
Guryn M.O. SUBJECTS OF INITIATING THE RECOGNITION OF THE DEBTOR'S TRANSACTIONS INVALID IN THE BANKRUPTCY PROCEDURE UNDER ARTICLE 42 OF THE CODE OF UKRAINE ON BANKRUPTCY PROCEDURES.....593
Sysoienko I.V. INSTITUTE OF MEDICAL TOURISM: HISTORICAL AND LEGAL EXCURSION.....596
Rozumiak R.V. ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROVISION OF IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO VACATION IN THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE.....599

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 340.1(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/1

МОДЕЛЬ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ

THE INSTITUTIONALIZATION MODEL OF A LEGAL EXPERIMENT

Глухенький С.О., аспірант
Інститут держави і права імені В.М. Корецького Національної академії наук України

Відзначено, що інституціоналізм як теоретична парадигма пропонує набір теоретичних моделей людської поведінки, які зберігаються тривалий період часу і здійснюють важливу соціальну функцію або діяльність. На утримання публічної політики впливають впорядковані моделі поведінки, сприяють моделі поведінки, реалізовані у вигляді правил і структур, однак впорядковані моделі поведінки сприяють домінуванню / переважанню одних інтересів в суспільстві над іншими. Мета статті розкрита у представлені моделі інституціоналізації правового експерименту. Констатовано, що роль робочих груп є надзвичайно важливою, оскільки передбачається, що саме вони повинні виступати центральними рушійними елементами реалізації правового експерименту на кожному конкретному етапі інституційного забезпечення. Їх відносини одна з одною є швидше проявом синергетичної взаємодії, оскільки робочі групи вступають тим елементом методичного й організаційного забезпечення практичного втілення кожного елементу та процедури правового експерименту. Зроблено висновок, що інституціоналізація правового експерименту повинна ґрунтуватися на засадах системного підходу, але сам процес організації виконання компетентними органами функцій із нагляду, моніторингу та регулювання проходження правового експерименту повинен будуватися за принципами проектного управління. Зроблено висновок, що правовий експеримент є надзвичайно складним юридичним феноменом, який має суттєві відмінності від соціального експерименту, а також відрізняється від державно-правового експерименту. Його ознаки демонструють самодостатність цього способу перевірки ефективності регуляторної спроможності норм права або правових механізмів, які ними породжуються і які не мали відповідних аналогів у національному законодавстві. Така системність забезпечується за рахунок одночасної участі великої кількості суб'єктів державного управління, а також завдяки моніторинговій і координуючій функції Кабінету Міністрів України.

Ключові слова: елемент, правовий експеримент, робочі групи, інституційне забезпечення.

It has been stated that institutionalism as a theoretical paradigm offers a set of theoretical models of human behavior, which are remained during the long period of time and perform the important social function or activity. Structured models of behavior have an impact on the maintenance of public policy. In addition, models of behavior implemented in the form of rules and structures contribute to such maintenance. However, structured models of behavior promote dominance/predominance of certain interests over other interests in the society. The aim of the article is revealed in the introduction of the institutionalized model of a legal experiment. It has been noted that a role of working groups is incredibly important because they are understood as the central driving elements of a legal experiment realization at each particular stage of institutional provision. Yet, their relationships with each other are most likely a manifestation of synergetic cooperation, because working groups are interpreted as the element of methodological and organizational provision of practical implementation of each element and the procedure of a legal experiment. The study has concluded that the initialization of a legal experiment must be based on the means of the systematic approach. However, the organizational process of functions performance on supervising, monitoring, and regulating the origin of a legal experiment by competent bodies must be based on the principles of project management. The study has concluded that a legal experiment is an incredibly complicated legal phenomenon, which has considerable differences from a social experiment. Besides, it also differs from a state and legal experiment. Its features demonstrate self-reliance on this type of effectiveness checking of a regulatory capability of legal rules or legal mechanisms provoked by them and which do not have relevant analogs in the national legislation. Such systematization is provided through the simultaneous participation of a great number of state management subjects as well as due to the monitoring and coordinating function of Cabinet of Ministers of Ukraine.

Key words: element, legal experiment, working groups, institutional provision.

Постановка проблеми. Проведення правового експерименту майже завжди відбувається за певним схожим алгоритмом, і лише зрідка цей алгоритм порушується. У спрощеному вигляді правовий експеримент становить звичайну нормотворчу діяльність законодавчого органу, а також правореалізаційну та правозастосовну діяльність органів виконавчої гілки влади у процесі регулювання суспільних відносин за допомогою нового експериментального нормативно-правового акта. Така сукупність органів державної влади, а також інших учасників суспільних відносин, у т. ч. інститутів громадянського суспільства, які також можуть брати опосередковану участь у правовому експерименті, – все це доцільно представляти як архітектоніку державно-правової моделі встановлення нової правової дійсності.

Аналіз досліджень. Для розкриття та формування моделі інституціоналізації правового експерименту було досліджено наукові напрацювання Н.В. Волкової, П. Дмитрука, Я.Б. Єдинак, О.Д. Лазор, Н.А. Липовської, В. Меркеля, А. Круассана, А.А. Ткач та ін.

Мета статті – представити модель інституціоналізації правового експерименту.

Виклад основного матеріалу. Всі органи, учасники, а також інші сторони суспільних відносин, які охоплені праворегуляторним впливом правового експерименту, об'єднуються певним конкретно визначеним чином. Архітектоніка правового експерименту повинна закріплюватися на законодавчому рівні так само, як і порядок проведення самого експерименту. Така організація процесу охоплюється поняттям інституціоналізації, що передбачає впорядкування та структуризацію і дає змогу підвищувати ефективність правового експерименту. Визначеність і стабільність його суб'єктно-суб'єктної будови є проявом статичного виміру правового експерименту, тоді як організаційні та функціональні детермінанти та зв'язки, що будуються між ними, відповідають за динаміку експериментального процесу.

Для того, щоб виробити найбільш дієву модель інституціоналізації правового експерименту, необхідно проаналізувати теоретичні та методичні засади її змісту як наукового та практичного інструменту.

Н.А. Липовська вказує, що «інституціональний підхід є одним із перспективних методологічних підходів, спрямованих на вивчення можливостей і меж управлінського впливу на інститути. Він пояснює причини інституціональної інертності, яка виникає у процесі цілеспрямованих змін, і вказує на розширений склад суб'єктів управління, що легітимізують ці зміни» [7, с. 12–18]. Інституціоналізація виступає засобом впорядкування суб'єктів, компетентних за проведення правового експерименту, а також тим інструментом, який на рівні доктрини юридичної науки обґрунтовує механізм максимально ефективного його протікання.

Я.Б. Єдинак зазначає, що за допомогою інституціоналізації відбувається побудова системи зовнішніх зв'язків і внутрішньої організації органів державної влади, що призводить до визначення їх місця в державно-управлінських процесах [4, с. 8–10]. На цьому аспекті – визначенні місця в системі суб'єктно-суб'єктних відносин – ми наголошуємо особливо, оскільки сааме це є запорукою ефективності реалізації правового експерименту. У такий спосіб сама система державного управління визначає найкращу конфігурації власних інститутів залежно від потреб, які визначаються на етапі планування проведення експерименту.

Н.В. Волкова взагалі стверджує, що «управління інститутами слід розглядати в контексті інституціонального розвитку, адже інституціоналізація є характеристикою досягнення системою високого рівня свого розвитку та його усталеності» [1, с. 482–485]. Подібне трактування значення інституціоналізації говорить нам про те, що організація та реалізація правового експерименту в контексті процесного підходу можуть розглядатися нами як певний спосіб еволюції моделі державно-правового регулювання, де правовий експеримент виконує роль каталізатора. З цього приводу О.Д. Лазор слушно зауважує, що інституціоналізація – це процес визначення й оформлення організаційно-правових та інших структур для задоволення суспільних потреб, який розкривається через сукупність послідовних етапів: виникнення таких потреб; формування загальних завдань, спільних норм, зокрема правових, для забезпечення взаємодії відповідних суб'єктів; встановлення системи санкцій для забезпечення реалізації норм і правил поведінки [5; 6, с. 29–35]. Тобто за рахунок інституціоналізації визначається система принципів побудови процесів за умов дискретної правової дійсності. Дискретність проявляється в тому, що під час проведення правового експерименту неможливо заздалегідь визначити однозначність умов її існування, а також модель поведінки суб'єктів правовідносин, регулювання яких випробовується за допомогою нових правових норм.

Саме тому видається цікавим позиція Р. Симпсона та Дж. Тьорка, котрі під інституціоналізацію розуміють процес формування різних видів соціальної діяльності як соціальних інститутів. Завершенням процесу інституціоналізації є інтеграція нового виду соціальної діяльності у наявну структуру виробничо-економічних відносин [13, с. 106–108]. Застосовуючи цей висновок для потреб правової дійсності, можна стверджувати, що інституціоналізація зумовлює можливу правову дійсність. Організатор правового експерименту має певне очікування від його проведення, тож цілком логічним видається висновок про те, що саме за рахунок заздалегідь визначеної інституціональної його будови можна досягнути і максимального ефекту від його проведення.

На необхідності визначення інституціональних зв'язків між структурними елементами будь-якого державно-правового явища наголошує також П. Дмитрук, визначаючи інституціоналізацію як окремий засіб забезпечення ефективності реалізації державної політики в тій чи іншій сфері суспільних відносин [3, с. 55–59]. Екстраполюючи таке визначення на процес реалізації правового експерименту, ми вбачаємо можливість за рахунок інституціоналізації забезпечити вищий рівень стабільності його протікання. Тобто під інституціоналізацію ми розуміємо засіб забезпечення більшої контрольованості та передбачуваності процесу протікання, оскільки будуватиметься структура органів державної влади, які реалізують експеримент із чітко окресленими функціями, завданнями та повноваженнями, із транспарентними взаємними зв'язками, побудованими у процесі їх нормальної взаємодії.

Подібний підхід ми бачимо і в роботах В. Меркеля й А. Круассана, які розглядають інституціоналізацію як процес утворення набору правил, що задають контекст людського співіснування і взаємодії [10, с. 12]. Отже, ми можемо зробити цілком однозначний висновок, що інституціоналізація виконує детермінуючу та регулюючу функції у процесі проведення правового експерименту, оскільки забезпечує сталість і зрозумілість зв'язків між різними його елементами, а також між різними органами державної влади, які компетентні проводити правовий експеримент.

Це підтверджується тезою П. Дмитрука: «Роль інституціоналізації полягає в тому, що вона є чинником зниження невизначеності й основою для прогнозування поведінки суб'єктів. Інститути пропонують схему дії в тих сферах, де ця схема не існувала і тому в ній була невизначеність. Так, у процесі інституціоналізації відбувається заміна спонтанної поведінки на передбачувану, яка очікується і моделюється». [2, с. 115–119]. Стабілізаційний вплив процесу інституціоналізації правового експерименту розкривається також і в тому, що вона передбачає створення або доручення до процесу управління об'єктом експерименту нових або нетрадиційних для конкретного випадку застосування державно-управлінського впливу інститутів.

Натомість Н. Флігстін вважає, що інституціоналізація закріплює загальноприйняті практики, забезпечує їх збереження в незмінному вигляді протягом ряду поколінь, перетворення абстрактних правил на реальні моделі стабільної взаємодії [12, с. 28]. А.А. Ткач вказує, що інституціоналізація – це перетворення соціальних намірів у норму та формування правил економічного спілкування шляхом їх впровадження за допомогою владних інституцій (неписаних правил чи правової діяльності) на основі засобів правового, економічного і політичного регулювання [11, с. 126].

Таким чином, інституціоналізм як теоретична парадигма пропонує набір теоретичних моделей людської поведінки, які зберігаються тривалий період часу і здійснюють важливу соціальну функцію або діяльність. На утримання публічної політики впливають впорядковані моделі поведінки, що реалізовані у вигляді правил і структур та сприяють домінуванню / переважанню одних інтересів у суспільстві над іншими. Такий підхід демонструє, що інституціоналізація – це не штучний продукт суб'єкта управління, а цілком обґрунтована та вибудована з урахуванням еволюції суспільних процесів і реалій правової дійсності структурна взаємодія різних органів державної влади.

Логіка інституціонального розвитку включає два компоненти:

– інноваційний, який породжується внаслідок природного відбору або конструювання;

– імітаційний, що виникає внаслідок запозичення (трансплантації) інститутів із інших успішних інституціональних систем [9, с. 10–14].

Ці два компоненти і визначають фактичний зміст інституціоналізації як засобу впливу на ефективність проведення правового експерименту, а також зміни правової дійсності. Інноваційність розкривається через створення нової, невідомої до проведення правового експерименту конструкції органів державної влади й архітектоніки їхніх

зв'язків, які здатні забезпечувати виконання цілком конкретних завдань у межах експерименту.

Це означає, що інституціоналізація правового експерименту – це спосіб пристосування системи регулювання суспільних відносин до нових умов, які лише планується створити в майбутньому, але для цього існує потреба у певному пристосуванні суб'єктів владних відносин до нової якості зв'язків між собою.

Таким чином, модель інституціоналізації правового експерименту ми визначаємо як сукупність органів публічної влади та інших суб'єктів владно-управлінського або моніторингового впливу на систему суспільних відносин, регулювання яких відбувається за допомогою експериментальних правових норм. Інституціоналізація відбувається на засадах наукової доцільності й обґрунтованості, але імперативним шляхом до моменту проведення самого експерименту з урахуванням ролі та функцій кожного інституту у процесі досягнення об'єктом експерименту еталонного стану.

У найбільш простому вигляді модель інституціоналізації становить склад і послідовність входження суб'єктів управління, які уособлюються в органах публічної влади, у процес реалізації експерименту починаючи від його розробки. У певному сенсі це суттєво розширює потенціал суб'єктно-суб'єктних зв'язків, оскільки дає змогу залучати нові інститути публічної влади до процесу його планування і проведення, а це за умов української правової дійсності відкриває нові можливості для підвищення утилітарності самого правового експерименту як засобу правового регулювання та релевантності й репрезентативності його результатів, як методу наукового пізнання й інструменту правового моделювання.

Проведений вище аналіз дає нам цілком практичні вимоги та принципи побудови моделі інституціоналізації правового експерименту за умов української правової дійсності. Таким чином, під час формування інституційної складової частини його проведення необхідно дотримуватися таких аспектів функціонування системи органів публічної влади, компетентних і відповідальних за його проведення:

– по-перше, модель інституціоналізації правового експерименту повинна визначатися у спеціальному нормативно-правовому акті, яким запроваджується конкретний правовий експеримент, але з урахуванням таких вимог: завдань, функцій і способів їх реалізації органами державної влади в межах їх звичайної компетенції; особливостей участі та функціонального навантаження органів державної влади відповідно до спеціального законодавчого акта, яким регулюються загальні засади проведення правового експерименту; неможливість підпорядкування органів місцевого самоврядування органам державної влади у процесі реалізації правового експерименту, якщо він передбачає або стосується реалізації права на місцеве самоврядування; обов'язкову участь як контролюючого та/або моніторингового інституту органу державної влади, наділеного конкретними контролюючими повноваженнями у сфері, в якій провадиться правовий експеримент (органів прокуратури України; Державної аудиторської служби України; Рахункової палати тощо);

– по-друге, інституціональна будова не повинна порушувати принцип розмежування гілок влади, недопустимості зміни ієрархій рівнів управління органів публічної влади, які вони займають за нормальних умов, тобто до запровадження експерименту. Виняток може становити лише правовий експеримент, який стосується зміни системи організації державного управління в конкретній сфері суспільних відносин;

– по-третє, взаємодія органів публічної влади між собою під час реалізації ними правового експерименту повинна здійснюватися паралельно від їх звичайної взаємодії, функції та владно-управлінські відносини не повинні перетинатися між собою, для чого доцільного створити робочі групи з реалізації такого експерименту в кожному з органів публічної влади, які беруть участь у його проведенні;

– по-четверте, обов'язкова участь як суб'єкта координації та моніторингу за проведенням правого експерименту Кабінету Міністрів України. Оскільки цей орган є найвищим органом у системі виконавчої влади, то цілком логічно, що саме Уряд зможе забезпечити належний рівень гнучкості, мобільності й оперативності реагування на зміну правової дійсності у процесі реалізації експерименту всіх інших органів публічної влади, які визначені компетентними за його проведення;

– по-п'яте, реалізація правового експерименту, що виходить за межі певної територіальної локалізації, повинна відбуватися за обов'язкової участі, окрім Кабінету Міністрів України, відповідальних органів державного управління в конкретній сфері суспільних відносин, у якій цей експеримент проводиться, компетенція яких поширюється на територію адміністративно-територіальних одиниць, у яких проводиться експеримент. Іншими словами, якщо правовий експеримент проводиться на території декількох областей, то відповідний орган державної влади регіонального рівня кожної області повинен бути включений до інституційного складу суб'єктів його проведення;

– по-шосте, виділення робочих груп, відповідальних за практичне виконання конкретних завдань і процедур у процесі реалізації правового експерименту, у складі кожного компетентного органу державної влади повинне забезпечуватися відповідним розпорядчим актом із визначенням конкретних відповідальних осіб. Натомість методичне й організаційне забезпечення функціонування цих робочих груп відбувається централізовано – Кабінетом Міністрів України. Це дасть змогу уніфікувати алгоритми проведення експерименту, але забезпечить деконцентрацію відповідальності за результат кожної конкретної процедури в межах експерименту.

Дотримання цих умов та обмежень у створені моделі інституціонального забезпечення правового експерименту в Україні не враховує вимоги щодо органу, котрий приймає нормативно-правовий акт, яким запроваджується конкретний експеримент. Сьогодні таким органом виступає Верховна Рада України, оскільки всі без винятку правові експерименти проводяться шляхом їх закріплення в законодавчому акті, монополія на прийняття якого існує виключно у законодавчого органу. Припускаємо, що доцільно розширити суб'єктний склад учасників проведення правового експерименту шляхом наділення відповідними правоустановчими повноваженнями органів державної виконавчої влади, зокрема Кабінету Міністрів України або окремих галузевих міністерств і відомств. Натомість імітаційність розкривається через нестійке середовище проведення правового експерименту, неможливість чіткого визначення майбутнього стану системи суспільних відносин.

З урахуванням викладеного вище схематично зобразимо модель інституціонального забезпечення правового експерименту в Україні за умов сучасної правової дійсності (рис. 1).

Надзвичайно важливим аспектом моделі інституціоналізації правового експерименту є включення до складу органів публічної влади, відповідальних за його проведення, органів місцевого самоврядування. В узагальненому спрощеному вигляді їхні функції в контексті реалізації правового експерименту зводяться до тих самих функцій, що мають органи державної влади локального рівня.

Аналізуючи наведену модель інституціоналізації правового експерименту в Україні, слід наголосити на наявності низки ключових моментів, які вимагають удо-

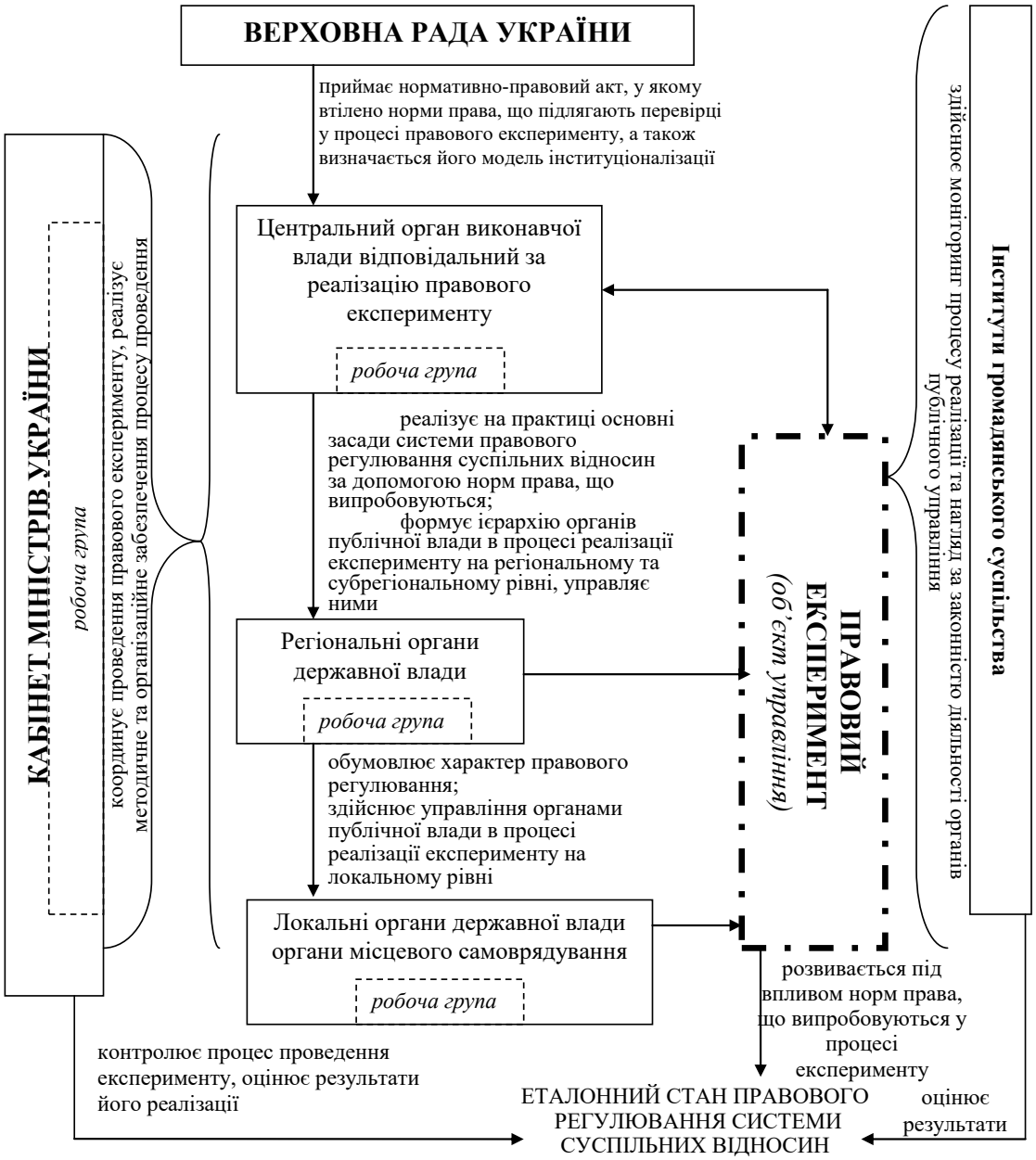

Рис. 1. Модель інституціоналізації правового експерименту в Україні

сконалення, а також деяких аспектах, що вважаються ефективними та підлягають запровадженню.

Така, на перший погляд, нелінійна інституціональна будова дає змогу підходити до вивчення впливу правових норм і взагалі всього правового експерименту у комплексі із продовженням реалізації органами державної влади тих функцій і повноважень, які в них виникають на підставі експерименту. Робочі ж групи залишаються інертними щодо цього, оскільки позбавлені функціонального навантаження, а тому їх статус є стабільно-статичним на кожному кроці запровадження правового експерименту. Насамперед привертає увагу застосування проектного методу управління реалізацією правового експерименту на засадах системного підходу до інституційного його забезпечення.

Висновки. Тому ми робимо висновок, що інституціоналізація правового експерименту повинна ґрунтуватися на засадах системного підходу, але сам процес організації виконання компетентними органами функцій із нагляду, моніторингу та регулювання проходження правового експерименту повинен будуватися за принципами проектного управління. Така системність забезпечується за рахунок одночасної участі великої кількості суб'єктів державного управління, а також завдяки моніторинговій і координуючій функції Кабінету Міністрів України.

Вагомими здобутком слід вважати запровадження робочих груп із реалізації правового експерименту в кожному з органів державної влади в межах його компетенції та з урахуванням його місця в інституційній системі забезпечення його проведення. Робочі груп поєднані між собою функціональними зв'язками, які можна характеризувати як послідовно проектні. Справа в тому, що вся модель інституціоналізації має чіткі ознаки ієрархічної будови. За таких обставин логічніше передбачати наявність зв'язків підпорядкування або лінійно-функціональних зв'язків між різними робочими групами, враховуючи їхню належність до відповідних органів публічної влади, що мають чітко визначене підпорядкування як інститути держави.

Останнім важливим аспектом, на який слід звернути увагу, є залучення інститутів громадянського суспільства до процесу контролю, моніторингу й оцінки ефективності реалізації правового експерименту. На наш погляд, їхня

участь не повинна викликати жодних сумнівів і питань, особливо враховуючи трансформацію правової дійсності, що передбачає гіпотетичну можливість погіршення стану реалізації прав і свобод людини та громадянина. Інститути громадянського суспільства позбавлені повноважень у сфері реалізації правового експерименту, але їх нагляд і присутність у конфігурації органів публічної влади дає змогу підвищувати уважність і сконцентрованість тих, на кого покладається безпосередня реалізація правового експерименту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Волкова Н.В. Теоретико-методологічні основи формування інституту місцевого самоврядування як суб'єкта управління освітою. *Університетські наукові записки*. 2012. № 3 (43). С. 480–489.
2. Дмитрук П. Принципи інституціоналізації механізму державного регулювання економічної безпеки регіону. *Державне управління та місцеве самоврядування.* 2011. Вип. 4 (11). С. 114–121.
3. Дмитрук П. Інституціоналізація механізму державного регулювання економічної безпеки АР Крим: соціальний аспект. *Актуальні проблеми державного управління*. 2011. Вип. 4. С. 55–59.
4. Єдинак Я.Б. Інституціоналізація районної у місті адміністрації в системі місцевого самоврядування в Україні : автореф. дис. … канд. наук із держ. упр. : 25.00.04. Дніпро : ДРІ ДУ НАДУ при Президентові України, 2018. 23 с.
5. Лазор О.Д. Інституціоналізація публічної самоврядної влади в Україні : автореф. дис. … докт. наук із держ. упр. : 25.00.04. Запоріжжя, 2010. 40 с.
6. Лазор О.Д. Інституціоналізація публічної самоврядної ланки в Україні : монографія. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2009. 440 с.
7. Липовська Н.А. Управління інституціональним розвитком державної митної служби України : автореф. дис. … докт. наук з держ. упр. : 25.00.03. Київ : Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, 2007. 36 с.
8. Лібанова Е.М. Перспективи трансформації соціальної сфери України. *Демографія та соціальна економіка*. 2004. № 1–2. 54 с.
9. Полтерович В.М. Стратегии институциональных реформ. Перспективные траектории. *Экономика и математические методы*. 2006. Т. 42. № 1. С. 3–18.
10. Меркель В., Круассан, А. Формальные и неформальные институты в дефектных демократиях. *Политические исследования*. 2009. № 2. С. 20.
11. Ткач А.А. Інституціональні основи ринкової інфраструктури : монографія. Київ : НАН України, Об'єдн. ін-т економіки, 2005. 295 с.
12. Флигстин Н. Поля, власть и социальные навыки: критический анализ новых институциональных течений. *Экономическая социология*. 2008. Т. 2. 55 с.
13. Turk H., Simpson R.L. Institutions and social exchange. New York, 1971. P. 106–108.

УДК 341.231.14
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/2

ТЕОРІЯ ЛЮДСЬКИХ ПРАВ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗМІНИ НА МЕЖІ СТОЛІТЬ

HUMAN RIGHTS THEORY: CONCEPTUAL CHANGES AT THE TURN OF CENTURIES

Кучук А.М., д.ю.н., доцент,
доцент кафедри права та методики викладання правознавства
Сумський державний педагогічний університет імені А.С. Макаренка

Пекарчук А.В., студентка IV курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Актуальність дослідження зумовлюється необхідністю критичного осмислення класичної концепції людських прав для визначення тих змін, що відбулися протягом останніх часів та які стали складовою частиною теорії людських прав, вимагаючи їх імплементації. Мета статті полягає у визначенні тих змін, що становлять сучасне розуміння людських прав та певним чином не відповідають тій інтерпретації досліджуваної категорії, що склалася в другій половині XX століття. У статті з'ясовано, що теорія людських прав, яка була сформована в межах її універсального та регіонального контексту, через сутнісні зміни в суспільстві зазнала кількісних і якісних трансформацій. Історико-правовий аналіз прийняття Загальної декларації прав людини дозволив виокремити теорії прав людини, заснованих на релігії; теорії прав людини, заснованих на визнанні вторинного їх характеру у співвідношенні з прескриптивними текстами; теорії прав людини, що зосереджують увагу на природному, фундаментальному, невід'ємному їх характері. Стверджується, що останнє розуміння людських прав покладено в основу Загальної декларації людських прав та Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також Конституції України.

Акцентовано увагу на класичній теорії людських прав, відповідно до якої адресатом людських прав є держава, що з поширенням впливу бізнесу на царину людських прав, діяльністю транснаціональних корпорацій не відповідає на сучасні виклики та потребує корегування, зокрема, через необхідність поширення обов'язку поваги і забезпечення людських прав бізнесом. Наукові відкриття в генетиці, мікробіології та медицині є факторами формування соматичних прав. У статті піднімається питання формування цифрових прав, права на забуття, права на надію.

Зроблено висновок, що кількісні та якісні зміни теорії людських прав концептуально зводяться до: 1) визнання не лише вертикального, але частково і горизонтального виміру людських прав; 2) виокремлення четвертого покоління людських прав; 3) становлення нових людських прав та їх груп.

Матеріали статті можуть бути використані для подальшого дослідження окремих аспектів концептуальних змін у царині людських прав.

Ключові слова: людські права, покоління людських прав, право на забуття, теорія людських прав, цифрові права, четверте покоління людських прав.

The relevance of the study is stipulated by the need to critically consider the classical concept of human rights to identify those changes that have occurred in recent times and have become part of the theory of human rights, requiring their implementation. The purpose of the article is to identify the changes that make up the modern understanding of human rights and in some way do not correspond to the interpretation of the studied category that has developed in the second half of the twentieth century. The article finds that the theory of human rights, which was formed within its universal and regional context, due to significant changes within society, has undergone quantitative and qualitative changes. Historical and law analysis of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights has identified theories of human rights based on religion; theory of human rights based on the recognition of their secondary nature in relation to prescriptive texts; human rights theories that focus on their natural, fundamental, and inherent nature. It is argued that the latter understanding of human rights underlies the Universal Declaration of Human Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the Constitution of Ukraine.

Emphasis is placed on the classical theory of human rights, according to which the addressee of human rights is the state, with the spread of business influence on human rights, the activities of transnational corporations do not meet modern challenges and need adjustment, in particular due to the need to extend the duty of respect and implementation of human rights by business. Scientific discoveries in genetics, microbiology and medicine are the factors in formation of somatic rights. The article raises the issue of digital rights, the right to oblivion, the right to hope formation.

It is concluded that quantitative and qualitative changes in the theory of human rights are conceptually reduced to the following: 1) recognition not only of the vertical but partially also of the horizontal dimension of human rights; 2) separation of the fourth generation of human rights; 3) the formation of new human rights and their groups.

The materials of the article can be used for further study of certain aspects of conceptual changes in the field of human rights.

Key words: human rights, generation of human rights, right to oblivion, human rights theory, digital rights, fourth generation of human rights.

Актуальність. Людські права, починаючи з другої половини XX століття, є тематикою, щодо якої існує перманентний інтерес учених (до того ж не лише у сфері правничої науки). До другої світової війни людські права розглядалися переважно лише через внутрішньодержавний контекст, що ставило їх у залежність від держави та було свого роду фактором їх релятивізму. Після перемоги над націонал-соціалізмом та фашизмом саме проблематика людських прав стала центральною в міжнародних відносинах, визначаючи стан та вектор розвитку суспільства, а також основний напрям діяльності публічної влади. Наголосимо, що під час прийняття Загальної декларації прав людини також було виявлено окремі аспекти релятивізму людських прав. Так, низка держав не підтримала прийняття означеного документу універсального значення (хоча який і мав характер soft law), зокрема Радянський Союз та його сателіти, Саудівська Аравія, Південна Африка. Не брали участь у голосуванні або утримались і Ємен та Гондурас. Окремі з названих держав керувалися або релігійними, або політичними факторами. Позиція Радянського Союзу ґрунтувалась на інших методологічних засадах: людські права не сприймались як природні, а відповідно, невід'ємні та невідчужувані. Лише держава, на думку представників СРСР, може надавати права, тому вона може їх і скасовувати.

Однак натепер усталений у межах західної правової доктрини підхід до розуміння людських прав зазнав неабияких змін, особливо в межах держав-членів Ради Європи, що пов'язане зі значними соціальними змінами та активною діяльністю Європейського суду з прав людини, в рішеннях якого означені зміни відображаються.

Отже, враховуючи, що в Конституції України, як і в конституціях багатьох держав, саме забезпечення людських прав визначається обов'язком держави, то проблематика врахування змін, що відбулися в теорії людських прав наприкінці XX – початку XXI століття та які суттєво впливають на їх розуміння, набуває особливої актуальності. Органи публічної влади не можуть не враховувати сучасного дискурсу людських прав, виконуючи свої обов'язки щодо їх забезпечення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Не можна стверджувати, що тематика людських прав не висвітлюється вітчизняною правничою наукою. Права людини є предметом гносеології таких вітчизняних науковців, як В. Андріїв, Ю. Бисага, В. Іваненко, А. Колодій, Б. Олійник, П. Рабінович, О. Ульянов, М. Хавронюк, М. Цвік, І. Шумак та ін. Однак у працях більшості означених науковців людські права сприймаються через «державницьку» позицію, що була властива радянській юриспруденції і багато в чому залишається незмінною і зараз. Типовими її положеннями є розуміння людських прав як таких можливостей, що надаються людині державою та закріплюються в законі. Так, наприклад, О. Дзьобань та С. Жданенко, аналізуючи наукові публікації за тематикою людських прав, поділили їх на дві групи: 1) в яких права розуміються як соціальні можливості, 2) в яких права розуміються як правова категорія. При цьому в другій групі публікацій права сприймаються як «соціальні можливості, визнані законом, за порушення яких застосовуються санкції з боку держави» [1, с. 10–11]. Хоча із вказаною тезою не можна погодитись повною мірою, зважаючи на те, що в межах вітчизняної правничої науки є низка публікацій, в яких людські права не сприймаються як закріплені законом можливості, однак у цілому автори правильно відзначили тенденцію збереження «державницького» розуміння людських прав.

Серед учених, які не сприймають ідею прав людини як закріплених законом можливостей, варто згадати М. Братасюк, С. Головатого, М. Козюбру, М. Костицького, А. Кучука, В. Лемака, М. Савчина. У цьому контексті на особливу увагу заслуговує праця С. Головатого «Про людські права». «Написана за джерелами Західної філософської, політичної та правничої традиції, ця праця є запереченням панівного у вітчизняній юридичній теорії і практиці підходу до розуміння сутності людських прав, побудованого на традиції радянського і пострадянського нормативного позитивізму» [2, с. 2]. При цьому, як вказує автор у роботі, «відповідно до Західної традиції права запропоновано висвітлення теми людських прав у формі лекцій з метою здобуття знань стосовно *доктрин, принципів, інститутів, механізмів та процедур*, що стоять на сторожі людських прав» [2, с. 2].

У публічному виступі на тематику людських прав та діяльності Європейського суду з прав людини суддя цього суду від України Ганна Юдківська зазначила, що нинішнє розуміння людських прав суттєво відрізняється від того, що «мали на увазі під цим визначенням 60 років тому, після геноциду, концтаборів, апартеїду, колоніалізму й диктаторства. Сьогодні права людини прагнуть охопити практично всі аспекти повсякденного життя, вимиваючи чіткість основоположних норм» [3].

Водночас можна відзначити, що праць, в яких системно висвітлюються основні концептуальні зміни в теорії людських прав на зламі тисячоліть, у вітчизняній правничій науці немає, що є додатковим фактором актуальності вибраної теми дослідження. При цьому в правничому дискурсі обґрунтовуються навіть ідеї про невиконання концептом людських прав свого призначення. Згадаємо в цьому контексті працю Е.А. Познера «Сутінки людських прав» [4].

Мета статті. З огляду на те, що в роботі такого виду неможливо здійснити детальну дескрипцію всіх концептуальних змін у теорії людських прав, **метою дослідження** є визначення тих змін, що становлять сучасне розуміння людських прав та певним чином не відповідають тій інтерпретації досліджуваної категорії, що склалася в другій половині XX століття.

Виклад основного матеріалу. Слід відзначити, що взагалі можна виокремити низку теорій людських прав. Так, наведена вище інформація про прийняття Загальної декларації прав людини дозволяє вести мову про:

1) наявність теорій прав людини, заснованих на релігії. Так, наприклад, ст. 7 Каїрської декларації про права людини в ісламі передбачає, що батьки вибирають освіту для дітей, виходячи з принципів шаріату, а згідно зі ст. 10 цієї Декларації «Іслам – релігія первозданної чистоти. Забороняється вдаватися до будь-якої форми примусу людини або використовувати її злидні чи невігластво для навернення її в іншу віру або атеїзм», ст. 25 – «Ісламський шаріат є єдиним джерелом для тлумачення або пояснення будь-яких статей цієї Декларації» [5];

2) наявність теорій прав людини, заснованих на визнанні вторинного їх характеру у співвідношенні з прескриптивними текстами. Типовим визначенням людських прав за такого підходу є ті, в яких відзначається залежність наявності прав з волевиявленням держави, що формалізується в тексті нормативно-правового акта;

3) наявність теорій прав людини, що зосереджують увагу на природному, фундаментальному, невід'ємному їхньому характері. Саме таке розуміння людських прав покладено в основу Загальної декларації людських прав та Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. І така ж їх інтерпретація міститься в тексті Конституції України.

У цій роботі ми зосереджуємо увагу саме на останньому з названих розумінь, що зумовлено процесами євроінтеграції та прагненням вітчизняної правової доктрини переорієнтуватися з нормативної теорії розуміння права до природно-правової.

Аналіз наукових публікацій, а також практики Європейського суду з прав людини дозволяє виокремити такі основні сутнісні зміни теорії людських прав, що склалась на початку другої половини XX століття.

1. Визнання не лише вертикального, але частково й горизонтального виміру людських прав. Зазвичай людські права розглядались лише у вертикальному вимірі. Вони сприймалися суто як вимога, адресатом якої є держава: людським правам відповідає обов'язок держави їх визнання та забезпечення. Станом натепер ситуація дещо змінилась.

Наприкінці XX – початку XXI ст. відбувається, зокрема, значний розвиток інформаційних технологій, науково-технічна революція, що спричинило розвиток бізнесу. Бізнес у постіндустріальну епоху все більше і більше стає тим суб'єктом, який впливає на людські права, на призначення держави. До цього слід додати перманентну проблему знаходження балансу між інтересами власника бізнесу та найманими працівниками: з одного боку – збільшення прибутку, інтенсифікація виробництва чи розширення сфери послуг, максимальне використання потенційних можливостей робітників, а з іншого – право на належну оплату праці, відпочинок працівників, право на приватність. Крім цього, бізнес багато в чому впливає на права окремих груп людей: людей з інвалідністю, мігрантів, осіб старшого віку, жінок, дітей. Бізнес став фактором необхідності переосмислення усталених поглядів на основи державності, зокрема суверенітету, призначення держави.

Класична теорія людських прав, відповідно до якої адресатом людських прав є держава (яка наділяється обов'язками щодо визнання, забезпечення і захисту людських прав), з поширенням впливу бізнесу на царину людських прав, діяльністю транснаціональних корпорацій не відповідає на сучасні виклики і потребує корегування,

зокрема через необхідність поширення обов'язку поваги і забезпечення людських прав бізнесом. На міжнародному рівні зроблено певні кроки щодо цього через прийняття Керівних принципів щодо бізнесу та прав людини та Керівних принципів ОЕСР для транснаціональних підприємств. Ці документи є свого роду першим міжнародним стандартом, який визначає основи визнання бізнесом людських прав.

2. Виокремлення четвертого покоління людських прав. Зазвичай у межах правового дискурсу йдеться про три покоління людських прав: перше пов'язане з особистими і політичними правами, друге – з розширенням прав першого покоління та визнанням соціально-економічних прав; третє – з колективними правами.

Якщо появу другого покоління людських прав пов'язують із Першою світовою війною, то Друга світова війна стала фактором виходу людських прав за межі окремої держави і формування третього покоління людських прав – так званих солідарних прав. Однак остаточно сформована наприкінці другої третини XX століття теорія трьох поколінь людських прав не охоплює і не передбачає людських прав, пов'язаних з розпорядженням людиною своїм тілом, фактором появи яких став інтенсивний розвиток інформаційної сфери, інтернет-технологій та нанотехнологій, що вплинуло на розвиток, зокрема, медичної, технічної та біологічної галузей науки.

Тому на сучасному етапі розвитку суспільства значна частина правників стверджує про появу четвертого покоління людських прав – соматичних прав. Серед чинників формування цього покоління людських прав зазначаються передусім наукові відкриття в генетиці, мікробіології та медицині. Питання соматичних прав не є суто теоретичним, оскільки зв'язок біотехнологій та людських прав має бінарний характер: біотехнології є тим фактором, що сприяє формуванню соматичних прав, соматичні права є тим фактором, що визначає подальшу зміну біотехнологій (або в бік обмеження розвитку, або в бік зростання).

На 29-й Генеральній конференції ЮНЕСКО 11 листопада 1997 р. прийнято Загальну декларацію про геном людини та права людини. Радою Європи прийнято Конвенцію про захист прав та гідності людини щодо застосування біології та медицини (1997 р.), Додатковий протокол до Конвенції про захист прав та гідності людини щодо застосування біології та медицини щодо заборони клонування людей (1998), Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів та тканин людини (2002), Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо біомедичних досліджень (2005), Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо генетичного тестування для цілей охорони здоров'я (2008). Крім цього, варто згадати і Декларацію ООН про клонування людини (2005). І. Кріарі-Катаріс, аналізуючи окремі рекомендації Раді Європи, робить висновок про зацікавленість цієї організації питаннями біомедицини, починаючи з 1976 року [6].

3. Становлення нових людських прав та їх груп. Для прикладу згадаємо рішення Європейського суду з прав людини у справі «Вінтер Вінтер та інші проти Сполученого Королівства (Vinter and others v. the United Kingdom), через яке в науковий правничий дискурс було введено «право на надію» [7]. У цьому рішенні Суд вперше пояснив, що довічно ув'язнений має право знати на початку свого строку ув'язнення, що він повинен робити, щоб претендувати на звільнення, і за яких умов, у тому числі коли, матиме місце перегляд його покарання, або коли про такий перегляд можна клопотати.

Згадаємо також право на забуття. Окремі аспекти цього питання досліджував Ф. Верро [8]. Ураховуючи характеристики Інтернету, вилучити інформацію з мережі доволі важко (якщо взагалі можливо). Сьогодні це право переважно стосується людей, які в минулому вчинили кримінальні злочини та вважаються несудимими (у зв'язку з погашенням судимості), які не хочуть згадувати свої помилки, але інформація в Інтернет про їхні вчинки зберігається, і кожен може її легко отримати.

Не можна не згадати також право на доступ до Інтернету. Сьогодні Інтернет може розглядатися як засіб, що допомагає людини реалізуватися. І хоча природа людини не передбачає доступ до Інтернету, навряд чи хтось буде заперечувати важливість всесвітньої мережі для людини в інформаційному суспільстві.

Таким чином, якщо, наприклад, біотехнології розглядати як фактор формування четвертого покоління людських прав, то Інтернет можна розглядати як фактор формування іншого нового покоління людських прав – цифрових прав. Виокремлення цих прав зумовлює необхідність переосмислення сутності та змісту існуючих людських прав.

Висновки. Таким чином, суспільні відносини інтенсивно змінюються, основна частина цих змін відбулась протягом кінця XX – початку XXI століття. Означене не могло не вплинути на царину права та людських прав, що є відображенням суспільства. Теорія людських прав, що була сформована на початку другої половини XX століття, зазнала кардинальних кількісних та якісних змін, що проявились в такому: 1) визнання не лише вертикального, але частково і горизонтального виміру людських прав; 2) виокремлення четвертого покоління людських прав; 3) становлення нових людських прав та їх груп. Вказані концептуальні зміни визначають перспективні напрями подальших наукових досліджень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дзьобань О.П., Жданенко С.Б. Права людини і національна безпека: філософсько-правові аспекти взаємозв'язку. *Інформація і право.* 2020. № 2 (33). С. 9–22.
2. Головатий С.П. Про людські права. Лекції. Київ : Дух і літера, 2016. 760 с.
3. Сутінки прав людини і Європейський суд. URL: https://racurs.ua/ua/1136-prava-ganna-udkivska.html
4. Posner E.A. The Twilight of Human Rights Law. Oxford University Press, 2014. 185 p.
5. Каирская декларация о правах человека в исламе URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_882
6. Ismini Kriari-Cataris. The 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. *Journal of Asian and International Bioethics.* 2002. № 12. P. 90–93.
7. Case of Vinter and others v. the United Kingdom, Application nos 66069/09, 130/10, 3896/10, Council of Europe: European Court of Human Rights, 9 July 2013. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664
8. Werro F. The Right to Inform v. the Right to Be Forgotten: A Transatlantic Clash. Haftungsrecht im dritten Millennium / Ed. by A.C. Ciacchi et al. Baden-Baden, 2009. P. 285–300.

УДК 34.342.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/3

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВОПОРЯДКУ У ЗБРОЙНИХ СИЛАХ УКРАЇНИ ТА ІНШИХ ВІЙСЬКОВИХ ФОРМУВАННЯХ

ORGANIZATIONAL AND LEGAL MECHANISMS OF ENSURING THE LAW AND ORDER IN THE ARMED FORCES OF UKRAINE AND OTHER MILITARY FORMATIONS

Басараб О.Т., к.ю.н.,
старший викладач кафедри теорії права та кримінально-процесуальної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Блистів Т.І., здобувач кафедри теорії права та кримінально-процесуальної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Стаття присвячена дослідженню організаційно-правових механізмів забезпечення правового порядку (правопорядку) у Збройних Силах України та інших військових формуваннях.

Зазначається, що поточний стан загроз обороноздатності нашої держави вимагає реформування системи державних органів у військовій сфері з метою забезпечення належного стану правопорядку як запоруки ефективного виконання ними покладених завдань. Водночас сьогодні чинні механізми забезпечення правопорядку у Збройних Силах України та інших військових формуваннях є недосконалими, що зумовлює необхідність глибокого дослідження та визначення їх змісту.

Проаналізовано особливості військового правопорядку. За результатами дослідження зроблено висновок, що організаційно-правові механізми забезпечення правопорядку у Збройних Силах України, інших військових формуваннях слід сприймати як систему організаційних методів, прийомів, способів і процедур щодо проектування моделі системи забезпечення правопорядку у Збройних Силах України та інших військових формуваннях; побудови оптимальної структури правоохоронних органів у військовій сфері; формування кадрового резерву суб'єктів забезпечення правопорядку у Збройних Силах України та інших військових формуваннях; здійснення фінансового та матеріально-технічного забезпечення, що реалізуються за допомогою правових засобів, які включають у себе: розробку науково обґрунтованих концептуальних правових засад функціонування системи забезпечення правопорядку у Збройних Силах України та інших військових формуваннях; створення ефективної нормативно-правової бази у сфері забезпечення правопорядку у Збройних Силах України та інших військових формуваннях; визначення правового статусу правоохоронних органів у військовій сфері; формування правової свідомості та правової культури серед особового складу Збройних Сил України та інших військових формувань.

Ключові слова: правопорядок, військовий правопорядок, організаційно-правові механізми, військові формування, Збройні Сили України, військова сфера.

The article is devoted to the study of organizational and legal mechanisms of ensuring the law and order in the Armed Forces of Ukraine and other military formations.

It is noted that the current state of threats to the defense capabilities of our state requires strengthening the role and reforming the system of state bodies in the military sphere, in order to ensure the proper state of law and order, as a necessary guarantee of effective performance of their tasks.

At the same time, it should be noted that the current mechanisms of law and order in the Armed Forces of Ukraine and other military formations are imperfect, which necessitates in-depth research and determination of their content.

Peculiarities of military law and order are analyzed.

It is concluded that organizational and legal mechanisms for ensuring law and order in the Armed Forces of Ukraine and other military formations should be perceived as a system of organizational methods, techniques and procedures on designing a model of law enforcement system in the Armed Forces of Ukraine and other military formations; building the optimal structure of law enforcement agencies in the military sphere; formation of a personnel reserve of law enforcement entities in the Armed Forces of Ukraine and other military formations; implementation of financial and logistical support which are implemented through legal means, including: development of scientifically substantiated conceptual legal bases of functioning of the system of ensuring law and order of the Armed Forces of Ukraine and other military formations; creation of an effective regulatory framework in the field of law and order in the Armed Forces of Ukraine and other military formations; determining the legal status of law enforcement agencies in the military sphere; formation of legal consciousness and legal culture among the personnel of the Armed Forces of Ukraine and other military formations.

Key words: law and order, military law and order, organizational and legal mechanisms, military formations, Armed Forces of Ukraine, military sphere.

Постановка проблеми. Забезпечення державної політики у сфері національної безпеки й оборони значною мірою залежить від стабільного й ефективного функціонування Збройних Сил України (далі – ЗСУ), інших військових формувань і правоохоронних органів, на які ст. 17 Конституції України покладаються завдання захисту суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності України, забезпечення її державної безпеки та захисту державного кордону.

Поточний стан загроз обороноздатності нашої держави за умов зовнішнього вторгнення та воєнної агресії з боку Російської Федерації вимагає посилення ролі та реформування системи державних органів у військовій сфері з метою забезпечення належного стану правопорядку як запоруки ефективного виконання ними покладених завдань.

Водночас слід відзначити, що сьогодні чинні механізми забезпечення правопорядку є недосконалими, тож не вирішеними залишаються проблеми щодо: недосконалості підходів до формування державної політики та правового регулювання відносин у забезпеченні правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях; забезпечення належного рівня правопорядку серед військовослужбовців у районі проведення Операції об'єднаних сил (далі – ООС); відсутності скоординованих дій між суб'єктами забезпечення правопорядку під час здійснення повноважень через їх вузьку спеціалізацію, дублювання та розпорошення функцій досудового розслідування серед правоохоронних органів щодо проведення досудового розслідування військових злочинів, провадження оперативно-розшукової діяльності, забезпечення представництва інтересів у судах, протидії корупції та забезпечення нагляду (контролю) у військовій сфері.

З огляду на вищеперераховане визначення організаційно-правових механізмів забезпечення правопорядку

у ЗСУ та військових формуваннях набуває особливої актуальності.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій свідчить про те, що проблематика формування змісту організаційно-правових механізмів відображена у працях В.Б. Авер'янова, М.В. Андрієнка, Г.В. Атаманчука, О.К. Басараб, А.В. Борисова, Н.Г. Дроздової, І.Т. Ларіонової, В.М. Мороз, П.І. Надолішнього, В.Ю. Назаренка, М.П. Попова, Л.Л. Приходченко, Р.В. Толстоногої, Ю.О. Хромова, А.В. Черкасова та ін.

Однак, попри достатній рівень уваги фахівців різних галузей до організаційно-правового механізму, сфера забезпечення правопорядку залишається поза увагою науковців.

Мета і завдання наукової статті – визначити організаційно-правові механізми забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях.

Виклад основного матеріалу. Стратегічні підходи до процесу комплексного реформування системи забезпечення національної безпеки та створення ефективної системи забезпечення правопорядку закладені у Стратегії національної безпеки України від 06 травня 2015 р. № 287/2015, спрямованій на забезпечення готовності держави, її економіки та суспільства до оборони й відбиття зовнішньої агресії у будь-яких формах і проявах (зокрема у формі гібридної війни), підвищення рівня обороноздатності держави, де пріоритетними напрямами є: підготовка держави до відсічі збройної агресії, підвищення здатності органів державної влади, військового управління й органів місцевого самоврядування, сил оборони, системи цивільного захисту, оборонно-промислового комплексу до функціонування за умов кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці, й особливого періоду; реформування сил оборони з орієнтацією на створення високоефективних боєздатних підрозділів ЗСУ [1].

Сьогодні, незважаючи на те, що така категорія, як «правовий порядок» або «правопорядок» відображена у нормативно-правових актах, офіційної її дефініції у законодавстві немає.

У вітчизняній правовій науці сформувалися декілька підходів до визначення «правопорядку». Одні автори визначають його як різновид суспільного порядку, що утворився під впливом права [2; 3, с. 526], інші характеризують його як засновану на праві та законності організацію суспільного життя [4, с. 182], частину системи суспільних відносин, які врегульовані нормами права та перебувають під захистом закону й охороняються державою [5, с. 143], або такий правовий стан суспільних відносин, що забезпечує їх стабільність, упорядкованість та охорону шляхом фактичної реалізації правових норм і вимог законності [6, с. 534].

Характерними особливостями правопорядку у військових формуваннях є те, що це є різновид суспільного порядку, який передбачений нормами права, встановлюється за умов законності внаслідок правореалізації, досягається шляхом вчинення військовослужбовцями правомірної поведінки та дотримання ними військової дисципліни, підтримується та забезпечується державою.

Юридична енциклопедія містить також визначення військового правопорядку – це заснований на нормах права порядок у ЗСУ [2]. В Україні нормативною основою військового правопорядку є військове законодавство як складова частина єдиної системи законодавства, представлене Законами України «Про оборону України», «Про Збройні Сили України», «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Про загальний військовий обов'язок і військову службу» тощо. Важливе значення у нормативному регулюванні військового правопорядку також належить статутам ЗСУ. Водночас варто зауважити, що військовий правопорядок забезпечується не тільки нормативними актами, а й реальним, гарантованим їх виконанням. За порушення відповідних норм і правил винні особи притягаються до відповідальності.

У свою чергу, механізми забезпечення правопорядку ЗСУ у військових формуваннях, на нашу думку, є системою органічно поєднаних між собою форм, методів та інструментів, призначених для встановлення та підтримання належного правопорядку, з метою ефективної реалізації військовослужбовцями функцій щодо оборони України, а також захисту її суверенітету та територіальної цілісності.

Органічне поєднання організаційного та правового механізмів утворює організаційно-правовий механізм, подвоєний функціонал якого є набагато ефективнішим, оскільки, як справедливо зазначає Г.В. Атаманчук, багато правових форм можуть бути юридично коректними тільки у разі їх прийняття за допомогою організаційних форм [7, с. 387].

У сучасній науковій літературі організаційно-правові механізми частіше розглядають як сукупність форм, методів та інструментів управління, організаційних структур, а також правових норм [8, с. 387]; сукупність інституцій, які створені для розв'язання певних суперечностей, подолання чи попередження проблем у суспільстві та діють на основі конституційно-правових норм, прийнятих у державі [9, с. 17]; сукупність взаємопов'язаних принципів, методів, інструментів, процедур, організаційних структур, а також правового регулювання [10, с. 24].

У контексті розуміння сутності організаційно-правового механізму заслуговує на увагу позиція В.М. Мороз. Зміст будь-якого організаційно-правового механізму розкривається через призму його традиційних складників (цілей, принципів, функцій) і функціональних, або фахових (методів та інструментів правового й організаційного впливу) [11, с. 112]. Тому, щоб краще дослідити організаційно-правові механізми забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях, необхідно з'ясувати їх цілі, принципи та функції, а також проаналізувати сутність структурних елементів: організаційного та правового механізмів.

У сучасній енциклопедичній літературі «ціль» зазвичай розглядається як те, до чого прагнуть, чого намагаються досягнути [12, с. 1588]; ідеальний образ майбутнього, бажаного результату людської діяльності [13, с. 712]. Схожою є позиція багатьох дослідників, які висвітлюють цю категорію у наукових джерелах як бажаний стан об'єкта або бажаний кінцевий результат діяльності [14, с. 73], конкретний кінцевий стан чи результати, яких прагне досягти група у співпраці [15, с. 698]. Адаптуючи вищезазначене до предмету нашого дослідження, варто зазначити, що основною ціллю організаційно-правових механізмів забезпечення правопорядку у військових формуваннях є бажаний кінцевий результат діяльності суб'єктів забезпечення правопорядку, що виражається в урегульованості й упорядкованості суспільних відносин у військових формуваннях на основі норм права.

Діяльність по досягненню будь-яких цілей повинна ґрунтуватися на принципах – вихідних положеннях, що покладаються в основу її реалізації [12, с. 1133; 13, с. 525].

Більшість підходів до визначення «принципу» як правової категорії суттєво не різняться за своєю суттю. Так, у питанні принципів діяльності державних органів більшість дослідників спільні у думці, що це є базові ідеї та положення, які закріплюються нормативно і покладаються в основу їх функціонування [6, с. 155]. Принципи правоохоронної системи трактуються колективом авторів підручника «Теорія держави і права» як вихідні засади правових теорій і концепцій, що виступають правовими орієнтирами суб'єктів правоохоронної діяльності [5].

З огляду на зазначене маємо підстави констатувати, що основними принципами механізмів забезпечення

правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях є нормативно закріплені керівні засади, які покладаються в основу їх функціонування.

На підставі аналізу чинного законодавства пропонуємо такі принципи механізму забезпечення правопорядку у ЗСУ, інших військових формуваннях: законність; повагу до прав, свобод, гідності людини та громадянина; безперервність; системність; підзвітність і контроль.

У рамках принципу законності забезпечення правопорядку повинне здійснюватися виключно на підставі, у межах та у спосіб, визначений чинним законодавством України. З метою реалізації принципу законності суб'єкти забезпечення правопорядку під час здійснення своєї діяльності повинні поважати права, свободи та гідність людини та громадянина, дії посадових осіб повинні бути обґрунтованими за змістом і формою реалізації. Процес забезпечення правопорядку має бути безперервним і мати системний характер, діяльність компетентних органів повинна бути всебічною за змістом та упорядкованою за формою.

Важливими є структурна та функціональна впорядкованість системи забезпечення правопорядку. У зазначеному аспекті важливу роль також відіграє виховна та превентивна діяльність щодо недопущення правопорушень серед персоналу військових формувань. Принцип підзвітності та контролю створює баланс між владними повноваженнями та відповідальністю, цим самим створюючи режим законності. За протиправні дії чи бездіяльність і суб'єкти забезпечення правопорядку, і військовослужбовці та працівники військових формувань можуть бути притягнені до юридичної відповідальності згідно із чинним законодавством.

Зміст організаційно-правових механізмів забезпечення правопорядку у військових формуваннях реалізується через функціональний потенціал організаційного та правового характеру.

Зазвичай організаційний компонент трактується як форма здійснення певних колективних чи індивідуальних дій [16, с. 11]; сукупність різноманітних за своєю природою конкретних організаційних дій, покликаних організувати ефективну діяльність організації [17, с. 560]; це всі організаційні та розпорядчі дії, які є взаємозалежними і в сукупності забезпечують виконання досягнення поставлених цілей; це є система усіх методів, прийомів і способів формування та регулювання відносин між об'єктами системи та внутрішнім і зовнішнім середовищами [18].

З огляду на предмет нашого дослідження розглянемо детальніше організаційні механізми забезпечення правопорядку, тобто заходи організаційного характеру, за допомогою яких можливо забезпечити правопорядок у ЗСУ та в інших військових формуваннях.

Проектування моделі системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях, у т. ч. моделювання ефективності її функціонування, є, на нашу думку, першочерговим організаційним заходом.

Сьогодні моделювання є загальноприйнятим методом вирішення різних завдань як у науці, так і у практичній діяльності. Загалом це є матеріальне або уявне імітування реально існуючої системи шляхом спеціального конструювання аналогів (моделей), у яких відтворюються принципи організації та функціонування цієї системи [19, с. 114].

Отже, під час створення моделі системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях необхідно визначити її основні цілі, структуру, зміст, напрямки та принципи діяльності, а також правила взаємодії її структурних елементів між собою. Кінцевим результатом такого моделювання повинно стати створення цілісної функціонуючої системи забезпечення правопорядку, яка би повністю відповідала своєму безпосередньому призначенню, об'єднавши у собі увесь спектр питань, пов'язаних зі здійсненням правоохоронної та правозахисної діяльності у військовій сфері – від досудового розслідування, оперативно-розшукової діяльності до нагляду (контролю) за додержанням законів у ЗСУ, інших військових формуваннях і підприємствах оборонно-промислового комплексу, здійснення фахового правового захисту військовослужбовців і представництва їхніх інтересів у судах.

Побудова оптимальної структури правоохоронних органів у військовій сфері повинна здійснюватися з урахуванням специфіки військової структури держави, інститутів ЗСУ та інших військових формувань і ґрунтуватися на сформованих світовою практикою принципових засадах функціонування органів військової юстиції та військової поліції відповідно до загальновизнаних міжнародних демократичних стандартів. На нашу думку, сучасна правоохоронна система у військовій сфері потребує реформування та створення єдиного спеціального незалежного правоохоронного органу у системі військової юстиції, фахівці якого відповідно до своїх функціональних обов'язків будуть здійснювати увесь необхідний спектр правоохоронної та правозахисної діяльності у військовій сфері. Зазначене сприятиме усуненню дублювання та паралелізму в діяльності правоохоронних органів, дозволить визначити основні завдання, функції, оптимальну й обґрунтовану штатну чисельність, а також запровадження дієвої системи державного та громадського контролю за діяльністю військових правоохоронців.

Заходи кадрового, фінансового та матеріально-технічного забезпечення новоствореного органу в системі військової юстиції пропонуємо здійснювати за рахунок уже існуючих видатків державного бюджету України на вже наявні органи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях.

У свою чергу, правові механізми є засобом, за допомогою якого управлінські рішення і дії набувають правового характеру [16, с. 11], упорядковуються суспільні відносини за допомогою системи правових засобів, способів і форм з метою задоволення публічних і приватних інтересів учасників суспільних відносин, забезпечення правопорядку [20, с. 268].

Ми переконані, що заходи правового механізму забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях повинні здійснюватися відповідно до науково обґрунтованих концептуальних правових засад функціонування системи забезпечення правопорядку та гарантувати адекватне реагування на загрози територіальній цілісності, недоторканості, обороноздатності, національній безпеці й обороні, забезпечення виконання державного оборонного замовлення, захисту прав і законних інтересів військовослужбовців. Тому впровадження на практиці згаданої нами вище моделі системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях повинне мати під собою міцне нормативно-правове підґрунтя у вигляді Концепції, правові положення якої визначатимуть вектор подальшої розбудови та розвитку цієї системи.

Зміст документа має включати: цілі, завдання, принципи функціонування системи забезпечення правопорядку у ЗСУ, інших військових формуваннях; нормативно-правове забезпечення; суб'єктів та учасників забезпечення правопорядку; основні напрями подальшої розбудови та розвитку системи забезпечення правопорядку у ЗСУ, інших військових формуваннях; строки реалізації.

Ефективність нормативно-правової бази, що стосується забезпечення правопорядку у ЗСУ, інших військових формуваннях, визначається ступенем відповідності первинних правових засобів регулювання суспільних відносин у військовій сфері, які виражаються у формі дозволів, зобов'язань, заборон, соціально-політичним реаліям і формам реалізації норм права. Саме за допомогою якісної нормативно-правової бази реально виконуються функ-

ції права щодо регулювання суспільних відносин та охорони втрачених прав.

Останнім часом судова та правоохоронна системи нашої держави піддавалися численним реформам, результатом яких було скасування військових судів, правоохоронних органів і створення нових органів, таких як Державне бюро розслідувань, Національне антикорупційне бюро України, Національна поліція. Змінилися також певною мірою функції окремих правоохоронних органів.

Очевидно, що кардинальні зміни організаційно-штатних структур державних правоохоронних органів відбувалися шляхом прийняття нових нормативно-правових актів і внесення змін у чинні, тож сьогодні ми маємо велику кількість нормативних актів, у яких розпорошені функції досудового розслідування, оперативно-розшукової діяльності, забезпечення представництва у судах.

Так, до прикладу, досудове розслідування військових злочинів покладається на слідчі органи Державного бюро розслідувань і Національної поліції України, тоді як здійснення представництва інтересів військовослужбовців, котрі виконують бойові завдання в особливий період під час воєнного стану та не мають змоги отримати належну правову допомогу, не передбачене жодним нормативно-правовим актом. З огляду на зазначене особливої актуальності набуває питання проведення систематизації законодавства у сфері забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях із метою виявлення прогалин, колізій і дублювання, а також визначення оптимальної структури та правового статусу правоохоронних органів у військовій сфері.

За умов складної військово-політичної ситуації, викликаної анексією Російської Федерації Криму, проведенням ООС на сході України, формування правової свідомості та правової культури серед особового складу ЗСУ, інших військових формувань є особливо важливим аспектом, що прямо впливає на якісне виконання військовослужбовцями службово-бойових завдань і на боєготовність загалом. Низький рівень правових знань породжує правовий нігілізм і часто стає причиною вчинення правопорушень. Водночас правові знання переростають у правові переконання, впливають на свідомість військовослужбовця і є основою для формування правової культури. Тому системна правова робота, що максимально сприятиме формуванню високого рівня правосвідомості та правової культури у військовослужбовців, є невідкладним завданням військового командування, адже від цього прямо залежить стан правопорядку у військових підрозділах.

Висновки. Таким чином, враховуючи вищевикладене, можна дійти висновку про те, що організаційно-правові механізми забезпечення правопорядку у ЗСУ, інших військових формуваннях є системою організаційних методів, прийомів, способів і процедур щодо:

а) проектування моделі системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях;

б) побудови оптимальної структури правоохоронних органів у військовій сфері;

в) формування кадрового резерву суб'єктів забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях;

г) здійснення фінансового та матеріально-технічного забезпечення.

Вони реалізуються за допомогою правових засобів, які включають:

– розробку науково обґрунтованих концептуальних правових засад функціонування системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях;

– створення ефективної нормативно-правової бази у сфері забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях;

– визначення правового статусу правоохоронних органів у військовій сфері;

– формування правової свідомості та правової культури серед особового складу ЗСУ та інших військових формувань.

Враховуючи вищезазначене, перспективи подальших розвідок у цьому напрямі вбачаємо у винайденні шляхів удосконалення системи забезпечення правопорядку у ЗСУ та інших військових формуваннях.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони від 6 травня 2015 р. «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 06 травня 2015 р. № 287/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015#Text (дата звернення 12.11.2020).
2. Законодавство. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко та ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1999. Т. 5. 792 с.
3. Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зозькина, В.Е. Крутских. Москва : ИНФА, 1998. 790 с.
4. Кельман М.С., Мурашин Г.О. Загальна теорія права. Київ : Кондор, 2002. 222 с.
5. Гіда Є.О., Білозьоров Є.В., Завальний А.М. та ін. Теорія держави та права : підручник / за заг. ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 576 с.
6. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 688 с.
7. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления : курс лекций. Москва : Юридическая литература, 1997. 387 с.
8. Дроздова Н.Г. Організаційно-правовий механізм управління системою державних закупівель на конкурсних засадах: теоретико-методологічний аспект. *Актуальні проблеми державного управління*. 2012. Вип. 3. С 150–153.
9. Назаренко В.Ю. Організаційно-правовий механізм державного управління пожежною безпекою в Україні. *Теорія та практика державного управління*. 2013. Вип. 3 (42). С 1–7.
10. Хромова Ю.О. Організаційно-правовий механізм державного регулювання виборчого процесу в Україні : автореф. дис. … канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. Одеса, 2014. 24 с.
11. Мороз В.М. Організаційно-правовий механізм державно-управлінського впливу: зміст та характеристика категорії. *Інвестиції: практика та досвід*. 2019. № 23. С. 106–114.
12. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
13. Філософський енциклопедичний словник / В.І. Шинкарук та ін. Київ : Абрис, 2002. 742 с.
14. Стадник В.В., Йохна М.А. Менеджмент : посібник. Київ : Академвидав, 2003. 464 с.
15. Мескон М.Х., Альберт М., Хедоури Ф. Основы менеджмента / пер. с англ. Москва : Дело, 1998. 704 с.
16. Надолішній П.І. Теорія та історія державного управління: Опорний конспект лекцій : навчальний посібник. Одеса : ОРІДУ НАДУ, 2006. 132 с.
17. Назарук Т.В., Косюк О.М. Менеджмент організації : навчальний посібник. Київ : Центр навчальної літератури, 2016. 560 с.
18. Гавриляк О., Миронов Ю. Організаційний механізм управління діяльністю підприємства. *Керівник.ІНФО.* URL: https://kerivnyk.info/2012/04/gavryljak.html.
19. Фріс П.Л., Савінова Н.А. Моделювання у кримінально-правовій політиці. *Наше право.* 2017. № 2. С. 114.
20. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. Київ : Алерта; ЦУЛ, 2011. 524 с.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/4

ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ СЕРЕД ІНШИХ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ЦІННОСТЕЙ ПРАВА

HUMAN DIGNITY AMONG OTHER FUNDAMENTAL VALUES OF LAW

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

Гулаткан Т.В., аспірантка кафедри теорії та філософії права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гуманізм є атрибутивною характеристикою суспільства, будучи першоосновою свободи, справедливості та рівності, він визнає особистісні цінності невід'ємною складовою частиною людського буття, втрата яких зумовить порушення утвореної ціннісної системи. Повага до внутрішньої цінності людської особистості, втілена людською гідністю, є об'єктом структурного, нормативного та зобов'язального принципу, який здатний повторно відображати своє історичне походження та особливості, а також змінні функції. Людська гідність є благом, цінністю, і правильне його розуміння зумовить правильне його забезпечення. Саме тому мислителі ще з часів античності намагалися пізнати істинне значення цієї цінності. Під впливом різних ідеологій та факторів, як позитивних, так і негативних, все ж розуміння гідності набуло плюралістичного характеру. Нормативний характер дозволяє принципу гідності людини внести до закону «невідмінність» і краще відповідати мінливим людським, правовим та політичним реаліям. Однак, незважаючи на широку міжнародну домовленість щодо важливості цього принципу, є значна плутанина щодо того, чого він вимагає від законодавців та судових практиків, і значна непослідовність у його формулюванні та застосуванні на національному рівні. Точний зміст цього нового принципу залишається поки що відкритим для тлумачення. Людська гідність служить основою права, але юридична філософія визнає, що вона існує як моральна, філософська передумова закону та як принцип, закладений у конституції. Відповідно до міжнародних стандартів, гідність людини розуміється як цінність, яка властива усім без винятку людям і з якої випливають усі права людини. Тобто, якщо говорити мовою філософії й теорії прав людини, то міжнародні акти закріплюють людську антропну гідність, яка властива усім членам земної цивілізації від народження, незалежно від їхніх індивідуальних особливостей.

Ключові слова: людська гідність, гуманізм, свобода, справедливість, рівність, принципи права.

Humanism is an attributive characteristic of society, being the primary principle of freedom, justice and equality, it recognizes personal values as an integral part of human existence, the loss of which will lead to the violation of the formed value system. Respect for the intrinsic value of the human person, embodied in human dignity, is the object of a structural, normative and binding principle that is able to re-reflect its historical origins and features, as well as its variable functions. Human dignity is a good, a value, and its correct understanding will determine its correct provision. That is why thinkers since ancient times have tried to know the true meaning of this value. Under the influence of various ideologies and factors, both positive and negative, the understanding of dignity has become pluralistic. Normative nature allows the principle of human dignity to make the law "indistinguishable" and better meet the changing human, legal and political realities. However, despite the broad international agreement on the importance of this principle, there is considerable confusion as to what it requires of legislators and jurisprudence, and considerable inconsistency in its formulation and application at the national level. The exact meaning of this new principle remains open to interpretation. Human dignity is the basis of law, but legal philosophy recognizes that it exists as a moral, philosophical prerequisite for the law and as a principle enshrined in the constitution. According to international standards, human dignity is understood as a value that is inherent in all, without exception, people and from which all human rights derive. That is, speaking in the language of philosophy and theory of human rights, international acts enshrine human anthropic dignity, which is inherent in all members of earthly civilization from birth, regardless of their individual characteristics.

Key words: human dignity, humanism, freedom, justice, equality, principles of law.

Вступ. Порівняно з рівністю, свободою та справедливістю, гідність людини є недавнім правовим поняттям. Людська гідність є основоположним принципом як для міжнародного законодавства про права людини, так і внутрішніх положень про конституційні права для багатьох країн із другої половини XX століття. Це найбільш фундаментальний матеріальний принцип у всіх конституціях, які визнали його.

І хоча людська гідність має насправді фундаментальний зміст, чи може вона розглядатись як абсолютне право? Тому **актуальність** наукового дослідження полягає в тому, що попри те, що гідність закріплена як право в національних конституціях та міжнародних документах із прав людини й покладається як основа всіх прав людини, все ж сенс гідності оспорюється й іноді стверджується, що невизначеність гідності можуть спричинити довільне прийняття рішень при правозастосуванні. **Метою** роботи є визначення людської гідності, з огляду на різні традиції і різноманітні значення та конотації, які перетинаються, а іноді й конфліктують між собою. **Завданнями** роботи є аналіз поняття людської гідності в системі правових цінностей; дослідження генези поняття людської гідності та сучасні підходи до його розуміння, вивчення людської гідності як джерела прав людини, опис питання захисту людської гідності в праві.

Виклад основного матеріалу. Людська гідність як багатоаспектна цінність людини глибоко проникла в зміст права. Ознаки і якості, що характеризують та визначають людську гідність, становлять онтологічну основу прав і свобод людини, її правового статусу. Своєю чергою людська гідність через систему соціальних зв'язків є вихідною у взаємовідносинах між людьми і знаходить своє безпосереднє відображення в гідності кожної людини.

Поняття гідності людини пов'язується переважно з цінністю людини й оцінкою її значення й місця в суспільстві та державі. Сам оціночний момент у вигляді моральної чи правової оцінки є суттєвим засобом впливу на поведінку людини, на основі якого формується еталон вимог, що виставляється до дій людей у конкретній ситуації з конкретного приводу. Ці вимоги стають особис-

тими нормами дій лише тоді, коли вони забезпечуються передусім внутрішнім переконанням людини в її корисності, вигідності, цінності як для неї самої, так і для інших людей [1, с. 53].

Нерозривним є зв'язок людської гідності та гуманізму. Гуманізм – це світогляд, у центрі якого ідея людини як вища цінність і пріоритетна стосовно себе реальність у низці всіх інших матеріальних і духовних цінностей. Гуманісти стверджують рівноправність людини як матеріально-духовної істоти стосовно іншої людини, природи, суспільства.

Гуманізм виражає гідність особистості, її зовні порівняну, але внутрішньо прогресуючу самостійність, самодостатність і рівноправність щодо інших реалій. Гуманізм у вузькому розумінні – це світогляд, що визнає гідність кожної людини вищою цінністю всього людства. Це визначення припускає усвідомлене уявлення про гуманізм, яке доступне тому, хто схильний відчувати і мислити відповідним чином.

Гуманізм у широкому контексті – це феномен культури, що стимулює загальний прогрес світової цивілізації. Розгляд гуманізму в широкому та вузькому контексті дає нам змогу уявляти його як відкриту систему, що динамічно розвивається та включає в себе також погляди, уявлення, моральні принципи, що заперечують всі види нерівності між індивідом та суспільством, практичні дії, що реалізують цей принцип в економічній, політичній і юридичній сферах буття. При цьому одне положення в цій системі залишається незмінним – визнання людської гідності вищою цінністю світу.

Зокрема, під поняттям «гуманізм» розуміють історично зумовлену систему поглядів, що визнає людину самодостатньою цінністю, розглядає її як свідомий об'єкт своїх дій, розвиток якого за законами власної діяльності є необхідною умовою розвитку суспільства [2, с. 16]. У процесі аналізу зв'язку свободи з гідністю П.М. Гусак дійшов висновку, що свобода є суттєвою прикметою особи, тому суспільство, яке взагалі претендує на те, щоб зватися людським, має їй цю свободу гарантувати повною мірою, інакше першочергово страждатиме людська гідність [3]. Людська гідність є постійно змінюваним суспільним явищем.

Її сутність може бути теоретично виражена лише поняттями, що розвиваються, перетворюються, змінюють одне одного. Вона склалась як відображення у свідомості людей того особливого положення, яке займає людина, а також як відображення її соціальної цінності [4, с. 12]. Належачи до основоположних соціальних цінностей, які захищає право, людська гідність завжди потребувала детального дослідження.

Встановлення дефініції цього поняття є доволі складним процесом, під час якого варто звертати увагу на багатоаспектність, а також вплив позитивних (розвиток культури та цивілізації, релігія тощо) та негативних (війни, геноцид, насильницькі ідеології тощо) факторів у його тлумаченні. Розвиток ідеї людської гідності у всі часи був онтологічно пов'язаний з ідеєю прав людини та природним правом, які протягом століть розглядалися як взаємозалежні та взаємовизначальні. Людська гідність тлумачилась як прояв природи людини, її духовного начала, а тому розглядалась як підґрунтя, базис природного права та прав людини.

У зв'язку з цим доцільніше розглядати людську гідність у поєднанні з природним правом, правами людини і саме крізь призму природи людини [5, с. 17]. У позитивному значенні концепція права на людську гідність бере свій початок з античних часів, коли це право стало розумітись як реально існуюче. Зокрема, римському праву були притаманні такі поняття, як індивідуальна та групова честь, що відображають одну з характеристик гідності [6, с. 59].

В епоху античності людська гідність пов'язувалась із правосуб'єктністю людини. Людська гідність включала в себе дві складові частини: гідність члена співтовариства та гідність громадянина, що вело до утвердження самоцінності людини як такої, незалежно від соціального статусу. Розвиток ідеї людської гідності від гідності роду, гідності громадянина як суспільної цінності і до самоцінності людини є центральним напрямом у розвитку філософії та природного права того часу [5, с. 28].

Епоха такого сприйняття філософами гідності переформувалася в процесі поступового утвердження християнства як провідної та всеохоплюючої ідеології Європи. Концепція розуміння людської гідності крізь призму природних прав поступалася теократичній моделі. Право на повагу до людської гідності є невід'ємним і непорушним правом кожного, яке, як ми проаналізували в минулому розділі, ставиться вище за будь-яке інше право.

Будучи таким, без якого не можуть існувати інші права (право на життя, здоров'я, особисту свободу, рівність тощо), воно стає надважливим об'єктом державного захисту. Такий об'єкт мусить мати визначений зміст задля його реального розуміння та ефективного захисту. Гідність людини відіграє центральну роль у міжнародно-правових дискурсах із другої половини XX ст.

З тих часів вона була чітко або неявно визнана в конституційних та міжнародних документах і стала головною цінністю, що лежить в основі сучасних морально-політичних дебатів. Це, безсумнівно, є найбільш поширеною концепцією міжнародного права про права людини і основою різних правових рамок, які переплітаються з різними релігійними та моральними традиціями. Гідність людини, з одного боку, є моральною цінністю та онтологічною передумовою, а з іншого – вона також проявляється через різні правові інструменти.

Цей принцип виконує основні нормативні функції: одну аксіологічну та одну допоміжну. Завдяки останньому принцип може взяти на себе інтерпретаційну або риторичну роль. Принцип гідності людини виконує аксіологічну функцію, оскільки він є причиною і загальною ланкою для імплементації норм у міжнародний правовий порядок; це соціальна цінність, щодо якої існує широка прийнятність, що її треба захищати.

На міжнародному рівні визнано, по-перше, що усі права людини випливають із властивої людській природі гідності [7], по-друге, що людина може здійснювати соціальні, економічні та культурні права і право на соціальне забезпечення для підтримання гідності людини та вільного її розвитку [8], по-третє, що освіта має спрямовуватися також і на усвідомлення гідності людини [9], по-четверте, що право на гуманне поводження і на повагу до людської гідності мають усі особи, які позбавлені волі [7]. Також варто звернути увагу на те, що в міжнародних актах гарантується право на справедливу і задовільну винагороду за працю, яка забезпечує гідне людини існування [8]. Гідність стає вектором ефективного процесу правових змін, наприклад, стосовно захисту біженців прийнято принцип гідності людини для підвищення рівня захисту шукачів притулку та розширення сфери застосування принципу неприйняття «відродження» або охоплення економічних, соціальних і культурних прав, зокрема, принцип гідності людини може використовуватися в межах національної ролі для уточнення контурів більш широких правових норм, забезпечуючи елемент, про який прямо не йдеться в самому законі.

Висновок. Людська гідність – багатоаспектна надцінність, яка формує підґрунтя для існування та розвитку правової, демократичної та соціальної держави. Будучи одночасно невід'ємним правом кожного, джерелом права, моральним та правовим принципом, моральним стандартом, предметом для філософських роздумів та висхідною точкою розвитку ідеї гідності кожного, вона розкриває

всю багатогранність свого змісту і, як наслідок, породжує незліченну кількість дискусій щодо себе. Аналіз думок провідних науковців, філософів, професійних юристів дає нам змогу дійти висновку, що зміст людської гідності не є вичерпним, тобто суспільний розвиток, поступово, в мірі потреби буде виводити нові складові частини гідності з об'єктивного природного права.

При цьому, будучи також ланкою, з якої витікають основоположні цінності права (свобода, рівність, справедливість), гідність набуває у праві значення фундаментальної надцінності. Зокрема, якщо зіставити її ціннісний об'єм з іншими природними правами, наприклад, як життя, здоров'я, недоторканність тощо, ми спостерігаємо явну перевагу гідності, адже без гідності, з огляду на проведений аналіз, не можуть забезпечуватися інші права. Викладені вище уривки покликані представити структурну роль людської гідності, демонструвати те, що, хоча в усіх випадках вона явно не згадується як основний принцип, є зближення практики та доктрини навколо її присутності в самому субстраті міжнаціонального законодавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Грищук О.В. Особливості закріплення ідеї людської гідності у правових актах ООН. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2012. № 3. С. 53–55.
2. Морозова Л.П. Гуманізм: особливості історичного розвитку. *Гуманізм і освіта*. 2010. № 8. С. 38–41.
3. Петро Г. Свобода – рівність – справедливість: питання цінностей в секулярному суспільстві. URL: http://www.ji.lviv.ua/n32texts/husak.htm (дата звернення: 26.11.2020).
4. Придворов Н.А. Достоинство личности и социалистическое право. Москва : Юридическая литература, 1977. 136 с.
5. Грищук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. Атіка. 2007. 432 с.
6. Вдовіченко С., Кампо В. Право на людську гідність: українська теорія і практика у контексті європейського досвіду. *Вісник Конституційного Суду України*. 2012. № 4. С. 55–62.
7. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., ООН. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 26.11.2020).
8. Загальна декларація прав людини: резолюція 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 21.11.2020).
9. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р., ООН. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 26.11.2020).

УДК 378.4:316.4.066
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/5

ПЕРЕМІЩЕНІ ЗВО ЯК ФАКТОР СОЦІАЛЬНОЇ МОБІЛІЗАЦІЇ

RELOCATED UNIVERSITIES AS A FACTOR OF SOCIAL MOBILIZATION

Дмитрик І.О., к.і.н.
Донецький національний технічний університет

Сервачак О.В., к.психол.н.,
доцент кафедри історії та права
Донецький національний технічний університет

Збройний конфлікт на сході України зумовив виникнення восени 2014 р. у сфері вищої освіти за ініціативи частини професорсько-викладацького складу та студентства феномена переміщених закладів вищої освіти.

У статті розглядаються аспекти формування цього соціального явища та особливості діяльності вишів-переселенців. Наголошується, що це негласна окрема категорія суб'єктів вступної кампанії, бо вони проводять її в кардинально інших умовах порівняно з власним довоєнним досвідом. Особлива увага приділяється аналізу профорієнтаційних стратегій, в яких демонструється різниця між групою переміщених ЗВО, які залишили межі Донецької та Луганської областей та перебувають у Вінниці, Кривому Розі, Харкові, Києві, та групою переміщених ЗВО, які перебувають у межах Донецької та Луганської областей. Для однієї групи вишів нагальними потребами у профорієнтаційній діяльності останні шість років виступають необхідність проведення набору на чужому регіональному освітньому полі та збереження регіональної ідентичності. Для іншої групи вишів складними завданнями є: здійснення набору в умовах кардинального об'єктивного зменшення кількості потенційних абітурієнтів, з огляду на демографічну ситуацію в регіоні; подолання інформаційної плутанини в сприйнятті абітурієнтів, які плутають виші-переселенці з «клонами» або з філіями; збереження власної ідентичності; створення привабливого образу ЗВО на фоні гострого дефіциту об'єктів розвиненої культурно-розважальної та спортивної інфраструктури в районних центрах.

Очевидно, що перманентна необхідність використання всіх наявних резервів трудових колективів переміщених ЗВО в контексті соціальної мобілізації призводить не тільки до позитивних результатів. Механізми соціальної мобілізації можуть бути витиснені механізмами соціальної апатії. Виші-переселенці в складних, несприятливих, порівняно із довоєнними, умовах формують новий досвід провадження освітньої та наукової діяльності, ведення вступних кампаній. Необхідно розуміти, що це відбувається переважно завдяки наполегливості та кропіткій роботі трудових колективів переміщених вишів, ентузіазму та життєвій енергії професорсько-викладацького складу.

Ключові слова: переміщені заклади вищої освіти, виші-переселенці, профорієнтаційна робота, соціальна мобілізація, вступна кампанія, реорганізація, соціальна апатія.

The armed conflict in the east of Ukraine led to the emergence of the phenomenon of displaced higher educational institutions in the autumn of 2014 at the initiative of a part of the teaching staff and students in the field of higher education.

The article examines aspects of the formation of this social phenomenon and the features of the activities of immigrant universities. It is noted that relocated universities are an unspoken separate category of subjects of the entrance campaign, because they conduct it in fundamentally different conditions compared to their own pre-war experience. Particular attention is paid to the analysis of career guidance strategies, which demonstrate the difference between a group of displaced universities that left Donetsk and Luhansk regions and are located in Vinnytsia, Kryvyi Rih, Kharkiv, Kyiv and a group of displaced universities located within Donetsk and Luhansk regions. For one group of universities, the urgent needs in career guidance over the past six years have been: the need to recruit in someone else's regional educational field and the need to preserve regional identity. For another group of universities, difficult tasks are: recruitment in conditions of a cardinal objective decrease in the number of potential applicants, taking into account the demographic situation in the region; overcoming information confusion in the perception of applicants who confuse migrant universities with "clones" or with the branches; preserving their own identity; creation of an attractive image of the university against the background of an acute shortage of developed cultural, entertainment and sports infrastructure in regional cities.

It is obvious that the permanent need to use all the available reserves of teaching staff of relocated universities in the context of social mobilization leads not only to positive results. The mechanisms of social mobilization can be replaced by the mechanisms of social apathy. Migrant universities in difficult, unfavorable compared to pre-war conditions form new experience in conducting educational and scientific activities, conducting entrance campaigns. It is necessary to understand that this is mainly due to the persistence and painstaking work of the teaching staff of the relocated universities, due to their enthusiasm and vitality.

Key words: displaced higher educational institutions, immigrant universities, career guidance work, social mobilization, entrance campaign, reorganization, social apathy.

Неоголошена війна на сході України триває понад шість років. Вона має очевидні наслідки: людські втрати серед військових та цивільного населення; фізична інвалідизація постраждалих та набуття психологічних і психічних травм; руйнування житлової, комунальної та транспортної інфраструктури регіону; поява нових верств українського суспільства (переселенці, ветерани АТО/ООС, мешканці тимчасово окупованих територій), що потребують системної державної підтримки у вигляді окремих напрямів соціальної політики; економічна, гуманітарна та екологічна кризи, які характеризуються перманентною небезпекою перетворення на катастрофи.

Під впливом цих руйнівних процесів відбувається трансформація українського суспільства. Мобілізуючи всі ресурси, потерпаючи від перебування в умовах тривалої небезпеки та невизначеності, соціальна система все ж демонструє приклади зміцнення в Україні громадянського суспільства, в екстремальних умовах на практиці проявляє такі риси, як єдність, альтруїзм, гуманізм, соціальна відповідальність. Серед інших прикладів наслідування цих принципів перед обличчям надскладних життєвих викликів можна назвати появу восени 2014 р. феномена переміщених закладів вищої освіти (до вересня 2017 р. у правовому полі використовувалось визначення «переміщені вищі навчальні заклади», у ЗМІ з осені 2014 р. і дотепер використовуються терміни «виш-переселенець», «евакуйований вищий навчальний заклад» тощо). Мова йде про 18 вищих навчальних закладів державної форми власності та 1 – приватної, які у зв'язку з проведенням антитерористичної операції в Донецькій та Луганській областях або анексію Криму були змушені змінити місце свого розташування.

За шість років стала формуватися історіографія питання [1] переважно зусиллями професорсько-викладацького складу вишів-переселенців, які стали учасниками та свідками подій. Розгляд появи та діяльності пере-

міщених ЗВО як фактора соціальної мобілізації становить певний науковий інтерес.

Більшість із переміщених ЗВО перенесла навчальний процес у власні філії в межах Донецької та Луганської областей, меншість – почала освітню діяльність у Вінниці, Кривому Розі, Харкові, Києві. Розглядаючи механізм появи такого суспільного феномена, варто наголосити на двох особливостях:

– саме активна частина професорсько-викладацького складу та студентства виступила ініціатором переїзду з окупованих територій та спонукала Міністерство освіти та науки України прийняти відповідні рішення. З точки зору верифікації понять термін «евакуація» стосовно цього процесу використовувати не можна, бо він не відповідає дійсності ані за першоджерелом руху, ані за суб'єктом (часто на свій страх і ризик) реалізації задуму. Це відомий факт, він є частиною професійного та особистого досвіду викладачів вишів Донеччини, Луганщини, отриманого у 2014 р. Про це пишуть у наукових статтях та говорять у доповідях на конференціях. Наприклад, професор І.М. Грідіна називає процес переміщення «евакуацією вищих навчальних закладів «знизу» [2, с. 71], використовується також термін «самоевакуація» [3]. Тому процес народження та подальшого розвитку феномена переміщених ЗВО можна розглядати як приклад соціальної мобілізації;

– практично в кожного вишу-переселенця на непідконтрольних територіях залишився свій «клон», бо значна частина як викладачів, так і студентів із різних причин та обставин не виїхали, а продовжили працювати або навчатись у межах так званої освітньої системи самопроголошених республік.

Переміщені заклади вищої освіти у 2014/2015 навчальному році втратили майже все: значну частину кадрового складу викладачів та контингенту студентів, приміщення для навчального процесу, лабораторну базу, гуртожитки, бібліотечні фонди, устаткування, документацію. Освітяни зіткнулися з нестачею аудиторного фонду, необхідністю створення заново навчальних матеріалів. Однією з найболючіших проблем 2014/2015 навчального року була відсутність протягом кількох місяців виплат заробітних плат викладачам та стипендій студентам. Це було пов'язано з правовою неврегульованістю цього питання.

Студентів та викладачів після переїзду розселили в гуртожитки інших університетів, окрім того, викладачі часто були вимушені винаймати квартири на кілька сімей. На жаль, станом на 2020 р. кризова ситуація з житлом майже не змінилася. Через обмеженість житлових фондів районних центрів, в яких здебільшого розташовані вишіпереселенці, та завищені з осені 2014 р. ціни на оренду житла в очікуванні приїзду «донецьких» частина викладачів та членів їхніх родин досі проживають у гуртожитках.

Трудові колективи кожного переміщеного закладу вищої освіти в таких надскладних умовах доклали максимум зусиль, щоб провести реорганізацію, налагодити на новому місці навчальний процес та зберегти наявний контингент студентів. Паралельно необхідно було не розгубити науковий потенціал та міжнародне співробітництво вишів, приділяти багато уваги виховній роботі зі студентами та особливо у випадку дислокації у невеликих містах Донецької та Луганської областей зі скромною інфраструктурою культурних, спортивних та розважальних закладів, набути функцій одного з центрів громадської активності, інновацій, просвітницької діяльності та культурного життя.

Як цілком слушно зазначає Л. Якубова, перший шок від фактичних втрат у лавах педагогічного корпусу, який пішов на співробітництво з сепаратистами, евакуація з окупованих територій низки вищих навчальних закладів, невизначеність перспектив їх існування, складнощі адаптації й часткова упередженість усередині освітянської верстви вкупі з низкою заявлених реформ і суттєвим зниженням фінансування галузі в умовах війни поставили українську освіту на межу небачених перевантажень. Вартим уваги є те, що за таких критичних обставин освітня галузь спромоглася не лише функціонувати, а й знайти в собі сили для оптимізації та оновлення. Власне, в цьому українські освітяни виявилися відповідними своїй місії та світовим трендам [4, с. 272].

Не тільки здобутки, а й саме існування будь якого переміщеного університету не можливі без ефективної вступної кампанії, оскільки від стабільного поповнення лав студентів першокурсниками всіх форм навчання залежить розмір педагогічного навантаження, яке впливає на розмір ставки, а значить, і заробітної плати кожного викладача. Вступна кампанія – це невід'ємний органічний елемент системи вищої освіти, і абсолютно кожен виш кожного року в складній конкурентній боротьбі прагне збільшити кількість зарахованих на навчання абітурієнтів. Варто наголосити, що виші-переселенці – це негласна окрема категорія суб'єктів вступної кампанії, бо вони проводять її в кардинально інших умовах порівняно з власним довоєнним досвідом.

Ця теза потребує деталізації. Переміщені ЗВО, які залишили межі Донецької та Луганської областей та перебувають у Вінниці, Кривому Розі, Харкові, Києві, зосереджені на тому, щоб:

1) здійснити набір, незважаючи на позиції «новачка» на чужому регіональному освітньому полі. Як зазначає з цього приводу Р.О. Додонов, «явно перенасичений пропозицією національний ринок освітніх послуг без особливих труднощів із задоволенням поглине абітурієнтів із Донецької та Луганської областей, чисельність яких із року в рік тільки зменшується. З іншого боку, в евакуйованих до Вінниці, Кривого Рогу та інших міст університетах ректори тамтешніх вузів бачать конкурентів, які своєю чергою здатні відтягнути на себе значну частку потенційних студентів» [5];

2) не втратити власну ідентичність, яка швидко розмивається через кардинальні зміни у викладацькому складі та контингенті студентів. Плинність кадрів притаманна всім переміщеним ЗВО, бо викладачі, що переїхали восени 2014 р., – це переселенці, життєві плани яких за більш ніж шість років стали не набагато зрозумілішими для них самих в умовах відсутності власного житла, сімейних обставин, збройного конфлікту на сході України, який так довго триває, тощо. Тому трудові колективи активно поповнюються місцевими освітянами на різних рівнях: від професорсько-викладацького складу кафедр до складу керівництва вишу. Цей процес не може не змінювати характер корпоративної культури. Крім того, абітурієнтам із непідконтрольної території, з огляду на тривалість та складність пересічення лінії розмежування (що лише посилилося у 2020 р. на фоні пандемії), незручно та дорого постійно долати відстань до Вінниці, Кривого Рогу, Харкова, Києва. Виші з кожним роком дедалі більше орієнтуються на місцевих абітурієнтів. Очевидно, для того, щоб переконати батьків школярів та самих випускників шкіл Вінниці або Харкова надати перевагу переміщеному ЗВО з-поміж давно відомих їм закладів вищої освіти цих міст, потрібно докласти більше зусиль, витратити на профорієнтаційну роботу більше часу, постійно вигадувати креативні методи. Іншими словами, протягом кожного навчального року працювати в галузі профорієнтації, керуючись олімпійським девізом: «Швидше, вище, сильніше!».

Переміщені ЗВО, які перебувають у межах Донецької та Луганської областей, мають такі проблеми:

1) до 2014 р. значна частина вступників формувалася з випускників шкіл великих міст (Донецьк, Луганськ, Макіївка, Горлівка тощо) та інших населених пунктів цих областей. Через військові дії відбувся колосальний

відтік населення з непідконтрольних районів Донецької та Луганської областей у різних напрямах. Міністерство соціальної політики України повідомило, що станом на 24 листопада 2020 р., за даними Єдиної інформаційної бази даних про внутрішньо переміщених осіб, взято на облік 1 458 737 переселенців із тимчасово окупованих територій Донецької та Луганської областей та АР Крим [6]. По-перше, це тільки офіційна статистика, складно вирахувати фактичну чисельність цієї категорії населення. По-друге, мова йде про внутрішньо переміщених осіб, проте існує чисельна категорія мігрантів, які виїхали до інших країн. Тобто демографічна ситуація не дає змоги розраховувати на масштабний набір навіть за допомогою плідної роботи освітніх центрів «Донбас-Україна»;

2) інформаційна плутанина.

2.1. Довгий час (принаймні перші 2 вступні кампанії вишів у новому статусі) абітурієнти та їх батьки не завжди розуміли ситуацію з «клонами» університетів на непідконтрольній території, яка була описана вище, та різницю між двома вишами з однаковою назвою. Так, збираючись вступати до ДонНТУ, майбутній студент, створюючи пошуковий запит із назвою закладу в Інтернеті, міг потрапити на сайт переміщеного університету або того, що залишився в Донецьку під владою самопроголошеної республіки. Це спантеличувало та давало простір для невірних інтерпретацій та чуток, завдавало репутаційних втрат. Від абітурієнтів та їхніх батьків лунали питання та міркування: «це дві частини одного цілого, можна вступати до будь-якої з них на навчання і отримати український диплом», «в будь-який момент ви повернетесь до Донецька, а я не хочу ризикувати безпекою мого сина/доньки», «цей заклад з Донецька, отже, в ньому працюють сепаратисти» та ін.

2.2. Ще один аспект інформаційної плутанини – розташування на базі свого структурного підрозділу. З матеріально-технічної точки зору, це дало змогу деякім переміщеним вишам витримати найскладніший період, швидше адаптуватися та розгорнути повноцінну освітню діяльність. З точки зору вступної кампанії це проблема, бо у випадку ДонНТУ під одним дахом у трьох корпусах паралельно функціонувало (до літа 2019 р.) два заклади вищої освіти – Індустріальний інститут та переміщений ЗВО, кожному з яких необхідно було зробити свій набір влітку. Очевидно, що це суттєво шкодило відокремленому структурному підрозділу Індустріальний інститут, бо вело до «поглинання» частини його потенційних абітурієнтів факультетами ДонНТУ через різноманітніший спектр спеціальностей, більший масштаб та відоміший бренд вишу, більш розгалужені міжнародні зв'язки тощо. З іншого боку, навіть влітку 2018 р. під час четвертої вступної кампанії на новому місці абітурієнти з Покровська перепитували: «Хіба це різні навчальні заклади?». Тобто навіть за умов наполегливого інформування громадськості в самому Покровську через кілька років не всі усвідомлювали наявність двох вишів, сприймали їх як єдине ціле;

3) загроза втратити власну ідентичність. Вона не настільки помітна, як у тієї групи вишів, що розташувалася поза межами Донецької та Луганської областей, бо не зачіпає регіональних особливостей. Проте перманентне збільшення в кадровому складі частки місцевих освітян та об'єктивні щорічні зміни контингенту студентів впливають на самобутність корпоративної культури. Якщо в однієї групи переміщених вишів цей вплив можна позначити лінією «регіон – регіон», то в іншої – лінією «обласне місто – районне місто»;

4) невеликі районні центри Донецької або Луганської області, в яких здебільшого розташовані виші-переселенці другої групи, мають значний, порівняно з обласними центрами, дефіцит соціально-культурної інфраструктури. Мається на увазі не тільки обмежена кількість приміщень, з яких можна формувати університетський кампус, але й гостра нестача / повна відсутність просторів для дозвілля: кінотеатрів, театрів, спортивних комплексів, басейнів, розважальних центрів тощо. Тому зазвичай ці міста не є привабливими для проживання навіть частини місцевих абітурієнтів. Боротьба під час профорієнтаційної роботи вишів-переселенців у таких містах точиться не просто за те, щоб переконати випускників шкіл вибрати конкретний університет для вступу, а, в першу чергу, за те, щоб вмовити молодь не виїжджати у великі обласні центри України або за кордон для отримання вищої освіти з бажанням залишитись жити і працювати там. Виконання такого завдання вимагає постійного креативу, наснаги та натхнення. І вже згаданий олімпійський девіз у цьому процесі – не просто метафора, а й показник обсягу інтелектуальних, часових ресурсів та ресурсів життєвої енергії, які вкладають викладачі у профорієнтаційну та профагітаційну роботу.

На підтвердження останньої думки наведемо конкретний приклад. З метою вивчення ефективності профорієнтаційних заходів у ДонНТУ періодично відбувається вивчення громадської думки. З 7 по 11 грудня 2018 р. було проведено анкетування студентів першого курсу денної форми. Окреме коло питань було присвячено життєвому плануванню студентів після навчання у виші, а саме зміні міста проживання. За результатами опитування, 46,5% загальної кількості респондентів мають намір виїхати до іншого міста і не повертатися, а головними умовами, які змусили би змінити своє рішення, стали надання високооплачуваної роботи (80%) та отримання власного житла [7, с. 7].

Щодо питання змістовного наповнення вільного часу студентів, на жаль, інфраструктура міста не дає змоги молоді проводити дозвілля так, як того хотілося б. За результатами опитування, найпопулярнішим заняттям у вільний час виявилися прогулянки вулицями рідного міста або села з друзями та спілкування з друзями в Інтернеті. Молодь відвідувала би кінотеатр (56,8%) кафе та ресторани, розважальний центр або басейн, якщо з'явилася б така можливість [7, с. 11–13].

Боротьба трудових колективів переміщених ЗВО триває. Спочатку це була боротьба за змогу зберегти виші, їхній кадровий склад, контингент студентів, наукові школи, традиції, репутацію. Майже паралельно почалася боротьба за відновлення лабораторних баз, документації, навчально-методичного забезпечення, бібліотечних фондів, міжнародних зв'язків тощо. Кожного року продовжується боротьба за абітурієнтів, яка проходить у кардинально інших, порівняно з іншими вишами, умовах.

Очевидно, що перманентна необхідність використання всіх наявних резервів трудових колективів переміщених ЗВО в контексті соціальної мобілізації призводить не тільки до позитивних результатів. Механізми соціальної мобілізації можуть бути витиснені механізмами соціальної апатії.

Державна політика щодо вишів-переселенців має як елементи підтримки та діалогу, так і деструктивні елементи, які дестабілізують апріорі складну ситуацію (плани МОН переглянути мережу переміщених закладів вищої освіти, які актуалізувалися восени 2019 р.) [8].

Одним з індикаторів цієї ситуації є перманентна реорганізація структури перемішених ЗВО. Окрім переформатування кафедр, реорганізація може зачіпати масштабні структурні елементи конструкції (ліквідація відокремлених структурних підрозділів університетів), що негативно впливає на значну кількість кадрового складу вишів, може викликати дезінтеграцію трудових колективів, посилювати плинність кадрів, призводити до соціальної апатії.

Отже, поява феномена переміщених закладів вищої освіти стала прикладом процесу соціальної мобілізації. Одночасно вони є елементом збереження політичного україноцентризму Донбасу, а також одним із факторів

майбутньої реінтеграції тимчасово не підконтрольних уряду України районів Донецької та Луганської областей. Виші-переселенці в складних, несприятливих, порівняно з довоєнними, умовах формують новий досвід провадження освітньої та наукової діяльності, ведення вступних кампаній. Це змушує їх поряд із традиційними методами активно та масштабно впроваджувати у свою діяльність креативні методи. Проте варто розуміти, що це відбувається переважно завдяки наполегливості та кропіткій роботі трудових колективів переміщених вишів, ентузіазму та життєвій енергії професорсько-викладацького складу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Грідіна І.М. Вища освіта за умов зовнішньої агресії. *Феномен української інтелігенції в контексті глобальних трансформацій (до 95-річчя заснування Донецького національного технічного університету)* : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф., м. Красноармійськ, 17–18 березня 2016 р. Красноармійськ : ДВНЗ «ДонНТУ», 2016. С. 70–75; Додонова В.І., Додонов Р.О. Монологи про Донбас. Вибрані праці з проблематики східноукраїнського конфлікту. Київ : Видавець Руслан Халіков, 2018. 336 с.; Кононов И.Ф. Преподаватели эвакуированных университетов Донбасса: война и моральный выбор. *Феномен української інтелігенції в контексті глобальних трансформацій (до 95-річчя заснування Донецького національного технічного університету)* : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф., м. Красноармійськ, 17–18 березня 2016 р. Красноармійськ : ДВНЗ «ДонНТУ», 2016. С. 136–139; Стяжкіна О.В., Ковальова Є.О. Принципи і підходи створення правил повернення освіти на деокуповані території Донецької і Луганської областей. *Феномен української інтелігенції в контексті глобальних трансформацій (до 95-річчя заснування Донецького національного технічного університету)* : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф., м. Красноармійськ, 17–18 березня 2016 р. Красноармійськ : ДВНЗ «ДонНТУ», 2016. С. 260–264.
2. Грідіна І.М. Вища освіта за умов зовнішньої агресії. *Феномен української інтелігенції в контексті глобальних трансформацій (до 95-річчя заснування Донецького національного технічного університету)* : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф., м. Красноармійськ, 17–18 березня 2016 р. Красноармійськ : ДВНЗ «ДонНТУ», 2016. С. 70-75.
3. V Всеукраїнська конференція «Лихолобовські читання». Київ : Інститут історії НАН України, 28 листопада 2020 р.
4. Якубова Л. «Русский мир» в Україні: на краю прірви. Київ : ТОВ Видавництво «КЛІО», 2018. 384 с.
5. Додонов Р.О. Переміщені вищі навчальні заклади – новий феномен в українській освіті. URL: https://conferences.vntu.edu.ua/index.php/znanosv/znanosv2016/paper/viewFile/1524/1244 (дата звернення: 28.11.2020).
6. Обліковано 1 458 737 внутрішньо переміщених осіб. URL: https://www.msp.gov.ua/news/19334.html (дата звернення: 28.11.2020).
7. Звіт з проведення соціологічного дослідження серед студентів ДВНЗ «ДонНТУ». Керівник – Кречетова В.А. Покровськ : ДонНТУ. 2018. 14 с.
8. МОН хоче об'єднати переміщені з окупованих територій виші. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2793223-mon-hoce-obednati-peremiseni-z-okupovanih-teritorij-visi.html (дата звернення: 28.11.2020).

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/6

СВОБОДА ГРОМАДЯНИНА: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

FREEDOM OF CITIZEN: INTERNATIONAL-LEGAL ASPECT

Машталір Х.В., к.ю.н.,
старший викладач кафедри права
Львівський національний університет ветеринарної медицини та біотехнологій імені С.З. Гжицького

Статтю присвячено вивченню свободи громадянина в контексті її забезпечення на міжнародному рівні, визначено загально-правові та філософсько-правові штрихи розуміння свободи особистості. Узагальнено та систематизовано міжнародний досвід реалізації свободи державою. Історична вісь розвитку джерел прав та свобод особи є радше урівненням людей як формально (юридично) вільних особистостей. Саме за допомогою механізму права невільна маса осіб поступово перетворюється на незалежних індивідів. Таким чином, характер розвитку прав людини, безумовно, визначається рівнем розвитку прав у відповідному суспільстві.

Права та свободи особистості та громадянина після їх проголошення французькою Декларацією (1789 р.) набули міжнародного значення та рівня світового імперативу для гуманізації суспільних і державних порядків. Фактично ця Декларація, зазнавши чималого впливу англосаксонської традиції щодо прав, Декларації незалежності США та Конституції США, сама глибинно вплинула на процес усунення диктатури, поширення визнання і захисту прав і свобод особистості та громадянина. Похідний розвиток теоретично-практичної галузі права особистості та громадянина, правової держави, верховенства права відчуло й продовжує відчувати глобальний вплив зазначеного історичного документа.

Так чи інакше, під впливом провідної європейської політико- і філософсько-правової думки природно-правові ідеї рівності людей поступово поширюються і на теренах незалежної України. Враховуючи інтегральні процеси нашої країни до міжнародного простору, дослідження свободи громадянина в контексті міжнародного досвіду її забезпечення є досить актуальним. Як свідчить вивчення наукових джерел, значний внесок у дослідження проблематики свободи громадянина вклали такі вчені та філософи: Ф. Бенуа-Ромер, Н. Бердяєв, Т. Карпейль, Ю. Кравченко, І. Лукашук, Р. Мюллерсон, М. Черкес та ін. Проте в контексті міжнародного права та міжнародного досвіду зазначена проблематика досліджена не повною мірою та потребує більш ширшого аналізу та дослідження, що й зумовило вибір теми наукової розробки.

Ключові слова: держава, міжнародне право, свобода, громадянин, філософія права.

The article is devoted to the study of civil liberty in the context of its provision at the international level, identifies the legal and philosophical and legal touches of understanding individual freedom. The international experience of realization of freedom by the state is generalized and systematized. The historical axis of development of the sources of human rights and freedoms is rather the equation of people as formally (legally) free individuals. It is through the mechanism of law that the unfree mass of persons is gradually transformed into independent individuals. Thus, the nature of the development of human rights is certainly determined by the level of development of rights in the society.

The rights and freedoms of the individual and the citizen after their proclamation by the French Declaration (1789) acquired international significance and the level of world imperative for the humanization of public and state order. In fact, this Declaration, having been heavily influenced by the Anglo-Saxon tradition of rights, the Declaration of Independence and the US Constitution, has had a profound effect on the abolition of dictatorship, the recognition and protection of individual rights and freedoms. Derived development of the theoretical and practical branch of the law of the individual and the citizen, the rule of law, the rule of law has felt and continues to feel the global impact of this historical document.

One way or another, under the influence of leading European political and philosophical and legal thought, natural and legal ideas of human equality are gradually spreading to the territory of independent Ukraine. Given the integrated processes of our country to the international space, the study of civil liberties in the context of international experience in ensuring it is quite relevant. According to the study of scientific sources, the following scientists and philosophers have made a significant contribution to the study of the issue of civil liberty: F. Benoit-Romer, N. Berdyaev, T. Carpeil, Y. Kravchenko, I. Lukashuk, R. Muellerson, M. Cherkes and others. However, in the context of international law and international experience, this issue is not fully explored and requires a broader analysis and research, which led to the choice as a topic of research.

Key words: state, international law, freedom, citizen, philosophy of law.

Будь-яка держава (в умовах відкидання претензії на тоталітарне управління) зобов'язана визнати свободу людини як таку, що першопочатково належить людині як духовній істоті. У цьому прихована різниця розуміння свободи у християнський період історії від її розуміння в античному греко-римському світі [2, с. 72].

Проблематичність внутрішньодержавної стабільності, не кажучи про демократизацію держави загалом, набуває актуальності в умовах конфліктності соціальної динаміки з негативною тенденцією. Передусім це базується на прірві між темпами економічного розвитку та репресованою соціальною модернізацією, як і, зрештою, між політичними інтересами владних інститутів і соціальними інтересами народу тощо. У цьому контексті вважаємо необхідним визначити такі категорії: «свобода особистості», «свобода громадянина», «свобода суспільства», «свобода держави», «трансформація свободи в державотворення» та ін.

У Статуті ООН прописане таке положення: «Ми, народи об'єднаних націй, сповненні рішучості захистити майбутні покоління від недолі війни, котра двічі протягом нашого життя завдала людству нищівного горя, і знову утвердити віру в основні права людини, в гідність і цінність людської особистості, у рівноправність чоловіків і жінок і в рівність прав великих та малих націй, і створити умови, в котрих дотримуватимуться справедливість і повага до обов'язків, похідних від договорів та інших джерел міжнародного права, і сприяти соціальному прогресу та покращенню умов життя при великій свободі…» [9, с. 284]. Світова спільнота пробує поєднати проблематику забезпечення миру з тематикою утвердження ідеї прав і свобод особистості та громадянина. Беручи до уваги неспроможність жодної держави стабільно розвиватися у світовому масштабі поза врахуванням прав і свобод людини, міжнародна спільнота уможливлює своє «втручання» з питань захисту та забезпечення прав і свобод особистості в діяльність держави, котра не дотримується загальноприйнятих основ світової співпраці. Зокрема, про це чітко зазначається в преамбулі Загальної декларації прав людини 1948 року [3].

Ідея невід'ємних і неподільних прав особи, виходячи з її власної гідності, актуальна та загальновизнана в умовах сучасних глобалізаційних процесів, як і відновлення дискурсу стосовно юридичної природи та юридичного

значення права в міжнародному праві загалом (навіть попри те, що такі дискурси розпочинаються з наявності різноманітних шкіл щодо трактування терміна «право»). Не до кінця вирішеним залишається питання щодо імплементації міжнародно-правових норм, котрі тією чи іншою мірою стосуються прав людини, у внутрішні законодавчі акти певної держави, як і відповідних санкцій у разі невиконання таких норм [11, с. 74–76]. Однак попри дисбаланс у вирішенні проблеми захисту та забезпечення прав особистості, особливо стосовно їхнього юридичного характеру, сучасне міжнародне право створило галузь, предметом якої безпосередньо є міжнародні відносини в межах основних прав і свобод людини [11, с. 238].

Стаття 9 Конституції України передбачає: «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства» [6]. Окрім того, зазначені в Конституції положення передбачаються і Законом України «Про міжнародні договори України». Це стосується «встановлення порядку укладення, виконання і денонсації міжнародних договорів України з метою належного забезпечення національних інтересів, здійснення цілей, завдань та принципів. До нормативних документів щодо захисту і забезпечення прав і свобод людини, визнаних Україною, належать: Загальна Декларація прав людини 1948 р.; Міжнародний пакт про громадянські й політичні права; Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р.; перший та другий факультативні протоколи до Міжнародного пакту про громадянські й політичні права; підсумковий документ Віденської зустрічі представників держав-учасниць Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1989 р.; Паризька хартія для нової Європи 1990 р.; документи Копенгагенської 1990 р. і Московської 1991 р. нарад-конференцій з питань людського виміру; Європейська конвенція про захист прав і основних свобод 1950 р.; Мінімальні стандартні правила поводження з ув'язненими, прийняті Конгресом ООН, із запобігання злочинності й поводження з правопорушниками 1955 р.; Кодекс поведінки службових осіб з підтримання правопорядку, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН у 1979 р.; Конвенція проти тортур та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 р.; Звід принципів захисту всіх осіб, що підлягають затриманню або ув'язненню, в якій би то не було формі, прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН у 1989 р.; Основні принципи застосування сили і вогнепальної зброї службовими особами для підтримання правопорядку, прийняті 8-м Конгресом ООН із запобігання злочинності й поводження з правопорушниками у 1990 р.; Стандартні мінімальні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних з тюремним ув'язненням, прийняті 8-м Конгресом ООН із запобігання злочинності й поводження з порушниками у 1990 р., та чимало інших.

Сюди також належать такі нормативні документи, як рішення ЮНЕСКО, ОБСЄ, рішення Європейського суду тощо.

У Декларації незалежності США, виданій Другим Континентальним конгресом північноамериканської колонії Великої Британії та прийнятій 4 липня 1776 р., записано: «…усі люди створені й усі вони були обдаровані своїм Творцем невід'ємними правами, до яких можна віднести життя, свободу та прагнення до щастя» [9, с. 317]. Із зазначенням природності людського прагнення до політичної незалежності визнається, що підстави для досягнення такої мети мають бути досить вагомими та недвозначними. Цей документ проголошував вільність і незалежність тридцяти колоній у Північній Америці, котрі стали повноцінними державами й анулювали всі політичні зв'язки з Великою Британією.

Документальна пам'ятка Великої французької революції, прийнята 26 серпня 1799 р. постановою Французьких Національних зборів як Декларація прав людини і громадянина, стверджує: «Метою будь-якого державного ладу є забезпечення природних прав особистості, якими є свобода, власність, безпека та опір гнобленню» [5, с. 243]. Генеральний акт Брюссельської конференції 1890 р. утвердив зобов'язання держав, котрі підписали договори про співпрацю, розробити та прийняти на національному рівні закони, які передбачали би кримінальну відповідальність за насильницьке захоплення полонених, як і низку заходів щодо знищення работоргівлі тощо.

Ю. Кравченко зазначає: «Із середини 19 століття права людини як конституційні права стають реальністю, тобто це ті свободи, імунітети, блага, на які кожна людина відповідно до визнаних сьогодні цінностей повинна мати можливість претендувати в суспільстві, в якому живе» [7, с. 287]. Дослідник поділив усі міжнародні документи з прав і свобод людини залежно від особливостей їхньої дії на чотири групи. Перша група об'єднує конвенції, які формулюють невід'ємні права та основні свободи людини. До неї належать документи, які об'єднуються в Білль про права особи. Друга група включає міжнародні угоди, спрямовані на попередження і покарання злочинів, що ведуть до грубих масових порушень прав людини. До цієї групи належать Конвенція про невикористання строку давності до військових злочинів проти прав людини від 26 листопада 1968 р. та Конвенція про попередження злочинів геноциду і покарання від 9 грудня 1943 р. Третя група об'єднує конвенції, призначення яких – захист конкретних груп населення, які потребують особливої турботи з боку держави. До таких міжнародних договорів, наприклад, можна віднести Конвенцію про права дитини (1989), Конвенцію про статус осіб без громадянства (1959), Конвенцію про охорону материнства (1962), Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації відносно жінок (1979). Четверта група включає конвенції, метою яких є захист індивіда від зловживання з боку державних органів і посадових осіб. Це такі документи, як Конвенція проти страти та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують людську гідність, видів поводження покарання від 10 грудня 1984 р., Женевські конвенції 1949 р. про захист жертв війни, додаткові матеріали до них. До цієї групи необхідно додати також документи, які передбачають можливість для окремих осіб домагатись розгляду їхніх скарг (петицій) на свій уряд у міжнародні органи (Факультативний протокол) [7, с. 288–302].

Цивілізованість держави проявляється передусім у дотриманні основних прав і свобод, проголошених Загальною Декларацією Організації Об'єднаних Націй, котра фактично утвердила засади, до яких скерувала прагнення будь-якої держави, що хоче долучитися до світової спільноти. Намагання опертися на ці засади призвело до створення 5 травня 1949 року Ради Європи. Одним із найбільших успіхів Ради є, безумовно, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (основа для роботи Європейського суду з прав людини). Мета Ради Європи – досягти більшої єдності між її членами для захисту та впровадження ідеалів і принципів, які є їхньою спільною спадщиною, і сприяння їхньому економічному та соціальному прогресові. Рада Європи передбачає: захист демократії і верховенства закону; захист прав людини, особливо стосовно соціальних прав та лінгвістичних прав меншин; поширення ідей європейської культурної ідентичності й різноманітності; розв'язання проблем, що з ними стикається європейське суспільство, включаючи дискримінацію, ксенофобію, екологічні загрози, СНІД, наркотики та організовану злочинність; заохочення стабільності демократії шляхом реформ [1, с. 16–17].

Спираючись на положення Загальної Декларації, було сформовано відповідну конвенцію прав людини (1950 р.). У такий саме спосіб було утверджено загалом ефективний регіональний механізм щодо захисту та прав і сво-

бод людини. Це означало, що всі держави-члени Ради Європи визнавали належність кожній людині низки прав та особистих свобод. Європейська конвенція простежує трактування основних прав і свобод як засадничих принципів справедливості та миру у світі, котрі реалізовуватимуться виключно через демократизацію суспільства та дотримання прав і свобод особистості та громадянина. Заради сприяння реалізації головних соціальних прав і свобод, їхньому захисту та забезпечення на засіданні Ради Європи 18 жовтня 1961 р. було прийнято ще одну конвенцію (Європейська соціальна хартія, що набула чинності 26 лютого 1965 р.), яка в межах міжнародного права передбачала гарантію прав людини, що стосувалися її соціального життя, а зокрема: право на працю (стаття 1); право на справедливі умови праці (стаття 2); право на безпечні та здорові умови праці (стаття 3); право на справедливу винагороду (стаття 4) та ін.

Слід наголосити, що окремі держави цю Конвенцію використовували як основу для внутрішнього законодавства. Положення хартії не ламають загальної системи національного законодавства щодо прав і свобод особистості та громадянина, натомість забезпечують гарантію їх міжнародного захисту і права на оскарження, що існує у правовій державі.

Досліджуючи засади Європейської конвенції з прав людини, можна простежити певні характерні особливості, навіть стосовно Загальної Декларації. Як зауважує І. Лукашук, на відміну від Декларації (в якій подані рекомендації щодо поваги прав і свобод людини) у Конвенції присутні вимоги та обов'язки держав не посягати на універсальні права, якщо ті права та свободи похідні від традицій і відповідного рівня розвитку європейської спільноти. Таким чином, міжнародно-правові обов'язки, в яких розвиваються і конкретизуються засади вияву поваги до прав особистості, набувають трактування як міжнародні стандарти у сфері прав і свобод особи [8, с. 302]. Простежити значення прийнятої у 1961 році Європейської соціальної хартії та її ефективність можна через ті внутрішньодержавні зміни, котрі відбуваються внаслідок внесення змін у національне законодавство з метою формування сприятливих умов для ратифікації Хартії.

З 1989 року діє Європейська конвенція щодо запобігання катування чи такого відношення до особистості, яке призводить до приниження гідності людини чи її нелюдського покарання. Мета цієї Конвенції передбачає додаткові захист і забезпечення прав свобод для позбавлених волі осіб, котрі з різних обставин піддавалися нелюдським катуванням, знущанням, приниженню їхньої гідності тощо. У 1975 р. на засіданні представників держав Європи, США та Канади було прийнято Заключний акт наради (Гельсінської) щодо безпеки та співробітництва, в якому були накреслені головні шляхи подолання протистояння, що виникало внаслідок відносин держав-учасниць у минулому та скерування їх до покращення відносин. Із переходом від тоталітаризму до демократії в державах Східної Європи, зокрема, виникає необхідність у таких інституціях, які би сприяли подальшому інтеграційному процесу НБСЄ. Це призвело до перейменування Наради з безпеки і співробітництва в Європі в Організацію з безпеки і співробітництва в Європі (у 1994 р.) на саміті в Будапешті, котра в січні 1995 року набула статусу міжнародної організації. Фактично це організація, до складу якої входять 56 держав Європи, Центральної Азії, Західної Америки. Головними її завданнями є недопущення конфліктів, врегулювання і ліквідація їх наслідків [10].

Під час зустрічі в Парижі у 1995 р. держави-члени ОБСЄ прийняли Пакт щодо стабільності в Європі, відповівши таким чином на ініціативу Європейського Союзу від 1994 р. Теоретично цей Пакт містить політичну декларацію і перелік двосторонніх угод, договорів, доповнених переліком додаткових заходів, підтримуваних Європейським Союзом. Зокрема, в ній ідеться про те, що стабільна Європа – це та, котра передбачає повагу до прав людини, в тому числі стосовно осіб, які належать до національних меншин.

Механізми захисту та забезпечення прав і свобод людини, зафіксовані в

конвенціях, набувають властивих юридичних формул, унаслідок чого це уможливлює їх включення в національне юридичне законодавство. Це, власне, передбачено Статтею 3 Конституції України, в якій записано, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Крім того, простежено тенденційність розвитку міжнародних відносин у теперішніх умовах, що відображено через появу нових форм міждержавного співробітництва. Таким чином, попри регіональні та «універсальні» організації, створюються так звані субрегіональні (зокрема, Центральноєвропейська ініціатива 1989 р.; Організація чорноморського економічного співробітництва 1998 р.). Тобто Україна в таких сприятливих обставинах співпрацює, окрім політичної та економічної сфер, і у сфері захисту та забезпечення прав і свобод людини.

Механізм реалізації захисту прав і свобод людини та громадянина повинен містити такі елементи: гарантії здійснення прав людини, юридичні елементи механізму реалізації (норми, факти, правовідносини), процес фактичного втілення можливості та необхідності в дійсність, умови і фактори такого процесу. Аналізуючи зазначені елементи в динаміці, ми виявили, що реалізація прав і свобод людини і громадянина, як і будь-яка інша діяльність, характеризується процесом, елементами якого є три стадії: правовий статус, правові відносини, користування певними благами [12, с. 352].

Взагалі, розвиток українського суспільства та держави на сучасному етапі має динамічний характер, що характеризується зміцненням основ громадянського суспільства та забезпечення реалізації та захисту прав людини. Необхідність вітчизняного дослідження реалізації та захисту прав людини і громадянина зумовлена ще й інтеграційними процесами в Україні. Однозначно це тягне за собою вимогу імплементації до вітчизняного законодавства європейських стандартів і насамперед стандартів у галузі прав людини.

До проблем реалізації та захисту прав людини і громадянина в Україні можна віднести:

− низький рівень правової культури і правової свідомості переважної більшості членів нашого суспільства;

− незадовільний рівень зовнішнього виховного впливу на кожну людину з боку суспільства та самовиховання за наявності в багатьох людей реального відчуття власної честі та гідності;

− низький рівень дотримання правопорядку (законності) в житті суспільства і держави та беззастережної відповідальності кожної без винятку особи перед собою й оточенням за процес і результати своєї діяльності;

− нерівноправність гілок та органів державної влади та недосконалість функціонування місцевого самоврядування територіальних громад у реальному житті;

− низький рівень професіоналізму у сфері політичного та державного менеджменту і його виняткова залежність від особистих й групових (кланових) інтересів;

− відсутність чіткої структурованості громадянського суспільства і громадського контролю за діяльністю всіх органів державної влади;

− високий рівень корупції на всіх рівнях і щаблях державного і суспільного життя та відсутність політичної волі в його зменшенні;

− відсутність прямої обопільної залежності між людиною і громадянином та державою і суспільством [14, с. 28].

Реалізація на практиці конституційного правоположення про права людини як найвищої соціальної цінності передбачає стійкий економічний розвиток країни, наявність чіткої державної політики, яка є зорієнтованою на забезпечення прав і свобод людини. Світова практика свідчить, що перехідні періоди в розвитку держави і державності завжди були нестабільними, відрізнялись суперечністю громадських позицій і світоглядних орієнтирів. Саме в цих умовах порушення прав людини в Україні має системний характер та набуває ознак соціальної катастрофи. Реальне зменшення заробітної плати, охоплення бідністю широких верств населення, наявність пенсійного забезпечення, яке є нижчим, ніж встановлений рівень малозабезпеченості, все більша комерціалізація здійснення таких життєво важливих конституційних прав, як охорона здоров'я та освіта, масові порушення виборчого права – все це є яркими свідоцтвами тотального порушення прав людини [13].

Підсумовуючи вищезгадане, варто зазначити, що рівень демократії в кожній конкретній державі міжнародна спільнота оцінює через стан реалізації прав людини, які відображають рівень демократії держави. Конкретно реалізація та захист прав та свобод людини і громадянина можлива лише через реалізацію верховенства права, який є основним у правовій державі та означає розбудову демократичної, незалежної держави та громадянського суспільства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бенуа-Ромер Ф., Клебес Г. Право Ради Європи. Прямуючи до загальноєвропейського правового простору. Київ : К.І.С., 2007. 252 с.
2. Бердяев Н. О рабстве и свободе человека. Опыт персоналистической философии. Москва : АСТ, 2006. 320 с.
3. Загальна Декларація прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text
4. Закон України: Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text
5. Карпейль Т. История Французской революции. Москва : Мысль, 1991. 575 с.
6. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР).* 1996. № 30. С. 141. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80
7. Кравченко Ю.Ф. Свобода як принцип демократичної правової держави : монографія. Харків ; Нац. ун-т внутрішніх справ, 2003. 406 с.
8. Лукашук И.И. Международное право. Общая часть : учебник. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 432 с.
9. Международное право. Сборник документов. Москва : РИОР, 2009. 704 с.
10. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность : учебник. Москва : Юридическая литература, 1991. 160 с.
11. Черкес М.Ю. Міжнародне право : підручник. Київ : Алерта, 2009. 392 с.
12. Колодій А.М., Олійник А.Ю. Права, свободи та обов'язки людини та громадянина в Україні. Київ : Правова єдність, 2008. С. 352.
13. Пильгун Н.В. Проблеми реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина в контексті функціонування принципу верховенства права в Україні. *Науковий вісник Ужгород. нац. ун-ту.* 2014. Вип. 26. С. 40–43.
14. Сущенко В.М. Проблеми реалізації та захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки.* 2012. Т. 129. № 2. С. 28–31.

УДК 659:32:34
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/7

НАУКОВІ ТА НОРМАТИВНІ ДЖЕРЕЛА ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РЕКЛАМИ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

SCIENTIFIC AND REGULATORY SOURCES OF RESEARCH OF LEGAL REGULATION OF ADVERTISING IN UKRAINE AND COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION

Олійник А.Ю., к.ю.н., професор,
професор кафедри приватного та публічного права
Київський національний університет технологій та дизайну

Лисенкова О.О., студентка ІІ курсу магістратури
Інститут права та сучасних технологій навчання
Київського національного університету технологій та дизайну

У статті проаналізовано наукові і нормативно-правові джерела України та країн Європейського Союзу (ЄС) щодо правового регулювання рекламних відносин, які є різновидом підприємницької діяльності. Зосереджена увага на наукових працях Н. Даниленко, О. Голік, А. Гринько-Гузевської, В. Гузь, М. Корж, О. Крамаренко, Л. Микитенко, Є. Ромат, А. Стрельников та інших. Наукові джерела не вичерпуються працями названих авторів. Подальший аналіз авторських праць має визначити наукові джерела дослідження правового регулювання реклами в Україні та країнах Європейського Союзу.

Серед нормативних джерел дослідження правового регулювання реклами в Україні та країнах Європейського Союзу варто розглядати такі групи нормативно-правових актів: а) нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність у сфері рекламного бізнесу; б) нормативно-правові акти, що безпосередньо регулюють правові відносини у сфері реклами.

Розглянуто нормативно-правові акти України та країн Європейського Союзу як джерела правового регулювання реклами. Серед таких нормативно-правових актів проаналізовано норми: 1) окремих правових актів країн Європейського Союзу; 2) Конституції України; 3) окремих кодексів України; 4) законів України, що регулюють суспільні відносини у сфері реклами тощо.

Установлено, що українське законодавство у сфері регулювання рекламної діяльності наближається до європейського, але є ще недоліки, які потрібно усувати як шляхом законотворення, так і на рівні саморегулювання та дотримання тієї загальноприйнятої практики, що існує серед суб'єктів рекламної діяльності.

В окремих нормативно-правових актах щодо регулювання рекламної діяльності в Україні та країнах Європейського Союзу є деякі недоліки.

Ключові слова: правове регулювання, наукові джерела, нормативно-правові джерела, підприємницька діяльність, рекламна діяльність, недобросовісна реклама, правове регулювання реклами.

The article analyzes the scientific and regulatory sources of Ukraine and the countries of the European Union (EU) on the legal regulation of advertising relations, which are a kind of business activity. Focused attention on scientific works: N. Danylenko, O. Golik, A. Hrynko-Guzevska, V. Guz, M. Korzh, O. Kramarenko, L. Mykytenko, E. Romat, A. Strelnikov and others. Scientific sources are not limited to the works of these authors. Further analysis of the author's works should determine the scientific sources of research on the legal regulation of advertising in Ukraine and the EU.

Among the normative sources of research on the legal regulation of advertising in Ukraine and the EU should be considered the following groups of regulations: a) regulations governing business activities in the field of advertising business; b) regulations that directly regulate legal relations in the field of advertising.

Normative legal acts of Ukraine and EU countries are considered, which should be considered as sources of legal regulation of advertising. Among such normative-legal acts the norms are analyzed: 1) separate legal acts of the EU countries; 2) the Constitution of Ukraine; 3) separate codes of Ukraine; 4) laws of Ukraine governing public relations in the field of advertising, etc.

It is established that the Ukrainian legislation in the field of advertising regulation is close to the European one, but there are still shortcomings that need to be eliminated both through legislation and at the level of self-regulation and adherence to the common practice among advertising entities.

There are certain shortcomings in some regulations on the regulation of advertising in Ukraine and the EU.

Key words: legal regulation, scientific sources, normative-legal sources, business activity, advertising activity, unfair advertising, legal regulation of advertising.

Текст статті. Питання наукових та нормативно-правових джерел правового регулювання рекламної діяльності варто розглядати з позиції теорії та практики. Аналіз наукових джерел дасть змогу зрозуміти об'єктивне і суб'єктивне значення державного регулювання рекламної діяльності. Аналіз останніх досліджень свідчить про вивчення об'єктивного значення правового регулювання рекламної діяльності як різновиду підприємництва. Залишаються малодослідженими наукові джерела щодо правового регулювання забезпечення реалізації рекламної діяльності в її суб'єктивному розумінні. У процесі дослідження застосовувалися загальнонаукові та спеціальнонаукові методи та порівняльний метод для розгляду правового регулювання реклами в Україні та країнах Європейського Союзу (далі – ЄС).

Метою дослідження є правове регулювання рекламної діяльності в Україні та країнах ЄС. Досягнення даної мети передбачає виконання таких завдань: а) аналіз праць авторів, що досліджували проблему правового регулювання реклами в Україні та країнах ЄС; б) вивчення нормативно-правових джерел правового регулювання реклами в Україні та країнах ЄС; в) пропозиція висновків і рекомендацій щодо наукових і нормативно-правових джерел правового регулювання реклами в Україні та країнах ЄС.

Як авторські праці щодо правового регулювання рекламної діяльності в Україні та країнах ЄС можна розглядати дисертації, монографії, підручники і посібники, наукові статті, доповіді і повідомлення на конференціях, що досліджують створення державою умов стосовно реалізації реклами в Україні та країнах ЄС, охорону і захист відносин, що виникають у сфері реклами, та діяльність держави щодо відновлення порушеного права особи на рекламу. Н. Даниленко й О. Голік підкреслюють, що в сучасних умовах засоби масової інформації перевантажені різноманітними рекламними засобами. Останнім часом, на їхню думку, мобільні технології дають нові мож-

ливості рекламної діяльності. Серед таких можливостей рекламування не лише групи споживачів, окремих сегментів ринку, а й надання реклами конкретному споживачеві [1, с. 34]. Отже, Н. Даниленко й О. Голік розглядають можливість правового регулювання не лише рекламної діяльності невизначеної групи осіб, а й урегулювання відносин реклами щодо конкретного споживача.

Правове регулювання українським законодавством відносин у сфері реклами виступає предметом досліджень вітчизняних науковців. Так, наукові праці А. Гринько-Гузевської стосуються проблеми вдосконалення системи державного регулювання рекламного ринку в Україні. Вона підкреслює той факт, що рекламна діяльність охоплює різні сфери життя суспільства: економічну, політичну, ідеологічну, культурну тощо [2, с. 106]. Отже, А. Гринько-Гузевська наголошує на реалізації забезпечення правового регулювання рекламної діяльності не лише за об'єктивними принципами такого регулювання, а й за суб'єктивними можливостями суб'єктів рекламних правовідносин щодо забезпечення можливостей названих суб'єктів із боку держави.

В. Гузь, М. Корж дослідили проблему впливу реклами на поведінку споживача. На їхню думку. «реклама повинна бути цікавою, креативною і «зустрічати» споживача всюди, адже відомо, для того, щоб людина зробила покупку, вона повинна побачити рекламу 18 разів. З боку компанії це потребує значних витрат, але вони того варті [3, с. 29]. Отже, В. Гузь, М. Корж убачають потребу реклами в її впливі на поведінку споживача, її систематичності, цікавості та корисності щодо забезпечення реалізації суб'єктивної свободи як підприємця, так і споживача.

Внесок у сферу дослідження правового регулювання реклами зробила Л. Микитенко. Нею розглянуто питання державного регулювання проблем щодо обмежень політичної реклами, здійснення контролю за рекламною діяльністю різними державними органами шляхом удосконалення законодавства та реалізації індивідуальних договірних правовідносин [4]. Детальному аналізу Закону України «Про рекламу» присвятив свою працю О. Крамаренко [5]. Тенденціям розвитку нормативно-правової бази державного регулювання рекламних відносин в Україні та їх забезпеченню присвячені роботи В. Шведуна. Серед суб'єктів, що здійснюють державний контроль рекламної діяльності, В. Шведун досліджує компетенцію таких державних органів, як: а) Державна служба технічного регулювання – щодо захисту прав споживачів; б) Антимонопольний комітет України – щодо дотримання законодавства про захист економічної конкуренції; в) Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення – щодо телерадіоорганізацій усіх форм власності [6]. Отже, наявні наукові джерела державного регулювання рекламної діяльності маловивчені і потребують подальшого дослідження.

Групуванню нормативно-правових актів, які здійснюють правове регулювання відносин рекламної діяльності, присвячена робота А. Стрельніков [7]. Проблемами державного управління рекламною діяльністю цікавився Є. Ромат. Він зробив аналіз наукових праць із питань державного управління рекламою та зазначив, що названа проблема ще не була дотепер предметом спеціального системного розгалуженого наукового дослідження. На його думку, окремі праці стосуються лише конкретних проблем цієї тематики. Деякі аспекти державного регулювання рекламної діяльності в Україні та країнах ЄС були предметом наукового дослідження, яке мало фрагментарний характер. Усе це дало підставу для висновку, що стан наукового опрацювання вказаної проблеми не можна вважати задовільним, потрібне додаткове дослідження [8]. У країнах ЄС продукція різних компаній на міжнародних ринках потребує рекламної діяльності. На думку В. Волохова й О. Мкртичьяна, сучасні дослідження показують, що існують якісь універсальні цінності (захист сім'ї, чесність, здоров'я, самоповага, упевненість у собі, справедливість, свобода, дружба, ерудиція), якими можна керуватися під час розроблення рекламного повідомлення для споживачів у всьому світі, незважаючи на культурні відмінності [9, с. 18–19].

Отже, науковими джерелами дослідження правового регулювання рекламної діяльності в Україні і країнах ЄС виступають праці вчених у формі дисертацій, монографій, підручників та посібників, наукових статей, доповідей та повідомлень на конференціях.

Вивчення нормативно-правових джерел правового регулювання реклами в Україні та країнах ЄС здійснюється безпосередньо через ухвалення нормативно-правових актів. Формування нормативно-правової бази державного регулювання рекламної діяльності в Україні здійснювалося поетапно шляхом встановлення й ухвалення правових норм та індивідуально-правових актів. До 1992 р. в Україні практично не було правових норм, які регулювали б рекламну діяльність, якщо не враховувати окремі положення, які були розпорошені в незначній кількості нормативних актів та які реґламентували лише деякі аспекти рекламної діяльності. Сучасна сукупність нормативно-правових актів регулювання діяльності у сфері реклами в Україні є надто багатогранною, отже, актуальною варто вважати систематизацію нормативно-правової документів у сфері рекламної діяльності [2, с. 109].

Правове регулювання відносин реклами в Україні здійснюється нормами, що встановлюють загальні правила рекламної діяльності як різновиду підприємництва, та правовими нормами, що безпосередньо стосуються регулювання рекламної діяльності в Україні [5, с. 184]. Отже, нормативно-правові акти, що регулюють рекламну діяльність в Україні, можна поділити на дві групи: а) такі, що регулюють підприємницьку діяльність у сфері рекламного бізнесу взагалі; б) такі, що безпосередньо регулюють правові відносини у сфері реклами.

Підприємницьку діяльність у сфері рекламного бізнесу регулюють: 1) міжнародні договори; 2) Конституція України 1996 р.; 3) Цивільний кодекс (далі – ЦК) України; 4) Господарський кодекс (далі – ГК) України; 5) закони України: а) «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р.; б) «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р.; в) «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р.; г) «Про захист прав споживачів» від 15 грудня 1993 р.; ґ) «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р.; д) «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» від 15 грудня 1993 р.; е) «Про телебачення і радіомовлення» від 12 грудня 1993 р.; є) «Про рекламу» та інші.

Загальна декларація прав людини 1948 р. закріплює право кожної людини на працю (зокрема. і підприємництво та можливості рекламної підприємницької діяльності), сприятливі умови праці та на захист від безробіття (ст. 23) [10, с. 35].

Європейська конвенція з прав людини 1950 р. закріплює, що жодна людина не може бути приневолена до примусової чи обов'язкової праці (ст. 4) [10, с. 98]. На нашу думку, закріплення неможливості примусової праці свідчить про необхідність свободи праці, підприємницької діяльності і рекламної діяльності.

Законодавчою основою для здійснення рекламної діяльності на зовнішньому ринку є Міжнародний кодекс реклами (далі – МКР), опублікований Міжнародною торговою палатою (далі – МТП) у Парижі (червень 1987 р.). Чинна шоста редакція була ухвалена в 1986 р. 47-ю сесією Виконавчого ради МТП і спрямована на затвердження стандартів МТП у рекламній діяльності, на створення умов, що сприяють розвитку міжнародної торгівлі і співпраці, на захист прав споживачів та забезпечення їхньої свободи на отримання рекламної інформації [11].

Конституція України 1996 р. закріплює, що кожен має право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ст. 42). Саме конституційне закріплення свободи підприємницької діяльності свідчить про можливість свободи рекламної діяльності як одного з різновидів підприємництва.

Важлива роль у рекламній діяльності належить договору про надання рекламних послуг. Нормативне регулювання укладення договорів закріплюється ЦК і ГК України. Ст. 626 ЦК України врегульовує договір як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. ГК України закріплює свободу підприємницької діяльності, а саме таке: 1) підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом; 2) особливості здійснення окремих видів підприємництва встановлюються законодавчими актами; 3) перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, а також перелік видів діяльності, підприємництво в яких забороняється, встановлюються виключно законом (ст. 43). Договірне оформлення організаційно-господарських зобов'язань може здійснюватися учасниками господарських відносин як на основі вільного волевиявлення сторін, так і на основі примірних договорів, якщо укладання таких договорів передбачено відповідними нормативно-правовими актами. Спрощений спосіб укладання організаційно-господарських договорів не допускається (ст. 186).

Важливу роль щодо правового регулювання реклами в Україні порівняно із країнами ЄС відіграють закони України. Так, закон України від 16 квітня 1991 р. «Про зовнішньоекономічну діяльність» здійснює правове регулювання всіх видів зовнішньоекономічної діяльності в Україні, зокрема й зовнішньої торгівлі, економічного, науково-технічного співробітництва, спеціалізації та кооперації в галузі виробництва, науки і техніки, економічних зв'язків у галузі будівництва, транспорту, експедиторських, страхових, розрахункових, кредитних та інших банківських операцій, надання різноманітних послуг тощо. Усі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності незалежно від форми власності й інших ознак мають рівне право здійснювати будь-які види зовнішньоекономічної діяльності та дії щодо її провадження (зокрема, і рекламну діяльність), як-от будь-які валютні операції та розрахунки в іноземній валюті з іноземними суб'єктами господарської діяльності, що прямо не заборонені або не обмежені законодавством, зокрема й заходами захисту [12]. Пропонуємо внести дане уточнення до ст. 5 Закону.

Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 р. закріплює поняття порівняльної реклами, тобто реклами, яка містить порівняння з іншими особами, товарами, діяльністю іншої особи, прямо чи опосередковано ідентифікує конкурента, товари чи послуги, що пропонуються конкурентом. Правомірність порівняння в рекламі та відповідальність за недотримання встановлених законодавством вимог щодо змісту порівняльної реклами визначаються Законом України «Про рекламу» (ст. 7).

В основі рекламної діяльності закладена деяка інформація про товари, роботу, послуги. Серед видів інформації (ст. 10) Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р. визначає інформацію про товар (роботу, послугу). Правовий режим такої інформації визначається законами України: «Про захист прав споживачів», «Про рекламу», іншими законами і міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 14).

Відносини щодо захисту споживачів урегульовано Законом України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. Названий Закон регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності (зокрема, і рекламну діяльність), встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту й основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів. Споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору. Інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги). Інформація про продукцію не вважається рекламою (ст. 15).

Правове регулювання рекламної діяльності здійснюється й у процесі охорони авторського права Законом України «Про авторське право та суміжні права» від 23 грудня 1993 р., де підкреслюється, що охороні за Законом підлягають всі твори, як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені, незалежно від їхнього призначення, жанру, обсягу, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо) (ст. 8).

Законом України від 15 грудня 1993 р. «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» закріплено права власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати знаки для товарів та послуг без його згоди, якщо інше не передбачено Законом. Таке право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстровану торговельну марку не поширюється на використання торговельної марки в порівняльній рекламі, що здійснюється відповідно до законодавства про рекламу, про захист від недобросовісної конкуренції та не належить до нечесної підприємницької практики (ст. 16).

Норми Закону України «Про телебачення і радіомовлення» від 12 грудня 1993 р. забороняють зловживання свободою діяльності телерадіоорганізацій. Не допускається використання телерадіоорганізацій для: а) розповсюдження і реклами порнографічних матеріалів та предметів; б) пропаганди наркотичних засобів, психотропних речовин із будь-якою метою їх застосування; в) поширення інформації, яка порушує законні права й інтереси фізичних і юридичних осіб, посягає на честь і гідність особи, та здійснення інших протизаконних вчинків, за якими наступає кримінальна відповідальність (ст. 6).

Важлива роль у правовому регулюванню реклами в Україні належить Закону України від 3 липня 1996 р. «Про рекламу». Названий Закон визначає засади рекламної діяльності в Україні, регулює відносини, що виникають у процесі виробництва, розповсюдження та споживання реклами. Відповідно до ст. 1 Закону, реклама визначається як інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи чи товару. Законодавство України про рекламу складається з названого Закону й інших нормативних актів, які регулюють відносини у сфері реклами. Якщо міжнародним договором України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені законодавством України про рекламу, застосовуються правила міжнародного договору (ст. 3). Законом про рекламу закріплюються норми: а) загальних положень; б) загальних вимог до реклами; в) особливості рекламування деяких видів товарів; г) контролю за дотриманням та відповідальність за порушення законодавства про рекламу [13].

Для країн ЄС велике значення щодо рекламної діяльності мав Міжнародний кодекс рекламної практики (далі – МКРП), який був ухвалений у 1937 р. та переробляв в 1949, 1955, 1966, 1973 і 1986 рр. У ньому закріплюються норми благопристойності, чесності, правдивості, порівняння, доказів і свідчень, захисту прав особистості, гарантування безпеки щодо рекламної практики. У країнах ЄС, на відміну від України, проблеми рекламної діяльності регулюються правовими нормами у сфері підприєм-

ницької діяльності. Для проведення порівняльного аналізу розглянемо правове регулювання рекламної діяльності в таких європейських країнах: у Німеччині, Франції, Чеській Республіці й інших.

Договірне право в Німеччині як різновид підприємницької діяльності розглядається як спеціальне право підприємців укладати рекламні угоди. Тлумачення договорів підприємців (торговельні також) підпорядковується принципу волі. Це означає, що в разі суперечностях букви і сенсу угоди суд передусім з'ясовує справжню волю сторін, їхні наміри під час укладання угоди. Під торговими угодами розуміються всі угоди комерсанта, що стосуються його комерційної діяльності. Водночас торговими визнаються угоди, у яких хоча б однією стороною є підприємець [14].

Аналогічно питання вирішується за французьким законодавством. Сторони підприємницького договору (про рекламу також) самостійно формують його умови з урахуванням імперативних норм закону. У ст. 1108 ЦК Франції названо чотири умови, які є істотними для дійсності угоди: згода сторони, яка зобов'язується; здатність укласти договір; певний предмет, що становить зміст обов'язки; дозволене зобов'язання [14].

Цивільний кодекс Чехії уніфікує укладення договорів для цивільних відносин і для комерційних відносин. Відповідно до принципу римського права **pacta sund servanda** (договори повинні дотримуватися), нове чеське правове регулювання містить принцип, згідно з яким договір зобов'язує договірні сторони. Його можна змінити лише за згодою всіх сторін або через інші законні причини [14].

Отже, правове регулювання реклами у країнах ЄС здійснюється лише разом за підприємницькими договорами. Пропонується для врегулювання рекламної діяльності в окремих країнах ЄС ухвалити національні законодавчі акти з урегулюванню рекламної діяльності.

У підсумку пропонуємо такі **висновки і рекомендації** щодо наукових і нормативно-правових джерел правового регулювання реклами в Україні та країнах ЄС:

1. Узагальнення результатів проведеного дослідження дозволило сформувати комплексне уявлення щодо наукових і нормативно-правових джерел стосовно досвіду України і країн ЄС щодо державного правового регулювання й управління рекламною діяльністю, що сприятиме його впровадженню у вітчизняну практику в умовах євроінтеграції України.

2. Українське законодавство у сфері регулювання рекламної діяльності наближається до європейського, але має деякі недоліки, які потрібно усувати як шляхом законотворення, так і на рівні саморегулювання та дотримання тієї загальноприйнятої практики, яка існує серед суб'єктів рекламної діяльності.

3. Запропоновані вище рекомендації щодо вдосконалення чинних нормативно-правових актів у сфері реклами сприятимуть правовому регулюванню реклами як в Україні, так і у країнах ЄС.

ЛІТЕРАТУРА

1. Даниленко Н., Голік О. Використання мобільних додатків у рекламі. *Реклама: інтеграція теорії та практики :* матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції, 23 листопада 2017 р. Київ : КНТЕУ, 2017. С. 33–35.
2. Гринько-Гузевська А. Правове регулювання рекламної діяльності: принципи та їх реалізація. *Зовнішня торгівля: право та економіка.* 2006. № 2. С. 106–110.
3. Гудзь В., Корж М. Вплив реклами на поведінку споживача // *Реклама: інтеграція теорії та практики :* матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції, 23 листопада 2017 р. Київ : КНТЕУ, 2017. С. 29–31.
4. Микитенко Л. Державний контроль рекламної діяльності в Україні : монографія. Київ : КНТЕУ, 2011. 142 с.
5. Крамаренко О. Проблеми державного регулювання рекламної діяльності підприємств та шляхи їх вирішення. *Харчова промисловість.* 2008. № 7. С. 183–185.
6. Шведун В. Методичне забезпечення державного контролю рекламної діяльності. *Державне управління: удосконалення та розвиток :* електронний журнал. 2016. № 5.
7. Стрельников А. Державне регулювання рекламної діяльності. *Актуальні проблеми держави і права. Юридична література.* Одеська національна юридична академія, 2003. Вип. 19. С. 301–304.
8. Ромат Є. Трансформація моделі державного управління рекламною діяльністю в перехідних умовах : монографія. Київ : вид-во НАДУ, 2003. 380 с.
9. Волохов В., Мкртичьян О. Стандартизація реклами на міжнародному ринку: переваги та недоліки. *Реклама : інтеграція теорії та практики :* матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції, 23 листопада 2017 р. Київ : КНТЕУ, 2017. С. 18–20.
10. Права людини в Україні : інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-Американського бюро захисту прав людини. Київ, 1998. Вип. 21. 455 с.
11. Міжнародний кодекс рекламної практики Міжнародної торговельної палати. URL: https://studopedia.com.ua/1_37543_mizhnarodniy-kodeks-reklamnoi-praktiki-mizhnarodnoi-torgovelnoi-palati.html (дата звернення: 06.11.2020).
12. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1991. № 29. Ст. 377. Станом на 15.08.2020 р.
13. Про рекламу : Закон України від 3 липня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 39. Ст. 181. Станом на 13.08.2020 р.
14. Попондопуло В. Комерційне (торговельне) право зарубіжних країн : підручник. 2014. URL: https://stud.com.ua/86285/pravo/dogovori_sferi_pidpriyemnitskoyi_diyalnosti (дата звернення: 06.11.2020).

УДК 340.115:342.924
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/8

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО АКТА

METHODOLOGICAL APPROACHES TO THE DEFINITION OF A LEGAL ACT

Сидоренко О.О., к.ю.н.,
асистентка кафедри теорії і філософії права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено різноманітні підходи до визначення поняття «правового акта». Визначено, що пізнання природи і сутності правових актів має ґрунтуватися на домінантних поглядах та парадигмах, що сформувалися та стали визначальними методологічними підходами сучасного правознавства. В юридичній літературі відсутнє єдине чітке визначення поняття «правовий акт», який є одним з елементів правової системи. Результатом цього є наявність термінологічної плутанини та відсутності розмежування двох різних юридичних термінів – «правовий акт» та «нормативно-правовий акт». Аналізуючи різні підходи, вбачається єдність основних змістовних характеристиках щодо розуміння правових актів, а саме щодо уповноваженого суб'єкта, письмової форми виразу, щодо їх призначення здійснювати регулювання суспільних відносин тощо. У результаті етимологічного аналізу слова «акт» сформулювалось декілька значень правового акту, а саме: а) правовий акт як «відчутна» реальність – всі правові явища то є соціальна реальність, і тому в найвищих абстракціях, наукових узагальненнях ця реальність повинна проглядатися; б) правовий акт як фундаментальний елемент у формуванні та існуванні права, який має важливе значення під час аналізу правових явищ і процесів. Важливо зазначити, що проблема визначення правових актів має практичне значення, оскільки на них базується практична діяльність юристів, та більшість питань юридичної техніки пов'язані з правовими актами. Терміни «правовий акт» та «нормативно-правовий акт» не тотожні. Поняття «правовий акт» є ширшим за поняття «нормативно-правовий акт», оскільки включає в себе останній. Особливістю правових актів є те, що вони приймаються у процесі правотворчості органів державної влади. Можна стверджувати, що для висвітлення розуміння правового акту доцільно використовувати комплексний підхід, який передбачає поєднання низки філософських, загальнонаукових та спеціально-наукових підходів, що дає змогу висвітлити правові акти системно і багатогранно.

Ключові слова: правовий акт, методологічні підходи, правотворчість, правова система.

The article explores various approaches to defining the concept of "legal act". It is determined that the knowledge of the nature and essence of legal acts should be based on the dominant views and paradigms that have formed and become the defining methodological approaches of modern jurisprudence. In the jurisprudence there is no single clear vision of the term "legal act", which is one of the elements of the legal system. The result is the presence of terminological confusion and the lack of distinction between two different legal terms – "legal act" and "statute". Analyzing the different approaches, we see the unity of the main substantive characteristics in terms of understanding legal acts, namely – in relation to the authorized subject, the written form of expression, their purpose to regulate public relations, and so on. As a result of etymological analysis of the word "act" several meanings of the legal act were formulated, namely: a) legal act as a "tangible" reality – all legal phenomena are social reality and therefore in the highest abstractions, scientific generalizations this reality should be viewed; b) legal act as a fundamental element in the formation and existence of law, which is important in the analysis of legal phenomena and processes. It is important to note that the problem of defining legal acts is of practical importance, as they are the basis for the practice of lawyers and most issues of legal technique are related to legal acts. The terms "legal act" and "statute" are not identical. The concept of "legal act" is broader than the concept of "statute" because it includes the latter. The peculiarity of legal acts is that they are adopted in the law-making process of public authorities. It can be argued that to highlight the understanding of the legal act, it is advisable to use a comprehensive approach, which involves a combination of a number of philosophical, general and special-scientific approaches, which allows to cover legal acts systematically and multifaceted.

Key words: legal act, methodological approaches, lawmaking, legal system.

Актуальність. Для сучасної України, яка проголосила курс на побудову демократичної держави і громадянського суспільства у євроінтеграційному напряму, пріоритетне значення набувають правові акти як універсальні інструменти вирішення проблем у суспільстві, реальнf можливість досягнення соціально-корисних результатів, підвищення ефективності здійснення владної діяльності та необхідність оформлення і закріплення законодавчих ініціатив правовим актом відповідного виду. Часто-густо якість прийнятих актів і тих змін, що до них вносять, залишає бажати кращого [1, с. 3].

Важливість з'ясування і вирішення проблеми правових актів детермінована тим, що європейський правовий вектор розвитку держави як сукупність управлінських дій, заснованих на праві і спрямованих на виконання юридичних норм, здійснюється лише за допомогою правових актів. Необхідно об'єктивно визнати, що в процесі здійснення державою правової політики найбільш оптимальним способом регулювання суспільних відносин є видання і прийняття юридично значущих актів. Останні стають основним засобом впливу на поведінку індивідуальних і колективних суб'єктів правовідносин. Таким чином, значимість дослідження полягає в розгляді закономірностей формування і здійснення євроінтеграційного вектору розвитку різного роду правовими актами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У сучасній юридичній науці майже відсутнє визначення поняття правового акта. Окремі аспекти правових актів, зокрема, вивчення правових актів як засобу реалізації правової політики, питання нормотворчості, ефективності законодавства, тлумачення правових актів та їх застосування досліджували С.С. Алексєєв, О.М. Васильєв, О.А. Колодій, О.В. Куціпак, П.Є. Недбайло, В.С. Нерсесянц, В.І. Новосьолов, С.В. Палєніна, А.С. Піголкін та інші.

Серед російських правознавців, які досліджували проблеми правових актів, їх поняття, ознаки, види, слід згадати А.І. Бобильова, М.І. Байтіна, В.К. Бабаєва, Р.Ф. Васильєва, В.І. Гоймана, А.І. Демидова, М.М. Карабєкова, А.П. Нестерова та інші.

Положення і висновки, що містяться в наукових роботах, лише частково можуть бути застосовані в сучасних умовах. Тому у юридичній науці досі бракує ґрунтовних досліджень цього питання.

Мета статті – розкрити зміст поняття «правовий акт» за допомогою методологічних підходів.

Виклад основного матеріалу. Традиційно у сучасній юридичній науці правотворчість розглядається як процес пізнання і оцінювання правових потреб суспільства і держави, формування і прийняття правових актів уповноваженими суб'єктами в межах відповідних процедур. До створення правового акта спонукає суспільна проблема, невирішене питання, яке має значення для багатьох людей і для держави загалом. Отже, завдання суб'єкта правотворчої діяльності – своєчасно, точно й адекватними правовими засобами відреагувати на це, обираючи такий варіант регулювання, який би найбільшою мірою відпо-

відав інтересам суспільства, сприяв прогресу суспільства, ґрунтувався на сукупності факторів суспільного розвитку – економічних, політичних, соціальних, національних, ідеологічних та зовнішньополітичних.

Правовий акт володіє складною природою, виражається у формі юридичного документа або акта-дії. Домінуюче значення серед критеріїв класифікації правових актів мають юридична сила і наслідки, викликані цим актом. У зв'язку з цим правові акти розділяються на нормативні, акти правозастосування, інтерпретаційні акти та індивідуальні акти. Концептуальне значення мають нормативні акти, в яких закладені основні напрями, заходи, шляхи розвитку держави. Однак свою безпосередню реалізацію правова політика отримує в правозастосовних актах, важливу роль відіграють також і акти тлумачення права, що роз'яснюють суть застосовуваних правових заходів.

Правові акти необхідно досліджувати з огляду на наявність загальної для них властивості – здатності викликати юридичні наслідки. Правовими актами є акти, що встановлюють відносини між людьми, які, втілюючись у правову форму, стають правовідносинами – юридично сформульованими взаємозумовленими суб'єктивними правами і обов'язками учасників суспільних відносин.

З метою найточнішого пізнання природи і сутності правових актів методологічний вектор дослідження має ґрунтуватися на домінантних поглядах та парадигмах, що сформувалися та стали визначальними методологічними підходами сучасного правознавства. Так, наприклад, представник позитивістського напряму С.С. Алексєєв розуміє під правовим актом офіційний письмовий документ, який породжує певні правові наслідки, що створюють юридичні стани, і спрямований на регулювання суспільних відносин [2, с. 256]. П.М. Рабінович правовим актом називає формально обов'язкове волевиявлення уповноважених законом органів або посадових осіб держави (чи, за її дорученням або згодою, інших суб'єктів), яке встановлює правила діяльності (фізичної або інтелектуальної), приймається певними державними органами (або у деяких передбачених законом випадках іншими суб'єктами), має визначені законом форми зовнішнього вираження і поширює свою чинність (обов'язковість) на певні час і простір та на визначених, так чи інакше, суб'єктів [3, с. 522–523].

Ю.А. Тихомиров правовим актом називає письмовий документ, що виражає волю уповноваженого суб'єкта права [4, с. 17]. А.С. Піголкін пише, що юридичний акт – це офіційно-письмовий документ, який породжує певні правові наслідки [5, с. 49]. Р.Ф. Васильєв відмічає, що правовий акт – це волевиявлення уповноваженого суб'єкта права, що регулює суспільні відносини шляхом встановлення (зміни чи скасування) правових норм, а також встановлення (зміни, припинення конкретних правовідносин), результати яких у вигляді явищ, угод у встановлених законом випадках фіксуються в документальній формі [6, с. 25].

Аналізуючи зазначені підходи, вбачаємо єдність основних змістовних характеристиках щодо розуміння правових актів, а саме щодо уповноваженого суб'єкта, письмової форми виразу, щодо їх призначення здійснювати регулювання суспільних відносин тощо.

Представники соціологічної течії, пронизаної філософією прагматизму, охоплюють поняттям «право» адміністративні акти, судові рішення і вироки, звичаї, правосвідомість суддів і інших посадових осіб, правовідносини, а також юридичні норми. Вони напряму вимагають, щоб юридична наука перенесла центр тяжіння своїх досліджень зі сфери норм права на процес дії і застосування права в суспільстві [7, с. 375–376]. Ця теорія веде до фактичного розширення «правотворчих» функцій судді і зниження ролі закону, оскільки суддя не зв'язаний юридичними нормами і може на свій розсуд вирішити ту чи іншу справу, покладаючись на власну інтуїцію.

Водночас О.В. Малько наголошує, що правові акти можуть бути не тільки у вигляді документу та закріплені документально, а й існувати в усній, невербальній формі [8, с. 134].

Натомість інші науковці, зокрема В. Ковальський, І. Козінцев, С. Лисенков, В. Лазарєв, О. Колодій, І. Опришко, М. Пархоменко, Е. Темнов, Л. Шестопалова, Ю. Перерва, М. Кельман, О. Мурашин, С. Тимченко, Р. Калюжний, Н. Пархоменко, С. Легуша, А. Міцкевич, вважають, що результатом правотворчості є лише правові акти. Такий підхід допустимий для держав романо-германського права, оскільки правовий акт як форма права домінує в законодавстві країн цієї правової сім'ї. Крім того, такий підхід не передбачає існування інших форм права. У зв'язку з цим в теорії романо-германського права взагалі та в теорії національного права зокрема акт правотворчості слід розглядати в широкому та вузькому значеннях. В широкому значенні до актів правотворчості належать усі джерела права, які діють в інших правових системах сучасності, у вузькому – лише правові акти, які є домінантним джерелом права в країнах романо-германської правової сім'ї.

Отже, в юридичній літературі відсутнє єдине чітке бачення терміну «правовий акт», який є одним з елементів правової системи. Також у юридичній науці досить часто вільно трактують такі дефініції, як «правотворчість» та «нормотворчість». Результатом цього є наявність термінологічної плутанини та відсутності розмежування двох різних юридичних термінів – «правовий акт» та «нормативно-правовий акт». Аналіз саме цього проблемного питання дозволить нам найбільш повно та ґрунтовно охарактеризувати поняття правового акта, а отже, і окреслити обсяги суміжних понять, зокрема нормативно-правового акта, який є вужчим за змістом.

Так, правотворчістю є діяльність уповноважених суб'єктів щодо «творення права», яке зовні виражається в об'єктивізованих формах.

Однак у державах – представниках романо-германського права основним джерелом права є правовий акт. У зв'язку з цим правотворчість у контексті континентального права означає «творення» правових актів. Такий підсумок дає підстави розглядати правотворчість в континентальному праві в широкому значенні, тобто як діяльність щодо творення всіх форм права, та, відповідно, у вузькому – як діяльність щодо творення нормативно-правових актів.

Нормотворчість своєю чергою буквально означає «творення норми», тобто результатом нормотворчості є правові норми. Проте норми права не можуть набути чинності самостійно, поза межами акта, в якому знаходяться, а тому нормотворчість слід також розглядати як творення актів, які містять правові норми. Так, співвідносячи нормотворчіть з правотворчістю у її широкому розумінні, можна зробити висновок, що результатом нормотворчості є лише ті форми права, які містять нормативні приписи, тобто нормативно-правові акти, правові прецеденти, нормативні договори, правові звичаї, релігійно-правові тексти. Проте такі джерела права, як правова доктрина та принципи права, не містять правових норм, а тому не є результатом нормотворчості. Отже, нормотворчість співвідноситься з правотворчістю, як частина з цілим.

Нормотворчість притаманна здебільшого діяльності окремих органів держави, а правотворчість зазвичай визначають як діяльність держави загалом, всіх її компетентних органів. Сьогодні не існує законодавчого визначення цих понять. З метою визначення цієї категорії доцільно розглянути етимологію поняття «правовий акт».

Як вже зазначалось, правовий акт має складну природу та є багатозначним. Цим терміном позначають: а) дію (поведінку), зазвичай правомірну, тобто юридичний факт, який є підставою тих чи інших правових наслідків;

б) результат правомірної дії, тобто юридично значущий змістовний елемент правової системи (юридична норма, індивідуальне розпорядження, акт «автономного» регулювання), який увійшов в правову тканину внаслідок правотворчої, владної індивідуально-правової або автономної діяльності суб'єктів; в) юридичний документ, тобто зовнішнє словесно-документально оформлене вираження волі, що закріплює правомірну поведінку та її результат.

Підтримуємо позицію, згідно з якою поняття «правовий акт» в основному збігається з поняттям «юридичний документ» або «юридичний акт». Пояснюється це тим, що правовий акт оформлюється у встановлених законом випадках у вигляді письмового документа та може бути актом-документом, зміст якого фіксується у встановленій законом документальній формі, або актом-дією, за допомогою якого виникає юридичний результат.

Аналогічну позицію підтримує М.В. Кравчук, який розуміє під правовим актом юридичний документ компетентного органу держави, в якому закріплено забезпечуване нею формально визначене, загальнообов'язкове правило поведінки, що охороняється державною владою від порушень. Учений виокремлює характерні риси цього джерела права: 1) нормативно-правовий акт виражає волю домінуючої частини населення або всього народу; 2) визначає юридичні норми; має певний владний характер; 3) закріплює правила поведінки суб'єктів; 4) встановлює форму виразу; 5) виконання нормативно-правового акта забезпечується силою примусу, заохочення, переконання [9, с. 127].

Правові акти досить різноманітні і різнопланові – закони, укази, постанови, інструкції, рішення юрисдикційних органів, акти-документи органів державної виконавчої влади, договірні документи тощо. Виражені в них акти поведінки та її результати відіграють в правовій системі не однакову роль: вони або утворюють основу всього механізму юридичного регулювання (юридичні норми), або відображають індивідуально-правову правозастосовчу діяльність компетентних органів (владні індивідуальні приписи судів та інших органів держави), або втілюють правову активність учасників суспільних відносин – реалізацію прав і обов'язків. Разом з тим всі правові акти як зовнішні юридичні форми мають також спільні риси, що робить можливою та необхідною конструкцію «правовий акт» взагалі.

У юридичній науці проблема правових актів все ще не вирішена. Головне полягає в тому, що в літературі не надано порівняльного аналізу і у зв'язку з цим проводяться чіткі відмінності між актами в різних значеннях цього поняття, а найсуттєвіше – акти в кожному із зазначених значень не отримують узагальненої загальнотеоретичної характеристики.

Звідси виникають питання, наприклад, щодо актів-документів, які замикаються на правотворчості, на нормативних актах. Аналогічні питання виникають стосовно актів судових та інших державних органів (індивідуальних, інтерпретаційних), а також до актів конкретних учасників суспільних відносин. У зв'язку з цим не отримують загального освітлення і проблеми тлумачення актів, юридичної техніки, юридичної стилістики.

У широкому розумінні під терміном «правовий акт» слід розуміти сукупність юридично значущих явищ об'єктивної реальності, що створюють певні правовідносини. У вузькому розумінні – це документ, який, по-перше, оформлений у словесно-письмовому вигляді; по-друге, це можуть бути певні дії правореалізуючої практики, що в сукупності формують механізм реалізації права [10, с. 50].

Акт (від лат. actus – дія; actum est – зроблено, скоєно) – термін, який застосовується в багатьох сферах діяльності, що позначає окрему дію або її оформлення, документальну фіксацію. З цих позицій правовий акт – це документ, складений уповноваженими особами або органами і підтверджуючий установлені факти або події.

За допомогою історико-правового методу дослідження можна прослідкувати історичні етапи ґенези правового акта. Аналіз джерел і словників показує, що вже в XI–XIV століттях існував цілий ряд слів, що служать для найменування правових актів, які можуть бути запозиченнями або кальками з грецької або латинської мов (наприклад це слова: грамота, номос, запис, писання, закон, указ, устав, статут тощо). Так, грецьке слово "nomos" спочатку означало «пасовище», пізніше – «місцеперебування, розділ землі», а потім – «звичай, нрав, закон» [11, с. 45].

Римське слово "lex" походить від кореня слова, що означає «зв'язувати, зобов'язувати», або ж від слова «читати, проголошувати». Так чи інакше, значення його вказує на зовнішній, більш примусовий характер, ніж у греків [12, с. 16]. Велика примусовість значення римського "lex" швидше за все зумовлена тим, що цей термін позначав акти, які виходять від органів політичної публічної влади, а не сформовані еволюційним шляхом стародавні звичаї і традиції. Первинні правові уявлення в Стародавньому Римі мали теономний характер, а право розумілося як божественне право і божественні веління і позначалося терміном "fas" [13, с. 87]. Світське, в тому числі і звичайне право людей, на відміну від божественного, почали позначати терміном "jus", а термін "lex" використовувався для позначення лише одного з джерел позитивного права, тобто права, що виходить від органів політичної влади. З огляду на те, що в давнину правові акти, які виходили від органів державної влади зазвичай публічно проголошувалися і набували після цього загальнообов'язкового значення, термін "lex" може бути переведений як публічне (офіційне) зобов'язання.

Відомо, що основні документи, що видавалися князями Київської Русі, іменувалися «статутами», «грамотами», «судебниками», «уроками», «правдами». Першим із відомих джерел права прийнято вважати «Руську Правду» Ярослава. Таким чином, розвиток законодавства того часу являє собою боротьбу початків, виражених у римсько-візантійських узаконеннях з національними початками права, що пізніше відобразилось у злитті традицій.

Вже в той час значно зросла правотворча діяльність київських князів: їх акти стали регулювати не тільки відносини щодо збору данини, а й широке коло торгових відносин, а також міжнародних зв'язків. Слід мати на увазі й ту обставину, що князі в Київській Русі здійснювали також судову діяльність. Прийняті ними конкретні правові рішення ставали джерелами права, прецедентами. Акти, що видавались князями певною мірою систематизували стародавні звичаї і традиції, не змінюючи їх змісту по суті. Частина ж норм поведінки, що встановлюються княжою владою, просто не мала собі аналогів серед звичаїв і традицій.

В умовах класового суспільства межі поведінки визначають не тільки стародавні звичаї і традиції, освячені віковими звичками, а й політична влада. І робить вона це за допомогою видання загальнообов'язкових правил поведінки. Тому важко припустити, що, укладаючи договори з греками, князі могли говорити про межі поведінки, у визначенні та встановленні яких вони не брали участь і в затвердженні яких вони не були зацікавлені. Навпаки, княжий інтерес якраз і полягав у тому, щоб посилити свою роль у регулюванні суспільних відносин, у визначенні меж можливої, дозволеної та забороненої поведінки. Посилаючись на визнання «закону» греками та іншими народами, а отже, і тих норм і правил, які видавалися княжою владою, князі не просто легалізували свою правотворчу діяльність, а й змогли її значно підсилити.

Таким чином, у різних народів найменування правових актів історично стали позначати далеко не однакові

за змістом поняття. Наприклад, під законом розуміли і релігійні встановлення, і звичаї, і традиції, і акти державної влади. Такий стан зумовлений специфікою становлення і розвитку системи нормативно-правової регуляції у різних народів. Там, де в її формуванні та встановленні загальнообов'язкових правил поведінки істотну роль відігравала державна влада, терміном «закон» зазвичай позначали акти, що видаються владою. Але найчастіше цей термін, зокрема, використовувався для позначення загальнообов'язкових, правових за своїм змістом правил поведінки, в основі яких лежали звичаї і традиції або ж релігійні встановлення.

Сучасне розуміння правового акту є наслідком тривалої еволюції правових систем, розвитку філософських і політико-правових ідей. Романо-германська правова система, яка виросла на основі рецепції римського права, сприйняла його понятійно-термінологічний апарат та зберегла початкове римське розуміння правових актів.

Проблема генезису найменувань правових актів досліджувалась багатьма філософами. Наприклад, аналіз поглядів засновника давньогрецької діалектики Геракліта дає підставу судити про те, що він був першим мислителем, який застосував термін «закон» у вивченні природних явищ, ототожнив "nomos" (закон в юридичному сенсі слова) з космічним законом (логосом), наділив логос властивостями, притаманними правовим нормам. «В його очах, – пише Ф.Х. Кессиді, – космос – вища система правових норм, втілення закономірності і необхідності» [14, с. 39].

Як зазначає В.М. Косович, термін «нормативно-правовий акт» почав використовуватись правниками порівняно недавно. Перша назва документа, що видавався державою з метою встановлення загальнообов'язкових правил поведінки, була запропонована ще римськими юристами – «закон». І тільки у 20 ст. у зв'язку із використанням для регулювання суспільних відносин різних видів правових актів у юридичну лексику і практику вводиться термін «нормативно-правовий акт [3, с. 343].

Хронологічне дослідження етимології правових актів дозволяє виявити певні особливості запозичення найменувань правових актів. Так, у найдавніший період запозичувалася грецька правова лексика у зв'язку з орієнтацією на візантійську правову систему. Після падіння Візантії відбулося активне пряме запозичення лексики латинського походження з системи Римського права.

Таким чином, у результаті етимологічного аналізу слова «акт» сформулювалось декілька значень правового акту, а саме: а) правовий акт як «відчутна» реальність – всі правові явища то є соціальна реальність, і тому в найвищих абстракціях, наукових узагальненнях ця реальність повинна проглядатися; б) правовий акт як фундаментальний елемент у формуванні та існуванні права, який має важливе значення під час аналізу правових явищ і процесів. Важливо зазначити, що проблема визначення правових актів має практичне значення, оскільки на них базується практична діяльність юристів, та більшість питань юридичної техніки пов'язані з правовими актами.

Висновки. Отже, правовий акт – це офіційний письмовий документ, що має обов'язкову силу, прийнятий уповноваженим суб'єктом права (державним органом, місцевим самоврядуванням, інститутами прямої демократії), що виражає владні веління, який породжує певні правові наслідки, створює юридичний стан і спрямований на регулювання суспільних відносин.

З огляду на вищедосліджені уявлення про правовий акти ми дійшли висновків. Терміни «правовий акт» та «нормативно-правовий акт» не є тотожними. Поняття «правовий акт» є ширшим за поняття «нормативно-правовий акт», оскільки включає в себе останній. Особливістю правових актів є те, що вони приймаються у процесі правотворчості органів державної влади. Можна стверджувати, що для висвітлення розуміння правового акту доцільно використовувати комплексний підхід, який передбачає поєднання низки філософських, загальнонаукових та спеціально-наукових підходів, що дає змогу висвітлити правові акти системно і багатогранно.

ЛІТЕРАТУРА

1. Петришин О.В. Верховенство права та проблеми його інституалізації / Проблеми нормотворення, реалізації та тлумачення норм права у світлі загальновизнаного принципу верховенства права : тези доп. та повідомл. учасн. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 3-4 жовт. 2019 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака Харків : Право, 2019. С. 3–6.
2. Алексеев С.С. Проблемы теории права: курс лекций. В 2-х т. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1973. Т. 2. 396 с.
3. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Харків : Право, 2016. Т. 3 : Загальна теорія права / редкол. : О.В. Петришин (голова) та ін. ; Нац. акад. прав. Наук України ; Ін-т держави і права імені В.М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. 2017. 952 с.
4. Тихомиров Ю.А. Правовые акты: учеб.-практ. и справ. пособие / Ю.А. Тихомиров, И.В. Котелевская. Москва : Юринформцентр, 1999. 381 с.
5. Общая теория права : учебник для юрид. вузов / Ю.А. Дмитриев [и др.] ; ред. А.С. Пиголкин ; Московский ин-т экономики, политики и права, Московский гос. технический ун-т им. Н.Э. Баумана. Юридический учебно- научый центр. М.: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1995. 384 с.
6. Васильев Р. Ф. О понятии правового акта. *Вестник Московского университета.* М.: Изд-во Моск. ун-та, 1998, № 5. С. 3-25.
7. Машков А.Д. Проблеми теорії держави і права. Основи. Курс лекцій. Київ : Атіка, 2008. 464 с.
8. Малько А.В. Правовые акты как основное средство реализации правовой политики. Российская правовая политика: курс лекций. / [под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько]. Москва : Норма, 2003. 512 с.
9. Кравчук М.В. Теорія держави і права (опорні конспекти) : навч. посіб. Київ : Атіка, 2003. 288 с.
10. Шиянов В.А. Правовая система и правовая жизнь общества: теоретический аспект взаимодействия : [дис. … докт. юрид. наук] : 12.00.01 / В.А. Шиянов. Москва, 2008. 176 с.
11. Спиркин А.Г. Происхождение сознания. Москва : Государственное издательство политической литературы (Политиздат), 1960. 472 с.
12. Кареев Н.И. Введение в социологию. РГБ, Изд-во: тип. М.М. Стасюлевича. Санкт-Петербург, 1897. 418 с.
13. Латинская юридическая фразеология. Сост. Б. С. Никифоров. Москва: «Юридическая литература», 1979. 264 с.
14. Кессиди Ф.Х. Философские и эстетические взгляды Гераклита Эфесского. Москва : Изд-во Академии художеств СССР, 1963. 164 с.

УДК 340.15(477):341.123
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/9

УРСР: ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ УЧАСТІ В ООН

UKRAINIAN SOVIET SOCIALIST REPUBLIC: HISTORICAL AND LEGAL ASPECTS OF PARTICIPATION IN THE UN

Сіваш А.А., студентка І курсу
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню історичних обставин, що вплинули на можливість участі УРСР в заснуванні і діяльності ООН як первинного учасника організації, і правових підстав такої участі. Розглядаються історичні віхи розвитку ідеї про створення Організації Об'єднаних Націй як міжнародної організації по забезпеченню міжнародного миру і безпеки і конкретних кроків держав на шляху її створення. Зазначається про зміну позиції СРСР щодо правового статусу союзних республік, що втілилась в конституційній реформі 1944 р., визначаються акти, прийняті на її реалізацію. Підкреслюється, що офіційна радянська і західна оцінка мети забезпечення участі УРСР в ООН (і здійснення, відповідно, конституційної реформи) різняться. Радянський Союз наполягав на участі УРСР і БРСР як засновниць, мотивуючи це тим, що ці республіки зазнали найважчих втрат у війні і їх роль в розгромі фашизму була незрівнянно більше, ніж внесок багатьох країн – членів антигітлерівської коаліції. Західні держави вбачали в такому кроці прагнення Радянського Союзу розширити свій вплив на прийняття рішень у рамках ООН. Підкреслюється думка, що зміна конституційного законодавства, що дала можливість претендувати на членство в ООН республік Радянського Союзу, була спрямована на вирішення низки питань як внутрішньої, так і зовнішньої політики. Ілюструється хід переговорів і визначаються обставини пошуку компромісного рішення, в результаті якого дві делегації Української РСР і Білоруської РСР були запрошені на Конференцію в Сан-Франциско. Виділяються питання, закріплення яких в Статуті домагалася Україна. Визначається, що з 1945 року, хоча і в обмеженому вигляді, відновлюється українська присутність на міжнародній арені. Підкреслюється, що міжнародна активність УРСР була пов'язана з участю в ООН і спеціалізованих установах ООН, що, тим не менше, підтверджує її статус як суб'єкта міжнародного права.

Ключові слова: УРСР, ООН, Конференція в Думбартон-Оксі, Кримська конференція, Конференція в Сан-Франциско.

The article is devoted to the study of historical circumstances that influenced the possibility of participation of the USSR in the establishment and operation of the UN as an original participant in the organization, and the legal grounds for such participation. The historical milestones of the idea of creating the United Nations as an international organization for international peace and security, and concrete steps of the states towards their creation are considered. It notes the change in the position of the USSR on the legal status of the union republics, embodied in the constitutional reform of 1944, determines the acts adopted for its implementation. It is emphasized that the official Soviet and Western assessments of the purpose of ensuring the participation of the Ukrainian SSR in the UN (and the implementation, consequently, of constitutional reform) differ. The Soviet Union insisted on the participation of the USSR and the BSSR as founders, citing that these republics suffered the heaviest losses in the war and their role in defeating fascism was incomparably greater than the contribution of many countries – members of the Allies. Western powers saw in this step the desire of the Soviet Union to expand its influence in decision-making within the UN. It is emphasized that the amendment of the constitutional legislation, which made it possible to apply for membership in the UN of the republics of the Soviet Union, was aimed at resolving a number of issues of both domestic and foreign policy. It illustrates the course of negotiations and determines the circumstances of the search for a compromise solution, as a result of which two delegations of the Ukrainian SSR and the Byelorussian SSR were invited to the Conference in San Francisco. There are issues that Ukraine sought to enshrine in the Charter. It is determined that since 1945, albeit in a limited form, the Ukrainian presence in the international arena has been restored. It is emphasized that the international activity of the Ukrainian SSR was associated with participation in the UN and specialized UN agencies, which, however, confirms its status as a subject of international law.

Key words: Ukrainian SSR, UN, The Dumbarton Oaks Conference, The Crimea Conference, The San Francisco Conference.

Україна як суверенна держава є учасником багатьох міжнародних організацій. Особливе місце серед універсальних міжнародних організацій в сучасному світі займає Організація Об'єднаних Націй – політична організація, Статут якої є основою сучасного міжнародного правопорядку. Попри певну критику цієї організації, вона залишається унікальною міжнародною організацією, що сьогодні об'єднує абсолютну більшість держав світу (193 члени). Для сучасної України членство в ООН надзвичайно важливе як для можливості спільного обговорення проблем, так і для використання механізмів організації задля реалізації завдань своєї зовнішньої політики. В умовах збройної агресії РФ Резолюції Генеральної Асамблеї ООН є важливою підтримкою позиції України.

Цікаво, що Україна є не просто учасником ООН, а була однією з держав – засновниць цієї організації. УРСР приймала участь у заснуванні ООН. Україна після розпаду СРСР, ставши незалежною державою, в Законі «Про правонаступництво» визнала себе продовжувачем УРСР [1], а відтак посіла місце останньої в ООН. Отже, важливо розглянути історичні обставини і правові підстави, за яких Україна стала державою – засновницею ООН, і дослідити особливості роботи України в рамках цієї організації.

Щодо розгляду цих питань у науці, то потрібно зауважити, що істориками радянської школи вони окремо не вивчалося, а використовувалися дослідження вчених-міжнародників, які розглядали цю проблематику в роботах, присвячених історії ООН. Серед радянських міжнародників, що розглядали цю тематику, були К.С. Забігайло, В.С. Коваль, М.М. Білоусов, а серед сучасних вчених варто відзначити О. Задорожного, який торкався цієї теми в дослідженні, присвяченому правосуб'єктності України.

Які ж основні історичні події часів Другої світової війни були пов'язані з питанням первинності членства УРСР в ООН?

Концепція створення глобальної організації держав-членів, що займається збереженням міжнародного миру за допомогою колективної безпеки, з'явилась ще під час Першої світової війни і втілилась у створенні Ліги Націй у 1919 р. Однак остання виявилася неспроможною зарадити Другій світовій війні, вже під час якої активно відбувались переговори про створення після війни нової організації для підтримання міжнародного миру і безпеки, з урахуванням недоліків її попередниці (Ліги Націй). Основні держави-союзники – Радянський Союз, США, Великобританія та Китай – підтвердили свою прихильність до створення міжнародної організації та подальшого розроблення її структури в Московській декларації від 30 жовтня 1943 р.

Саме з 1943 р. керівництво Радянського Союзу почало готуватися до підсилення представництва СРСР в майбутній організації і здійснювати активні кроки для визнання можливості членства в ній радянських республік. У цьому році була зроблена спроба розширити представництво за рахунок радянських республік в Комісії ООН з військових злочинів. Така пропозиція була викладена СРСР у ноті у відповідь на прохання британського уряду від 06.03.1943 р. про представництво в Комісії британських домініонів. На ноту Молотова англійський уряд заявив 29.09.1943 р., що союзні республіки СРСР не можуть бути представлені в Комісії, оскільки за Конституцією СРСР 1936 р. тільки Союз уповноважений представляти в міжнародних відносинах федеративні республіки. В цій Комісії забезпечити розширене представлення не вдалося, однак це дало поштовх до конституційних змін в напряму суттєвого розширення повноважень республік: повернення республікам зовнішньополітичних повноважень, переданих ними центру під час вступу до СРСР [2].

На черговому січневому (1944 р.) пленумі ЦК ВКП(б) були розглянуті та схвалені для винесення на наступну сесію Верховної Ради Союзу РСР пропозиції Раднаркому СРСР «Про розширення повноважень союзних республік у галузі оборони і зовнішніх зносин». 01.02.1944 р. на Х сесії Верховної Ради СРСР 1-го скликання заступник голови Раднаркому СРСР та нарком закордонних справ СРСР В. Молотов виступив з доповіддю «Про перетворення наркомату оборони і Наркомзакcправ із загальносоюзних на союзно-республіканські наркомати». «Коротке обговорення питання завершилося одноголосним ухваленням запропонованих законів – «Про утворення військових формувань союзних республік та про перетворення у зв'язку із цим Народного комісаріату оборони із загальносоюзного у союзно-республіканський» і «Про надання союзним республікам повноважень у галузі зовнішніх відносин та про перетворення у зв'язку з цим народного комісаріату закордонних справ із загальносоюзного у союзно-республіканський народний комісаріат», – зазначає О. Задорожній. Вчений наголошує, що ухвалення другого закону пояснювалось «завданням розширення міжнародних відносин, зміцненням співробітництва Союзу СРСР з іноземними державами та «та з огляду на зрослу потребу у встановленні безпосередніх стосунків з іноземними державами». Вказані закони увійшли поправками до Конституції СРСР [3].

Питання повноправного членства союзних республік СРСР в ООН виносилося на обговорення радянською делегацією в процесі конференції в Думбартон-Оксі і в Криму (Ялтинська конференція).

Як писав С.Б. Крилов про попередні пропозиції відносно створення Всесвітньої міжнародної організації з підтримки миру і безпеки, прийняті в Думбартон-Оксі: «Главу III – про членство … розробити не вдалося». Він зазначає, що не вдалося домовитися і про те, які саме держави мають бути первинними членами Організації, тому глава III проєкту містила лише перший і єдиний пункт про те, «що членами Організації можуть бути всі миролюбиві держави». Другий пункт, що мав на меті визначити первинних членів ООН, відпав. Тільки на Кримській конференції була досягнута домовленість про те, кому розіслати запрошення на конференцію в Сан-Франциско, і хто, відповідно, може явитися первинним членом Організації [4, с. 45–46]. Отже, спочатку на конференції в Думбартон-Оксі радянська сторона виступала за надання місць для всіх 16 радянських республік, але в Ялті це прохання було відхилено. США у відповідь на бажання СРСР запропонував допусти всі американські штати до Організації, що спонукало радянську сторону піти на компроміс і зменшити свої вимоги до включення лише двох республік [5]. Отже, Підсумковий протокол Кримської конференції від 11 лютого 1945 р. зафіксував домовленість СРСР, США і Великобританії рекомендувати конференції в Сан-Франциско запросити як первинних членів міжнародної організації безпеки Україну і Білорусь. Дві радянські республіки отримали право претендувати на самостійне міжнародне представництво, оскільки вони понесли, як підкреслив В.М. Молотов, найбільші жертви у війні і були першими територіями, на які на які вторглися німці. Україна і Білорусь позиціонувалися як найбільші союзні республіки, які зазнали найважчих втрат у війні, і як такі, чия роль в розгромі фашизму була незрівнянно більше, ніж внесок багатьох країн – членів антигітлерівської коаліції. Ця пропозиція, заявлена делегацією СРСР в Ялті, ґрунтувалася ще й на конституційних змінах, в результаті яких радянські союзні республіки отримали широкі права в галузі зовнішніх зносин. Саме ця аргументація, вперше використана народним комісаром закордонних справ СРСР В.М. Молотовим на Ялтинській (Кримській) конференції, до кінця 1980-х років визначала трактування радянської, в тому числі білоруської та української, історіографією питання про початкове членство радянських союзних республік в ООН. Отже, у вітчизняній історіографії вступ України в ООН розцінювався як визнання внеску республіки в перемогу над фашизмом. Інакше оцінювали конституційні поправки 1944 р., зокрема утворення наркоматів закордонних справ, – пише В.А. Гриневич, – в західній історіографії». І зазначає: «Раптове виникнення республіканських наркомзакcправ пов'язувалося зарубіжними дослідниками передусім з намаганням сталінського керівництва ввести радянські республіки до Організації Об'єднаних Націй з тим, щоб посилити свої позиції у ній» [6, с. 35–36]. Однак, як зазначає автор, «вдосконалення радянської федерації» у 1944 р. було спрямоване на вирішення низки питань як внутрішньої, так і зовнішньої політики, причому Україні в цьому відводилася особлива роль з огляду на такі моменти: 1) «її ключову роль у розв'язанні проблем, пов'язаних з майбутніми кордонами СРСР, її близьке сусідство до країн, які сталінське керівництво готувало до «радянізації»; 2) «піднесення у ній в роки війни національно-визвольного руху» [6, с. 36].

Після Кримської конференції радянське керівництво залучило до реалізації планів найбільш зацікавлені республіки. У березні 1945 р. уряди УРСР і БРСР, не отримавши запрошень на установчу конференцію ООН в Сан-Франциско, за вказівкою Москви заявили, що спрямують на неї свої делегації навіть за відсутності офіційних запрошень. Уряди США і Великобританії заперечували проти цього, наполягаючи, що рішення Кримської конференції не передбачало участі двох республік на конференції в Сан-Франциско і що тільки сама конференція може прийняти рішення про запрошення [2]. Проєкт ноти НКЗС СРСР від 24.03, схвалений Сталіном, засвідчує непогодження з таким підходом. В проєкті ноти зазначалося: «… Радянський Уряд не може погодитися з тлумаченням рішення Кримської Конференції, яке дається урядом США, а саме, що Україна і Білорусь не повинні, начебто, приймати участь у конференції в Сан-Франциско і що лише після Сан-Франциської Конференції, коли буде прийняти відповідне рішення, вони зможуть прийняти участь в Асамблеї Організації. Радянський Уряд наполягає на тому, щоб відповідно до рішення Кримської конференції Радянській Україні і Радянській Білорусі була забезпечена участь у конференції в Сан-Франциско як первинних членів» [7]. Під час підготовки конференції в Сан-Франциско радянська дипломатія успішно вирішила свої завдання щодо включення УРСР і БРСР до складу первинних членів і отримання запрошень для участі делегацій цих республік в установчій конференції ООН.

В.М. Молотов в процесі засідання глав делегацій ООН в Сан-Франциско 27 квітня 1945 р. виступив з пропозицією включити Українську РСР і Білоруську РСР в число засновниць ООН, згадуючи рішення Кримської Конферен-

ції і посилаючись на конституційні зміни в СРСР, за якими союзні республіки є суверенними державами, вказуючи на важливу роль народів цих республік в боротьбі зі спільним ворогом. Ініціатива була одноголосно підтримана, що дало Україні право бути первинним членом ООН.

6 травня 1945 р. урядові делегації УРСР і БРСР прибули до Сан-Франциско і активно включилися в роботу Конференції. Представники УРСР під час розробки Статуту ООН домагалися закріплення в ньому принципів про забезпечення міжнародного миру і безпеки, поваги до суверенності держав; ініціювали внесення до Статуту положення про сприяння міжнародному співробітництву в розв'язанні економічних і соціальних проблем, про загальну повагу до основних прав і свобод людини без жодної різниці [3, с. 560]. Всього під час роботи над Статутом ООН на конференції у Сан-Фрациско делегатами було враховано понад 1 200 поправок та зауважень до першого узгодженого проєкту, представлених українською стороною [8, с. 111]. Я.Б. Турчин справедливо зазначає: «Міжнародна діяльність України упродовж 1944–1990 рр. провадилась здебільшого у сфері багатосторонньої дипломатії через участь у роботі ООН. Українська РСР брала участь у розробленні статуту ООН, у 1945 році стала членом Міжнародного Суду, в 1946 році – Всесвітньої організації охорони здоров'я, в 1947 році – Всесвітнього поштового союзу, 1948 році – Всесвітньої метеорологічної організації, в 1954 році – Міжнародної організації праці (МОП), в 1956 році – Європейської Економічної Комісії, 1957 році – МАГАТЕ» [9, с. 62]. Будучи засновником ООН, діяла на підставі її Статуту, маючи повний обсяг прав і обов'язків. «Діяльність УРСР в ООН, – пише О. Задорожній, – та її головних органів виявлялась у формах розроблення проєктів резолюцій і рішень з актуальних питань міжнародного характеру, внесення поправок до проєктів резолюцій і рішень, пропонування питань до розгляду, участі в полеміці з обговорюваних питань, виступів на засіданнях органів із заявами і пропозиціями, підписання конвенцій, угод і договорів у рамках ООН, участі в голосуваннях тощо [3, с. 562].

Як зазначає В.Г. Батюк, багаторічний член українських делегацій на сесіях Генеральної Асамблеї ООН: «з 1945 року відновлюється українська присутність на міжнародній арені, хоча й у вельми обмеженому і спотвореному вигляді лише в міжнародних організаціях і обов'язково одночасно з присутністю СРСР. Попри те, що власної зовнішньої політики Українська РСР не мала, специфічну міжнародну діяльність України не слід відкидати» [10, с. 19].

Підсумовуючи все вищезазначене, можна зробити такі висновки: 1) участь УРСР як держави – засновниці ООН стала можливою через конституційні зміни, що відбулися в СРСР у 1944 р.; 2) мета проведення таких змін по-різному визначалася СРСР і західними партнерами: так Радянський Союз, здійснивши конституційну реформу, наполягав на участі УРСР в ООН як республіки, що найбільш постраждала від воєнного нападу і внесла значний внесок в перемогу, тоді як західні країни розцінювали цей крок як бажання СРСР розширити своє представництво в майбутній організації; 3) незалежно від зазначених мотивів факт визнання УРСР членством ООН став ключовим для утвердження її статусу як суб'єкта міжнародного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про правонаступництво України: Закон України від 05.10.91 № 1543-XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12#Text (дата звернення 20.11.2020).
2. Спільний шлях Української РСР і Білоруської РСР до складу держав – засновниць ООН. *Зовнішні справи.* URL: https://uaforeignaffairs.com/uk/category/istorichne-minule/spilny-shlyakh-ukrayinskoyi-rsr-i-biloruskoyi-rsr-do-skladu-derzhav-zasnovnits-oon (дата звернення 23.11.2020).
3. Задорожній О.В. Генеза міжнародної правосуб'єктності України : монографія. Київ : К.І.С., 2014. 688 с.
4. Крылов С.Б. История создания Организации Объединенных Наций. Разработка текста Устава Организации Обедненных наций (1944–1945). Москва : Изд-во ИМО. 1960 343 с.
1. 5. The United States and the Founding of the United Nations, August 1941 – October 1945. URL: https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/pubs/fs/55407.htm (дата звернення 22.11.2020).
5. Гриневич В.А. Утворення Народного комісаріату закордонних справ Української РСР: проекти і реалії (1944–1945 рр.). *Український історичний журнал.* 1995. № 3. С. 35–46. URL: http://resource.history.org.ua/publ/journal (дата звернення 21.11.2020).
6. Кравченко М. Советская дипломатия в Великой Отечественной войне. *Международная жизнь*. 2020. № 5. URL: https://interaffairs.ru/jauthor/material/2341 (дата звернення 23.11.2020).
7. Біленкова Ю.С. Участь-політико-правових суб'єктів Української РСР в розробці та утвердженні основних інститутів нового міжнародного права (1944–1991 рр): історико-правове дослідження: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2019. 248 с.
8. Турчин Я.Б., Дорош Л.О., Івасечко О.Я. Дипломатична і консульська служба : підручник. Львів : Видавництво Львівської політехніки. 2018. 332 с.
9. Батюк В. У повний голос. *Політика і час.* 1995. № 3 С. 12–19.

УДК 340.136:340.15(477)«17»
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/10

КОДИФІКАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА У XVIII СТ.

CODIFICATION OF UKRAINIAN LAW IN THE XVIII CENTURY

Шершенькова В.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри історії держави і права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Шевчук Я.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри історії держави і права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена особливостям проведення кодифікаційних робіт українського права в Гетьманщині у XVIII ст. Визначено основні причини проведення кодифікації. Було кілька спроб кодифікації українського права, ними займалися спеціальні комісії, а також приватні кодифікатори.

Перша і найбільш відома кодифікація здійснена у першій половині XVIII ст., в результаті чого було розроблено «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 року. Це був досить систематизований збірник правових норм, які регулювали право власності, зобов'язальне (договори купівлі-продажу, перевезення, зберігання, найму, міни, позики та інші), спадкове, сімейне, земельне, кримінальне, процесуальне права. Схожі за характером були й інші збірники, зокрема «Процес короткий наказний, виданий при резиденції гетьманській» 1734 року і «Книга статутів та інші права малоросійські» 1764 року.

Кодифікаційні роботи другої половини XVIII ст., які проводилися на українських землях, мали за мету закріпити економічне і політичне становище української шляхти, яка поступово зміцнювалася. У 1767 році було підготовлено збірник «Екстракт малоросійських прав», який не був затверджений і переданий до архіву Сенату. Саме він став основою для наступного збірника «Екстракт із указів, інституцій та установ», оскільки містив норми українського та російського законодавства.

Суб'єктами цивільних відносин були особи та об'єднання. Об'єктами цивільного права були права, речі та залежні особи. Існувало три форми власності: державна, колективна, приватна. Зобов'язання виникали з договорів і із заподіяння шкоди. Уже в той час були відомі такі способи забезпечення зобов'язань: завдаток, застава і порука.

Шлюбний вік для жінок становив 16 років, для чоловіків – 18 років. Обов'язковою була згода батьків на шлюб дітей. Шлюб припинявся зі смертю одного з подружжя або після розлучення. Діти поділялися на народжених у законному шлюбі та позашлюбних дітей. Спадкування здійснювалося за законом і за заповітом.

Суб'єктами злочину визнавалися особи, які досягли 16 років. Злочини поділялися на державні, проти православної віри, військові, службові, проти управління та суду, проти особистості, майнові, проти моралі. Застосовувалися такі покарання: смертна кара, тілесні покарання, позбавлення волі, майнові покарання. Смертна кара не застосовувалася до вагітних жінок, дівчат (до 13 років), хлопців (до 16 років), літніх людей.

Ключові слова: джерела права, кодифікація, українське право, Україна-Гетьманщина.

The article is devoted to the peculiarities of the codification work of Ukrainian law in the Hetmanate in the XVIII century. The main reasons for codification are identified. There were several attempts to codify Ukrainian law, they were dealt with by special commissions, as well as private codifiers.

The first and most famous codification was carried out in the first half of the XVIII century. As a result, developed "Rights under which the Little Russian people are tried" in 1743. It was a fairly systematic collection of legal norms governing property rights, binding (contracts of sale, transportation, storage, hiring, mines, loans, etc.), inheritance, family, land, criminal, procedural law. Other collections were similar in nature, such as The Short Probation Process Issued at the Hetman's Residence in 1734 and The Book of Statutes and Other Little Russian Rights of 1764.

The codification works of the second half of the 18th century, carried out on Ukrainian land, aimed to consolidate the economic and political position of the Ukrainian nobility, which was gradually strengthening. In 1767, a collection of "Extract of Little Russia's Rights" was prepared, which was not approved and transferred to the archives of the Senate. But this collection become the basic for the next collection "Extract from decrees, institutions and agencies", as it contained the rules of Ukrainian and Russian law.

The subjects of civil relations were individuals and associations. The objects of civil law were rights, things and dependent persons. There were three forms of ownership: state, collective, private. Liabilities arose from contacts and damages. The following methods of securing obligations were already known at that time: deposit, pledge and surety.

The marriage age for women was 16 years, and for men – 18 years. Parental consent of the children was required. The marriage ended with the death of one of the spouses or divorce. Children were divided into those born in wedlock and illegitimate children. Inheritance was carried out by law and by will.

Persons who have reached 16 years of age were recognized as subjects of the crime. Crimes were divided into: state, against the Orthodox faith, military, official, against government and the court, against the individual, property, against morality. The following punishments were applied: death penalty, corporal punishment, imprisonment, property punishment. The death penalty was not applied to pregnant women, girl (under 13), boy (under 16), the elderly.

Key words: sources of law, codification, Ukrainian law, Ukraine-Hetmanate.

В історії кодифікації права України у XVIII ст. збереглися оригінальні пам'ятки, розробка кожної з яких зумовлена тими змінами, які відбувалися у політичних, економічних, суспільних відносинах.

Метою статті є вивчення причин та історичне значення проведення кодифікаційних робіт в Україні-Гетьманщині XVIII ст.

У XVIII ст. в України склалася така правова система, яка включала норми Статуту Великого князівства Литовського, Магдебурзького права, нормативно-правових актів гетьманів, звичаєве право. Зрозуміло, що така правова система мала багато прогалин, через що виникали непорозуміння у регулюванні суспільно-політичних відносин в Україні-Гетьманщині.

До основних причин, які зумовлювали необхідність здійснення кодифікаційних робіт, варто віднести необхідність перекладу «правних книг» на українську мову; значну кількість і невпорядкованість джерел права; складність застосування правових норм державними органами; прагнення козацької старшини забезпечити на законодавчому рівні свої права й привілеї; російський уряд очікував зближення українських і російських законодавчих норм.

Протягом XVIII ст. кодифікаційні роботи права в Україні-Гетьманщині здійснювалися спеціальними комісіями та окремими приватними кодифікаторами. Перша кодифікація українського права була здійснена у першій половині XVIII ст. Вона проводилася спеціальною кодифікаційною комісією. Кодифікація була зумовлена швидкими темпами суспільно-політичного і правового розвитку територій України й значною кількістю різних джерел права, які містили суперечливі норми. Характерним було й те, що систематизацією права займалися приватні особи.

Кодифікаційна комісія почала свою роботу 1728 року і вже за 15 років мала певні результати. У 1743 році було підготовлено збірку «Права, за якими судиться малоросійський народ» [3, с. 228]. Варто зазначити, що кодифікаційна комісія працювала повільно, її члени були спеціалістами права та обіймали високі посади в Україні-Гетьманщині.

У збірнику «Права, за якими судиться малоросійський народ» здійснено спробу поєднати норми польсько-литовського, німецького, російського та українського звичаєвого права, структура й порядок розташування правових норм максимально наближені до галузевого принципу. Цей збірник побудований за зрозумілою, чіткою системою. Він складався із 30 розділів, поділених на 531 артикул, які включали 1716 пунктів. Збірник містив норми адміністративного, торгового, цивільного, кримінального і процесуального права. Користуватися ним було досить зручно, оскільки містився алфавітний реєстр зі змістом артикулів. Збірник містив визначення юридичних термінів і окремих понять, що забезпечувало чітке роз'яснення норм для їх правильного застосування.

Після проведення кодифікаційної роботи над збірником «Права, за якими судиться малоросійський народ» усі члени кодифікаційної комісії поставили свої підписи. Однак збірка не була затверджена російським Сенатом, оскільки суперечила політиці уряду Російської імперії та не набула статусу офіційного джерела права, хоча досить широко використовувалася в практиці українських судів (здебільшого на Лівобережній Україні), оскільки користування нею було зручніше порівняно із нормами російського права [3, с. 230].

У збірнику закріплювалося зобов'язальне право й право власності. У ньому розрізнялося право на рухоме, спадкове і набуте майно. Щодо зобов'язального права, то у збірнику містилися норми стосовно договірних зобов'язань і зобов'язань із заподіяння шкоди. Значна увага приділялася окремим договорам, а саме договорам купівлі-продажу, міни, позички, особистого і майнового найму, поклажі, поруки, зберігання, а також регулюванню земельних відносин. Уперше на законодавчому рівні була здійснена спроба визначити правове положення окремих станів українського суспільства (статус старшини, шляхти, духівництва, селян).

Сформувалися групи злочинів проти релігії, проти особи, майнові злочини, злочини проти статевої моралі. Метою покарання було залякування, помста і відшкодування збитків. Збірник містив такі види покарань: смертна кара (проста – повішення, відрубування голови, кваліфікована – втоплення, закопування живим у ґрунт, четвертування, колесування); ув'язнення (у тюрмі або монастирі); майнові покарання (конфіскація, штрафи, викуп); вигнання; позбавлення честі; заборона займати певну посаду; догана; церковні покарання.

Варто зазначити, що за юридичною технікою «Права, за якими судиться малоросійський народ» є однією із найвідоміших і найцінніших пам'яток української правової культури XVIII ст. За повнотою і манерою викладу норм закону й абстрактних правових понять збірка була досконалішою від чинних на той час правних книг. Хоча цей акт не став офіційним, але ті напрацювання видатних українських правників XVIII ст. мали вагомий вплив на розвиток системи права. На цьому спроби систематизації чинного права в Україні-Гетьманщині не були завершені.

1734 року було прийнято ще один збірник «Процес короткий наказний, виданий при резиденції гетьманській». Існувало кілька його редакцій. Він включав вступ, 13 параграфів і додаток про порядок оголошення вироків судовими органами. Здебільшого збірник використовували працівники суду й адміністрації як підручник.

За розпорядженням гетьмана К. Розумовського генеральний суддя Ф. Чуйкевич у 1758 році розробив збірник «Суд і розправа в правах малоросійських» [1, с. 199]. Джерелами збірки стали норми Статуту ВКЛ 1588 року, Магдебурзьке право, Саксонське зерцало, українське звичаєве право, Гетьманські статті (Б. Хмельницького, І. Скоропадського, Д. Многогрішного).

Збірник «Суд і розправа в правах малоросійських» включав розділи про докази; рочки і роки (строки розгляду судових справ); процес (організацію судового процесу); апеляції (було визначено умови, коли можна подати апеляцію, подача апеляції припиняла виконання вироку нижчого суду); виконання судових рішень; посаг, віно і привінок; апеляції за Статутом 1754 року; давність земську 1755 року; суд польовий, підкоморський (межовий) і комісарський 1758 року. «Суд і розправа в правах малоросійських» – це пам'ятка українського феодального права, яка була приватною систематизацією та кодифікацією правових норм, діючих в межах України. Метою збірки було реформування судоустрою і судового процесу на Україні. Ця праця значно вплинула на судову реформу Гетьманщини 1760-1763 років. Варто зазначити, що збірка була присвячена судовому процесу, судовій системі, питанням земельного та шлюбно-сімейного права.

Працею схожого характеру став збірник під назвою «Книга Статуту та інші права малоросійські». Він був підготовлений у 1764 році приватним кодифікатором В.П. Кондратьєвим. Збірник був важливим посібником для суддів і включав у себе:

– Короткий покажчик Магдебурзького права із книги «Порядок»;
– Виписку з книги Статуту Великого князівства Литовського «согласных» артикулів;
– Витяг із книги «Порядок»;
– Екстракт із книги Статут прав малоросійських та різні юридичні матеріали довідкового характеру (виписки про козацькі вольності і маєтки; копії указів, грамот і привілеїв; реєстр книги «Порядок» Б. Гроїцького; переклад алфавітного покажчика до Статуту Великого князівства Литовського; списки гетьманських статей).

У 1767 році кодифікаційною комісією було розроблено збірку «Екстракт малоросійських прав». Керував цією комісією О. Безбородько, який був членом Генерального суду за розпорядженням П. Рум'янцева [2, с. 200]. Цей збірник не був затверджений Сенатом, однак діяв у Малоросії. «Екстракт малоросійських прав» – це систематизований збірник норм конституційного, адміністративного і процесуального права. Структурно він складався зі вступу та 16 розділів про головне управління в Малоросії; суди; права; порядок ведення справ у судах; державні маєтності; ревізії; державні прибутки; комісаріат; міста; привілеї шляхти та її маєтки; переваги духівництва та його маєтності; свободи й угіддя козаків; урядовців; артилерію; простий народ; ніжинських греків. До структури входила Інструкція про суди 1730 року та копії Відомості про чини 1765 року.

1786 року Сенат (після ліквідації Гетьманщини) переробив «Екстракт малоросійських прав» на нову збірку «Екстракт із указів, інструкцій та установ». Її розіслали в офіційні установи України для практичного використання. Хоча у цій збірці й містилися окремі норми українського права, її створення знаменувало посилення тиску з боку російських правових норм і поступове витіснення

з українського правового поля традиційних норм права, яким користувалося населення протягом кількох століть. «Екстракт із указів, інструкцій та установ» – це збірка нормативних актів, яка закріпила основи суспільних, економічно-політичних відносин, що склалися на українських землях, які увійшли до складу Російської імперії. Збірник 1786 року був доповненням і частково переробкою «Екстракту малоросійських прав» 1767 року з урахуванням вимог часу.

Наприкінці XVIII ст. спроби систематизувати право України-Гетьманщини продовжувалися, але вже під значним впливом російського законодавства. В Україні-Гетьманщині існувало три форми власності: державна, колективна, приватна. Як і раніше основна увага приділялася праву феодальної власності на землю. Була вотчинна і рангова земельна власність, протягом XVIII ст. відбувався процес їх зближення. Зобов'язання виникали з договорів і із заподіяння шкоди. Уже в той час були відомі такі способи забезпечення зобов'язань: завдаток, застава і порука. Найпоширенішими були договір позики, міни, оренди і купівлі-продажу.

Жінки могли вступити у шлюб у 16 років, чоловіки – у 18 років. Обов'язково для вступу у шлюб вони мали отримати згоду батьків. Спадкування здійснювалося за законом і за заповітом, хоча з часом родове майно можна було отримати спадкоємцям за законом. У той період позашлюбні діти втратили право отримати майно у спадок від батька.

Суб'єктами злочину визнавалися особи, які досягли 16 років. Злочини поділялися на злочини проти держави, православної віри, військової та державної служби, управління та суду, особи, майна, моралі. Застосовувалися такі покарання: смертна кара, тілесні і майнові покарання, позбавлення волі. Смертна кара не застосовувалася до вагітних жінок, дівчат до 13 років, хлопців до 16 років, літніх людей. При призначенні покарання обов'язково враховувалося соціальне становище потерпілого і злочинця [4, с. 116–118].

Таким чином, в Україні XVIII ст. було проведено плідну кодифікаційну роботу, яка стала поштовхом до подальших напрацювань у розвитку українського права. Прикладом цього стала одна з пам'яток правової культури України XVIII ст. «Права, за якими судиться малоросійський народ», яка була першою і найбільш відомою кодифікаційною працею того часу. Не менш важливими для історії кодифікації українського права залишаються збірки «Суд і розправа в правах малоросійських», «Книга Статуту та інші права малоросійські», «Екстракт малоросійських прав» та «Екстракт із указів, інструкцій та установ».

Не дивлячись на те, що ці збірки були підготовлені спеціальними комісіями або приватними кодифікаторами, у них є багато спільного. Прийняття кожної наступної збірки було зумовлено змінами у політичному й економічному житті суспільства. У збірках були систематизовані різні нормативні акти, розглядалися питання державного і суспільного ладу. За основу кожної збірки бралися різні джерела права, здебільшого використовувалося українське звичаєве право, магдебурзьке право, хелмське право, гетьманські універсали, російські закони, Статут ВКЛ 1588 року, судова практика, а також попередні збірники.

Здебільшого збірки були присвячені судовому процесу, судовій системі, земельному, цивільному, торговому, шлюбно-сімейному і кримінальному правам. Кодифікація законодавства в Україні-Гетьманщині мала важливе значення, оскільки встановлювала та усувала недоліки чинних законів і забезпечувала зручність їх застосування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кульчицький В.С., Тищик Б.Й. Історія держави і права України : підруч. для студ. вищ. навч. закл. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. 624 с.
2. Терлюк І.Я. Історія держави і права України. Навчальний посібник. К. : Атіка, 2011. 944 с.
3. Українське державотворення: невитребуваний потенціал : словник-довідник. За ред. О.М. Мироненка. К. : Либідь, 1997. 560 с.
4. Шмигаль Д.А. Історія держави і права України. Х. : Вид-во «ІНДУСТРІЯ», 2011. 352 с.

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/11

РЕПРОДУКТИВНІ ПРАВА ЖІНОК ТА ЇХ ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ

WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS AND THEIR LEGISLATIVE REGULATION IN UKRAINE

Кенева О.О., студентка III курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Мишанич А.В., студентка II курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуті особливості законодавчого регулювання репродуктивних прав жінок в Україні, висвітлено основні прогалини законодавства щодо цього питання. Незважаючи на активне обговорення в засобах масової інформації проблем щодо реалізації репродуктивних прав жінок в Україні, це питання залишається фактично неврегульованим на законодавчому рівні та практично не дослідженим у наукових колах. Зокрема, нині є недослідженим реальний стан забезпеченості репродуктивних прав жінок, а також судова практика національних судів України та Європейського суду з прав людини щодо реалізації ними цього права.

Метою статті є вивчення законодавчого врегулювання репродуктивних прав жінок в Україні, аналіз особливостей деяких репродуктивних прав, які здійснюються за допомогою допоміжних репродуктивних технологій з акцентом на проблемних питаннях, пов'язаних із сурогатним материнством, дослідження судової практики з окресленого питання.

Обґрунтовано наукові позиції щодо репродуктивних прав. Наголошено, що репродуктивні права є правами новітнього, четвертого покоління прав людини та є похідними від особистих прав особи. Зауважено, що репродуктивні права людини бувають як природними, так і такими, що здійснюється з використанням допоміжних технологій. Підкреслено, що незаконні дії з укладання угод стосовно народження дітей шляхом безпідставного застосування допоміжних репродуктивних технологій є кримінально караними в Україні. Проаналізовано судову практику України щодо реалізації громадянами репродуктивних прав. Акцентовано на особливостях застосування допоміжних репродуктивних технологій методом сурогатного материнства. Визначено короткий алгоритм дій іноземних громадян у разі використання цього методу в Україні. Наголошено на імперативності законодавства деяких країн щодо реєстрації батьківства подружжя стосовно дитини. Здійснено аналіз судової практики Європейського суду з прав людини щодо правових нюансів, пов'язаних із сурогатним материнством. Встановлено позицію Європейського суду щодо неможливості заборони сурогатного материнства негативно впливати на дітей, народжених у такий спосіб за кордоном.

Ключові слова: репродуктивні права жінок, особистісні права, право на життя, природні репродуктивні права, допоміжні репродуктивні технології, сурогатне материнство, штучне запліднення, медичний туризм.

The article considers the peculiarities of the legislative regulation of women's reproductive rights in Ukraine, highlights the main gaps in the legislation on this issue. Despite the active discussion in the media on the implementation of women's reproductive rights in Ukraine, this issue remains virtually unresolved at the legislative level and virtually unexplored in scientific circles. In particular, today the real state of women's reproductive rights is unexplored, as well as the case law of national courts of Ukraine and the European Court of Human Rights on the exercise of this right.

The aim is to study the legal regulation of reproductive rights of women in Ukraine, analyze the features of some reproductive rights, which are carried out with the help of assisted reproductive technologies with an emphasis on issues related to surrogacy, case law on this issue.

Scientific positions on reproductive rights are substantiated. It is emphasized that reproductive rights are the rights of the latest, fourth generation of human rights, and are derived from personal rights. It is noted that human reproductive rights are both natural and those that are carried out with the use of assistive technologies. It is emphasized that illegal actions on concluding agreements on the birth of children through unjustified use of assisted reproductive technologies are criminally punishable in Ukraine. The judicial practice of Ukraine on the realization of reproductive rights by citizens is analyzed. Emphasis is placed on the peculiarities of the use of assisted reproductive technologies by the method of surrogacy. A short algorithm of actions of foreign citizens when using this method in Ukraine is determined. Emphasis is placed on the imperative nature of the legislation of some countries on the registration of paternity of spouses with respect to a child. An analysis of the case law of the European Court of Human Rights on the legal nuances associated with surrogacy. The position of the European Court on the impossibility of prohibiting surrogacy to negatively affect children born in this way abroad has been established.

Key words: women's reproductive rights, personal rights, right to life, natural reproductive rights, assisted reproductive technologies, surrogacy, artificial insemination, medical tourism.

Постановка проблеми. Вважається, що репродуктивні права є так званими новітніми особистими немайновими правами четвертого покоління, які мають тісний зв'язок із невід'ємним правом людини на життя, повагою до її гідності, особистою недоторканістю тощо. У зв'язку з відсутністю в Україні спеціального законодавства, яке б детально урегульовувало питання репродуктивних прав жінок в Україні, нині є безліч можливостей для незаконного укладання угод щодо народження дітей для іноземних громадян шляхом безпідставного застосування допоміжних репродуктивних технологій. Нині відсутнє легальне визначення поняття «репродуктивні права». Правове регулювання цього питання здійснюється на підставі норм Основного закону, Цивільного, Сімейного кодексів, Основ законодавства України про охорону здоров'я та підзаконних нормативно-правових актів. Однак вказані нормативно-правові акти не відповідають реаліям сьогодення, тому прийняття профільного закону про репродуктивні права нині постало дуже гостро.

Стан дослідження проблеми. Вивченням цієї проблематики певною мірою займалися такі дослідники, як А. Дутко, Р. Заболотна, Т. Кириченко, Н. Старікова, А. Головащук, Я. Драгонець, О. Шишка та ін.

Виклад основного матеріалу. Т. Кириченко, Н. Старікова доречно зауважують, що репродуктивні права людини бувають як природними, так і такими, що здійснюється з використанням допоміжних технологій. Своєю чергою останні, на думку автора, потребують підвищеного законодавчого врегулювання [4, с. 98]. Саме тому метою цього дослідження є аналіз особливостей деяких репродуктивних прав, які здійснюються за допомогою допоміжних репродуктивних технологій, з акцентом на проблемних питаннях, пов'язаних із сурогатним материнством.

До слова, науковці майже одностайні в тому, що репродуктивні права слід зараховувати до прав новітнього, четвертого покоління прав людини, які є похідними від особистих прав та за своїм змістом є так званими «особистісними» правами особи [4, с. 96], оскільки сфера репродуктивної діяльності людини стосується її приватного життя, невтручання в яке гарантується Конституцією України, нормами міжнародно-правових актів [1, с. 83].

У статті 1 проєкту Закону України «Про репродуктивні права та гарантії їх здійснення» [8] була спроба визначити репродуктивні права як передбачені законом можливості людини на здійснення та охорону її репродуктивного здоров'я і вільне прийняття рішень щодо народження чи відмови від народження дитини в шлюбі чи поза ним, а також на медико-соціальну, інформаційну і консультативну допомогу в цій сфері. Однак цей законопроєкт так і не вдалося втілити в життя.

Основоположною в питанні забезпечення репродуктивних прав жінок в Україні є стаття 3 Основного Закону, яка визначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [3]. Статтями 27–29 Конституції України передбачено, що кожна людина має невід'ємне право на життя, повагу до її гідності, свободу та особисту недоторканість [3]. Важливими є стаття 32, положення якої визначають, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України, і стаття 49 Основного закону, відповідно до якої кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування [3].

Варто також звернути увагу на норми Закону України «Про охорону здоров'я» [6], зокрема статті 48-53-1 цього нормативно-правового акта, які визначають особливості штучного запліднення та імплантації ембріона, застосування методів стерилізації, добровільного штучного переривання вагітності, зміну (корекцію) статевої належності тощо.

Деякі репродуктивні права жінок визначені статтею 281 Цивільного кодексу України [14]. До речі, репродуктивні права в цьому законодавчому акті є складником права особи на життя. Зокрема, цією статтею встановлено, що стерилізація може відбутися лише за бажанням повнолітньої фізичної особи (ч. 5). Штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки. У випадках, встановлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене в разі вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів (ч. 6). Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством (ч. 7).

За положеннями статті 133 Сімейного Кодексу України [12], якщо дитина народилася у подружжя, дружина записується матір'ю, а чоловік – батьком дитини. Крім цього, відповідно до частини 2 статті 123 Сімейного Кодексу України у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя.

Відносини, пов'язані із сурогатним (замінним) материнством, регулюються, крім загальних норм, Порядком застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженим Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787 [7], зокрема його розділом VI.

Варто зауважити, що незаконні дії з укладання угод щодо народження дітей шляхом безпідставного застосування допоміжних репродуктивних технологій є кримінально караними в Україні. Так, частина 1 статті 149 КК України [5] встановлює, що торгівля людиною, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, з метою отримання згоди на його експлуатацію караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років. А частиною 3 передбачено, якщо такі дії вчинені щодо неповнолітнього його батьками, усиновителями, опікунами чи піклувальниками, або вчинені щодо малолітнього, або організованою групою, або поєднані з насильством, небезпечним для життя або здоров'я потерпілого чи його близьких, або з погрозою застосування такого насильства, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, вони караються позбавленням волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років із конфіскацією майна або без такої.

Європейська судова практика під репродуктивними правами розуміє право особи жіночої та чоловічої статі мати генетично рідну дитину, а для особи жіночої статі – також право самостійно виносити дитину (право завагітніти і бути вагітною) та право на фізіологічні пологи [1, с. 84]. Однак це визначення є надто вузьким і не містить, наприклад, право на використання допоміжних репродуктивних технологій (сурогатне материнство, штучне запліднення тощо).

На науковому рівні не існує одностайної думки щодо вказаного терміна. Ґрунтовним, як на мене, є визначення, яке надають А.О. Дутко і Р.М. Заболотна. Під репродуктивними правами дослідники пропонують розуміти гарантовані, заохочувані державою можливості осіб щодо охорони їхнього репродуктивного здоров'я, вільне прийняття і реалізація фізичними особами рішення про зачаття дитини, про народження або відмову від народження дітей у шлюбі або поза ним, методів зачаття і народження дітей, у тому числі й за допомогою допоміжних репродуктивних технологій, кількості дітей, часу і місця народження, інтервалів між їх народженнями, необхідних для збереження здоров'я матері і дитини, а також щодо медико-соціальної, інформаційної та консультативної допомоги в цій сфері [1, с. 86].

Автори доречно зауважують, що правове розуміння зазначених прав необхідно розглядати у трьох напрямах: 1) як особливий відокремлений вид особистих немайнових прав; 2) як складник права на охорону здоров'я; 3) як складник права на життя [1, с. 85].

У зв'язку з відсутністю в нашій країні спеціального законодавства, яке детально урегульовувало б це питання, нині є безліч можливостей для незаконного укладання угод щодо народження дітей для іноземних громадян шляхом безпідставного застосування допоміжних репродуктивних технологій. До прикладу, в ухвалі Київського районного суду м. Харкова від 25 червня 2019 року [13] йдеться про низку нелегальних дій особи щодо здійснення пошуку клієнтів із числа громадян України та іноземців, консультування потенційних клієнтів із приводу проведення допоміжних репродуктивних технологій та їх юридичного супроводу на усіх стадіях батьківства, таких

як укладання фіктивного шлюбу, відмова сурогатної матері від дитини, отримання фіктивним подружжям свідоцтв про народження дітей. Іншими словами, слідством було встановлено факт торгівлі людьми та здійснення іншої незаконної угоди, об`єктом якої є людина, у зв'язку з чим до суду було направлено відповідне клопотання про накладення арешту на майно підозрюваного. Між тим, аналіз судової практики [2] дає підстави стверджувати, що нині, на жаль, відсутні вироки судів щодо кримінальних злочинів, передбачених ч. 3 ст. 149 КК України (торгівлям людьми).

З правового аналізу рішення Червонозаводського районного суду м. Харкова 21.02.2019 р. [10], яким задоволено позовну заяву особи про визнання шлюбу недійсним, видається, що особи уклали фіктивний шлюб задля укладання договору про замісне виношування вагітності та участь у програмі сурогатного материнства, отримання винагороди за відповідні послуги. Це дає підстави стверджувати, що діяльність у галузі репродуктивних технологій в Україні залишається тіньовою, тому необхідне законодавче врегулювання цього питання.

Варто наголосити, що особливої популярності останнім часом набув так званий «медичний туризм» в Україні. Йдеться про можливість застосування такої допоміжної репродуктивної технології, як «сурогатне материнство». Для громадян нашої держави ця послуга занадто дорога, однак вона користується неабияким попитом серед іноземців. Не у всіх країнах є можна застосувати зазначені технології, а там, де це все ж таки дозволено, ціни за цю послугу є значно вищими, ніж в Україні, до того ж процедура її проведення набагато складніша.

Зазвичай договір про сурогатне материнство передбачає, що виконавець бере на себе зобов'язання з виношування вагітності, яка настала в результаті перенесення їй у порожнину матки ембріонів, отриманих шляхом екстракорпорального запліднення, з використанням яйцеклітини і сперми, що належать генетичним батькам. У результаті застосування таких допоміжних репродуктивних технологій методом сурогатного материнства в подружжя народжується дитина, яка має генетичну спорідненість із ними. Сурогатна мати, яка народила цю дитину, надає свою згоду, посвідчену нотаріально, на запис їх батьками новонародженого. Однак законодавство деяких країн (зокрема Іспанії) встановлює імперативну вимогу для реєстрації батьківства подружжя щодо дитини – отримання в Україні відповідного судового рішення, що підтверджує їхні родинні відносини, тому генетичні батьки вимушені додатково звертатися до суду із заявами про встановлення факту родинних стосунків, які за загальним правилом задовольняються судами України. До прикладу, рішенням Солом`янського районного суду м. Києва від 15 липня 2020 р. було задоволено заяву громадян Іспанії про встановлення факту родинних відносин, визначено, що дитина народилася в місті Києві шляхом використання допоміжних репродуктивних технологій та є їхнім сином [11].

Європейським судом також сформована певна судова практика, яка тим чи іншим чином стосується питань, пов'язаних із сурогатним материнством. Зокрема, у рішеннях від 26 червня 2014 р. у справі «Меннессон проти Франції» (скарга № 65192/11) та у справі «Лабассе проти Франції» (скарга № 65941/11) Європейський суд із прав людини конкретно визначив, що кожна країна має право заборонити сурогатне материнство на її території. Однак суд також визнав, що заборона сурогатного материнства не може негативно впливати на дітей, народжених у такий спосіб за кордоном. У цьому контексті суд висловив позицію, що країни, де сурогатне материнство заборонене, мають визнати родинний зв'язок між дітьми, народженими від сурогатної матері за кордоном, та їхніми біологічними батьками, інакше буде мати місце порушення прав дітей на повагу до приватного та сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [9].

Висновки. За результатом цього дослідження можна зазначити, що діяльність у галузі репродуктивних технологій в Україні залишається тіньовою. Прийняття профільного закону про репродуктивні права українців є нагальним. Особливо популярним в Україні є так званий «медичний туризм», тобто застосування іноземцями такої допоміжної репродуктивної технології, як «сурогатне материнство» за допомогою клінік нашої держави. У результаті застосування таких допоміжних репродуктивних технологій методом сурогатного материнства в подружжя народжується дитина, яка має генетичну спорідненість із ними. Законодавство деяких країн встановлює імперативну вимогу для реєстрації батьківства подружжя щодо дитини – отримання в Україні відповідного судового рішення, що підтверджує їхні родинні відносини, тому генетичні батьки вимушені додатково звертатися до суду з заявами про встановлення факту родинних стосунків, які за загальним правилом задовольняються судами України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дутко А.О. Репродуктивні права фізичної особи: сутність, поняття та класифікація. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична.* 2016. Вип. 3. С. 82–90. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvlduvs_2016_3_11 (дата звернення: 20.10.2020)
2. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/ (дата звернення: 20.10.2020)
3. Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.
4. Кириченко Т. Репродуктивні права як предмет цивільно-правового регулювання. *Історико-правовий часопис.* 2015. № 1. С. 95–100. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ipch_2015_1_22 (дата звернення: 20.10.2020)
5. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 25-26. Ст. 131.
6. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
7. Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15 (дата звернення: 20.10.2020)
8. Проект Закону про репродуктивні права та гарантії їх здійснення від 10.02.2004 р. № 5105. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=5105&skl=5 (дата звернення: 20.10.2020)
9. Практика ЄСПЛ. Український аспект. URL: https://www.echr.com.ua/publication/reproduktivni-prava/ (дата звернення: 20.10.2020)
10. Рішення Червонозаводського районного суду м. Харкова від 21.02.2019 р. Справа № 646/9103/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80671371 (дата звернення: 20.10.2020)
11. Рішення Солом`янського районного суду м. Києва від 15 липня 2020 р. Справа № 760/8607/20. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/91395236 (дата звернення: 20.10.2020)
12. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2002. № 21-22. Ст. 135.
13. Ухвала Київського районного суду м. Харкова від 25 червня 2019 р. Справа № 640/12166/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82668923 (дата звернення: 20.10.2020)
14. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. Ст. 356.

УДК 342.821:352.07(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/12

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ І ПРОВЕДЕННЯ МІСЦЕВИХ ВИБОРІВ ЗА ВИБОРЧИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

SOME ISSUES OF ORGANIZATION AND CONDUCT OF LOCAL ELECTIONS UNDER THE ELECTORAL CODE OF UKRAINE

Нікітенко Л.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Ковальчук Л.В., студентка II курсу
юридичного факультету
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Стаття присвячена висвітленню одного з найважливіших питань конституційного права – місцевим виборам як основному способу формування представницьких органів місцевого самоврядування в Україні. Дане питання сьогодні є вкрай актуальним у зв'язку із проведенням 25 жовтня 2020 року місцевих виборів за новим Виборчим кодексом України.

З'ясовано, що в науковій літературі по-різному визначається поняття «місцеві вибори». На підставі аналізу думок учених уточнено, що місцеві вибори є формою безпосередньої демократії, зміст якої полягає у формуванні представницьких органів місцевого самоврядування шляхом застосування процедур, чітко визначених конституцією та законами, за яких відбувається голосування осіб, наділених виборчим правом.

Встановлено, що виборче право в Україні та закордонних країнах прямо пов'язане з різними аспектами, основним з яких є інститут громадянства.

Досліджено особливості виборчої системи, яка застосовувалась на останніх місцевих виборах згідно з положеннями Виборчого кодексу України: пропорційна система з відкритими списками, за якою кандидат має можливість проголосувати за партію та за конкретного представника від цієї партії.

Виявлено, що місцеві вибори в Україні за Виборчим кодексом пройшли у складних умовах: нова, більш складна, виборча система з відкритими списками, проблеми, спричинені конфліктом на Сході України, що триває, та ризики для громадського здоров'я, пов'язані з пандемією COVID-19. Як результат – низька явка виборців (становить 36,88%), плутанина в бюлетенях, затягування часу у встановленні результатів виборів.

Визначено основні плюси та мінуси Виборчого кодексу. До плюсів віднесено: запровадження ґендерної квоти для партійних списків (не менше 40% представників однієї статті у списку партії); цифровізація виборчого процесу (можливість онлайн-подавання документів, реєстрації кандидатів, довірених осіб та спостерігачів); надання права голосувати внутрішньо переміщеним особам і трудовим мігрантам (їм полегшили процедуру зміни адреси голосування). До мінусів включено: форму виборчого бюлетеня, яка є досить складною для необізнаної частини населення; відкриті списки виявилися напівзакритими – партії залишили за собою вплив на розподіл мандатів; суттєве викривлення представництва тощо.

Запропоновано напрями вдосконалення положень Виборчого кодексу України з питань організації і проведення місцевих виборів.

Ключові слова: місцеве самоврядування, місцеві вибори, виборча система, Виборчий кодекс України, голосування, виборчий процес, виборче право.

The article is devoted to the coverage of one of the most important issues of constitutional law – local elections as the main way of forming representative bodies of local self-government in Ukraine. This issue is extremely relevant today in connection with the October 25, 2020 local elections under the new Electoral Code of Ukraine.

It has been found that the concept of "local elections" is defined differently in the scientific literature. Based on the analysis of scholars, it was clarified that local elections are a form of direct democracy, the content of which is the formation of representative local governments through the application of procedures clearly defined by the constitution and laws under which voting persons have the right to vote.

It is established that the right to vote in Ukraine and abroad is directly related to various aspects, the main of which is the institution of citizenship.

The peculiarities of the electoral system used in the last local elections in accordance with the provisions of the Electoral Code of Ukraine are studied: the proportional system with open lists, according to which the candidate has the opportunity to vote for a party and a specific representative of this party.

It was revealed that local elections in Ukraine under the Electoral Code took place in difficult conditions: a new, more complex, open-list electoral system, problems caused by the ongoing conflict in eastern Ukraine, and public health risks associated with the COVID-19 pandemic. As a result – low voter turnout (36,88%), high confusion in the ballots, delays in determining the election results.

The main pros and cons of the Electoral Code are identified. The advantages include: introduction of a gender quota for party lists (at least 40% of representatives of one article in the party list); digitalization of the election process (possibility of online submission of documents, registration of candidates, proxies and observers); granting the right to vote to internally displaced persons and labor migrants (they facilitated the procedure of changing the voting address). The disadvantages include: the form of the ballot, which is quite complex for the uninformed part of the population; open lists turned out to be semi-closed – parties retained influence over the distribution of seats; significant distortion of representation, etc.

The directions of improvement of provisions of the Electoral code of Ukraine concerning the organization and carrying out of local elections are offered.

Key words: local self-government, local elections, electoral system, Electoral Code of Ukraine, voting, electoral process, suffrage.

Принцип народовладдя є найхарактернішою ознакою будь-якої демократичної, соціальної та правової держави, невід'ємною складовою частиною системи загальновизнаних конституційних цінностей. Саме воля народу має бути змістом влади і політичних відносин. Народ здійснює свою владу як безпосередньо, так і через органи державної влади й органи місцевого самоврядування. Тому завдяки вільним виборам, що є формою безпосереднього народовладдя, органи представницької демократії отримують можливість працювати в інтересах держави та суспільства. Виходячи із загальноприйнятої класифікації виборів, за суб'єктами обрання вибори поділяють на

загальнодержавні і місцеві. У світлі проведення 25 жовтня цього року в Україні місцевих виборів украй актуальним є питання законодавчого врегулювання їх організації. Особливої гостроти це питання набуває через застосування на цих виборах оновленого виборчого законодавства. Виборчий кодекс України ухвалений 19 грудня 2019 р., але із цього часу до нього внесено зміни і доповнення, що свідчить про деяку недосконалість його приписів. Практика втілення цих приписів на місцевих виборах 2020 р. також вказує на наявність недоліків.

Проблеми становлення та розвитку інституту місцевих виборів досліджували такі вітчизняні та закордонні вчені, як: О. Бойко, В. Гробова, Ю. Ключковський, М. Козюбра, В. Погорілко, О. Радченко, В. Руденко, М. Ставнійчук, О. Титаренко, О. Тодика, В. Шаповал, О. Чернецька й інші. Проте є потреба в дослідженні нових тенденцій розвитку інституту місцевих виборів за сучасних реалій.

Метою статті є з'ясування проблемних питань організації та проведення місцевих виборів за Виборчим кодексом України.

У науковій закордонній та вітчизняній конституційно-правовій літературі існує розмаїття думок щодо розуміння та визначення поняття виборів. Так, О. Тодика своїй монографії дала визначення поняттю «вибори» як «способу формування органів державної влади і місцевого самоврядування згідно із процедурами, чітко визначеними законодавством, при яких відповідна група людей висуває зі свого середовища одну або кілька осіб для виконання державних або громадських функцій» [1, с. 31]. З позиції науки державотворення О. Радченко визначає вибори як державотворчу функцію суспільства й інститут безпосередньої демократії (народовладдя), джерело легітимізації влади, за допомогою якого відбувається інституціювання органів державної влади та місцевого самоврядування; механізм делегування владних повноважень від народу до обраних ним представників та контролю за органами державної влади; інститут виявлення та формування політичних лідерів [2, с. 44]. Якщо узагальнити наявні визначення, можна запропонувати таке тлумачення місцевих виборів – це інститут народовладдя (форма безпосередньої демократії), зміст якого полягає у формуванні представницьких органів місцевого самоврядування шляхом застосування процедур, чітко визначених конституцією та законами, за яких відбувається голосування осіб, наділених виборчим правом.

Виборче право прямо пов'язане з інститутом громадянства. Більшість закордонних країн встановлюють право голосу лише для громадян держави. Але існують окремі винятки. Так, у деяких країнах розширено право голосу та надано можливість обирати негромадянам (зазвичай лише тим, які мають громадянство країни, що є членом Європейського Союзу). У Конституції України встановлено вичерпний перелік суб'єктів, які можуть реалізувати своє право голосу на виборах. Згідно зі ст. 70 Конституції, даним правом володіють тільки громадяни України, якщо вони досягли 18-річного віку і є дієздатними [3]. Отже, лише громадяни володіють пасивним (бути обраним) і активним (правом обирати) виборчим правом.

У багатьох закордонних країнах участь у виборчому процесі є не правом, а обов'язком. Наприклад, у Бельгії дана система була впроваджена в 1893 р., а в Таїланді – у 1997 р. У деяких державах вибори можуть визнаватися такими, що не відбулися, у зв'язку зі зниженням порога кількості виборців. Обов'язкове голосування передбачає накладення деяких санкцій за відсутність на виборах, що включають в себе: пояснення; штраф; вилучення зі списку виборців на певний строк; обмеження волі тощо [4, с. 122]. Отже, на відміну від багатьох закордонних країн, в Україні вибори є правом народу, а не обов'язком, що відіграє важливу роль у наданні саме громадянам можливості за бажанням та самостійно обирати органи влади.

В аспекті організації місцевих виборів важливим є питання виборчих систем. Відповідно до ст. 192 Виборчого кодексу України, на виборах депутатів сільської, селищної ради, міської ради (міста з кількістю виборців до 10 тисяч осіб), сільського, селищного, міського голови застосовується мажоритарна виборча система. А вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, районних у місті рад, а також депутатів міських, сільських, селищних рад (територіальних громад із кількістю виборців 10 тисяч і більше) проводяться за системою пропорційного представництва за відкритими виборчими списками [5]. Ідея застосування в Україні пропорційної виборчої системи на місцевих виборах не нова, але новацією є можливість кандидата проголосувати не лише за партію, тобто за список кандидатів, яких висунув партійний з'їзд, а й за конкретного представника від цієї партії. Класичний приклад застосування пропорційної системи з відкритими списками демонструє досвід виборів у Польщі до рад гмін [6, с. 10]. Упровадження пропорційної системи з відкритими списками варто розглядати як досягнення оновленого виборчого законодавства, оскільки це сприятиме зменшенню ймовірності потрапляння до рад «випадкових» депутатів. Однак поправки ввели виборчу квоту у 25% та складний дизайн бюлетеня. Ця комбінація робить відкриті списки схожими на закриті.

Місцеві вибори в Україні за новим Виборчим кодексом пройшли у складних умовах: нова, більш складна, виборча система з відкритими списками, проблеми, спричинені конфліктом на Сході України, що триває, та ризики для громадського здоров'я, пов'язані з пандемією COVID-19. Як результат – низька явка виборців (становить 36,88%), плутанина в бюлетенях, затягування часу у встановленні результатів виборів. У зв'язку з поганою обізнаністю людей кількість недійсних бюлетенів цього року значно зросла і це негативно вплинуло на визначення результатів. Також масові фальсифікації підривають довіру до оприлюднених результатів, а незрозуміла система все більше заплутує виборців. Людський чинник, складна виборча система, виборчі списки затягнули процес, але це не основна проблема. Проблемою є затягнутий процес підрахунку голосів, причиною якого є судові оскарження. Відповідно до чинного законодавства, територіальні виборчі комісії фактично не можуть встановити остаточні результати виборів, поки не будуть завершені всі судові оскарження, зокрема і з апеляцією. За період із 25 жовтня по 9 листопада до Єдиного державного реєстру судових рішень було внесено 1 088 рішень судів за запитом щодо оскарження результатів виборів. Це досить велика цифра. За оцінкою Комітету виборців України, здебільшого звернення до суду є необґрунтованими і ні на чому фактично не базуються [7].

Ці недоліки є досить вагомими в оцінюванні ефективності нового Кодексу. Але переваги у Виборчому кодексі також є: позитивним кроком стало запровадження ґендерної квоти для партійних списків (не менше 40% представників однієї статі у списку партії), цифровізація виборчого процесу (можливість онлайн-подавання документів, реєстрації кандидатів, довірених осіб та спостерігачів. Це передбачає усунення зайвого впливу людського чинника на виборчий процес), надання права голосувати внутрішньо переміщеним особам і трудовим мігрантам (їм полегшили процедуру зміни адреси голосування, тому вони змогли взяти участь у голосуванні).

Отже, важливим кроком для врегулювання всього виборчого процесу в Україні, зокрема і на місцевих виборах, стало ухвалення нового Виборчого кодексу, положення якого мають як плюси, так і мінуси. До плюсів варто віднести: заміну старої малоефективної виборчої системи; відкритість у голосуванні; установлення ґендерних квот; можливість голосувати за бажаного кандидата; процедуру голосування для внутрішньо переміщених осіб і трудових мігрантів. Мінусами варто вважати таке: форма виборчого

бюлетеня, яка є досить складною для необізнаної частини населення; відкриті списки виявилися напівзакритими – партії залишили за собою вплив на розподіл мандатів; суттєве викривлення представництва, наприклад, село з населенням 100 осіб представлятимуть аж 2 депутатів, а місто з населенням у 50 тисяч виборців – лише 4; норма, згідно з якою кандидат може бути самовисуванцем лише в населеному пункті, де проживає менше 10 000 людей, не відповідає Кодексу належної практики у виборчих справах Венеціанської комісії Ради Європи, який встановлює рівне право балотуватися на виборах для партійних та незалежних кандидатів [8].

Тому відкритим залишається питання вдосконалення положень Виборчого кодексу України з питань організації і проведення місцевих виборів, зокрема в частині перегляду форми виборчого бюлетеня, розміру виборчої квоти, забезпечення рівних умов для балотування для партійних та незалежних кандидатів, дотримання умов ґендерної квоти не тільки на етапі висування; деталізація підстав і порядку оскарження результатів виборів партіями та кандидатами з метою запобігання зловживанню ними правом звертатися до суду, що, як показує практика, суттєво гальмує завершення виборчого процесу на місцевих виборах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тодика О. Вибори до парламентів країн СНД : порівняльно-правовий аналіз : монографія. Харків, 2003. 245 с.
2. Радченко О. Влада і вибори: інституційна взаємодія в демократичному суспільстві : монографія. Харків, 2006. 302 с.
3. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (із змінами).
4. Дейдей Д. Світовий досвід правового регулювання місцевих виборів. *Інвестиції: практика та досвід*. 2019. № 22. С. 121–125.
5. Виборчий кодекс України : Закон України від 19 грудня 2019 р. № 396–IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № № 7–9. Ст. 192 (із змінами).
6. Poland. Ustawa z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw. Dziennik Ustaw. 1998. № 95. Poz. 602.
7. КВУ про проблеми гальмування підрахунку голосів на місцевих виборах. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-elections/3134117-kvu-nazvav-golovnu-problemu-galmuvanna-pidrahunku-golosiv-na-miscevih-viborah.html.
8. Плюси та мінуси нового українського виборчого законодавства. URL: https://voxukraine.org/uk/plyusi-ta-minusi-novogo-ukrayinskogo-viborchogo-zakonodavstva-diyavol-kriyetsya-v-detalyah/.

УДК 338.48
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/13

ПРАВОВІ ЗАСАДИ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОГО РОЗВИТКУ В РЕГІОНІ

LEGAL PRINCIPLES OF SOCIO-ECONOMIC DEVELOPMENT IN THE REGION

Пузаков Д.В., здобувач кафедри державно-правових дисциплін та адміністративного права
Центральноукраїнський державний педагогічний університет імені Володимира Винниченка

Стаття присвячена актуальній проблематиці правових засад соціально-економічного розвитку регіону в умовах трансформаційних процесів управлінської моделі в Україні. Автором досліджено доктринальні погляди зарубіжних та вітчизняних науковців щодо поняття соціально-економічного розвитку регіону. Запропоноване авторське визначення категорії соціально-економічного розвитку в регіоні як процесу кількісного та якісного збільшення благ регіону за рахунок мобілізації людських, фінансових, капітальних, фізичних, природних та культурних ресурсів, що має наслідком підвищення рівня життя населення конкретного регіону в довгостроковій перспективі. Автором зафіксовано тенденцію позитивних змін у регіонах, що характеризуються еволюцією патерналістських підходів. Встановлено, що перехідні трансформаційні процеси забезпечують відхід від застарілого механізму до відповідального розвитку регіонів. У статті децентралізація вбачається ключовою детермінантою формування нової законодавчої бази у сфері соціально-економічного розвитку регіонів України. Автором наголошується, що нормативно-правову базу в досліджуваній сфері складають як акти загального характеру, якими встановлюються положення щодо основних аспектів процесу децентралізації влади в Україні, так і акти галузевого характеру, у яких акцентуються питання безпосередньо щодо соціально-економічного розвитку регіонів. Зауважено, що основа національних концептуальних актів щодо соціально-економічного розвитку базується на засадах Європейської хартії місцевого самоврядування. Проаналізовано основні законодавчі та підзаконні акти, які регламентують правовідносини у сфері соціально-економічного розвитку регіону. Особливу увагу приділено нормативно-правовим актам концептуального та стратегічного характеру.

Ключові слова: соціально-економічний розвиток, регіон, регіональна політика, місцеве самоврядування, децентралізація.

The article is devoted to the topical issues of legal bases of social and economic development of the region in the conditions of transformational processes of the management model in Ukraine. The author explores the doctrinal views of foreign and domestic scholars on the concept of socio-economic development of the region. The author's definition of the category of socio-economic development in the region as a process of quantitative and qualitative increase of the region's goods due to mobilization of human, financial, capital, physical, natural and cultural resources is proposed. The author notes the trend of positive changes in the regions characterized by the evolution of paternalistic approaches. It is established that the transitional transformation processes provide a departure from the outdated mechanism to the responsible development of the regions. The article sees decentralization as a key determinant of the formation of a new legal framework in the field of socio-economic development of the regions of Ukraine. The author emphasizes that the legal framework in the study area consists of both general acts, which establish provisions on the main aspects of the decentralization process in Ukraine, and sectoral acts, which emphasize issues directly related to socio-economic development of regions. It is noted that the basis of national conceptual acts on socio-economic development is based on the principles of the European Charter of Local Self-Government. The main legislative and by-laws that regulate legal relations in the field of socio-economic development of the region are analyzed. Special attention is paid to normative legal acts of conceptual and strategic nature.

Key words: socio-economic development, region, regional policy, local self-government, decentralization.

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні стратегії соціально-економічного розвитку регіонів зазнали серйозних змін. Важливе значення соціально-економічного розвитку та його впливу на зміцнення кожного регіону вбачається у формуванні тісного взаємозв'язку між державними інституціями. Акцентуємо, що наразі неможливо чітко розмежувати компетенцію центральних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, позаяк все частіше виникають прецеденти конфлікту повноважень та збігу предмета відання. З огляду на тенденції макроекономічної нестабільності в країні значні трансформації соціально-економічної системи зумовлюються насамперед реалізацією реформи децентралізації влади та модифікації системи органів місцевого самоврядування. Отже, означені чинники актуалізують проблематику дослідження правових засад соціально-економічного розвитку в регіоні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Соціально-економічний розвиток регіону як правова категорія став предметом дослідження багатьох як зарубіжних, так і вітчизняних науковців. Проблематика регіонального розвитку досліджена у працях таких зарубіжних вчених, як А. Алчиан, Р. Барро, Т. Веблен, Р. Коуз, Д. Ромер, Р. Солоу. Серед представників вітчизняної юридичної науки тематика соціально-економічного розвитку регіону була актуалізована в доробках М. Барановського, В. Василенка, В. Геєця, І. Горленка, Б. Данилишина, Ф. Заставного, М. Корецького, Г. Старостенка, А. Швєцова.

Мета статті – поглиблення теоретичних знань щодо правових засад соціально-економічного розвитку в регіоні.

Виклад основного матеріалу. Політика децентралізації є основою активних ініціатив щодо підтримки соціально-економічного розвитку в регіоні. Власне широке визначення децентралізації полягає в тому, що остання є фактично передачею частини повноважень центрального уряду регіональним чи місцевим органам влади [1].

Децентралізація влади в країні є відповіддю на потребу національної єдності, тоді як децентралізація відповідає на вимоги оптимізації державного управління та еволюції повноважень регіональних і місцевих органів влади. Адже саме останні мають перспективи реального ефективного впливу на соціально-економічний розвиток регіону, включаючи активізацію інвестицій, підвищення динаміки підприємництва та росту малого та середнього бізнесу. Водночас соціально-економічне зростання регіону сприятиме генеруванню нових робочих місць та підвищення рівня життя населення.

Перш ніж розпочати аналіз правових засад соціально-економічного розвитку регіону, варто дослідити його термінологічну сутність. Розглянемо деякі варіації доктринального бачення поняття соціально-економічного розвитку зарубіжними та вітчизняними науковцями.

Американський професор Е. Маліція під соціально-економічним розвитком розуміє процес створення багатства за рахунок мобілізації людських, фінансових, капітальних, фізичних та природних ресурсів для створення товарних товарів і послуг. При цьому роль суб'єктів соціально-економічного розвитку полягає у впливі на процес для блага громади шляхом розширення можливостей працевлаштування та податкової бази [24, с. 8].

Своєю чергою Л. Масловська стверджує, що соціально-економічний розвиток включає кількісне збільшення населення і багатства, появу якісно нових капітальних благ і цінностей, явищ і процесів, глибоку модернізацію та розбудову всієї економічної і соціальної системи [9, с. 109].

Водночас, розглядаючи сутність багатоаспектного поняття соціально-економічного розвитку, варто підкреслити його взаємозв'язок з питаннями збільшення виробництва і доходів, трансформацій в інституційній та соціальній структурах суспільства, зміною традицій, звичаїв та національної айдентики [7]. Говорячи про цілі соціально-економічного розвитку, відмітимо такі, як підвищення доходів, удосконалення системи освіти, поліпшення екологічного стану, розширення особистої свободи та інше [23].

Стосовно соціально-економічного розвитку регіону В. Василенко підкреслює, що економічна та соціальна життєдіяльність адміністративно-територіальних утворень забезпечується наявністю природних, матеріальних і трудових ресурсів (наявних певних межах), можливостями ефективного їх використання для підтримки (або підвищення) якомога більш високого рівня якості життя населення, що проживає на даній території [2, с. 244].

Зауважимо, що соціально-економічний розвиток регіону концептуально корелюється з поняттям регіонального розвитку. Адже останній розуміється вітчизняними науковцями як процес нагромадження позитивних та закономірних змін показників соціально-економічного стану, структури економіки тощо, які мають результат підвищення рівня життя населення в довгостроковій перспективі [3].

А. Бурдун зазначає, що поняття соціально-економічного розвитку регіону вміщає також культурну сферу життя населення. Активізація позитивної динаміки соціально-економічного розвитку регіону пов'язується з детермінантами збагачення культурного життя населення цього регіону.

Відтак, беручи до уваги представлені в юридичній науці думки, зауважимо, що сьогодні не сформовано повністю прийнятого комплексного визначення соціально-економічного розвитку в регіоні. Авторське визначення є узагальнюючим стосовно досліджених позицій, тож розуміємо соціально-економічний розвиток регіону як процес кількісного та якісного збільшення благ регіону за рахунок мобілізації людських, фінансових, капітальних, фізичних, природних та культурних ресурсів, що має наслідком підвищення рівня життя населення конкретного регіону в довгостроковій перспективі.

У контексті соціально-економічного розвитку України акцентуємо увагу на суттєвих позитивних змінах у регіонах, які характеризуються еволюцією патерналістських підходів. Перехідні трансформаційні процеси забезпечують відхід від застарілого механізму до відповідального розвитку регіонів.

Однією із ключових детермінант рушійних змін є формування абсолютно нової законодавчої бази. Так, із моменту початку реформи децентралізації виконавчої влади в Україні було прийнято новий пакет законодавчих та підзаконних актів щодо соціально-економічного розвитку в регіоні.

У межах представленого дослідження доцільно звернути увагу, що сьогодні законодавчий масив у цій сфері складають як акти загального характеру, якими встановлюються положення щодо основних аспектів процесу децентралізації влади в Україні, так і акти галузевого характеру, у яких акцентуються питання безпосередньо щодо соціально-економічного розвитку регіонів.

Серед нормативно-правових актів, що складають правову основу соціально-економічного розвитку в регіоні та регламентують правовідносини щодо реалізації регіональної політики в Україні, можемо відмітити такі:

– Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 1.04. 2014 р. № 333-р [8];

– Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року від 6.08.2014 р. № 385 [5];

– План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 18.06.2014 р. № 591-р [10];

– Державна стратегія регіонального розвитку на 2021–2027 роки від 5.08.2020 р. № 695 [4];

– Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР [18];

– Закон України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 № 586-XIV [19];

– Закон України «Про державне прогнозування і розроблення програм економічного і соціального розвитку України» від 23.03.2000 № 1602-III [11];

– Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 08.09.2005 № 2850-IV [21];

– Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» від 05.02.2015 № 157-VIII [12];

– Закон України «Про засади державної регіональної політики» від 05.02.2015 № 156-VIII [14];

– Указ Президента України «Про Концепцію державної регіональної політики» від 25.05.2001 № 341/2001 [17];

– Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року» 06.08.2014 № 385 [15];

– Постанова Кабінету Міністрів України «Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади» 04.01.2002 № 3 [20];

– Постанова Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» 03.11.2010 № 996 [13];

– Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.06.2014 р. № 591-р «Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні» [22].

Відправним концептуальним актом реформи децентралізації стала Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 1.04. 2014 р. № 333-р [22]. Підкреслимо, що положення цієї Концепції базуються на засадах Європейської хартії місцевого самоврядування [6]. Відповідно, на реалізацію національної Концепції було прийнято План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні від 18.06.2014 р. № 591-р, яким встановлювалися основні напрями реалізації та забезпечення реформи місцевого самоврядування [10].

Серед чинних стратегічних документів, що є базовими у сфері соціально-економічного розвитку регіонів в Україні, маємо виокремити також Державну стратегію регіонального розвитку на період до 2020 року, затверджену Постановою Кабінету Міністрів України від 6.08.2014 р. № 385. Зазначений стратегічний документ визначає остаточний відхід від централізованої системи управління виконавчої влади та розширення компетенційних повноважень місцевого самоврядування для реалізації мети реформи децентралізації. Відповідно до положень Стратегії реформи децентралізація передбачає: передачу державних повноважень на рівень регіону та одночасним направленням відповідних фінансових ресурсів; удосконалення процесів стратегічного планування та виконання поставлених завдань на всіх рівнях; запровадження ефективного механізму координації дій центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування під час реалізації галузевих пріоритетів і завдань на різних територіальних рівнях [15].

Відмітимо, що результатом першого етапу реформи децентралізації у сфері соціально-економічного розвитку стало створення інституціональних умов для регіонального розвитку як пріоритетного напряму державної регіональної політики. Сьогодні актуальною є прийнята

Державна стратегія регіонального розвитку на 2021–2027 роки, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 5.08.2020 р. № 695. Серед першочергових завдань, що представлені в Стратегії на майбутні 7 років, відмітимо подальше надання соціально-економічних стимулів для зростання інвестиційної активності та збільшення трудової зайнятості [15].

Серед галузевих законодавчих актів у сфері соціально-економічного розвитку в регіоні варто розглянути Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», у якому деталізуються питання організації місцевого самоврядування в Україні, розкривається інституціональний аспект, компетенційні повноваження органів виконавчої влади на місцях щодо соціально-економічного розвитку регіону.

Важливим у розумінні поняття регіону став Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів», у якому регіон визначено як територію Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя. Відповідно до статті 2 Закону створення рівних умов для динамічного, збалансованого соціально-економічного розвитку регіонів України встановлюється метою стимулювання розвитку регіонів [21].

Питання програмного планування економічного і соціального розвитку України встановлюються нормами Закону України «Про державне прогнозування і розроблення програм економічного і соціального розвитку України».

Висновки. Таким чином, можемо зазначити, що активізація соціально-економічного розвитку регіонів є об'єктивним наслідком процесів реформи децентралізації виконавчої влади в Україні. Соціально-економічний розвиток регіону визначаємо як процес кількісного та якісного збільшення благ регіону шляхом мобілізації людських, фінансових, капітальних, фізичних, природних та культурних ресурсів, що має наслідком підвищення рівня життя населення конкретного регіону в довгостроковій перспективі. Трансформаційні процеси децентралізації влади стали детермінантою формування нової законодавчої бази щодо соціально-економічного розвитку в регіоні. Правову основу соціально-економічного розвитку в регіоні сьогодні регламентують акти загального та галузевого законодавства, серед яких Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року, Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», Закон України «Про державне прогнозування і розроблення програм економічного і соціального розвитку України», Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів» та інші.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бориславська О., Заверуха І., Захарченко Е., та ін. Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України. Швейцарсько-український проект «Підтримка децентралізації в Україні. DESPRO. Київ : ТОВ «Софія». 2012. 128 с. URL: https://despro.org.ua/media/upload/decentral_zac_ya_publ_chno_vladi_dosv_d_evropeyskih_derzhav_ta_perspektivi_ukra_ni(2).pdf
2. Василенко В.Н. Архитектура регионального экономического пространства : монография / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований. Донецк : ООО «Юго-Восток, ЛТД», 2006. 311 с.
3. Возняк Г.В. Регіональний розвиток: сутність і методологічна основа. *Регіональна економіка.* 2015. № 3. С. 34–43.
4. Державна стратегія регіонального розвитку на 2021–2027 роки: Постанова Кабінету Міністрів України від 5.08.2020 р. № 695 URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-derzhavnoyi-strategiyi-regionalnogo-rozvitku-na-20212027-t50820.
5. Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 6.08.2014 р. № 385 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-%D0%BF#Text.
6. Європейська хартія місцевого самоврядування: Міжнародний документ від 15.10.1985. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036#Text.
7. Игнатов В.Г., Бутов В.И. Регионоведение и управление. Москва : Тесса, 2000. 416 с.
8. Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1.04. 2014 р. № 333-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80.
9. Масловська Л.Ц. Сталий розвиток продуктивних сил регіонів: теорія, методологія, практика : дис. … д-ра екон. наук. Київ, 2003. 404 с.
10. План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.06.2014 р. № 591-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/591-2014-%D1%80.
11. Про державне прогнозування і розроблення програм економічного і соціального розвитку України: Закон України від 23.03.2000 № 1602-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1602-14.
12. Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України від 05.02.2015 № 157-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19.
13. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики: Постанова Кабінету Міністрів України від 03.11.2010 № 996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF#Text.
14. Про засади державної регіональної політики: Закон України від 05.02.2015 № 156-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156-19.
15. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 06.08.2014 № 385. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-%D0%BF#Text.
16. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.06.2014 р. № 591-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/591-2014-%D1%80.
17. Про Концепцію державної регіональної політики: Указ Президента України від 25.05.2001 № 341/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/341/2001.
18. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text.
19. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 № 586-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/586-14.
20. Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 04.01.2002 № 3. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3-2002-%D0%BF.
21. Про стимулювання розвитку регіонів: Закон України від 08.09.2005 № 2850-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2850-15.
22. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1.04. 2014 р. № 333-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80.
23. Трансформація структури господарства України. Регіональний аспект // за ред. Г.В. Балабанова, В.П. Нагірної, О.М. Нижник. Київ, 2003. 341 с.
24. Malizia, Emil E., Feser, Edward J. Understanding local economic development. Center for Urban Policy Research, 1999. URL: https://www.sbctc.edu/resources/documents/colleges-staff/programs-services/student-success-center/summer-cohort-2018-8/nv-prework1-velluzzi-malizia-and-feser.pdf.

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 343.9.02:343.37
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/14

МЕХАНІЗМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ЦИВІЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ

MECHANISMS FOR IMPROVING THE PROCEDURE OF CIVIL CONFISCATION: SOME ASPECTS OF APPLICATION

Осадько А.С., к.ю.н.,
провідний науковий співробітник
Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

Довгаль Ю.С., науковий співробітник
Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

У статті на основі широкого кола джерел досліджено та розкрито підходи до визначення поняття «цивільна конфіскація», його закріплення на законодавчому рівні. Зазначається, що на особливу увагу заслуговує процес доказування, оскільки цивільне судочинство застосовує презумпцію «існування розумних підстав уважати», натомість у кримінальному судочинстві застосовується презумпція «поза розумним сумнівом». Здійснено системний аналіз європейського досвіду з метою запровадження в Україні процедури цивільної конфіскації активів, запропоновано започаткування певних механізмів та впровадження відповідних заходів цивільної конфіскації.

Конфіскація поза межами кримінального переслідування, яка застосовується в багатьох державах, серед яких Велика Британія, Італія, Сполучені Штати Америки, Швейцарія та багато інших. Серед переваг такої конфіскації: можливість застосування без засудження особи за вчинення злочину, зокрема і стосовно майна, яке перебуває за кордоном, а також майна тих осіб, яких наділено імунітетом від кримінального переслідування. Вказана конфіскація відповідає положенням міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практиці Європейського суду з прав людини. Питання, пов'язані з інститутом конфіскації поза межами кримінального переслідування, потребують подальшого широкого наукового вивчення та дослідження насамперед на предмет імплементації в законодавство України.

У статті розглядаються проблемні питання, пов'язані з умовами та підставами застосування спеціальної (цивільної) конфіскації, а також дотриманням під час її застосування принципів непорушності права власності; порівняння вказаного заходу впливу з конфіскацією як видом покарання, виокремлення їхніх спільних та відмінних ознак, а також питання необхідності трансформації конфіскації майна як виду покарання у спеціальну конфіскацію з подальшим виключенням конфіскації майна із системи покарань України та цілковитою його заміною спеціальною конфіскацією як некаральним заходом. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення законодавства.

Ключові слова: активи, набуті незаконним шляхом, бенефіціарний власник, конфіскація поза межами кримінального провадження, цивільна конфіскація, незаконне збагачення, безоплатне вилучення майна.

The article, based on a wide range of sources, explores and reveals approaches to defining the concept of civil confiscation and its consolidation at the legislative level. It is noted that the process of proving deserves special attention, as civil proceedings apply the presumption of "existence of reasonable grounds to believe", while in criminal proceedings the presumption of "beyond a reasonable doubt' is applied. A systematic analysis of the European experience was carried out in order to introduce the procedure of civil confiscation of assets in Ukraine and proposed the establishment of certain mechanisms and the implementation of appropriate measures of civil confiscation.

Confiscation is outside the scope of criminal prosecution, which is used in many countries, including the United Kingdom, Italy, the United States, Switzerland and many others. Among the advantages of such confiscation is the possibility of using a person without a conviction for a crime, including in relation to property located abroad, as well as the property of those persons who are endowed with immunity from criminal prosecution. This confiscation is in line with the provisions of international treaties approved by the Verkhovna Rada of Ukraine, as well as the case law of the European Court of Human Rights. Issues related to the institution of confiscation outside of criminal prosecution require further extensive scientific study and research, primarily on the subject of implementation in the legislation of Ukraine.

The article considers problematic issues related to the conditions and grounds for the application of special (civil) confiscation, as well as ensuring the principles of inviolability of property rights during its application; comparison of this measure of influence with confiscation as a type of punishment, separation of their common and distinctive features, as well as the need to transform confiscation of property as a type of punishment into special confiscation with further exclusion of confiscation of property from the penal system of Ukraine and its complete replacement by special confiscation as a non-punitive measure. Proposals for improving the legislation have been formulated.

Key words: assets are purchased illegal way, beneficiarniy proprietor, confiscation out of limits of criminal realization, civil confiscation, illegal enriching, bezoplatne exception of property.

Постановка проблеми. Нині часто спостерігаються дискусії щодо пошуку та повернення активів із застосуванням так званої цивільної конфіскації, в Україні триває активна законотворча робота щодо розроблення нових механізмів протидії незаконному збагаченню. Адже чимало коштів «сумнівного» походження були виведені з України за кордон, а питання їх повернення й досі залишаються актуальними.

Сама ж процедура визнання активів необґрунтованими та їх витребування в разі не доведення відповідачем законності набуття майна є дещо новою для національного права. Вона була передбачена Законом України від 12 лютого 2015 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України і Національного агентства з питань запобігання корупції».

Така процедура застосовується в межах цивільної юрисдикції в позовному провадженні та врегульована у ст. ст. 290–292 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України. В умовах підвищеного інтересу до процедури цивільної конфіскації з'являється потреба у практичному інструменті, який уповноважені органи (законодавчий, слідчі і судові) могли б використовувати під час розроблення та впровадження законодавства в зазначеній сфері.

Стан опрацювання проблеми конфіскації майна поза межами кримінального провадження аналізують учені різних галузей права, вітчизняні та закордонні науковці, зокрема і правознавці, політологи, економісти й інші. Особливу увагу їм приділяли у своїх працях Л. Андрущенко, М. Білинська, А. Вілсон, К. Карпова, О. Костенко, О. Литвак, В. Литвиненко, А. Музика, В. Навроцький, Е. Фрішман, М. Хавронюк, С. Хантінгтон, С. Яценко й інші.

Однак натепер немає комплексних досліджень, необхідних для побудови цілісної системи запобігання та протидії корупції, а саме питання цивільної конфіскації активів, здобутих незаконним шляхом, і вдосконалення інституційно-правових механізмів. У зв'язку із цим виникає гостра потреба в науково-методичному забезпеченні зазначеної проблематики.

Метою статті є розкриття окремих аспектів щодо визначення та запровадження цивільної конфіскації, розроблення підходів до механізмів її вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Процедура визнання активів необґрунтованими та їх витребування в разі недоведення відповідачем законності набуття майна (далі – цивільна конфіскація) є новою для національного права. Вона була передбачена Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України і Національного агентства з питань запобігання корупції» від 12 лютого 2015 р.

Цивільна конфіскація, або, як її ще називають, «конфіскація майна поза межами кримінального провадження» – найважливіший інструмент вилучення доходів, отриманих унаслідок корупційних дій. Цей правовий механізм дозволяє накласти арешт на викрадені активи, вилучити і конфіскувати їх без винесення обвинувального вироку в рамках кримінального процесу. Він відіграє важливу роль в успішному поверненні активів у разі смерті винної особи або тоді, коли зловмисник перебуває поза відповідною юрисдикцією, володіє правовим імунітетом або наділений настільки великими повноваженнями, що його неможливо піддати кримінальному переслідуванню.

Інші джерела вказують на те, що Цивільна конфіскація (in rem) – це судове переслідування майна, а не особи (наприклад, справа «Держава проти 100 тис. доларів»). Вона є окремим від будь-якого кримінального судочинства процесом, коли для конфіскації майна необхідно довести, що воно стосується злочинної діяльності (отримано внаслідок злочину або послужило знаряддям його здійснення).

Варто зазначити, що в більшості країн створені умови для цивільної конфіскації активів поза межами кримінального провадження, ухвалення відповідного законодавства рекомендовано на регіональному і міжнародному рівнях низкою організацій. Так, у багатьох країнах існує відповідне законодавство, яке передбачає положення про цивільну конфіскацію, зокрема:

– *в Австралії* – Закон про доходи, отримані злочинним шляхом, 2002 р.;

– *у Великобританії* – Закон про доходи від злочинної діяльності 2002 р. (гл. 29, розд. 240–316, 341–416); Закон про тяжкі злочини 2007 р. (гл. 27, розд. 74–85); Закон про організовану злочинність і поліцію 2005 р. (гл. 15, розд. 97–101, 245 A–D, 255 A–F);

– *у Канаді* – Закон про компенсування шкоди та виплату компенсації потерпілим, SA, гл. V-2.5, 2001 р. (провінція Альберта), Закон про цивільну конфіскації, S. B. C., 2005 р., гл. 29 (провінція Британська Колумбія); Закон про конфіскацію майна, отриманого злочинним шляхом, C. C. S. M. 2004 р. (гл. C306) (провінція Манітоба); Закон про цивільно-правові засоби захисту 2001 р. (гл. 28) (провінція Онтаріо); Закон про конфіскацію, управління і апропріацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і знарядь злочину (гл. З-52.2) (провінція Квебек); Закон про вилучення майна, отриманого злочинним шляхом, 2005 р. (гл. S-46.001) (провінція Саскачеван);

– *у Словенії* – Закон про порядок судочинства у кримінальних справах (8/2006 від 26 січня 2006 р.), ст. 498а;

– *у США* – гл. 18 «Конфіскація активів поза межами кримінального провадження» Зводу законів США (розд. 981, 983, 984, 985);

– *у Швейцарії* – Кримінальний кодекс (ст. 70–72) [1].

Особливістю нормативного регулювання цивільної конфіскації є те, що у процесуальній (а не матеріально-правовій) нормі закріплена презумпція необґрунтованості активів: суд визнає необґрунтованими активи, якщо на підставі поданих доказів не встановлено, що активи або грошові кошти, необхідні для придбання активів, щодо яких поданий позов про визнання їх необґрунтованими, були набуті на законній підставі. У різних країнах цивільно-правова конфіскація передбачена в різних нормативно-правових актах: у деяких країнах – на рівні спеціальних законодавчих актів (як у Великобританії чи Колумбії), у деяких – визначена в кодексах (як у США чи Швейцарії).

Конфіскація поза межами кримінального провадження (цивільна конфіскація) – ефективний спосіб повернення активів у найрізноманітніших ситуаціях, особливо коли конфіскація у кримінальному порядку неможлива або її не можна застосувати, тобто тоді, коли:

– правопорушник переховується від правосуддя, унаслідок чого йому не можна винести обвинувальний вирок;

– правопорушник помер до порушення справи або помер до проголошення вироку. Із смертю обвинуваченого кримінальне переслідування припиняється;

– правопорушник має правовий імунітет, що захищає його від кримінального переслідування;

– правопорушник наділений настільки значною владою, що кримінальне розслідування і переслідування дуже ускладнені або неможливі;

– активи знайдені, а правопорушник невідомий (наприклад, активи знайдені в кур'єра, який не бере участі у вчиненні правопорушення). Якщо знайдене майно отримане внаслідок злочинної діяльності, власник або правопорушник навряд чи оспорюватиме вимогу про його повернення, побоюючись переслідування. Ця невизначеність робить кримінальне переслідування підозрюваного проблематичним, а то і взагалі неможливим;

– майно знаходиться у третіх осіб, яким не пред'являлося підозри у вчиненні кримінального правопорушення, але вони обізнані про незаконне походження речі або свідомо ігнорують цей факт. Конфіскацію у кримінальному судочинстві не можна застосовувати для вилучення майна в добросовісного набувача, проте цивільній конфіскації це не заважає: майно вилучається, навіть незважаючи на сумлінність його придбання;

– недостатність доказів для кримінального переслідування.

В описаних ситуаціях можна застосовувати цивільну конфіскацію, оскільки тоді порушується справа щодо майна, а не проти конкретної особи і/або не потрібно винесення обвинувального вироку в рамках кримінального процесу.

Водночас процедура цивільної конфіскації повинна доповнювати собою кримінальне переслідування і санкції. Вона може передувати пред'явленню кримінального обви-

нування або проводитися паралельно кримінальному процесі, тобто можна сказати, що це *право не «свідчити проти себе» у контексті конфіскації поза кримінальним переслідуванням*. Якщо цивільна конфіскація і кримінальне судочинство збігаються в часі, то з метою уникнення позовів про порушення основних прав осіб кримінального процесу, зокрема таких, як «мовчання», «свідчення проти себе», у деяких юрисдикціях передбачено, що інформацію, отриману від власника активів, не можна використовувати проти нього у кримінальному розслідуванні

Отже, щодо ефективності застосування конфіскації без вироку суду, то лише у США – країні, де боротьба з відмиванням коштів та корупцією має системний характер, а самі злочини за масштабами не такі значні, як в Україні, – статистика щодо цивільної конфіскації є такою: 27 млн доларів у 1985 р., 56 млн у 1993 р. та вже 4,2 млрд у 2012 р. [2].

Для запровадження будь-якого типу конфіскації необхідно забезпечити існування системи практичних і ефективних тимчасових заходів. Щодо застосування цивільної конфіскації в національному законодавстві, то можна зазначити, що вона не заміняє і не скасовує вже закріплені в українському кримінальному законодавстві інститути конфіскації та спеціальної конфіскації. Тому доречно вести мову не про запровадження нового інституту цивільної конфіскації. У справах про цивільну конфіскацію, які розглядатимуться в порядку цивільного судочинства, будуть застосовуватися такі стандарти доведення, як *«існування розумних підстав уважати»* та *«існування обґрунтованих доводів уважати»*, тоді як у кримінальному провадженні застосовується стандарт *«поза розумним сумнівом»*. Останній є значно складнішим для доведення. Це означає, що розгляд справи в порядку цивільного судочинства дозволяє більш широко застосовувати цивільну конфіскацію, аніж це відбувалося б у кримінальному процесі [3].

Так, під час планування роботи щодо повернення активів необхідно визначити обсяг інформації, яку треба отримати від фінансових установ; проаналізувати виписки з банківських рахунків, господарські операції, фінансову документацію та контракти; з'ясувати корпоративні зв'язки з метою визначення кінцевих власників майна; зібрати докази шляхом допитів свідків або інших осіб; узгодити роботу із владою інших країн, організовувати аналіз значного обсягу інформації. Доцільним є встановлення контакту зі спеціальними підрозділами, створеними в окремих державах, які спеціалізуються на відстеженні активів, а також із тими, які здійснюють збирання доказів щодо злочинів чи іншої протиправної діяльності.

Основним кроком під час роботи над поверненням активів є визначення походження коштів, що надходили на рахунок, та напрямку, куди їх було переведено. Необхідно також аналізувати документи, які стосуються купівлі та продажу майна – нерухомості, акцій, автомобілів, коштовностей або предметів мистецтва, зокрема документи про реєстрацію земельних ділянок, договори купівлі-продажу, кредитні договори, договір іпотеки, фінансову звітність, податкові декларації, виписки за кредитними картами. Крім того, варто документувати суми й дати угод із купівлі та продажу, імена покупців і продавців, методи розрахунків.

З огляду на вищезазначене можна сказати, що інститут цивільної конфіскації не має на меті зменшити важливість кримінального переслідування та конфіскації щодо корупційних злочинів, а передусім демонструє, що цивільно-правові засоби захисту можуть ефективно доповнювати кримінальне покарання через руйнування економічної основи корупційної діяльності як у державному, так і у приватному секторах. Крім того, зважаючи на важливість проблем, усі механізми повернення активів – чи то кримінальні, чи цивільні – мають розглядатися водночас із метою всебічної боротьби з корупцією та досягнення цілей стримування та виконання судових рішень.

Інститут цивільної конфіскації має стати ефективним інструментом стягнення в дохід держави незаконно набутого чиновниками майна, оскільки не потребуватиме доведення вини у кримінальному процесі та реалізовуватиметься в більш стислі строки. Інакше кажучи, якщо особа звинувачується в багатомільйонному шахрайстві та відмиванні коштів, або якщо вона обіймає високу державну посаду та декларує незначні суми доходів, майно, яким вона фактично користується та яке не відповідає її статкам, буде вважатися злочинним, якщо власник не доведе протилежне.

Значна роль у боротьбі з корупцією, відмиванням злочинно нажитих доходів належить Європейській поліцейській організації (далі – Європол), яка забезпечує, серед іншого, проведення міжнародних поліцейських операцій.

Координацію роботи з фінансових розслідувань у Європолі здійснює Група з фінансових розслідувань. Під час вивчення структури готівкових коштів, які використовуються для відмивання, вона виявила, що 21% використовується для легалізації доходів від торгівлі наркотиками, 14% – від корупції та хабарів, 11% – від шахрайства, 10% – від торгівлі людьми, по 9% – від тероризму й ухилення від сплати податків, 7% – відшкодування ПДВ (дані оприлюднені на конференції CARIN у травні 2016 р.) [4].

Так, 14 грудня 2016 р. Європолом укладена Угода про оперативне та стратегічне співробітництво, метою якої є посилення співробітництва держав – членів Європейського Союзу, які діють через Європол, з Україною в запобіганні серйозним формам міжнародної злочинності (зокрема, корупції), їх виявленні, припиненні та розслідуванні шляхом обміну стратегічною й технічною інформацією. Угода надасть можливість істотно розширити формат співпраці з Європолом та здійснювати обмін стратегічно-технічною інформацією, використовувати можливості Інтерполу, брати участь у спільних заходах із розслідування широкого кола злочинів, здійснювати обмін оперативними і персональними даними.

Відповідно до ст. 4 чинної Угоди, крім обміну стратегічною й оперативною інформацією, напрямами співробітництва України з інституціями Європейського Союзу у правоохоронній сфері є: збір доказів, переслідування та видача злочинців, створення спільних слідчих груп, посилення співпраці й організація робочих візитів представників правоохоронних органів іноземних держав, надання інших видів допомоги з метою протидії міжнародній злочинності тощо. Зокрема, йдеться про активізацію обміну оперативною інформацією в рамках кримінальних проваджень та створення можливостей для спільних заходів із розслідування правопорушень і пошуку осіб, причетних до їх скоєння.

Висновки. Отже, необхідно посилити співпрацю між Україною та Європолом за цим напрямом, а також запровадити оперативний обмін інформацією в рамках Siena.

З огляду на позитивний європейський досвід, для запровадження в Україні процедури цивільної конфіскації активів необхідно започаткування певних механізмів та впровадження відповідних заходів, зокрема:

– встановлення гарантії проти попередження власників активів, щодо законності набуття яких є сумніви, банками в результаті проведення фінансового або іншого аналогічного розслідування (у США (12 Кодекс законів США, р. 3420 (I), (2)), наприклад, фінансові установи та їхні співробітники, які розкривають інформацію про існування певних категорій повісток, підлягають накладанню цивільної санкції в розмірі до 25 000 доларів за кожен день, коли відбувається порушення, поряд із ризиком кримінального переслідування);

– під час ухвалення нормативно-правових актів особлива увага має приділятися питанню щодо стягнення в дохід держави в інтересах третіх осіб, які можуть бути добросовісними набувачами майна за належну вартість;

– ухвалення законодавства щодо цивільної конфіскації, що не має територіальної приналежності. Для ефективності режиму повернення активів важливо, щоб країна, яка втратила активи, мала повноваження видавати постанови щодо доходів, отриманих злочинним шляхом, які знаходяться поза її територією (так, наприклад, англійські суди мають у своєму розпорядженні "Worldwide Freezing Order" відповідно до британського Закону про доходи, отримані злочинним шляхом). Зазвичай іноземна держава повинна мати дозвіл на участь у судових справах іншої держави у статусі «приватної сторони» для повернення активів, отриманих злочинним шляхом, у ролі позивача, коли йдеться про її власний позов, або позивача у справі про конфіскацію, або в ролі «постраждалого» для здійснення відшкодування відповідно до судової постанови (Конвенція ООН проти корупції, ст. 53).

Запровадження дієвого механізму цивільної конфіскації, що в подальшому вплине на повернення вкрадених активів, може дещо полегшити соціальний та економічний стан. Така конфіскація ефективна для боротьби з корупцією, бо деякою мірою позбавляє корупцію економічного сенсу, є інструментом повернення втрат від корупції

ЛІТЕРАТУРА

1. Regina v. Innospec Limited [2010] EW Misc 7 EWCC (Southwark Crown Court), Lord Justice Thomas. URL: https://www.banksr.co.uk/images/Other%20Documents/Crown%20Court%20decisions/R%20v%20Innospec.pdf.
2. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/.
3. Що треба знати про законопроєкт про спецконфіскацію. URL: https://delo.ua/econonomyandpoliticsinukraine/scho-treba-znati-pro-zakonoproekt-pro-speckonfiskaciju-323135/.
4. Звіт про проведення національної оцінки ризиків у сфері запобігання та протидії (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансування тероризму. URL: https://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2017/02/zvit_nor.pdf.
5. Музика А., Лащук Є. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : монографія. Київ : Паливода А.В., 2011. 192 с.
6. Хавронюк М. Чому чиновникам не треба боятися повного декларування? URL: http://pravo.org.ua/ua/news/20871313-chomu-chinovnikam-netreba-boyatisya.
7. Немцов Ю., Аржанова И. Построение системы возврата активов в зарубежных государствах (на примере стран ЕС). *Вестник Российской академии естественных наук.* 2017. С. 56–63.
8. Obtaining Assistance from the UK in Asset Recovery : A Guide for International Partners. URL: https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/UK-Guide-to-Asset-Recovery.pdf (дата звернення: 25.05.2017).

УДК 347.131
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/15

СТРОКИ ТА ТЕРМІНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ: ТЕМПОРАЛЬНИЙ АСПЕКТ

TERMS AND DEADLINES IN CIVIL LAW: TEMPORAL ASPECT

Подвірна О.В., старший викладач кафедри конституційного права та галузевих дисциплін
Навчально-науковий інститут права
Національного університету водного господарства та природокористування

Поняття строки є однією з правових категорій, які відіграють головну роль у цивільно-правових відносинах, бо час має істотне значення для виникнення, зміни та припинення відносин, а також для належного виконання зобов'язань і для захисту прав та інтересів осіб. Отже, значення часу і строків важко переоцінити не тільки для соціального буття людини, а й для вступу та перебування у правовідносинах.

Важливою ознакою цивільних відносин є те, що вони виникають, розвиваються та припиняються у часі. Проблема правового регулювання перебігу часу в цивільному праві не досліджена в повному обсязі. Це призводить до виникнення певних складнощів під час участі у правовідносинах, що є недопустимим у правовій державі. Юридичною наукою визначено, що строки у цивільних правовідносинах упорядковують цивільний оборот, стабілізують цивільні правовідносини, сприяють задоволенню потреб учасників правовідносин, а також дають змогу забезпечити своєчасний захист цивільних прав, якщо такі порушуються.

Розуміння внутрішньої характеристики суб'єктивного права з погляду його тривалості є предметом дослідження багатьох науковців. Багато спірних питань залишаються невивченими і досі, зокрема, питання часу виникнення та закінчення матеріального права, коли правочини, що до цього призводять, мають односторонній характер, або проблема виникає не з самого правочину, а з інших підстав – для прикладу з акту законодавства, певної події або дії, що не залежить від волі суб'єкта, тощо.

Загальні часові параметри функціонування правовідносин визначаються передусім правовою нормою. Поняття «строк», «термін», «давність», «своєчасно», «негайно» та інші, які відображають часові зв'язки, часто включаються до змісту правових норм. У Цивільному кодексі України містяться загальні положення про строки і терміни, які стосуються всіх інститутів цивільного права.

Ключові слова: строк, термін, час, часові межі, недоговірні зобов'язання, правовідносини.

The concept of time is one of the legal categories that play a fundamental role in civil law, because time is essential for the emergence, change and termination of relations, as well as for the proper performance of obligations and to protect the rights and interests of individuals. Thus, the importance of time and time is difficult to overestimate not only for the social existence of man, but also for entry and stay in legal relations.

An important feature of civil relations is that they arise, develop and end over time. The problem of legal regulation of time in civil law has not been fully explored, which leads to certain difficulties in participating in legal relations, which is unacceptable in a state governed by the rule of law. Legal science has determined that deadlines in civil legal relations regulate civil turnover, stabilize civil legal relations, help meet the needs of participants in legal relations, as well as provide timely protection of civil rights, if such are violated.

Understanding the internal characteristics of subjective law, in terms of its duration, is the subject of research by many scholars and us in particular. Many controversial issues remain unexplored to this day, in particular, about the time of origin and termination of substantive law, when the transactions that lead to it are unilateral, or arise not from the transaction itself, but for other reasons – for example from legislation, an event or actions that do not depend on the will of the subject, etc.

The general time parameters of the functioning of legal relations are determined primarily by the legal norm. The terms "term", "term", "statute of limitations", "timely", "immediate" and others that reflect temporal relationships are often included in the content of legal norms. The Civil Code of Ukraine contains general provisions on terms and terms that apply to all institutions of civil law.

Key words: term, term, time, time limits, non-contractual obligations, legal relations.

Питання строків і термінів досліджували такі вчені, як Т.В. Вахонєва, В.П. Грибанов, М.О. Гурвич, А.В. Луць, В.А. Артемов, М.А. Гурвича, О.С. Дугенця, О.О. Красавчиков та інші.

Завдання нашого дослідження передбачають аналіз чинного законодавства стосовно тлумачення поняття строку та терміну в цивілістичній науці та його розуміння для можливості реалізації цивільних прав.

Метою роботи є вивчення поняття строку та терміну у цивільно-правовій науці України і їх правильне застосування у правовідносинах, які впливають на їх учасників.

У давньоримському праві строком (або терміном) називалась майбутня й неминуча подія, від настання якої залежав початок чи кінець дії або будь-якого правового акту.

Оскільки строки (терміни) належать до таких категорій, які беруть участь у всьому житті учасників будь-яких правовідносин, то розуміння і правильне застосування поняття часу набуває важливого значення і як міра оцінки соціальних процесів та явищ, і як засіб цілеспрямованого регулювання людської діяльності.

У багатьох працях філософів доведена можливість існування у світі різноманітних просторово-часових форм, які відрізняються від інших форм тим, що є необхідними умовами існування численних класів матеріальних об'єктів. До таких форм належать соціальний простір і соціальний час.

Соціальний час є формою існування соціальної матерії та формою соціального буття загалом [8, с. 44].

Час відіграє істотну роль у цивільних правовідносинах. Суб'єктивні права та юридичні обов'язки їхніх учасників виникають, розвиваються і припиняються у певний час.

У правових нормах як засобах впливу на поведінку людей використовується не філософська категорія «час», а правова – «строк», як відрізок часу. Такий строк не існує сам по собі, він завжди несе певні наслідки, з його настанням чи спливом закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення правовідносин.

Дія самих законів також обмежена у часі. Строки, що встановлюються у цивільних правовідносинах як вияв соціального часу (у формі існування соціальної матерії, суспільного буття), є важливим правовим засобом цілеспрямованого регулювання діяльності громадян та організацій. Строки дисциплінують учасників правовідносин, забезпечують чіткість і визначеність у правах та обов'язках суб'єктів.

Поняття «строк», «термін», «момент», які відображають правові категорії, часто включаються до змісту правових норм. У правовому регулюванні суспільних відносин законодавець, з огляду на фактор часу, використовує саме категорію «строк» як певний період у часі та «термін» – як певний момент у часі. Строк – це визначений законом, договором або іншим юридичним актом проміжок часу (період), встановлений для здійснення відповідних дій, реалізації прав або виконання зобов'язань, і з настанням або закінченням якого пов'язується певна дія чи подія, що має юридичне значення [7, с. 857].

Питання про роль і місце строків у цивільних правовідносинах може розглядатися у різних аспектах: а) як момент виникнення (початку) або припинення правовідносин; б) як одна з умов, що визначає їх зміст; в) як критерій оцінки правомірності поведінки суб'єктів з погляду на її своєчасність тощо.

Строки розглядаються за їх місцем у системі юридичних фактів цивільного права. Найчастіше їх відносять до подій, маючи на увазі закінчення часу (строку). Строк обмежує дію суб'єктивних прав та обов'язків у часі. Оскільки права та обов'язки частіше виникають за волею їхніх носіїв, то вольовий характер мають і строки, які обмежують їхню дію у часі. Конкретні строки здійснення та захисту цивільних прав передбачаються нормою закону, але закон також має вольовий характер як юридичний вияв державної волі. Строки, встановлені законом, стають обов'язковими для суб'єктів правовідносин або внаслідок того, що закон забороняє їхнє скорочення за угодою сторін (наприклад, строки позовної давності), або тому, що сторони не використали надану їм можливість визначити строк на свій розсуд (наприклад, збільшити гарантійний строк). Не викликає сумніву вольовий характер строків, установлюваних самими учасниками правовідносин або за рішенням суду чи іншого юрисдикційного органу [9, с. 270].

Під час класифікації цивільно-правових строків можна брати за основу різні підстави: способи їх встановлення, тривалість, способи відліку, призначення та інші. За способами встановлення розрізняють строки: 1) встановлені у законах; 2) встановлені у підзаконних нормативно-правових актах; 3) встановлені адміністративними актами; 4) встановлені рішеннями суду; 5) встановлені іншими органами, на які державою покладені функції по захисту суб'єктивних цивільних прав; 6) встановлені угодами, договорами учасників цивільних правовідносин [5, с. 158]. За можливістю бути зміненими за згодою сторін слід розрізняти: 1) імперативні; 2) диспозитивні цивільно-правові строки. Т.В. Вахонєва також виділяє ще й третій вид строків за цією підставою класифікації – імперативно-диспозитивні [8, с. 44]. Імперативними називаються такі строки, які не можуть бути змінені за погодженням сторін. Це передусім строки позовної давності та строки набувальної давності. Диспозитивними вважаються строки, які хоч і передбачені законом, але можуть бути змінені за погодженням сторін (наприклад, строки в орендних відносинах). У деяких випадках закон встановлює лише мінімальний або максимальний строк для здійснення певних дій. Водночас учасникам таких правовідносин, відповідно, надається право цей строк збільшити або зменшити. Останні строки за своїм характером є імперативно-диспозитивними. За ступенем (характером) визначення цивільно-правові строки зазвичай поділяються на: визначені та невизначені.

На думку Р.О. Стефанчука, за ступенем (характером) визначеності строки поділяються на три види: абсолютно визначені, відносно визначені та невизначені [3, с. 108].

Як результат вольових і усвідомлених юридичних дій суб'єктів права строки мають відбиток суб'єктивного, але, будучи встановленими, вони існують уже об'єктивно. У сфері цивільно-правових відносин юридичне значення має не закінчення часу взагалі, а закінчення певного строку, а точніше – настання певного моменту в часі. Перебіг і обчислення строків у цивільному праві відбуваються за правилами, встановленими за волею законодавця. Серед обставин, які впливають на перебіг строків, законодавець передбачає і вольові дії учасників правовідносин або державних органів.

Цивільно-правові строки є часовою (темпоральною) формою руху цивільних правовідносин, формами існування і розвитку суб'єктивних прав та обов'язків, що є їх змістом. Суб'єктивне право та обов'язок являють собою можливість або необхідність здійснення їх носіями будь-яких дій або утримання від їх вчинення. Змістом строку є дія або подія. Поза цими фактами встановлення та існування строків не мають сенсу. Тому настання або закінчення строку набуває значення не саме по собі, а в сукупності з подіями чи діями, що вчиняються або настають, для яких цей строк встановленою [5, с. 292].

Серед часових категорій у цивільному праві провідне значення відіграють строки та терміни. Строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення. Строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами. Терміном є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення. Термін визначається календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати [1]. Межу між цими поняттями може бути проведено лише з певною мірою умовності. По-перше, на відміну від терміну, строку властива тривалість, по-друге, строки містять у собі початковий і кінцевий терміни, що відмежовують їх у часі. Тобто будь-який строк повинен бути довшим, ніж термін. Крім того, фізична (астрономічна) тривалість терміну, на відміну від строку, не має юридичного значення через його короткість. Таким чином, розмежування строків та термінів може бути проведене за такими напрямами: за довжиною, за юридичним значенням тривалості та за можливістю вимірювання (строк – це відстань від початкового та кінцевого моментів). Невипадково перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок.

Під строком у цивільному праві розуміють проміжок часу, зі спливом якого пов'язана певна дія чи подія, яка має юридичні наслідки. Термін – це певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення [1]. Строки і терміни не повинні включатися до системи юридичних фактів, оскільки вони являють собою розташування у часі (тривалість) певних юридичних фактів один до одного. Розмежування строків та термінів здійснюється залежно від тривалості (будь-який строк є довшим за термін), її юридичного значення (на відміну від термінів, тривалість строків має юридичне значення) та складу (строк завжди містить початковий та кінцевий терміни). Необхідно розрізняти терміни, що входять до складу строків, та терміни, що не входять до їх складу. Тобто, якщо будь-який строк є складним поняттям, що містить у собі початковий і кінцевий терміни, то термін може існувати як у складі строку, так і самостійно [11, с. 320].

Строки та терміни у правовій науці висвітлюються і характеризуються юридичними нормами. Залежно від приналежності таких норм до певної галузі права, строки можна класифікувати залежно від виду правовідносин, що вони породжують. Строки та терміни, як надзвичайно вагомі юридичні категорії, закріплюються нормами цивільного законодавства з метою врегулювання часових показників цивільних правовідносин. Законодавче закріплення строків (термінів) викликає багато проблем під час їх застосування, теоретичного визначення, а також під час їх обрахунку. Як правова форма ці категорії спрямовують волю і поведінку учасників суспільних відносин на досягнення поставлених цілей, надають можливість з необхідною точністю визначити часові межі здійснення та захисту цивільних прав, якщо такі порушуються. Для досягнення цієї важливої, як з теоретичної, так і з практичної точки зору, цілі необхідно зазначити, що саме чітке визначення та закріплення у нормативних актах надає можливість встановити саме момент початку, зміни та припинення конкретного цивільного правовідношення, а також момент настання чи припинення негативних чи позитивних наслідків для учасників цих правовідносин, тому їх чітке роз'яснення та класифікація, а також їх розуміння є невід'ємним складником правової держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text.
2. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. Харитонова Є. О. Харків : Одіссей, 2006. 253 с.
3. Цивільне право України : навчальний посібник. Ю.В. Білоусов, С.В. Лозинська, С.Д. Русу та ін. ; за ред. Р.О. Стефанчука. Київ : Прецедент, 2005. 108 с., с. 108.
4. Стефанчук Р.О., Цивільне право України : Навчальний посібник. Р.О. Стефарчук. Київ : Прецедент, 2005. 321 с.
5. Процевський В.О. Цивільне право України : навч. посіб. : у 2 т. / В.О. Процевський, О.В. Гаврилюк. Харків : ТХНПУ ім. Г.С. Сковороди, 2007. Т. 1. 292 с.
6. Дзера О.В. Цивільне право України. Загальна частина : Підручник. О.В. Дзера. Київ : Юрінком Інтер. 2010. 976 с.
7. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 992 с.
8. Вахонєва Т. Поняття та юридична природа строків (термінів) за новим цивільним законодавством України. *Право України.* 2003. № 12. С. 44.
9. Братель О.Г., Пилипенко С.А. Цивільне право України : [Посібник для підготовки до іспитів]. Київ : ФОП Ліпкан, 2010. 256 с.
10. Процевський В.О., Гаврилюк О.В. Цивільне право України: Навчальний посібник. У 2 т. Харків : ХНПУ ім. Г.С. Сковороди, 2007. Т. 1. 292 с.
11. Луць В.В, Строки і терміни у цивільному праві : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 320 с.

УДК 341.9:339.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/16

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ОФШОРНИХ ЗОН ТА АНТИОФШОРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: УКРАЇНА ТА СВІТ

LEGAL CHARACTERISTICS OF OFFSHORE ZONES AND ANTI-OFFSHORE REGULATION: UKRAINE AND THE WORLD

Бевза Д.О., студент магістратури І курсу господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті висвітлюється актуальне питання функціонування офшорних зон в аспекті правової науки. У міжнародному приватному праві передбачаються декілька правових режимів іноземців, одним із яких є спеціальний правовий режим, який у територіальному вимірі може існувати у вигляді офшорних юрисдикцій. На основі ґрунтовного аналізу розкривається поняття «спеціальний правовий режим» та «офшорна зона», встановлюється їхній взаємозв'язок. Досліджуються доктринальні підходи до розуміння офшорних зон в Україні та за кордоном.

Термін «офшорні зони» частіше використовується у розмовному мовленні та водночас викликає великий шквал критики як негативне явище. Однак автор здійснює різноплановий підхід до розуміння цього явища. Зокрема, встановлюються позитивні та негативні наслідки існування офшорних зон із трьох сторін: компанії, яка зареєстрована на території офшорної зони; країни-реєстратора цієї компанії (країна-offshore); країни, на території якої ця компанія проводить діяльність. Крім цього, виокремлюються причини переходу компанії в офшорну юрисдикцію. Не варто забувати про загальносвітову економіку, показники якої є динамічними та змінюються під впливом різних процесів, що відбуваються у суспільстві, в т. ч. функціонування офшорів.

Якщо ж офшорні зони перетворюються на згубний чинник суспільного життя, то реакція на це має бути негайною. У статті здійснюється аналіз сучасної антиофшорної боротьби в Україні та світі. Пропонується перелік подальших дій у напрямі нівелювання ухилення від оподаткування та легалізації незаконно отриманих коштів відповідно до сучасної ситуації в Україні. Акцентується увага на потребі забезпечення конституційно гарантованих принципів буття людини як найвищої цінності. Зазначається про необхідність наступних наукових досліджень цієї сфери із формуванням нових викликів.

Ключові слова: спеціальний правовий режим, офшорна компанія, оподаткування, антиофшорна боротьба, капітал, іноземні інвестиції, реформування.

The article covers the topical issue of the functioning of offshore zones in the aspect of legal science. Private international law provides for several legal modes of foreigners, one of which is the dedicaded legal mode, which in the territorial dimension may exist in the form of offshore jurisdictions. Based on a thorough analysis, the concepts of "dedicaded legal mode" and "offshore zone" are defined, and their interrelation is established. Doctrinal approaches to understanding offshore zones in Ukraine and abroad are studied.

The term «offshore zones» is more often used in colloquial language and at the same time causes a great deal of criticism as a negative phenomenon. However, in this article the author takes a diverse approach to understanding this phenomenon. In particular, the positive and negative consequences of the existence of offshore zones on three sides: the company, which is registered in the offshore zone; the country of registration of this company (offshore country); the country in which the company operates are established. In addition, the reasons for the company's transition to offshore jurisdiction are highlighted, which need to be addressed and work towards overcoming them by individual states. Moreover, we should not forget about the global economy, the indicators of which are dynamic and change under the influence of various processes occurring in society, including the functioning of offshore.

If offshore zones become a detrimental factor in public life, the response must be immediate. In view of this, the article analyzes the modern anti-offshore struggle in Ukraine and the world. A list of further actions in the direction of leveling tax evasion and legalization of illegally obtained funds in accordance with the current situation in Ukraine is proposed. Emphasis is placed on the need to ensure the constitutionally guaranteed principles of human existence as the highest value. It is noted the need for further research in this area with the formation of new challenges.

Key words: dedicaded legal mode, offshore company, taxation, anti-offshore struggle, capital, foreign investments, reforming.

Правовий режим іноземця є сукупністю прав та обов'язків іноземної особи, які їй надано згідно із законодавством держави перебування. Відповідно до ст. 26 Конституції України та ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці й 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 (національний правовий режим) [1].

Однак у деяких випадках до іноземців може застосовуватися спеціальний правовий режим, який передбачає надання іноземцям у тій чи іншій сфері певних прав і встановлення певних обов'язків, що відрізняються від передбачених у цій сфері для власних громадян відповідної держави. Він означає допущення деяких переваг у будь-якій сфері діяльності стосовно іноземних громадян окремих держав [2, с. 64].

Спеціальний правовий режим щодо іноземних осіб існує у двох вимірах: по-перше, в особистісному вимірі, за яким здійснюється надання прав та обов'язків певній категорії осіб (дипломатичному корпусу, військовослужбовцям, біженцям тощо); по-друге, у територіальному вимірі, за яким права й обов'язки встановлюються для суб'єктів на певній території держави перебування (офшорних зонах). Саме офшорні зони нині виступають суперечливим економіко-правовим інструментом.

Українське законодавство не дає визначення поняття «офшорна зона», однак надає перелік держав, віднесених до офшорних зон, що визначено розпорядженням Кабінету Міністрів України № 143-р від 23 лютого 2011 р., та встановлює перелік держав (територій), із якими мають здійснюватися контрольовані операції (такі, що можуть впливати на об'єкт оподаткування податком на прибуток згідно із Податковим кодексом України), відповідно до постанови Кабінету Міністрів України № 1045 від 27 грудня 2017 р. Сьогодні поняття «офшорна зона» на слуху і водночас широко обговорюється в доктрині.

У постанові Кабінету Міністрів України № 167 від 14 березня 1994 р. «Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні» містилася така дефініція, як «банківсько-страхові (офшорні) зони» та зазначалося, що «це зони, в яких запроваджується особливо сприятливий режим здійснення банківських і страхових операцій в іноземній валюті для обслуговування нерезидентів. Офшорний статус надається банківським і страховим установам, що були створені за участю лише нерезидентів і обслуговують лише ту їхню підприємницьку діяльність, яка здійснюється за межами України» [3].

На основі цього поняття, котре, на нашу думку, вдало відображає, що таке офшорні зони, однак дещо звужено, охоплюючи лише банківську і страхову сфери (тоді як організаційно-правовими формами офшорних компаній можуть бути ще і трастові, фінансові, холдингові, торговозакупівельні, інвестиційні компанії [4, с. 53]), можна сказати, що був намір закріпити це поняття у законодавстві.

Якщо ж звернутися до доктринальних підходів, то можна виділити таке узагальнююче визначення, за яким офшорна зона («offshore» у перекладі з англійської – «поза берегом») означає юрисдикцію, в якій надаються пільгові умови для іноземних осіб, що включають у себе податкові та інші послаблення за умови діяльності й отримання прибутку за межами цієї юрисдикції.

Крім того, в іноземній літературі немає такого поняття, як «офшорна зона». З урахуванням специфіки процесів, що відбуваються в них, використовуються поняття offshore centre – офшорний центр, tax haven – податкова гавань чи податковий притулок, corporate haven – корпоративна гавань чи корпоративний притулок, bank haven – банківський притулок та ін. Усі разом їх поєднують під однією назвою offshore jurisdiction – офшорна юрисдикція [5, с. 384].

Однак в Україні саме термін «офшорна зона» став загальновживаним, і, виходячи з його визначення, можна встановити поняття, яке дасть можливість краще зрозуміти конструкцію offshore, і це «офшорна компанія», яка є компанією, що користується пільгами у сфері оподаткування і зареєстрована в офшорній зоні, тобто у країні або на території, котра цілеспрямовано привертає міжнародний бізнес, надаючи йому податкові пільги [6].

Виділяють такі типи територій із офшорною юрисдикцією: поширення офшорного режиму на всю територію держави (зазвичай держави з невисоким рівнем розвитку економіки, але з високою політичною стабільністю – острівні держави); такий режим тільки на певних територіях (зазвичай призначений для розвитку більш занедбаної частини держави та залучення туди коштів); надання статусу офшорних тільки окремим компаніям (держави, які офіційно не є офшорами, але деякі підприємства на їхній території платять тільки фіксовані збори) [4, с. 53]; офшорний режим у певній галузі (використовується для стимулювання обігу капіталів у конкретно визначеній сфері).

Існування офшорних зон необхідно розглядати із трьох сторін: компанії, яка зареєстрована на території офшорної зони; країни-реєстратора цієї компанії (країна-offshore); країни, на території якої ця компанія проводить діяльність. Крім цього, не варто забувати про врахування загальносвітових показників, на які також впливає функціонування офшорних зон.

1. *Компанія*. Офшорні території привертають до себе увагу іноземних компаній передусім із двох причин: завдяки дуже сприятливому фіскальному режиму (низькій або нульовій ставці податку на прибуток) порівняно з податковим режимом в індустріально розвинених країнах або у «власній» країні та юридичній системі, конфіденційності, що забезпечує приховування капіталів, які вивозяться зі своєї країни через легальні або нелегальні причини [7, с. 95]. Можна сказати, що це законна можливість для реалізації незаконних цілей, а саме: «відмивання» грошей; приховування доходів і ухилення від податків; прикриття і фінансування злочинної діяльності (тероризму, торгівлі наркотиками) тощо [4, с. 53].

Додатково існує ряд позитивних передумов для резидента певної держави, враховуючи які, він приймає рішення зареєструвати офшорну компанію:

1) уникнення оподаткування всередині своєї країни (легальне зниження податкового навантаження);

2) зниження ризиків і спрощення судового захисту своїх інтересів (більша правова захищеність в іноземній юрисдикції);

3) легкість реєстрації (переважно цей процес є умовним і виконується за дорученням);

4) спрощення системи фінансової звітності;

5) комунікаційна доступність (налагоджені стійкі комунікаційні зв'язки між країнами) [8, с. 189–190];

6) значний рух капіталу без контролю;

7) легкість доступу до надійної зарубіжної банківської системи;

8) захист комерційної та банківської інформації (жорсткий механізм непорушності режиму таємності) [5, с. 389];

9) низький рівень статутного капіталу (часто мінімальний рівень навіть не встановлюється) [9, с. 47];

10) соціальна та політична стабільність країни (впевненість у тому, що бізнесова діяльність буде можливою довгостроково).

2. *Країна-offshore*. Створення на своїй території офшорної зони має за мету привернути міжнародний бізнес, крім цього, офшорні компанії платять певний внесок до бюджету або за реєстрацію, або як невеликий податок, платять місцевим юридичним і бухгалтерським компаніям, іноді зберігають гроші в місцевих банках, користуються місцевою інфраструктурою, надають робочі місця жителям [4, с. 53].

З одного боку, офшорні компанії не впливають на внутрішню економіку цієї держави, оскільки не ведуть бізнес на її території, а з іншого – є постійним джерелом доходу, тому що сплачують, як мінімум, установлені податки [8, с. 188].

У зв'язку з укрупненням великі компанії намагаються поширити свій вплив на нові регіони, і, таким чином, реєстрація в офшорній зоні є привабливим механізмом для них, поєднуючи у собі і «захоплення» ринку, й одночасну економію коштів.

Основні цілі створення офшорних зон:

I. Економічні: залучення іноземних коштів (прибутки від офшорного бізнесу часто є основним видом джерел фінансових ресурсів країни); покращення інвестиційної привабливості; запровадження новітніх технологій і прискорення розвитку країни загалом.

II. Соціальні: збільшення зайнятості населення за рахунок робочих місць в офшорних компаніях; перейняття світового досвіду управління компаніями.

III. Зовнішньополітичні: близькість до центрів ділової активності; вихід на міжнародну арену в особі важливого «плацдарму» для інших країн тощо.

Існує тісний взаємозв'язок між тим, що потрібно зробити, щоб в офшорну зону зайшли іноземні компанії, та цілями її створення, оскільки позитивні наслідки від проведення реформування будуть відігравати важливу роль і без іноземних компаній у новостворених офшорних зонах.

3. *Країна – місце діяльності*. Здебільшого для країни, в якій компанія, зареєстрована в іншій юрисдикції, здійснює діяльність, це матиме негативні наслідки: втрату податкових внесків, скорочення внутрішніх інвестиційних ресурсів, зниження інтересу потенційних інвесторів [4, с. 53], зростання тінізації економіки та «відмивання» коштів, одержаних злочинним шляхом, і дестабілізацію економічної сфери загалом [10, с. 155]. Частина капіталовкладень до офшорних юрисдикцій згодом повертається назад у вигляді іноземних інвестицій [4, с. 55], однак це не може нівелювати усі ризики та негативні наслідки.

Виходячи з цього, необхідно виділити сукупність причин, через які резиденти певної країни починають використовувати механізми офшорних зон (ті, які тягнуть за собою втрати для однієї країни та надбання для іншої (країни-offshore)):

– накопичення значних капіталів, що потребують легалізації;

– відсутність політичної та економічної стабільності у країні;

– ненадійність банківської та валютно-фінансової систем;

– недолугу податкову політику, необґрунтовано завищені ставки податків;

– небезпеку декларування високих доходів;

– незахищеність права власності всередині країни, поширеність рейдерства та податкового тиску;

– надзвичайно високий рівень корупції;

– відсутність належного судового захисту гарантованих законом прав та інтересів;

– несприятливі інвестиційний клімат та умови ведення підприємницької діяльності [11, с. 156].

Згідно із рейтингом Світового банку «Doing business» (рейтинг легкості ведення бізнесу), станом на 2020 р. Україна займає 64 місце [11], що говорить про значні ризики переходу українських компаній в офшорні юрисдикції.

Вплив на загальносвітову економіку також є значним внаслідок функціонування офшорних зон. Починаючи від недоотримання бюджетом Європейського Союзу великих коштів через застосування компаніями різних офшорних схем з метою ухилення від оподаткування та закінчуючи неможливістю реального прогнозування економічних показників на майбутнє.

Проте, як зазначають В.Ф. Столяров і В.І. Островецький, слід виділити і позитивні фактори впливу офшорних зон на глобальну економічну систему, передусім у частині ефективності перерозподілу фінансових ресурсів, прискоренні їх обігу у глобальній економічній системі, зменшення глобального податкового навантаження (так званої саморегуляції світової податкової системи), зниження інвестиційних ризиків. Крім того, офшори сприяють розвитку країн третього світу (зменшується необхідність у наданні фінансової допомоги цим країнам), які переважно використовують ліберальне податкове законодавство, а також сприяють підвищенню конкурентоспроможності підприємницьких структур [12, с. 71].

Здебільшого офшорні зони розглядаються як негативне явище, і країни підтримують процес боротьби з ними, але світова практика показує, що офшорний капітал не зникне в доступній для огляду перспективі [4, с. 55]. Самі по собі офшорні зони не є протизаконними, але світ давно зрозумів, що вони починають становити загрозу глобальній економічній політиці, приховуючи в собі величезну кількість нелегально отриманих коштів.

Антиофшорне регулювання здійснюється на чотирьох рівнях: глобальному (ОЕСР, МВФ, ООН, ФАТФ); регіональному (в рамках співдружності країн, наприклад, ЄС); двосторонньому (на основі підписання міждержавних угод) [12, с. 73]; внутрішньому (шляхом внесення змін до законодавства).

Ряд міжнародних організацій, зокрема Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) і Міжнародна група з протидії відмиванню брудних грошей (ФАТФ), приділяють значну увагу боротьбі з офшорними зонами, розробляючи комплекс заходів, які рекомендують до застосування країнам.

Великий комплекс дій було здійснено, починаючи з кінця XX ст.: прийнято Конвенцію ОЕСР «Про взаємну адміністративну допомогу у податкових справах», поглиблено AML/CFT процес [13], введено в обіг чорні списки «податкових притулків» та ін.

Однією з важливих новацій у антиофшорній боротьбі стало впровадження Плану ОЕСР/G20 Base erosion and profit shifting (BEPS) – Плану з протидії розмиванню бази оподаткування та переміщення прибутку, який вміщує 15 кроків, необхідних для вирішення питання уникнення оподаткування. BEPS має важливе значення для країн, що розвиваються, через їхню значну залежність від податку на прибуток підприємств, особливо від транснаціональних корпорацій.

Із 2017 р. Україна приєдналася до міжнародної програми розширеного співробітництва з питань імплементації Плану дій BEPS, і на початку 2020 р. прийняла надзвичайно важливий Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві», відповідно до якого запровадила такі правила:

– контролю за трансфертним ціноутворенням (Кроки 8–10, 13);

– оподаткування контрольованих іноземних компаній (Крок 3);

– обмеження витрат за фінансовими операціями з пов'язаними особами (Крок 4);

– запобігання зловживанням у зв'язку із застосуванням договорів про уникнення подвійного оподаткування (Крок 6);

– запобігання уникненню статусу постійного представництва й оподаткування постійних представництв (Крок 7);

– застосування процедури взаємного узгодження (Крок 14) [14].

Основу цього Плану становила реалізація так званого Мінімального стандарту, який включав 4, 5, 13 і 14 кроки. За даними ОЕСР, в Україні поки що не виявлено шкідливі пільгові податкові режими, відповідно Крок 5 (шкідлива податкова практика) вже реалізовано [15]. Також із прийняттям і набранням чинності Закону України «Про ратифікацію Багатосторонньої конвенції про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування» було реалізовано Крок 15 (MLI) Плану BEPS.

Тому можна стверджувати, що Україна із розумінням сучасного негативного впливу офшорної діяльності на власну економіку прямує у напрямку повної імплементації Плану BEPS.

Надалі у зв'язку із глобальною цифровізацією і тим, що компанії можуть бути активно залучені в економічне життя великої кількості юрисдикцій без значної фізичної присутності, ОЕСР у 2019 р. презентувала План дій BEPS 2.0., який є реалізацією Програми роботи з вирішення податкових викликів, пов'язаних із цифровою економікою, прийнятою Inclusive Framework (групою країн, включно з Україною, котрі співпрацюють у рамках Програми розширеного співробітництва Плану дій BEPS OECP/G20).

Цей План є продовженням глибокого реформування за напрямом унеможливлення ухилення від оподаткування і включає два компоненти:

1. Pillar One – стосується правил розподілу податкових прав між юрисдикціями та порядку розподілу прибутку (компанії повинні платити податки у країнах, де отримують прибуток, а не тільки за місцем їх юридичної реєстрації).

2. Pillar Two – зосереджений на запобіганні можливості транснаціональних корпорацій виводити прибутки в юрисдикції, де вони взагалі не підлягають оподаткуванню або оподатковуються за низькою ставкою (Global Anti-Base Erosion) [16].

План BEPS 2.0 нині знаходиться на етапі активних обговорень і найближчим часом буде введений у дію.

Суспільство розвивається, так само з'являються дедалі нові офшорні схеми, які знову стають викликами для світового співтовариства та кожної країни, котра з ними стикається, і вимагають реагування.

Отже, підсумовуючи, можна стверджувати, що застосування спеціального правового режиму у вигляді офшорних зон стало загрозливо поширеним як для світової економіки, так і для економік окремих країн.

Україна як одна із багатьох країн, які потерпають від згубного впливу офшорних зон, активно працює у напрямі мінімізації такого впливу. Активна реалізація взятих на себе міжнародних зобов'язань і гармонізація законодав-

ства із законодавством Європейського Союзу вносять свої корективи у податкову політику держави.

Повна реалізація Плану BEPS стане надважливою імплементацією загальноствореного механізму антиофшорної боротьби, але це не усуне всіх ризиків, які існують нині, і тому необхідне здійснення ширшого комплексу заходів, серед яких можна виділити:

– включення в законодавчий обіг понять «офшорна юрисдикція», «офшорна зона» та інших взаємопов'язаних понять, що надасть їм важливості та сформує єдиний підхід до розуміння;

– введення запобіжників (зокрема податкових) і стимулів (кредитування на зменшених ставках за відкриття нових робочих місць, надання переваг на ринку за екологічність), із перевагою стимулюючих заходів, що має спонукати компанії залишатися зареєстрованими та провадити діяльність в Україні;

– посилення співпраці з іноземними державами (підписання двосторонніх і багатосторонніх угод) у сфері взаємного розкриття податкової інформації;

– максимальне впровадження рекомендацій ОЕСР і ФАТФ щодо боротьби з ухиленням від оподаткування та легалізації незаконно отриманих коштів (вже зроблено важливий крок шляхом прийняття Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»);

– оптимізація роботи правоохоронних органів у сфері розслідування правопорушень, що стосуються податкового законодавства та легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та ін.

Крім того, щодо визначення особистого закону юридичної особи необхідно відходити від теорії інкорпорації (місцезнаходженням юридичної особи є держава, у якій юридична особа зареєстрована або іншим чином створена – ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право») та звертатися до теорії ефективного місця діяльності (місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності), закріпленої у ст. 93 Цивільного кодексу України.

Модернізація внутрішнього законодавства нівелює усі причини, що можуть спонукати національних суб'єктів до використання офшорних юрисдикцій.

З іншого боку, якщо ми будемо бачити за результатами проведення системних економічних реформ в Україні, що вхід іноземних інвесторів на українські ринки не буде таким, як це очікується, то запровадження офшорних зон на певних територіях стане одним із ефективних способів подальшого розвитку. Однак, можливо, вже буде час, коли правове регулювання досягне такого рівня, що відкриття офшорних зон не буде вигідним.

Таким чином, встановлення державами спеціального правового режиму на своїх територіях у вигляді офшорних зон не викликає жодних запитань, оскільки це внутрішня політика незалежного суб'єкта, а ось діяльність, яка здійснюється в цих зонах, вже може торкатися масштабних аспектів світового устрою, котрі становлять загальносвітовий інтерес.

І поки питання функціонування офшорних зон не врегульовано належним чином, будуть виникати проблеми реалізації прав людини щодо справедливості та рівності усіх перед законом, оскільки створюються можливості, що дозволяють «втекти» від оподаткування, хоча і законно, однак забезпечення фундаментальних принципів знаходиться на вищому рівні.

Тому наукове обґрунтування таких процесів необхідне із появою дедалі нових викликів, і воно буде рушійною силою світового процесу позитивних змін.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 254к/96-вр (дата звернення 02.11.2020).
2. Грабильніков А.В. Конституційно-правовий статус і правовий режим іноземців та осіб без громадянства в Україні: співвідношення понять. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2015. № 6. С. 59–66. URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2015/10.pdf (дата звернення 31.10.2020).
3. Про Концепцію створення спеціальних (вільних) економічних зон в Україні: Постанова КМУ від 14 березня 1994 р. № 167. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/167-94-п/ed20040825/find (дата звернення 02.11.2020).
4. Сардак С.Е., Ситнік А.І. Вплив офшорних зон на економіку держави. *Інфраструктура ринку. Світове господарство і міжнародні економічні відносини*. 2018. Вип. 25. С. 52–57. URL: http://www.market-infr.od.ua/journals/2018/ 25_2018_ukr/11.pdf (дата звернення 05.10.2020).
5. Тюріна Н.М., Карвацка Н.С. Зовнішньоекономічна діяльність підприємства : навчальний посібник. Київ : Центр навчальної літератури. 2013. 408 с. URL: http://elar.khnu.km.ua/jspui/bitstream/123456789/3374/1/Тема17.pdf (дата звернення 25.10.2020).
6. Офшорна компанія. *Вікіпедія: вільна енциклопедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Офшорна_компанія (дата звернення 02.11.2020).
7. Третякова О.В. Соціальні наслідки глобалізації у податковій сфері. *Науковий вісник Буковинського державного фінансово-економічного університету. Економічні науки*. 2014. Вип. 27. С. 92–98. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvbdfa_2014_27_16 (дата звернення 06.10.2020).
8. Юрій С.М., Простебі Л.І. Вплив офшорів на світову та національну економіку. *Світове господарство і міжнародні економічні відносини*. 2018. Вип. I–II (69–70). С. 187–192. URL: http://chtei-knteu.cv.ua/herald/content/download/archive/2018/31.pdf (дата звернення 05.10.2020).
9. Чеберяко О.В. Сутність офшорної фінансової діяльності та її вплив на економіку України. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2014. Вип. 118 (ч. II). С. 46–59. URL: http://journals.iir.kiev.ua/index.php/apmv/article/download/2207/1966 (дата звернення 06.10.2020).
10. Мартиненко В.О., Гордієнко В.П. Аналіз функціонування офшорних зон та шляхи подолання наслідків їх негативного впливу на економіку України. *Економіка і суспільство*. 2018. Вип. 15. С. 154–160. URL: http://economyandsociety.in.ua/journal/15_ukr/25.pdf (дата звернення 30.10.2020).
11. Doing Business / Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=05376d6c-3772-4027-ac6f-73e33e2905a8&title =DoingBusiness2019 (дата звернення 02.11.2020).
12. Столяров В.Ф., Островецький В.І. Становлення та розвиток офшорної діяльності резидентів України. *Економічний вісник Донбасу*. 2016. № 1 (43). С. 68–82. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/87393775.pdf (дата звернення 05.10.2020).
13. Бусол О. Деофшоризація в Україні у світлі нової світової тенденції / Центр досліджень соціальних комунікацій НБУВ. URL: http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2174:deofshorizatsiya-v-ukrajini-2&catid=71&Itemid=382 (дата звернення 15.10.2020).
14. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Пояснювальна записка 30 серпня 2019 р. до Закону України від 16 січня 2020 р. № 466-IX / *Верховна Рада України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66520 (дата звернення 02.11.2020).
15. Реун А. Огляд Проекту Закону із запровадження Плану дій BEPS в Україні / Асоціація правників України. 06 лютого 2019 р. URL: https://uba.ua/documents/Реун.pdf (дата звернення 07.11.2020).
16. Мішин М., Шолохова А. План дій BEPS 2.0: що передбачає подальша реформа міжнародного оподаткування / Незалежний журналістський бізнес-портал M!nd. 31 січня 2020 р. URL: https://mind.ua/ openmind/20207189-plan-dij-beps-2-0-shcho-peredbachae-podalsha-reforma-mizhnarodnogo-opodatkuvannya (дата звернення 07.11.2020).

УДК 347.961.17
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/17

НОТАРІАЛЬНЕ ПОСВІДЧЕННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ

NOTARIAL CERTIFICATE OF MARRIAGE AGREEMENT

Божук І.І., студентка V курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Амеліна А.С., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Університет державної фіскальної служби України

У статті досліджуються актуальні аспекти посвідчення шлюбного договору нотаріусом. Розглядаються особливості змісту шлюбного договору як інструменту врегулювання шлюбно-сімейних правовідносин. Визначаються перспективи розвитку нормативного врегулювання відносин, пов'язаних з укладенням шлюбного договору у правовому полі України.

Аналізується визначення шлюбного договору, виділяються його ознаки. З'ясовано правову природу та місце шлюбного договору серед інших сімейно-правових договорів. З'ясовано юридичні аспекти укладення шлюбного договору, істотні умови, додаткові умови та положення, що не можуть ним визначатися. Акцентується увага на процедурі вчинення нотаріальних дій при посвідчені шлюбного договору.

Зазначено, що велике значення має дотримання нотаріусом усіх процедур та етики нотаріальної діяльності. Підкреслено, що текст шлюбного договору за формальними вимогами повинен відповідати нормам чинного законодавства, тож при складанні проекту та посвідченні договору нотаріус повинен взяти до уваги всі загальні та специфічні законодавчі вимоги.

Для чинності шлюбних договорів необхідне вільне волевиявлення сторін, що відповідає їхній внутрішній волі; правочин повинен бути спрямований на реальне настання правових наслідків; всі сторони договору мають бути наділеними необхідним обсягом цивільної право- та дієздатності; форма договору має відповідати вимогам законодавства.

Сторони мають право передбачити у шлюбному договорі режим і порядок використання належного їм майна для забезпечення потреб їхніх дітей, наприклад, можна передбачити у договорі положення про те, що подружжя зобов'язується утримувати непрацездатних батьків, когось зі сторін договору або дітей, народжених не у спільному шлюбі, надавати цим особам грошову допомогу або можливість проживати разом зі сторонами, виділивши окрему кімнату, тощо.

Ключові слова: шлюбний договір, нотаріус, нотаріальний процес, посвідчення договору, шлюбно-сімейні правовідносини.

The article examines the current aspects of the certificate of marriage contract by a notary. Peculiarities of the content of the marriage contract as a tool for settling marriage and family legal relations are considered. Prospects of development of normative settlement of the relations connected with the conclusion of the marriage contract in the legal field of Ukraine are defined.

The definition of the marriage contract is analyzed, its features are allocated. The legal nature and place of the marriage contract among other family law contracts are clarified. The legal aspects of concluding a marriage contract, essential conditions, additional conditions and provisions that cannot be determined by this contract are clarified. Emphasis is placed on the procedure of notarial acts when certifying the marriage contract.

It is noted that the notary's observance of all procedures and ethics of notarial activity is of great importance. It is emphasized that the text of the marriage contract according to the formal requirements must comply with current legislation, as a consequence, when drafting and certifying the contract, the notary must take into account all general and specific legal requirements.

The parties have the right to stipulate in the marriage contract the regime and procedure for using the property belonging to them to meet the needs of their children, for example, the contract stipulates that the spouses are obliged to maintain incapacitated parents, one of the parties to the contract. joint marriage, provide these persons with financial assistance or the opportunity to live with the parties, allocating a separate room, etc.

It is emphasized that the validity of marriage contracts requires free will of the parties, which corresponds to their internal will; transactions should be aimed at the actual occurrence of legal consequences; all parties to the contract must be endowed with the necessary amount of civil legal capacity; the form of the contract must meet the requirements of the law.

Key words: prenuptial agreement, notary, notarial process, certification of the agreement, marriage and family relations.

З огляду на проєвропейський курс розвитку нашої держави актуальною для дослідження є проблема практичної реалізації в Україні деяких договірних інструментів, що активно використовуються на теренах зарубіжних держав.

Мета статті. Розглянути особливості шлюбного договору як інструменту врегулювання шлюбно-сімейних відносин. Дослідити актуальні аспекти нотаріального посвідчення шлюбного договору. Визначити перспективи розвитку нормативного врегулювання відносин, пов'язаних з укладенням шлюбного договору у правовому полі України.

Постановка проблеми. Стосунки в сім'ї між її членами з огляду на їх особисто-довірчий характер належать до числа таких, де суттєво обмежується застосування норм права. Вони визначається насамперед не законом, а моральними правилами. Видаючи відповідні закони, держава прагне за можливості не втручатися в суто особисті відносини громадян, обмежуючись встановленням лише таких обов'язкових правил, які необхідні для зміцнення сім'ї, для здійснення і захисту прав і законних інтересів її членів. Саме тому особливого значення для громадян набуває можливість врегулювати сімейні стосунки на свій розсуд, уклавши відповідний договір [1, с. 6].

Одним із відносно нових для української юридичної практики договірним інструментом є шлюбний договір. Українському цивільному праву шлюбний контракт (договір) як інститут відомий із 1992 р., а саме із редакції Кодексу про шлюб та сім'ю, що утвердив право укладання шлюбного контракту. Вже у 1993 р. постановою Кабінету Міністрів України від 16 червня 1993 р. був затверджений Порядок укладання шлюбного контракту (нині втратив чинність).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання реалізації сімейних правовідносин у нотаріальному процесі України досліджені такими науковцями, як Т.С. Андрущенко, М.В. Антокольська, В.І. Борисова, К.В. Бориченко, С.С. Бичкова, С.Б. Булеца, О.О. Дерій, І.В. Горохолінська, Ю.О. Косова, Ю.В. Коренга, Л.К. Радзієвська, Я.П. Пан-

талієнко, О.В. Михальнюк, С.Г. Пасічник, М.М. Дякович, І.В. Жилінкова, Є.І. Фурса, С.Я. Фурса та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Незважаючи на існування такого гнучкого юридичного інструменту у сфері шлюбно-сімейних відносин, укладення шлюбного договору в Україні не популярне. На це існує низка причин, серед яких, зокрема, усталений традиційний підхід до створення сім'ї без будь-яких письмових зобов'язань, а також необізнаність в особливостях правової природи та практичного застосування шлюбного договору.

Цивільне законодавство України надає права учасникам сімейних відносин укладати ряд сімейних договорів, серед яких: шлюбний договір, договір про сплату аліментів, договір сурогатного материнства, угоду про дітей і про майно, договір подружжя про надання утримання, договір про здійснення батьківських прав та ін. [1, с. 6].

Сьогодні актуальним і дискусійним є питання аналізу проявів принципу диспозитивності в сімейному праві, а також необхідності встановлених законодавством меж правової свободи учасників сімейних правовідносин. Глава 10 Сімейного кодексу України (надалі – СК України) [2], що регулює відносини, пов'язані з укладенням шлюбного договору, вказує, що ним можуть бути визначені виключно майнові відносини між подружжям, у т. ч. їхні майнові права й обов'язки як батьків [1, с. 6].

Нині виключно СК України покликаний регулювати інститут шлюбного договору, в т. ч. поняття «шлюбний контракт» у його положеннях змінено на поняття «шлюбний договір». Інші нормативно-правові акти втратили чинність.

Наведені на офіційному сайті Міністерства юстиції України статистичні дані свідчать про низький рівень застосування інструменту шлюбного договору в Україні. Найбільша кількість шлюбних договорів укладається у м. Києві, Дніпропетровській, Одеській і Харківських областях; в інших регіонах їхня кількість близька до декількох десятків за рік. Найменше шлюбних договорів зареєстровано у Черкаській, Сумській і Кіровоградській областях. Варто звернути увагу на те, що, за даними нотаріальної практики, найчастіше шлюбні договори укладаються подружжям, де один із них іноземець [3].

Важливо зазначити, що українське законодавство, в т. ч. СК України, не містить визначення шлюбного договору. Як наслідок, шлюбний договір залишається мало застосовуваним і недооціненим в Україні, адже відсутній єдиний підхід до його розуміння. Крім того, побутує думка, що укладення шлюбного договору між подружжям – це ознака недовіри у стосунках, проте грамотно укладений шлюбний договір допомагає заздалегідь вирішити низку важливих питань.

Як влучно зазначає у своїх листах-роз'ясненнях Міністерство юстиції України, укладення шлюбного договору – не обов'язок, а взаємне волевиявлення осіб вирішити питання життя сім'ї на власний розсуд. Саме тому умови шлюбного договору не можуть передбачати погіршення становища будь-кого з подружжя, мати дискримінаційний характер, адже визнаються недійсними у порядку чинного законодавства [4].

З метою уникнення труднощів і спрощення процедури при складанні шлюбного договору та його виконанні в Україні діє інститут нотаріату. Нотаріус як особа, котра володіє спеціальними навичками та знаннями, зобов'язаний перевіряти та контролювати усі процедури на предмет дотримання всіх необхідних умов і підстав для укладення того чи іншого договору. Крім того, до його обов'язків слід віднести складання та перевірку тексту просвічуваного договору на відповідність положенням чинного законодавства України. У зв'язку з цим усталеною є практика складання нотаріусом спочатку проекту шлюбного договору з урахуванням побажань сторін, вичитки цього проекту сторонами, роз'яснення правових наслідків окремих умов договору із подальшим його підписанням і посвідченням.

Більшість питань у сфері укладення сімейних договорів регулюються загальними положеннями Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [5]. Текст шлюбного договору за формальними вимогами повинен відповідати нормам чинного законодавства, тож при складанні проекту та посвідченні договору нотаріус повинен взяти до уваги всі загальні та специфічні законодавчі вимоги.

Для чинності шлюбних договорів необхідне вільне волевиявлення сторін, що відповідає їхній внутрішній волі; правочин повинен бути спрямований на реальне настання правових наслідків; всі сторони договору мають бути наділеними необхідним обсягом цивільної правоздатності; форма договору має відповідати вимогам законодавства.

Необхідно звернути увагу на конструкцію шлюбного договору, що складається з таких елементів, як: суб'єктний склад, істотні та додаткові умови договору, права й обов'язки сторін-учасників, форма договору [6, с. 139].

Говорячи про учасників шлюбно-сімейних правовідносин, слід підкреслити, що у цьому контексті вони виступають не просто як громадяни, а в певному соціальному статусі. Це має наслідком юридичну вимогу наділення відповідним сімейно-правовим статусом сторін сімейного договору. Так, виключно особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, або подружжя можуть укласти шлюбний договір, а договір про визначення місця проживання дитини – її батьки тощо [1, с. 6].

Можливість максимально урахування інтересів і побажань сторін при проектуванні шлюбного договору нотаріусом обґрунтовується наявністю широких меж диспозитивності у сімейному праві. Договірна свобода обмежується лише суттєвими для регулювання майнових правовідносин подружжя рамками (такими як не включення у шлюбний договір положень, які ставлять одного із подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище тощо) [1, с. 6].

Відповідно до п. 2.1 Глави 5 Розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України (далі – Порядок) особи, котрі подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжя мають право за власним бажанням укласти договір щодо вирішення питань життя сім'ї (шлюбний договір), яким регулюються майнові відносини між подружжям, у т. ч. визначаються їхні майнові права й обов'язки як батьків [7]. Зазначеною нормою, по-перше, визначено особливе коло суб'єктів, які можуть звернутися до нотаріуса, по вчинення цього провадження (подружжя й особи, котрі подали заяву про реєстрацію шлюбу); а, по-друге, визначається саме розуміння шлюбного договору як домовленості подружжя чи майбутнього подружжя щодо вирішення питань сім'ї.

Виходячи з того, що цей договір за правовою природою є диспозитивним, сторони у ньому можуть визначити важливі положення, зокрема щодо правового режиму майна, порядку користування житлом, прав на утримання тощо.

Зокрема, сторони мають право передбачити у шлюбному договорі режим і порядок використання належного їм майна для забезпечення потреб їхніх дітей. Можна передбачити у договорі положення про те, що подружжя зобов'язується утримувати непрацездатних батьків, когось зі сторін договору або дітей, народжених не у спільному шлюбі, надавати цим особам грошову допомогу або можливість проживати разом зі сторонами, виділивши окрему кімнату, тощо.

Проте чинне законодавство виокремлює умови, котрі не можуть бути передбачені у шлюбному договорі, зокрема: щодо прізвища нареченої при реєстрації шлюбу, щодо прізвища й імені дітей, народжених у подружжя;

щодо пріоритету одної зі сторін у вирішенні сімейних питань; щодо обмеження у праві кожного з подружжя стосовно навчання у закладах освіти, курсах, майстер-класах; щодо вибору чи зміни професії сторін; щодо обов'язку одного з подружжя прийняття тієї чи іншої віри; щодо обов'язку вінчання, хрестин дітей; щодо обмеження кількості дітей у подружжя тощо [8, с. 106].

Тобто не можуть обумовлюватися якісь зобов'язання, що стосуються немайнових і природних прав кожної особи, водночас чоловік може у шлюбному договорі, наприклад, зобов'язати дружину витрачати лише визначену суму коштів із сімейного бюджету, здійснювати облік витрат і погоджувати з ним покупки дорогих речей на певну суму. У свою чергу, дружина може передбачити умовами договору обов'язок чоловіка щодо проживання своєї сім'ї в окремій квартирі чи будинку, виділяти зі свого заробітку конкретну суму на сімейні витрати, витрати на дітей.

Необхідно підкреслити, що одностороння зміна умов шлюбного договору не допускається. Порядок зміни умов шлюбного договору передбачений ст. 100 СК України, у якій зазначається, що шлюбний договір може бути змінено подружжям шляхом укладення угоди про зміну, що посвідчується нотаріально [2].

Як свідчить практика укладення шлюбних договорів, сторони частіше використовують цей інструмент не для регулювання спільного проживання і користування майном, а на випадок розлучення та поділу спільного майна. Безперечно, у шлюбному договорі доречним буде визначити можливий порядок поділу майна, дітей, домашніх улюбленців тощо. У такому разі можна уникнути довго триваючих затягнутих судових процесів, збільшивши шанси зберегти дружні відносини після розлучення.

Відповідно до ст. 96 СК України у шлюбному договорі може бути встановлено загальний строк його дії, а також строки тривалості окремих прав та обов'язків [1]. Цивільним законодавством передбачається динамічний початок дії шлюбного договору, що безпосередньо залежить від моменту укладення шлюбного договору, а саме: якщо шлюбний договір укладено до реєстрації шлюбу, то він набирає чинності у день реєстрації шлюбу, а якщо укладено подружжям – то у день його нотаріального посвідчення.

Важливим при укладенні шлюбного договору є аспект віку, з якого особи мають право самостійно укладати шлюбний договір. Віковий ценз на укладення шлюбного договору самостійно збігається зі шлюбним віком (для жінок – у 17, а для чоловіків – у 18 років). Якщо шлюбний вік буде знижено на підставі ч. 2 ст. 23 СК України, то до реєстрації шлюбу шлюбний договір укладається неповнолітніми лише за письмовою згодою їхніх батьків або піклувальника, справжність підпису яких засвідчується нотаріусом [2].

Бувають і випадки, коли подружжя укладає шлюбний договір не відразу, а набагато пізніше. Тоді вік не має значення, адже відповідно до ч. 2 ст. 34 ЦК України «у разі реєстрації шлюбу фізичної особи, яка не досягла повноліття, вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту реєстрації шлюбу» [5].

Традиційно шлюбний договір складається у трьох автентичних примірниках, по одному для кожної із сторін та один – для нотаріуса, що зберігається в справах нотаріальної контори. Первинним аспектом при укладенні шлюбного договору у нотаріуса є ідентифікація особи, котра звернулася по вчинення нотаріальної дії, що передбачає перевірку документів особи, з'ясування умов, значення та наслідків своїх дій, перевірку цивільної дієздатності сторін.

Цікавим для обговорення є питання щодо висвітлення в межах шлюбного договору порядку користування та надбання коштовностей, премій і нагород, утримання іпотек, погашення боргів за рахунок спільного чи роздільного майна, користування автомобілями, заміськими будинками тощо. Слід пам'ятати, що умови шлюбного договору не можуть погіршувати матеріальне становище будь-кого із подружжя. Справедливим було б закріплення за подружжям майна у рівних частках, що відповідатиме загальним справедливим принципам співжиття.

Дискусійною вбачається можливість укладення шлюбного договору через представника. І.В. Жилінкова, Б.М. Гонгало та П.В. Крашенінніков наголошують на його особистому характері з огляду на те, що він «укладається між особами, які пов'язані особливими особисто-довірчими відносинами» [9, с. 39], а тому застосуванню підлягає положення ч. 2 ст. 238 ЦК України, за яким представник не може вчиняти правочин, що відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто тією особою, котру він представляє [5].

У цьому контексті С.Я. Фурса зауважує, що «сам процес складання умов шлюбного договору може розглядатися як перевірка характерів і справжніх намірів сторін» [10, с. 55]. Висловлюються аргументи і на користь можливості укладання шлюбного договору представниками сторін, оскільки представник має право здійснювати в межах свого представництва лише ті дії, які йому доручені.

Звертаючись до іноземного досвіду, відзначимо, що гарантована законом можливість участі у цих відносинах представника є доволі поширеною. Наприклад, у законодавстві Бельгії та у Франції передбачено його укладання через законних чи договірних представників за умови наявності спеціально виданої довіреності, яка містить умови передбачуваного шлюбного договору. На наш погляд, у законодавстві України слід передбачити положення, за яким шлюбний договір може бути укладений через представника за довіреністю, а також законним представником. Повноваження представника у такому разі будуть чітко передбачені у договорі та довіреності. Це положення може полегшити подружжю укладання шлюбного договору за відсутності одного з них. Тим більше, що за чинним законодавством змістом шлюбного договору є умови регулювання майнових, а не особистих відносин подружжя [11, с. 14].

Зазначимо, що необхідність у здійсненні нотаріальних процесуальних дій настає у момент, коли суб'єкти права не можуть самостійно реалізувати свої законні права чи інтереси. Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про нотаріат» [12] «нотаріат – це система органів і посадових осіб, на які покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим законом, з метою надання їм юридичної вірогідності».

Нотаріальне провадження слід визнати одним із основних юридичних способів реалізації сімейних прав. Зазначене пов'язане з тим, що сімейним правовідносинами притаманні специфічні ознаки, які зумовлюють особливості законодавчого регулювання, а також форм і способів їх реалізації. Специфіка дій нотаріуса щодо посвідчення шлюбного договору закріплюється у Главі 5 Розділу II Порядку [7].

Як відомо, посвідчення шлюбного договору охоплюється повноваженнями як державного, так і приватного нотаріуса. Насамперед обов'язком нотаріуса є сприяння будь-якому суб'єкту права у здійсненні своїх прав та інтересів, їх захисті, попередженні зловживання ними, роз'ясненні наслідків вчинюваних нотаріальних дій (ст. 5 Закону України «Про нотаріат») [12].

Зазначимо, що відповідно до Закону України «Про нотаріат» нотаріус при посвідченні шлюбного договору «повинен встановити особу громадян, які звернулися за вчиненням нотаріальних дій» (ст. 43 Закону України «Про нотаріат»); «визначити обсяг цивільної дієздат-

ності та встановити наміри сторін вчиняти правочин» (ст. 44 Закону України «Про нотаріат») [12].

Варто звернути увагу на етичні аспекти поведінки нотаріуса при спілкуванні із суб'єктами права, що звернулися для проектування та посвідчення шлюбного договору. У цьому контексті слід визначити такі законодавчі вимоги: нотаріус зобов'язаний поважати права осіб, за дорученням яких вчиняється нотаріальна дія; він має ознайомитися з усіма необхідними документами, що передбачені вимогами законодавства та подані для її вчинення.

З метою надання кваліфікованих і якісних послуг нотаріус повинен ґрунтовно володіти знаннями у цій сфері, знати специфіку укладення шлюбних договорів і вимоги чинного законодавства України. Саме тому законодавцем передбачені високі вимоги до особи-нотаріуса для отримання дозвільного документа для заняття відповідною діяльністю. Водночас нотаріус зобов'язаний регулярно підвищувати рівень своєї компетентності [1, с. 8].

Необхідно також звернути увагу на характерні ознаки нотаріального провадження, серед яких: самостійність серед видів юридичних процесів; суміжність із адміністративним і судовим процесом; чітка законодавчо визначена форма існування; існування на основі норм матеріального права сімейного законодавства (СК України, ЦК України тощо); безспірність; змістом є система нотаріальних дії.

А.Я. Гошовська зазначає, що «говорячи про реалізацію шлюбно-сімейних відносин у контексті нотаріального процесу, слід окреслити їх форми, серед яких: 1) ті, що спрямовані на виникнення шлюбно-сімейних правовідносин; 2) спрямовані на підтвердження шлюбно-сімейних правовідносин; 3) спрямовані на примусове виконання зобов'язань; 4) інші нотаріальні провадження» [11, с. 13].

Посвідчення шлюбного договору слід віднести до першої групи – спрямованих на виникнення шлюбно-сімейних правовідносин, оскільки закон вимагає обов'язкове нотаріальне оформлення шлюбного договору. Так, форма шлюбного договору визначена у ст. 94 СК України [2]: шлюбний договір укладається у письмовій формі та нотаріально посвідчується. Втім, наслідки порушення форми у цій статті не визначені. Такі наслідки встановлені у ч. 1 ст. 220 ЦК України [5], відповідно до якої у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним.

Неможливо переоцінити роль нотаріуса при укладенні шлюбного договору, адже він зобов'язаний вчиняти всі дії сумлінно і чесно, будучи об'єктивно неупередженою особою. Він повинен утримуватися від втручання особисте життя осіб, а також не надавати порад, що виходять за межі його компетенції, піддаватися тиску третіх осіб при посвідченні шлюбного договору. Нотаріус повинен намагатися знайти підхід до кожного клієнта, а також із повагою ставитися до моральних цінностей і особистих переконань осіб, які до нього звертаються.

Необхідно звернути увагу та те, що для уникнення конфліктів і судових спорів стосовно укладеного договору нотаріусу слід провести роз'яснювальну роботу, надати пояснення для правильного розуміння й оцінки вчинюваної нотаріальної дії, проінформувати клієнтів про природу юридичних дій, а також про їхні особливості.

Таким чином, законодавством України до питань, які можуть регулюватися шлюбним договором, віднесені лише ті, що стосуються майнових відносин подружжя. Згідно зі ст. 93 СК України «шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права й обов'язки; шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми» [2]. З огляду на це договір, що містить умови про особисті немайнові права, повинен визнаватися недійсним, а нотаріуси мають відмовляти в його посвідченні.

Такий підхід законодавця характерний не для всіх іноземних держав. Так, законодавство деяких країн не містить заборони на регулювання особистих немайнових відносин в сім'ї у шлюбному договорі. Наприклад, у Франції шлюбна угода може містити різні положення, не пов'язані з майновим статусом майбутнього подружжя, зокрема умову про визнання позашлюбної дитини з одним із подружжя [13, с. 15]. У більшості країн континентального права нормативно закріплено положення, що умови шлюбного договору не повинні скасовувати обов'язки взаємної вірності, допомоги та підтримки, – обмежувати їхні особисті права й обов'язки по вихованню й утриманню дітей. Тобто така норма встановлює гарантії для справедливого урегулювання особистих немайнових відносин.

Як зазначає І.В. Жилінкова: «Можливість врегулювати особисті немайнові відносини існує і в США, що дозволяє кожній зі сторін виразити свої очікування від шлюбу; сформувати особливості майбутніх відносин між собою і з іншими особами; коло спілкування, види діяльності тощо. Такі положення закріплюються у шлюбному контракті насамперед для стимулювання належної поведінки подружжя у шлюбі, а не для їх примусового виконання. Ці умови у праві США іменуються «умовами про силу життя». Сторони можуть також передбачити умови щодо інтересів неповнолітніх (методи виховання; релігію; порядок зустрічей із дідусями та бабусями тощо); друзів подружжя (наприклад, скільки часу і в яких формах вони планують проводити з друзями тощо); зайнятості подружжя (хто і скільки буде працювати, прийняття рішення про зміну роботи тощо)» [11, с. 16].

На наш погляд, правове регулювання особистих немайнових відносин між подружжям за допомогою договору в країнах, що належать до англо-американської правової системи, свідчить про вищий рівень захисту особистих немайнових прав у цих країнах. Вважаємо, що предмет регулювання шлюбного договору може бути розширений і в Україні, що потребує внесення змін до ст. 93 СК України [2]. Безперечно, умови про регулювання особистих немайнових відносин не повинні порушувати конституційні права і суперечити моральним засадам суспільства. Це дозволить подружжю розпоряджатися особистими немайновими правами на свій розсуд, а отже, здійснити їх належний захист. Крім того, така норма відповідатиме ст. 9 СК України «Регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) сторін», яка не передбачає поділу відносин, що можуть бути врегульовані, на майнові та особисті [2].

Висновок. Отже, стрімкий розвиток сімейних відносин зумовив необхідність розширення інструментів їхнього регулювання безпосередньо самими учасниками, в т. ч. шляхом укладення шлюбного договору. Шлюбний договір – це договір, що передбачає можливість вирішення спірних сімейних питань, який укладається між особами, котрі вступають у шлюб, або подружжям і посвідчений нотаріально відповідно до вимог чинного законодавства України. Інститут шлюбного договору є досить перспективним в Україні, хоча потребує низки удосконалень, зокрема нормативного визначення у СК України поняття «шлюбний договір». Проаналізувавши можливості договірного урегулювання шлюбно-сімейних відносин за СК України, можна дійти висновку, що шлюбний договір як юридичний інструмент є багатогранним та ефективним.

Посвідчення шлюбного договору нотаріусом є однією із форм реалізації сімейних правовідносин у нотаріальному процесі, спрямованих на виникнення шлюбно-сімейних правовідносин, оскільки законодавство зобов'язує вчинити нотаріальне посвідчення шлюбного договору.

Варто пам'ятати, що нотаріус при посвідченні шлюбного договору повинен враховувати усі його особливості й обмеження, передбачені чинним законодавством, наприклад: суб'єктами укладення можуть виступати не лише

подружжя, але й особи, які подали заяву про реєстрацію шлюбу; відповідно до чинного законодавства цей вид договору є нерозривно пов'язаним із особою його учасників, що виключає можливість укладення через представника; шлюбний договір за своєю суттю є комплексним, тобто може охоплювати умови інших видів договорів, передбачених законодавством; змістом шлюбного договору можуть бути умови щодо регулювання лише майнових відносин подружжя; предметом шлюбного договору може бути майно, яке буде набуте сторонами в майбутньому, а також сторони самостійно можуть викласти у договорі якісь права або обов'язки, правові режими речей, якщо це не заборонено законодавством.

Пропонуємо розширити предмет правового регулювання шлюбного договору шляхом включення до нього особистих немайнових відносин, що потребує внесення змін до ст. 93 СК України. Також необхідно законодавчо закріпити положення, за яким шлюбний договір може бути укладений через представника за довіреністю, а також законним представником.

ЛІТЕРАТУРА

1. Василик Ю.С. Складання нотаріусом проекту сімейного договору. *Цивілістична процесуальна думка*. 2016. № 5. С. 6-10.
2. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 26.10.2020).
3. Фоменко А. Укладення шлюбного договору та його наслідки. *Юридична Газета*. 2015. № 34 (480). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/ukladennya-shlyubnogo-dogovoru-ta-yogo-naslidki.html (дата звернення: 26.10.2020).
4. Роз'яснення начальника відділу методично-правового забезпечення діяльності нотаріату Міністерства юстиції України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_11523 (дата звернення: 26.10.2020).
5. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 26.10.2020).
6. Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 135–142.
7. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text (дата звернення: 26.10.2020).
8. Білоусов В.М., Дмитришина В.А. Шлюбний договір в Україні: практичне втілення. *Юридичний вісник*. 2016. № 4 (41). С. 105–108.
9. Жилинкова И.В. Брачный контракт. Харьков, 1995. 172 с.
10. Фурса С.Я. Шлюбний контракт в нотаріальному процесі. *Право України*. 2002. № 5. С. 51–57.
11. Гошовська Я.А. Посвідчення шлюбного договору як форма реалізації сімейних прав у нотаріальному процесі. *Цивілістична процесуальна думка*. 2017. № 1. С. 13–17.
12. Про нотаріат : Закон України від 02 вересня 1993 р. № 3425-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text (дата звернення: 26.10.2020).
13. Низамиева О.Н. Имущественные соглашения супругов в зарубежном праве. *Семейное и жилищное право*. 2004. № 3. С. 21–27.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/18

НЕНАЛЕЖНЕ ЗДІЙСНЕННЯ СУБ'ЄКТОМ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ ЯК ПІДСТАВА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОКУРОРОМ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦТВА В СУДІ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ

INCOMPETENT EXERCISE BY THE ENTITY OF POWER OF PROTECTION OF THE INTERESTS OF THE STATE AS A GROUND FOR REALIZATION OF THE REPRESENTATIVE

Гузе К.А., к.ю.н.,
асистент кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізовано особливості реалізації прокурором конституційної функції представництва інтересів держави, якщо орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень неналежним чином здійснює в суді захист цих інтересів. Досліджено різні наукові погляди на сутність (зміст) підстав участі прокурора в цивільному процесі. На підставі їх аналізу робиться висновок, що в процесуальній теорії доцільно виділяти правові підстави прокурорського представництва, пов'язуючи їх із нормами закону, які регламентують право прокурора бути учасником судочинства. Така інтерпретація підстав участі прокурора в суді дала змогу їх класифікувати як: а) підстави, що регламентують право прокурора бути учасником процесу; б) підстави, що конкретизують випадки реалізації прокурором представництва інтересів держави в суді. Крізь призму наведеного теоретичного підходу, висновків міжнародних інституцій Ради Європи (Комітету міністрів Ради Європи, Консультативної ради європейських прокурорів), Конституційного Суду України здійснено оцінку положень ч. 3 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру», котрі закріплюють випадки участі прокурора в суді (зокрема, неналежне здійснення компетентним органом дій щодо захисту інтересів держави). З цього приводу в статті наголошується, що відповідні положення спеціалізованого Закону чітко не регламентовані, є непередбачуваними у правозастосуванні й можуть тлумачитися розширено або довільно. Це не відповідає принципу правової визначеності, який є елементом більш загального конституитивного принципу правосуддя – верховенства права (ч. 1 ст. 129 Конституції України). У рамках досліджуваної проблематики окрема увага приділяється практиці Верховного Суду, який у своїх правових висновках неодноразово наголошував на субсидіарній ролі прокурора в суді, оскільки останній не може вважатися альтернативним суб'єктом звернення до суду і замінювати належного суб'єкта владних повноважень, який може і бажає захищати інтереси держави. З огляду на те, що словосполучення «неналежним чином здійснюють» як підстава реалізації прокурором функції представництва інтересів держави має оціночний характер, за цією підставою вбачається, що суб'єкт владних повноважень здійснює представництво інтересів держави в суді, контроль за належним здійсненням суб'єктом владних повноважень своїх функцій, насамперед, покладається на вищестоящі органи (їх керівництво), діяльність прокурора із реалізації функції представництва інтересів держави в цивільному процесі повинна мати субсидіарний, а не контрольний характер, у статті робиться висновок про необхідність виключення з тексту ч. 3 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» словосполучення «або неналежним чином здійснюють» та пропонується його інтерпретація.

Ключові слова: прокурор, представництво прокурором інтересів держави в цивільному процесі, підстави участі прокурора в суді, неналежне здійснення суб'єктом владних повноважень захисту інтересів держави.

The article analyzes the peculiarities of the prosecutor's implementation of the constitutional function of representing the interests of the state in the case when a public authority, local government or other subject of power, improperly protects these interests in court. Different scientific views on the essence (content) of the grounds for the prosecutor's participation in civil proceedings have been studied. Based on their analysis, it is concluded that in procedural theory, it is advisable to distinguish the legal basis of prosecutorial representation, linking them with the law governing the right of the prosecutor to be a party to the proceedings. This interpretation of the grounds for the prosecutor's participation in court allowed them to be classified into: a) the grounds governing the prosecutor's right to be a party to the proceedings; b) the bases specifying cases of realization by the prosecutor of representation of interests of the state in court. Through the prism of the above theoretical approach, the conclusions of international institutions of the Council of Europe (the Committee of Ministers of the Council of Europe, the Consultative Council of European Prosecutors), the Constitutional Court of Ukraine assessed the provisions of Part 3 of Art. 23 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office", which fix cases of participation of the prosecutor in court (in particular, improper implementation of actions by the competent authority to protect the interests of the state). In this regard, the article emphasizes that the relevant provisions of the specialized Law are not clearly regulated and are unpredictable in law enforcement, and can be interpreted broadly or arbitrarily. This does not correspond to the principle of legal certainty, which is an element of the more general constitutive principle of justice – the rule of law (Part 1 of Article 129 of the Constitution of Ukraine). Within the framework of the researched issues, special attention is paid to the practice of the Supreme Court, which in its legal conclusions repeatedly emphasized the subsidiary role of the prosecutor in court, as the latter cannot be considered as an alternative subject to court and replace a proper subject of power. wants to protect the interests of the state. Given that the phrase "improperly performed" as a basis for the prosecutor to implement the function of representing the interests of the state, firstly, has an evaluative character, and secondly, on this basis it is seen that the subject of authority represents the prosecutor in court. thirdly, the control over the proper exercise by the subject of power of its functions, first of all, is entrusted to higher bodies (their management), fourthly, the prosecutor's activity to implement the function of representing the interests of the state in civil proceedings should be subsidiary, not control, the article concludes that it is necessary to exclude from the text of Part 3 of Art. 23 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" the phrase "or improperly carried out" and offers its own interpretation.

Key words: prosecutor, representation by the prosecutor of the interests of the state in civil proceedings, grounds for the participation of the prosecutor in court, improper exercise of the subject of power to protect the interests of the state.

Конституція України у п. 3 ст. 131-1 передбачає, що на прокуратуру України покладається представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом [1].

Однією із судових юрисдикцій, у порядку якої прокурор уповноважений здійснювати представництво інтересів держави, є цивільна. Так, згідно із ч. 4 ст. 56 ЦПК України прокурор, який звертається до суду в інтересах держави, в позовній чи іншій заяві, скарзі обґрунтовує, в чому полягає порушення інтересів держави, необхідність їх захисту, визначені законом підстави для звернення до суду прокурора, а також визначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах [2]. Порівняльний аналіз наведених норм дає змогу дійти висновку, що представництво інтересів держави в Конституції України допускається за наяв-

ності передбачених у законі випадків, нині в цивільному процесуальному законодавстві мова йде не про випадки, а про підстави звернення прокурора до суду. Таким чином, теоретико-прикладний інтерес становить визначення взаємозв'язку таких правових категорій, як випадки та підстави участі прокурора в суді, а також їх зміст.

У процесуальній науці немає сталої точки зору з питання підстав участі прокурора в суді. Одні вчені до таких зараховують законоохоронну функцію прокуратури [3, с. 103; 4, с. 91], інші – завдання (цілі), які ставляться перед прокурором у процесі (необхідність охороняти державні інтереси) [5, с. 99], треті – умови, за наявності яких у прокурора виникає право й одночасно обов'язок звернутися до суду за захистом інтересів держави [6, с. 209]. Водночас більшість фахівців схиляється до думки, що таким підставами участі є правові норми, які виступають правовими підставами [7, с. 5–6; 8, с. 31–32; 9, с. 47; 10, с. 69]. Ці норми, як наголошує С.Ю. Кац, завжди цілеспрямовані і містять вказівки на завдання прокуратури в процесі, а саме: охорону та захист прав і законних інтересів держави, організацій та окремих громадян [7, с. 5–6].

Необхідно зауважити, що підстави представництва прокурором інтересів держави в суді не варто змішувати з функціями, адже останні характеризують напрям, вид діяльності прокуратури, що визначається соціальним призначенням прокуратури, її завданнями [11, с. 28–29; 12, с. 34; 13, с. 39], а перші (підстави) – певні чинники, за наявності яких можлива реалізація представницької функції прокуратури. Спірною варто вважати й точку зору тих правників, які під підставами прокурорського представництва розуміють завдання та цілі, які ставляться перед прокурором у суді. Адже вони є елементами будь-якої функції, зокрема функції представництва прокурором інтересів держави [6, с. 208].

Не можуть бути підставами участі прокурора в суді і факти порушення інтересів держави, як вважають деякі вчені [14, с. 4], бо відповідні факти мають суб'єктивний характер, натомість підстави є завжди об'єктивною категорією, що має правове закріплення. Іншими словами, ці факти можуть бути лише передумовою (каталізатором) участі прокурора у справі, якщо матимуть характеристики передбачених у законі випадків, що надають йому право на здійснення конституційної функції представництва інтересів держави.

Вважаємо, що у процесі визначення теоретичного підходу щодо сутності підстав представництва прокурором інтересів держави домінує положення Конституції України (п. 3 ст. 131-1), яка передбачає право здійснення прокурором функції представництва інтересів держави в суді лише у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. А отже, крізь призму цих конституційних положень вищенаведені приписи ч. 4 ст. 56 ЦПК України необхідно розуміти так, що підстави представництва визначають випадками його здійснення, які безпосередньо закріплені в правових нормах. На такий висновок наштовхує і зміст ст. 2 Закону України «Про прокуратуру», відповідно до якого прокуратура здійснює, зокрема, функцію представництва інтересів держави в суді у випадках, визначених цим Законом та главою 12 розділу III Цивільного процесуального кодексу України [15].

Отже, в процесуальній теорії доцільно виділяти правові підстави прокурорського представництва, пов'язуючи їх із нормами закону, які регламентують право прокурора бути учасником судочинства. При цьому відповідні норми самі по собі не можуть виступати підставами участі прокурора в суді з конкретної справи. Ними слід вважати конкретні випадки, визначені законом, за наявності яких у прокурора виникає право на здійснення в суді представництва інтересів держави. Така інтерпретація підстав участі прокурора в суді дає змогу їх класифікувати як: а) підстави, що регламентують право прокурора бути учасником процесу; б) підстави, що конкретизують випадки реалізації прокурором представництва інтересів держави в суді.

Відповідні випадки конкретизуються у спеціалізованому законі, а саме у ч. 3 ст. 23 Закон України «Про прокуратуру», де передбачено, що прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави в разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або *неналежним чином здійснює* орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого належать відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу. При цьому наявність підстав для представництва, згідно з абз. 1 ч. 4 ст. 23 Закону, має бути обґрунтована прокурором у суді.

Аналіз наведеної норми спеціалізованого Закону дає підстави зробити висновок, що реалізація прокурором представництва інтересів держави допускається, якщо орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого належать відповідні повноваження у спірних правовідносинах, 1) не здійснює захист цих інтересів, 2) неналежним чином здійснює захист цих інтересів, або 3) такий компетентний орган відсутній. При цьому значення словосполучення «не здійснює» або «неналежним чином здійснює» ані процесуальне законодавство, ані Закон не розкривають, як і не розкривається, яким чином прокурор має підтверджувати підстави здійснення представництва інтересів держави, віддаючи ініціативу вирішення зазначених питань попередньо на розсуд прокурора, а остаточно – суду. На такий висновок наводить зміст ч. 2 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» та абз. 2 ч. 4 ст. 23 цього Закону, де лише передбачено, що прокурор здійснює представництво інтересів держави в суді виключно після підтвердження судом підстав для представництва.

Як видається, закладений у Законі оціночний характер підстав представництва інтересів держави, а також порядок їх підтвердження може призвести до неоднакового його тлумачення суб'єктами процесу та допущення помилок у правозастосуванні як із боку прокуратури – в контексті необґрунтованого звернення до суду (вступу в розпочату справу) на захист державних інтересів, так і з боку суду – в контексті безпідставного відкриття провадження у справі, повернення прокурору позовної заяви або залишення її без розгляду. Із цього приводу в юридичній літературі справедливо зазначається, що якщо норма законодавцем не конкретизована, правозастосовному органу доводиться надавати її «вільне бачення», натомість ця індивідуальна оцінка може і не збігатися з тим, що мав на увазі законодавець [16, с. 104].

Відсутність чіткої регламентації (передбачуваності в застосуванні) змісту випадків, за наявності яких прокурор вправі здійснювати представництво інтересів держави в суді (якщо компетентний орган «неналежним чином здійснює» захист цих інтересів), а також неоднозначність у питанні щодо необхідності прокурором підтверджувати (доказувати) відповідні випадки, не відповідає принципу правової визначеності, який є елементом більш загального принципу – верховенства права. Так, Конституційний Суд України у своєму рішенні № 5-рп/2005 від 22 вересня 2005 р. (справа № 1-17/2005), характеризуючи цей принцип, зазначив, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (п. 5.4) [17].

На необхідності закріплення на рівні національного законодавства чіткої правової регламентації участі прокурора в суді неодноразово наголошували органи Ради Європи.

Наприклад, Комітет міністрів Ради Європи 19 вересня 2012 р. у п. 3 Рекомендації CM/Rec(2012)11 щодо ролі державних прокурорів за межами системи кримінального судочинства зазначив, що обов'язки та повноваження прокурорів за межами кримінального судочинства мають завжди встановлюватися та чітко визначатися законодавством [18].

Схожої точки зору дотримується і Консультативна рада європейських прокурорів, яка у п. 34 Висновку № 3 (2008) від 21 жовтня 2008 р. закликала держави-учасниці, де прокуратура виконує функції за межами сфери кримінального права, забезпечити їх реалізацію відповідно до низки принципів, зокрема, щоб такі компетенції прокурорів якомога точніше регулювалися законом (підпункт d) [19].

Стосовно повноваження прокуратури щодо представництва інтересів держави в суді Конституційний Суд України у своєму рішенні № 4-р(ІІ)/2019 від 5 червня 2019 р. (справа № 3-234/2018(3058/18) зазначив: «В Основному Законі України міститься застереження «у виключних випадках і в порядку, що визначені законом». Про такі випадки йдеться, зокрема, у ч. 3 ст. 23 Закону № 1697, за якою «прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу» (абз. 1). На думку Конституційного Суду України, це зумовлюється недопущенням свавільного втручання прокуратури у здійснення господарської та статутної діяльності юридичних осіб, досягнення цілей функціонування учасника відповідних правовідносин, виконання ним договірних зобов'язань тощо. При цьому на прокуратуру покладається обов'язок щодо обґрунтування необхідності такого втручання» [20].

Із вищенаведених висновків міжнародних інституцій Ради Європи, Конституційного Суду України випливає, що випадки (підстави) представництва прокурором інтересів держави в суді мають бути визначеними та чітко сформульованими, адже розширене або довільне їх тлумачення не відповідає принципам верховенства права, який є конститутивною засадою правосуддя (ч. 1 ст. 129 Конституції України).

Відсутність у чинному законодавстві чіткої правової регламентації у питанні підстав (випадків) представництва прокурором інтересів держави негативно впливає на судову практику. Цю правову прогалину намагається заповнити Верховний Суд.

Так, у постанові від 25 квітня 2018 р. у справі № 806/1000/17 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду зробив правовий висновок щодо застосування ч. 3 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру». Зокрема, він зазначив, що прокурор набуває право на представництво, якщо відповідний суб'єкт владних повноважень не здійснює захисту або здійснює його неналежно. *Здійснення захисту неналежним чином* виявляється в активній поведінці (сукупності дій та рішень), яка спрямована на захист інтересів держави, але є неналежною. Неналежність захисту може бути оцінена з огляду на встановлений порядок захисту інтересів держави, який, зокрема, включає досудове з'ясування обставин порушення інтересів держави, вибір способу їх захисту та ефективне здійснення процесуальних прав позивача. Нині нездійснення захисту виявляється в усвідомленій пасивній поведінці уповноваженого суб'єкта владних повноважень – він усвідомлює порушення інтересів держави, має відповідні повноваження для їх захисту, але всупереч цим інтересам за захистом до суду не звертається (п. 75) [21].

Якщо проаналізувати висновок Верховного Суду щодо тлумачення словосполучення «неналежним чином здійснює його захист», то видається, він має доволі оціночний характер, тим самим створює умови для неоднакового його тлумачення суб'єктами процесу, а також допущення помилок у правозастосуванні. Водночас необхідно враховувати, що контроль за належним здійсненням суб'єктами владних повноважень своїх функцій (так само, як і оцінка їх діяльності), насамперед, покладається на вищестоящі органи та їх керівництво, а не на прокуратуру. При цьому підконтрольність означає, що всю діяльність органів або якийсь її обсяг перевіряють вищі органи або орган, спеціально створений для здійснення контролю чи нагляду. [22, с. 79]. А тому діяльність прокурора із реалізації функції представництва інтересів держави в цивільному процесі повинна мати не контрольний, а *субсидіарний* характер. Зазначений висновок кореспондується з правовою позицією, викладеною в постановах Верховного Суду від 25 квітня 2018 р. у справі № 806/1000/17 (п. 75, 76) [23] та від 20 вересня 2018 р. у справі № 924/1237/17 [24], постанові Великої Палати Верховного Суду від 26 травня 2020 р. у справі № 912/2385/18 (п. 45, 47) [25]. Зокрема, колегія суддів наголосила, що захищати інтереси держави мають, насамперед, відповідні суб'єкти владних повноважень, а не прокурор. Щоб інтереси держави не залишилися незахищеними, прокурор виконує *субсидіарну роль*, замінює у судовому провадженні відповідного суб'єкта владних повноважень, який, всупереч вимогам закону, не здійснює захисту або робить це неналежно. І далі Верховний Суд справедливо зазначає, що прокурор не може вважатися альтернативним суб'єктом звернення до суду і замінювати належного суб'єкта владних повноважень, який *може і бажає захищати інтереси держави*.

У Рішенні від 5 червня 2019 р. № 4-р(ІІ)/2019 Конституційний Суд України вказав, що Конституцією України встановлено вичерпний перелік повноважень прокуратури, визначено характер її діяльності і в такий спосіб передбачено її існування і стабільність функціонування; наведене гарантує неможливість зміни основного цільового призначення вказаного органу, дублювання його повноважень/функцій іншими державними органами, адже протилежне може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг їхніх конституційних повноважень [20].

З огляду на те, що словосполучення «*неналежним чином здійснюють*» як одна з підстав реалізації прокурором функції представництва інтересів держави має оціночний характер, за цієї підставою вбачається, що суб'єкт владних повноважень здійснює представництво інтересів держави в суді, контроль за *належним здійсненням* суб'єктом владних повноважень своїх функцій (так саме, як і оцінка їх діяльності), в першу чергу, покладається на вищестоящі органи (їх керівництво), діяльність прокурора з реалізації функції представництва інтересів держави в цивільному процесі повинна мати *субсидіарний*, а не контрольний характер, вважаємо, що з тексту ч. 3 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» словосполучення «або неналежним чином здійснюють» необхідно виключити та викласти її в такій редакції: «Прокурор здійснює представництво в суді законних інтересів держави в разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого належать відповідні повноваження, а також у разі відсутності такого органу».

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.

2. Цивільний процесуальний кодекс України : від 18 берез. 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–42. Ст. 492.

3. Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс : учебник для юрид. высш. учеб. заведений. Москва : Гос. изд-во юрид. лит., 1956. 439 с.

4. Гражданский процесс России : учебник / под ред. М.А. Викут. Москва : Юристъ, 2004. 459 с.

5. Щеглов В.Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск, 1987. 128 с.

6. Мичко М.І. Деякі проблеми представництва прокурором інтересів громадян і держави в суді. *Вісник Вищого арбітражного суду України*. 1999. № 4. С. 206–209.

7. Кац С.Ю. Участие прокуратуры в советском гражданском процессе : учеб. пособие. Харьков : Юрид. ин-т, 1958. 64 с.

8. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України : академічний курс : підручник для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2005. 624 с.

9. Комаров В.В., Радченко П.І. Суб'єкти цивільного процесуального права : курс лекцій. Харків : Юрид. ін-т, 1990. 52 с.

10. Дунас Т. Завдання представництва прокурора. У контексті нового ЦПК України. *Прокуратура. Людина. Держава*. 2004. № 7. С. 69–76.

11. Савицкий В.М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. Москва : Наука, 1975. 383 с.

12. Шумський П.В. Прокуратура України : навч. Посібник для студентів юрид. вузів та ф-тів. Київ : Вентурі, 1998. 336 с.

13. Мычко Н.И. Прокуратура Украины: роль и место в системе государственной власти. Донецк : Донеччина, 1999. 256 с.

14. Руденко М.М. Організаційно-правові аспекти представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в адміністративному суді : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.10. Київ, 2009. 21 с.

15. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1697–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2/3. Ст. 12.

16. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве. *Советское государство и право.* 1970. № 7. С. 104–108.

17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) : справа № 1-17/2005, рішення № 5-рп/2005 від 22 вересн. 2005 р. *Верховна Рада України* : офіц. вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05/conv/print

18. The role of public prosecutors outside the criminal justice system : Recommendation CM/Rec (2012)11 of the Committee of Ministers to member States, 19 September 2012 / Committee of Ministers to member States. *Council of Europe*. URL: https://www.refworld.org/docid/50697b5e2.html

19. The role of prosecution ser vicer outside the criminal law field : Opinion № 3(2008) of the Consultative Council of European Prosecutors. Adopted by the CCPE at its 3rd plenary meeting (15–17 October 2008), Strasbourg, 21 October 2008 / Consultative Council of European Prosecutors. *Council of Europe*. URL: https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1608160&SecMode=1&DocId=1609216&Usage=2.

20. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою акціонерного товариства «Запорізький завод феросплавів» щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення пункту 13 частини першої статті 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» : справа № 3-234/2018(3058/18), рішення № 4-р(II)/2019 від 5 червня 2019 р. *Конституційний Суд України* : офіц. вебсайт. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_p2_2019.pdf

21. Постанова Верховного Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду : справа. № 806/1000/17 від 25 квітня 2018 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73736861

22. Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю.П. Битяка. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 544 с.

23. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду : справа № 806/1000/17 від 25 квітня 2018 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73736861

24. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду: справа № 924/1237/17 від 20 вересня 2018 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76609979

25. Постанова Великої Палати Верховного Суду : справа № 912/2385/18 від 26 травня 2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90458902

УДК 343.45
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/19

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОКРЕМИХ СУБ'ЄКТІВ ПРАВОВІДНОСИН В ІТ-ПРАВІ

LEGAL STATUS OF INDIVIDUAL SUBJECTS OF LEGAL RELATIONS IN IT-LAW

Гукова А.Р., студентка ІІІ курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-практичних тем у сучасному приватному праві щодо питань суб'єктів ІТ-права та їхнього правового статусу. У статті проаналізовано наукові роботи з питань існування ІТ-права як окремої галузі та висвітлено окремі протилежні думки науковців.

ІТ-право розглядається як багатостороння, різноманітна сфера, в обсяг категорії якої входять усі відносини, що складаються в цифровому середовищі. Для комплексного огляду суб'єктів ІТ-права запропоновано та проаналізовано структуру ринку ІТ у сучасному світі. ІТ-право та його суб'єкти розглянуті автором з огляду на найактуальніші спрямування, що виникають у цифровому світі під безперервним розвитком інформаційних технологій. Так, у статті проаналізовані правовідносини, що виникають між розробником, замовником та працівниками в ІТ-бізнесі, правовідносини, що виникають із приводу захисту авторського права, персональних даних та конфіденційності, а також ті, що виникають під час здійснення електронної комерції. Під час висвітлення таких правовідносин доводиться примат приватного права в ІТ-праві.

У статті проаналізовано як національне законодавство, так і норми міжнародного права, зокрема, General Data Protection Regulation (далі – GDPR) із приводу забезпечення принципу недоторканності особи в цифровому світі. Висвітлено особливості правового врегулювання майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності у сфері ІТ-бізнесу, а також колізії в національному законодавстві щодо врегулювання вищезазначених прав між роботодавцем та працівником.

Зроблено висновок про невичерпний перелік суб'єктів ІТ-права, що зумовлюється форсованим розвитком науково-технологічного прогресу, а також недостатнє правове регулювання розглянутих у статті відносин, оскільки суспільні відносини в цифровому світі розвиваються набагато швидше, ніж право як регулятор встигає унормувати їх.

Ключові слова: ІТ-право, ІТ-правовідносини, суб'єкти ІТ-права, право інтелектуальної власності, авторські та суміжні права.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical and practical topics in modern private law on the issues of subjects of IT law and their legal status. The article analyzes the scientific work on the existence of IT law as a separate field and highlights some opposing views of scientists.

IT law is seen as a multifaceted, diverse field, the scope of which includes all relationships that develop in the digital environment. For a comprehensive overview of the subjects of IT law, the structure of the IT market in the modern world is proposed and analyzed. IT-law and its subjects are considered by the author, proceeding from the most actual directions arising in the digital world under continuous development of information technologies. The article is analyzed the legal relations that arise between the developer, the customer and employees in the IT business, the legal relations that arise in relation to copyright protection, personal data and confidentiality, as well as those that arise during e-commerce. In covering such legal relations, the primacy of private law in IT law is proved.

The article analyzes both national and international legislation, in particular, the General Data Protection Regulation on ensuring the principle of personal integrity in the digital world. The peculiarities of legal regulation of property rights to intellectual property in the field of IT business, as well as conflicts in national legislation on the regulation of the above rights between employer and employee are highlighted.

It is concluded that the list of subjects of IT law is due to the forced development of scientific and technological progress, as well as insufficient legal regulation of the relations discussed in the article, as public relations in the digital world are developing much faster than law as a regulator.

Key words: IT law, IT legal relations, subjects of IT law, intellectual property law, copyright and related rights.

Науково-технологічний процес призвів до глобальної цифровізації суспільства. Відповідно до даних Центру Разумкова, питання розвитку цифрової економіки вперше порушувались у 2015 р. Великою Двадцяткою на саміті в Анталії, а протягом 2015–2018 рр. було розроблено та впроваджено близько 103 цифрових стратегій на національному рівні в різних країнах [14, с. 209].

Якщо узагальнити їх зміст, то основні положення стратегій стосуються розвитку електронної торгівлі, упровадження нових інтелектуальних мереж, платформ і технологій за одночасного забезпечення їхньої інтероперабельності, підвищення цифрової грамотності населення та рівня інформаційної безпеки і довіри користувачів до Інтернет-сервісів.

У доповіді, наданій ОЕСР для головування Німеччини в «Групі двадцяти», наголошується: «Цифрові технології можуть мати деструктивний характер, що в майбутньому негативно позначиться на продуктивності, зайнятості і добробуті. Ці технології також можуть витіснити з ринку праці працівників і посилити диспропорції в рівні їх доступності та використання, що призведе до формування нового цифрового розриву і зростання нерівності» [16, с. 35].

Право, як філософська категорія, покликане гарантувати людині безпеку, незалежно від форми середовища, в якому вона реалізовує свою правосуб'єктність, адже як матеріальний, так і віртуальний світ можна вважати відображенням об'єктивної реальності. Значення правового врегулювання цифрового середовища посилюється, адже ця сфера охоплює широке коло різноманітних відносин, які зачіпають інтереси не лише окремого індивіда, а й спільнот на національному та міжнародному рівнях.

У сучасному світі споживачами цифрових технологій виступають усі: держава, бізнес та громадяни, тому чітке визначення суб'єктів цифрового середовища та вивчення правового регулювання відносин між ними є вкрай важливим для забезпечення захисту фундаментальних прав осіб у віртуальному світі, що зумовлює актуальність статті.

Метою цієї статті є характеристика правового статусу суб'єктів ІТ-права, у сферу регулювання якого потрапляють відносини з приводу авторського права в цифровому середовищі, захисту персональних даних та конфіденційності, електронної комерції та безпосередньо здійснення підприємницької діяльності в ІТ-бізнесі.

Вивченню питання щодо правового регулювання відносин у цифровому середовищі наукове товариство приділяє значну увагу.

У своїй роботі «ІТ-право v. Інформаційне право: на зламі епох» О.Е. Сімсон розглядає природу виникнення інформаційного та ІТ-права, висловлює думку, що інформаційне право є більшим за обсягом, адже воно включає відносини, об'єктом яких є інформація в будь-якому вигляді. Також вона зазначає, що в іноземній літературі відсутнє визначення ІТ-права, воно формується через перелік сфер, які ним регулюються: ІТ-контракти, струк-

турування бізнесу в ІТ, відносини інтелектуальної власності, аутсорсинг, хмарні технології, ведення бізнесу в Інтернеті, захист даних та конфіденційність. Авторка зауважує, що ІТ-право – це галузь права, предметом якої виступають відносини в цифровому середовищі, а саме: відносини з приводу створення, зберігання, передачі та захисту інформації в електронному вигляді, обробка якої відбувається з використанням інформаційних технологій у глобальних та локальних інформаційних системах. Важливою є теза про примат приватного права над ІТ-правом, адже характер відносин цивільного права відповідає духу відносин ІТ-права [9].

Протилежну позицію висловлює Є.О. Харитонов, який у роботі «Сутність ІТ-права (ІТ-право як концепт)» доводить думку, що ІТ-право не можна назвати комплексною галуззю права через відсутність у нього традиційних критеріїв: предмета та методу [11].

Для розгляду суб'єктів ІТ-бізнесу, відносини яких підпадають під сферу дії ІТ-права, варто ознайомитися із самою структурою ринку ІТ. З цього приводу у статті «Ринок інформаційних технологій в Україні та світі» запропонована структура з такими елементами: апаратне забезпечення, програмне забезпечення та ІТ-послуги. Результатами підприємницької діяльності у сфері ІТ за будь-яким спрямуванням є продукт, який безпосередньо знаходить свою реалізацію в цифровому середовищі або слугує незамінним устаткуванням для такої реалізації, та послуги, що сприяють здійсненню підприємницької діяльності в цій сфері [5]. Отже, розробників продуктів інформаційних технологій можна назвати одним із найголовніших суб'єктів ІТ-права, адже вони в результаті своєї підприємницької діяльності беруть першочергову участь у формуванні сучасного цифрового середовища.

У такому випадку в першу чергу варто розглянути правовідносини, що виникають між розробником (виконавцем) та замовником ІТ-продукту. Між цими суб'єктами виникають договірні відносини, що зазвичай регулюються ст. 1112 ЦК України. Предметом таких відносин є створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. За цією нормою, одна сторона зобов'язується створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог другої сторони та в установлений строк [13]. Зокрема, такі договори за класифікацією можуть бути змішаними, якщо містять умови, які характерні для договорів підряду.

Положеннями ч. 2 ст. 1112 ЦК України зазначено, що такий договір має визначати способи та умови використання об'єкта права інтелектуальної власності замовником. Замовник може отримати або виключні, або невиключні майнові права інтелектуальної власності на створений продукт.

Варто зазначити, що сучасний ринок ІТ часто поділяють на сервісний та продуктовий. Сервісний ІТ-бізнес часто порівнюють з аутсорсингом, однак він є лише одним із способів ведення сервісного бізнесу в ІТ. Така модель передбачає, що компанія створює рішення для конкретних клієнтів та розробляє продукт, відповідно до їхніх запитів та потреб. У таких випадках превалюють договори про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності розробника до замовника. Цивільне законодавство передбачає можливість повної та часткової передачі таких виключних прав, тому їх перелік має бути обов'язково зазначений у договорі, в іншому випадку майнові права, не вказані в авторському договорі як відчужувані, вважаються непереданими.

Якщо розглядати ринок ІТ-продуктів, то такі компанії працюють над виготовленням власного унікального інноваційного продукту з метою його масштабування. Великі ІТ-компанії зазвичай патентують свої інноваційні продукти або як винаходи, або як корисні моделі, адже цивільним законодавством передбачено, що об'єктом винаходу (ст. 459 ЦК України) або корисної моделі (ст. 460 ЦК України) може бути процес у будь-якій сфері технологій. Варто зазначити, що в разі патентування ІТ-продуктів дуже важливо виконати умову промислової придатності, оскільки в такому випадку продукт має бути не просто теоретичною розробкою, а технічним вирішенням якої-небудь проблеми і застосовуватися на практиці. Шлях «патентування» є досить складним для маленьких команд стартаперів або окремих фізичних осіб-підприємців, але, за загальною практикою, як компанії з патентами, так і компанії без них, що вважаються продуктовими в ІТ, надають другій стороні невичерпні майнові права за договором, до яких зазвичай зараховують право використання продукту.

Проблемним на ринку ІТ залишається питання врегулювання відносин між розробником та його працівниками з питань працевлаштування останніх та поділу майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності. Зазвичай такі відносини врегульовуються або за трудовим договором, або за цивільно-правовим. У першому випадку сторони виступають у ролі роботодавця та працівника, у другому – в ролі замовника та підрядника (за договором підряду). У результаті може бути створений «службовий твір» (комп'ютерні програми, дизайн вебсайту тощо). Такі договори обов'язково мають містити умови про поділ майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності з урахуванням того, що в українському цивільному законодавстві з цього питання існує колізія.

Отже, у ст. 430 ЦК України передбачено, що майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності належать спільно і творцеві, і замовнику. Однак у ч. 2 ст. 16 ЗУ «Про авторське право та суміжні права» зазначається, що виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем [2]. У такому разі сторони за допомогою диспозитивного методу мають самостійно врегулювати питання з поділу майнових прав на службовий твір.

Л.Л. Тарасенко у науковій роботі «Суб'єкти правовідносин у цифровому середовищі» детально розглядає правовідношення між кількома специфічними суб'єктами:

– між власником вебсайту (реєстрантом) і реєстратором, між реєстратором та адміністратором доменного простору. Відносини між реєстрантом та реєстратором із приводу делегування реєстранту доменного імені полягають у наданні реєстратором комплексу послуг та будуються виключно на договірній основі;

– між власником вебсайту і хостинг-провайдером. Це вид договірних відносин, змістом яких є надання хостинг-компанією дискового простору для зберігання інформації (яка міститься на вебсайті) на сервері;

– між власником вебсайту і власниками вебсторінок (облікового запису). Власником вебсайту встановлюються правила, на які погоджується особа, що з моменту прийняття цих правил, стає власником вебсторінки [9].

Таким чином, можна зробити висновок, що суб'єктами ІТ-права є не лише особи, які безпосередньо беруть участь у розробці, а ті, що створюють умови для функціонування ІТ-продуктів у цифровому середовищі. Однак сфера ІТ-права поширюється не лише на відносини, що виникають із приводу здійснення підприємницької діяльності в секторі ІТ. Варто розглянути відносини, що виникають із приводу авторського права в цифровому середовищі між особами, які не беруть участь у розробці ІТ-рішень.

Інтернет-технології дають змогу здійснювати будь-які дії з різною за природою походження інформацією, у тому числі з об'єктами, які охороняються авторським правом: завантажувати, зберігати, поширювати. Однак така свобода дій може завдавати шкоди правам та інтересам людини. Відповідно до цивільного законодавства України, авторське право складається з немайнових (особистих) і майнових прав автора. Немайнові права є невідчужуваними

(з моменту створення цього твору і на весь час його існування), майнові права можна передавати іншим особам.

З огляду на те, що відносини у цифровому середовищі повністю не врегульовані, поширеними стали правопорушення, що виражаються в розміщенні недостовірної, сфальсифікованої інформації або такої, що порушує авторське право. У такому разі потерпіла особа може звернутися з вимогою про видалення такої інформації.

Відповідно до п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 р. № 1, належним відповідачем у разі поширення оспорюваної інформації в мережі Інтернет є власник вебсайту. Згідно із ЗУ «Про авторське право і суміжні права», власником вебсайту вважається особа, яка є володільцем облікового запису, встановлює порядок та умови використання вебсайту. З 2017 р. в Україні діє спеціальний порядок припинення порушень авторського права та (або) суміжних прав із використанням мережі Інтернет відповідно до ст. 52-1 Закону України «Про авторське право та суміжні права».

У разі порушення будь-якою особою авторського права та (або) суміжних прав, вчиненого з використанням мережі Інтернет, особа, права якої були порушені, має право звернутися до власника вебсайту або вебсторінки, на яких розміщена або в інший спосіб використана відповідна електронна інформація, із заявою про припинення порушення. Законодавець передбачив процедуру подання такої заяви та необхідні реквізити, серед них – вмотивоване твердження про наявність у заявника майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт авторського права і (або) суміжних прав.

Таким чином, суб'єктом ІТ-права можна назвати автора того чи іншого твору, зокрема, якщо його права були порушені в цифровому середовищі. Така особа вступає у правовідносини з приводу захисту своїх немайнових та майнових прав із власником вебсайту.

У сучасному світі актуальними визнаються питання захисту персональних даних та реалізації принципу недоторканності у цифровому середовищі. Соціальні мережі, мобільні додатки, поштові сервіси, вебсайти тощо збирають інформацію про своїх користувачів через cookies (інформації у вигляді текстових або бінарних даних, отриманих від вебсайту на вебсервері, яка зберігається в клієнта, тобто браузера, а потім відправлена на той самий сайт, якщо його буде повторно відвідано, за допомогою якої вебсервер помічає браузер користувача при відвідуванні), після чого ці дані аналізують та систематизують за певними конкретними цільовими групами з метою подальшого продажу цих даних компаніям у комерційних цілях. Таким чином, за безплатне користування онлайн-послугами особа самостійно надає згоду на аналіз інформації про себе, обробка якої забезпечує якісну конверсію.

Міжнародна спільнота вчасно реагує на виклики сьогодення та пропонує рішення у вигляді нормативно-правових актів щодо захисту конфіденційної інформації про особу. Так, у 2016 р. Парламентом Європейського Союзу був ухвалений Загальний регламент захисту даних і набув чинності він 26 травня 2018 р. Регламент встановлює норми, пов'язані із захистом фізичних осіб щодо обробки персональних даних, і норми, що стосуються вільного переміщення персональних даних. Важливо зазначити, що норми Регламенту поширюються не лише на європейські компанії, а на всі, що зареєстровані поза межами Європейського Союзу, але здійснюють послуги, орієнтовані на європейський ринок. До компаній, що знаходяться під впливом сили норми, належать і гравці українського ринку, діяльність яких пов'язана з наданням послуг особам, які є громадянами країн-учасниць Європейського Союзу.

Положення Загального регламенту захисту даних виходять із того, що кожному користувачу послуг має за замовчуванням гарантуватися максимальна приватність.

GDPR виокремлює двох суб'єктів: контролер та обробник. Завданням контролера є визначення цілей та методів обробки даних, своєю чергою обробник лише здійснює розпорядження контролера. Таким чином, відповідальність у разі порушення вимог GDPR несе контролер, хоча це не виключає вимоги до обробника запровадити стандарти GDPR. Зазвичай відносини між контролером та обробником мають договірний характер.

Таким чином, до суб'єктів ІТ-права можна зарахувати осіб будь-якої організаційно-правової форми, умовою здійснення діяльності яких є збір, зберігання та обробка персональних даних.

Розглядаючи питання про захист персональних даних у цифровому середовищі, варто розглянути і осіб, що виступають суб'єктами електронної комерції, а відповідно, суб'єктами ІТ-права. До них можна зарахувати й постачальників послуг проміжного характеру в інформаційній сфері, органи державної влади та органи місцевого самоврядування в частині виконання ними відповідних функцій у цій сфері тощо.

Варто зазначити, що п. 15 ст. 3 Закону «Про електронну комерцію» визначає суб'єкт електронної комерції як суб'єкт господарювання будь-якої організаційно-правової форми, що реалізує товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, або особу, яка придбаває, замовляє, використовує зазначені товари, роботи, послуги шляхом вчинення електронного правочину [3].

Безумовно, перелік суб'єктів правовідносин ІТ-права нині не є вичерпним, що зумовлюється безперервним розвитком інформаційних технологій. У статті проаналізовано правовий статус лише окремих суб'єктів ІТ-права, які виступають такими у відносинах із приводу авторського права в цифровому середовищі, захисту персональних даних та конфіденційності, електронної комерції та безпосередньо здійснення підприємницької діяльності в ІТ-бізнесі.

Варто зазначити недостатнє правове регулювання розглянутих у статті відносин, оскільки суспільні відносини в цифровому світі розвиваються набагато швидше, ніж право як регулятор встигає унормувати їх.

ЛІТЕРАТУРА

1. Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин у мережі Інтернет. URL: http://aphd.ua/publication-173/
2. Закон України «Про авторське право та суміжні права». URL: https://bit.ly/37gjpoT
3. Закон України «Про електронну комерцію». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text
4. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. N 2657-XIII. URL: https://bit.ly/3q5XyJE
5. Карп'як А.О. Ринок інформаційних технологій в Україні та світі. URL: https://bit.ly/3qeuwYv
6. Новицький А.М. Місце ІТ-права в загальній системі інформаційного права. URL: http://aphd.ua/publication-179/
7. Руденко М.В. Цифровізація економіки: нові можливості та перспективи. URL: http://www.economy.in.ua/pdf/11_2018/13.pdf
8. Рогова О.Г. Захист персональних даних у законодавстві Європейського союзу. URL: https://bit.ly/3mcy2jC
9. Сімсон О.Е. ІТ-Право V. Інформаційного права: на зламі епох. URL: http://aphd.ua/publication-389/
10. Тарасенко Л.Л. Суб'єкти правовідносин у цифровому середовищі. URL: https://bit.ly/3nTU8b0
11. Харитонов Є.О. Сутність ІТ-права (ІТ-право як концепт). URL: http://aphd.ua/publication-185/
12. Харитонов Є.О., Харитонова О.І. «ІТ-правовідносини» і загальна категорія правовідносин: до проблеми співвідношення. URL: https://bit.ly/369sa4V
13. Цивільний Кодекс України. URL: https://bit.ly/3q6xJcj
14. Цифрова економіка: тренди, ризики та соціальні детермінанти. URL: https://bit.ly/3mcy76U
15. General Data Protection Regulation. URL: https://bit.ly/2KCQl3k
16. Key issues for digital transformation in the G20. URL: https://bit.ly/2JhMQiq

УДК 347.94:004
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/20

НАСТАНОВИ РАДИ ЄВРОПИ ЩОДО ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ: ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ

THE COUNCIL OF EUROPE GUIDELINES ON ELECTRONIC EVIDENCE: WAYS TO IMPROVE

Каламайко А.Ю., к.ю.н.,
асистент кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Нещодавно Рада Європи прийняла перші Настанови щодо електронних доказів у цивільному та адміністративному судочинстві, однак вони вже вимагають певних змін та доповнень, щоб відповідати реаліям правозастосовної діяльності. Вбачається, що доповнені Настанови мають надавати більше практичних порад судам та юристам, що стосуються електронних доказів, а також інших аспектів інформаційно-комунікаційних технологій, які все ширше впроваджуються в судочинство. Було визначено декілька аспектів щодо використання судами Настанов, зокрема щодо швидкого розвитку систем онлайн-вирішення спорів та використання алгоритмів штучного інтелекту в судових системах. Основна увага в цій роботі зосереджена на можливих удосконаленнях, які можуть знадобитися, а також на елементах, що були вилучені на завершальному етапі підготовки Настанов. Існує думка, що деякі пункти та визначення слід відновити в Настановах, оскільки їх вилучення не було достатньо обґрунтованим. В основному це стосується фундаментального принципу прав людини, оскільки стрімке провадження технологій, яке в перспективі має покращити доступ до правосуддя, може призвести до нерівності сторін у процесі через їхню необізнаність щодо можливостей таких технологій. Електронізація може революціонізувати доступ до правосуддя для учасників судових процесів, наприклад для осіб, яким зараз важко отримати доступ до судів, а також покращити доступність шляхом надання дешевих та ефективних засобів для вирішення суперечок. Крім того, цей процес зачіпає також національні процедури щодо електронних доказів. В інтересах забезпечення права на справедливий судовий розгляд слід регулярно оновлювати Настанови, враховуючи та відображаючи технологічний розвиток, нові бізнес-моделі та еволюцію судової практики, тим самим роз'яснюючи як судам, так і учасникам процесу, як отримати максимум користі від електронних технологій у судовому процесі.
Ключові слова: електронні докази, онлайн-вирішення спорів, штучний інтелект, хмарні обчислення, блокчейн.

The Council of Europe has recently adopted the first Guidelines on Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings (the Guidelines), but they already require some changes and additions to reflect the realities of law enforcement. It is seen that the amended Guidelines should provide more practical advice to courts and lawyers on electronic evidence, as well as other aspects of information and communication technologies that are increasingly being introduced in the judiciary. Several aspects of the use of the Guidelines by courts have been identified, in particular the rapid development of online dispute resolution systems and the use of artificial intelligence algorithms in judicial systems. The focus of this paper is on possible improvements that may be needed, as well as on elements that were removed at the final stage of preparation of the Guidelines. There is an opinion that some points and definitions should be restored to the Guidelines, as their removal was not sufficiently justified. This mainly concerns the fundamental principle of human rights, as the rapid implementation of technology, which in the long run should improve access to justice, can lead to inequality in the process due to their ignorance of the possibilities of such technology. Digitalization can revolutionize access to justice for litigants, such as those who currently find it difficult to access courts, and improve accessibility by providing cheap and effective means of resolving disputes. In addition, this process also affects national procedures for electronic evidence. In the interests of ensuring the right to a fair trial, the Guidelines should be regularly updated, taking into account and reflecting technological developments, new business models and the evolution of case law, thus explaining to both courts and litigants how to make the most of electronic technologies in court process.
Key words: electronic evidence, online dispute resolution, Artificial Intelligence, cloud computing, blockchain.

Вступ. Рада Європи прийняла Настанови щодо електронних доказів у цивільному та адміністративному праві (далі – Настанови) лише нещодавно, 30 січня 2019 року [1]. Обов'язковим документом до Настанов є Пояснювальний меморандум, який пояснює положення Настанов та розкриває джерела, які були використані в Настановах. Метою даної статті є визначити, чи вже є необхідним перегляд Настанов. Це особливо важливо, оскільки Настанови потрібно час від часу оновлювати і для цього слід використовувати перший досвід їх застосування. Принагідно зауважити, що Рада Європи працює над керівництвом щодо врегулювання онлайн-суперечок (далі – ODR), яке також впливає на електронні докази. Вже в 2016 році було проведено дослідження щодо можливості Європейського комітету з питань правового співробітництва (далі – CDCJ) Ради Європи здійснити діяльність щодо механізмів онлайн-врегулювання суперечок з посиланням на статті 6 та 13 Європейської конвенції з прав людини (далі – ЄКПЛ). На продовження цього техніко-економічного обґрунтування CDCJ вирішив розпочати в 2017 році роботу з підготовки технічного дослідження як першого кроку діяльності. Це технічне дослідження було завершено та представлено CDCJ на його 93-му пленарному засіданні (14–16 листопада 2018 р.), яке затвердило його публікацію на своєму веб-сайті. Діяльність продовжується з підготовкою до кінця 2020 року проектів керівних принципів, спрямованих на забезпечення сумісності механізмів ODR зі статтями 6 та 13 ЄКПЛ.

Крім того, зростаюча потреба у використанні електронних доказів у цивільних та адміністративних провадженнях свідчить про розвиток регулювання законодавства Європейського Союзу. Положення про електронну ідентифікацію та послуги довіри для електронних транзакцій на внутрішньому ринку (далі – Регламент eIDAS) зазначає різні аспекти використання електронних доказів (такі як послуги довіри, електронні печатки, електронна відмітка часу, електронна зареєстрована служба доставки, електронний підпис) [2]. Крім того, Регламент eIDAS визначає основний принцип, згідно з яким електронні докази не повинні позбавлятись юридичної сили та допустимості як доказу в судовому процесі лише на тій підставі, що воно знаходиться в електронній формі (Стаття 25 (1), 35 (1), 41 (1), 43 (1) Регламенту eIDAS).

У свою чергу Пропозиція про внесення змін до Регламенту (ЄС) No 1206/2001 від 28 травня 2001 року про співпрацю між судами держав-членів у збиранні Європейською Комісією доказів у цивільних або комерційних справах встановлює, що сучасні комунікаційні технології [3], зокрема відеоконференції, які є важливим засобом для спрощення та прискорення збору доказів, наразі використовуються не в повному обсязі. Отже, пропозиція визнає, що прямий збір доказів за допомогою відеоконференції

повинен бути одним із засобів доказування. Слід забезпечити рівний режим та доказову цінність електронних доказів [4].

Автор не має наміру просто переказувати або узагальнювати існуючі Настанови або прийняту ними процедуру. Читачам цієї статті пропонується ознайомитись як з Настановами [1], так і з пояснювальною запискою [5]. Основна увага в цій роботі зосереджена на можливих удосконаленнях, які можуть знадобитися. Посилання на оригінальну версію Настанов робляться лише за потреби. Також буде доречним прокоментувати розділи, вилучені на завершальному етапі підготовки. Існує думка, що деякі пункти та визначення слід відновити до Керівних принципів, оскільки їх вилучення не було достатньо обґрунтованим. В основному це стосується фундаментального принципу прав людини. Окрім того, Настанови повинні безпосередньо посилатися на використання блокчейну та хмарних обчислень для захисту або обробки електронних доказів.

Окрім загального питання про можливий перегляд, існує низка додаткових конкретних академічних питань, на які потрібно відповісти. Чи повинні переглянуті Настанови надавати більше практичних порад судам та юристам стосовно електронних доказів? Чи повинні такі Настанови бути спрямовані на гармонізацію національного законодавства держав-членів чи продовжувати встановлюватися на рівні загальних принципів, що враховують усі різні правові системи? Чи слід використовувати нові правила ЄС щодо електронних доказів та постійної роботи на Гаазькій конференції як джерело натхнення для розроблення переглянутих керівних принципів?

Нові правозастосовні проблеми, які потребують внесення змін до Настанов

Суди та адміністративні органи щодня розглядають справи, що стосуються електронних доказів, поданих сторонами та іншими особами, які беруть участь у цивільному чи адміністративному провадженні [6, с. 4]. За останні роки цей процес пришвидшився. Це також безпосередньо пов'язано з розробкою систем онлайн-вирішення спорів (Online Dispute Resolution, ODR), частіше паралельно із запровадженням алгоритмів штучного інтелекту (тобто аналізу даних) у судові системи. Наразі можна говорити про те, що в зарубіжній літературі склалося два підходи до розуміння поняття ODR – вузький та широкий. Вузький підхід до розуміння зазначеного поняття охоплює собою лише онлайн ADR. Натомість широкий підхід охоплює весь спектр розгляду спорів онлайн: як онлайн ADR, так і онлайн-суди [7, с. 67]. Наприклад, у Польщі процедура отримання платіжних доручень повністю електронна. Претензія подається через індивідуальний рахунок, відкритий на спеціальній IT-платформі. Всі акти та документи доступні в Інтернеті. У Литві відеоконференції можуть бути використані в цивільних процедурах, оскільки кожен суд обладнаний принаймні одним залом для відеоконференцій, а кожен зал має аудіообладнання.

Обидва ці фактори значно посилюють оцифрування процедур та їх важливість [8]. Це також може революціонізувати доступ до правосуддя для учасників судових процесів, наприклад для осіб, яким зараз важко отримати доступ до судів [9]. Цифровізація також покращує доступ до суду шляхом надання дешевих засобів для вирішення суперечок [10]. Цей процес зачіпає також національні процедури щодо електронних доказів.

Новим викликом, який не відображений у Настановах, є швидка поява штучного інтелекту (Artifical Intelligence, AI). AI – це широка область інформаційно-комунікаційних технологій, що дозволяє автоматизувати міркування [11]. Це дозволяє приймати автоматизовані рішення, робить рекомендації та прогнози ефективними та доступними [12]. На практиці це означає, що багато цивільних та адміністративних проваджень, заснованих на трудомісткій судовій роботі, можна автоматизувати [13, с. 539–574]. Він може базуватися на повторенні зразків фактичних сценаріїв та юридичній категоризації спорів [14, с. 211–240]. Натепер компоненти AI впроваджуються в судових системах, особливо щодо аналізу даних [15]. Це також означає, що норми щодо електронних доказів повинні бути впорядковані, щоб забезпечити можливість впровадження AI у процесі. Наприклад, AI не може обробляти дані, представлені сторонами в письмовій формі (роздруківки – у цьому відношенні див. Вказівку № 9 у Настановах).

Електронні докази багато в чому відрізняються від інших видів доказів [16; 17; 18; 19; 20]. Електронними доказами (також їх називають цифровими доказами) можуть бути тексти, відео, фотографії або звукозаписи [21]. Дані можуть надходити з різних джерел, таких як мобільні телефони, веб-сайти, комп'ютери або реєстратори GPS [22, с. 14–17]. Сюди також належать дані, що зберігаються на відстані в хмарних обчисленнях, або все більше використання систем AI. Типовим прикладом електронних доказів є електронні дані, отримані з електронного пристрою, що містить відповідні метадані [22, с. 10]. З цією проблемою пов'язані технології, які сьогодні частіше використовуються для забезпечення доказів, такі як розподілені регістри (*блокчейн*) [23; 24]. Blockchain – це відносно нова технологія, яка може забезпечити більшу впевненість та безпеку електронних доказів [25; 26; 27]. Його можна визначити як розподілений регістр, який містить перелік записів (блоків), підключених та захищених криптографією та зареєстрованих у децентралізованій еквівалентній мережі. Це робить технологію блокчейну дуже корисною для доказових цілей. Однак прямого посилання на блокчейн у Настановах немає. Лише в Пояснювальному меморандумі ця технологія згадується як така, що є стійкою до модифікації даних. Це одне з головних нових питань, яке слід додатково розглянути в переглянутих Настановах.

Окрім Настанов, до цього часу було прийнято лише декілька юридичних документів, що сприяють обробці електронних доказів у цивільних та адміністративних провадженнях на міжнародному, європейському та національному рівнях. Існують лише деякі загальні та вже застарілі положення, такі як: Типовий закон про електронну комерцію, прийнятий Комісією 12 червня 1996 року після її 605-го засідання та Генеральною Асамблеєю в Резолюції 51/162 на її 85-му пленарному засіданні 16 Грудня 1996 р., включаючи додаткову статтю 5-біс, прийняту Комісією на її 31-му засіданні в червні 1998 р. Типовий закон про електронні підписи був прийнятий Комісією на її 727-му засіданні 5 липня 2001 р. Також керівні принципи, прийняті за межами Європи, тобто Проект типового закону Співдружності про електронні докази, Типові керівні принципи політики та законодавчі тексти (Гармонізація політики ІКТ, законодавство та регулятивні процедури в Карибському басейні, Міжнародне бюро розвитку телекомунікацій Союзу телекомунікацій, Женева, 2013).

Як у законодавстві, так і в судовій практиці все ще існує розрив щодо ключових технологічних принципів роботи з електронними доказами, зокрема, коли ми говоримо про використання хмарних обчислень, блокчейну або алгоритмів AI для забезпечення, подання та аналізу електронних доказів. Тому необхідність перегляду Настанов невпинно зростає. Вони повинні бути адаптовані до сучасного етапу розвитку цифровізації судів. Через такі причини ми вважаємо, що перший перегляд повинен супроводжуватися прийняттям як керівних принципів, так і визначень таких нових технологій, як хмарні обчислення, алгоритми блокчейну або AI.

На нашу думку, докази, отримані за допомогою алгоритму, хмарних обчислень, блокчейну або іншим способом, в електронному вигляді можуть бути досить надійними та достовірними в цивільних та адміністративних

процесах. На практиці найважливіше, як можна збирати такі типи доказів та які вимоги щодо прийнятності повинні бути встановлені. Вони можуть бути зібрані за допомогою спеціальних програм, а це означає, що може знадобитися певний досвід. Однак кожен із цих конкретних доказів має свою особливість. Наприклад, блокчейн є надзвичайно стійким до модифікації даних. Після запису дані в будь-якому даному блоці не можуть бути змінені в зворотному порядку без зміни всіх наступних блоків, що вимагає змови більшості мережі. Це робить блокчейн придатним для доказових цілей. Однією з можливостей забезпечити законність цифрового запису, зареєстрованого електронним способом у блокчейні, може бути декларація кваліфікованої особи. Подібним чином автентифікація доказів за допомогою хмарних обчислень та алгоритму може бути корисною та першим кроком у процесі аутентифікації. Однак якщо аутентифікація недостатня, експертиза може бути особливо актуальною.

Запропоновані доповнення до Настанов

Вбачається, що низка нових проблем має бути вирішена вдосконаленням та доповненням Настанов. Передусім ключовий принцип щодо прав людини слід відновити серед основних принципів Настанов. Його вилучення на завершальній стадії підготовки Настанов звучить дивно, оскільки Керівні принципи були підготовлені Радою Європи відповідно до практики Європейського суду з прав людини.

Можна стверджувати, що, очевидно, Настанови слід читати разом з іншими керівними принципами та практикою ЄСПЛ. Тим не менше, Настанови регламентують особливо чіткий тип доказів, на які застосування загальних правил захисту прав людини та практики ЄСПЛ може вимагати певного погляду. Більше того, явне посилання на права людини (наприклад, право на приватне життя) може привернути увагу практикуючих юристів та вимагати врахування захисту прав людини під час роботи з електронними доказами в кожному конкретному випадку.

На нашу думку, Настанови повинні складатися таким чином, щоб посилити ефективність та якість правосуддя. Це особливо важливо, оскільки норми щодо електронних доказів, прийняті натепер у державах-членах, не в достатній мірі зосереджені на процесуальних гарантіях, а на тому, щоб суперечка була ефективно вирішена економічно [28]. Це виклик забезпечити, щоб правила електронних доказів відповідали праву на справедливий судовий розгляд, яке встановлено у статті 6 Європейської конвенції з прав людини. Дуже важливо, щоб Настанови сприяли більш ефективному доступу до правосуддя. Перероблена версія Настанов повинна бути складена таким чином, щоб питання цифрового розриву було адекватно вирішене. Важливо встановити, що сторони в процесі не потрапляють у невигідне становище через їх недостатнє розуміння того, як використовуються технології. Процесуальні норми щодо електронних доказів повинні бути максимально зручними для користувача в тому значенні, що вони не працюють таким чином, що може зашкодити інтересам будь-якої зі сторін.

Як зазначалося вище, основний принцип Настанов, який був видалений на завершальній стадії підготовки, посилався на верховенство права та неприпустимість електронних доказів, отриманих незаконним способом (наприклад, унаслідок порушення конфіденційності або даних правила нерозглошення). Прикладом може бути вилучення електронного пристрою без рішення суду, передбаченого законом, а також докази, отримані стороною шляхом злому ІТ-системи. Наприклад, із практики ЄСПЛ випливає, що докази, зібрані внаслідок порушення роботодавцем принципів захисту приватності працівника, можуть бути неприпустимими через порушення принципу пропорційності. У фундаментальній справі *Bărbulescu v. Romania* Велика палата ЄСПЛ встановила, що румунські суди, переглядаючи рішення роботодавця про звільнення працівника після моніторингу його електронних комунікацій, не змогли встановити справедливий баланс між правом працівника поважати своє приватне життя та листування і правом свого роботодавця вживати заходів для забезпечення безперебійного функціонування компанії [29]. Докази, зібрані таким чином (з порушенням права на приватне життя), не сумісні з правом на справедливий суд і не повинні бути прийнятними. Тим не менше, виникає складне питання, коли електронні докази збираються без відома та прийняття особи, але це свідчить про те, що особа вчинила злочин. У нещодавній справі *López Ribalda and others v. Spain* Велика палата ЄСПЛ установила, що спостереження за працівниками прихованими камерами (про що працівники не знали) відповідає праву на приватне життя, оскільки відеозаписи використовувались лише для того, щоб відстежувати винних у збитках товарів із магазину та вживати проти них дисциплінарні заходи [30]. Також суд установив, що національні норми забезпечували суттєві процесуальні гарантії в цій справі. Отже, переглянута версія Настанов повинна включати цей значний розвиток у збір електронних доказів.

Інший розділ, що вимагає більш детального розроблення в Настановах, полягає в тому, як можна оскаржити автентичність або цілісність електронних доказів (порівняйте існуючі вказівки № 18–24 Настанов), зокрема щодо доказів, отриманих із хмарних обчислень, блокчейну або за допомогою алгоритмів AI. Настанови можуть передбачати відповідні конкретні механізми, наприклад, у формі додатку до Настанови, що пояснює характеристики блокчейну, з метою полегшення такого виклику. Більше того, в Настановах повинно бути чітко визначено, що сторонам слід повністю дозволити оскаржувати висновки експертів, якщо такі докази, ймовірно, визначатимуть результат розгляду справи (порівняйте вихідну настанову № 18 Настанов). У зв'язку з цим принципи правової визначеності та захисту законних сподівань сторін вказують на те, що сторони можуть покладатися на попередні рішення, прийняті судом, коли факти справи, що розглядається, були подібними до тих, що були в поточному провадженні. Рекомендується, щоб сторони могли структурувати свої докази на основі таких рішень. Отже, з міркувань юридичної визначеності та послідовності переглянута версія Настанов повинна враховувати такі рішення щодо переваги, відступаючи від них лише там, де для цього є вагомі та достатні причини. Варто зазначити, що ЄСПЛ визнав, що принцип правової визначеності передбачає, що сторона, яка покладається на оцінку, зроблену судом у попередній справі щодо питання, котре також виникає в цій справі, може законно розраховувати на виконання судом попереднього рішення, якщо тільки існує поважна причина відступу від нього (Siegle v. Romania, §§ 38–39, Rozalia Avram v. Romania, §§ 42–43 §§ 38–39).

Нові способи ідентифікації джерела доказів, тобто у випадку доказів, отриманих із блокчейну, використання алгоритмів AI або хмарних обчислень, також повинні бути представлені в Настановах. Відсутні пункти в існуючій версії Настанов – це саме ідентифікація джерела доказів у випадку блокчейну, хмарних обчислень або алгоритмів AI. Важливо, щоб не було питання про шахрайські дані. Відокремлення цифрової ідентичності від фізичної породжує проблеми, пов'язані з джерелом доказів. У зв'язку з цим Настанови можуть містити чіткі вказівки щодо того, що підтвердження особи оператором платіжної системи може використовуватися як механізм ідентифікації.

Ще більше уваги в переглянутій версії Настанов слід приділити усвідомленню потенційного доказового значення метаданих [31, с. 28]. Метадані в даний час визначаються в Настановах як дані, що стосуються інших даних. Мальовнича метафора – називати це «цифровим відбитком» електронних доказів. Він може містити важливі

доказові дані, такі як дата та час створення або модифікації файлу чи документа, дані про автора чи дату та час відправлення. Через технологічні труднощі переглянута версія Настанов повинна наводити приклади того, як метадані слід збирати та оцінювати на практиці. Оскільки для збору метаданих можуть знадобитися певні додаткові комп'ютерні програми та конкретні знання, Настанови можуть указувати, як учасники процесу повинні вирішувати це практичне завдання. Крім того, оскільки метаданими можуть маніпулювати, Настанови можуть пояснити, як суди повинні оцінювати метадані та виявляти, чи вони були змінені.

Настанови також повинні охоплювати проблему маніпуляцій з електронними доказами та шляхи виявлення фальсифікації доказів (порівняйте існуючі вказівки № 10–11 Настанов). На наш погляд, тягар установлення достовірності електронних доказів, що здійснюється стороною, яка прагне покластись на неї (наприклад, шляхом надання заяви експерта), повинен регулюватися в переглянутих Настановах. Судді та юристи також повинні пройти обов'язкову підготовку (а не просто бути проінформованими) про розвиток інформаційних технологій та процесів, які можуть вплинути на цінність електронних доказів.

Однією з найскладніших частин, яку потрібно врегулювати, є визначення законодавства, яке застосовується до доказів, отриманих стосовно транскордонних справ, та доступних засобів правового захисту, наприклад у випадку невиконання судових повноважень та цілісності судового розгляду (неповага до суду) або завідомо неправдивих показань. Існуючі Настанови № 12–13 не є задовільними в цьому відношенні, хоча ми розуміємо, що це питання дуже складне і вимагає великої додаткової роботи. Однак ми вважаємо, що це саме правильний виклик для переглянутих настанов щодо забезпечення стандартів передачі електронних доказів між іноземними судами [32]. Корисно, що Європейський Союз працює паралельно над такими новими стандартами. Тим не менше, завдання Ради Європи полягає не в тому, щоб повторити чи поширити рішення Європейського Союзу на інші держави, а навпаки, розробити більш універсальні правила. Слід взяти до уваги, що хоча використання доказів може бути суто національним, частіше воно є транскордонним. Прикладом може бути розташування в іноземній країні хмарних обчислень або інфраструктури блокчейнів, що використовуються для обробки або зберігання даних, або місцезнаходження постачальника, який дозволяє зберігати або обробляти дані. У переглянутій версії Настанов слід зробити акцент на безпосередній співпраці між судами та постачальниками хмарних послуг у транскордонних справах та надати конкретні вказівки, якими повинні бути результати такої співпраці (наприклад, щодо забезпечення вилучення електронних доказів) [33, с. 671–682].

Хмарні обчислення – прекрасний приклад транскордонних технологій за своєю природою. Спільний доступ до даних у хмарі означає зберігання різних частин бази даних на різних серверах, які можуть бути розташовані в різних фізичних місцях [34, с. 3–4]. Зберігання даних, які можуть становити електронні докази в хмарі, вже стало звичною практикою. Глобальний характер Інтернету та зростаюче використання хмарних послуг спростовують припущення, що доступ до даних та їх обробка є суто національними. Проблема полягає в тому, що між національними процесуальними нормами щодо вивезення доказів за кордон існують суттєві відмінності. Суди, які використовують докази за кордоном, повинні враховувати ці відмінності.

Вищевикладене не має на меті представити вичерпний перелік питань, що виникають у контексті електронних доказів і які можуть стати предметом переглянутих Настанов. Вони повинні враховувати та відображати всі відповідні та останні технологічні розробки, нові бізнес-моделі та еволюційну прецедентну практику.

На нашу думку, переглянута версія Настанов не повинна встановлювати обов'язкові правові стандарти. За своєю суттю вона не є зобов'язуючим документом (т.з. *м'яке право*) і не має на меті гармонізувати національне законодавство держав-членів. Також Настанови не слід тлумачити як такі, що передбачають певну юридичну цінність електронних доказів. Нарешті, Настанови повинні бути сформульовані таким чином, щоб ураховувати різні правові системи держав-членів Ради Європи. Тим не менше, рекомендується, щоб вони мали характер практичного набору інструментів. Настанови повинні бути не лише декларацією принципів, а і практичними вказівками. З цієї причини ми вважаємо, що Настанови можуть бути доповнені більш технічними та детально розробленими додатками. Прикладом може бути перелік проблем, пов'язаних із використанням хмарних обчислень для забезпечення та вилучення електронних доказів [35].

Висновки. Настанови, прийняті Радою Європи, є першим міжнародним документом, який пояснює, як суди повинні обробляти електронні докази в цивільних та адміністративних процесах. Їх було прийнято відповідно до національного законодавства держав-членів Ради Європи та стандартів прав людини, встановлених у судовій практиці ЄСПЛ. Тим не менше, на нашу думку, через швидкі зміни в технології та правовому регулюванні електронних доказів Настанови слід переглянути. Крім того, поточна версія Настанов не стосується деяких особливо важливих аспектів електронних доказів.

Електронні докази, пов'язані з хмарними обчисленнями, блокчейном, алгоритмами AI, навряд чи пояснюються в Настановах або Пояснювальному меморандумі. Однак такі типи електронних доказів є особливо складними для судів та юристів, тому що стосуються оцифровки суду, і бракує міжнародних стандартів, які регулюють ці питання. У переглянутій версії Настанов слід не лише визначити такі типи електронних доказів, але й пояснити особливості, як їх слід збирати та оцінювати на практиці.

Також пропонується додавати нові розділи до Настанов. Поточна версія Настанов та національне регулювання держав-членів зосереджені не в достатній мірі на процедурних гарантіях, а на тому, щоб суперечка була ефективно вирішена економічно. Тим не менше, розвиток судової практики ЄСПЛ щодо збору електронних доказів (за допомогою відеоспостереження) та захисту права на приватне життя є особливо важливим. Збір електронних доказів тісно пов'язаний з правом на приватне життя. Настанови повинні розглядати необхідність захисту права на приватне життя з правом збору електронних доказів та способу встановлення справедливого балансу між цими двома правами.

Іншою важливою сферою, яку слід дослідити в переглянутій версії Настанов, є транскордонна передача електронних доказів. Часто електронні докази можуть знаходитися в іншій країні, ніж суд, який розглядає справу. У такому випадку виникає необхідність передавати інформацію або збирати її у співпраці з іноземним судом (іншими установами та навіть приватними структурами). Існуюча версія Настанов не є задовільною вцьому відношенні, хоча ми розуміємо, що це питання є дуже складним і вимагає широкого розгляду. Однак це якраз правильний виклик для переглянутої версії Настанов забезпечити стандарти передачі електронних доказів як між іноземними судами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on electronic evidence in civil and administrative proceedings (Adopted by the Committee of Ministers on 30 January 2019, at the 1335th meeting of the Ministers' Deputies), 30 January 2019, CM(2018)169-add1final. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680902e0c
2. Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC OJ L 257, 2014.
3. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (COM/2018/378 final).
4. Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (SWD/2018/285 final).
5. The Explanatory Memorandum to the Guidelines. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680902e0e
6. Biasiotti M., Bonnici J., Cannataci F. Turchi, Introduction: Opportunities and Challenges for Electronic Evidence, in: Handling and Exchanging Electronic Evidence Across Europe / M. Biasiotti et al ; ed. M. Biasiotti. Cham, 2018. P. 4.
7. Цувіна Т.А. Онлайн суди та онлайн вирішення спорів у контексті міжнародного стандарту доступності правосуддя: міжнародний досвід. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 149. С. 62–79. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2020_149_7
8. Online Dispute Resolution and Compliance with the Right to a Fair Trial and the Right to an Effective Remedy (Article 6 and 13 of the European Convention of Human Rights). Technical Study on Online Dispute Resolution Mechanisms – prepared by Prof Julia Hörnle, CCLS, Queen Mary University of London, Matthew Hewitson (South Africa) and Illia Chernohorenko (Ukraine), Strasbourg, 1 August 2018, CDCJ(2018)5.
9. Hörnle J. Cross-border Internet Dispute Resolution. Cambridge University Press, 2009.
10. Hörnle J. Encouraging Online Alternative Dispute Resolution (ADR) in the EU and Beyond, European Law Review. 2013. Volume 38 (2). P. 187–208.
11. Recommendation of the OECD Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, Adopted on: 22/05/2019. URL: https://legalin- struments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449
12. A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework. Prepared by the Expert Committee on human rights dimensions of automated data processing and different forms of artificial intelligence (MSI-AUT). Rapporteur: Karen Yeung, DGI(2019)05.
13. Scherer M. Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? *Journal of International Arbitration*. 2019. Vol. 36. № 5. P. 539–574.
14. ODR: an Artificial Intelligence Perspective, Artificial Intelligence Review / D. Carneiro et al. 2014. Volume 41. P. 211–240.
15. A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines. Definition developed for the purpose of the deliverables of the High-Level Expert Group on AI Brussels, 18 December 2018. URL: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai
16. George L. Paul, Foundations of Digital Evidence (American Bar Association), 2008.
17. Paul R. Rice, Electronic Evidence – Law and Practice. 2nd edn. American Bar Association, 2009.
18. Stanfield A. Computer Forensics, Electronic Discovery & Electronic Evidence (LexisNexis Butterworths, 2009), Stephen Mason, ed, Electronic Evidence. 3rd edn, LexisNexis Butterworths, 2017.
19. Mason S. ed, International Electronic Evidence. British Institute of International and Comparative Law, 2008.
20. Каламайко А.Ю. Електронні докази в цивільному процесі : монографія. Харків : Право, 2017. 176 с.
21. Bonnici J., Tudorica M., Cannataci J. The European Legal Framework on Electronic Evidence: Complex and in Need of Reform, in: Handling and Exchanging Electronic Evidence Across Europe ; ed. M. Biasiotti et al. Cham, 2018. P. 190.
22. Weir G., Mason S. The sources of electronic evidence, in: Electronic Evidence ; ed. S. Mason, D. Seng. London, 2017. P. 14–17.
23. Pilkington M. Blockchain Technology: Principles and Applications, Research Handbook on Digital Transformations. Edward Elgar, 2016. URL: https://ssrn.com/abstract=2662660
24. Distributed Ledger Technology: beyond block chain, A report by the UK Government Chief Scientifc Adviser, Government Office for Science. London, 2016. URL: https://www.gov.uk/govern- ment/uploads/system/uploads/attachment_data/ file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf
25. Neisse R., Steri G., Fovino I. A blockchain-based approach for data accountability and provenance cracking, w: Proceedings of the 12th International Conference on Availability, Reliability and Security, Reggio Calabria, Italy, 29 August–01 September 2017. P. 14:1– 14:10. URL: https://doi.org/10.1145/3098954.3098958
26. Vukolic M. Rethinking permissioned blockchains, w: ACM Workshop on Blockchain, Cryptocurrencies and Contracts (BCC 2017), April 2017. URL: http://vukolic. com/rethinking-permissioned-blockchains-BCC2017.pdf
27. Jokubauskas R., Świerczyński M. 'Is revision of the council of Europe guidelines on electronic evidence already needed?' (2020) 16(1) Utrecht Law Review. P. 13–20.
28. Vitkauskas D., Dikov G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights: A handbook for legal practitioners, Council of Europe 2017. URL: https://rm.coe.int/protecting-the-right-to-a-fair-trial-under-the-european- convention-on-/168075a4dd
29. ECtHR judgment of 5 September of 2017 in case Bărbulescu v. Romania, petition No. 61496/08.
30. ECtHR judgment of 17 October 2019 in case López Ribalda and others v. Spain, petitions No. 1874/13 8567/13.
31. Schafer B., Mason S. The Characteristics of Electronic Evidence, in: Electronic Evidence: Disclosure, Discovery and Admissibility ; ed. S. Mason, P. Argy, & D. Begg. Butterworth, 2010. P. 28.
32. Svantesson D. Law enforcement cross-border access to data, Preliminary Report, November, 2016.
33. Jerker D., Svantesson D., van Zwieten L. Law enforcement access to evidence via direct contact with cloud providers – identifying the contours of a solution. *Computer Law Security Review*. 2016. Vol. 32. P. 671–682.
34. Vincent M., Hart N. Legal issues in the cloud. *Computers & Law.* 2011. Vol. 79. P. 3–4.
35. "Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe" Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 27.9.2012 COM(2012) 529 final, SWD(2012) 271 final.

УДК 347.774-021.453(477+100)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/21

ОСОБЛИВОСТІ ПАТЕНТУВАННЯ СЕКРЕТНИХ ВИНАХОДІВ В УКРАЇНІ ТА АНАЛІЗ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ

PECULIARITIES OF PATENTING OF SECRET INVENTIONS IN UKRAINE AND ANALYSIS OF FOREIGN EXPERIENCE

Канарик Ю.С., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного та господарського права
Національний університет біоресурсів і природокористування України

Філоненко В.В., студент І курсу магістратури
юридичного факультету
Національний університет біоресурсів і природокористування України

Статтю присвячено визначенню особливостей патентування секретних винаходів в Україні та зарубіжного досвіду в цій сфері. Зокрема, встановлено, що під секретним винаходом варто розуміти винахід, що містить інформацію, віднесену до державної таємниці, права на який засвідчуються патентом на секретний винахід.

Встановлено, що до об'єктів винаходу належить: продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо) та процес (спосіб). Не можуть визнаватися об'єктами винаходу: сорти рослин і породи тварин; біологічні у своїй основі процеси відтворення рослин і тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів; компонування напівпровідникових виробів, хірургічні чи терапевтичні способи лікування людини або тварини, способи діагностики організму людини або тварини та результати художнього конструювання. У загальному випадку строк їхньої дії залежить від строку засекречуваності винаходу й не перевищує строк дії охорони патенту на винахід.

З'ясовано, що в національних законах існують загальноправові підходи щодо регулювання питань секретних об'єктів промислової власності, що включає в себе його поняття і, що найважливіше, висвітлює інтерес захисту безпеки держави та її суспільства, і це є пріоритетною ціллю будь-якої держави. Для забезпечення такої задачі держава здійснює контроль за діяльністю своїх фізичних та юридичних осіб.

Визначено такі окремі підходи у сфері правового регулювання секретних винаходів, як засекречування, проведення експертизи, видача патенту, виплата компенсації, публікація відомостей про патент.

Встановлено, що правове регулювання патентування секретних винаходів в Україні потребує вдосконалення з урахуванням зарубіжного досвіду. Зокрема, запропоновано запозичити зарубіжний досвід США і Великобританії, сутність якого зводиться до того, що, засекречуючи винаходи, держава в особі уповноваженого на те компетентного органу розпоряджається цим винаходом на власний розсуд. Разом із тим після розсекречування секретного винаходу власнику надається можливість отримати дохід протягом певного строку дії.

Ключові слова: патент, патентування, секретний винахід, законодавство України, зарубіжний досвід.

The article is devoted to outlining the features of patenting secret inventions in Ukraine and foreign experience in this field. In particular, it is established that a secret invention should be understood as an invention containing information classified as a state secret, the rights to which are certified by a patent for a secret invention.

It is established that the objects of the invention include: product (device, substance, strain of microorganism, cell culture of plants and animals, etc.), process (method), or their new application. Plant varieties and animal breeds cannot be recognized as objects of the invention; basically biological processes of reproduction of plants and animals that do not belong to non-biological and microbiological processes; topographies of integrated circuits and results of artistic design. In the general case, their term depends on the term of classification of the invention and does not exceed the term of protection of the patent for the invention.

It was found that in national laws there are general legal approaches to the regulation of secret objects of industrial property, which includes its concept and, most importantly, highlights the interest in protecting the security of the state and its society, and this is a priority goal of any states. And to ensure such a task, the state exercises control over the activities of its individuals and legal entities.

The following separate approaches in the field of legal regulation of secret inventions are defined: classification, examination, issuance of a patent, payment of compensation, publication of patent information.

It is established that legal regulation of patenting of secret inventions in Ukraine needs to be improved taking into account foreign experience. In particular, it is proposed to borrow the foreign experience of the United States and Great Britain, the essence of which is that by classifying inventions, the state in the person of the authorized competent authority disposes of the invention at its discretion. However, after declassifying the secret invention, the owner is given the opportunity to receive income for a certain period of validity.

Key words: patent, patenting, secret invention, legislation of Ukraine, foreign experience.

Вступ. Патентна система є однією з найуспішніших і найважливіших складових частин системи забезпечення прав інтелектуальної власності. Патентування винаходів є фактором, який надає суттєві конкурентні переваги суб'єктам винахідницької діяльності, а кількість поданих заявок та зареєстрованих патентів є важливим показником результативності такої діяльності. Проте на сучасному рівні розвитку українського законодавства існують деякі недоліки в частині регулювання охорони прав на секретні винаходи, усунення яких видається нам можливим шляхом імплементації відповідного зарубіжного досвіду у вітчизняне законодавство.

У сучасній правовій науці вивченню питання патентування приділено значну увагу. Зокрема, особливості патентування секретного винаходу, патенту й патентування в цілому досліджували українські та російські науковці, серед яких: В.С. Дроб'язко, Є.І. Ходаківський, В.П. Якобчук, І.Л. Литвинчук та багато інших. Однак зарубіжний досвід патентування секретних винаходів розглядається лише в поодиноких працях, які мають здебільшого обмежений характер, що у свою чергу зумовлює актуальність даного дослідження.

Метою цього дослідження є визначення особливостей патентування секретних винаходів в Україні та аналіз зарубіжного досвіду в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до безпосереднього вивчення питання, насамперед зауважимо, що першим прототипом патенту були привілеї, відповідно до яких суверен надавав особливе право іншій особі. Привілеї могли містити різні права і в тому числі підстави їх

надання. Першими привілеями, що надавались на використання нової техніки, могли користуватись як винахідники, так і особи, котрі впроваджували техніку, яка вже відома в зарубіжних країнах.

Ще у березні 1474 року було прийнято положення про форму привілеїв «Венеціанський патентний статут», що вважається першою законодавчою патентною системою в Європі та найбільш ранньою кодифікованою патентною системою у світі. Статут був написаний на старовинному венеціанському діалекті. Згідно з його положеннями патенти могли бути надані для «будь-якого нового й оригінального пристрою, який не вироблявся», за умови, що він був корисним. Загалом, ці принципи все ще залишаються основними принципами патентного права в усіх сучасних країнах [1, с. 210].

Право на патент становило виключне право, дане на певній території, на певний період часу відповідно до трьох критеріїв: новизна, винахідницький рівень і промислова придатність винаходу, в обмін на розкриття патентної інформації громадськості. Згодом унаслідок організації перших міжнародних промислових виставок виникла необхідність охорони експонованих там зразків. Оскільки охорона винаходів, знаків та промислових зразків надавалася у вигляді виключних прав на використання, а також закони держави в галузі охорони промислової власності регулювали тільки ті дії, які були здійснені в цій державі, першочерговим завданням стало створення правової бази, котра змогла би визначити правовий режим охорони нематеріальних об'єктів і забезпечити їхню охорону за межами тієї чи іншої держави. Одним зі шляхів вирішення виниклої проблеми було створення спільних міждержавних норм, що визначають перелік об'єктів, яким має бути надана охорона. Зазначене зумовило прийняття Паризької конвенції про охорону промислової власності, що набула чинності 07.07.1884 року та діє донині. Держави, що підписали Паризьку конвенцію, утворили Міжнародний союз з охорони промислової власності, можливість вступу до якого відкрита для всіх держав. Об'єктами охорони Паризька конвенція проголосила об'єкти промислової власності: патенти, корисні моделі, промислові знаки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування та вказівки про походження чи найменування місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції [2, с. 1].

Прийняття Паризької конвенції вирішило низку питань. Зокрема, йдеться про:

1) забезпечення так званого «національного режиму», який полягає в наданні громадянам інших держав-учасниць Союзу (і тим, хто до них прирівняний згідно зі ст. 3 Паризької конвенції) такої ж охорони промислової власності, як і своїм громадянам, не маючи при цьому права вимагати взаємності, оскільки передбачається, що Паризька конвенція достатньо забезпечує таку взаємність зобов'язаннями, що накладаються на держави з їх приєднанням до неї. Тож, держави взаємно забезпечують не рівність конкретних прав, а рівність у правах іноземних заявників та своїх громадян, тобто іноземці отримують лише ті права, якими користуються громадяни цієї держави;

2) надання права конвенційного пріоритету, тобто права на підставі правильно оформленої першої заявки, поданої в одній з договірних держав, протягом певного строку просити охорону результатів інтелектуальної власності в будь-якій іншій договірній державі, зберігаючи при цьому, як дату подання в будь-якій іншій державі, дату подання першої заявки.

Наприкінці 60-х – початку 70-х років XX століття у зв'язку зі швидким зростанням кількості заявок на винаходи проблема патентування постала особливо гостро, ідея співпраці в технічній сфері розгляду заявок на винаходи за збереження повного суверенітету національних патентних відомств над правовими питаннями була реалізована відразу у двох міждержавних договорах. Були розроблені та майже водночас набули чинності регіональна угода – Європейська патентна конвенція (далі – ЄПК) і міжнародний договір – Договір про патентну кооперацію (далі – PCT). У кожному з цих документів було зроблено спробу не лише уніфікувати формальні вимоги до заявок, але й урегулювати питання, що стосуються проведення патентного пошуку та експертизи.

Для України після встановлення незалежності першим нормативно-правовим актом щодо охорони промислової власності стала постанова Президії Верховної Ради України від 02.12.1991 року «Про деякі організаційні заходи щодо забезпечення охорони промислової власності». Першим законодавчим актом у сфері охорони промислової власності було «Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні» від 18.09.1992 року. Цим правовим актом фактично й було введено єдину форму охорони винаходів та промислових зразків – патент [3, с. 187].

Водночас відповідно до ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» патентом називають охоронний документ, що засвідчує пріоритет, авторство і права на винахід (корисну модель). У свою чергу секретний винахід – це винахід, що містить інформацію, віднесену до державної таємниці, права на який засвідчуються патентом на секретний винахід [4, с. 1]. Якщо винахід не суперечить публічному порядку, принципам гуманності й моралі та відповідає умовам патентоздатності, йому надається правова охорона.

До об'єктів винаходу належить: продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо) та процес (спосіб). Не можуть визнаватися об'єктами винаходу: сорти рослин і породи тварин; біологічні у своїй основі процеси відтворення рослин та тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів; компонування напівпровідникових виробів, хірургічні чи терапевтичні способи лікування людини або тварини, способи діагностики організму людини або тварини та результати художнього конструювання. Існують особливості й у строках дії секретних патентів. У загальному випадку строк їхньої дії залежить від строку засекречуваності винаходу й не перевищує строк дії охорони патенту на винахід [5].

Нагадаємо, що строк дії для несекретних патентів на винахід становить 20 років. Строк засекречуваності винаходу залежить від строку, протягом якого діє рішення про віднесення інформації до державної таємниці, яка зазначена у Зводі відомостей, що становлять державну таємницю України. Це рішення встановлюється державним експертом з питань таємниць з урахуванням ступеня секретності інформації. Критерії визначення ступеня секретності встановлюються Службою безпеки України. Строк засекречування для інформації зі ступенем секретності «особливої важливості» становить 30 років, для «цілком таємно» – 10 років та 5 років – для інформації зі ступенем «таємно» [5].

Слід пам'ятати про ще одну особливість патентування секретного винаходу (корисної моделі), яка не пов'язана із процедурою засекречування/ розсекречування винаходу (корисної моделі) державним експертом з питань державної таємниці. Йдеться про службові винаходи (корисні моделі). Службовий винахід створюється працівником під час виконання службових обов'язків чи доручень роботодавця, за умови, що трудовим договором (контрактом) не передбачене інше. Важливою умовою для найманого працівника є факт використання досвіду, виробничих знань, секретів виробництва і обладнання роботодавця. У разі створення службового винаходу, як це визначено ст. 429 Цивільного кодексу України, особисті немайнові права інтелектуальної власності на створений об'єкт за

виконання трудового договору належать працівнику, який створив об'єкт, якщо інше не передбачене законом, а майнові права інтелектуальної власності на об'єкт належать або працівнику, який створив об'єкт, або юридичній чи фізичній особі, в якої він працює. У загальному випадку майнові права спільні [6].

Створення службового винаходу має низку особливостей, які не враховуються та призводять до порушення прав їхніх авторів. Найбільш типовою помилкою є невизначеність у трудових договорах (контрактах) між винахідником та роботодавцем майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності, а також умови виплати винагороди і її розмір за створення та використання службового винаходу. З огляду на ст. 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» право на одержання патенту на службовий винахід має роботодавець винахідника.

У разі якщо винахідник подав роботодавцю письмове повідомлення про створений ним службовий винахід, роботодавець протягом чотирьох місяців повинен подати до Укрпатенту заявку на видачу патенту на винахід (корисну модель) або передати право на реєстрацію патенту іншій особі, або прийняти рішення про збереження службового винаходу (корисної моделі) як конфіденційної інформації [4].

Протягом цього строку роботодавець повинен укласти з винахідником письмовий договір щодо розміру та умов виплати йому (його правонаступнику) винагороди відповідно до економічної цінності винаходу (корисної моделі) або іншої вигоди, яка може бути одержана роботодавцем.

Необхідно зазначити, що коли роботодавець приймає рішення зберегти винахід як конфіденційну інформацію, він може це зробити у вигляді комерційної таємниці. Це пояснюється тим, що на відміну від винаходу, який є результатом творчості, комерційна таємниця одночасно є і певним ідеальним об'єктом, і результатом творчості [7, с. 12].

Щодо прав власника на патент цікавим є факт виключного права, яке закріплено в статті 28 ЗУ «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», де зазначається, що «патент надає користувачу виключне право використовувати винахід або корисну модель на власний розсуд, якщо воно не порушує прав інших прав».

Необхідно зазначити, що використання секретного винаходу обмежується ЗУ «Про державну таємницю» та відповідним рішенням держексперта. За власником залишається право розпоряджатися своїм правом, наприклад, надавати дозвіл будь-якій особі використовувати секретний винахід у своїх цілях на підставі ліцензійного договору, а в разі передачі права власності на винахід або корисну модель – виключно за погодженням з держекспертом.

Примусове відчуження патенту на секретний винахід за його невикористання зазвичай не застосовується. Щодо вищезазначеного «ліцензійного договору», то ліцензія на застосування секретного винаходу може бути видана власником особі, й тільки тій, що має дозвіл на доступ до такого винаходу, погодженого державним експертом.

Що ж стосується національного законодавства зарубіжних країн, у національних законах існують загальноправові підходи щодо регулювання питань секретних об'єктів промислової власності, що включає в себе його поняття і, що найважливіше, висвітлює інтерес захисту безпеки держави і її суспільства, і це є пріоритетною ціллю будь-якої держави. Для забезпечення такої задачі держава здійснює контроль за діяльністю своїх фізичних та юридичних осіб, що стосується інтересів національної безпеки. Існують такі окремі підходи у сфері правового регулювання секретних винаходів, як: засекречування, проведення експертизи, видача патенту, виплата компенсації, публікація відомостей про патент. Так, відомості про винаходи не публікують, якщо вони є державною таємницею (Німеччина), якщо публікація може завдати шкоди національної безпеці (США), обороні держави або безпеці громадян (Великобританія), якщо це зазначено міністром національної оборони (Франція). Всі ці держави, як правило, кожен рік здійснюють перегляд режиму секретності щодо винаходів [8, с. 276]. Відповідне засекречування інформації стосовно винаходів здійснюється за рішенням або клопотанням уповноважених на те компетентних державних органів. Дозвіл щодо ознайомлення з матеріалами заяв на патенті винаходи, на публікацію яких накладено заборону, може надати тільки компетентний орган влади Великобританії, Німеччини, США, Франції.

Цікавою є практика у США та Великобританії щодо встановлення інформації, що секретний винахід відповідає всім вимогам патентоздатності, які раніше вже були описані, але видача такого патенту може не настати. У Німеччині, Франції, США патент на секретний винахід може бути не видано і використано на потреби національної безпеки.

Загалом, порівнюючи законодавство України із законодавством США, Франції, Великобританії, можна дійти висновку, що законодавство цих держав схоже з нашим. Наприклад, заяви на винахід розглядаються на наявність у них матеріалів й інформації, що відносяться до державної таємниці. Також схожість у тому, що заяви, які надходять до експертизи, і сама експертиза здійснюються єдиним органом, у нашому випадку це – «Укрпатент», який уповноважений розглядати наявні заяви на винахід.

Водночас правове регулювання патентування секретних винаходів в Україні потребує вдосконалення. Наприклад, одна з проблем полягає в тому, що за власником закріплюється «часткове» право власності. Така ситуація пов'язується з тим, що під час реалізації права власності він автоматично попадає в коло зору дії законодавства про національну безпеку держави. І це таки ставить його в невигідне матеріальне становище, якщо йдеться про власника звичайного патенту. Щоб усунути таку суперечність між двома сторонами, власником безпосередньо самого патенту і державою, слід роз'єднати правомочності цих сторін, як це зробили свого часу США і Великобританія. У вказаних країнах за умови встановлення, що секретний винахід відповідає всім вимогам патентоздатності, видача патенту зупиняється. Засекречуючи винаходи, держава в особі уповноваженого на те компетентного органу розпоряджається цим винаходом на власний розсуд. Разом із тим після розсекречування секретного винаходу власнику надається можливість отримати дохід протягом певного строку дії.

Висновки. Результати здійсненого дослідження дозволяють зробити висновок про те, що законодавство України є дещо схожим із законодавством деяких зарубіжних країн. Маємо на увазі положення щодо розгляду заявки на секретний винахід, в якому перевіряється наявність інформації, що віднесена до державної таємниці, і щодо єдиного органу, який здійснює перевірку даної заявки. Попри це, українське законодавство в частині регулювання патентування секретних винаходів все ще потребує подальшого вдосконалення з урахуванням зарубіжного досвіду провідних країн світу.

Насамкінець, зазначимо, що питання особливостей патентування секретних винаходів в Україні та зарубіжний досвід у цій сфері потребують подальших наукових розвідок.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дроб'язко В.С., Дроб'язко Р.В. Право інтелектуальної власності: навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 511 с.
2. Канарик Ю.С., Синюк Н.В. Патентування об'єктів промислової власності за міжнародними договорами. *Науковий журнал «ΛΌГОΣ. Мистецтво наукової думки»*. 2018. № 1. С. 133.
3. Редчиць Т.А., Аврамова О.Є. Генезис розвитку патентного права в Україні. URL: https://www.kpi.kharkov.ua/archive/MicroCAD/2010/S25/ГЕНЕЗИС%20РОЗВИТКУ%20ПАТЕНТНОГО%20ПРАВА%20В%20УКРАЇНІ.pdf (дата звернення: 18.11.2020).
4. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15 грудня 1993 року № 3687-XII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. Ст. 32.
5. Про державну таємницю : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-XII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст. 93.
6. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
7. Халаїм Н.О. Суб'єкт майнових прав інтелектуальної власності на службовий винахід (корисну модель). *Інтелектуальна власність*. 2005. № 4. С. 10–12.
8. Ходаківський Є.І., Якобчук В.П., Литвинчук І.Л. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навчальний посібник. Київ : «Центр учбової літератури», 2014. 276 с.

УДК 347.77
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/22

ПРАВО НА ПУБЛІЧНІСТЬ «RIGHT OF PUBLICITY»: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

THE RIGHT OF PUBLICITY: SOME ISSUES OF LEGAL REGULATION

Коваль О.М., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри приватного та публічного права
Київський національний університет технологій та дизайну

«Right of publicity» (буквальний переклад – «право на публічність»), відоме як «права особистості» (іноді «personality rights») – правовий феномен, що, на превеликий жаль, в українському законодавстві не отримав належної уваги.

Право особистості («personality rights» у множині) дає змогу захистити зображення та подобу особи, справжній або ж вигаданий її унікальний сценічний образ (характерну гру на сцені, унікальну манеру говорити, співати, танцювати, особливі риси характеру та поведінки та інше).

У широкому розумінні «personality rights» – це право кожної людини контролювати комерційне використання своєї особистості.

Ця стаття зосереджує увагу на деяких питаннях походження, правового регулювання та захисту від порушення цього права в Україні та законодавстві іноземних країн.

В епоху збільшення впливу «лідерів думок», професійний імідж та особистість людини перетворюється на прибутковий актив, що має велику комерційну цінність.

Знаменитості, особливо відомі спортсмени, кінозірки, блогери заробляють значні суми грошей, продаючи своє ім'я, образ, голос або подобу для реклами товарів та послуг.

Оскільки «слава» має значну економічну цінність, знаменитості та їх представники шукають шляхи посилити, максимізувати та захистити від порушення імідж своєї персони.

Один з основних способів, що дозволяє це зробити, – право на публічність.

Як правило, право на публічність особи порушується, коли інша особа чи організація привласнює комерційну вартість особистості, використовуючи без згоди ім'я, подобу або інші характерні риси особи для торгівлі або реклами.

Хоча найефективніший засіб проти порушення права на публічність – це вжиття запобіжних заходів, інколи вимагати відшкодування завданих збитків також доречно.

Однак якоїсь наперед встановленої вартості слава, імідж чи особистість не мають. Калькуляція має відбуватися в кожному конкретному випадку.

Ключові слова: право на публічність, personality rights, right of publicity, сценічний образ, персонаж.

"Right of publicity" (literally "right of publicity"), known as "personality rights" is a legal phenomenon that, unfortunately, in Ukrainian law has not received due attention.

Personality rights allow you to protect the image and likeness of a person, real or fictional, his unique stage image (characteristic play on stage, unique manner of speaking, singing, dancing, special character traits and behavior, etc.).

In a broad sense "personality rights" is the right of everyone to control the commercial use of their identity.

This article focuses on some issues of origin, legal regulation and protection against violations of this right in Ukraine and in the legislation of foreign countries.

In an era of increasing influence of "thought leaders", a person's professional image and personality becomes a profitable asset that has great commercial value.

Celebrities, especially famous athletes, movie stars, bloggers earn significant amounts of money by selling their name, image, voice, or likeness to advertise goods and services.

Because "fame" has significant economic value, celebrities and their representatives are looking for ways to strengthen, maximize and protect the image of their person.

One of the main ways to do this is the right of publicity.

Typically, a person''s right of publicity is violated when another person or organization appropriates a person's commercial value by using a person's name, likeness, or other characteristics for trade or advertising without agreement.

Although the most effective remedy against infringement of the right of publicity is to take precautionary measures, it is sometimes also appropriate to claim damages.

However, fame, image or personality do not have a predetermined value. The calculation must take place in each case.

Key words: right of publicity, personality rights, stage image, character, intellectual property, intellectual property rights.

Поняття та зміст. Право на публічність – це право, що належить до сфери інтелектуальної власності, визнане законодавством багатьох держав.

Воно дає змогу контролювати комерційне використання даних персони, пов'язаних з її особистістю (зображення, голос, постать, хода, манеризми), та відшкодувати збитки в суді за використання останніх без належного дозволу.

Кожна людина є володарем таких прав, як право на життя, право на недоторканність і недоторканність своєї особистості, а також право на повагу до своїх імені, репутації та приватного життя. Ці права є невідчужуваними.

Нещодавно за волевиявленням Р. Вільямса було заборонено будь-яке використання його образу протягом наступних 25 років після його смерті [1]. Це породило хвилю нової популярності в наукових колах теми правового регулювання права на публічність, правових обмежень та свободи розпорядження таким правом.

Деякі держави визнають право на публічність як аспект конфіденційності, інші вважають його природним правом та включають у зміст права недоторканість приватного життя.

Далі ми вживатимемо терміни «право на публічність» – «right of publicity» та «права особистості» – «personality rights» як синоніми.

Здебільшого право на публічність спрямоване на регулювання комерційного використання професійного образу та особистості «селебрітіс» (відомих та публічних людей, лідерів думок, зірок).

Доволі часто відомі спортсмени заробляють саме з продажів свого імені, зображення, голосу для реклами товарів та послуг великих компаній.

Таким чином їхні публічний образ та певні характеристики стають прибутковим ринковим товаром, обіг якого необхідно урегулювати законодавчо та захистити від можливих порушень.

Саме тому право на публічність у західних країнах давно стало надійним механізмом захисту або ж першою ланкою у складному процесі захисту порушених «personality rights».

У широкому розумінні права на публічність – це право кожної людини контролювати комерційне використання своєї особистості (ім'я, зображення, псевдонім, сценічний образ та всі елементи, що його утворюють) [2].

Право на публічність також є ширшим за право захисту сценічного образу та містить всі необхідні елементи першого.

Окрім того, право на публічність передбачає розумні виключення, що стосуються публічних діячів та прав ЗМІ на розголошення їхньої діяльності.

Трохи історії

Ще у 1888 р. суддя Т.М. Коулі посилався на право «лишатися у спокої» [3], маючи на увазі право особи мати таємниці приватного життя та право забороняти їх розголошення.

Уоррен і Брандейс вважали це право принципом людської гідності та якось висловили своє занепокоєння тим, що «фотографії газет вдерлися у священні основи приватного та побутового життя; і численні механічні пристрої загрожують втілити старе прислів'я, «те, що шепочеться у шафі, буде оголошено з даху будинку» [4, с. 133].

Саме ці вчені та діячі наголошували на необхідності використовувати право особистості, аби захистити людину від чуток та пересудів суспільства.

Таке право не одразу було визнано судовою практикою. Найвідоміший невдалий приклад його «імплементації» – це справа «Roberson v. Rochester Folding Box Co.» [4, с. 133–134].

У компанії Робертсона відтворили літографічний відбиток та фотографію молодої дівчини та поширили близько 25 000 рекламних плакатів з її зображенням по всьому місту з метою прорекламувати продукцію компанії. У своїй скарзі дівчина просила негайно припинити друк та поширення плакатів та вимагала відшкодування збитків у розмірі 15 000 доларів.

Суд не задовольнив скаргу, посилаючись на відсутність схожих прецедентів.

Це був, мабуть, перший приклад використання зображення особистості у рекламі з порушенням права на публічність. Лише два роки потому з'явився належний прецедент.

Яким чином порушується право на публічність?

Найпоширенішими прикладами порушення права на публічність є використання певних даних (зображення, образу, голосу) без належного дозволу людини з комерційною метою.

В українській практиці є приклад такого порушення. Це справа № 369/9557/15 від 21.01.2016 р.

Виробник квасу використав зображення «Вєрки Сердючки», сценічного образу без дозволу його автора (власника). Суд встановив, що «Вєрка Сердючка» має ознаки об'єкта авторського права <…> Персонаж та сценічний образ «Вєрки Сердючки» є самостійною частиною музичних, сценічних та аудіовізуальних творів позивача, а відтак, є окремим твором і підлягає охороні на підставі норм законодавства про авторське право» [5].

На жаль, у цьому рішенні Суд вжив як синонім поняття «персонаж» та «сценічний образ», також залишив питання щодо належності «права на публічність» (як і загалом його існування) до сфери права інтелектуальної власності чи майнових прав.

Єдине, що Суд чітко зазначив, – це те, що «персонаж» є самостійною частиною аудіовізуального твору та на нього поширюється правова охорона авторського права.

Отже, в рішенні «сценічний образ» та «персонаж» розглядалися як тотожні явища, що однозначно належать до сфери права інтелектуальної власності.

Дуже шкода, що судова практика та законодавство України загалом значно відстали від практики європейських судів.

Що і як захищає право на публічність?

Зміст права на публічність відрізняється залежно від правової системи, законодавства країни, а в США – навіть від штату, де надається захист від порушення.

Зокрема, в **Нью-Йорку** від несанкціонованого присвоєння захищаються ім'я, голос, підпис, фотографія або подібність особи. А от в **Індіані** забезпечується найширший захист, що охоплює «майновий інтерес особистості»: його імені, голосу, підпису, фотографії, зображення, подоби, виразний зовнішній вигляд, жести та манери [6].

Суперечка щодо права на публічність починається вже з моменту питання: чи це самостійне право, чи все ж складова частина? Чи право на публічність – природне право?

Річ у тім, що немає уніфікованого підходу до права на публічність.

Зазвичай вважається, що права особистості складаються з двох прав: 1) право на комерційне використання, або право не допускати комерційного використання свого зображення і подоби без дозволу чи певної компенсації, що схоже (але не ідентичне) на використання товарного знака; 2) право на недоторканність приватного життя, або право «мати спокій» і не допускати публічного представлення своєї особистості без дозволу.

У державах загального права право на публічність переважно входить у царину конфіденційності, регулювання реклами та деліктного права. Судова практика США істотно розширила зміст права на публічність.

У **Великобританії** не існує окремого захисту особистості людини. На практиці здебільшого надається правовий захист права на публічність сановників і захист образу людини відомої (селебрітіс).

На відміну від юрисдикцій загального права, в більшості юрисдикцій континентального права є особливі положення Цивільного кодексу, які захищають зображення людини, особисті дані та іншу, як правило, особисту інформацію.

З цих загальних прав, сконцентрованих на недоторканності приватного життя, зроблено виняток стосовно роботи з громадськими діячами (право висвітлювати їхню діяльність у новинах).

Однак, жоден із відомих засобів не є ефективним у випадку захисту права на публічність померлої особи (actio personalis moritur cum persona). Наприклад, неможливо в країнах загального права захистити від наклепу особу, що померла, адже змога отримати захист зникає разом із людиною (приклади реабілітації померлих не розглядаються) [7].

На відміну від більшості юрисдикцій загального права, право на публічність у континентальному праві, як правило, передається у спадок, тому можна подати позов проти того, хто вдирається в приватне життя померлого родича, якщо, скажімо, певна публікація ганьбить пам'ять про людину.

Розглянемо лише деякі найцікавіші випадки надання захисту права на публічність.

Британська Колумбія

Тут можна подати позов про «привласнення» особистості (тобто винного присвоєння людиною особистості, імені, образу, голосу іншої людини, що завдала певну шкоду, або ж це було здійснено з комерційною метою).

Для отримання захисту позивач має пройти процедуру ідентифікації. Право на пред'явлення позову про привласнення особистості анулюється в разі смерті особи, чиє особисте життя було порушено.

Існують також виключення, коли привласнення особистості буде цілком законним: (а) якщо позивач дав згоду на використання своєї особистості; (б) використання особи позивача було випадковим зі здійсненням законного права на захист особистості або власності; (в) використання було дозволене або потрібне відповідно до законо-

давства провінції, дозволене судом; (г) це була дія миротворця, який діяв, виконуючи свої обов'язки.

Канада загальним правом визнає обмежене право на публічність. Вперше воно було визнано в 1971 р. в Онтаріо в рішенні по справі Кроуз проти Chrysler Canada Ltd. Тут суд ухвалив, що якщо особистість має ринкову вартість, то є підстави для позову про присвоєння особистості. Пізніше це право було розширено в справах, де суд ухвалив, що право особистості включає також зображення та ім'я.

Унікальним і цікавим для вивчення є Закон № 771 «Про права знаменитостей» («Dead Celebrities Bill») прийнятий у Каліфорнії [4, с. 143].

Цей нормативний акт захищає права спадкоємців покійних кінозірок, музикантів, спортсменів та інших відомих особистостей на комерційне використання їхніх зображень.

Попередньо в рішенні Верховного суду Каліфорнії в 1979 р. було встановлено, що права особистості померлого не можуть перейти до його спадкоємців [4, с. 143].

Отже, засади права на публічність, за Законом, такі:

– зображення мають ту комерційну цінність, яку вони мали на момент смерті правоволодільця;

– будь-яка особа, що використовує «ім'я, голос, підпис, фотографію або зображення» особистості на продуктах, товарах або в них без попередньої згоди, має відшкодувати шкоду і втрачений прибуток у результаті несанкціонованого використання;

– попередню згоду може бути надано тільки особами, яким було передано такі повноваження за контрактом або заповітом.

Цікаво, що літературні, музичні, аудіовізуальні твори, радіо- або телепрограми, а також реклама або комерційне оголошення будь-якого з творів не вважаються товаром.

Термін захисту права на публічність становить 70 років після смерті людини (власника прав).

У **Франції** право на зображення вперше було визнане у 1858 р. Однак суди досі не визнають, що права особистості можуть бути успадковані, оскільки вони вважаються недійсними після смерті особи [8].

У **Німеччині**, починаючи зі справи Марлен Дітріх, було визнано права на публічність.

Чи існує право на публічність в Україні?

Право особистості не врегульоване досі в українському законодавстві. Деякі засади права на публічність передбачені в ст. 8 Закону України «Про рекламу», де зазначається, що забороняється використовувати зображення фізичної особи або її ім'я без письмової згоди цієї особи в рекламі (тобто з комерційною метою).

У разі порушення захистити своє право можна, звернувшись до суду з позовами про заборону відповідної реклами та її публічне спростування (ч. 2 ст. 27) [9].

Виробники реклами у разі порушення прав третіх осіб у процесі виготовлення реклами мають сплатити штраф у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України [10].

Образ людини не є об'єктом права інтелектуальної власності. Єдиний шлях захисту права на публічність в українських судах – довести, що сценічний образ є окремим твором, а отже, останній підлягатиме охороні як об'єкт права інтелектуальної власності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Eriq Gardner, Robin Williams Restricted Exploitation of His Image for 25 Years After Death. The Holywood reporter, March 30, 2015. URL: https://translate.google.com/translate?hl=uk&sl=auto&tl=uk&u=http%3A%2F%2Fwww.hollywoodreporter.com%2Fthr-esq%2Frobin-williams-restricted-exploitation-his-785292&anno=2&sandbox=1
2. Thomas McCarthy, The right of Publicity and privacy 2nd edition 2000, 1:3 at 1-2.1.
3. Thomas M. Cooley, A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract, Callaghan and Company, 1879. URL: https://repository.law.umich.edu/books/11/
4. Matthew Savare The Price of Celebrity: Valuing the Right of Publicity in Calculating Compensatory Damages. *UCLA Entertainment Law Review*, 11(1). 2004. P. 129–191.
5. Рішення Києво-Святошинського районного суду Київської області від 26.01.2016 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/55438350
6. Neal H. Klausner Sara I. Edelman Right of Publicity Claims. Expert Q&A, April/May 2017. Practical Law, 2017. PP. 16–19. URL: https://www.dglaw.com/images_user/newsalerts/Klausner_Edelman_Expert_QnA_Right_of_Publicity.pdf
7. F.P. Walton Actio personalis and the french law. *Journal of Comparative Legislation and International Law.* Vol. 18, No. 1 (1936). Pp. 40–59. URL: https://www.jstor.org/stable/754046?seq=1
8. Le droit a l'image des morts. URL: http://www.murielle-cahen.com/publications/image-mort.asp
9. Про рекламу : Закон України. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 39, ст. 181. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text]
10. Про затвердження Порядку накладення штрафів за порушення законодавства про рекламу : Постанова КМУ № 693 від 26 травня 2004 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/693-2004-%D0%BF

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/23

ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ

FEATURES OF CONFLICT REGULATION OF FAMILY RELATIONS IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION

Ковальчук К.В., студентка V курсу
Інститут підготовки кадрів до органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Осітрова Ю.О., студентка V курсу
Інститут підготовки кадрів до органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізовано колізійні принципи, які регулюють питання сімейних відносин: найбільш тісного зв'язку (proper law), автономії волі (lex voluntatis), найбільш вигідного права. Розглянуто поняття мобільного конфлікту як одного зі складних питань, що намагаються країни вирішити на цьому етапі. Звернено увагу, що Україна визнає тільки державні шлюби, офіційно зареєстровані в органах місцевої влади. При цьому релігійний шлюб і цивільне партнерство – поза правовим регулюванням. Також в Україні шлюб може бути укладений лише між особами різної статі. Щодо іноземців, то вони можуть вільно вступати в шлюб, однак їм необхідно отримати документ, що вони легально перебувають в Україні, та підтвердження їх «неперебування у шлюбі» в країні проживання. Міждержавні шлюби між іноземцями дійсні в Україні, якщо вони узгоджені з чинним іноземним законодавством і не порушують український громадський порядок (одностатеві, полігамні шлюби). При цьому немає необхідності повторно реєструвати іноземні шлюби в Україні, досить консульської легалізації свідоцтва про шлюб. У статті наведено таке поняття, як «кульгаючий шлюб» – шлюб, який визнається в одній державі і не визнається в іншій. Звернено увагу, що проблеми з укладенням шлюбу з іноземним елементом наявні через різні колізії в законодавстві. Намагання країн стандартизувати одиничні інститути в сімейному законодавстві можна побачити в Гаазькій конвенції: про сімейний союз, розлучення і судове розлучення подружжя та інші. Також розглянуто питання розірвання шлюбу, врегулювання цього явища в різних країнах та проблеми, з якими вони зіштовхуються. Є досить багато колізійних прив'язок у процесі вирішення питання про розірвання шлюбу з іноземним елементом: lex patrie; lex domicilii; proper law; lex voluntatis. Наведено приклад про зворотнє відсилання в Постанові від 24.07.2020 р. № 357/12676/18 Верховного Суду.

Ключові слова: міжнародний шлюб, моногамні шлюби, «кульгаючі шлюби» та міжнародні розлучення, розірвання шлюбу з іноземним елементом, принципи колізійного регулювання міжнародних шлюбів.

The article analyzes the collegiate principle, which regulates the nutrition of family members: the best law (proper law), the autonomy of the will (lex voluntatis), the most common law. An understanding of the mobile conflict is seen, like one of the foldable food, that the land of the virginity of the year is reeling. Brutally respect, that Ukraine is only known by the sovereign whores, officially registered in the bodies of the international government. With a great deal of religious schlub and civil partnership, it is a pose of legal regulation. Likewise, Ukraine does not allow one-state slut and third-class slave. As for foreigners, they are free to marry, but they need to obtain a document that they are legally in Ukraine and proof of their "non-marriage" in the country of residence Interdepartmental sluts and earthly people act in Ukraine, as long as the scent of earthly legislation is smelled and does not disrupt the Ukrainian community order (one way, polygamous sluts) At the same time, there is no need to re-restore the earthly hobby in Ukraine. Receive consular legalization of the testimony about marriage. At the article, there is also an understanding as "lame marriages" – a marriage who is to be recognized in one state and not to be recognized in one. Furious respect, that the problems with the laying of the boat with the earth element are evident through the manifestation of the new conflicts in the legislation. Efforts of countries standardize individual institutes in the family legislation can be found in the Haazian convention: about family union, separation and court separation of friends and family. It is the same way to look at the nutrition of the rosary, the regulation of the phenomenon in the small lands, and the problems that stink. Often, you can reach a lot of colossal ties when you see a feed about a boat with an earth element: lex patrie; lex domicilii; proper law; lex voluntatis. The butt was placed about the revolt in the Resolution of July 24, 2020 No. 357/12676/18 of the Supreme Court.

Key words: international marriage, monogamous marriages, "lame marriages" and international divorces, divorce with a foreign element, principles of conflict regulation of international marriages.

Почнемо з того, що кожне питання треба розглядати з його основ, базових засад. Тому спочатку зупинимся на принципах. Одним із колізійних принципів є принцип найбільш тісного зв'язку (proper law). Він означає, що ми застосовуємо те право до відносин, ускладнених правовим елементом, яке має найбільш тісний зв'язок із ними, яке є дійсно притаманним їм. Цей принцип закріплено в ст. 4 ЗУ «Про міжнародне приватне право» (далі –Закон про МПрП).

В. Калакура зазначає: «До кола правопорядків, які мають тісний зв'язок, варто включити: право країни місця укладення шлюбу, право країни, що є особистим законом суб'єктів сімейних відносин, право країни, місця знаходження майна, право країни, яке обрали самі сторони для регулювання своїх відносин» [1, с. 42].

Наступним принципом, на який ми б хотіли звернути увагу, є принцип автономії волі – lex voluntatis. Він закріплений у ст. 5 Закону про МПрП, де передбачається, що сторони відносин у випадках, передбачених законом, можуть здійснити вибір права, яке буде застосовуватися до регулювання їх правовідносин. Відповідно до ч. 1 цієї статті, вибір права має бути або явно виражений, або прямо випливати з дій сторін правочину, умов правочину, якщо інше не зазначено в законі. Ця стаття дає право подружжю здійснювати вибір, наприклад, щодо регулювання майнових відносин. Проте вони можуть лише вибирати з тих правопорядків, які мають тісний зв'язок із цими правовідносинами [2].

Принцип застосування найбільш сприятливих для сторони правовідносин (lex benignitatis) набуває широкого визнання. Цей принцип надає захист більш слабкій стороні: малолітній, непрацездатним батькам… Також цей принцип застосовується під час регулювання шлюбного договору. Адже інколи сторони є юридично рівними учасниками правовідносин, проте насправді можуть знаходитися в нерівних умовах. Тому, аби не ставити одного з подружжя, дитину в невигідне становище, існує цей принцип [1, с. 42].

Не можемо не звернути увагу на таке поняття, як мобільний конфлікт. Це зміна територіального положення певного елемента прив'язки колізійної норми. Наприклад, подружжя проживало в одній державі, де набувало майно, а потім переїжджає на постійне проживання до іншої країни. Ми знаємо, що, за загальним правилом, це питання визначається законодавством держави, на території якої вони мають спільне місце проживання. А яку країну визнати як місце спільного проживання подружжя? Це питання є досить складним. Деякі країни намагаються його вирішити шляхом закріплення уточнюючого положення у своєму законодавстві про МПП.

У міру розвитку глобалізації сучасні засоби транспорту і комунікаційні технології зближують людей, що також знаходить відображення в зростаючій кількості «міжнародних» шлюбів. В Україні кожен п'ятнадцятий зареєстрований шлюб – міжнародний. Коли проблеми, пов'язані зі шлюбом, виникають у пар із різних країн, природно виникають питання, які правові системи і норми мають застосовуватися до відносин, оскільки різні потенційно застосовані системи часто конфліктують одна з одною.

Як відомо, до XX ст. були жорсткі норми регулювання сімейного законодавства. Причиною тому було існування рабовласницького та феодального суспільства, в якому жінки були позбавлені багатьох громадянських прав. У нерівному становищі вони були й перед законом, який оголошував чоловіка владарем усіх членів сім'ї. В умовах буржуазного суспільства сім'я втрачає свій патріархальний характер і набуває рис рівноправності, егалітарної сім'ї. Вже в сім'ї чоловік і дружина працюють, вони обоє утримують своїх дітей. Шлюб будується на рівноправних відносинах. Завдяки руху жінок за своє визволення уже з кінця XIX ст. вони стали володіти основними економічними й політичними правами. Та водночас до початку 80-х рр. XX ст., майнові відносини місця укладення шлюбу, місце проживання подружжя регулювалися законодавством країни чоловіка.

Як і більшість європейських країн, Україна визнає тільки державні шлюби, офіційно зареєстровані в органах місцевої влади. При цьому релігійний шлюб і цивільне партнерство – поза правовим регулюванням. Також в Україні шлюб може бути укладений лише між особами різної статі [3].

В Україні іноземні пари, іноземці можуть вільно укладати шлюб [2]. Але іноземці мають попередньо надати документ про своє легальне перебуванні в Україні, а також документ, що підтверджує їх «неперебування у шлюбі» в країні проживання. Громадяни України можуть реєструвати шлюб за межами України. У разі дотримання всіх вимог законодавства України про недійсність шлюбу в Україні вважається дійсним «закордонний» шлюб. Міждержавні шлюби між іноземцями дійсні в Україні, якщо вони узгоджені з чинним іноземним законодавством і не порушують український громадський порядок (одностатеві, полігамні шлюби) [2]. При цьому немає необхідності повторно реєструвати іноземні шлюби в Україні. Вистачає консульської легалізації свідоцтва про шлюб. Щоб укласти шлюб, який буде мати юридичну силу, потрібно дотримуватися низки умов, які закріплені в більшості країн. Зокрема, взаємна згода осіб, моногамія, тобто одношлюбність, досягнення особами шлюбного віку та інші.

Щодо одношлюбності, то цей принцип є основою всіх європейських країн. Лише єдина релігія світу, іслам, має у Священному Писанні норму, яка дозволяє багатоженство. Тому укладення полігамного шлюбу може призвести до проблеми, коли дружиною мусульманина, який вже має дружину, стає жінка, яка має громадянство тієї держави, де забороняється укладення такого шлюбу. Це може призвести до утворення «кульгаючого шлюбу» – шлюбу, який визнається в одній державі і не визнається в іншій. Існування таких відносин зумовлене наявною колізійною проблемою, яку потрібно вирішити. Країни роблять зусилля в сімейному законодавстві зі стандартизації одиничних інститутів. Прикладом може слугувати прийняття в 1902–1905 рр. Гаазької конвенцій: про сімейний союз, розлучення і судове розлучення подружжя та інші, однак на нашу думку, цього замало [4, с. 149–150].

Одним із джерел найбільш численних колізій у темі міжнародного сімейного права є розлучення у МПП, що зумовлюється неоднаковим регулюванням підстав і процедури розірвання шлюбів, невизнанням іноземних розлучень у власних юрисдикціях країн, а також проблема вибору права у вирішенні справ про припинення шлюбу.

Країни в процесі розірвання шлюбу застосовують національний закон (властивий «континентальній» системі права), або закон місця проживання подружжя, або закон країни суду (країни англосаксонської системи використовують дію колізійної формули прикріплення до закону місця проживання (lex domicilii) і закону суду (lex fori)).

Проте не всі країни дозволяють розлучення. Наприклад, такими країнами є Аргентина, Ірландія та інші. В інших країнах мають бути конкретні причини. Також розірвання можливе лише за певних причин, при цьому за взаємною згодою сторін – у Великобританії, ФРН, Данії, Бельгії, Норвегії.

Відмінності в законодавстві країн, пов'язані з розірванням шлюбу, породжують протиріччя і в результаті – «кульгаюче розірвання шлюбу». Є держави, які не визнають іноземних рішень про розлучення своїх громадян. Ця проблема виникає, зокрема, в разі застосування територіальної прив'язки, коли іноземне подружжя прагне визнання розлучення за своїм національним правом, а останнє його не визнає або на основі публічного порядку, або на основі власних норм про визнання іноземних розлучень, в яких закріплено певні умови [5, с. 146–147].

Розглядаючи практику національних судів, ми дійшли висновку, що є досить багато колізійних прив'язок під час вирішення питання про розірвання шлюбу з іноземним елементом (спільний особистий закон подружжя (lex patrie); закон спільного місця проживання подружжя, за умови, що один із подружжя продовжує проживати в цій державі (lex domicilii); право держави, з яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином (proper law); закон, вибраний подружжям (lex voluntatis).

Також трапляються випадки, коли відбувається повторне відсилання колізійної норми права іноземної держави до правопорядку держави, колізійна норма якого відіслала до цього іноземного правопорядку (зворотне відсилання: пункт 7 частини першої статті 1 Закону про МПрП).

Наприклад, у Постанові від 24.07.2020 р. № 357/12676/18 Верховного Суду (Касаційний цивільний суд) розглядається справа про розірвання шлюбу між громадянином США та особою, що має посвідку на постійне проживання в США. Колізійна прив'язка lex domicilii відіслала нас до застосування права США у вирішенні спору про розірвання шлюбу. ВС вказав, що правові норми США під час вирішення питання щодо розірвання шлюбу закріплюють колізійну прив'язку до закону суду (lex fori), що передбачає застосування законодавства держави, суд якої вирішує справи про розірвання шлюбу, за умови постійного проживання хоча б одного з подружжя на території цієї держави.

За загальним правилом частини першої статті 9 Закону України «Про міжнародне приватне право», будь-яке відсилання до права іноземної держави має розглядатися як відсилання до норм матеріального права, яке регулює відповідні правовідносини, виключаючи застосування його колізійних норм, якщо інше не встановлено законом. Із наведеного загального правила є виняток: відповідно до частини другої статті 9 Закону про МПрП у випадках,

що стосуються особистого та сімейного статусу фізичної особи, зворотне відсилання до права України приймається. Отже, у зв'язку з колізією норм національного законодавства України та права США, Верховний Суд керується правилами зворотного відсилання, оскільки судом встановлено, що спір стосується особистого та сімейного статусу фізичної особи [6].

Висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Розглянувши тему особливості колізійного регулювання міжнародних сімейних відносин, ми дійшли висновку, що досить часто виникають колізійні проблеми в процесі укладення і розірвання шлюбів з іноземним елементом. Ми погоджуємося з думкою В. Каракура, що з урахуванням постійних інтеграційних процесів та глобалізації виникає необхідність наблизити національно-правове регулювання до вироблених міжнародною практикою механізмів захисту прав та інтересів учасників сімейних відносин. Потрібно уточнити такі положення, як «зворотне відсилання», «обхід закону» («штучна прив'язка»), «застереження про публічний порядок», «застосування імперативних норм». Це допоможе більш ефективно регулювати сімейні відносини з іноземним елементом.

Якщо говорити про укладення шлюбу, то, беручи до уваги законодавство більшості країн та наявність сучасних міжнародних договорів у цій сфері, ми можемо спостерігати, як відбувається поступове знищення відмінностей у регулюванні сімейних відносин. У процесі вирішення колізійних проблем у сфері сімейних відносин замало знати лише колізійну норму та законодавство держави, до якої вона відсилає. Потрібно передбачити можливість зворотного відсилання і відсилання до права третьої країни та враховувати чинні міжнародні конвенції та договори між державами, які регламентують вирішення колізійних проблем.

Дослідивши питання розлучення, важко точно відповісти, як ми можемо удосконалити законодавство у зв'язку зі значними розбіжностями внутрішнього матеріального права, релігійними традиціями та іншими особливостями різних країн.

ЛІТЕРАТУРА

1. Каракула В. Принципи колізійного регулювання в міжнародному сімейному праві. *Вісник національного університету імені Тараса Шевченка.* 2009. Вип. 80. С. 40–43.

2. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23. 06. 2005 р. № 2709-IV / *Верховна Рада України*. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15 (дата звернення: 27.11.2020).

3. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 27.11.2020).

4. Бондарева К.В. Актуальні проблеми міжнародного сімейного права. *Міжнародні відносини: теоретико-практичні аспекти*. 2018. Вип. 2. С. 148–159.

5. Калакура В.Я. Проблеми колізійного регулювання сім'ї та шлюбу в міжнародному приватному праві. *Право України*. 2013. № 7. С. 145–154.

6. Постанова Верховного Суду. Касаційний цивільний суд від 24.07.2020 р., судова справа № 357/12676/18. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/90591497 (дата звернення: 27.11.2020).

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/24

РОЗГЛЯД ЗАЯВ ТА ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ ПРО НАДАННЯ ОСОБІ ПСИХІАТРИЧНОЇ ДОПОМОГИ У ПРИМУСОВОМУ ПОРЯДКУ

CONSIDERATION OF APPLICATIONS AND DECISION ON PROVISIONAL PROVISION OF PERSONAL PSYCHIATRIC ASSISTANCE

Коптяєва А.Ю., студентка IV курсу
юридичного факультету
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Поліщук М.Г., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті здійснено аналіз практики України та інших країн щодо розгляду заяв та прийняття рішення про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку. Поширення психічних розладів в Європі стає серйозною проблемою у світі, яка загострюється кожен рік. Ця ситуація провокує на такі думки: чи може держава примусово надати допомогу особі, яка має психічні розлади, або цими діями держава порушує права та свободи? Питання щодо примусової психіатричної допомоги в Україні регулюється Конституцією України, Цивільно-процесуальним кодексом, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, Законом України «Про психіатричну допомогу», та Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 24 березня 2016 року № 240 «Про затвердження Правил застосування фізичного обмеження та (або) ізоляції при наданні психіатричної допомоги особам, які страждають на психічні розлади, та форм первинної облікової документації». Також у статті залучені справи з ЄРДР щодо надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку, де можна побачити, як саме суд вирішив справу та чим керувався, ухвалюючи рішення.

Нині порядок подання та розгляду заяв про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку містить неузгодженості (колізії) норм, є дуже затяжним та не відповідає інтересам суспільства в частині захисту прав та інтересів громадян від посягань осіб із психічними розладами та можливостей впливу на таких осіб. З урахуванням викладеного вище наявний порядок подання та розгляду заяв про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку потребує вдосконалення та доопрацювання. Саме тому було прийнято проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення порядку подання та розгляду заяв про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку», який дасть змогу вдосконалити порядок подання та розгляду судами відповідних заяв, усунути окремі його недоліки та зробити більш ефективним у частині надання додаткових можливостей суспільству для захисту від ризиків завдання шкоди особами з психічними розладами.

Ключові слова: психіатрична допомога, психічні розлади, заклад із надання психіатричної допомоги, окреме провадження.

The article analyzes the practice of Ukraine and other countries regarding the consideration of applications and the decision to provide a person with compulsory psychiatric care. The spread of mental disorders in Europe is becoming a serious problem in the world, which is growing every year. This situation provokes the following opinions: whether the State can forcibly provide assistance to a person with a mental disorder, or whether the State violates rights and freedoms by these actions. The issue of compulsory psychiatric care in Ukraine is regulated by the Constitution of Ukraine, the Civil Procedure Code, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Law of Ukraine "On Psychiatric Aid», and the Order of the Ministry of Health of Ukraine of March 24, 2016 approval of the Rules for the Application of Physical Restriction and (or) Isolation in the Provision of Psychiatric Care to Persons Suffering from Mental Disorders and Forms of Primary Accounting Documentation". Also in the article involving the case with unified register of court decisions, on the provision of compulsory psychiatric care to a person, where you can see exactly how the court decided the case and what was guided by the decision.

But at present, the procedure for submitting and reviewing applications for compulsory psychiatric care, contains inconsistencies (conflicts), is very long and does not meet the interests of society in terms of protecting the rights and interests of citizens from encroachment on people with mental disorders and opportunities to influence such persons. In view of the above, the existing procedure for submitting and reviewing applications for psychiatric care in a compulsory manner needs to be improved and refined. That is why the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Improving the Procedure for Submission and Consideration of Applications for Compulsory Psychiatric Care" was adopted, which will improve the existing procedure for submission and consideration of relevant applications by courts, eliminate some of its shortcomings. and make it more effective in providing additional opportunities to society to protect against the risks of harm to persons with mental disorders.

Key words: psychiatric care, mental disorders, psychiatric care institution, separate proceedings.

Актуальність теми. Нині питання примусової допомоги психічно хворій людині набирає обертів, адже різні вчені розглядають його з двох боків, а саме:

1) примусове надання психіатричної допомоги – це необхідна, правомірна дія;

2) примусове надання психіатричної допомоги – це протиправна дія, яка порушує право на свободу та особисту недоторканність.

Через це ми вважаємо, що треба дослідити проблематику цього питання та зрозуміти, правомірна зазначена дія чи ні.

Мета роботи – проаналізувати практику суддів та законодавство України із зазначеної тематики та зробити висновок, чи є примусове надання психіатричної допомоги законною та правомірною мірою з боку держави, а також розглянути практику інших країн щодо примусового надання психіатричної допомоги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання про примусове надання психіатричної допомоги присвячені праці таких науковців: М.М. Ясинок, Л.С. Дубчак, І.Я. Сенюта, Д.Й. Клапатий, І. Сказко, А.М. Соколюк, В.В. Комаров, Р.М. Мінченко, О.С. Погребняк, Ю.Д. Притика, Г.О. Світлична, С.А. Чванкін, І. Комасюк та ін.

Виклад основного матеріалу. Психічне здоров'я є одним із важливих компонентів правоздатності громадянина, який складається з працездатності й дієздатності. Обмеження в дієздатності відбувається рішенням суду у зв'язку з існуванням психічного розладу особи, що прямолінійно впливає на її здатність усвідомлювати значення власних дій та змогу керувати ними. Психічне здоров'я особи є важливим пунктом її здоров'я загалом і комфортного існування з іншими членами соціуму. На жаль, останнім часом почастішали проблеми населення і з цією складовою частиною власного здоров'я.

У Розділі IV у п. 9 ч. 2 ст. 293 Цивільно-процесуального кодексу України зазначено наведене нижче.

Стаття 293. Окреме провадження

1. Окреме провадження – це вид непозовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав, свобод та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових чи майнових прав або підтвердження наявності чи відсутності неоспорюваних прав.

2. Суд розглядає в порядку окремого провадження справи про:

1) обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи;

1-1) обмеження фізичної особи у відвідуванні гральних закладів та участі в азартних іграх;

2) надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності;

3) визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою;

4) усиновлення;

5) встановлення фактів, що мають юридичне значення;

6) відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника та векселі;

7) передачу безхазяйної нерухомої речі в комунальну власність;

8) визнання спадщини відумерлою;

9) надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку;

10) примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу;

11) розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, щодо юридичних та фізичних осіб [1]. Отже, розуміємо, що є справи про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку, які розглядаються в порядку цивільного судочинства.

Аналізуючи ст. 1 Закону України «Про психіатричну допомогу», зазначимо, що психіатрична допомога являє собою систему спеціальних заходів, які спрямовані на обстеження стану психічного здоров'я осіб на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України, профілактику, діагностику психічних розладів, лікування, нагляд, догляд, медичну та психологічну реабілітацію осіб, які страждають на психічні розлади, в тому числі внаслідок вживання психоактивних речовин [2]. Такі особи можуть зашкодити спокійному життю людей або зашкодити самому собі через неусвідомлення власних дій. Через це держава дає змогу членам сім'ї цієї особи, органам опіки та піклування, закладу з надання психіатричної допомоги звернутися до суду зі заявою про обмеження дієздатності особи.

У заяві про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи мають бути викладені обставини, що свідчать про психічний розлад, істотно впливають на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, чи обставини, що підтверджують дії, внаслідок яких фізична особа, яка зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо, поставила себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. До заяви про психіатричний огляд або надання амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку надається висновок лікаря-психіатра, а про продовження примусової амбулаторної психіатричної допомоги, примусову госпіталізацію, її продовження –висновок комісії лікарів-психіатрів та інші відповідні матеріали [3]. У будь-якому випадку на всіх етапах вирішення таких справ мають бути проведені повторні перевірки стану особи, ці дії мають бути виконані незалежними спеціалістами. Про це зазначають також у працях А.М. Соколюк, Л.С. Дубчак і С.А. Чванкін.

Є й міжнародні документи, які регулюють порушене питання, як приклад, у п. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод закріплені пункти, в яких визначено підстави для правомірного позбавлення особи свободи, зокрема підстава про законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг [4]. Тому це питання регулюється не лише законами України, а й Конвенцією, яку ратифікувала не одна країна світу.

Хоча в нашій країні відсутнє прецедентне право, ми вважаємо, що необхідно звернути увагу на рішення Європейського суду з прав людини. ЄСПЛ визначив вимоги, яких необхідно дотримуватися під час законного затримання психічно хворих осіб відповідно до пп. (е) п. 1 ст. 5 Конвенції, а саме: «…за винятком випадків крайньої необхідності людину не мають позбавляти свободи доти, доки не буде переконливо доведено, що вона дійсно є психічно хворою. Сама сутність того, в чому слід переконати компетентні державні органи – це наявність психічного розладу, яке має підтвердитись об'єктивним заключенням медичної експертизи. Також психічний розлад має бути такого характеру або ступеня, які виправдовували б обов'язкове позбавлення свободи. Крім того, обґрунтованість тривалого позбавлення свободи залежить від стійкості такого розладу (п. 39 рішення у справі від 24 жовтня 1979 року «Вінтерверп проти Нідерландів»)» [5]. Стосовно утримання осіб, які мають психічні розлади (п. 1 (е) ст. 5 Конвенції), Суд зазначає, що «їх може бути позбавлено волі або з метою проведення медичного лікування, або у зв'язку з потребами, що вимагає суспільство, або у зв'язку з медичними та суспільними підставами, а основна причина, чому Конвенція дозволяє позбавити волі осіб, зазначених у п. 1 (е) ст. 5 Конвенції, полягає не тільки в тому, що вони можуть представляти небезпеку для суспільства, а ще й у тому, що їх власні інтереси можуть потребувати їх утримання [6, с. 213–221]. Загалом процедура надання примусової допомоги ЄСПЛ схожа з українською.

Нами було залучено досвід інших країн світу з тематики статті. На сучасному етапі в цивільному законодавстві визначені положення про правовий стан осіб, які страждають на психічні захворювання. Це впроваджено в таких країнах, як Німеччина, Англія, Болгарія, Сполучені Штати Америки, Італія, Франція, Японія та інші. Подібно до віку здоров'я в сучасному праві здійснює вплив тільки на дієздатність, і це легко пояснити тим, що дієздатність, на відміну від правоздатності, може бути допущена лише у здорових та правильно сформованих людей. Розрізняють: а) психічний розлад у сенсі основи для оспорювання цієї юридичної угоди, яка передбачає тільки моментальний і тимчасовий стан неосудності, яким зумовлюється недієздатність того, хто здійснює цей юридичний акт саме в цьому стані; б) психічний розлад як основа для судового рішення або іншого законодавчого постановлення про втрату зрілості або дієздатності цим суб'єктом; це так звана інтердикція у французькому праві та позбавлення зрілості в німецькому праві [7, с. 85]. На нашу думку, процедура, яка розрізняє психічні розлади, які зазначено в пунктах «а» і «б», є чудовим кроком до більш чіткого, справедливого та вірного вирішення таких справ.

У римському приватному праві поняття недієздатності застосовувалося в силу судового рішення тільки до марнотрат, усіх інших душевнохворих воно вважало недієздатними на основі не судового рішення, а факту їхньої хвороби. Майже у всіх європейських країнах розрізняють 2 види недієздатності – це morbus та vitium, або душевно слабка людина і божевільна, тимчасове і постійне відхилення від нормального стану. Крім того, різниця між цими двома поняттями не має вагомого значення для цивільного

права. Французький кодекс ставить у положення позбавлених дієздатності тільки божевільних та ідіотів (ст. 489), тоді як недоумкуватих він прирівнює до марнотрат і дає одним і другим «судового асистента» (ст. 499), що виконує функції, подібні до нашого піклувальника, який не керує майном та не представляє хворого [7, с. 187].

У ЦК Болгарії є такі визначення, як «повна заборона» та «часткова заборона». Це означає, що якщо особи, які досягли 14-річного віку і в яких виявлені душевні хвороби (психічні розлади) або фізичні вади, не можуть самі про себе піклуватися, то їм надається повна заборона (визнання особи недієздатною). Після досягнення 18-річного віку, за умови, якщо особа знаходиться не в критично важкому стані, надається часткова заборона, тобто особи можуть здійснювати правові дії лише з дозволу своїх батьків або опікунів, однак можуть і самі вчиняти звичайні дрібні угоди та розпоряджатися тим, що здобувають власною працею [8]. Можемо підсумувати, що в зарубіжних країнах питання про надання примусової допомоги психічно хворим людям більш детально опрацьоване, ніж в Україні, тому законотворцям нашої держави необхідно звернути увагу на цю проблему та можна аналізувати досвід країн, які були перелічені в статті для усунення всіх прогалин у законодавстві України із зазначеної теми.

Неодноразово були подані звернення до суду із заявою про госпіталізацію особи в примусовому порядку без її згоди. Вважаємо за необхідне детально розглянути деякі судові справи щодо теми праці, наприклад: 10 вересня 2020 року Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 127/25395/18, провадження № 61-2579св19 (ЄДРСРУ № 91460802) досліджував питання надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку. Згідно зі ст. 3 «Презумпція психічного здоров'я» Закону України «Про психіатричну допомогу», який набрав чинності 4 квітня 2000 року, тобто після поміщення особи до психоневрологічного відділення, кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку, передбачених цим Законом та іншими законами України [9]. Зазначимо, що презумпції є різновидом юридичних фактів – фактів, які обґрунтовуються уявними обставинами. Презумпція психічного здоров'я є спростовною, тобто вважається юридичним фактом, допоки не буде спростованою на підставах та в порядку, передбачених законами України. До настання такого спростування вказана презумпція діє, оскільки вона передбачена Законом і не потребує встановлення судом.

Адвокат Є.О. Морозов висловив власне обґрунтування та позицію щодо цієї справи, а саме: вищезазначене положення закону узгоджується із п. 5 Принципу 4 «Визначення психічної хвороби» Принципів захисту психічно хворих осіб та покращення психічної допомоги, прийнятих резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 17 грудня 1991 року № 46/119. Тобто жодна особа або орган влади не може класифікувати індивіда як такого, що має психічну хворобу, інакше як з метою, що прямо пов'язана із психічним захворюванням або внаслідок психічного захворювання. Ст. 4 Закону України «Про психіатричну допомогу» передбачено, що психіатрична допомога надається на основі принципів законності, гуманності, додержання прав людини і громадянина, добровільності, доступності та відповідно до сучасного рівня наукових знань, необхідності й достатності заходів лікування, медичної, психологічної та соціальної реабілітації, надання освітніх, соціальних послуг. Особа, яка страждає на психічний розлад, може бути госпіталізована до закладу з надання психіатричної допомоги без її усвідомленої письмової згоди або без письмової згоди її законного представника, якщо її обстеження або лікування можливі лише в стаціонарних умовах, та в разі встановлення в особи тяжкого психічного розладу, внаслідок чого вона вчиняє чи виявляє реальні наміри вчинити дії, що становлять безпосередню небезпеку для неї чи оточуючих, або неспроможна самостійно задовольняти свої основні життєві потреби на рівні, який забезпечує її життєдіяльність (ст. 14 Закону України «Про психіатричну допомогу») [10].

Діагноз психічного розладу не може базуватися на незгоді особи з наявними в суспільстві політичними, моральними, правовими, релігійними, культурними цінностями або на будь-яких інших підставах, безпосередньо не пов'язаних із станом її психічного здоров'я (рішення колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 21 жовтня 2019 р. в межах справи № 552/2527/19 (провадження № 61-15610св19, ЄДРСРУ № 85174067)) [11]. Частинами 1, 2 ст. 16 Закону України «Про психіатричну допомогу» встановлено, що особа, яку було госпіталізовано до закладу з надання психіатричної допомоги за рішенням лікаря-психіатра на підставах, передбачених ст. 14 цього Закону, підлягає обов`язковому протягом 24 годин із часу госпіталізації огляду комісією лікарів-психіатрів закладу з надання психіатричної допомоги для прийняття рішення про доцільність госпіталізації. Якщо госпіталізація визнається недоцільною і особа не висловлює бажання залишитися в закладі з надання психіатричної допомоги, ця особа підлягає негайній виписці [12]. Коли госпіталізація особи до закладу з надання психіатричної допомоги в примусовому порядку визнається доцільною, представник закладу з надання психіатричної допомоги, в якому перебуває особа, протягом 24 годин із часу госпіталізації направляє до суду за місцем знаходження закладу з надання психіатричної допомоги заяву про госпіталізацію особи до закладу з надання психіатричної допомоги в примусовому порядку на підставах, передбачених ст. 14 цього Закону.

ЄСПЛ у рішенні від 19 квітня 2012 року у справі «М. проти України», яке набуло статусу остаточного 19 липня 2012 року, зауважив, що особу не можна позбавити волі на підставі психічного розладу, якщо не дотримано три мінімальні умови: 1) психічний розлад особи має підтвердити надійна об'єктивна медична експертиза; 2) психічний розлад має бути такого ступеня, який вимагає обов`язкової госпіталізації; 3) обґрунтованість тривалої госпіталізації залежить від стійкості такого розладу (див. справи «Уінтерверп проти Нідерландів» (Winterwerp v. the Netherlands) від 24 жовтня 1979 р., § 39, Серія А № 33 і «Станев проти Болгарії» (Stanev v. Bulgaria) [GC] від 17 січня 2012 р., № 36760/06, § 145).

Згідно з ч. 1 ст. 339 ЦПК України за умов, визначених Законом України «Про психіатричну допомогу», заява представника закладу з надання психіатричної допомоги про госпіталізацію особи до закладу з надання психіатричної допомоги в примусовому порядку та заява про продовження такої госпіталізації подаються до суду за місцезнаходженням зазначеного закладу [13].

Згідно із ч.ч. 1, 2 ст. 340 ЦПК України в заяві про проведення психіатричного огляду фізичної особи в примусовому порядку, про надання особі амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку та її продовження, про госпіталізацію до психіатричного закладу у примусовому порядку та продовження такої госпіталізації мають бути зазначені підстави для надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, встановлені законом [14].

Також у справах № 404/7523/19, № 490/1733/19, № 333/1946/20 судді в процесі ухвали рішення чітко керуються ЦПК, Конвенцією та Законом України «Про психіатричну допомогу» [15]. Із зазначеного розуміємо, що примусове надання психіатричної допомоги є цілком правомірною дією в нашій країні, адже дії судової влади відповідають положенню законодавства.

Висновки. Психічні розлади є великою проблемою для особи, адже вона чітко не усвідомлює власні дії,

а тому такий громадянин стає недієздатним. Цивільно-процесуальний кодекс України, Рішення ЄСПЛ, Конституція України, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Закон України «Про психіатричну допомогу» та Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 24 березня 2016 року № 240 «Про затвердження Правил застосування фізичного обмеження та (або) ізоляції при наданні психіатричної допомоги особам, які страждають на психічні розлади, та форм первинної облікової документації» регулюють питання допомоги психічно хворим людям.

Згідно з Цивільним кодексом України фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними; фізична особа визнається недієздатною з моменту набрання законної сили рішенням суду про це; над недієздатною фізичною особою встановлюється опіка; недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину.

Правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун; відповідальність за шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, несе її опікун (ч. 1 ст. 1 39, ч. 1 ст. 40, ст. 41). Порядок визнання фізичної особи недієздатною встановлено у ст.ст. 236–241 Цивільного процесуального кодексу України.

Нами було проаналізовано та наведено приклади дій та досвіду інших країн щодо вирішення справ про примусове надання психіатричної допомоги. За кордоном детальніше розглядають цю проблему, але і наше законодавство зазначає чіткі дії в процесі вирішення таких справ. Якщо проаналізувати рішення цих справ судами України, розуміємо, що всі рішення відповідають законодавству. Тепер на питання, що ж таке примусове надання психіатричної допомоги (необхідна правомірна дія чи протиправна дія, яка порушує право на свободу та особисту недоторканність), можемо відповісти, що це необхідна та правомірна дія, адже мета полягає в захисті психічно хворих осіб від власних дій, які можуть зашкодити самій особі та соціуму.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний процесуальний кодекс України, від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.
2. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text.
3. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
5. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Вінтерверп проти Нідерландів». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/980_155/print1443084803265247.
6. Сказко І. Судовий розгляд справ про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку. *Науковий* часопис Національної академії прокуратури України. 2016. № 3. С. 213–221. URL: http://www.chasopysnapu. gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/11-2016/skazko.pdf.
7. Социальная юриспруденция. Юридическая психология. Том 1 / Самойлова Е.А., Черносвистов В.Е., Винников А.А., Живанович С., Зайцева О.Н. [и др.]. С. 628650.
8. Нотариальный вестник. 2015. № 4. URL: https://notariat.ru/ru-ru/publishing-center/newspaper_notari_vestnik/2015/04/20/.
9. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text.
10. Морозов Є.О., Надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку. URL: https://alibi.dp.ua.
11. ЄДРСРУ. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85174067.
12. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22.02.2000 р. № 1489-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text.
13. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.
14. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.
15. ЄДРСРУ. URL: http://reyestr.court.gov.ua/.

УДК 347.921
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/25

ПРАКТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ПОВНОВАЖЕННЯ АДВОКАТА В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

PRACTICAL FEATURES OF CONFIRMATION OF THE ATTORNEY'S POWER IN CIVIL JUDICIARY

Кравцов С.О., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гончаров В.О., студент ІІІ курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Кужель К.С., студентка ІІІ курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена питанню документів, що підтверджують повноваження адвоката як представника сторони у справі. У статті розглянуто актуальні проблеми, що склалися в практиці правозастосовних органів, зокрема Верховного Суду. Проаналізовано правові позиції касаційної інстанції щодо тих документів, що має подавати адвокат та вимагати суд від адвоката на підтвердження своїх повноважень у справі, зокрема зосереджено увагу на необов'язковості подання договору про надання правової допомоги, його копії, витягу з реєстру, свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю. Аргументовано достатність підтвердження повноважень адвоката як представника такими документами, як ордер або довіреність. Звернено увагу на явну невідповідність судових рішень українському законодавству, а як наслідок – порушення принципу верховенства права, права на справедливий суд. Розглянуто прояви формалізму органів правосуддя у вирішенні питань щодо документів, що підтверджують повноваження адвоката як представника. Детально проаналізовано право адвоката на самостійне посвідчення ордера або довіреності на підставі п. 9 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Розглянуто судову практику щодо деяких реквізитів, що є обов'язковими в ордері, зокрема «назва органу» та «дата договору про надання правової допомоги». Надано власне бачення вирішення проблемних питань стосовно правових позицій, що суперечать одна одній та законодавству. Зроблено низку висновків, зокрема щодо існування нагальної потреби у внормуванні судової практики стосовно документів, що підтверджують повноваження адвоката як представника сторони, враховуючи важливість участі адвоката в судовому процесі як одну з гарантій ефективного судового розгляду. Стаття буде корисна адвокатам, суддям, науковим, практичним працівникам та кожному, хто цікавиться питаннями цивільного процесу.

Ключові слова: документи, що підтверджують повноваження адвоката, цивільний процес, ордер, довіреність, судова практика, свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, витяг, посвідчувати.

The article is devoted to the issue of documents confirming the authority of the lawyer as a representative of the party in the case. The article considers the current problems in the practice of law enforcement agencies, in particular the Supreme Court. The legal positions of the cassation instance on those documents that a lawyer must submit and require the court to prove his powers in the case are analyzed, in particular, attention is focused on the non-binding nature of the contract on legal aid, its copy, extract from the register, certificate of entitlement. Advocacy is illegal. The article refers to the case law of the Supreme Court for 2018–2020 on the issue. The sufficiency of confirmation of the lawyer's powers as a representative by such documents as a warrant or power of attorney is argued. Attention is drawn to the clear inconsistency of court decisions with Ukrainian law, and as a consequence of the violation of the principle of the rule of law, the right to a fair trial. Manifestations of the formalism of the judiciary in resolving issues concerning the documents confirming the authority of a lawyer as a representative are considered. The right of a lawyer to independently certify a warrant or power of attorney on the basis of paragraph 9 of part 1 of Article 20 of the Law of Ukraine "On Advocacy and Advocacy" is analyzed in detail. The case law on some of the details that are mandatory in the warrant, in particular, "name of the body" and "date of the agreement on legal aid" is considered. The given vision of the decision of problematic questions concerning the legal positions which contradict each other and the legislation is given. A number of conclusions have been drawn, in particular on the urgent need to standardize the case law on documents confirming the lawyer's authority as a party's representative, given the importance of the lawyer's participation in the trial as one of the guarantees of effective trial. The article will be useful for lawyers, judges, researchers, practitioners, and anyone interested in civil litigation.

Key words: documents confirming the powers of a lawyer, civil proceedings, warrant, power of attorney, court practice, certificate of the right to practice law, extract, certify.

Питання представництва адвокатом інтересів свого клієнта є досить важливим у цивільному процесі з огляду на те, що адвокат як професійний захисник є подекуди єдиним способом поновити порушені, невизнані чи оспорювані права клієнта. Для того щоб адвокат вступив до процесу, йому необхідно мати належні підстави, що об'єктивовані в певних документах. Ці документи виступають підтвердженням повноважень адвоката. Однак судова практика щодо питання документів, що підтверджують повноваження адвоката в суді, є неоднозначною, навіть на рівні касаційної інстанції зустрічаються правові позиції, що суперечать одна одній. Тому з огляду на важливість участі адвоката в судовому процесі як одну з гарантій ефективного правосуддя є потреба дійти єдиної позиції щодо того, яких документів достатньо для підтвердження повноважень адвоката.

Основним нормативним приписом, що визначає документи, які підтверджують повноваження адвоката в цивільному процесі, є ст. 62 ЦПК. Згідно з нею, такими документами є або довіреність, або ордер, виданий відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [1].

У ст. 26 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» визначено, що, окрім вищезазначених документів, ще два можуть підтверджувати (посвідчувати) повноваження адвоката, а саме: договір про надання правової допомоги та доручення органу (установи), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги [2].

Однак це в жодному разі не означає, що в цивільному процесі адвокат може надати, наприклад, лише договір про надання правової допомоги для підтвердження своїх повноважень, оскільки ч. 3 ст. 26 цього Закону зазначено, що повноваження адвоката як захисника або представника в цивільному процесі підтверджуються в порядку, встановленому *законом*. Таким законом є саме Цивільний процесуальний кодекс України.

Отже, адвокат у цивільному процесі обмежений у виборі документів, якими може підтвердити свої повноваження. Так, адвокат має змогу обирати лише між довіреністю та ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність».

Однак, аналізуючи судову практику, можна спостерігати, що адвокати подають не тільки визначені законом документи, а й такі, що не вимагаються зовсім. Так, наприклад, у Постанові Касаційного цивільного суду від 12 лютого 2020 року у справі 203/4365/18-ц зазначається, що представник відповідача, подаючи апеляційну скаргу, на підтвердження своїх повноважень додала до апеляційної скарги копію договору про надання правової допомоги, свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю, витяг із реєстру адвокатів, ордер адвоката [5]. Вважаємо, що в таких діях адвоката відсутнє порушення чинного законодавства, оскільки суд може не брати до уваги ті документи, що не передбачені законом.

Однак більш серйознішою є проблема, коли суд вимагає ті документи, що не передбачені законом для підтвердження повноважень, або ж не приймає ті, що відповідають вимогам закону.

З огляду на цю проблематику, далі буде розглянута судова практика щодо проблем, що найчастіше виникають під час підтвердження повноважень адвоката.

Вимога суду надати додаткові документи, крім визначених ч. 4 ст. 62 ЦПК

Суди подекуди мотивують повернення позовної заяви або апеляційної (касаційної) скарги з огляду на те, що представник сторони по справі не надав необхідних документів на підтвердження своїх повноважень. Однак, на жаль, непоодинокі випадки, коли суд вимагає ті документи, що підтверджують повноваження адвоката, що є необхідними саме на думку суду, а не закону.

Так, Касаційний цивільний суд у своїй Постанові від 3 червня 2020 року у справі № 760/8629/16-ц зазначає, що апеляційний суд повернув апеляційну скаргу особі, що її подала. Аргументом апеляційної інстанції, зокрема, було те, що заявником не надано ***окремого письмового доручення***, яке підтверджує її повноваження як адвоката. Верховний Суд у порядку касаційного оскарження не погодився з висновком апеляційної інстанції та зазначив, що висновок апеляційного суду про те, що заявником не надано окремого письмового доручення, яке підтверджує її повноваження як представника, є безпідставним, оскільки саме ордер, виданий адвокатським об'єднанням, підтверджує те, хто з адвокатів здійснює представництво інтересів клієнта на виконання укладеного договору про надання правової допомоги [6].

Крім того, під час аналізу судової практики зустрічаються випадки, коли суд повертає позов чи апеляційну скаргу через недодання до них ***свідоцтва про право зайняття адвокатською діяльністю***.

Так, відповідно до Постанови Касаційного цивільного суду від 11 грудня 2019 року у справі № 361/8400/18-ц зазначено, що, повертаючи апеляційну скаргу, суд апеляційної інстанції виходив із того, що адвокат не надав суду, зокрема, свідоцтво про зайняття адвокатською діяльністю. Верховний Суд визначив таку вимогу безпідставною, бо інформація Єдиного реєстру адвокатів України є відкритою, тому суд не позбавлений змоги перевірити, чи є та чи інша особа адвокатом. ЦПК не містить вимоги про обов'язковість долучення адвокатом до усіх документів, які подаються до суду, як представником свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю [7].

У ч.ч. 1, 2 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначено, що адвокатська діяльність здійснюється на підставі вже укладеного договору про надання правової допомоги [2]. Виходячи з цього припису, судді часто вимагають до документів, визначених у ч. 4 ст. 62 ЦПК, додати ***договір про надання правової допомоги***. Проте це не є вимогою, що ґрунтується на законі, оскільки жоден нормативно-правовий акт не встановлює обов'язок адвокатів подавати договір до суду на підтвердження своїх повноважень. Сама вимога надати замість ордера (довіреності) або на додаток договір про надання правової допомоги суперечить чинному законодавству. Правові позиції, висловлені в постановах Касаційного цивільного суду у справах № 182/9172/18, 361/8400/18-ц, 182/9172/18, зазначають, що надання договору про правничу допомогу, його копії разом з ордером ЦПК України не вимагає [8].

Таким чином, ордер або довіреність є достатніми документами для підтвердження повноважень адвоката як представника. Законодавство не вимагає подання жодних додаткових документів.

Неприйняття судом копії ордеру або довіреності, засвідченої у визначеному законом порядку

Тлумачення ч. 6 ст. 62 ЦПК дає змогу стверджувати, що адвокат може подати на підтвердження своїх повноважень на вибір: 1) оригінал документа; 2) копію з нього, засвідчену суддею; 3) копію з нього, засвідчену у визначеному законом порядку. Саме ці документи, що будуть приєднані до справи, виступають підтвердженням повноважень адвоката в конкретній справі.

На практиці адвокати часто самостійно посвідчують довіреності або ордери у справах, які вони ведуть, та подають до суду на підтвердження своїх повноважень. Такі дії підпадають під «копії з ордеру або довіреності, засвідчену у визначеному законом порядку», оскільки таке право адвоката передбачене законом.

Так, у п. 9 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначено, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право посвідчувати копії документів у справах, які він веде, крім випадків, якщо законом установлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів [2]. Однак суди по-різному до цього ставляться.

Касаційний суд у Постанові по справі 308/8995/17 від 17 грудня 2018 року зазначив, що ордер, засвідчений у визначеному законом порядку, а саме відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», є належним документом, що підтверджує право особи, яка підписала апеляційну скаргу, на вчинення такої процесуальної дії [9]. Посилання на це рішення для обґрунтування аналогічних обставин було використано в постанові Касаційного цивільного суду в справі № 428/3851/19 від 3 серпня 2020 року [10].

Проте дійти єдиного підходу у правозастосовній діяльності Касаційний цивільний суд протягом певного часу не міг. Так, в ухвалі від 29 травня 2019 року у справі 202/5348/18 щодо дій адвоката, що посвідчив своїм підписом копію ордера на відповідність його оригіналу, Верховний Суд зазначив, що можливості посвідчення відповідності оригіналу копії ордера самостійно адвокатом положеннями ЦПК України і Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» не передбачено [11].

Однак вже 11 грудня 2019 року Касаційний цивільний суд у справі 361/8400/18-ц знову зазначив, що п. 9 ч. 1 ст. 20 вищезгаданого Закону резюмує наявність в адвоката повноважень на посвідчення копій документів, зокрема довіреності, виданої йому на представлення інтересів юридичної особи [12].

Враховуючи різну судову практику, на нашу думку, увагу треба приділяти як адвокатам, так і судам тим правовим позиціям, що визнають самостійне посвідчення адвокатом ордера або довіреності як належним документам, що підтверджують повноваження адвоката, оскільки така можливість чітко зазначена в законі і підстав для її обмеження законодавством не визначено.

Подання та підписання позову, апеляційної, касаційної скарги адвокатом

ЦПК однозначно регулює питання щодо того, хто може подавати та підписувати позовну заяву, апеляційну і касаційну скарги.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 175 ЦПК позовна заява подається до суду в письмовій формі та підписується позивачем або його представником, або іншою особою, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи [1].

Ч. 3 ст. 356 ЦПК зазначає, що апеляційна скарга підписується особою, яка її подає, або представником такої особи [1].

Згідно з ч. 3 ст. 392 ЦПК, касаційна скарга підписується особою, яка її подає, або представником такої особи. До касаційної скарги, поданої представником, має бути додана довіреність або інший документ, що посвідчує повноваження представника [1].

Системним тлумаченням цих норм можна зробити висновок, що ЦПК дає змогу реалізувати право на подання та підписання зазначених вище процесуальних документів або позивачу, або представнику.

У разі подання позову (скарги) до суду адвокат має додати документ, що посвідчує повноваження представника, оскільки саме на підставі цього документа суд має впевнитися в наявності в адвоката права на підписання такого процесуального документа.

Недотримання цих вимог адвокатом є негативною передумовою права на пред'явлення позову. Так, цивільно-процесуальним законом передбачається неприйняття до розгляду та повернення судом процесуального документа (п. 1 ч. 4 ст. 185 ЦПК, п. 1 ч. 5 ст. 357 ЦПК, п. 1 ч. 4 ст. 393 ЦПК [1]). Касаційний цивільний суд у справі № 703/281/18 від 20 травня 2020 року дійшов висновку, що відсутність у матеріалах справи документа, що доводить повноваження представника, не свідчить про відсутність у нього процесуальних повноважень на подання апеляційної скарги чи підписання її, *проте* є підставою для залишення апеляційної скарги без руху з метою встановлення таких повноважень судом [13].

Попри, на перший погляд, достатню урегульованість цього питання, на практиці виникають проблеми щодо цього.

Так, Касаційний цивільний суд у своїй Постанові у справі № 694/48/18 зазначає, що апеляційна інстанція повернула апеляційну скаргу, суд виходив із того, що апеляційна скарга скаржника підписана її адвокатом, який не мав права підпису такої скарги. Такий висновок зробив суд, оскільки під час отримання апеляційної скарги, що надійшла рекомендованим листом від адвоката, виявлено відсутність документа, вказаного в додатку до апеляційної скарги, а саме ордера адвоката. У скарзі адвокат посилався на те, що в додатку до апеляційної скарги додавав ордер на його представництво, однак йому не відомо, чому його не опинилося під час надходження до апеляційного суду. Верховний Суд у цій справі залишив без задоволення касаційну скаргу через відсутність ордера адвоката, вказаного в додатку до апеляційної скарги [14]. Враховуючи цю правову позицію, вважаємо, що доречнішим є направлення процесуальних документів до суду цінним листом з описом вкладу для того, щоб потім у разі виникнення схожої ситуації адвокат міг довести, що все ж таки відправляв ці документи та належним чином реалізував приписи процесуального закону.

Також цікавим є висновок Касаційного цивільного суду у справі № 201/13030/19, де суд зазначив, що хоча в договорі про надання правової допомоги чітко не зазначено право адвоката подавати та підписувати апеляційну скаргу клієнта, в ордері, який є належним та достатнім підтвердженням правомочності адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта, конкретизовано його повноваження на надання правової допомоги саме в Дніпровському апеляційному суді. Крім того, будь-яких обмежень повноважень (як це передбачено п. 12.8 Положення) ордер не містить [15].

Незазначення назви суду в ордері або довіреності

Згідно з пп. 15.4 п. 15 Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів, затвердженого рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2012 року № 36 (попередня редакція), ордер має містити назву органу, в якому надається правова допомога адвокатом, із зазначенням, у разі потреби, виду адвокатської діяльності відповідно до ст. 19 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [3]. У п. 12.4 Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги у новій редакції від 12.04.2019 року № 41 міститься аналогічна норма [4].

На практиці виникає питання, що розуміється під «назвою органу» – конкретно зазначений орган чи все ж таки узагальнююча назва всіх органів певного виду. На рівні касаційної інстанції правові позиції різняться із цього питання.

Так, Касаційний цивільний суд у постанові у справі № 361/8400/18-ц від 11 грудня 2019 року зазначив, що помилковим є ототожнення вимог до змісту ордера адвоката, де дійсно має зазначатись відповідний орган (суд), в якому здійснюється представництво інтересів клієнта, проте в довіреності на представництво інтересів у судах є достатнім, окрім зазначення повноваження представника, вказівка на представництво в усіх судових органах (судах) України без конкретизації назв судів [7]. Зі змісту цієї правової позиції можна зробити висновок, що в довіреності може бути зазначено як конкретний орган, так і узагальнюючу назву всіх органів певного виду, а в ордері – лише конкретний судовий орган.

Однак Касаційний цивільний суд у постанові від 15 квітня 2020 року у справі № 361/4347/17 зазначив, що вказівка в ордері у графі «Назва органу, в якому надається правова допомога» на те, що правова допомога надається в судах всіх інстанцій, є достатнім та необхідним підтвердженням того, що адвокат уповноважений надавати правову допомогу клієнту та представляти його інтереси в будь-яких судах України, а тому не вимагає уточнення/зазначення територіальної, інстанційної, предметної та суб'єктної юрисдикції судів [16].

Вважаємо, що найбільш повна та точна відповідь на це питання міститься в постанові Касаційного цивільного суду в справі 760/8629/16-ц від 3 червня 2020 року. У цій справі адвокат подав касаційну скаргу на ухвалу апеляційного суду, якою апеляційну скаргу було повернуто особі, яка її подала, оскільки в копії ордера на надання правової допомоги було зазначено, що адвокат мав право надавати правову допомогу в судах *усіх інстанцій*. Хоча, на думку апеляційного суду, законодавець чітко відокремив судові органи як такі, що мають бути окремо зазначені в ордері на надання правової допомоги.

Розглядаючи цю касаційну скаргу, Верховний Суд дійшов висновку, що визначена апеляційним судом підстава для повернення апеляційної скарги – відсутність зазначення в ордері назви апеляційного суду, до якого подано апеляційну скаргу, є безпідставною з огляду на наступне.

Згідно з практикою Європейського суду з прав людини, необхідно уникати занадто формального ставлення до передбачених законом вимог, бо доступ до правосуддя має бути не лише фактичним, але і реальним. Надмірний

формалізм у процесі вирішення питання щодо прийняття позовної заяви або скарги є порушенням права на справедливий судовий захист.

Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну змогу оскаржити дії, які становлять втручання в її права.

У рішенні від 13 січня 2000 року у справі «Мірагаль Есколано та інші проти Іспанії» та рішенні від 28 жовтня 1998 року у справі «Перес де Рада Каваніллес проти Іспанії» Європейський Суд із прав людини вказав, що надто суворе тлумачення внутрішніми судами процесуальної норми позбавило заявників права доступу до суду і завадило розгляду їхніх позовних вимог. Це визнано порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції [6].

Аналогічну правову позицію було висловлено у Постанові Касаційного цивільного суду в справі № 428/3851/19 від 3 серпня 2020 року, відповідно до якої залишення позову без розгляду з підстави, що в ордері не визначено назву конкретного судового органу, в якому може бути надана правова допомога адвокатом, є проявом правового пуризму (формалізму) з боку суду під час вирішення питання прийнятності позовної заяви, який непропорційно обмежує право особи на розгляд її справи судом [10].

Вважаємо, що найбільш прийнятним та справедливим є підхід, відповідно до якого суди мають брати до уваги та вважати належним ордер або довіреність, в якій може не бути зазначення конкретного судового органу, але наявна вказівка на узагальнене посилання на всі суди, всіх інстанцій, всіх юрисдикцій, оскільки в протилежному випадку неприйняття такого документа позбавляє сторону доступу до правосуддя для повного захисту своїх прав та інтересів шляхом здійснення судового розгляду справи.

Однак, якщо в ордері зазначається конкретний суд, то треба зазначити його вкрай точно та правильно, оскільки в іншому випадку суд може повернути позов (скаргу). Звісно, усе залежить від конкретних обставин, але ніхто не виключає випадки буквоїдства та формалізму. Так, наприклад, у справі № 520/3764/18 від 22 квітня 2020 року адвокат підтверджував свої повноваження ордером, в якому в графі «Назва органу» було зазначено Верховний Суд України (хоча на час подання скарги вже набрав чинності Закон 2147-VIII, за яким судом касаційної інстанції в цивільних справах є Верховний Суд). Враховуючи це, Верховний Суд не вважає ордер таким, що підтверджує повноваження адвоката, оскільки в ордері зазначена неналежна назва суду касаційної інстанції, в якому адвокат надає правову допомогу [17].

Висновки. Цивільно-процесуальним законом встановлено лише два документи, що підтверджують повноваження адвоката як представника в суді, – довіреність або ордер. Подання інших документів за чинним ЦПК не вимагається. Вимоги суду щодо подання, зокрема договору про надання правової допомоги, його копії, витягу з реєстру, свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю є незаконними.

Ордер або довіреність є достатніми документами для підтвердження повноважень адвоката як представника.

Адвокат має право самостійно посвідчувати документи, що підтверджують його повноваження у справі, яку він веде, оскільки така можливість чітко визначена Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Обмеження цього права є незаконним.

Суди мають брати до уваги та вважати належним ордер або довіреність, в якій не зазначений конкретний судовий орган, але наявна вказівка на узагальнене посилання на всі суди, всіх інстанцій, всіх юрисдикцій. Оскільки в протилежному випадку неприйняття такого документа позбавляє сторону доступу до правосуддя для повного захисту своїх прав та інтересів шляхом здійснення судового розгляду справи.

Є нагальна потреба внормувати практику щодо документів, що підтверджують повноваження адвоката як представника сторони.

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 18.11.2018).

2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення 18.11.2018).

3. Положення про ордер на надання правової допомоги та порядок ведення реєстру ордерів від 17.12.2012 р. № 36. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0036871-12#Text (дата звернення 18.11.2018).

4. Про затвердження Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги у новій редакції від 12.04.2019 р. № 41. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr041871-19#Text (дата звернення 18.11.2018).

5. Постанова Верховного Суду від 12 лютого 2020 року, судова справа: № 203/4365/18-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87672382.

6. Постанова Верховного Суду від 3 червня 2020 року, судова справа: № 760/8629/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/89732962.

7. Постанова Верховного Суду від 11 грудня 2019 року, судова справа: № 361/8400/18-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86606954.

8. Постанова Верховного Суду від 18 вересня 2019 року, судова справа: № 182/9172/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84545120; Постанова Верховного Суду від 18 вересня 2019 року, судова справа: № 182/9172/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84545120; Постанова Верховного Суду від 11 грудня 2019 року, судова справа: № 361/8400/18-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86606954; Постанова Верховного Суду від 18 вересня 2019 року, судова справа: № 182/9172/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84545120.

9. Постанова Верховного Суду від 17 грудня 2018 року, судова справа: № 308/8995/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/78626691.

10. Постанова Верховного Суду від 3 серпня 2020 року, судова справа: № 428/3851/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90872333.

11. Ухвала Верховного Суду від 29 травня 2019 року, судова справа: № 202/5348/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90872333.

12. Постанова Верховного Суду від 11 грудня 2019 року, судова справа: № 361/8400/18-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86606954.

13. Постанова Верховного Суду від 20 травня 2020 року, судова справа: № 520/11358/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/89621110.

14. Постанова Верховного Суду від 12 грудня 2019 року, судова справа: № 694/48/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86400747.

15. Постанова Верховного Суду від 5 серпня 2020 року, судова справа: № 201/13030/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90905864.

16. Постанова Верховного Суду від 15 квітня 2020 року, судова справа: № 361/4347/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88833791.

17. Ухвала Верховного Суду від 22 квітня 2020 року, судова справа: № 520/3764/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88903910.

УДК 347.77:004.65+001.102
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/26

СОЦІАЛЬНІ БАЗИ ДАНИХ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

SOCIAL DATABASES AS AN OBJECT OF LEGAL PROTECTION

Маліновська І.М., к.ю.н.,
асистент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено визначенню соціальної бази даних як об'єкта правової охорони. Актуальність досліджуваної теми зумовлена відсутністю єдиного підходу до визначення поняття, різновидів, правового режиму цих баз даних в юриспруденції. На підставі проведеного дослідження соціальні мережі запропоновано розуміти як систему встановлення зв'язків між суб'єктами, що відбувається за допомогою веб-сайту, веб-сторінки, шляхом розміщення будь-якої інформації про особу (дані, твори), яка структурно розташована в межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту з доступом, здійсненим за допомогою мережі Інтернет. Виокремлені такі особливості даного об'єкту, як: охоплення невизначеного кола суб'єктів, підтримка зв'язку між ними, можливість розміщення будь-якої інформації, наявність відкритого доступу, добровільність розміщення персональних даних особи. Запропоновано визначення соціальної бази даних як сукупності будь-якої інформації про особу (персональних даних, її творчих здобутків, даних про діяльність, відомостей про майно), яка розташована та упорядкована в єдину систему та може бути доступною в межах облікового запису власника веб-сайту, через мережу Інтернет або шляхом здійснення іншого доступу до неї. При цьому під соціальною базою даних у широкому розумінні можна вважати будь-яку базу даних, що містить інформацію про особу, соціальне життя, твори та ін. У вузькому розумінні це розташування інформації про особу на відповідному веб-сайті, з програмою відкритого доступу до цих даних. Здійснено класифікацію баз даних на спеціалізовані бази даних та загальні бази даних. Спеціалізовані соціальні бази даних – це бази даних, в яких розміщена інформація про особу, її статус, стан майна, що є дійсною та правдивою, та до якої є спеціальний доступ, що потребує отримання відповідного дозволу. Загальні соціальні бази даних – це бази даних, в яких особа самостійно розміщує інформацію про свій статус, приватне життя, майно, діяльність, що не потребує підтвердження статусу дійсності, та яка є доступною для невизначеного кола осіб.

Ключові слова: база даних, соціальні мережі, Інтернет, персональні дані, інформація, правовий режим.

The article is devoted to the definition of a social database as an object of legal protection. In jurisprudence there is no unified approach to the concept, types, legal regime of these databases. Based on the study, it is proposed to understand social networks as a system of establishing links between entities, which occurs through websites, web pages, through the placement of any information about the person (data, works), which are structurally located within the web address. site and (or) the account of the owner of this website, with access via the Internet. They are characterized by the coverage of an indefinite range of subjects, maintaining communication between them, the ability to post any information, the availability of open access, voluntary placement of personal data. In this case, the social database should be considered as a set of any information about a person (personal data, his creative achievements, activity data, property information), which are located and organized into a single system, can be accessed within the account of the web owner site, through the Internet or other access. Social databases, in a broad sense, is any database that contains information about a person, social life, works, etc. In a narrow sense, this is the placement of personal information on an appropriate website, with an open data access program. Social databases can be divided into specialized databases and shared databases. Specialized social databases are databases that contain information about a person, his status, the state of property, which corresponds to reality, and to which there is a special access that requires appropriate access. General social databases are databases in which a person independently places information about his status, private life, property, activities, which does not require confirmation of the status of reality, and to which an indefinite number of persons have access.

Key words: database, social networks, Internet, personal data, information, legal regime.

Бази даних є одним з найбільш запитуваних об'єктів цивільно-правової охорони. Це зумовлено насамперед тим, що вони є стрижнем будь-якої соціальної мережі. На 2019 р. виокремлюються такі популярні мережі: Facebook – 2.2 млрд, YouTube – 1.9 млрд, WhatsApp – 1.5 млрд, Messenger – 1.3 млрд, WeChat – 1.06 млрд, Instagram – 1 млрд, Tik Tok – 500 млн активних користувачів на місяць тощо [1]. Користування соціальними мережами є досить проблемним питанням правознавства, оскільки охоплює такі наукові проблеми, як: характеристика соціальної мережі як об'єкта правової охорони; правовий режим інформації, що розміщена в мережі; охорона приватної інформації; відкритість доступу до персональних даних. Але це не весь перелік актуальних та проблемних питань для дослідження в цьому напрямі. Ключовим питанням є саме кваліфікація соціальної мережі з точки зору її правової охорони.

Метою статті є характеристика соціальних баз даних як об'єкта правової охорони. Для досягнення цієї мети необхідно визначити зміст поняття соціальних баз даних, їх види та правовий режим.

Встановлення суті соціальних баз даних можливо здійснити за допомогою комплексного підходу, шляхом об'єднання наукових висновків щодо різних правових явищ. Так, поняття баз даних, їх правового режиму досліджувалось Н.Є. Яркіною в роботі «Правова охорона баз даних: режими авторсько-правовий і «sui-generis»» [2]. Характерні особливості баз даних визначені в статті О.І. Яременко «Правова охорона баз даних в Україні» [3]. Соціальні мережі як правовий феномен розглядались А.В. Галунько в публікації «Соціальні Інтернет-мережі як об'єкт адміністративно-правового регулювання» [4]. Проблематиці охорони персональних даних присвячена дисертація В.М. Брижко «Організаційно-правові питання захисту персональних даних» [5]. Наведені наукові праці містять здобутки щодо різних правових понять, за поєднання яких виникає можливість сформулювати поняття соціальних баз даних.

Визначення баз даних закріплено в Законі України «Про авторське право і суміжні права» [6], згідно з яким цей об'єкт має такі характеристики: 1) це завжди сукупність будь-яких об'єктів авторського, інформаційного права (твори, дані, інформація); 2) елементи бази даних упорядковані оригінально; 3) об'єктивна форма бази даних: письмова, електронна; 4) дані, розміщені в базі даних, повинні бути доступними під час застосування відповідних засобів, закладених в оперативну систему бази; 5) база даних є складним об'єктом, що охоплює дані, систему їх розміщення та пошукову систему. Більш детальні характеристики бази даних визначаються Н.Є. Яркіною. Зокрема, дослідниця звертає увагу, що інформація в базі даних організована в певному порядку: за заданими критеріями вона підібрана й упорядкована, що забезпечує її накопичення, збереження, швидкий пошук необхідних елементів, доступ і користування нею [2, с. 82]. На думку О.І. Яременко, інформація в базах даних відзначається

такими характеристиками, як упорядкованість, повнота, достовірність, релевантність; цінність баз даних зберігається за умови постійної актуалізації інформації, яку вони містять [3, с. 20]. Аналізуючи наведені характеристики баз даних, доцільно підкреслити, що цей об'єкт надає можливість охоплювати та систематизувати великі обсяги будь-якої інформації. Завдяки цьому вони використовуються в різних сферах життя. Одним із сучасних напрямів використання баз даних є соціальні мережі.

Під соціальною інтернет-мережею потрібно розуміти віртуальну Інтернет-спільноту, утворену засновниками, авторами аудіовізуального контенту та численними користувачами [4, с. 128]. Соціальна мережа може визначатися і через соціальний аспект цього феномену, як сукупність соціальних суб`єктів та зв'язків між ними, що виникають та реалізуються на віртуальних Інтернет-платформах, які служать для встановлення та підтримання зв'язків між індивідами або соціальними групами [7, с. 114]. Властивими для них особливостями є наявність невизначеного кола суб'єктів, підтримка зв'язку між ними, можливість розміщення будь-якої інформації, наявність відкритого доступу, добровільність розміщення персональних даних особи. Звернемо увагу, що їхня мета – поширення інформації про особу, її діяльність, погляди, роботу тощо. При цьому соціальні мережі створювалися для розвитку спілкування, а внаслідок поширення стали виконувати багатоаспектні функції.

Встановлення зв'язків між суб'єктами в соціальних мережах відбувається за допомогою веб-сторінки та веб-сайту. Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» [6] веб-сторінка – складова частина веб-сайту, що може містити дані, електронну (цифрову) інформацію, інші об'єкти авторського права і (або) суміжних прав тощо; а веб-сайт – це сукупність даних, електронної (цифрової) інформації, інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тощо, пов'язаних між собою і структурованих у межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту, доступ до яких здійснюється через адресу мережі Інтернет, що може складатися з доменного імені, записів про каталоги або виклики і (або) числової адреси за Інтернет-протоколом (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права») [6]. Аналізуючи вищенаведені положення, можна зробити висновок, що соціальні мережі – це система встановлення зв'язку між суб'єктами, що відбувається за допомогою веб-сайтів, веб-сторінок, шляхом розміщення будь-якої інформації про особу (дані, твори), які структурно розташовані в межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту, з доступом через мережу Інтернет.

Необхідно також звернути увагу, що в поняттях веб-сайту та бази даних є багато спільного, зокрема, характерною рисою цих об'єктів є сукупність інформації, систематизованої та розміщеної за допомогою певної системи розташування та пошуку. Відмінність між цими об'єктами полягає в тому, що доступ до баз даних є більш обмеженим, адже стосується визначеного кола осіб, тоді як доступ до веб-сайту є вільним та відбувається за допомогою мережі Інтернет. Унаслідок цього можна стверджувати, що для баз даних та веб-сайту характерна наявність систем розміщення інформації та доступу до неї, адже їхній зміст є близьким і представляє собою сукупність інформації. Крім того, впорядкування бази даних, веб-сайту є завжди творчим процесом, а розміщення інформації в них є простою системою механічних дій, що не мають ознак оригінальності.

Внаслідок цього постає питання: чи можна співвідносити соціальну мережу із соціальною базою даних? Для відповіді на це питання необхідно виокремити коло соціальних баз даних. Прикладом бази даних, яка охоплює дані про осіб, є база персональних даних, що представляє собою іменовану сукупність упорядкованих персональних даних в електронній формі та/або у формі картотек персональних даних (ст. 1 Закону України «Про захист персональних даних») [8]. Крім того, до баз даних, що містять інформацію про персональні дані, слід відносити й різні Єдині та Державні реєстри, наприклад, Реєстр обтяжень рухомого майна, Реєстр правочинів, Єдиний реєстр заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, Реєстр іпотек та інші. Усі вони створені не тільки для спрощення практики здійснення окремих повноважень у рамках державного управління, а й здебільшого для гарантування прав та свобод самих громадян України, бо фактично відомості, що містяться в таких реєстрах, є підтвердженням певних юридичних фактів (дій чи подій), які мають значні юридичні наслідки для самих громадян. Отже, можна виокремлювати бази персональних даних та спеціалізовані бази даних, що містять інформацію про осіб, об'єкти та події, які безпосередньо містять додаткову інформацію про стан особи. Також є бази, що створюються з метою обміну інформацією, щоб популяризувати, просунути на ринку продукцію певного виробника або його послугу, привернути увагу потенційного споживача до певної інформації, інформувати його про новини компанії на регулярній основі [9, с. 22]. Отже, цілком можливо співвідносити соціальну базу даних із соціальними мережами, як близькі між собою категорії.

Можливість співвідношення цих баз даних із соціальними феноменами зумовлено тим, що тлумачення терміна «соціальний» охоплює таке: пов'язаний із життям і стосунками людей у суспільстві; породжений умовами суспільного життя, певного середовища, ладу; існуючий у певному суспільстві; здійснюваний у суспільстві [10]. З наведеного випливає, що під час використання цього терміна мається на увазі явище, що безпосередньо пов'язано із життєдіяльністю суспільства, здійснення дій у суспільстві. Такий підхід надає можливість використовувати термін «соціальний» і щодо баз даних.

Узагальнюючи, можна визначити соціальну базу даних як сукупність будь-якої інформації про особу (персональні дані, її творчі здобутки, дані про діяльність, відомості про майно), яка розташована та упорядкована в єдину систему та може бути доступною в межах облікового запису власника веб-сайту, через мережу Інтернет або шляхом здійснення іншого доступу до неї. Соціальною базою даних у широкому розумінні є будь-яка база даних, що містить інформацію про особу, соціальне життя, твори тощо. У вузькому розумінні це розташування інформації про особу на відповідному веб-сайті, з програмою відкритого доступу до цих даних.

Соціальні бази даних можливо поділяти на спеціалізовані бази даних та загальні бази даних (бази даних із загальною інформацією). Спеціалізовані соціальні бази даних – це бази даних, в яких розміщена інформація про особу, її статус, стан майна, яка відповідає дійсності, та до якої є спеціальний доступ, що потребує отримання відповідного доступу. Ці бази даних використовуються практично у всіх сферах життя людини, зокрема, це бази персональних даних, відповідні державні реєстри. Загальні соціальні бази даних – це бази даних, в яких особа самостійно розміщує інформацію про свій статус, приватне життя, майно, діяльність, яка не потребує підтвердження статусу дійсності, і до якої є доступ невизначеного кола осіб.

Спеціалізовані соціальні бази даних не мають відкритого доступу, вони потребують отримання відповідного доступу. Наприклад, для отримання відомостей з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та отримання інформаційної довідки в електронній формі необхідно виконати такі операції: реєстрацію, авторизацію (при цьому логін буде містить серію та номер паспорта) та здійснити оплату в online-режимі [11]. Для загальних

соціальних баз даних не потребується вказівка дійсних персональних даних, оплати за отримання інформації. Отже, різниця в цих базах даних полягає як в якості розміщеної інформації, так і в порядку доступу до цих даних.

Незважаючи на активний розвиток соціальних баз даних та їх популярність, у правознавстві все ще не визначеним залишається питання їх правового режиму. Проблемність цього питання зумовлена тим, що дослідники мають різні погляди на цю проблематику. Так, О.В. Кохановська вважає що під базою даних слід розуміти об'єктивну форму подачі й організації сукупності даних, систематизованих таким чином, щоб ці дані могли бути знайдені й оброблені за допомогою ЕОМ [12, с. 11]. Такий підхід поширює на базу даних режим інформаційного права. При цьому найбільш поширена позиція базується на нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права» і полягає у віднесені соціальних баз даних до об'єктів інтелектуальної власності. Звернемо увагу, що соціальні бази даних можливо розглядати і в межах режиму охорони персональних даних. Наприклад, В.М. Брижко підкреслював, що персональні дані є особливим видом приватної власності, яка юридично виступає у формі виключного права власності, й монополія права на яку обмежується законом в інтересах дотримання прав та основних свобод інших осіб, а також в інтересах дотримання балансу прав людини, суспільства і держави [5, с. 6].

З огляду на це можна зробити висновок, що правовий режим соціальних баз даних не може бути зведений до одного інституту цивільного права, зокрема права інтелектуальної власності, інформаційного права, охорони особистих прав. Неможливість охопити одним правовим режимом охорону соціальних баз даних зумовлена також і складністю цього об'єкту. Зокрема, цей режим повинен включати елемент охорони приватного життя, забезпечення моральних засад суспільства, захисту відповідної інформації та ін. Слід підкреслити, що саме під час дослідження соціальних баз даних чітко простежується розмежування бази даних та її змісту. При цьому ці частини є невід'ємними одна від одної. Отже, правовий режим соціальних баз даних є відкритим питанням для юриспруденції та може розглядатися з точки зору аспектів її цивільно-правової, адміністративної та кримінально-правової охорони.

На підставі проведеного дослідження запропоновані такі висновки. Соціальні мережі – це система встановлення зв'язку між суб'єктами, який відбувається за допомогою веб-сайтів, веб-сторінок, а також шляхом розміщення будь-якої інформації про особу (даних, творів), яка структурно розташована в межах адреси веб-сайту і (або) облікового запису власника цього веб-сайту з доступом, здійсненим за допомогою мережі Інтернет. При цьому соціальну базу даних слід розглядати як сукупність будь-якої інформації про особу (персональні дані, її творчі здобутки, дані про діяльність, відомості про майно), яка розташована та упорядкована в єдину систему та може бути доступною в межах облікового запису власника веб-сайту, за допомогою мережі Інтернет або шляхом іншого доступу до неї. Соціальні бази даних можна класифікувати на спеціалізовані бази даних та загальні бази даних. Отже, сучасний стан наукового дослідження соціальних баз даних характеризується відсутністю єдиного погляду щодо правового режиму даного об'єкту, що є перспективним напрямом для подальших наукових досліджень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Найпопулярніші соціальні мережі світу. 2019. URL: https://futurenow.com.ua/21-najpopulyarnishyh-sotsialnyh-merezh-svitu-ta-rejtyng-ukrayiny/
2. Яркіна Н.Є. Правова охорона баз даних: режими авторсько-правовий і «sui-generis». Проблеми законності : респ. міжвідом. наук. зб. Харків, 2008. Вип. 99. С. 81–90.
3. Яременко О.І. Правова охорона баз даних в Україні. Правова інформатика. 2011. № 1 (29). С. 17–24.
4. Галунько А.В. Соціальні Інтернет-мережі як об'єкт адміністративно-правового регулювання. *Науковий* вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2013. Випуск 22. Ч. І. Т. 2. С. 127–129.
5. Брижко В.М. Організаційно-правові питання захисту персональних даних : автореф. дис. … на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь : Нац. академія Державної податкової служби України, 2004. 22 с.
6. 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
7. Косолап О.В. Соціальні мережі як об'єкт криміналістичного дослідження. *Вісник* кримінального судочинства. 2016. № 1. С. 112–117.
8. Про захист персональних даних : Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17
9. Огнев'юк Г. Особливості використання об'єктів інтелектуальної власності в соціальних мережах. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 21–25.
10. Термін соціальний: Академічний словник української мови. URL: http://sum.in.ua/s/socialjnyj
11. Покрокова інструкція. Отримання відомостей з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. URL: https://kap.minjust.gov.ua/services/rrpinstruction
12. Кохановська О.В. Правове регулювання у сфері інформаційних відносин : монографія. Київ : Національна академія внутрішніх справ України, 2001. 212 с.

УДК 347.77
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/27

ТАТУЮВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

TATTOO AS AN OBJECT OF COPYRIGHT

Маліновська І.М., к.ю.н.,
асистент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сисова А.І., студентка ІІІ курсу
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Надзвичайна популярність тату й відсутність механізму охорони його як об'єкта авторського права зумовили дослідження і визначення його правової природи в даній статті. З метою визначення правового режиму даного об'єкта авторами досліджено правову природу об'єктів права інтелектуальної власності, проаналізовано низку міжнародних та вітчизняних актів цивільного законодавства у сфері охорони об'єктів авторського права. Доведено можливість надання правової охорони об'єкту за допомогою авторсько-правової охорони, зокрема можливість віднесення його до результатів художньої творчості. З'ясовано критерії охороноздатності «татуювання» як об'єкта авторського права, визначено особливості їхнього прояву стосовно даного об'єкта. Зроблено висновки про те, що нанесення на тіло татуювання характеризується трьома аспектами, а саме: це питання авторського права в контексті відтворення твору (ескіз) та права автора, які виникають із моменту створення «татуювання» без використання ескіза за допомогою техніки фріхенд (англ. "freehand" – «вільна рука»), з обов'язковим урахування особистих прав людини, на шкірі якої буде створений/відтворений даний ескіз.

На підставі аналізу норм чинного законодавства, судової практики авторами було зроблено висновок про те, що відтворення «татуювання» (ескіз) художником – майстром тату на тілі люди не позбавляє його авторських прав на цей об'єкт. Обґрунтовано, якщо автором ескіза є сам замовник, то тату-майстер у такому разі буде лише виконавцем своєї роботи та не матиме права повторно відтворювати ескіз на іншому матеріальному носії (зокрема, й на іншій людині). У даному дослідженні доведена також необхідність згоди людини, яка бажає нанести тату на шкіру, що визначено своєрідною додатковою умовою, яка є необхідною для створення такого об'єкта авторського права.

Ключові слова: татуювання, тату, інтелектуальна власність, авторське право, об'єкт авторського права.

The extreme popularity of the tattoo and the lack of a mechanism to protect it as an object of copyright, led to the study and definition of its legal nature in this article. By defining the legal regime of this object, the authors studied the very nature of the objects of intellectual property rights, analyzed a number of international and domestic acts of civil law in the field of protection of copyright. The possibility of providing legal protection of the object with the help of copyright protection, in particular, the possibility of relating it to the results of artistic creativity. The criteria of protection of "tattoo" as an object of copyright are clarified and the peculiarities of their manifestation in relation to this object are determined. It is concluded that the application of tattoos on the body is characterized by three aspects – the issue of copyright in the context of reproduction of the work (sketch) and copyright, which arise from the moment of creating a "tattoo" without using a sketch using the freehand technique. taking into account the personal rights of the person on whose skin this sketch will be created/reproduced.

Based on the analysis of the current legislation, case law, the authors concluded that the reproduction of the "tattoo" (sketch) by the artist – a master of tattoos on the body of people does not deprive him of copyright to this object. It is substantiated that if the author of the sketch is the customer himself, then the tattoo artist will only be the executor of his work and will not have the right to reproduce the sketch on another material medium (including another person). This study also demonstrates the need for the consent of a person wishing to apply a tattoo on the skin, which is determined by a kind of additional condition that is necessary to create such an object of copyright.

Key words: tattoo, intellectual property, copyright, object of copyright.

Постановка проблеми. Історія татуювань охоплює великий проміжок часу. У стародавні часи деякі татуювання відображали належність особи до певного класу або її становище в сім'ї (як, наприклад, у Японії). Відтоді людина і суспільство еволюціонували, нині татуювання є засобом, що допомагає досягнути певної тілесної унікальності, адже воно відіграє символічну роль та/або прикрашає тіло власника неповторним, унікальним візерунком. Французький психоаналітик Дідьє Анзіє у своїй праці «Я – шкіра» (1985 р.) зауважив: «Усе, чим ми вкриваємо або прикрашаємо шкіру, слугує своєрідною мовою спілкування. За допомогою татуювань ми маємо змогу виразити невисловлене – емоції, почуття та бажання». Нині даний вислів найвлучніше пояснює шалену популярність нанесення різноманітних малюнків на тіло, адже шкіра – це та межа, яка відділяє нас від навколишнього світу і деякою мірою дає відповіді на запитання про наше внутрішнє життя. Незважаючи на те, що татуювання зараз є одним із найпоширеніших засобів для індивідуалізації зовнішнього «я», дотепер досить складно визначити правовий режим такого об'єкта. Це передусім пов'язано з тим, що правововa охорона тату на законодавчому рівні в Україні є невизначеною. Саме тому набувають актуальності такі питання: чи можна віднести тату до об'єктів права інтелектуальної власності, чи поширюється на нього режим авторсько-правої охорони. Щоб відповісти на ці питання, доцільно проаналізувати національне законодавство та міжнародну практику.

Мета статті – з'ясувати, чи є татуювання об'єктом права інтелектуальної власності, зокрема дослідити можливість віднесення його до об'єктів авторського права.

Право інтелектуальної власності покликане охороняти різноманітні результати творчої діяльності людини. Поняття «інтелектуальна власність» уживається в різних значеннях. Його, зокрема, уживають на позначення сукупності виключних прав як особистого (морального), так і майнового характеру на результати інтелектуальної, творчої діяльності [5]. Також поряд із поняттям «інтелектуальна власність» у національному цивільному законодавстві використовується і поняття «право інтелектуальної власності», яке можна тлумачити як в об'єктивному значенні (як підгалузь цивільного права), так і в суб'єктивному (як можливість особи).

Якщо ж брати право інтелектуальної власності в об'єктивному значенні, то його варто розуміти як сукупність правових норм, які врегульовують відносини щодо створення, використання та захисту об'єктів інтелектуальної власності. У суб'єктивному значенні право інтелектуальної власності тотожне речовому праву власності та полягає в належності власнику інтелектуальних прав

можливості володіти, користуватись та розпоряджатись цим об'єктом. Оскільки наявна очевидна різниця між об'єктами речового права та права інтелектуальної власності, відповідні права трансформовані в дещо інші категорії права.

Ключовим інститутом права інтелектуальної власності є саме авторське право, яке призначене захищати зовнішню форму вираження об'єкта інтелектуальної власності, тобто її «матеріальне втілення». Це сукупність прав та правових норм, які регулюють відносини, що виникають унаслідок створення і використання творів літератури, мистецтва й науки. Авторське право встановлює сприятливі правові умови для творчої діяльності, забезпечує доступність результатів цієї діяльності в усьому суспільстві. Отже, виникає питання, чи можливе віднесення такого об'єкта, як тату, до результатів художньої творчості особи – майстра тату?

Оскільки тату не визначається законодавством України як окремий об'єкт права інтелектуальної власності, то необхідним і доцільним є аналіз міжнародних договорів і актів міжнародного права з метою визначення правового режиму даного об'єкта. Відповідно до ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [1, с. 6]. Перелік таких договорів наведено в інформаційному листі Вищого Господарського Суду України від 8 жовтня 2003 р. № 01–8/1199 «Про нормативно-правові акти, що регулюють питання, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності». Лінгвістичний аналіз слова «татуювання», що міститься у тлумачному словнику, допоможе окреслити і визначити його місце серед об'єктів права інтелектуальної власності, а також сферу міжнародних актів, які ми будемо використовувати під час дослідження актуальних питань статті. У словнику зазначається, що татуювання – це візерунки, малюнки тощо на тілі людини, зроблені наколюванням і втиранням під шкіру барвників [2, с. 44]. Тобто татуювання – це малюнок. 14 липня 1967 р. на конференції у Стокгольмі ухвалено Конвенцію про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, яка виокремила і художні твори серед об'єктів права інтелектуальної власності [3]. Результати цієї конференції вплинули на приєднання України до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, яка набрала чинності 25 жовтня 1995 р. Так, Бернська конвенція визначає: «<…> Термін «<…> художні твори» охоплює всі твори в галузі <…> мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як-от: <…> малюнки, твори живопису <…>» [4]. Також Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р. ухвалений Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, до якого Україна приєдналася 20 вересня 2001 р., у якому детальніше та чіткіше розтлумачено правила застосування Бернської конвенції (ст. 3 Договору), розповсюдження художніх творів (ст. 6 Договору), положення про застосування й охорону авторських прав (ст. 14 Договору).

В українському законодавстві питанням авторсько-правової охорони присвячено Книгу четверту Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та Закон України «Про авторське право і суміжні права» (далі – Закон № 3792–XII), який охороняє права авторів творів і тих осіб, які представляють результат творчої діяльності творців світові. Даний Закон складено з урахуванням міжнародних норм щодо використання творів, з огляду на сучасні тенденції правового регулювання як традиційних, так і нових об'єктів авторського права. У ч. 1 ст. 8 Закону № 3792–XII, яка більш детально окреслює перелік об'єктів авторського права, висвітлених у ст. 420 ЦК України, до останіх також відносять і твори в галузі літератури та мистецтва, зокрема й ескізи (оскільки ескіз є тотожним малюнку). Отже, можна зробити висновок, що ескіз належить до об'єктів авторського права й охороняється як малюнок за умови відповідності критеріям охороноздатності, характерним для авторського права. Відповідно до ст. 13 Закону № 3792–XII, яка гарантує презумпцію авторства, тобто те, що особа, яка створила об'єкт, і буде вважатися його автором унаслідок факту його створення. Адже для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей. Отже, у результаті проведеного аналізу обсягу об'єктів права інтелектуальної власності, визначених у ст. 420 ЦК України й у ст. 8 Закону № 3792–XII, можна зазначити, що попри розширений їх перелік у Законі, його не можна вважати вичерпним. Це дозволяє зробити висновок, що правову охорону можуть отримати також інші об'єкти, зокрема й «татуювання». Особливістю такої охорони є те, що об'єкти авторського права охороняються незалежно від їхнього призначення, жанру, обсягу, мети, ступеня завершеності й оприлюднення.

Для вирішення питання щодо можливостей правової охорони тату за допомогою норм авторського права також необхідно провести аналіз відповідності його критеріям охороноздатності, які характерні для цього інституту. Передусім необхідно визначити, чи властиві ознаки об'єкта авторського права «тату». Отже, ознаки охороноздатності об'єктів авторського права, які є характерними для даних об'єктів, такі: по-перше, твір (тобто результат інтелектуальної творчої діяльності суб'єкта авторського права) має бути творчим, оригінальним, чимось новим порівняно з раніше відомим. Новизна може виражатися як у новому змісті, так і в новій формі. Нова форма відображення відомого змісту характеризує твір як щось творче і спричиняє визнання його об'єктом авторського права. Інтелектуальна діяльність відрізняється від творчої тим, що її результати неодмінно стають об'єктами правової охорони. Далеко не всі результати творчої діяльності стають об'єктами інтелектуальної власності, отже, об'єктами правової охорони [7]. По-друге, об'єкт повинен мати об'єктивну вираженість: він має існувати в певній формі, яка буде доступною для сприйняття іншими людьми. По-третє, ознака змісту твору означає, що твір будь-якого змісту може бути об'єктом правової охорони з деякими обмеженнями, що визначаються законодавством. По-четверте, ознака оприлюднення означає, що твір будь-якого змісту може бути об'єктом правової охорони незалежно від того, чи виведений він із приватної сфери [12, с. 119]. Третя та четверта ознаки є похідними, оскільки вони розширюють охороноздатність об'єктів авторського права.

Якщо в загальновживаному розумінні «творчість» – це процес, що викликає до життя, дає існування чомусь, то з погляду юридичної науки творча діяльність розглядається як така, що здатна приводити до появи охоронюваних об'єктів [13, с. 7]. У ст. 1 Закону № 3792–XII зазначено, що твір образотворчого мистецтва – це скульптура, картина, малюнок, гравюра, літографія, твір художнього (зокрема, сценічного) дизайну тощо [8]. Процес діяльності зі створення татуювання можна поділити на два основні етапи: це створення ескіза, який буде використовуватись у процесі нанесення його на тіло, беспосередньо нанесення татуювання на тіло людини. Проте досить дискусійним і неоднозначним є питання щодо відтворення на тілі людини ескіза, тобто використання його як матеріалу для нанесення малюнка. Отже, нанесення на тіло татуювання характеризується трьома аспектами, а саме: це питання авторського права в контексті відтворення твору (ескіз) та права автора, яке виникає з моменту створення без використання ескіза за допомогою техніки фріхенд (англ. freehand – «вільна рука»), а також особисті права людини, на шкірі якої буде відтворений даний ескіз.

Визначення такої ознаки, як обєктивна форма вираження твору, поряд з оригінальністю (творчий внесок), як критерію авторсько-правової охорони також притаманне авторському праву України. У ч. 2 ст. 2 Бернської конвенції визначено, що за законодавством країн Союзу зберігається право приписати, що літературні та художні твори або будь-які їх види не підлягають охороні, якщо вони не закріплені в тій чи іншій матеріальній формі. Форма вираження твору в доктрині авторського права України розглядається як об'єктивна форма втілення твору, яка може бути відтворена та сприйнята органами чуття [14, с. 147]

У контексті аспекту об'єктивної форми для «татуювання» можна констатувати, що для цього об'єкта авторського права характерна наявність особливої об'єктивної форми вираження твору, що виражається в можливості його відтворення і сприйняття. Проте саме шляхом реалізації права автора на відтворення ескіза створюється нова об'єктивна форма вираження, яка має свої особливості, що безпосередньо пов'язані з матеріальним вираженням об'єкта на тілі людини.

Не варто забувати про те, що спочатку створюється ескіз майбутнього тату, авторське право на нього охороняється відповідно до Закону № 3792–XII, за умови що воно відповідає критеріям його охороноздатності. Особа, яка виявила намір нанести на своє тіло тату, може скористатися послугою майстра, який після того, як вислухав її побажання, створює ескіз у своєму унікальному художньому стилі, або ж такі дії можуть бути пов'язані з безпосереднім відтворенням ескіза як об'єкта авторського права на тілі людини. Отже, можна зробити висновок, що в такому разі авторське право на відтворене «татуювання» (оригінал твору, ескіз, малюнок) буде належати художнику – майстру тату, а не людині з татуюванням.

Акцентуємо увагу на створені ескіза і нанесені його на шкіру та зазначимо, що ст. 424 ЦК України передбачає можливість третьої особи використовувати лише майнові права суб'єкта на об'єкт авторського права, тобто матеріалізований результат може належати необмеженому колу осіб, але вже не на праві інтелектуальної власності, а на підставі майнового права, права власності зокрема. Адже у ст. 12 Закону № 3792–XII зазначено, що авторське право і право власності на матеріальний об'єкт, у якому втілено твір, не залежать одне від одного. Відчуження матеріального об'єкта, у якому втілено твір, не означає відчуження авторського права і навпаки. Отже, відтворення тату художником – майстром тату на тілі люди не позбавляє його авторських прав на цей об'єкт.

Але як же бути тоді, коли автором ескіза є тату-майстер, якому, відповідно до законодавства, належить авторське право? Ось тут і виникає найбільша проблема. Наприклад, міжнарожний досвід свідчить про те, що у США медійним особам наполегливо радять укладати угоди, контракти, договори тощо з тату-майстрами і тату-салонами, щоб у разі зйомки в рекламі, виступах у засобах масової інформації, в іншій публічній коммерційній діяльності не виникало питань стосовно використання татуювання. Ми вважаємо, що відповідна рекомендація виникла після декількох судових рішень стосовно використання татуювання в медіапросторі. Показовою стала справа у 2011 р. у Сполучених Штатах Америки, де тату-майстер Вітмілл (Whitmill) подав позов до суду на кіностудію Warner Bros. Entertainment Inc. Предметом позову стало, на думку позивача, порушення авторського права на татуювання. Так, у сіквелі комедії «Похмілля-2: з Вегаса до Бангкока» одному з акторів намалювали таке ж саме татуювання, як і у відомого боксера Майка Тайсона. На підтвердження своїх заперечень тату-майстер заявив, що М. Тайсон підписав документ, згідно з яким «усі витвори мистецтва, ескізи, які стосуються його татуювання, а також фотографії його татуювання є інтелектуальною власністю Вітмілла». Проте суддя відмовив у задоволенні позову, аргументував дане використання публічними інтересом. Проте за результатом розгляду даної справи було визнано факт, що татуювання є охороноздатним обєктом з погляду авторського права [11]. Звернувшись до національного законодавства (Закону № 3792–XII), можна зробити висновок про можливість відтворення творів в особистих цілях, без дозволу автора (чи іншої особи, яка має авторське право) і без виплати авторської винагороди. Проте ця норма стосується попередньо правомірно оприлюднених творів. А отже, між автором «татуювання» та клієнтом доцільним є укладення договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, ліцензійного договору зокрема з метою уникнення спорів та ефективного захисту немайнових та майнових прав автора на об'єкт інтелектуальної власності.

Отже, можна зробити висновок, що ескіз – це первинна форма тату, яка матеріалізується на певному матеріальному носії, а саме татуювання є відтворенням оригінального первісного екземпляра. Проте виникає питання, чи буде створено в результаті такого відтворення похідний твір, оскільки відповідно до ст. 1 Закону № 3792–XII ним є твір, що є творчою переробкою іншого наявного твору без завдавання шкоди його охороні. Адже відповідно до ст. 441 ЦК України використанням твору є його відтворення будь-яким способом та в будь-якій формі. Варто наголосити на тому, що право на відтворення належить тільки авторові. Такого права власник матеріального носія твору не має [10]. Тобто в такому разі тату-майстер може відтворювати схоже татуювання необмежену кількість разів, адже право інтелектуальної власності на малюнок належить саме йому. Проте якщо ми говоримо про створення «татуювання» за допомогою техніки фріхенд (безпосереднє нанесення його на шкіру людини), тобто створення оригіналу образотворчого мистецтва, то творчість тату-майстра презюмується відповідно до п. 25 постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17 жовтня 2012 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності»: у вирішенні питань про те, чи є конкретний результат об'єктом авторського права, суду варто враховувати, що таким є лише той результат, який створено творчою працею; доки не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею. Тобто закріплення презумпції творчості, у результаті якої виникає об'єкт права інтелектуальної власності, дозволяє автору отримувати належну охорону своїх прав [16]. А якщо ж роздивлятися варіант, відповідно до якого автором ескіза є сам замовник або інша особа (не художник, майстер татуювання), то авторське право зберігається за замовником або іншою особою, які лише надали дозвіл одноразового відтворення об'єкта його авторського права. Тому, на нашу думку, тату-майстер у такому разі буде лише виконавцем своєї роботи та не матиме права повторно відтворювати ескіз на іншому матеріальному носії (зокрема, й на іншій людині).

Проте існує інший аспект, що стосується особистих прав людини, на тіло якої наносять тату. У ст. 54 Конституції України громадянам гарантовано свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності [1]. У ст. 309 ЦК України деталізуються ці положення та зазначено, що особа має право на вільний вибір сфер, змісту та форм (способів, прийомів) творчості [9, с. 104]. Проте така свобода безпосередньо пов'язана з особою, яка є автором ескіза. Якщо виходити з положень ст. 34 Конституції України та принципу людиноцентризму, а також панування у світовій спільноті поглядів природного права, можна стверджувати, що будь-яка особа має право на вільне вираження своїх поглядів і переконань [15]. Отже, це є своєрідним

вираженням внутрішньої волі щодо своїх поглядів і переконань особи, яка бажає нанести татуювання на шкіру, із своєрідним волевиявленням у формі її згоди на такі дії. А тому саме згода людини, яка бажає нанести тату на шкіру, є своєрідною умовою, яка є необхідною для створення такого об'єкта авторського права.

Отже, зважаючи на невичерпність об'єктів авторського права в міжнародному і національному законодавстві, спираючись на все вищевикладене, можна зробити висновок, що, з огляду на специфіку татуювання, його можна віднести до об'єктів авторського права, а саме художнього твору. Проте за умови, якщо воно буде відповідати критеріям охороноздатності, властивим для об'єктів авторського права. Зокрема, за умови наявності творчої інтелектуальної праці художника – майстра тату у процесі його нанесення на шкіру людини, що безпосередньо пов'язане зі згодою і бажанням особи. А також для цього об'єкта характерне те, що така творча інтелектуальна діяльність пов'язана з його особливим матеріальним вираженням на тілі людини, оскільки технічна праця не приводить до виникнення об'єкта авторського права. Тому і виникає питання про актуальність і доцільність подальших наукових досліджень щодо можливості віднесення «татуювання» до похідних об'єктів авторського права в аспекті відтворення ескіза / малюнка на тілі людини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : чинне законодавство зі змінами та доповн., станом на 5 січня 2017 р. : офіційний текст. Київ : Паливода А.В., 2017. С. 76.
2. Термін «татювання». Академічний словник української мови. URL: http://sum.in.ua/s/tatujuvannja.
3. Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 14 липня 1967 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169?lang=uk#Text (дата звернення: 17.11.2020).
4. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24 липня 1971 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#Text (дата звернення: 17.11.2020).
5. Енциклопедія інтелектуальної власності / за ред. П.П. Крайнєва. Київ : Старт-98, 2012. С. 254.
6. Вахонєва Т.М. Поняття права інтелектуальної власності та його складові. *Теорія і практика інтелектуальної власності.* 2015. № 6. С. 24–32.
7. Поняття і види права інтелектуальної власності. Авторське право і суміжні права. Osvita.ua : вебсайт. URL: http://osvita.ua (дата звернення: 29.11.2020).
8. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792–XII, у ред. Закону від 14 жовтня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text (дата звернення: 25.11.2020).
9. Цивільний кодекс України : станом на 3 вересня 2018 р. Харків : Право, 2018. С. 444.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Т. 1. Мего-інфо – юридичний портал № 1 : вебсайт. URL: http://mego.info (дата звернення: 24.11.2020).
11. Татуировка как объект авторских прав, элемент внешности, средство самовыражения и результат выполнения работ / Е.Г. Афанасьева, Е.А. Афанасьева. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4 «*Государство и право*» : реферативный журнал. 2016. С. 95–102.
12. Право інтелектуальної власності : Академічний курс : підручник для студентів вищих навчальних закладів / О.П. Орлюк та ін. ; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2007. С. 696.
13. Крижна В.М., Яркіна Н.Є. Право інтелектуальної власності України : Конспект лекцій / за ред. В.І. Борисової. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2008. С. 112.
14. Дроб'язко В.С., Дроб'язко Р.В. Право інтелектуальної власності : навчальний посібник. Київ : Юрінком-Інтер, 2004. С. 512.
15. Василенко Л.П., Комар К.О. Правочини щодо нанесення татуювання з огляду на межі цивільної дієздатності. *Право і суспільство*. 2019. № 6. С. 81–86.
16. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності : постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України № 12 від 17 жовтня 2012 р. *Вісник господарського судочинства*. 2012. № 6. С. 57.

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/28

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ МІЖНАРОДНО-ПРИВАТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

PROCEDURAL PROBLEMS OF PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL- PRIVATE LEGAL RELATIONS

Міць А.М., студентка І курсу магістратури господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто основні проблеми, що виникають на ґрунті захисту права інтелектуальної власності, розкрито механізм основних способів захисту прав інтелектуальної власності у відносинах, ускладнених іноземним елементом. Проаналізовано сучасний стан законодавства, який регулює ці відносини, акцентовано увагу на нормативних змінах, що відбулись, зокрема, щодо колективного управління авторськими правами, зокрема, в розрізі новел, запропонованих Законом України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних справ». Автором відзначено особливості релевантності вітчизняного законодавства для правовідносин, що складаються у сфері міжнародного приватного права. У статті зазначено про правові ризики, викликані необхідністю захисту права інтелектуальної власності в мережі Інтернет. Автором було здійснено аналіз євроінтеграційних положень, що мають бути імплементовані в національну законодавчу систему. Визначено основну проблематику, що виникає під час вибору юрисдикції для спорів щодо права інтелектуальної власності, ускладнених іноземним елементом. Також зосереджено увагу на практичних аспектах правозастосування національними судами Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом у контексті вирішення спорів, пов'язаних з розглядом справ про захист прав інтелектуальної власності. У тексті роботи узагальнено дослідження з приводу вирішення транскордонних спорів, що стосуються права вирішення спору про право інтелектуальної власності. У статті міститься згадка про останні правові позиції Верховного Суду, висловлені з приводу охорони права інтелектуальної власності серед суб'єктів міжнародного приватного права, та окреслено тенденції судової практики в цілому: зазначаються процесуальні особливості розгляду цих справ, проблеми доказування та вибору права, що має бути застосоване, можливі шляхи вирішення цих правових проблем, які є актуальними для правозастосувачів.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, міжнародне приватне право, організації колективного управління авторськими правами, право інтелектуальної власності в Інтернеті, захист права інтелектуальної власності з іноземним елементом, захист права інтелектуальної власності в Європейському Союзі.

The article considers the main problems arising from the protection of intellectual property rights, reveals the mechanism of the main ways to protect intellectual property rights in relations complicated by a foreign element. The current state of legislation governing these relations is analyzed, attention is focused on regulatory changes that have occurred, in particular, on collective management of copyright, in particular in terms of novelties proposed by the Law of Ukraine "On effective management of property rights of copyright holders and (or) related matters". The author noted the peculiarities of the relevance of domestic law for legal relations in the field of private international law. The article mentioned the legal risks caused by the need to protect intellectual property rights on the Internet. The author analyzed the European integration provisions to be implemented in the national legal system. The main issues that arise when choosing a jurisdiction for disputes over intellectual property rights complicated by a foreign element are identified. Attention is also focused on the practical aspects of the application by national courts of the Association Agreement between Ukraine and the European Union in the context of resolving disputes related to the protection of intellectual property rights. The text of the paper summarizes the research on the resolution of cross-border disputes concerning the right to resolve a dispute over intellectual property rights. The article mentions the latest legal positions of the Supreme Court, expressed on the protection of intellectual property rights among the subjects of private international law and outlines the trends of judicial practice in general: the procedural features of these cases, problems of proof and choice of law to be applied, possible ways to solve these legal problems that are relevant to law enforcement.

Key words: intellectual property law, private international law, organizations of collective management of copyrights, intellectual property law on the Internet, protection of intellectual property rights with a foreign element, protection of intellectual property rights in the European Union.

Інститут права інтелектуальної власності займає особливе місце у сфері приватно-правових відносин, ускладнених іноземним елементом. При цьому механізм захисту порушеного права для суб'єктів цих відносин все ще є перспективним напрямом для нормативного вдосконалення. Зважаючи на стрімкий розвиток інформаційних технологій та глобалізаційні виклики, можемо сказати, що система охорони прав інтелектуальної власності міжнародного характеру вимагає від законодавця комплексного та міждисциплінарного підходу до вирішення проблем, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності.

Законом України «Про авторське право і суміжні права» передбачено наділення іноземців усіма правами, передбаченими цим Законом, з урахуванням міжнародних договорів і принципу взаємності. Цікавим є той факт, що, незважаючи на назву статті «Права іноземних осіб і осіб без громадянства», безпосередньо текст статті передбачає наявність тотожних прав саме в іноземців та осіб без громадянства, не зазначаючи при цьому на таких суб'єктах, як іноземні юридичні особи [1]. Звичайно, зазначене зауваження є більш формальним та не окреслює практично значущої проблеми, але вказує на наявність правової невизначеності та недосконалості юридичної техніки, яку доречно було би виправити. Наявність такої норми дозволяє нам зробити висновок про те, що комплекс матеріальних і процесуальних гарантій, спрямований на захист свого права суб'єктом авторських прав, є однаковим для всіх суб'єктів незалежно від місця перебування. Говорячи про способи захисту права інтелектуальної власності, ускладненого іноземним елементом, можемо сказати, що найбільш поширеним слід визначити саме судовий спосіб захисту. Хоча у випадку порушення прав правовласника, який є суб'єктом іноземної держави, варто мати на увазі, що він може бути учасником договірних стосунків щодо управління його авторськими правами з відповідною організацією колективного управління в Україні, отже, насамперед має встановити, чи було організацією вжито необхідних заходів згідно з договором.

Повертаючись до порядку реалізації судового захисту прав, пов'язаних з охороною прав інтелектуальної власності, слід зауважити на юрисдикційній проблематиці цих спорів. Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у судовій системі України передбачено функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності, який хоча ще не розпочав свою діяльність, проте юрисдикція якого може поширюватись, зокрема, на спори, ускладнені іноземним елементом. Діяльність цього суду, у відповідності до закладеної мети, має полягати

у вирішенні диспутів з урахуванням предметного чиннику, правового характеру цього спору, що розкриває широкі межі для суб'єктів, які потенційно можуть звертатись для вирішення правового конфлікту. Чинні норми Господарського процесуального кодексу визначають предметні характеристики компетенції Вищого суду з питань інтелектуальної власності, не приділяючи уваги суб'єктному складу, хоча це питання є перспективним напрямом для законодавчого вдосконалення з огляду на те, що найближчим часом суд має почати свою роботу. У класичному розумінні спори, пов'язані із захистом права інтелектуальної власності, мають підпадати під юрисдикцію господарського суду, що зумовлюється не тільки звичними правилами, передбаченими Законом України «Про міжнародне приватне право», а й правовим змістом спору, що містить приватний інтерес, який розглядається судом.

Доречно звернути увагу на новелізацію нормативних правил у сфері авторського права, яка відбулась у вітчизняній правовій системі за останні роки. Зокрема, це норми, визначені в Законі України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 року, які впровадили нові підходи в діяльності органів колективного управління в контексті охорони авторських та суміжних прав. Закон регулює відносини, які виникають на ґрунті взаємодії правовласників та спеціально створених організацій, які представляють їхні інтереси з різними користувачами. Так, розглядаючи положення, які окреслюють особливості реалізації авторських правовідносин з іноземним елементом, варто зазначити, що жодних обмежень із приводу суб'єктів, які можуть укладати договір з організацією колективного управління, цей Закон не містить, зауваживши, що правовласником може бути суб'єкт авторських або суміжних прав та інша особа. Таким чином, суб'єкт авторських або суміжних прав іноземної держави може укладати договір з органом колективного управління, який у свою чергу повинен дбати про охорону авторських прав правовласника. Більш того, нормативно-правовим актом передбачено окрему форму приватно-правових відносин, а саме договір про представництво прав, який може укладатись між організаціями колективного управління, в тому числі з іноземними організаціями, що надає можливість здійснювати комплексний захист авторських прав у іноземній державі [2]. З огляду на судову практику, що склалась у цій сфері, можемо сказати, що організації можуть представляти інтереси іноземних правовласників у суді. У деяких випадках організації іноземних держав можуть долучатись до судового процесу як треті особи, що заявляють самостійні вимоги, які вони обґрунтовують наявністю права дозволяти або забороняти використання спірного твору. Так, у справі № 910/12400/17 Державна організація «Українське агентство з авторських та суміжних прав» виступала від імені американської компанії-правовласника, яка намагалась захистити свої права власності на музичні композиції [3]. При цьому суд неодноразово зазначав про важливість підтвердження такими організаціями прав на представництво інтересів іноземних юридичних осіб та прав інтелектуальної власності на певний твір. Отже, чинне законодавство надає можливість іноземним суб'єктам, які є правовласниками, реалізувати захист майнових авторських прав шляхом укладення договорів безпосередньо з організаціями колективного управління в Україні або встановлювати охоронні правовідносини між організаціями колективного управління декількох країн.

Незважаючи на це, територіальний контекст охорони права інтелектуальної власності у вимірі міжнародних приватних відносин залишається важливим. Як зазначає І. Якубівський, найбільш розповсюдженим підходом до вирішення спорів із приводу права інтелектуальної власності є застосування принципу lex loci protectionis, який уособлює необхідність апелювання до норм національного права держави, в якій правовласник або інша особа, чиї права порушені, вимагає захисту [4, с. 350]. В Україні ця засада знаходить своє вираження в положеннях Закону України «Про міжнародне приватне право». На думку Д. Лук'янова, І. Шуміло, М. Лукань, міжнародні угоди здатні лише мінімізувати процесуальні обтяження, з якими може зіткнутись іноземець, який хоче захистити свої права інтелектуальної власності, передбачити забезпечення належного доступу іноземців до національних механізмів захисту [5, с. 50]. Що стосується участі держави в міжнародних договорах, варто сказати, що попри те, що вони розширюють юридичні можливості суб'єктів приватного права по вжиттю заходів по захисту свого права, говорити про своєрідну екстериторіальність способів захисту права інтелектуальної власності недоречно, оскільки все одно дія національного правового режиму в разі визначення статусу об'єкта, що підлягає охороні, з практичної точки зору здається більш зручним способом щодо вирішення спору.

Нові виклики в осмисленні охорони прав інтелектуальної власності виникають на ґрунті розвитку Інтернету, де розташовано безліч об'єктів інтелектуальної власності. Багато з цих об'єктів безпосередньо залучені в комерційну діяльність, що підкреслює необхідність створення надійних механізмів захисту об'єктів інтелектуальної власності. Як зазначає А. Гордеюк, глобальний характер Інтернет-мережі нівелює винятковість правового регулювання права власності на об'єкти, розташовані у веб-просторі, на національному рівні, що у свою чергу, на думку науковця, вимагає внесення змін до ЗУ «Про міжнародне приватне право» з передбаченням особливостей юридичного статусу іноземного елементу в контексті віртуальних правовідносин [6, с. 29]. Така пропозиція хоча і здається зрозумілою, проте на практиці може виявитись ефемерною, оскільки розвиток інформаційних технологій відбувається дуже стрімко, що буде вимагати від законодавця гнучких підходів та незабаром внесення нових змін, які будуть деталізувати конкретні форми застосування способів захисту приватних прав у Інтернеті. Неправомірне використання об'єктів, захищених правом інтелектуальної власності в Інтернеті, може доволі складно довести з огляду на мінливий характер обігу даних і фактичну можливість швидкого видалення або спотворення інформації. На нашу думку, у випадку наявності приватноправового спору, який виник навколо використання об'єкту інтелектуальної власності у мережі Інтернет, учасникам конфлікту слід застосовувати право держави, де об'єкт піддався безпосередньому використанню власником відповідного ресурсу. Водночас із цим факт підтвердження наявності права інтелектуальної власності на певний об'єкт або твір у вигляді свідоцтва або інших документів доцільно встановлювати у відповідності до законодавства тієї країни, де такі правовстановлюючі документи були видані. Такий підхід сприяв би практичному вирішенню колізійних проблем правозастосування та створив би певну сталість у порядку вирішення приватних конфліктів, пов'язаних із правом інтелектуальної власності, ускладнених іноземним елементом.

Важливу роль у контексті актуалізації цієї теми відіграє євроінтеграційне спрямування нормотворчої діяльності, яке вплинуло на сферу охорони авторських прав. Саме Директиву Європейського Парламенту і Ради 2014/26/ЄС від 26 лютого 2014 року про колективне управління авторським правом і суміжними правами та мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори для онлайн-використання на внутрішньому ринку можна вважати передумовою вітчизняного реформування органів колективного управління. Також у Главі 9 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-чле-

нами (далі – Угода) визначаються фундаментальні засади державної політики щодо правового регулювання відносин, які виникають на ґрунті охорони і захисту прав інтелектуальної власності. Так, у цій Главі звертається увага на те, що державі важливо дотримуватись тих вимог, які висуваються до неї міжнародними договорами, стороною яких Україна, підкреслюючи винятково важливий характер цих документів для належного забезпечення охорони права інтелектуальної власності [7]. Зокрема, йдеться про Угоду про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, Паризької конвенції про охорону промислової власності, Міжнародної конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів, Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності, Договору ВОІВ про виконання і фонограми. Загалом, євроінтеграційні вимоги мають диференційований характер, оскільки визначають певні обов'язкові положення щодо права інтелектуальної власності в різних сферах, які мають відношення до аспектів саме приватноправових відносин міжнародного характеру. Більш того, певні євроінтеграційні чинники захисту інтелектуальної власності вже були розглянуті національними судами. У Постанові ВС № 910/14972/17 від 17 липня 2018 року та Постанові ВС № 910/6307/18 від 26 лютого 2019 року суд застосував норми Угоди як норми прямої дії, зауваживши, що господарські суди не обмежені в інструментах правозастосування, навіть якщо певні норми ще не були імплементовані у вітчизняне законодавство [8]. Справа стосувалась відносин саме міжнародно-приватного характеру, а саме можливості припинення дії свідоцтва на торговельну марку, ініційоване особою іноземної держави, з огляду на строкові застереження, передбачені Угодою та національним законодавством у вигляді міжнародних договорів та законів. Окрім цього, прецедентна практика Суду Європейського Союзу з цього питання є доволі комплексною та зачіпає питання захисту багатьох аспектів права інтелектуальної власності, зокрема, звукових, нюхових позначень, дійсного використання торгівельної марки, використання патентів тощо. Деякі рішення мають транскордонний характер і таким чином формують міжнародно-приватну європейську практику. Наприклад, Справа Osa, C-351/12, яка стосується питання межі публічного сповіщення певних творів [9, с. 181]. На думку науковця Р.Є. Еннан, право ЄС займає важливе місце у формуванні підходів до гармонізації національного законодавства країн ЄС, що передусім виражається у впровадженні ідей вільного пересування товарів та запобігання недобросовісній конкуренції [10, с. 118]. Що стосується порушень прав інтелектуальної власності у транскордонному вимірі, доцільно звернути увагу на доктринальні дослідження М.О. Лукань, яка відслідкувала основні закономірності юрисдикційних правил вирішення спорів, пов'язаних із транскордонним порушенням прав інтелектуальної власності. Так, виокремити види підсудності можна відповідно до таких засад: принципу транскордонної юрисдикції, який передбачає застосування норм національного права місця порушення; спеціальної юрисдикції, яка полягає в уособленні тісного правового зв'язку і місця заподіяння шкоди; право виключної юрисдикції, яке встановлює необхідність особи звертатись за місцем реєстрації патенту. Незважаючи на те, що доволі послідовно законодавство ЄС унормовує велику кількість правил, що регулюють відносини транскордонного використання інтелектуальної власності, норми права ЄС уже не здатні врегулювати всі проблематичні питання, які виникають на ґрунті зазначених відносин. Вчена звертає увагу на непрактичність Регламенту Брюсселю I bis, який наразі застосовується під час вирішення транскордонних спорів [11, с. 180]. Значний рівень правової охорони права інтелектуальної власності в ЄС зумовлений централізацією реєстраційних систем, які діють, та інституційною визначеністю, тобто наявністю компетентних органів та агенцій, які відповідають за окремі напрями забезпечення безперервної охорони права інтелектуальної власності.

Разом із цим, незважаючи на євроінтеграційну гармонізацію вітчизняних підходів до вирішення спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності, можемо зауважити на певних проблемах, що існують у практичній площині цих відносин. Специфіка приватноправових відносин з іноземним елементом вимагає від осіб, що беруть у них участь, обов'язкового врахування норм іноземного права. Безперечно, сфера охорони прав інтелектуальної власності не є винятком у цьому правилі. У Постанові ВС 911/2674/17 від 17 березня 2020 року суд дійшов висновку, що встановлення факту наявності майнових прав у інтелектуальної власності на торговельні марки за ліцензійною угодою може бути здійснено за умови обов'язкового дослідження норм законодавства іноземної компанії. Відповідно до фабули цього рішення, слід було проаналізувати законодавство Китайської Народної Республіки [12]. Такий підхід суду здається доцільним з огляду на процесуальні особливості реалізації прав інтелектуальної власності з іноземним елементом. З одного боку, умови договорів та угод мають надавати сторонам можливість вирішувати порядок використання певних об'єктів і творів з урахуванням принципу свободи договору та сприянню досягнення приватноправових інтересів. З іншого боку, запевнення у правомірному походженні права інтелектуальної власності, законності звернення особи до суду може бути здійснено внаслідок належної перевірки порядку отримання документів, що підтверджують право інтелектуальної власності в іноземній державі, яка є стороною договору або угоди, обсягу її прав та повноважень. Отже, такий підхід є доволі прогресивною тенденцією сучасного правозастосування у вирішенні спору з іноземним елементом.

Також слід звернути увагу на окреслення доказової проблематики, яка виникає внаслідок складності доведення обставин спору, пов'язаного з вирішенням питання про право інтелектуальної власності з іноземним елементом. У рішенні, в якому розглядався спір про порушене авторське право, суд звернув увагу на неналежність наданих організацією колективного управління та особисто правовласником доказів, які вказують на наявність у них майнових авторських прав на твори, що стали предметом судового спору [13]. Дійсно, правовласниками творів, відповідно до судової фабули, були юридичні особи іноземної держави, з якими організацією колективного управління було укладено договір про взаємне представництво інтересів. У цьому договорі було передбачено повноваження осіб, зумовлені правовою природою відносин, що існують у сфері авторського права. Водночас із цим суд визнав непереконливими докази сторін із приводу наявності у самих іноземних юридичних осіб необхідного обсягу прав на певні твори, що, як наслідок, унеможливлює створення умов для ефективного захисту авторських прав іноземними суб'єктами в умовах національної правової системи. На користь підтвердження наявності майнових прав сторона надавала виписки із системи ІРІ, які були оцінені судом як такі, що не є належними, допустимими й достовірними доказами, які відображають дійсні відомості з бази ІРІ станом на дату складення акта фіксації з огляду на відсутність перекладу на українську мову з англійської інформації в цих виписках та належного засвідчення достовірності цих даних, зазначених у цих виписках. Це у свою чергу говорить про наявність процесуальних складнощів для суб'єктів авторського права іноземних держав, які мають намір захищати свої права в судовому порядку, зумовлені необхідністю долучати докази, що підтверджують наявність майнових прав на

певні об'єкти авторського права, що створює нові правові виклики для судових органів, оскільки подібні документи складаються у відповідності до норм національного права іноземної держави. Хоча в рішенні суду по справі № 910/16033/17 суд позитивно поставився до виписок із системи IRI в комплексі з актом фіксації комерційного використання творів, зауваживши, що інформація з електронних систем баз даних має сприйматись судом як достовірна [14]. Можна сказати, що правовідносини у сфері інтелектуальної власності дійсно повинні бути істотно формалізованими через процесуальні складнощі доведення фактів використання певного об'єкту. Договірні стосунки з колективного управління авторськими правами, що містять іноземний елемент, фактично не спрощують для суб'єктів приватноправових відносин процес захисту порушеного права, а все одно вимагають активної участі правовласника в судовому спорі. Водночас можемо відмітити, що в межах захисту приватноправових інтересів авторських прав учасники спору можуть скористатись положеннями, визначеними в міжнародних договорах України про правову допомогу з іншою державою, та нормами Господарського процесуального кодексу, де може передбачатися надання іноземних офіційних документів до державних, зокрема судових, органів України без консульської легалізації. Тобто документи, які засвідчують право іноземних осіб на твори, мають беззаперечно визнаватись національними судами.

Підсумовуючи вищезазначене, можемо зазначити, що практичні аспекти захисту права інтелектуальної власності у відносинах, які ускладнені іноземним елементом, наразі є доволі актуальними напрямами для процесуального правозастосування. Такий висновок можна зробити з огляду на поширення різних об'єктів інтелектуальної власності в мережі Інтернет, сфера діяльності якого є нормативно не визначеною. Євроінтеграційні начала вимагають від законодавця належної позитивації тих вимог, які закладені в міжнародні договори та сприяють сталому правовому регулюванню окремих видів відносин у сфері інтелектуальної власності. Правові позиції в рішеннях національних судів указують на конкретні проблеми, що виникають під час вирішення спорів про право інтелектуальної власності, пов'язані з труднощами доказування та різноманітними законодавчими нормами, що підлягають застосуванню.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про авторські і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 року № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. С. 64. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text
2. Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав : Закон України від 15.05.2018 р. № № 2415-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 32. С. 242. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2415-19#Text
3. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 09 липня 2018 року № 910/12400/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75218163
4. Якубівський І. Територіальні межі майнових прав інтелектуальної власності. *Вісник Львівського університету*. 2015. № 61. С. 348–357. URL: file:///C:/Users/Admin/Downloads/240-565-1-PB%20(2).pdf
5. Лук'янов Д., Шуміло І., Лукань М. Колізійне регулювання транскордонного спадкування авторських прав. Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine. 2020. № 2. С. 49–63. URL: http://visnyk.kh.ua/uk/article/koliziyne-regulyuvannya-transkordonnogo-spadkuvannya-avtorskikh-prav
6. Гордеюк А. Проблема правового регулювання приватноправових відносин в умовах їх віртуалізації. *Форум права*: електронне наукове фахове видання. 2018. № 2. С. 27–36. URL: https://forumprava.pp.ua/files/027-036-2018-2----------6-.pdf
7. Між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами членами, з іншої сторони: Угода про асоціацію від 27.06.2014 р. № 984_011. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
8. Постанова Верховного Суду від 17 липня 2018 року № 910/14972/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75399206
9. Судова практика Суду Європейського Союзу у сфері інтелектуальної власності. Київ. 2016. 220 с. URL: https://www.businesslaw.org.ua/wp-content/Intel_prop_book_web.pdf
10. Еннан Р.Є. Правова охорона інтелектуальної власності в Європейському Союзі: передумови формування, сучасний стан, тенденції розвитку. *Часопис* цивілістики. 2012. № 13. С. 110–119. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac_2012_13_24
11. Лукань М.О. Правила транскордонної юрисдикції Європейського Союзу в справах інтелектуальної власності. *Право і суспільство*. 2019. № 5. С. 173–181. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2019/5_2019/part_2/30.pdf
12. Постанова ВС від 17 березня 2020 року № 911/2674/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88277641
13. Постанова ВС від 26 березня 2019 року № 909/654/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80786665
14. Постанова ВС від 30 липня 2018 року № 910/16033/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87243914

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/29

СУЧАСНИЙ СТАН РОЗВИТКУ РЕПРОДУКТИВНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У КОНТЕКСТІ ДОГОВІРНОГО ПРАВА

THE CURRENT STATE OF DEVELOPMENT OF REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES IN THE CONEXT OF CONTRACT LAW

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 були досліджені актуальні питання застосування у сучасному світі договору сурогатного материнства. Розглянуто особливості зародження сурогатного материнства в Україні та перспективи його подальшого розвитку. Особливу увагу приділено галузі права, до якої належить цей специфічний вид договору, можливості віднесення до декількох галузей. Авторами було з'ясовано природу цього договору, проаналізовано суб'єктний склад та визначено особливості таких сторін, як «сурогатна мати», «подружжя» та «чоловік сурогатної матері», їх визначення у законодавстві та процес формування цих понять. Проаналізовано особливості укладення договору сурогатного материнства за прикладом договору про надання послуг та договору підряду. За результатами дослідження авторами зроблений висновок про переваги регулювання відносин сурогатного материнства за допомогою конструкції договору про надання послуг, а також відповідна належність цього договору до непоіменованих та зацікавленість сторін у можливості захисту їхніх прав та віднесенні тих чи інших осіб до участі в цих правовідносинах. Досліджено українське законодавство, історія формування подібних відносин та сучасне регулювання. Проаналізовано недоліки правового регулювання цих відносин та запропоновані зміни для покращення ситуації та заповнити прогалини. Зроблено аналіз предмету договору сурогатного материнства в Україні, його особливості. Досліджено деякі рішення Європейського суду з прав людини в контексті цих проблем. Визначено тенденційний баланс у кореляції між галузями цивільного та сімейного законодавства. Для більш ефективного впровадження цих механізмів запропоновано деталізацію та покращення законодавства в зазначеному секторі. На підставі повного аналізу автори запропонували своє бачення вирішення цього питання, аби забезпечити в консенсусі інтереси як сторони замовника, так і сторони виконавця.

Ключові слова: сурогатне материнство, договір, сторони договору, цивільне право, природа договору, предмет договору.

In the article were researched topical issues of the application of the surrogacy contract in the modern world. In the article wereconsidered peculiarities of surrogacy birth in Ukraine and prospects of its further development. Authors made it a point to pay particular attention to this specific type of contract and to which branch of law it belongs, and also laid down the nature of this contract and analyzed its subjective composition. Furthermore there were researched the characteristics of such parties as the "surrogate mother", "spouses" and "husband of the surrogate mother", their definition in the law and the process of forming these concepts. Research ambaraced the advantages of concluding a surrogacy contract following the example of an agreement of provide services and disadvantages of concluding it, following the example of a suborder's contract. Also it was reserched belonging of this agreement to unnamed ones and the interest of the parties in the possibility of protecting their rights as well as bear a relation to participate in these legal relations. There were researched Ukrainian legislation, the history of the formation of such relations and modern regulation. In addition in this article were looked into the shortcomings of the legal regulation of these relations and there were proposed changes to improve the situation and fill the gaps. It was made an analysis of the subject of the contract in Ukraine. It is defined tendentious balance in the correlation between the branches of civil and family legislation. In order to implement these mechanisms more effectively, it is proposed to detail and improve legislation in this sector. Based on the full analysis, the authors proposed their vision for solving this issue in order to ensure in the consensus the interests of both the client and the contractor.

Key words: surrogacy, contract, parties of the contract, civil law, nature of the contract, subject of the contract.

Перше народження дитини в результаті штучного запліднення відбулося 25 липня 1978 року у Великобританії [1]. Серед допоміжних репродуктивних технологій особливе місце займає сурогатне материнство. Варто зазначити, що, попри тридцятилітній досвід сурогатного материнства, в Україні ще досі немає ані спеціального акту, який б регулював ці відносини, ані визначення понять «сурогатне материнство», «договір про сурогатне материнство», «сурогатна матір» тощо. Також немає чіткої регламентації щодо умов договору, обмежень, щоб відмежувати комерційне сурогатне материнство від продажу людей та перетворення дитини на майно чи певний товар. Поняття «сурогатна матір» було використано вперше в доповіді Ради Європи, де вказувалось, що це жінка, яка виношує та народжує дитину для іншої особи, з якою вона перед запліднення домовилась про подальшу передачу після народження дитини цій особі.

Розрізняють дві форми сурогатного материнства: гестаційну – сурогатна мати народжує дитину, але при цьому не є її генетичною матір'ю, а також традиційну – сурогатна матір є і біологічною, і генетичною матір'ю [2].

Першопричиною проблеми, яка склалася у правовідносинах сурогатного материнства, є віднесення цих відносин до тієї чи іншої галузі права: цивільна чи сімейна, а внаслідок цього неможливо визначити і саме місце договору в системі права. Це породжує проблеми з визначення природи договору про сурогатне материнство: непоіменований, договір послуг, підряду чи, можливо, оренди – та визначення самого предмету договору. Як наслідок, у практичній діяльності виникають проблеми з визначення місця договору у системі цивільного права, а також визначення умов та сторін, ефективного їх захисту, а отже, ставить під загрозу дійсність та існування самого договору.

Відсутність єдиної позиції науковців зумовлена також проблемами законодавчого регулювання із визначенням галузі права та місця договору у системі договорів. Так, одні науковці відносять цей договір до цивільно-правових, інші заперечують цю приналежність, а деякі стверджують, що договір є нікчемним, тому що порушує основні засади моральних норм суспільства [3]. Більшість науковців не заперечують відношення договору про сурогатне материнство до цивільно-правових, але тут же вказують, що договір має не лише елементи цивільної галузі, а й сімейного права, адже ключові відносини у цьому договорі ґрунтуються на сімейно-правових принципах та нормах,

а тому цивільно-правові відносини є похідними від сімейних в цьому разі [4].

Таку ж позицію підтримує професор В.А. Ватрас, вказуючи, що це правовідношення має комплексний характер галузей, тому що окремі дії керуються різними галузями. Так, науковець зазначає, що штучне запліднення та імплантація зародка є предметом сімейного права, а от сама процедура імплантації є предметом медичного права, укладення та визначення умов договору належить до цивільного права. Отже, як він зазначає, визначити одну галузь буде помилкою [5, с. 73].

Аналізуючи сам договір, стає зрозумілим, що сторони визначають у ньому своїй права та обов'язки, положення щодо деяких проблем, загальні умови тощо, тому, безперечно, цей договір та його умови повинні відповідати, зокрема, розділу Цивільного кодексу України (далі – ЦК) «Загальні положення про договір» [6].

Щодо цього своє бачення висловила І.В. Венедіктова, вказавши, що, безумовно, договір про сурогатне материнство укладається за згодою сторін та спрямований на виникнення правовідносин. Тому за своєю природою цей договір є, безумовно, цивільно-правовим. При цьому договір регламентує два типи правовідносин: нематеріальні та пов'язані з ними матеріальні. До нематеріальних можна віднести імплантацію зародка, виношування та народження дитини, її реєстрацію. До матеріальних належить не тільки винагорода за здійснення сурогатного материнства, а й компенсація інших витрат, зокрема на медичне обстеження [7, с. 62].

Однак майном у звичному розумінні цього слова не можна вважати дитину. Відповідного висновку у справі Паррілла протии Італії (*Parrillo* v. Italy) дійшов Європейський суд з прав людини: «Суд вважає, що немає необхідності розглядати тут чутливе та суперечливе питання моменту, коли починається людське життя, оскільки в цій справі не йдеться про статтю 2 Конвенції. Стосовно статті 1 Суд вважає, що вона не застосовується до цієї справи. Враховуючи економічний та майновий предмет регулювання цієї статті, людські ембріони не можуть бути зведені до «майна» у розумінні цього положення».

На нашу думку, цей договір можна віднести як до цивільно-правової, так і до сімейно-правової галузі права. Сторони домовляються щодо умов договору та укладають його, що є, безумовно, «площиною» цивільного права. Тут варто зазначити, що сторони повинні укласти договір саме до зачаття дитини, адже в протилежному разі це буде мати ознаки відмови матері від дитини та її продажу, тобто ознаки торгівлі людьми. З іншого боку, коли дитина народжується, виникають відносини між новонародженою дитиною, сурогатною матір'ю та замовниками, тобто ці відносини вже будуть регулювати імперативні норми Сімейного кодексу України, що є «площиною» сімейного права [8].

Щоб дослідити особливості відносин та договір, потрібно насамперед визначити щодо чого ці відносини і договір укладаються, тобто визначити предмет договору. Предметом визначається те, щодо чого виникають відносини. В нашому разі у відносинах сурогатного материнства не передбачається опредметнення результату, хоча зрозуміло, що ціллю відносин є народження дитини. Ми не можемо стверджувати, що дитина є предметом відносин, тобто тим матеріальним об'єктом, для набуття якого укладається договір [9]. Європейський суд з прав людини (далі – Суд) неодноразово вказував у своїх рішеннях про право плоду на життя, а також взаємопов'язаність прав плоду та прав матері. Наприклад, у рішенні «А, В і С проти Ірландії» Суд наголосив на відсутності єдиного консенсусу щодо встановлення початку життя та про нерозривність прав матері та плоду [10]. Дитина, яка народжується, стає суб'єктом права, а отже, інші особи, а в нашому разі сторони договору, не можуть впливати на правовий статус іншого суб'єкта права [6]. Отже, вказуючи, що предметом договору про сурогатне материнство є дитина, ми ототожнюємо її з певним товаром, що протирічить основоположним правам.

У науці немає чіткого визначення предмету договору сурогатного материнства. Так Т.Є. Борисова у своїй монографії визначає предмет як певну сукупність дій, які вчиняє сурогатна матір для народження за договором, який вона уклала із замовниками. При цьому науковиця поділяє ці дії на основні та похідні. Основними вона вважає імплантацію ембріона, його виношування та забезпечення сприятливих умов для нормального розвитку плоду. А до похідних відносить народження дитини та підписання необхідних документів для визначення батьками замовників [11]. На нашу думку, такий розподіл не зовсім доцільний, адже, розділяючи дії, ми фактично розділяємо і предмет договору на основний та похідний, але по своїй суті предмет договору є цілісним і не може бути підданим розподілу.

Кандидат юридичних наук Ю.В. Коренга визначає предмет як дії матері щодо народження дитини, а також щодо її дій, спрямованих на надання згоди на реєстрацію батьками замовників [12, с. 10].

Професор Р.А. Майданик визначає предмет договору сурогатного материнства не через дії, а через відносини, вказуючи, що предметом є відносини щодо виношування та народження дитини з подальшою її передачею генетичним батькам [13, с. 23].

На нашу думку, предметом договору не може бути передача новонародженої дитини, адже, як ми вже зазначили, дитина не може виступати предметом договору, а це лише дія, похідна від виношування та народження дитини. Якщо аналізувати позиції науковців про домовленість реєстрації дитини, то варто зазначити, що порядок реєстрації не може бути визначений договором, адже положення про реєстрацію імперативно визначені в нормах адміністративного права.

Тому, визначаючи предмет договору сурогатного материнства, ми вказуємо, що це сукупність дій сурогатної матері щодо виношування плоду та народження дитини.

Досліджуючи правову природу договору сурогатного материнства, більшість українських науковців вказують, що це непоіменований договір, який не може бути віднесений до жодного виду договору, визначеного законодавцем, адже не закріплений у ЦК України. Російські науковці теж дотримуються цієї думки, адже в законодавстві РФ також не визначено такого виду договору. Так, Т.Є. Борисова вказує, що договір сурогатного материнства є самостійним видом договору, не схожим на інші види, зазначені в Цивільному кодексі РФ, тому безумовно це непоіменований договір [11].

Деякі науковці вказують, що договір має ознаки та здебільшого схожий на договір оренди. Так, О.С. Мітрякова у своїй дисертації вказує, що договір сурогатного материнства нагадує договір оренди, оскільки замовники використовують тіло матері на чітко визначений строк, 9 місяців, для виношування дитини. Орендна плата в цьому разі може визначатись компенсації витрат сурогатної матері, а також її винагорода. Володіння і користування виступає, на думку науковця, як «орендування» тіла матері для виношування дитини. Проте однією з ознак оренди є передання майна орендарю, і в цьому разі ми не можемо передати тіло матері [14].

На нашу думку, вищезазначені позиції авторів є дискусійними. Адже предметом договору оренди є річ, визначена індивідуальними ознаками, людина ніяк не може розглядатись як певний об'єкт чи матеріально визначена річ. Позиція науковців стосовно тимчасового володіння та користування тіла матері взагалі не відповідає приписам Конституції України, так як особа, зокрема і на час сурогатного материнства, користується своїми конституційними правами та свободами.

Аналізуючи можливість віднесення сурогатного материнства до договору підряду, варто визначити основні ознаки договору підряду. До ознак можна віднести: виконання роботи; обов'язок підрядника виконати визначену замовником роботу, що кореспондується у право замовника вимагати виконання роботи та обов'язок прийняти результати роботи; договір підряду має індивідуальний характер [15, с. 118]. Предметом договору є як виконання робіт, так і матеріалізований об'єкт, що знаходить своє втілення в індивідуально-визначених речах. А відповідно до позиції Верховного Суду це саме виконання конкретного, індивідуально-визначеного завдання, що може бути виражене у конкретних фізичних величинах, які підлягають вимірюванню в актах прийому-передачі [16]. А як ми вже вказували, ми не можемо вважати дитину предметом договору. Щодо виконання робіт, то під ними розуміються певні активні дії, а вагітність – це природний процес, який не вимагає активних дій. Тим більше саме із природним процесом і пов'язана із неможливість вираження такого завдання у конкретних фізичних величинах.З огляду на це, недоречним буде віднесення договору сурогатного материнства до договору підряду.

Багато науковців вказують на схожість договору сурогатного материнства і договору про надання послуг, який визначений у ЦК [6]. Так, стаття 901 вказує, що одна сторона надає іншій послугу, а замовник оплачує зазначену послугу. Проте і тут є багато нюансів щодо можливості такого відношення договору сурогатного материнства до договору про надання послуг з огляду на саме поняття та умови такого виду договору.

Аналізуючи поняття, можна визначити, що наданням послуги буде виношування та народження сурогатною матір'ю дитини, а оплатою послуги будуть всі компенсації щодо витрат та винагорода, якщо вона визначена за договором. Щодо сторін договору послуги, діють ними є замовник та виконавець, отже, в нашому випадку замовниками можуть бути подружжя, а виконавцем сурогатна матір. Проте в ЦК визначено, що замовниками та виконавцями можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а за договором сурогатного материнства лише фізичні особи. Частиною 1 статті 902 ЦК зазначено, що договір повинен виконуватись особисто, і це співвідноситься із даним договором, оскільки лише сурогатна матір може виконувати обов'язок виношувати та народити дитину. Проте частина 2 цієї ж статті визначає, що в деяких випадках, визначених договором, виконавець може передоручити свій обов'язок виконання послуги, що ніяк не співвідноситься із договором сурогатного материнства, адже лише сурогатна матір може виконувати договір, а якщо через певні причини вона не може виконувати цей договір, наприклад, через проблеми із здоров'ям, то подружжя просто укладе договір із іншою жінкою, яка погодиться стати сурогатною матір'ю.

Визначення поняття «послуга» міститься в Законі України «Про захист прав споживачів», де вказується, що послуга – це діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб [17]. Тобто послуга визначається через діяльність, і в даному випадку постає питання, чи можна вважати діяльністю сурогатне материнство, адже як ми вже зазначали, це природній процес.

Аналізуючи сурогатне материнство через договір про надання послуги, можна зробити висновок, що вони в багатьох ознаках схожі, і можна визначати договір сурогатного материнства як специфічний вид надання послуг, тому на цьому етапі до договору можна застосовувати положення глави 63 ЦК. Проте, на нашу думку, через низку відмінностей між двома договорами договір сурогатного материнства варто виокремити в окремий вид договору, регламентувавши це новим законодавчим актом.

Досліджуючи момент виникнення прав та обов'язків, тобто аналізуючи договір сурогатного материнства є реальним чи консенсуальним, потрібно визначати його через умови, які є предметом договору. Доктор юридичних наук О.О. Пунда вказує, що моментом укладення договору є момент імплантації зародка, тобто науковець зазначає, що договір є реальним [18, с. 57]. На нашу думку, договір не може вважатися реальним, оскільки права та обов'язки виникають з моменту укладення договору. Так, сурогатна матір має виконати обов'язок щодо імплантації, а замовники мають право вимагати це. Також сурогатна матір повинна утриматись від розповсюдження інформації про укладення договору про сурогатне материнство, а якщо ми будемо вважати договір реальним, то можливості притягнути до відповідальність особу у замовників не буде до часу імплантації зародку. Тому за таких обставин ми вважаємо, що договір сурогатного материнства є консенсуальним і вважається укладеним з моменту досягнення згоди з істотних умов договору.

Окремої уваги потребує також дослідження питання стосовно сторін договору. Вище ми вже окремо зазначали значення сторін договору сурогатного материнства, але, звісно, що ця частина потребує куди більш глибокого аналізу.

Так, з огляду на положення науки цивільного права, нам відомо, що сторонами в цивільно-правових відносинах є громадяни, організації (колективні підприємства, кооперативні організації, господарські товариства, господарські асоціації, громадські організації, державні підприємства, державні установи тощо), держава. Автономна Республіка Крим, інші соціальні утворення [19]. Оскільки ми визначили, що договір сурогатного материнства тяжіє до договору надання послуг, доречним буде також взяти до уваги відповідні положення з законодавства стосовно останнього. У Цивільному кодексі України, а саме у главі 63 «Послуги. Загальні положення» (статті 901-907) містяться норми, що безпосередньо стосуються вищезазначеного договору. У статті 901 законодавець зазначає: «За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором». З цього слідує, що сторонами безпосередньо є замовник та виконавець послуги [6]. На додачу до цього у Сімейному кодексі України, а саме частині 2 статті 123 сказано: «У разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя» [8]. Таким чином, ми можемо дійти логічного висновку, що сторонами договору сурогатного материнства є батьки дитини, які виступають замовниками послуги та сурогатна матір, яка виступає її виконавцем. Відповідно до частини 1 статті 21 Сімейного кодексу України, шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Однак слід зауважити, що у частині 2 статті 21 Сімейного кодексу України зазначено: «проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя» [8]. Таким чином, висновок є очевидним: на жаль, сьогодні чоловік або жінка, які не перебувають у шлюбі, не можуть укласти договір сурогатного материнства.

Серед науковців, натомість, є окремі думки щодо цього. Наприклад, В.А. Ватрас, досліджуючи у своїй праці сторони правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя, зазначає, що стороною договору, а саме замовником, можуть бути особи, які перебувають у фактичних шлюбних відно-

синах, але якщо вони спільно проживають, ведуть спільне господарство та зобов'язуються зареєструвати шлюб після народження дитини сурогатною матір'ю [20, с. 74]. Така позиція науковця є досить спірною. З одного боку, це дозволить розширити коло осіб, які зможуть укладати відповідний договір, але, з іншого боку, якщо детально придивитися, для чого законодавець взагалі вніс такі вимоги до Сімейного кодексу України, то можна припуститися думки, що зроблено це з метою посилення відповідальності теоретичних батьків та підкріплення вимоги цивільного права, а саме принципу добросовісності учасників цивільних відносин та вимоги щодо недійсності правочину. Також, повертаючись до питання стосовно людей, що не перебувають у шлюбі, О.В. Розгон у своїй позиції наполягає, що «це дискримінує репродуктивні права самотніх жінок і пар, які в шлюбі не живуть» [21, с. 110]. У цей же час потрібно також звернути увагу на такий важливий нормативно правовий акт, як «Декларація про загальні засади державної політики України стосовно сім'ї та жінок». У цьому акті, а саме у пункті 1, міститься таке: «Держава гарантує та забезпечує рівні права і можливості жінкам і чоловікам відповідно до основних прав та свобод людини», а також у пункті 4 зазначається, що «Держава забезпечує ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» [22]. Таким чином, як відомо, постанови Верховної Ради України є джерелом галузей цивільного та сімейного права, отож ми можемо керуватися положеннями вищезазначеної декларації та сказати, що самотні жінки мають такі ж права, як і одружені, і, звісно, чоловіки також мають однакові з ними права. Тому з теоретичного погляду до суб'єктного складу договору про сурогатне материнство належать як подружжя (чоловік та жінка), так і самотні неодружені люди, але як ці положення реалізуються на практиці, достеменно не можна визначити. Саме тому ми вважаємо за доречне у подальшому законодавцю детальніше опрацювати цю колізію та скорегувати неточності у нормативно правових актах у бік надання усім людям, як одруженим, так і ні, рівні права щодо укладання відповідних договорів, адже саме такий напрям буде доречним з огляду на людино-центристські тенденції у сучасній правовій науці.

Стосовно виконавця договору, то, як зазначалось вище, ним є сурогатна матір. Відповідна вимога міститься у статті 48 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» там говориться таке: «Застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці» [23]. Таким чином, для сурогатної матері встановлюється вимога повноліття та відповідних медичних показань. Окрім цього, більш детально вимоги до сурогатної матері розкриваються у наказі Міністерства охорони здоров'я України: «Сурогатною матір'ю може бути повнолітня дієздатна жінка за умови наявності власної здорової дитини, добровільної письмово оформленої заяви сурогатної матері за формою, наведеною в додатку 17 до цього Порядку, а також за відсутності медичних протипоказань» [24]. Відповідно, гранична верхня межа вікового обмеження не встановлена і залишається на розсуд сторін договору. Потрібно також брати до уваги той факт, що часто на практиці трапляється, що сурогатна матір є одруженою та перебуває у сімейних відносинах з чоловіком, тут постає питання ролі чоловіка у цьому договорі сурогатного материнства та чи буде він відноситись до сторони договору. Відповідно до наказу Міністерства охорони здоров'я № 787 чоловік не належить до сторони договору, але під час його укладання необхідна згода останнього, що вочевидь зроблено для уникнення в майбутньому можливих непорозумінь. Надаючи свою згоду, чоловік таким чином посвідчує, що не проти участі його дружини у цьому договорі, а також зобов'язується не встановлювати особу реципієнтів, дитини, та виконувати умови договору між реципієнтами та його дружиною. Поміж іншим, чоловік не повинен перешкоджати сурогатній матері – своїй дружині, відвідувати заклад охорони здоров'я та проходити курс лікування, призначений лікарем, чи вчиняти будь-які дії, які можуть завдати шкоду сурогатній матері або дитині. До них, для прикладу, можна віднести паління тютюну у присутності сурогатної матері або примушування сурогатної матері виконувати фізично важку роботу та інше.

Однак за бажанням сторін чоловік може не лише надати свою письмову згоду, а й виступати як сторона договору сурогатного материнства разом зі своєю дружиною [12, с. 204].

Також, досліджуючи сторони договору, потрібно з'ясувати, чи належить до них медичний заклад, який надає відповідні послуги. Так, деякі науковці вважають, що належить [17, с. 57]. Але, на нашу думку, це не зовсім відповідає дійсності, адже сторонами договору є батьки та сурогатна матір, а заклад охорони здоров'я, який надає послуги зі штучного запліднення, не виходить за межі предмета договору про надання медичних послуг. Так, можна дійти висновку, що до відносин із сурогатного материнства, які регулюються договором і стосуються виношування та народження сурогатною матір'ю дитини для потенційних батьків, заклад охорони здоров'я, де проводяться відношення, не має. Договір сурогатного материнства регулює відносини між потенційними батьками та сурогатною матір'ю, такої ж думки дотримується Ю.В. Коренга [12, с. 203].

Отже, проаналізувавши проблеми, які виникли в інституті сурогатного материнства, ми вирішили низку дискусійних питань, які впливають на правомірне існування цих відносин, можливість захисту прав сторін та віднесення зацікавлених осіб до участі в цих правовідносинах. Визначаючи схильність цих правовідносини до наявності в них тенденційної приналежності, ми вирішили про можливість застосування відповідних положень законодавства. Найширшим в цьому разі було питання щодо галузі законодавства, до якої ми відносимо договір сурогатного материнства. Зазначивши, що цей договір належить і до цивільного, і до сімейного права, можна стверджувати, що положення законодавства, які містяться в обох галузях, можна застосовувати до цих правовідносин. Далі ми вирішили проблему предмету договору, що є надзвичайно важливим питанням, адже віднесення тих чи інших відносин, а також окремих об'єктів, ставить під загрозу правомірність самого договору, а отже, взагалі існування правовідносин сурогатного материнства. Тому предметом в нашому разі є сукупність дій сурогатної матері щодо виношування плоду та народження дитини. Визначивши предмет, ми проаналізували можливість віднесення договору сурогатного материнства до того чи іншого виду вже існуючих договорів, розглядаючи їх через призму їх ознак, та встановили, що наявні певні схожі ознаки із договором надання послуг, проте між ними є і багато відмінностей, тому цей договір є непоіменованим. Також визначили, що цей договір є консенсуальним, а тому вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторін з усіх істотних умов. Багато уваги приділено сторонам договору, адже в науці з цього приводу виникло чимало дискусій про віднесення тих чи інших осіб до сторони договору. Визначаючи сторонами договору подружжя як чоловіка та жінку з однієї сторони та сурогатну матір з іншої, вказуємо, що колізійним залишається питання щодо можливості віднесення до сторони договору самотнього чоловіка та самотню жінку, що потребує уточнення в законодавстві.

ЛІТЕРАТУРА

1. World's first test-tube baby is pregnant, Daily Mail, July 10, 2006. URL: http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?in_article_id=394894&in_page_id=1770 (дата звернення: 15.11.2020).
2. Міжнародна торгівля та допоміжні репродуктивні технології, регуляторні проблеми у сурогатному материнстві. Журнал Законодавства, медицини та етики – онлайн бібліотека Вайлі. Нельсон, 2013. URL: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jlme.12016/abstract (дата звернення: 15.11.2020).
3. Третьякова В. Цивільно-правові аспекти сурогатного материнства. *Наукові* записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2012. № 4. URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nzizvru/ 2012_4/p13_21.html (дата звернення: 15.11.2020).
4. Сухарева Е.Р. Правовые проблемы суррогатного материнства в РФ. Актуальные проблемы правосудия в современном мире: материалы заочной Междунар. науч.-практ. Интернет-конф. Челябинск, 29 марта 2012 г. URL: http://www.uralraj.ru/top/science/sci-pps/pps-konf/pps-konf-ready_38.html#_ftnref16 (дата звернення: 15.11.2020).
5. Ватрас В.А. Суб'єктний склад правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права.* 2002. № 4. С. 72–75.
6. Цивільний кодекс України: Кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 15.11.2020).
7. Венедіктова І.В. Правове регулювання послуг з сурогатного материнства за чинним законодавством України. *Medix. Anti-Aging. Антиэйджинг. Антистаріння: журнал укр. лікарської еліти (ТОВ «Медікс»).* Київ, 2010. № 3 (15). С. 62–63.
8. Сімейний кодекс України: Кодекс України від 10.01.2002 № 2947- III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (дата звернення: 15.11.2020).
9. Правова природа і предмет договору про сурогатне материнство.Т. В. Заварза. *Медичне право.* 2017. № 1. С. 27–36.
10. Справа «А, В і С проти Ірландії». URL: http://hudoc.echr.coe.int/ (дата звернення: 15.11.2020).
11. Борисова Т. Е. Суррогатное материнство в Российской Федерации. Проблемы теории и практики : монография. Москва : Проспект, 2014. С. 85.
12. Коренга Ю.В. Договір сурогатного материнства в сімейному праві України : автореф. дис. канд. юрид. наук. Київ, 2014. 20 с.
13. Майданик Р.А. Репродуктивні права. Сурогатне материнство. Київ : Алерта, 2013. 48 с.
14. Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России : автореф. дис. канд. юр. наук : 12.00.03. Москва, 2006.
15. Брагинский М.И. Договорное право. Кн. 3: договоры о выполнении работ и оказании услуг. 2-е изд. доп., испр. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Москва : Статут, 2002.
16. Постанова ВС від 08.05.2018 № 127/21595/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73902480 (дата звернення: 15.11.2020).
17. Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text (дата звернення: 15.11.2020).
18. Пунда О.О. Перспективи договірного регулювання у сфері застосування репродуктивних методів здійснення права на материнство та батьківство. *Часопис Київського університету права.* 2003. № 4. С. 54–58.
19. Боброва Д.В., Дзера О.В., Довгерт А.С. Цивільне право України: Підручник, 1999. URL: http://yport.inf.ua/viznachennya-sistema-tsivilnogo.html (дата звернення: 15.11.2020).
20. Ватрас В.А. Суб'єктний склад правовідносин щодо імплантації ембріона дитини жінці із генетичного матеріалу подружжя. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління і права.* 2002. № 4. С. 72–75.
21. Розгон О.В. Замовники як сторона договору про сурогатне материнство. *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право».* 2016. Вип. 21. С. 109–112.
22. Декларація про загальні засади державної політики України стосовно сім'ї та жінок: Постанова Верховної Ради України від 05.03.1999 N 475-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475-14#Text (дата звернення: 15.11.2020).
23. 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 (дата звернення: 15.11.2020).
24. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 № 787 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#Text.

УДК 347
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/30

РЕГРЕСНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЯК ВИД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ

RECOURSE LIABILITY AS A KIND OF CIVIL LIABILITY OF POLICE OFFICERS

Панченко О.І., к.ю.н.,
фахівець відділу докторантури та ад'юнктури
Національна академія внутрішніх справ

У рамках дослідження нами проаналізовано різні наукові підходи до визначення понять «регрес» та «регресна відповідальність». Визначено, що в юридичній літературі немає однозначного підходу до питання про існування відповідальності в порядку регресу: одні автори виділяють лише часткову, солідарну і субсидіарну відповідальність, інші ж поряд з основними видами цивільно-правової відповідальності згадують також про відповідальність у порядку регресу. Визначено суб'єктний склад, об'єкт, зміст та підстави виникнення регресних зобов'язань. Встановлено, що регресна вимога не має чітко визначеної законом підстави для виникнення подібно до того, як це має місце в зобов'язаннях, які випливають із договорів, із делікту або з безпідставного збагачення. Для окремих категорій зобов'язань є спеціальні норми законодавства, що передбачають право регресу. Для зобов'язань, які виникають через неправомірні дії поліцейських, такими нормами є положення частини 3 статті 1191 Цивільного кодексу України. Обґрунтовано, що поліцейські несуть регресну відповідальність у разі неправомірного завдання шкоди, однак відповідальність вищеозначених осіб у порядку регресу можлива лише за умови встановлення в їхніх діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду щодо них, який набрав чинності. За відсутності обвинувального вироку суду, навіть за наявності вини поліцейського, право в держави звернутися з регресним позовом до такої особи не виникає.

Окрему увагу звернуто на особливості притягнення поліцейських до регресної відповідальності, зокрема тих, які спільно завдали шкоди та несуть солідарну відповідальність за правилами статті 543 Цивільного кодексу України; проаналізовано судову практику із цього питання. Відзначено, що натепер можна знайти не так багато рішень судів, що виносяться за регресними позовами держави до колишніх співробітників міліції (нині – поліцейських), однак усі вони є позитивними.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, регрес, регресне зобов'язання, регресна вимога, солідарна відповідальність.

As part of the study, we analyzed various scientific approaches to the definition of "recourse" and "recourse liability'. It is determined that there is no unambiguous approach to the issue of the existence of recourse liability in the legal literature: some authors distinguish only partial, joint and subsidiary liability, while the others also mention recourse liability along with the main types of civil liability. The subject composition, object, content and grounds for recourse obligations are determined. It is established that a recourse claim does not have a clearly defined basis for its occurrence, as is the case in commitments arising from contracts, torts or unjust enrichment. For certain categories of commitments, there are special rules of law that provide for the right of recourse. For obligations arising from illegal actions of police officers, such rules are the provisions of Part 3, Article 1191 of the Civil Code of Ukraine. It is substantiated that police officers bear recourse liability in case of illegal infliction of damage, but the liability of the above-mentioned persons is only possible in case of establishment the elements of a criminal offence in their actions under the sentence passed by a court, which has entered into force. In the absence of a court sentence, even in the presence of fault of a police officer, the State does not have the right to file a recourse against such a person.

Particular attention is paid to the peculiarities of bringing police officers to recourse, in particular, those who jointly caused damage and are jointly liable under the rules of Article 543 of the Civil Code of Ukraine; case law on this issue is analyzed. It is noted that today it is not possible to find many court decisions on recourse claims of the State against former and present police officers, but all of them are positive.

Key words: civil liability, recourse, recourse liability, recourse claim, joint liability.

Актуальність теми. Відповідальність у порядку регресу має місце в разі перекладення на відповідальну особу збитків, що виникають унаслідок виконання зобов'язання за нього або з його вини іншою особою. Право зворотної вимоги до винної особи передбачено у ст. 1191 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [1], де зазначено, що особа, яка компенсувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регресу) до винної особи в розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлено законом. Метою відповідальності в порядку регресу є перекладення збитків на особу, відповідальну за їх настання, доведення відповідальності до винної особи, а також відновлення майнового стану особи, яка сплатила відшкодування замість винного.

Як випливає зі змісту ст. 1176 ЦК України, шкода, завдана неправомірними діями поліцейського, підлягає відшкодуванню коштом держави. Тобто обов'язок відшкодувати такі збитки за наявності відповідних умов лежить не на ньому самому, ні на відділі поліції, у якому він проходить службу, а на державному бюджеті України. Це також підтверджує й те, що обов'язок компенсувати шкоду, завдану суб'єктивним правам особи, настає не коштом майна поліцейського або відділу поліції, а коштом державного майна. Говорити про відповідальність поліцейського, на наш погляд, можна лише в разі застосування до нього відповідальності в порядку регресу. Адже тоді він буде відшкодовувати витрачене державою зі своїх власних заощаджень або свого майна, тобто саме в такому разі порушник (поліцейський) буде нести майнові втрати.

Метою статті є встановлення особливостей притягнення поліцейських до регресної відповідальності, а також аналіз судової практики із цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з досліджуваною проблемою, розглядали такі провідні радянські та вітчизняні вчені, як: М.М. Агарков, Р.С. Березовський, А.Х. Гольмстен, О.А. Музика-Стефанчук, В.Т. Смірнов та інші.

Виклад основного матеріалу. Термін «регрес» у буквальному розумінні означає «рух назад». У цивільному праві регресні зобов'язання розуміються як зворотні вимоги, спрямовані на повернення того, що було сплачено однією особою через вину іншої або за іншу особу. Регресні зобов'язання як особливий вид зворотної вимоги можливі лише тоді, коли первинне зобов'язання виконано однією особою, але з вини іншої особи або за іншу особу, на якій і лежить обов'язок здійснити цей платіж. У зв'язку із цим поряд зі сторонами первинного зобов'язання необхідна ще й наявність третьої сторони, за яку одна зі сторін первинного зобов'язання і здійснила виконання. «Характер регресної вимоги визначається не тим, що вона направлена на повернення платежу особою, яка його отримала, а тим, що платник має право на відшкодування сплаченого за рахунок третьої особи» [2, с. 6].

Найбільш повне визначення регресу, на нашу думку, надане А.Х. Гольмстеном, який уважає, що регрес – це похідне від головного зобов'язання, відповідно до якого одна особа (регресант) має право зворотної вимоги до іншої (регресата) відповідної суми грошей, сплаченої регресантом або отриманої регресатом на виконання головного зобов'язання за того або іншого ставленні до цього виконання третьою особою: або третій особі сплачена ця сума регресантом, або від неї отримана регресатом, або ж, хоча регресант і сплатив цю суму безпосередньо регресату, але залишення її в себе останнім залежить від способу дії третьої особи [3, с. 158].

На думку С.О. Харитонова, право зворотної вимоги (регрес) – це вимога кредитора до боржника (особи, яка завдала шкоди) про повернення сплаченого через його вину відшкодування потерпілому [4, с. 1087]. З ним погоджується і Р.С. Березовський, який, однак, зауважує, що таке визначення може бути застосованим тільки до регресних зобов'язань, які виникають на підставі зобов'язань з компенсування шкоди [5, с. 268].

У юридичній літературі немає однозначного підходу до питання про існування відповідальності в порядку регресу. Так, деякі автори вважають, що залежно від характеру розподілення відповідальності між декількома особами виділяють лише часткову, солідарну і субсидіарну відповідальність [6, с. 652]. Інші ж, коли говорять про цивільно-правову відповідальність, яка може мати частковий, солідарний або субсидіарний характер, згадують також про відповідальність у порядку регресу, визначають її так: «Регресна відповідальність виникає тоді, коли боржник виконав зобов'язання з відшкодування шкоди за особу, яка безпосередньо її завдала, і пред'явив зворотну вимогу (регрес) до цього порушника» [7, с. 524]. Загалом, відповідальність у порядку регресу спрямована на захист суб'єктивних цивільних прав тих осіб, які виконали зобов'язання за інших суб'єктів. Регрес у системі майнових відносин виконує ті ж функції, що й відповідальність за невиконання договірного зобов'язання або зобов'язання, що випливає із завдання шкоди [2, с. 72].

Є.А. Суханов стверджує, що відповідальність у порядку регресу, або регресна відповідальність, настає у випадках, коли цивільний закон допускає відповідальність однієї особи за дії іншої. Наприклад, юридичні особи та громадяни-роботодавці несуть відповідальність за шкоду, якої завдали їхні працівники під час виконання своїх трудових (службові, посадові) обов'язків [8, с. 596]. Ту ж саму підставу виникнення відповідальності в порядку регресу виділяє у своїй праці й О.А. Красавчіков, однак використовує для цього виду відповідальності іншу назву – «Відповідальність за дії інших осіб». За загальним правилом, стверджує автор, заходи відповідальності покладаються на того, хто порушив зобов'язання або завдав шкоди. Однак аналіз законодавства показує, що для цілої низки випадків передбачені деякі винятки з наведеного вище правила. Їхня сутність у найбільш загальній формі може бути виражена так: у передбачених законом випадках за дії (невиконання або неналежне виконання зобов'язання, завдання шкоди тощо) однієї особи заходи цивільно-правової майнової відповідальності можуть бути покладені на іншу [9, с. 511–512].

На думку М.М. Агаркова, характерною рисою регресних відносин є наявність як мінімум трьох сторін, з яких мінімум дві є боржниками щодо третьої (або четвертої, п'ятої тощо). Зобов'язальні відносини між цими двома сторонами і третьою особою виникають або через єдину підставу (наприклад, солідарна відповідальність осіб, які спільно завдали шкоди) або через різні підстави (відповідальність гаранта й основного боржника) [10, с. 158].

В.Т. Смірнов уважає, що регресна вимога має похідний характер. Вона виникає тільки на основі виконання якогось іншого зобов'язання, яке щодо регресного умовно може бути названо основним. Похідний характер регресних зобов'язань визначається самою сутністю поняття регресу. Справді, якщо регрес – рух назад, то, очевидно, йому має передувати рух уперед, наявність якогось іншого зобов'язання, через виконання якого і виникає право зворотної вимоги виконаного. Автор поділяє думку М.М. Агаркова про необхідність наявності в регресному зобов'язанні трьох сторін, однак не погоджується із твердженням, що дві з них мають бути боржниками щодо третьої. В.Т. Смірнов уважає, що наявність двох або кількох боржників, зобов'язаних здійснити тому самому кредитору виконання, безпосередньо спрямоване на ту ж мету, не є характерним і обов'язковим елементом регресного зобов'язання. Такий стан характеризує лише деякі окремі випадки регресу, а тому не може вважатися загальним правилом [11, с. 62–72].

Незважаючи на розбіжності в поглядах учених щодо правової природи й ознак регресу, варто зазначити, що він виконує ті ж функції, що й відповідальність за невиконання договірного зобов'язання або зобов'язання, що виникає із завдання шкоди, адже у кінцевому підсумку відповідальність усе одно несе винна особа. Справді, за допомогою регресного позову платник, так би мовити, «перекладає» збитки, яких він не мав зазнати, на особу, що є за них відповідальною, і тим самим викликає негативні зміни в її фінансово-майновому стані. Таким чином досягається відновлення порушеного балансу.

Суб'єктами регресного зобов'язання є кредитор (регредієнт) і боржник (регресант). Особливість кредитора полягає в тому, що він, перш ніж стати кредитором у регресному зобов'язанні, був боржником в іншому зобов'язанні, виконання якого і породило регресне зобов'язання. Об'єктом регресного зобов'язання є відшкодування, яке боржник (регресант) зобов'язаний вчинити кредитору (регредієнт). Зміст регресного зобов'язання становлять права й обов'язки сторін. У регресному зобов'язанні регредієнту належить право на одержання відшкодування, а регресант зобов'язаний здійснити його, тобто змістом регресного зобов'язання є стягнення сплаченого з винної у правопорушенні особи [5, с. 270]. Розмір регресної вимоги не може бути більше суми фактичного сплаченого кредиторові в основному зобов'язанні. Це випливає зі змісту ч. 1 ст. 1191 ЦК України, де зазначено, що особа, яка компенсувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги / регресу до винної особи в розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом [12, с. 8–9].

Регресне зобов'язання є одним із видів зобов'язань, а останні, як відомо, мають певні підстави для свого виникнення. Відповідно до ч. 2 ст. 11 ЦК України, підставами для виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є: 1) договори й інші правочини; 2) створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; 3) завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі;

4) інші юридичні факти. Також цивільні права й обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства, а у випадках, установлених актами цивільного законодавства, – безпосередньо з актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим або органів місцевого самоврядування, з рішення суду, у зв'язку з настанням або ненастанням певної події (ч. ч. 3–6 ст. 11 ЦК України). Цей перелік не є вичерпним.

Регресна вимога не має чітко визначеної законом підстави (точніше, фактичного складу) виникнення подібно до того, як це має місце в зобов'язаннях, які випливають із договорів, із делікту або з безпідставного збагачення, що, однак, не означає її невизначеності. Для окремих категорій зобов'язань є спеціальні норми законодавства, що передбачають право регресу. В одних випадках це прямо виражено в самій нормі, що регулює відповідні зобов'язання [11, с. 66].

Для зобов'язань, які виникають через неправомірні дії поліцейських, такими нормами є положення ч. 3 ст. 1191 ЦК України, де сказано, що держава, коли відшкодувала шкоду, завдану посадовою, службовою особою органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, має право зворотної вимоги до цієї особи. Однак відповідальність вищеозначених осіб у порядку регресу можлива лише за умови встановлення в їхніх діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду щодо них, який набрав чинності. За відсутності обвинувального вироку суду, навіть за наявності вини посадової особи органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду, та притягнення такої особи до дисциплінарної або адміністративної відповідальності, права в держави звернутися з регресним позовом до такої особи не виникає.

О.А. Музика-Стефанчук стосовно цієї норми закону зауважує, що «з огляду на те, що дії слідчих, міліціонерів й інших осіб у подібних до згаданих вище справ досить рідко кваліфікуються як злочини, тому й регрес вимог до них не може бути висунуто» [13, с. 91].

Якщо ж шкода завдана поліцейськими, які не є посадовими або службовими особами органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, чи досудове розслідування, тоді для притягнення їх до відповідальності в порядку регресу треба застосовувати ч. 4 ст. 1191 ЦК України, де зазначено, що держава, Автономна Республіка Крим (далі – АРК), територіальні громади, коли відшкодували збитки, завдані посадовою, службовою особою внаслідок незаконно ухвалених рішень, дій чи бездіяльності відповідно органів державної влади, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, мають право зворотної вимоги до винної особи в розмірі виплаченого відшкодування (крім відшкодування виплат, пов'язаних із трудовими відносинами та компенсуванням моральної шкоди).

Відповідно до пп. 9 п. 9 розд. VI Бюджетного кодексу України [14], кошти, відшкодовані державою з державного бюджету (АРК, органами місцевого самоврядування з місцевих бюджетів) згідно із цим пунктом, уважаються збитками державного бюджету (місцевих бюджетів). За поданням Казначейства України органи прокуратури звертаються в інтересах держави до суду з позовами про відшкодування збитків, завданих державному бюджету (місцевому бюджету).

Посадові та службові особи органів державної влади (органів влади АРК, органів місцевого самоврядування) (далі – органи державної влади), дії яких завдали шкоди, що компенсована з бюджету, несуть цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність згідно із законом. У разі встановлення в діях посадової, службової особи органів державної влади (органів влади АРК, органів місцевого самоврядування) складу злочину за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав чинності, лише до такої особи може бути пред'явлено вимоги фізичних і юридичних осіб щодо компенсування упущеної майнової вигоди та моральної шкоди у встановленому порядку (пп. 9 п. 9 розд. VI Бюджетного кодексу України).

У разі встановлення в діях посадової, службової особи органів державної влади складу злочину за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав чинності, органи державної влади в установленому законодавством порядку реалізовують право зворотної вимоги / регресу до цієї особи щодо відшкодування збитків, завданих державному (місцевому) бюджету, у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інше не встановлено законодавством. Органи державної влади після виконання рішень суду про стягнення коштів із рахунків, на яких обліковуються кошти державного й (місцевого) бюджету, проводять службове розслідування щодо причетних посадових, службових осіб цих органів, якщо рішенням суду не встановлено в діях цих осіб складу злочину (пп. 10 п. 9 розд. VI Бюджетного кодексу України).

Відповідно до абз. 4 пп. 10 п. 9 розд. VI Бюджетного кодексу України, за результатами службового розслідування органи державної влади й органи Казначейства України в місячний строк можуть звернутися до суду з позовною заявою про відшкодування збитків, завданих державному (місцевому) бюджету, із пред'явленням зворотної вимоги (регрес) у розмірі виплаченого відшкодування до посадових, службових осіб цих органів, винних у завданні збитків (крім відшкодування виплат, пов'язаних із трудовими відносинами та компенсуванням моральної шкоди).

Варто зазначити, що натепер можна знайти не так багато рішень судів, що виносяться за регресними позовами держави до колишніх співробітників міліції (нині – поліцейські), однак усі вони є позитивними. Як приклад можна навести рішення Лубенського міськрайонного суду у справі № 539/3511/14-ц від 25 листопада 2014 р. Лубенський міжрайонний прокурор звернувся до суду в інтересах держави в особі ДКСУ до дільничного інспектора Лубенського МВ УМВС України в Полтавській області про стягнення збитків у порядку регресу. У позові прокурор указав, що вироком Лубенського міськрайонного суду від 11 листопада 2012 р. дільничного інспектора визнано винним у скоєнні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 121, ч. 2 ст. 365, ч. 3 ст. 365, ч. 1 ст. 366 Кримінального кодексу України, призначено йому покарання у вигляді 7 років позбавлення волі.

Було встановлено, що потерпілий (ОСОБА 2) звернувся до суду з позовом до дільничного інспектора Лубенського МВ УМВС України в Полтавській області (ОСОБА 1), УМВС України в Полтавській області, Лубенського МВ УМВС України в Полтавській області та Державного казначейства України про компенсування матеріальної шкоди, завданої злочином, у сумі 83,59 грн відшкодування судових витрат, 2 000 грн за надання юридичної допомоги та 4 500 грн завданої моральної шкоди, усього – 6 583,59 грн. Рішенням Апеляційного суду Полтавської області позов потерпілого було задоволено та стягнуто з державного бюджету України шляхом зобов'язання Державної казначейської служби списати в безспірному порядку присуджені кошти з єдиного казначейського рахунку державного бюджету України на користь ОСОБИ 2 у розмірі 6 583,59 грн 23 червня 2014 р. Державним казначейством України згідно з виконавчими листами Апеляційного суду Полтавської області від 21 жовтня 2013 р. у справі № 1618/3387/12 ці кошти були перераховані потерпілому.

Суд розглянув усі матеріали справи та встановив, що дільничний інспектор був винним у скоєнні інкримінованих йому злочинів, щодо нього є вирок суду, який набрав чинності, а також те, що потерпілому були перераховані кошти з державного бюджету України як відшкодування

завданих збитків, задовольнив позов прокурора повністю, з посиланням на положення ч. 1 ст. 1191 ЦК України [15].

Якщо ж шкоду громадянинові було завдано внаслідок незаконних дій декількох поліцейських, то держава, коли компенсувала таку шкоду, має право регресної вимоги до винних осіб, які будуть нести перед нею солідарну відповідальність. Це передбачено положеннями ч. 1 ст. 1190 ЦК України, де сказано, що особи, спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим. Те ж саме прописано й у Бюджетному кодексі України, де зазначено, якщо збитки, завдані державному бюджету (місцевому бюджету), є результатом спільних дій або бездіяльності кількох посадових та службових осіб, що призвели до завдання шкоди фізичним чи юридичним особам, такі посадові та службові особи несуть солідарну відповідальність згідно із ЦК України й іншими законодавчими актами України (пп. 10 п. 9 розд. VI Бюджетного кодексу України).

Поліцейські, які спільно завдали шкоди, несуть солідарну відповідальність за правилами ст. 543 ЦК України. Мається на увазі, що кредитор (у відносинах, що розглядаються, – держава) має право вимагати виконання обов'язку частково або в повному обсязі як від усіх боржників (тобто осіб, що спричинили збитки) разом, так і від будь-кого з них окремо. Кредитор, який одержав виконання обов'язку не в повному обсязі від одного із солідарних боржників, має право вимагати недоодержане від решти солідарних боржників. Солідарні боржники залишаються зобов'язаними доти, доки їхній обов'язок не буде виконаний у повному обсязі (ч. 2 ст. 543 ЦК України). Виконання солідарного обов'язку в повному обсязі одним із боржників припиняє обов'язок решти солідарних боржників перед кредитором (ч. 3 ст. 543 ЦК України). У цьому разі особа, яка відшкодувала завдані збитки повністю, має право на зворотну вимогу (регрес) до кожного з решти завдавачів у рівній частці за вираховуванням частки, яка припадає на неї за правилами ч. 1 ст. 544 ЦК України.

Водночас у ч. 2 ст. 1190 ЦК України передбачена можливість притягнення осіб, які спільно завдали шкоди, до часткової відповідальності замість солідарної. Однак ця можливість здійснюється судом не самостійно, а тільки на підставі відповідної заяви потерпілого. Водночас частка, яку повинен відшкодувати кожен із винних, визначається відповідно до ступеня їхньої вини, тобто ступінь вини впливає на розмір відповідальності завдавача шкоди.

Як приклад можна навести рішення щодо притягнення помічників оперуповноважених оперативно-пошукового сектора УКР УМВС України в Рівненській області до солідарної відповідальності в порядку регресу. Заступник прокурора, який подав позов в інтересах держави, зазначив у ньому, що вироком Рівненського міського суду Рівненської області від 29 січня 2013 р., залишеного ухвалою Апеляційного суду Рівненської області від 16 квітня 2013 р. без зміни, вищезазначених осіб було визнано винними у вчиненні злочинів, передбачених ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 365, ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 366 Кримінального кодексу України, та було засуджено. Рішенням Рівненського міського суду від 21 березня 2014 р. у справі № 569/22771/13-ц була задоволена позовна заява потерпілого від неправомірних дій помічників оперуповноважених до ДКСУ в особі Головного управління в Рівненській області й УМВС України в Рівненській області та стягнуто з Державного бюджету України шляхом списання коштів з єдиного казначейського рахунку Державного бюджету України через ДКСУ в особі Головного управління в Рівненській області на його користь грошову компенсацію в розмірі 10 000 грн (компенсування моральної шкоди). Суд вирішив позов заступника прокурора про відшкодування майнових збитків у порядку регресу задовольнити повністю. У своєму рішенні він використав положення ч. 1 ст. 1191 ЦК України, відповідно до якої особа, яка компенсувала шкоду, завдану іншою особою, має право зворотної вимоги (регрес) до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування, якщо інший розмір не встановлений законом, а також ч. 1 ст. 1190 ЦК України, де передбачено, що особи, спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим. Отже, відповідачі в солідарному порядку повинні відшкодувати державі 10 000 грн, що були виплачені державою потерпілому [16].

Висновок. Отже, ми визначили, що видом відповідальності, яку несе поліцейський за неправомірне завдання шкоди, є регресна відповідальність, адже держава, коли відшкодувала такі збитки, має право зворотної вимоги до винної особи. У разі ж завдання громадянинові шкоди внаслідок незаконних дій декількох поліцейських останні будуть нести перед державою регресну солідарну відповідальність. У рамках дослідження нами проаналізовано різні наукові підходи до визначення понять «регрес» та «регресна відповідальність»; визначено суб'єктний склад та підстави для виникнення регресних зобов'язань. Окрему увагу звернено на особливості притягнення поліцейських до регресної відповідальності, проаналізовано судову практику із цього питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України станом на 30 вересня 2018 р. Харків : Право, 2018. 448 с.
2. Смирнов В.Т. Регрессные иски в обязательствах из причинения вреда. Москва : Госюриздат, 1960. 133 с.
3. Гольмстен А.Х. Опыт построения общего учения о праве регресса. *Юридические исследования и статьи* / А.Х. Гольмстен. Санкт-Петербург : Тип. М.М. Стасюлевича, 1913. Т. 2. С. 157–186.
4. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. Є.О. Харитонова. Харків : Одіссей, 2007. 1200 с.
5. Березовський Р.С. Право зворотної вимоги (регресу) за цивільним законодавством України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 51. С. 268–272.
6. Гражданское право : учебник : в 3-х т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва : ТК «Велби», 2002. Т. 1. 765 с.
7. Гражданское право : учебник / под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. Москва : Юристъ, 2002. 536 с.
8. Гражданское право : учебник : в 4-х т. / отв. ред. Е.А. Суханов. Москва : Волтерс Клувер, 2006. Т. 1 : Общая часть. 720 с.
9. Советское гражданское право : учебник : в 2-х т. / под ред. О.А. Красавчикова. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. 544 с.
10. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 192 с.
11. Смирнов В.Т. К понятию регрессных обязательств. *Известия вузов. Правоведение*. 1960. № 1. С. 62–72.
12. Право зворотної вимоги (регресу) за цивільним законодавством України : методичні рекомендації. Шишаки : Шишацьке районне управління юстиції, 2013. 32 с.
13. Музика-Стефанчук О.А. Фінансово-правові проблеми відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів публічної влади. *Право і суспільство*. 2012. № 3. С. 89–92.
14. Бюджетний кодекс України : Закон України від 7 жовтня 2010 р. № 2592–VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № № 50–51. Ст. 572.
15. Рішення Лубенського міськрайонного суду від 25 листопада 2014 р. Справа № 539/3511/14-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41572014 (дата звернення: 03.09.2020).
16. Рішення Рівненського районного суду від 16 березня 2016 р. Справа № 570/4231/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56460949 (дата звернення: 03.09.2020).

УДК 347.91/95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/31

МЕДІАЦІЯ В УКРАЇНІ ТА СВІТІ: ГЕНЕЗА, ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРИ ВИРІШЕННІ ЦИВІЛЬНИХ СПОРІВ

MEDIATION IN UKRAINE AND THE WORLD: GENESIS, LEGAL REGULATION AND EFFECTIVENESS IN CIVIL CASES

Пашкова К.І., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Різні альтернативні методи врегулювання конфліктів існували давно, але ADR як формальний прийом та загальноприйнята юридична практика з'явилися в 1970-х роках. Протягом останніх кількох років спостерігається збільшення використання методів ADR. Незважаючи на те, що медіація натепер є однією з найпопулярніших форм ADR, більшості пострадянських держав, Україні також, усе ще потрібно розвивати процес її практичного застосування. Очевидно, що медіація з її численними перевагами повинна бути впроваджена в українську правову систему, хоча б тому, що вже зроблено кілька спроб закріпити інститут медіації в національному українському законодавстві.

Такі чинники, як процес демократизації та кількісне скорочення держав з авторитарним режимом, привели до розширення сфери та популярності посередницької діяльності. Було встановлено, що медіація виникла із практики, а акти, що її формалізували, з'явились набагато пізніше, переважно наприкінці XX століття. Автор зосереджує увагу на внутрішньому законодавстві країн англо-американських та романо-германських правових систем, а також на міжнародних актах у галузі медіації.

Стаття пропонує аналіз статистики використання медіації, а також шляхи впровадження медіації в українське правове поле (зокрема, аналіз законопроєкту 2020 року). Зазначається, що актуальність законодавчого впровадження медіації зросла після ратифікації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2014 році. Автор зосереджує увагу на необхідності всебічної реформи законодавства в цій галузі. Акцент робиться на важливості та необхідності прописувати конкретні правила конфіденційності в разі медіації, вимоги до кваліфікації медіатора. Варто передбачити безкоштовну процедуру медіації. Тема цієї статті формує підґрунтя для подальших наукових досліджень.

Ключові слова: ADR, медіація, цивільні спори, ефективність медіації, правове регулювання.

Various alternative methods of conflict resolution existed long time ago, but ADR as a formal technique and mutually accepted legal practice emerged in 1970's. There has been a rapid increase of using ADR methods over the past few years. Despite the fact that mediation is currently one of the most popular forms of ADR, the majority of the post-Soviet states, including Ukraine, still need to develop the process of its practical application. It is obvious that mediation with its numerous advantages should be introduced into the Ukrainian legal system, though only several attempts have been made to enroot the institution of mediation into our national Ukrainian legislation.

Such factors as the process of democratization and the quantitative reduction in states with authoritarian regime have led to the expansion of scope and popularity of mediation. There has been determined that mediation originated from practice, and the acts that formalized it appeared much later, mainly in the late 20'th century. The author focuses attention on the domestic legislation in countries with the common law and civil law systems, as well as on the international acts in the field of mediation.

The article offers the analysis on statistics on the mediation use, as well as the ways to introduce mediation into the Ukrainian legal field (including the analysis of the draft law of 2020). It is pointed out that the urgency of implementation of mediation has increased after the ratification of the Association Agreement between Ukraine and the EU in 2014. The author focuses on the need for comprehensive law reform in this area. The emphasis is placed on the importance and necessity to prescribe specific rules of confidentiality in mediation, requirements for the qualification of the mediator. Free mediation procedure should be provided. The subject of this article forms the ground for further scientific research.

Key words: ADR, mediation, civil cases, effectiveness of mediation, legal regulation.

Вступ. 60–70-ті рр. XX ст. відзначилися заснуванням М. Каппеллетті та Б. Гартом усесвітнього руху «Доступ до правосуддя», який зосереджував увагу на питанні покращення доступу до правосуддя шляхом формування альтернативи судовій формі захисту [1]. Методи альтернативного вирішення спорів (alternative dispute resolution (далі – ADR)), серед яких важливе місце посідає медіація, уже давно стали частиною правової культури держав світу. На ADR покладено розв'язання таких проблем, як перенавантаження судової влади, негнучкість судового провадження, формалізованість процесу. Тоді як США, Канада, Австрія чи, наприклад, Нідерланди досить тривалий час використовують медіацію для вирішення цивільних справ, в Україні, як і в більшості пострадянських країн, цей інститут усе ще не має належного правового регулювання. Утім, вплив потужних глобалізаційних процесів, що зумовлюють уніфікацію права, а також шлях України до євроінтеграції зумовлюють необхідність гармонізації українського законодавства із законодавством розвинутих країн світу.

Необхідність у законодавчому регулюванні інституту медіації набула ще більшої актуальності після ратифікації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 16 вересня 2014 р. Крім цього, запровадження медіації в Україні передбачено планом дій щодо підвищення позиції України в рейтингу Світового банку «Ведення бізнесу» ("Doing Business"), затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 4 грудня 2019 р. № 1413. Водночас Міністром юстиції України 7 серпня 2019 р. підписано від імені України Конвенцію Організації Об'єднаних Націй про Міжнародні угоди щодо врегулювання спорів за результатами медіації (Сінгапурська конвенція про медіацію) [2, с. 4].

У цьому сенсі створення Верховною Радою України правового поля для діяльності медіаторів у вигляді проєкту закону України «Про медіацію» від 4 червня 2020 р. було радше початком розв'язання проблеми, аніж її вирішенням.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти даної проблематики неодноразово привертали увагу як українських, так і закордонних учених, а саме: М. Дяковича, С. Запари, Г. Гончарової, Н. Бондаренко-Зелінської, В. Комарова, Д. Кушерець, С. Кузьменко, Н. Мазаракі, Ю. Притики, Н. Турман, В. Рєзнікова, Т. Цувіної; Х. Бесемера, Е. Борисова, М.-Л. Гі (Marie-Lawrence Hi), С. Загайнова, С. Калашнікової, С. Кулака, В. Лісіцина, Ж. Міріманоффа (Jean A. Mirimanoff), І. Панова, Е. Рунессона (Eric M. Runesson), Ц. Шамлікашвілі, В. Яркова й інших. Попри очевидну актуальність, у вітчизняній правовій науці ця проблематика комплексно не опрацьована. Отже, доктрина стосовно ефективності медіації в цивільних справах потребує подальших наукових пошуків.

Метою і завданням цієї статті є дослідження появи цього інституту у світовій та українській практиці; аналіз моделей медіації у країнах, де цей інститут успішно функціонує, а також розгляд результатів дослідження ефективності медіації в цивільних справах.

Виклад основного матеріалу. Коли говоримо про генезу інституту медіації, варто наголосити, що помилковим є твердження про появу медіації (так само, як і інших методів ADR) наприкінці XX ст. Насправді минуле століття відзначилося лише законодавчим закріпленням цього інституту. Таке офіційне визнання, на думку В. Конусової, лише активізувало їхній розвиток, проте і до ухвалення відповідних нормативно-правових актів вони застосовувалися [1, с. 25].

Зрозуміло, що періодизація історії зародження медіації у світі має умовний характер, адже цей інститут було сприйнято кожною країною по-різному. Я. Любченко виокремлює такі етапи:

1. Для першого етапу характерне превалювання суспільних (додержавних) способів вирішення конфліктів та спорів, що зумовлено, по-перше, відсутністю (слабкістю) органів управління, по-друге, впливом релігії, ідеології тощо.

2. Для другого етапу характерне переважне вирішення спорів у межах гільдій, корпорацій. У судах багатьох європейських держав (зокрема, в Англії) у XII–XIV ст. регулярно проводилися так звані dies amori (дні примирення). Ці дні суди цілком присвячували заходам щодо примирення сторін.

3. Характерною рисою третього етапу є зміцнення суверенного права держав самостійно визначати процедури та механізми вирішення правових спорів, розширення сфери державного судочинства, посилення впливу держави на практику застосування ADR шляхом регулювання відповідних відносин.

4. Четвертий етап відзначається збільшенням кількості авторитарних держав, централізацією державного управління, що призвели до звуження ADR у приватноправовій сфері, установленням пріоритету державного судочинства й окресленням сфери, де можливе застосування ADR.

5. П'ятий етап триває й досі. Для більшості країн він розпочався із 90-х рр. XX ст. Демократизація країн, зменшення кількості авторитарних держав стали ключовим чинником розширення сфери застосування медіації. Суттєво зросло навантаження на суди, що спричинило необхідність удосконалення судової системи й оптимізації процедур врегулювання спорів. Однак суди виявилися не готовими впоратися з обсягом суперечок, що збільшувався. Ці чинники сприяли зростанню інтересу до використання недержавних процедур врегулювання спорів [2, с. 206–207].

Отже, на початку XXI ст. політика держав Європейського Союзу, окремих держав Європи та держав англосаксонської правової системи спрямована на зменшення кількості цивільних спорів, що вирішуються за допомогою судової системи. Для стимулювання сторін до самостійного залагодження цивільних спорів у всіх державах Європейського Союзу, окремих державах римської правової системи та державах англосаксонської правової системи на законодавчому рівні було встановлено обов'язок сторін спробувати мирно врегулювати спір, перш ніж передати його до суду, тобто пройти процедуру медіації.

Батьківщиною медіації вважають США, а саме Гарвардську школу, яка в 70–80-х рр. XX ст. активно вивчала це явище. Паундська конференція 1976 р., на якій розглядалися причини невдоволення населення США адмініструванням судової системи, уважається відправною точкою руху за альтернативне вирішення спорів. Ще однією вагомою подією для становлення медіації й ADR загалом у США була доповідь професора Ф. Сандера, який представив ідею «будинку правосуддя з багатьма дверима». У такому суді спеціальний службовець попередньо переглядав би позови, що надійшли до суду, і пропонував би сторонам обрати з безлічі варіантів такий метод вирішення спорів, який найповніше задовольняв би їхні потреби в конкретному спорі.

У 2001 р. був розроблений і ухвалений Уніфікований закон США «Про медіацію». На початку XXI ст. у США вже існувала серйозна законодавча база для медіації, діяли сотні організацій, що надавали послуги ADR, практикували тисячі професійних медіаторів. У всіх без винятку штатах були засновані програми судової медіації, які передбачали цілий набір моделей медіації – від добровільної до суворо обов'язкової [3, с. 227]. У США більше ніж 250 правил конфіденційності та привілеїв, що діють у різних штатах, визначають питання про те, яка саме інформація може бути розкрита у процесі медіації без побоювання її подальшого поширення. Із цією метою був розроблений Типовий закон про медіацію (The Uniform Mediation Act). Акт також розкриває низку умов, за яких конфіденційність неможлива (привілеї про конфіденційність не поширюються на інформацію, яка є відкритою для ознайомлення на підставі закону тощо). Локальні акти штатів США встановлюють право суду призначити до посередництва будь-яку цивільну справу або її частину, якщо це не зачіпає конституційних прав особи. Справу також може бути підібрано для медіації за згодою сторін та за погодженням із судом чи за клопотанням однієї сторони із повідомленням протилежної сторони.

За даними Федеральної служби посередництва та примирення США (FMCS), у 2018 р. 86,2% спорів, де використовували медіацію, було вдало вирішено [4].

Паралельно освоєння медіації відбувалося в Англії й Австралії. З урахуванням цієї обставини, можна зробити висновок, що батьківщиною медіації стали країни англосаксонської правової системи. Цьому можна знайти логічне пояснення. Значна кількість судових справ і тривалий їх розгляд призвели до необхідності розвантажити діяльність судів.

У Великобританії питання досудового врегулювання цивільних спорів було вирішено за допомогою протоколів попередніх дій – це документи, затверджені старшим суддею Англії й Уельсу, що є додатками до Правил цивільного процесу, де викладені кроки, учинення яких суд зазвичай чекає від сторін до початку слухання конкретних видів цивільних спорів. Станом на 2020 р. в Англії й Уельсі діють 14 протоколів попередніх дій, серед яких: протокол попередніх дій щодо боргових зобов'язань; щодо вирішення клінічних спорів; щодо спорів через ДТП із невеликою ціною; щодо професійної недбалості; із претензій за кредитними зобов'язаннями, забезпеченими іпотекою; щодо спорів через професійну недбалість; зі спорів щодо розповсюдження недостовірної інформації; зі спорів у сфері будівництва та проєктування тощо. Коли категорія спору підпадає під дію протоколу попередніх дій, сторони повинні в обов'язковому порядку виконати його вимоги до початку подання позову [5, с. 87].

Дослідження Центру ефективного вирішення спорів (CEDR) 2018 р. демонструють, що з 1990 р. (фактично відправної точки застосування медіації в цивільних та комерційних спорах) загальна вартість кейсів, у яких використовували медіацію в Англії й Уельсі, наближається до 110 млрд фунтів стерлінгів. Досягнувши попереднього вирішення справ, які інакше проходили б через судовий процес, медіація дозволяє заощадити бізнесу приблизно 3 млрд фунтів стерлінгів на рік, які було б витрачено для оплати часу менеджерів, пошкоджених відносин, через втрату продуктивності й оплати юридичних послуг [6].

Велика Британія навмисно не пішла американським шляхом, а відмовилася від обов'язкової судової медіації та від ухвалення загального законодавства про медіацію, віддала перевагу саморегулюючим механізмам і гнучкому

регулюванню у традиціях прецедентного права. Форма та процедура цього виду ADR, зокрема й професійні вимоги до медіаторів, цілком регулюються приватним сектором [2, с. 68].

Рада Європи торкається проблематики ADR у низці рекомендацій, серед яких найбільш значущими для сфери цивільного судочинства є: Рекомендація № R (81) 7 від 14 травня 1981 р. щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, Рекомендація № R (86) 12 від 16 вересня 1986 р. щодо заходів із попередження і зменшення надмірного робочого навантаження в судах; Рекомендація Rec (98) 1 щодо медіації в сімейних справах від 21 січня 1998 р., Рекомендація Rec (2002) 10 від 18 вересня 2002 р. щодо медіації в цивільних справах тощо. Окремо варто відзначити підготовлену Комісією Європейського Співтовариства у Брюсселі «Зелену книгу з альтернативного вирішення спорів у цивільних та комерційних справах» (2002 р.), яка мала на меті вивчення й узагальнення національних практик ADR для вироблення загальних стандартів у цій сфері [7, с. 21].

Важливим кроком на міжнародному рівні стало ухвалення у 2002 р. Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ) Типового закону «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру». Ним регулюються основні принципи процедури медіації у випадках, коли сторони є резидентами різних країн (міжнародна медіація).

Для впровадження інституту медіації у практику країн – учасниць Європейського Союзу 21 травня 2008 р. ухвалено Директиву 2008/52/ЄС Європейського парламенту «Щодо окремих аспектів медіації в цивільних і комерційних спорах». На виконання цієї директиви в державах Європейського Союзу з романо-германською правовою системою були ухвалені окремі закони з питань досудового та судового посередництва.

Так, у Німеччині 26 липня 2012 р. ухвалений Закон «Про посередництво» (Mediationsgesetz). Закон сприяє мирному врегулюванню спору шляхом включення різноманітних стимулів для сторін у Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) Німеччини. Одним із таких стимулів є положення ЦПК, згідно з яким, коли сторони подають позов, вони повинні вказати, чи намагалися вони вирішити спір за допомогою посередництва, якщо так, то які об'єктивні причини існували для відмови від цього. Успішне посередництво завершується укладенням угоди між сторонами, яка може бути завірена посередником-адвокатом або нотаріусом, у результаті чого набуває статусу виконавчого документа (§ 796 (а) ЦПК Німеччини) [8]. Законодавство Німеччини також покладає на медіатора обов'язок забезпечення проходження навчання та підвищення кваліфікації. Навчання повинно охоплювати отримання знань про основи медіації, структуру та рамкові умови процедури медіації, навички ведення переговорів та комунікації, навички вирішення конфлікту, отримання знань із законодавства про медіацію, практичні тренінги, рольові ігри, спостереження. Після підвищення кваліфікації є вимога впродовж 4-х років отримати ще 40 годин навчання та впродовж перших 2-х років провести 4 окремі супервізії.

Так само у ст. 197 ЦПК Швейцарії встановлено обов'язок сторін пройти процедуру примирення до моменту звернення до суду [9]. Досудовому врегулюванню спорів присвячено титул 1 «Спроба примирення» ч. 2 ЦПК. Процесуальним законом Швейцарії чітко визначені випадки, коли процедура примирення може не проводитися: у межах спрощеної процедури; під час встановлення цивільного статусу особи; у провадженнях, що пов'язані з дітьми, якщо один із батьків просив втрутитися орган захисту дітей до провадження в суді; у разі розірвання шлюбу, а також у деяких інших [13, с. 83–84].

Як у Франції, так і в Бельгії, медіація «виросла» із практики. Законодавчі акти, що її формалізують і легалізують, з'явилися пізніше. У Франції таким став Закон від 4 січня 1993 р., розвинутий Законом від 23 червня 1999 р., а в Бельгії – Закон від 10 лютого 1994 р., який також доповнив КПК країни й низку підзаконних актів [10, с. 167]. У Франції послуги медіації надають громадські організації, а медіатори мають бути акредитовані прокурором, після чого можуть укласти контракт із Міністерством юстиції Франції щодо надання послуг медіації. Вони є безкоштовними для учасників процесу й оплачуються з державного бюджету [11].

У Китаї, Угорщині, Кореї передбачена можливість державного примусу до виконання угоди, досягнутої в рамках медіації, а також державний нагляд за її законністю. 1 лютого 2019 р. Китайська міжнародна комісія з економічного та торгового арбітражу (CIETAC) опублікувала статистику використання медіації й арбітражу за 2018 р. За результатами дослідження, процедура медіації або міжнародного арбітражу за допомогою медіатора набула більшої популярності порівняно з попереднім роком на 28,89%, що свідчить про ефективність [12].

Японія – це країна, громадяни якої використовують медіацію частіше за звернення до суду. Тут пріоритет завжди надавався ADR. У Японії існує спеціальний закон – Закон про цивільне примирення, що регламентує процес проведення медіації, а також встановлює вимоги до професійних якостей медіатора. Під час вирішення деяких спорів (наприклад тих, що виникають із сімейних, земельних чи житлових відносин) проведення медіації є обов'язковим. Крім того, особливістю цивільного процесу Японії є поширеність різних видів мирових угод, тому діяльність суду спрямована здебільшого не на вирішення справи по суті, а на примирення сторін [13, с. 178].

Інститут медіації в Україні має своє конституційне підґрунтя. У ч. 5 ст. 55 Конституції України зазначено: «Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань» [14]. Окрім цього, основи запровадження медіації в цивільних спорах передбачені ч. 7 ст. 49 ЦПК України, де закріплено можливість сторін укласти мирову угоду на будь-якій стадії судового процесу. Вимоги до такої угоди визначені у ст. 207 цього ж Кодексу [15].

Перший досвід упровадження медіації в Україні пов'язаний із 1995–1997 рр. Метою було дослідження того, чи може функціонувати цей інститут в Україні та яким чином. 1997 р. ознаменувався першим використанням медіації в цивільному провадженні в Одесі; було розпочато роботу над проєктами законів «Про медіацію (примирення)» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо процедури медіації (примирення)» (2006–2007 рр.). Ці документи були винесені на громадське обговорення, однак далі справа не рушила. У 2008 р. з'являється Український центр медіації, що готує медіаторів.

У 2010 р. розроблено проєкт закону «Про медіацію», у якому було визначено правовий статус медіаторів, їх об'єднань, можливість застосовувати медіацію не лише на пропозицію суду, а і як позасудовий метод вирішення спорів. Але даний проєкт не цілком відповідав вимогам Директиви 2008/52/ЄС «Щодо окремих аспектів медіації в цивільних і комерційних спорах» через широко визначений предмет медіації. Предметом медіації, відповідно до цього законопроєкту, були спори, що виникають із цивільних, господарських, трудових, сімейних та інших правовідносин приватного права. Суспільні відносини, що регулюються трудовим і сімейним правом, перебувають на перетині сфер приватного і публічного правового регулювання, тоді як ч. 2 ст. 5 Директиви окреслює застосування посередництва «без шкоди для будь-якого національного законодавства, що передбачає обов'язкове використання

посередництва, за умови, що таке законодавство не перешкоджає сторонам здійснювати їхнє право звернення до судової системи».

У межах програми Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи» чотири пілотні суди мали можливість продемонструвати застосування медіації на практиці. За результатами, з 5 липня 2010 р. по 15 листопада 2010 р. 83 справи були передані на медіацію, у 50 справах медіація відбулася, у 36 справах медіація закінчилась успішно, у 33 справах було укладено медіаційні угоди [11].

Подібні законопроєкти було зареєстровано і у 2011, 2013 рр. [16, с. 49], та знову безуспішно.

Після ратифікації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 16 вересня 2014 р. питання про законодавче регулювання інституту медіації стало ще актуальнішим. Про це свідчить взяття 3 листопада 2016 р. Верховною Радою України за основу проєкту закону України «Про медіацію» № 3665 у першому читанні. Друге читання цього проєкту закону було невтішним: для мінімально необхідної для ухвалення законопроєкту кількості «за» (226) не вистачило чотирьох голосів.

Проєкт закону «Про медіацію» № 3504 від 4 червня 2020 р., яким передбачається, зокрема: проведення медіації як до початку, так і під час судового розгляду або виконання рішення суду; застосування процедури медіації в будь-яких конфліктах (спорах), які виникають із цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносин, а також у кримінальних провадженнях під час укладення угод про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин; проведення медіації за взаємною згодою сторін; можливість набуття статусу медіатора будь-якою фізичною особою, яка має вищу освіту та пройшла базову підготовку у сфері медіації в Україні або за її межами, мав успіх. 15 липня 2020 р. Верховна Рада України (далі – ВРУ) прийняла за основу даний проєкт закону в першому читанні. Прикінцевими та перехідними положеннями законопроєкту також запропоновано встановити право суду оголосити перерву в підготовчому засіданні в разі, якщо сторони вирішили провести позасудове врегулювання спору шляхом медіації, право суду зупинити провадження у справі в разі звернення обох сторін із клопотанням про зупинення провадження у справі у зв'язку із проведенням медіації, строк такого зупинення та можливість зупинити провадження у справі на стадії її розгляду по суті (ст. ст. 197, 198, 210, 252, 253 ЦПК та ін. кодексів). Водночас пропонується внести зміни до Господарського процесуального кодексу України, Закону України «Про судовий збір», якими передбачити, що в разі успішного проведення медіації щодо спору, який є предметом розгляду суду, відповідній стороні судового провадження судом буде повернуто 60% сплаченого судового збору [17, с. 2].

Водночас варто зазначити, що проєкт не позбавлений недоліків. До них, зокрема, можна віднести відсутність визначення статусу медіаторів, які пройшли навчання до моменту набуття законом чинності, а також роз'яснень щодо об'єднань медіаторів; не конкретизована відповідальність медіаторів. Нині законопроєкт № 3504 очікує на своє доопрацювання та розгляд на другому читанні ВРУ.

Найважливішим питанням дотепер залишається визначення вітчизняної моделі медіації. На думку Т. Цувіної, що здається нам слушною, у національному правопорядку доцільніше обрати модель добровільної присудової медіації для всіх категорій справ, за якої проведення такої процедури можливе лише за наявності згоди сторін безвідносно до категорії справи. Водночас варто передбачити інститут судді-медіатора, тобто обрати таку модель присудової медіації, за якої медіатором виступає спеціально акредитований суддя-медіатор того суду, у якому розглядається справа, однак не той суддя, що розглядає справу. Варто закріпити, що в разі, коли сторони бажають скористатися процедурою присудової медіації, суддя, що розглядає справу, зупиняє провадження у справі та передає справу іншому, обраному сторонами судді-медіатору [18, с. 199].

Варто зазначити, що нині в наукових колах триває дискусія щодо концепцій впровадження медіації в національну правову систему України, які докладніше розглядала у своїх працях вітчизняна науковиця Н. Бондаренко-Зелінська [19]. Домінують такі концепції: відповідно до першої, медіація повинна стати складовим елементом процесуальної процедури. Цю ідею впроваджувала в життя програма «Прозорість та ефективність судової системи України»; друга концепція наголошує на тому, що медіація повинна бути автономним способом вирішення правових спорів, і, за прикладом третейського судочинства, функціонувати паралельно із судовим процесом, а в ідеалі – передувати йому. Такий задум покладено в основу діяльності медіаторних груп, які вже функціонують на території України.

Висновки. Отже, медіація в Україні як спосіб вирішення цивільних спорів створить умови для пошуку життєздатних, сталих та загальноприйнятних рішень. Доцільність упровадження інституту медіації у вітчизняній правовій системі базується на позитивних результатах практики застосування медіації в багатьох країнах світу, що є показником ефективності. Крім того, це відповідатиме позиції України щодо гармонізації національного законодавства із законодавством Європейського Союзу, оскільки питанню процедур примирення присвячено низку рекомендацій і рішень Ради Європи. Варто зазначити, що впровадження медіації не обмежує поширення юрисдикції судів (ст. 124 Конституції України); права на судовий захист (ст. 55 Конституції України) та права на справедливий суд (ст. 6 Європейської конвенції з прав людини).

Переваги інституту медіації для сучасного українського суспільства важко переоцінити: це заощадження часу і коштів, а також розвантаження судової гілки влади; добровільність, посередницький характер; гнучкість та індивідуальний підхід до кожного спору. Звісно, судовий спосіб вирішення спорів завжди буде актуальним та необхідним, утім, поширення застосування медіації стане проявом ціннісних орієнтирів правової держави як такої.

На нашу думку, Україна потребує системного реформування законодавства, а не фрагментарного ухвалення закону в цій сфері. Українська модель медіації має враховувати досвід зарубіжжя: конкретизацію правил конфіденційності; залучення до медіації; вимоги до кваліфікації медіатора; відповідальності медіаторів, а також можливість безкоштовної процедури медіації. Тільки такий підхід буде запорукою ефективного функціонування інституту медіації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конусова В. Негосударственные процедуры урегулирования гражданско-правовых споров : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Астана, 2010. 29 с.

2. Любченко Я. Альтернативні способи вирішення правових спорів : теоретико-правовий аспект: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2018. 249 с.

3. Кисельова Т. Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах. *Право України*. 2011. № № 11–12. С. 225–236.

4. FMCS Annual Report, 2019. *Federal Mediation and Conciliation Service :* вебсайт. URL: https://www.fmcs.gov/wp-content/uploads/2019/08/2018-FMCS-Annual-Report.pdf (дата звернення: 01.12.2020).

5. Порівняльний цивільний процес : навчально-методичний посібник / Т. Заварза та ін. Харків : ХНУ імені В.Н. Каразіна, 2018. 156 с.
6. The 8'th CEDR Mediation Audit, 2019. *Centre for effective dispute resolution :* вебсайт. URL: https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2019/10/The_Eighth_Mediation_Audit_2018.pdf (дата звернення: 01.12.2020).
7. Ткачук О. Альтернативне вирішення спорів як форма захисту цивільних прав, свобод та інтересів. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 20–31.
8. Zivilprozessordnung. *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz :* вебсайт. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ (дата звернення: 01.12.2020).
9. Swiss Civil Procedure Code. *The federal Council. The portal of the Swiss government :* вебсайт. URL: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html (дата звернення: 01.12.2020).
10. Туманянц А. Медіація в сучасній європейській практиці : досвід Франції та Бельгії. *Проблеми законності :* республіканський міжвідомчий науковий збірник. Харків, 2007. Вип. 90. С. 166–170.
11. Курс цивільного процесу : підручник / В. Комаров та ін. ; за ред. В. Комарова. Харків, 2011. 1352 с.
12. CIETAC Index 2019. *China international economic and trade arbitration commission :* вебсайт. URL: http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=15804 (дата звернення: 01.12.2020).
13. Русакова Е. Гражданский процесс и гражданское законодательство в странах Азиатско-Тихоокеанского региона : монография. Москва : РУДН, 2015. 345 с.
14. Конституція України (ред. від 1 січня 2020 р.). *Законодавство України. Офіційний вебпортал парламенту України :* вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254к/96-вр#Text (дата звернення: 01.12.2020).
15. Цивільний процесуальний кодекс України (ред. від 15 грудня 2017 р.). *Законодавство України. Офіційний вебпортал парламенту України :* вебсайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (дата звернення: 01.12.2020).
16. Мотиль В. Стан та перспективи правового регулювання медіації в Україні. *Юридична Україна.* 2014. № 11. С. 46–52.
17. Висновок Комітету з питань правової політики ВРУ від 1 липня 2020 р. щодо основи проєкту ЗУ «Про медіацію» № 3504 від 4 червня 2020 р. *Офіційний портал Верховної Ради України :* вебсайт. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=69023&pf35401=531202 (дата звернення: 01.12.2020).
18. Цувіна Т. Впровадження інституту присудової медіації як перспективний напрямок реформування цивільного процесуального законодавства України. *Україна на шляху до Європи : реформа цивільного процесуального законодавства :* збірник матеріалів доповідей учасників Міжнародної науково-практичної конференції. Київ, 2017. С. 195–200.
19. Бондаренко-Зелінська Н. До питання про примирення сторін в цивільному процесі. *Десяті осінні юридичні читання :* збірник матеріалів доповідей учасників Міжнародної науково-практичної конференції, м. Хмельницький, 18–19 листопада : у 4-х ч. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2011. Ч. 3. С. 32–34.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/32

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПРИНЦИП "CASE MANAGEMENT" ТА НЕОБХІДНІСТЬ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

THE EUROPEAN PRINCIPLE OF "CASE MANAGEMENT" AND THE NECESSITY OF ITS IMPLEMENTATION IN THE CIVIL PROCEEDINGS OF UKRAINE

Песоцька Ю.В., студентка І курсу магістратури
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Дяченко С.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Університет державної фіскальної служби України

У статті досліджено розвиток принципу "case management" у закордонних державах, який є цікавим феноменом, що має перспективу бути реалізованим і в цивільному процесі України. Під цим принципом розуміється своєрідна концепція організації розгляду справи, до необхідності запровадження якої все частіше закликають правознавці закордонних країн, а тому його дослідження та визначення потреби застосування в Україні є актуальним. Активно закликав до застосування такої концепції організації розгляду справи лорд Г. Вульф. Він переконував, що цивільний процес необхідно реформувати і встановити баланс між правами й обов'язками суду та сторін щодо організації розгляду справи. Тобто таким чином не потрібно дотримуватись стандартних правил: або суд, або сторони повинні бути активними чи пасивними.

У своїй статті Т. Цувіна зазначає, що «у структурі case management можна виокремити два різновиди повноважень: по-перше, повноваження щодо вибору провадження, за правилами якого має розглядатися справа, по-друге, повноваження під час розгляду справи за правилами певного виду провадження, серед яких можна виокремити: 1) повноваження суду щодо керівництва часом судового розгляду (judicial time management); 2) повноваження суду у сфері доказування та встановлення обставин справи; 3) повноваження суду щодо сприяння врегулюванню спору сторонами; 4) повноваження суду у сфері альтернативних способів вирішення спорів; 5) повноваження суду щодо судових витрат; 6) повноваження суду щодо застосування заходів процесуального примусу до осіб, що порушують процесуальний регламент». Для початку реалізації принципу "case management" в Україні необхідно підготувати цивільне законодавство, а саме запровадити гнучку судову систему та надати активні повноваження і покласти відповідальність щодо організації розгляду справи як на суд, так і на сторони цивільного провадження.

Увага даній концепції була приділена також Робочою групою з підготовки правил про обов'язки сторін, представників та суддів, метою якої було розроблення Європейських правил цивільного процесу, зокрема, на основі визначених у проєкті «Принципів транскордонного цивільного процесу».

Ключові слова: цивільне судочинство, принцип організації розгляду справи, своєчасний розгляд справ, європейський цивільний процес, принцип "case management".

The article explores the development of the principle of "case management" in foreign countries, which is an interesting phenomenon that has the perspective to be implemented in the civil proceedings of Ukraine. This principle means a kind of concept of the consideration of the case, which is called to be applied by legal scholars of foreign countries. Therefore, its study and the need for application in Ukraine is relevant. Lord G. Wolf actively called for the application of such the concept of organization of the case. He argued that the civil process needed to be reformed and a balance to be struck between the rights and responsibilities of the court and the parties regarding the organization of the consideration of the case. As a result, it means that doesn`t need to follow standard rules: either the court or the parties must be active or passive.

Attention to this concept was also paid by Working Group of the Preparation of Rules on the Duties of Parties, Representatives and Judges, which aimed to develop European rules of civil procedure, in particular on the basis of the draft Principles of Cross-Border Civil Procedure developed by the American Institute of Law and the International Institute for the Unification of Private Law (responsibilities of the parties and representatives). T. Tsuvina notes that "the structure of case management can be divided into two types of powers: firstly, the power to choose the proceedings, and secondly, the power to consider the case by the rules of a particular type of proceedings". It is necessary to prepare civil legislation in accordance, namely, to introduce a flexible judicial system and provide active powers and responsibilities for the consideration of the case to both the court and the parties of civil proceedings that to begin implementing the principle of case management in Ukraine.

Consequently, the introduction of such a concept of organizing cases in civil proceedings is necessary and relevant, because both the European judicial system and the Ukrainian one is currently overloaded, characterized by low economic efficiency, and cases are considered over a long period of time.

Key words: civil proceedings, principle of consideration of case, timely consideration of cases, European civil proceedings, principle of "case management".

Принцип "case management", а за І. Ізаровою, концепція «організації розгляду справи» судом [2, с. 19], набуває особливої актуальності у XXI ст., коли невпинно зростає навантаження на суди, що стало проблемою для багатьох європейських країн. Тому він і був створений із метою переосмислення ролі та повноважень судді та сторін у процесі розгляду справ.

Дослідженню принципу «організації розгляду справи» присвячені праці таких закордонних та вітчизняних учених, як: К. Ван Рее, Р. Веркер, В. Вебрайте, І. Ізарова, Е. Сільвестрі, Т. Цувіна, Р. Флейшар та інші. Але натепер даній проблемі не приділяється належна увага.

На нашу думку, потрібно дослідити можливість вирішення принципом "case management" проблеми цивільного судочинства, дізнатись, чи матиме він шанс на реалізацію в цивільному процесі України, та зрозуміти, чи потрібен він сучасному європейському суспільству.

Роль принципів у функціонуванні галузі права є виключно важливою, оскільки саме вони визначають основу відповідної галузі права і стабільний напрям її розвитку [3, с. 2].

Насамперед звернемо свою увагу на Англію, на думку Н. Ендрюса, суть управління судовими справами в якій полягає в тому, що як уся судова система, так і суди в окремих справах регулюють зміст і перебіг судового процесу [4, с. 333]. Тому протягом останніх 100 років головною темою цивільної процесуальної теорії було віднайдення балансу між, з одного боку, можливістю сторін вільно роз-

порядкатися своїми правами й обов'язками, також і в рамках судового процесу, з іншого боку, повноваженнями судді з організації розгляду справи, або, якщо вживати більш сучасну термінологію, "case management" [5, с. 2].

У постсоціалістичних країнах, а до таких належить і Україна, простежується недостатня довіра до судових органів, тривалий розгляд справ у цивільному судочинстві та низька економічна ефективність судової системи, що і наштовхує на дослідження і можливості застосування в Україні такого принципу, як "case management". Недарма ж на міжнародному рівні у ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних було закріплено, 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 [6].

Концепція "case management" стала стрижнем реформи цивільного судочинства Великобританії, основною метою якої було підвищення доступності правосуддя і зменшення витрат на розгляд справ у суді, а також спрощення правил та модернізація судочинства. Для цього лорд Г. Вульф запропонував відійти від традиційних підходів щодо організації розглядів справи – так званого інквізиційного, де діє активний суддя і пасивні сторони, і змагального, у якому суддя відіграє пасивну роль, а процес залежить від активності сторін. Ці моделі деякий час реалізовувалися у процесуальному законодавстві окремих європейських країн. Проте, на його думку, жодна з них не забезпечила ефективного правосуддя, а тому Г. Вульф запропонував новий підхід, відповідно до якого і суд і сторони наділяються кореспондуючими правами й обов'язками, що забезпечує їхню однакову взаємну відповідальність за організацію розгляду справи та її результат [2, с. 19]. Таким чином він намагався забезпечити рівне співвідношення активності суду та сторін під час організації цивільного процесу та наголосив на необхідності запровадження принципу "case management".

Також варто звернути увагу на принцип концентрації цивільного процесу, під яким розуміють концентрацію доказового матеріалу, тобто надання суду першої інстанції доказів в обсязі, необхідному для правильного і своєчасного розгляду та вирішення справи у визначений законом строк. Реалізація даного принципу і забезпечує своєчасний та справедливий розгляд цивільних справ [7, с. 96].

У Правилах цивільного судочинства Англії, що набрали чинності в 1999 р., представлена концепція організації розгляду справи, яка мала за основу інше співвідношення активності суду та сторін. На думку лорда Г. Вульфа, «культура змагальності» була головною проблемою цивільного судочинства Англії, особливо на стадії підготовчого провадження, що спричинило необхідність уведення принципу "case management". Так, ч. 3 Правил цивільного судочинства Англії «Повноваження суду щодо case management" передбачає перелік повноважень, наданих йому іншими нормами, правилами чи вказівками практики, або будь-якими іншими постановами? чи будь-якими іншими правами, які він може мати (правило 3.1) [1, с. 76]. Провести реформування принципів організації розгляду справ у цивільному судочинстві планували ще раніше, але до його реалізації та радикального реформування справи не доходять.

Увага даній концепції була приділена також Робочою групою з підготовки правил про обов'язки сторін, представників та суддів, яка була створена в рамках спільного проєкту Європейського інституту права та Міжнародного інституту уніфікації приватного права «Від Транскордонних принципів до Європейських правил цивільного процесу», який був розпочатий у листопаді 2014 р. Метою Робочої групи було розроблення Європейських правил цивільного процесу, зокрема й на основі визначених у проєкті «Принципів транскордонного цивільного процесу», що були розроблені Американським інститутом права та Міжнародним інститутом уніфікації приватного права (обов'язки сторін та представників). У результаті широкого обговорення та на підставі підготовлених матеріалів Робоча група дійшла висновку, що збалансований підхід до визначення процесуальних обов'язків не може бути досягнутий без належного визначення обов'язків суддів [8, с. 24]. Тобто віднайти баланс у повноваженнях сторони та судді в організації цивільних справ буде досить складно, якщо не будуть закріплені конкретно визначені обов'язки суддів, що, у свою чергу, не надасть можливості створити гнучку судову систему.

Якщо розглядати запропоновані правила крізь призму Принципу 11 Принципів транскордонного цивільного процесу, розроблених Американським інститутом права (ALI) та UNIDROIT, то основною ідеєю, яка охоплює ці правила, є спільна відповідальність сторін (і представників) і суду щодо забезпечення справедливого, ефективного та швидкого вирішення справи. Ця ідея, на думку Робочої групи, перевершує змагальну модель, у якій сторони домінують у процесі і самостійно керують провадженням, та інквізиційну модель процесу, у якій суд відповідає за організацію розгляду та вирішення справи, а на сторони покладаються несуттєві обов'язки або взагалі не покладаються [8, с. 25].

Звертається увага на принцип "case management" і в Загальних мінімальних стандартах цивільного процесу (Common Minimum Standards of Civil procedure), розроблених для країн Європейського Союзу, де одним із принципів, пов'язаних із забезпеченням ефективності процесу, виокремлюється судовий контроль за процесом (з необхідності балансу між потребою в ефективності та потребою в захисті інтересів сторін). У коментарях щодо цього стандарту й оцінці позитивної роботи ALI/UNIDROIT та національних практик щодо цього питання зазначається, що судовий активізм та "case management" є чутливими питанням, національні правила, практика, культура та настрої щодо них повинні бути ретельно розглянуті, перш ніж будуть надані будь-які пропозиції [1, с. 77].

Єврокомісія ж знайшла інший варіант вирішення проблеми перевантаженості судів та тривалого розгляду цивільних справ, запропонувала досить просте рішення: «Зменшити терміни провадження в цивільному судочинстві шляхом запровадження ефективної організації розгляду справ та правил, що забезпечують процесуальну дисципліну» [2, с. 20]. Згідно з вищевикладеним, Робоча група пропонує вирішити проблеми цивільного судочинства шляхом покладення рівної відповідальності з організації на сторони та суд. Єврокомісія теж звертає увагу на запровадженні ефективних способів забезпечення процесуальної дисципліни, що і матиме в результаті позитивні зміни в організації розгляду справи в цивільному судочинстві.

На особливу увагу в концепції організації розгляду справи також заслуговує співпраця (кооперація) сторін та суду, що передбачено як у правилі 14 Принципів Транскордонного цивільного процесу «Відповідальність суду за спрямування процесу», так і у правилі 7.2 Принципів Транскордонного цивільного процесу, відповідно до якого сторони мають обов'язок співпрацювати та право на розумні консультації щодо плану розгляду справи. Це означає, що сторони зобов'язані співпрацювати із судом у встановленні графіка процесуальних дій, тобто судове керівництво процесом фактично має здійснюватися судом в активній співпраці зі сторонами, що, безумовно, передбачає їхню добросовісність у процесі, проте в будь-якому разі відповідальним за ефективність "case management" залишається все ж таки суддя [1, с. 78].

У доповіді до Цивільного процесуального кодексу Італії 1940 р. йдеться про те, як розробники Кодексу передбачили ідеї, які стануть популярними значно піз-

ніше. У їхній концепції динаміка цивільного судочинства повинна відповідати потребам конкретної справи. Диктат єдиної, жорсткої процедури, що застосовується до кожного і до будь-якої справи, як наголошується в доповіді, не забезпечує точного з'ясування фактів (що є насамперед необхідним у складних справах), а також своєчасного розгляду справ (що особливо важливо, коли справа проста або потребує швидкого вирішення). Тому необхідно організувати вирішення справи згідно із принципами адаптивності та гнучкості: суд, за сприяння сторін, має пристосувати процедуру до особливостей справи, щоб забезпечити максимально можливий рівень процесуальної економії [2, с. 20].

Виходячи із проаналізованих у цій статті ідей лорда Г. Вульфа, принцип організації розгляду справи повинен містити такі компоненти: розподіл обов'язків між сторонами та судом щодо обрання процедури розгляду справи; визначення конкретних термінів учинення процесуальних дій; дотримання пропорційності в судових витратах [2, с. 21]. Тобто основний акцент роботи суду потрібно перемістити на розгляд справи, а не на захист прав чи інтересів, що в цивільних справах може бути і виправдано.

Серед загальних засад здійснення судочинства була пропозиція визначити нові для цивільного судочинства України принципи, зокрема пропорційності, неприпустимості зловживання процесуальними правами тощо. Але основним, на думку І. Ізарової, безсумнівно, є принцип "case management", або організації розгляду справи, який було прийнято за основу під час реформування Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України [9, с. 58].

У положеннях ЦПК України [10] можна виділити три компоненти принципу організації розгляду справи: вирішення питання про процедуру розгляду справи; установлення термінів учинення процесуальних дій; визначення судових витрат, що несуть сторони [2, с. 21].

Варто зауважити, що необхідною передумовою впровадження концепції "case management" у певну національну процесуальну систему є відсутність надмірної законодавчої зарегульованості процедур цивільного судочинства та наявність дискреційних повноважень судді, адже за своєю природою "case management" передбачає необхідність вибору найбільш оптимального процесуального регламенту розгляду справи серед декількох можливих. Із цього погляду варто погодитися з К. Ван Рее в тому, що для того, щоб "case management" був можливим, правила цивільного судочинства мають залишати судді певну свободу розсуду в окремих випадках [5, с. 6]. Цивільне законодавство України характеризується такою зарегульованістю та покладенням обов'язку організації судового процесу саме на суди, а тому реалізація принципу "case management" потребуватиме реформації цивільного судочинства, адже треба мати гнучку судову систему для реалізації даної концепції організації цивільного судочинства.

Щодо відтворення окремих повноважень із судового керівництва процесом, то після внесення змін до ЦПК України у 2017 р. вітчизняне цивільне процесуальне законодавство характеризується посиленням активної ролі суду, що виявляється передусім у наданні останньому повноважень щодо витребування доказів за власною ініціативою (ч. 2 ст. 13, ч. 7 ст. 81 ЦПК України), розширенні можливостей щодо застосування до осіб заходів процесуального примусу за невиконання процесуальних обов'язків та зловживання процесуальними правами (ст. ст. 143, 148 ЦПК України), уведенням нових повноважень суду у сфері керівництва судовими витратами, зокрема можливості забезпечення та попередньої оплати судових витрат (ст. 135 ЦПК України) тощо [1, с. 78].

Проте Україна має певне підґрунтя для впровадження в реальність принципу "case management". Цивільним законодавством передбачено механізм вибору загального чи спрощеного порядку розгляду справи стороною, адже звернутися до суду із пропозицією розглянути справу у спрощеному провадженні відповідно до ч. 2 ст. 184 ЦПК України [10] має позивач, що і надає сторонам визначені повноваження щодо організації розгляду справи. Але остаточно затверджує порядок розгляду справи суд, тому говорити про "case management" не можемо.

Для ефективного розгляду справи варто забезпечити не тільки лояльну співпрацю між суддею та сторонами, але також і між сторонами спору, покладати на них певні процесуальні обов'язки. Це стосується розкриття доказів, обміну змагальними паперами, вручення судових документів тощо. Учасників процесу можна схилити до організованої взаємодії, що, ймовірно, приведе їх до пошуку більш компромісного рішення. Водночас варто враховувати, особливо в Україні, що суд має стати останньою інстанцією для захисту прав і не може застосовуватися як панацея тільки тому, що виконання судового рішення гарантоване державою й апаратом примусу [2, с. 22].

Отже, принцип "case management", або, інакше кажучи, концепція з організації розгляду справи, має забезпечити неупереджений, справедливий, а головне, ефективний та швидкий розгляд цивільної справи. Запровадження такої концепції організації розгляду справ у цивільному судочинстві є необхідним і актуальним, адже як європейські судові системи, так і українська натепер перевантажені, характеризуються низькою економічною ефективністю, а справи розглядаються протягом тривалого строку. Україні як частині Європи варто запозичувати передовий досвід, не втрачати водночас переваг національного підходу до вирішення цивільних справ. Для початку реалізації принципу "case management" в Україні необхідно запровадити гнучку судову систему, підготувати цивільне законодавство, а саме надати «активних» повноважень і покласти відповідальність щодо організації розгляду справи як на суд, так і на сторони цивільного провадження. Україна має шанс вирішити проблеми організації розгляду справ у цивільному судочинстві шляхом наділення рівними балансуючими повноваженнями сторони і суд.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цувіна Т. Концепція "case management" : зарубіжний досвід та перспективи запровадження в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2020. № 1. С. 75–78. URL: http://lsej.org.ua/1_2020/20.pdf (дата звернення: 16.11.2020).

2. Ізарова І., Сільвестрі Е. Принцип "case management" у цивільному судочинстві : порівняльне дослідження законодавства Італії та України. *Юридичні науки*. 2018. № 1 (106). С. 19–23. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/13300/Pryntsyp_case_management_v_tsyvilnomu_sudochynstvi_porivnialne_doslidzhennia_zakonodavstva_Italii_ta_Ukrainy.pdf?sequence=3&isAllowed=y (дата звернення: 16.11.2020).

3. Кондраненкова І., Полякова А., Дяченко С. Принцип публічності судового розгляду як основа права на справедливий суд в цивільному судочинстві. *Наука Онлайн :* міжнародний електронний науковий журнал. 2019. № 12. С. 1–13. URL: https://nauka-online.com/publications/yurisprudentsiya/2019/12/printsip-publichnosti-sudebnogo-razbiratelstva-kak-osnova-prava-na-spravedlivyj-sud-v-grazhdanskom-protsesse/ (дата звернення: 22.11.2020).

4. Andrews N. English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System. Oxford : Oxford University Press, 2003. 1184 p.

5. Van Rhee C.H. Introduction. Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation. Oxford : Intersentia Antwerpen, 2007. P. 1–10. URL: https://www.academia.edu/16120801/Judicial_Case_Management_and_Efficiency_in_Civil_Litigation (дата звернення: 16.11.2020).

6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. *Відомості Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 22.11.2020).

7. Ковальчук О., Дяченко С. Концентрація цивільного процесу як засіб забезпечення своєчасного розгляду справи. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 3 (28). С. 96–100. URL: http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/328/631.

8. Узелац А. На шляху до європейських правил цивільного процесу: переосмислення процесуальних обов'язків. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.* 2018. № 1 (106). С. 24–31. URL: http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/B64_Visnik_Ukraine_Rethinking.pdf (дата звернення: 16.11.2020).

9. Ізарова І. Спільні стандарти цивільного процесу в ЄС : загальна характеристика та перспективи реалізації. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Юридичні науки.* 2018. Т. 1. С. 55–61. URL: file:///C:/Users/%D0%AE%D0%BB%D1%8F/Desktop/%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F/153110-331261-1-SM%20(1).pdf (дата звернення: 22.11.2020).

10. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV. *Відомості Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (дата звернення: 18.11.2020).

УДК 342.551:851
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/33

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ У СФЕРІ ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ

SOME ASPECTS OT THE APPLICATION OF ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR OFFENSES RELATED TO CORRUPTION IN THE FIELD OF FINANCIAL CONTROL

Петренко Г.О., к.е.н., доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Ковальчук В.І., студентка IV курсу
юридичного факультету
Донецький національний університет імені Василя Стуса

У статті досліджено питання застосування відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, що є проблемним явищем у сучасному українському суспільстві. З огляду на події останніх років і неоднозначні позиції Конституційного Суду України, удосконалення законодавчого врегулювання визначеної групи суспільних відносин залишається актуальним. У Кодексі України про адміністративні правопорушення статтею 172^6 передбачено відповідальність за недотримання вимог фінансового контролю, а саме за несвоєчасне подання, неподання чи подання завідомо недостовірних відомостей у декларації про майнове становище осіб, уповноважених на виконання функцій держави. Визначена норма є лідером за кількістю справ у судах щодо притягнення до відповідальності осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, що зумовило необхідність ґрунтовного дослідження її застосування.

Статтю присвячено дослідженню практичного аспекту застосування адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, та виокремлення основних судових підходів щодо оцінки суб'єктивної сторони правопорушення, передбаченого статтею 172^6 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Здійснено узагальнення практики щодо застосування адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, проведено комплексний аналіз юридичного складу такого адміністративного правопорушення, визначено його об'єкт, суб'єкт, об'єктивну та суб'єктивну сторони. Обґрунтовано, що бланкетність диспозиції статті 172^6 Кодексу України про адміністративні правопорушення стала підставою для наявності в уповноважених суб'єктів широкого поля розсуду щодо застосування санкцій, що призвело до неефективності її застосування. Узагальнено практику застосування адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, та виокремлено основні чинники встановлення судом відсутності умислу особи щодо порушення приписів наведеної статті та закриття справ визначеної категорії.

Ключові слова: правопорушення, пов'язані з корупцією, адміністративне правопорушення, фінансовий контроль, відповідальність, декларація, недостовірні відомості.

The application of liability for corruption-related offenses in the field of financial control, which is a problematic issue in modern Ukrainian society, has been examined. Due to the events occurring during recent years as well as the ambiguous positions of the Constitutional Court of Ukraine, improvement of the legislative regulation of the defined group of social relations remains relevant. Article 172^6 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses provides for liability for non-compliance with the requirements of financial control, namely for late submission, non-submission or submission of knowingly inaccurate information in the declaration on property status of persons authorized to perform state functions. This provision is leading as to the number of court cases concerning prosecution of persons who have committed corruption or corruption-related offenses, which necessitated a thorough study of its application. The article is devoted to the research of the practical aspect of the application of administrative liability for corruption-related offenses in the field of financial control and highlighting the main judicial approaches to evaluation of the subjective aspect of the offense contemplated in Article 172^6 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses.

The practice of application of administrative liability for corruption-related offenses in the field of financial control has been generalized, a comprehensive analysis of such an administrative offense has been conducted, as well as its object, subject, objective and subjective aspects have been defined. It has been substantiated that the reference of the disposition of Article 172^6 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses became the basis for the authorized subjects to have a wide field of discretion regarding the sanctions application, which caused the ineffectiveness of its application. The practice of application of administrative liability for corruption-related offenses in the field of financial control has been generalized, and the main factors of court's finding of the lack of the person intent to violate the provisions of this Article and closure of the cases belonging to the defined category have been highlighted.

Key words: corruption-related offenses, administrative offense, financial control, responsibility, declaration, inaccurate information.

Постановка проблеми. У сучасних умовах становлення демократичної держави залишається надзвичайно актуальним дослідження механізму протидії корупційним проявам та правопорушенням, пов'язаним із корупцією. Одним із головних елементів такого механізму виступає застосування адміністративної відповідальності, встановленої розділом 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [1]. На особливу увагу заслуговує стаття 172^6 КУпАП «Порушення вимог фінансового контролю», основною метою якої є забезпечення своєчасності та достовірності декларування способом встановлення юридичної відповідальності за несвоєчасне подання, неподання чи подання завідомо недостовірних відомостей у декларації про майнове становище осіб, уповноважених на виконання функцій держави.

Попри запровадження в Україні протягом останніх років принципово нової системи декларування доходів і видатків осіб, уповноважених на виконання функцій держави, а також установлення відповідальності за порушення вимог законодавства в цій сфері, на теперішньому етапі розвитку визначеної групи суспільних відносин проблема врегулювання адміністративної відповідальності за їх порушення не є вичерпаною. Нагального дослідження й аналізу для подальшого ефективного застосування потребує практичний аспект притягнення до відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, та виокремлення основних способів його вдосконалення, оскільки зазначене коло питань було недостатньо охоплено ґрунтовними науковими розвідками.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, досліджували такі вітчизняні вчені, як: С.Т. Гончарук, Г.В. Лученцов, О.Ф. Пасєка, які розкрили проблемні питання адміністративної відповідальності за порушення вимог фінансового контролю; О.О. Губанов, який визначив склад правопорушення, передбаченого статтею 172[6] КУпАП, надав характеристику його елементів; А.В. Титко, що роз'яснила вимоги фінансового контролю стосовно суб'єкта адміністративної корупційної відповідальності та членів його сім'ї тощо. Крім того, окремі аспекти правопорушень, пов'язаних із корупцією у сфері фінансового контролю, досліджували В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, А.В. Гайдук, О.В. Клок, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, Н.О. Корчак, М.І. Мельник, К.К. Полькін, В.П. Попович, В.Ф. Пузирний, С.С. Серьогін, К.В. Юртаєва, А.О. Яфонкін. Водночас ці й інші дослідження не вичерпують всієї проблематики відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, неповно розкривають їхній зміст, поза увагою залишається низка питань правового регулювання відносин у цій сфері, а також проблеми правозастосування, які пов'язані з недоліками регламентації таких відносин.

Метою статті є узагальнення практики застосування адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, та виокремлення основних судових підходів щодо оцінки суб'єктивної сторони правопорушення, передбаченого статтею 172[6] КУпАП.

Виклад основного матеріалу. Частина перша статті 1 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) визначає корупційне правопорушення як «діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність» [2]. Тобто корупційне правопорушення визначається через логічний зв'язок із поняттям «корупція», закріплене тією самою статтею 1 Закону, за змістом якої корупція полягає у використанні цією ж 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 особі, зазначеній у частині першій статті 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам із метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей. Під час проведення аналізу положень Закону варто звернути увагу і на класифікацію корупційних правопорушень, а саме: кримінально-правові, цивільно-правові та дисциплінарні. У наведеній типології, як бачимо, немає корупційних адміністративних правопорушень. Натомість вони включені до іншої групи правопорушень, а саме: «правопорушень, пов'язаних із корупцією», під якими законодавець розуміє «діяння, що не містять ознак корупції, але порушують встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження, вчинені особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за які законом встановлено кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність». З тексту цієї норми-дефініції випливає, що певне коло злочинів, адміністративних правопорушень, цивільних, трудових і службових деліктів можуть порушувати «встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження» для відповідних суб'єктів, але не мати ознак корупції, тобто не бути корупційними.

За кількістю справ у судах щодо притягнення до відповідальності осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, найпоширенішим серед адміністративних порушень, пов'язаних із корупцією, є саме «невиконання вимог» статті 172[6] КУпАП, яка передбачає відповідальність за недотримання вимог фінансового контролю. Відповідно до Звіту судів першої інстанції про розгляд матеріалів адміністративного провадження, станом на 2019 р. за статтею 172[6] КУпАП спостерігаємо: 1) кількість справ, що перебували на розгляді судів (усього) – 324; 2) кількість повернутих справ – 5; 3) кількість розглянутих справ – 309; 4) кількість нерозглянутих справ на кінець звітного періоду – 10; 5) кількість осіб, щодо яких розглянуто справи (усього) – 309; 6) кількість осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності – 183 [3]. За результатами проведених у 2019 р. заходів контролю щодо своєчасності подання декларацій Національним агентством з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) складено та передано до суду 371 протокол про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, за статтею 172[6] КУпАП України, що в 1,2 рази перевищує показник 2018 р. (309) [4].

Як уже зазначалося, стаття 172[6] КУпАП «Порушення вимог фінансового контролю» входить до глави 13-А «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією». До внесення змін у 2014 р. ця глава мала назву «Адміністративні корупційні правопорушення» та, звісно, закріплювала інший перелік діянь, за які особи, винні в їхньому вчиненні, притягувалися до адміністративної відповідальності. Об'єкт адміністративного делікту за статтею 172[6] тоді визначався як «суспільні відносини у сфері державного управління, а також у сфері запобігання та протидії корупції». Згідно з новою редакцією родовий об'єкт правопорушень, передбачених главою 13-А КУпАП, варто визначити як «суспільні відносини у сфері забезпечення дотримання вимог, заборон та обмежень, встановлених Законом, особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», а безпосереднім об'єктом – «недотримання вимог фінансового контролю є суспільні відносини у сфері декларування доходів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування» [5, с. 170].

З об'єктивної сторони протиправний намір цього адміністративного правопорушення реалізується у формі дії (несвоєчасне подання декларації; несвоєчасне повідомлення про відкриття валютного рахунку) та бездіяльності (неповідомлення про відкриття валютного рахунку).

У частині першій статті 172[6] КУпАП ідеться про несвоєчасне подання без поважних причин декларації. Для розкриття об'єктивних елементів адміністративного правопорушення, передбаченого частиною першою статті 172[6] КУпАП, варто зазначити, що диспозиція цієї норми за своїм змістом є бланкетною адміністративно-правовою нормою, тобто нормою, яка лише називає або описує правопорушення, а для повного визначення його ознак спрямовує до інших норм. Зокрема, примітка до статті 172[6] КУпАП, що містить вказівку на суб'єкта цього правопорушення, скеровує правозастосувача до норм спеціального антикорупційного закону, зокрема частин першої і другої статті 45 Закону, у яких, крім іншого, передбачено деяку деталізацію відповідних положень нормативно-правових актів, що розкриває зміст частини першої статті 172[6] КУпАП у розрізі тих ознак, які мають значення для правової кваліфікації зазначеного діяння. Обов'язковою ознакою складу правопорушення, передбаченого частиною першою статті 172[6] КУпАП, є встановлення несвоєчасності подання декларації, тобто подання поза строком, визначеним Законом. Варто зауважити, що в частині першій статті 45 Закону визначено кінцевий строк (часові межі), коли уповноважені на те особи зобов'язані подати декларацію, зокрема вміщено формулювання «щорічно до 1 квітня». Своєю чергою, у випадках, передбачених частиною другою статті 45 Закону, тобто в разі припинення здійснення діяльності, цей строк

не визначений узагалі. Відсутність законодавчо визначеного строку подання декларації в разі припинення діяльності унеможливлює безумовну констатацію несвоєчасності такого подання. Конструктивною ознакою цього правопорушення є також несвоєчасне подання декларації без поважних на те причин. Тобто за наявності останніх відповідальність за аналізованою частиною статті виключається. Під поважними причинами варто розуміти неможливість особи подати вчасно декларацію у зв'язку із хворобою, перебуванням особи на лікуванні, унаслідок стихійного лиха (повень, пожежа, землетрус), технічних збоїв офіційного вебсайту НАЗК, витребуванням відомостей, необхідних для внесення в декларацію, перебуванням (триманням) під вартою тощо [6].

Частина друга статті 172^6 КУпАП визначає дії (несвоєчасне повідомлення про відкриття валютного рахунку) та бездіяльність (неповідомлення про відкриття валютного рахунку). У разі відкриття суб'єктом декларування або членом його сім'ї валютного рахунку в установі банку-нерезидента відповідний суб'єкт декларування зобов'язаний письмово повідомити про це Національне агентство в десятиденний строк із дня, коли суб'єкт декларування чи член його сім'ї відкрив зазначений валютний рахунок, або із дня, коли суб'єкту декларування стало відомо або повинно було стати відомо про відкриття зазначеного валютного рахунку членом його сім'ї [6]. Як у роз'ясненнях Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, так і у практиці інших судів системи судоустрою була сформована позиція, за якою для визначення відповідальності, зокрема й за частиною другою статті 172^6 КУпАП, необхідно застосовувати Закон.

Наприклад, у постанові Апеляційного суду міста Києва від 17 лютого 2017 р. у справі № 33/796/390/2016 суд зазначає, що «відповідно до частини другої статті 52 Закону України «Про запобігання корупції» у редакції Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо особливостей подання службовими особами декларацій про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру у 2016 р.» встановлено, що в разі суттєвої зміни в майновому стані суб'єкта декларування, а саме отримання ним доходу, придбання майна на суму, яка перевищує 50 мінімальних заробітних плат, встановлених на 1 січня відповідного року, зазначений суб'єкт у десятиденний строк із моменту отримання доходу або придбання майна зобов'язаний письмово повідомити про це Національне агентство. Зазначена інформація вноситься до Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та оприлюднюється на офіційному вебсайті Національного агентства. Порядок інформування Національного агентства про відкриття валютного рахунку в установі банку-нерезидента, а також про суттєві зміни в майновому стані визначається Національним агентством» [7]. Також рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції № 3 затверджена Форма повідомлення про суттєві зміни в майновому стані суб'єкта декларування, відповідно до якої під суттєвою зміною в майновому стані суб'єкта декларування розуміється отримання ним одноразового доходу або придбання майна на суму, яка перевищує 50 мінімальних заробітних плат, встановлених на 1 січня року, у якому подається повідомлення. Якщо вартість майна перевищує 50 мінімальних заробітних плат, але була сплачена частинами, то повідомлення про суттєві зміни в майновому стані подається після переходу права власності на таке майно. Про отримання доходу, який був нарахований, але не сплачений (не отриманий), не повідомляється. Повідомлення про суттєві зміни в майновому стані суб'єкта декларування подається ним особисто шляхом заповнення відповідної електронної форми на вебсайті Національного агентства з питань запобігання корупції через власний персональний електронний кабінет суб'єкта декларування в системі Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Інформація, включена в повідомлення про суттєві зміни в майновому стані суб'єкта декларування, повинна бути також відображена в декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яку такий суб'єкт декларування подає відповідно до Закону України «Про запобігання корупції» [8]. Водночас ані Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, ані Апеляційний суд міста Києва й інші суди, коли застосовують відповідне положення, не вказують, у зв'язку із чим вони роблять висновок про необхідність застосування норм Закону «Про запобігання корупції». Зважаючи на те, що частина друга статті 172^6 КУпАП не спрямовує до будь-якої галузі права і не має конкретизованого характеру, вона не є бланкетною нормою, а тому посилання під час застосування частини другої статті 172^6 КУпАП на Закон є дискусійним, оскільки не має законодавчо визначеного підґрунтя. Це підтверджується рішенням Конституційного Суду України, у якому наголошується, що «бланкетна диспозиція кримінально-правової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст. Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документальною формою відповідної статті Особливої частини Кримінального кодексу України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті» [9].

Частина четверта статті 172^6 КУпАП зазначає активні дії, а саме подання завідомо недостовірних відомостей у декларації. Відповідальність за цією статтею за подання завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стосовно майна або іншого об'єкта декларування, що має вартість, настає в разі, якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму від 100 до 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб [6].

Суб'єкт правопорушення, пов'язаного з корупцією у процесі фінансового контролю, є спеціальним – особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які згідно з вимогами частин першої та другої статті 45 Закону виступають суб'єктами декларування. Законом встановлено, що обов'язок подання декларацій покладається на таких суб'єктів, як: Президент України, Голова Верховної Ради України, його Перший заступник та заступник, Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр України, віце-прем'єр-міністри України, міністри, інші керівники центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їх заступники, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор, Голова Національного банку України, Голова й інші члени Рахункової палати, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та інші.

Суб'єктивна сторона порушення вимог фінансового контролю може характеризуватися як умисною, так і необережною формою вини, за винятком такої форми, як подання завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Остання потребує лише вчинення правопорушення із прямим умислом, на що вказує завідомість як ознака складу цього правопорушення [5, с. 171].

Проблема реалізації законодавчих положень змісту порушення вимог фінансового контролю полягає у спірному підході до оцінки суб'єктивної сторони цього пра-

вопорушення як такої, що «характеризується наявністю вини у формі прямого чи непрямого умислу; учинення цього діяння через необережність виключає притягнення особи до адміністративної відповідальності» [6]. Зазначена позиція слугує підґрунтям ухвалення суперечливих рішень за такою категорією справ.

Однією з найбільш поширених причин закриття справ за статтею 172[6] КУпАП є встановлення судом відсутності умислу особи на несвоєчасне неподання декларації, зокрема через те, що особа мала намір подати декларацію, але з певних причин не змогла це зробити. Наприклад, відповідно до постанови Василівського районного суду від 17 квітня 2020 р. Особа-1, депутат міської ради, коли придбав автомобіль, вартість якого перевищувала 50 прожиткових мінімумів, не повідомив протягом 10 днів НАЗК щодо змін майнового стану, проте в щорічній декларації відобразив придбання зазначеного автомобіля. Саме це стало належним доказом відсутності мети порушити вимоги фінансового контролю чи наявності будь-якого корупційного інтересу. Суд зробив висновок, що Особа-1 не приховував факт придбання автомобіля та не знав про необхідність такого повідомлення органів НАЗК. Матеріали справи не містили письмового ознайомлення депутата із зазначеними вимогами. За таких обставин суд встановив відсутність умислу особи, пов'язаного з таким неповідомленням [10]. Бориспільський міськрайонний суд у постанові від 5 листопада 2018 р. також не вбачав у діях особи мотивів, спрямованих на уникнення фінансового контролю отриманого доходу, оскільки дохід був отриманий законним способом та із законних джерел, його розмір був більшим, ніж той, що вимагали у складеному стосовно нього протоколі про вчинення корупційного правопорушення. У цій справі Особа-1 продав мотоцикл, вартість якого за договором купівлі-продажу становила 49 000 грн, водночас у декларації він зазначив дохід від продажу мотоцикла в сумі 324 000 грн. Така різниця виникла у зв'язку з тим, що держслужбовець ще додатково продав запчастини й агрегати цього мотоцикла, тому отримав значно більший дохід, ніж був підтверджений договором. З огляду на це щодо особи був складений протокол про порушення частини четвертої статті 172[6] КУпАП за подання завідомо недостовірних відомостей у декларації. Позиція суду в цій справі була досить логічною, а справа була закрита за відсутністю складу правопорушення [11]. Обґрунтовуючи своє рішення про закриття справи за частиною першою статті 172[6] КУпАП щодо Особи-1, Христинівський районний суд Черкаської області в постанові від 14 травня 2018 р. зазначив, що Особа-1 не мав прямого умислу на вчинення адміністративного правопорушення, оскільки за даними наданого НАЗК додатка послідовності дій у використанні Єдиного державного реєстру декларацій він намагався значну кількість разів, у різні дні, у різні періоди доби подати електронну декларацію, однак зіткнувся з неналежним функціонуванням реєстру [12]. Протилежний висновок міститься в постанові Печерського районного суду міста Києва від 16 січня 2017 р., у якій суд визнав докази Особи-1 про неможливість своєчасного подання декларації у зв'язку з некоректною роботою програмного забезпечення недостатніми, оскільки перший вхід до особистого кабінету Особою-1 здійснено після закінчення встановленого законом строку на подання декларації [13]. Особливої уваги варте рішення Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 13 червня 2018 р., у якому свідченням наміру Особи-1 вчасно подати декларацію стало те, що після неможливості увійти до особистого кабінету він звертався по допомогу до свого керівника [14]. З наведеного вбачається, що практика застосування відповідальності за статтею 172[6] КУпАП не є однозначною, передусім тому, що існують випадки, коли одні суди визнають окрему причину «поважною» і такою, що свідчить про відсутність умислу на вчинення протиправного діяння, а інші – не вважають її такою.

Кваліфікуючою ознакою цього правопорушення є вчинення дій, передбачених частинами першою або другою, особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення (частина третя статті 172[6] КУпАП). Кваліфікація за частиною третьою статті 172[6] КУпАП можлива тільки в тому разі, коли особа, яка була притягнута до адміністративної відповідальності за вказані порушення, повторно вчиняє такі дії щодо нової декларації, іншого факту відкриття валютного рахунку в установі банку нерезидента чи іншої суттєвої зміни в майновому стані порівняно з тими, за невиконання вимог щодо яких застосована відповідальність. Ця ознака підвищує ступінь небезпечності зазначеного адміністративного правопорушення та зумовлює застосування більш жорсткої санкції за вчинення таких дій.

Висновки. У результаті проведеного аналізу офіційного тлумачення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, звернення до судової практики й опрацювання положень міжнародної та національної правової доктрини варто зазначити, що бланкетність диспозиції статті 172[6] КУпАП стала підставою для наявності в уповноважених суб'єктів широкого поля розсуду щодо застосування санкцій зазначеної статті. Поширена практика закриття провадження у зв'язку з відсутню складу адміністративного правопорушення, яка ґрунтується, зокрема, на тому, що складені адміністративні матеріали щодо особи повинні містити докази саме прямого чи непрямого умислу. За таких обставин більшість правопорушників за цією статтею до адміністративної відповідальності не притягаються, а суди у своїх рішеннях неоднаково трактують відповідну норму, що зумовлює її низьку правореалізаційну ефективність.

У результаті узагальнення практики застосування адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією у сфері фінансового контролю, виокремимо основні причини встановлення судом відсутності умислу особи на порушення приписів статті 172[6] КУпАП та закриття справ категорії, що розглядається, серед яких: 1) наявність наміру подати декларацію, проте неможливість це зробити або через некоректну роботу вебсайту НАЗК, або через необхідність заміни особистого ключа (за частиною першою статті 172[6] КУпАП); 2) відображення в щорічній декларації суттєвих змін у майновому стані (за частиною другою статті 172[6] КУпАП); 3) доведеність факту отримання доходу законним способом та із законних джерел (за частиною четвертою статті 172[6] КУпАП). Своєю чергою, не визнаються свідченням відсутності умислу на несвоєчасне подання без поважних причин декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування за частиною першою статті 172[6] КУпАП ситуації, коли суб'єкт здійснив лише одну спробу ввійти в систему, яка була невдалою через певні технічні збої, або виявив намір подати декларацію в останні дні подання чи після спливу відповідного строку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073–X. *Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки*. 1984. № 51. Ст. 1122 (зі змінами).

2. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700–VII. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18.

3. Звітність про стан здійснення правосуддя в місцевих загальних судах області за 2019 р. *Судова влада України*. URL: https://rv.court.gov.ua/tu18/statistics/901047/.

4. Звіт про діяльність Національного агентства з питань запобігання корупції за 2019 р. *Офіційний вебсайт Національного агентства з питань запобігання корупції.* URL: https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/04/Zvit-NAZK-za-2019-rik-15.04.2020.pdf.

5. Лученцов Г.В. Адміністративна відповідальність за порушення вимог фінансового контролю. *Підприємництво, господарство і право.* 2017. № 12. С. 169–173.

6. Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 листопада 2017 р. № 223–943/0/4–17. *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/files/Golovam_apeliacijnih_sudiv_vid_2205_2017.pdf.

7. Постанова Апеляційного суду міста Києва від 17 лютого 2017 р. у справі № 33/796/390/2016. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64920574.

8. Роз'яснення щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» : рішення Національного агентства з питань запобігання корупції від 11 серпня 2016 р. № 3. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://rada.gov.ua/uploads/documents/47333.pdf.

9. Рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р. у справі № 6-рп/2000. *Офіційний портал Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00.

10. Постанова Василівського районного суду Запорізької області від 17 квітня 2020 р. у справі № 311/3186/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88847746.

11. Постанова Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 5 листопада 2018 р. у справі № 359/7835/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77668981.

12. Постанова Христинівського районного суду Черкаської області від 14 травня 2018 р. у справі № 706/280/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73945840#.

13. Постанова Печерського районного суду міста Києва від 16 січня 2017 р. у справі № 757/64139/16-п. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64879930#.

14. Постанова Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 13 червня 2018 р. у справі № 243/3578/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74683799.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/34

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ СКАРГ В АПЕЛЯЦІЙНОМУ ПРОВАДЖЕННІ НА РІЗНИХ СТАДІЯХ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ

PECULIARITIES OF COMPLAINTS IN APPEALS AT DIFFERENT STAGES OF THE TRIAL

Поклонська О.Ю., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Бойко К.С., студентка IV курсу юридичного факультету
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Шуміленко Ю.О., студентка IV курсу юридичного факультету
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У науковій статті під час дослідження питання у сфері апеляційної діяльності судочинства розглянуто загальне поняття та ознаки апеляційного провадження, спираючись як на законодавство, так ы на думки науковців. Проаналізовано законодавчу базу з цього питання та його закріплення в правовій системі, досліджено норми Конституції України, Цивільного процесуального кодексу України та в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року, які регулюють зазначені правовідносини між суб'єктами права. Також акцентовано увагу на суб'єктах, що мають право на апеляційне оскарження, та на тих, хто регулює діяльність цього інституту права. Зосереджено увагу й на тому, що судом виступає саме апеляційний суд, у межах апеляційного округу якого знаходиться місцевий суд, рішення якого оскаржується. Крім того, зазначено, що апеляція має дві моделі – повну й неповну, та охарактеризовано їх на основі Цивільного процесуального кодексу України. Також охарактеризовано й те, що оскаржувати рішення суду першої інстанції під час апеляційного провадження можна як повістю, так і частково. Зазначено основні стадії апеляційного провадження, зокрема, підготовка до апеляційного розгляду справи, розгляд справи та винесення рішення суду. Наведена характеристика кожної із зазначених стадій, враховуючи норми чинного законодавства. Також наведено основний перелік недоліків, з якими стикаються в практичній діяльності під час апеляційного провадження, одним із яких зазначено важливість судової експертизи, що своєю чергою знаходить відображення й у науковій літературі серед багатьох науковців, зокрема В.Б. Федосєєвої. На підставі досліджених матеріалів зазначеної проблематики та системного аналізу дійшли висновків щодо законодавчого врегулювання досліджуваного питання, також щодо важливості та поширеності апеляційних скарг у практичній діяльності суду, що підтверджує нагальність усунення прогалин в інституті апеляції. Акцентовано увагу на розвитку правосвідомості суб'єктів правовідносин у цьому питанні як наявній можливості скористатись зазначеним інститутом для відновлення своїх прав у разі їх порушень.

Ключові слова: апеляційне оскарження, засоби доказування, суд апеляційної інстанції, Апеляційна палата Вищого антикорупційного суду, суд першої інстанції, учасники справи, ухвала суду, апеляційне провадження, рішення суду, судовий наказ, докази, позов, забезпечення позову, зустрічне забезпечення, позивач.

In the scientific article during the research of the issue in the field of appellate activity of the judiciary the general concept and signs of appellate proceedings are considered based on both the legislation and the opinions of scientists. The legal framework on this issue and its consolidation in the legal system are analyzed, the norms of the Constitution of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine and the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" of 02.06.2016, which regulate these legal relations between legal entities. Also, attention is focused on the subjects who have the right to appeal and those who regulate the activities of this institution of law. Attention is also focused on the fact that the court is the appellate court, within the appellate district of which there is a local court, the decision of which is being appealed. In addition, it is noted that the appeal has two models – complete and incomplete and is characterized on the basis of the Civil Procedure Code of Ukraine. It is also described that the decision of the court of first instance during the appeal proceedings can be appealed both in the story and in part. The main stages of the appellate proceedings are indicated, in particular the preparation for the appellate consideration of the case, the consideration of the case and the issuance of a court decision. The characteristic of each of the specified stages taking into account norms of the current legislation is resulted. Also, the main list of shortcomings encountered in practice during the appellate proceedings is given, one of which is the importance of forensic examination, which in turn is reflected in the scientific literature among many scientists, including VB Fedoseeva. On the basis of the researched materials of the specified problems and the system analysis the conclusions concerning legislative settlement of the investigated question, also importance and prevalence of appeals in practical activity of court that confirms urgency of elimination of gaps in institute of appeal are reached. Emphasis is placed on the development of legal awareness of the subjects of legal relations in this matter, as an available opportunity to use this institution to restore their rights in case of violations.

Key words: appeal, means of proof, appellate court, Appellate Chamber of the Supreme Anti-Corruption Court, court of first instance, participants in the case, court decision, appellate proceedings, court decision, court order.

Постановка проблеми. Попри тривале функціонування інституту апеляції, в цивільному судочинстві виникає багато питань, які потребують удосконалення та роз'яснення. Натепер апеляція є одним із найпоширеніших способів оскарження судових рішень та захисту своїх прав. На нашу думку, потребують розгляду саме такі стадії, як підготовка до апеляційного розгляду справи та розгляд справи й вирішення її по суті. Вважаємо, що саме ці етапи містять певні проблемні моменти та потребують дослідження. Адже у повноваження апеляційного суду входить дослідження доказів, які були досліджені судом першої інстанції з порушенням встановленого порядку або якщо при дослідженні яких було неправомірно відмовлено. Громадяни, які звернулись до суду не маючи юридичної освіти, можуть навіть не здогадуватись що їх права було порушено. У зв'язку з цим ми хочемо виділити стадії під час яких в практичній діяльності можуть виникнути проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проведений аналіз досліджень науковців дає змогу зазначити, що багато науковців цікавились цією проблематикою, зокрема І.М. Іліопол, В.Б. Фєдосеєва, І. Ємельянова, В.М. Кравчук, О.І. Угриновська, П.І. Шевчук, В.В. Кривенко та інші. Спробуємо розвинути їхні думки у дослі-

дженні цього питання та зробимо власний висновок щодо цього.

Мета статті – визначити поняття апеляційного провадження та його стадії в цивільному судочинстві, виявити проблеми, які найчастіше виникають на різних стадіях такого провадження, й запропонувати шляхи їх вирішення.

Результати дослідження. За статтею 55 Конституції України кожна особа має право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1]. Апеляційне провадження можна визначити як національний засіб юридичного захисту прав і свобод людини. Такі положення щодо захисту також зазначені в статті 13 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) та в Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року, стаття 14 якого передбачає право учасників на апеляційний перегляд справи [2, с. 12; 3].

Апеляційне провадження – це комплекс процесуальних дій суду й осіб, які беруть участь у справі, спрямованих на перегляд ухвал і рішень, які не набрали законної сили та в яких допущені помилки судом першої інстанції [2, с. 196].

На думку К.В. Гусарова, ознакою апеляційного провадження є його відкриття виключно за волею осіб, які беруть участь у справі [4, с. 38].

До суб'єктів, що мають право апеляційного оскарження, належать перш за все сторони (позивач та відповідач). Оскільки в апеляційному провадженні вирішується питання про законність та обґрунтованість рішення суду першої інстанції відносно матеріально заінтересованих осіб, то тут, як і в суді першої інстанції, беруть участь також дві протилежні сторони, які відстоюють свої інтереси [5, с. 50].

Доречно зазначити, що після відкриття апеляційного провадження за апеляційною скаргою особи, яка не брала участі у справі, але суд вирішив питання про її права, свободи, інтереси та обов'язки, така особа користується процесуальними правами і виконує процесуальні обов'язки учасника справи [2, с. 197].

Слід наголосити, що в апеляційному оскарженні, як і в суді першої інстанції, сторони не змінюються. В апеляційній інстанції судом виступає саме апеляційний суд, у межах апеляційного округу якого знаходиться місцевий суд, рішення якого оскаржується.

Рішення суду першої інстанції можуть бути оскаржені як загалом, так і частково. Так, наприклад, в апеляційному порядку може бути оскаржено резолютивну частину рішення з питань розподілу судових витрат між сторонами, порядку та способу виконання рішення, які не потребують повного перегляду рішення [6, с. 8].

Апеляція має дві моделі: повну і неповну. Та, аналізуючи норми ЦПК, ми можемо визначитись, що в Україні змішана форма апеляційного провадження. У разі неповної апеляції докази, які не були подані до суду першої інстанції, приймаються судом лише у випадках, коли учасник довів неможливість їх подання до суду першої інстанції, з причин, що не залежали і не могли залежати від нього. А в разі повної апеляції суд, розглянувши апеляційну скаргу, не має права передавати її на новий розгляд суду першої інстанції, окрім деяких випадків, які зазначені в ЦПК.

Розгляд справи в апеляційному провадженні має три стадії: підготовка до апеляційного розгляду справи, розгляд справи та винесення рішення суду.

Право апеляційного оскарження реалізується заявленою вимогою, втіленою у процесуальній формі – письмовій апеляційній скарзі (для прокурора – в апеляційному поданні), а також процесуальними діями по її пред'явленню [7, с. 14]. Підготовка до апеляційного розгляду справи складається з послідовних дій суду та передбачає реєстрацію, оформлення справи в апеляційній інстанції та призначення справи до розгляду. Справи за апеляційними скаргами подаються до апеляційного суду через канцелярію, де вони реєструються, оформлюються і передаються судді.

Розглянувши апеляційну скаргу, за відсутності підстав, що зумовлюють її повернення, колегія суддів у складі трьох осіб постановляє ухвалу про прийняття скарги до апеляційного провадження, в якій зазначаються місце, дата та час слухання справи [8].

Під час розгляду апеляційного провадження не приймаються вимоги, які не були предметом розгляду в суді першої інстанції, така відмінність притаманна розгляду справ в апеляційній інстанції.

За загальним правилом суд апеляційної інстанції повинен мати певні критерії, за допомогою яких він міг би перевірити правильність рішень місцевого суду. Такими критеріями є підстави для скасування або зміни судового рішення. У зв'язку з цим ЦПК України містить досить детальний перелік підстав, за наявності яких рішення суду першої інстанції підлягає перегляду. До них, зокрема, належать: неповне з'ясування всіх фактичних обставин, які мають значення для справи; недоведеність таких обставин; невідповідність висновків суду обставинам справи; порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права [8].

Розглянувши апеляційну скаргу, суд апеляційної інстанції постановляє ухвалу в разі: залишення апеляційної скарги без задоволення, а судового рішення – без змін; зміни ухвали суду першої інстанції; скасування судового рішення і постановлення нової ухвали; скасування судового рішення і залишення позовної заяви без розгляду або закриття провадження у справі; визнання судового рішення нечинним і закриття провадження у справі; скасування ухвали суду і направлення справи на новий розгляд до суду першої інстанції [9].

Згідно з ЦПК України рішення суду проголошуються у судовому засіданні, яким завершується розгляд справи, публічно [2, с. 158].

З вищевикладеного було виявлено проблеми в продуктивності апеляційного провадження на стадії апеляційного перегляду рішень і ухвал суду першої інстанції, яка визначається тим, якими принципами керується суд під час розгляду таких справ. Наприклад, чи дотримується суддя таких основоположних принципів, як законність та верховенство права, чи дотримується суддя порядку здійснення адміністративного провадження в цивільному судочинстві та інше.

Також однією з проблем апеляційної інстанції є те, що суд не дослідив повторно обставини, а керувався судовим рішенням чи ухвалою суду першої інстанції. В таких видках пропонуємо захисникові наполягти на повторному розгляді обставин, дослідженні доказів.

Ми вважаємо, що судова експертиза на стадії апеляційного розгляду справи є головним елементом, в якому можуть виникати проблеми. Адже, аналізуючи цивільні справи, ми знайшли випадки, коли експертизи по справах, яким не надається висновок, не проводились. Суд повинен своєю ухвалою призначати експертизу, та висновок експерта повинен бути проголошений на судовому засіданні задля точності винесення рішення судом.

Вивчаючи питання про ініціативу експерта під час проведення експертизи по цивільних справах, В.Б. Федосєєва підкреслювала, що у процесі розгляду цивільних справ документи часто бувають єдиним засобом встановлення тих чи інших фактів, тому у разі сумнівів щодо дійсності документа, поданого як доказ, судові необхідно мати висновок експерта [10].

Висновки. Апеляційне оскарження – це один серед поширених у цивільному судочинстві стадій оскарження судових рішень в суді вищої інстанції, а саме в апеляційному суді. Таке провадження має три головних етапи: під-

готовка до розгляду справи, розгляд в апеляційному суді та винесення рішення по справі.

У цивільних справах відповідно до ЦПК України інстанцією, що розглядає апеляційне провадження, є апеляційний суд, у межах апеляційного округу якого знаходиться місцевий суд, рішення якого оскаржується. Кожна особа відповідно до Конституції України має право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб.

З огляду на результати дослідження цієї теми ми можемо зазначити, що в умовах оновленого цивільного процесуального законодавства України, системного дослідження та нового осмислення потребується з'ясувати складові елементи проблем, які пов'язані зі стадіями апеляційного провадження. Це своєю чергою буде сприяти більш точному та справедливому винесенню рішень. Додержуючись принципів цивільного законодавства, наша судова система не бути стикатись з такими проблемами, як неправильно обґрунтовані судом висновки, а буде мати точність та впевненість у рішеннях та буде отримувати довіру до суду не тільки в адміністративних провадженнях, а загалом у різних видах цивільного судочинства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст.141 (редакція – 01.01.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text. (дата звернення: 23.09.2020).

2. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України № 1618-IV від 18 березня 2004 року: станом на 14.07.2020 р. *Паливода. Харків.* 2020. С. 12–214.

3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від. 02.06.2016 № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 31. Ст.545 (редакція – 20.06.2020). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (дата звернення: 23.09.2020).

4. Гусаров К. Апелляционное производство в судах гражданской юрисдикции. *Підприємництво, господарство і право.* 2003. № 7. С. 37–40.

5. Гусаров К.В. Апеляційне провадження і цивільному судочинстві. *Бюлетень Міністерства юстиції України № 5 (43).* 2005. С. 49–59.

6. Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2008 р. № 18. *Вісник Верховного Суду України.* 2008. № 11(99). С. 7–15.

7. Чернушенко Є.А. Апеляційне оскарження в цивільному процесі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юридичних наук : 13.02.2004. Одеса. 2004. 24 с.

8. Стадії розгляду судових справ в апеляційному провадженні. URL: https://dna.arbitr.gov.ua/sud5030/dla_sybektiv_gospod_dialnosti/stadii/ (дата звернення: 23.09.2020).

9. Комплексне дослідження апеляційного провадження у цивільному процесі. URL: http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-2911/ (дата звернення: 23.09.2020).

10. Ємельянова І. Проблеми призначення та проведення судової експертизи на стадії апеляційного провадження. *Право України.* 2005. № 8. С. 3–7.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/35

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА В УКРАЇНІ

THE CONCEPT AND SIGNIFICANCE OF PROCEDURAL REPRESENTATION IN UKRAINE

Поліщук М.Г., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Досліджуючи інститут цивільного процесуального права, потрібно сказати, що цивільне процесуальне представництво – це певна сукупність процесуальних правових норм, які встановлюють різні сторони процесуальних відносин між представником і судом, який виступає від імені та для захисту прав та законних інтересів довірителя з метою отримання для останнього вмотивованого рішення суду на свою користь, а також для здійснення правової допомоги та попередження порушення процесуальних прав та охоронюваних законом інтересів останнього з метою сприяння судові у здійсненні правосуддя у цивільних справах. Інститут процесуального представництва для будь-якої категорії населення виступає майже єдиною реальною можливістю забезпечити захист своїх прав та законних інтересів у суді. Отже, цивільне процесуальне представництво ми розглядаємо як особливу систему процесуальних дій, що керується представником з огляду на закон або договір від імені особи або іншого учасника суспільних відносин, шляхом участі у судовому процесі і забезпечення реалізації та захисту їх цивільних прав та законних інтересів з метою винесення судом об'єктивного, неупередженого та правомірного рішення. Основна мета цивільного судочинства, по-перше, поліпшення позитивного правового результату для особи, в інтересах якої діє процесуальний представник. Якщо розглянути втручання процесуального представника, ми побачимо та зрозуміємо, що представник вважається самостійним учасником цивільних процесуальних правовідносин, враховуючи наявність у останнього власної зацікавленості у результаті процесу, а також з урахуванням його завдань та мети у цивільному процесі. Таким чином, ми можемо зробити висновок, що цивільне процесуальне представництво є багатогранною системою, що являє собою досить складний механізм, результатом роботи якого є захист прав і свобод інтересів в суді з метою отримання позитивного та обґрунтованого рішення суду.

Ключові слова: процесуальні правовідносини, представник, судовий процес, здійснення правосуддя, рішення суду.

Before the institute of civil procedural law, then it means that it is in the civil procedure that the representative of the court is right to look at the correctness of the procedural legal norms, as regulate the parties to the procedural claims, which is the representative of the court. Rishennya to the court that its reproach, as well as for the establishment of legal aid and the prejudice of the violation of procedural rights that are protected by the law of interests of the rest, in the method of attracting courts from the healthy justice from the civil right.The institute of procedural representation for any category of population may be the only real possibility to protect the rights of the judge and legal interests. Having seen the civil procedural representation – as a singing system of procedural actions, you should be able to be a representative from the law, if you agree from a particular individual, or a participant in the process, you will be able to participate in the court process and forget 'active, unprecedented and rightful decision. The main thing is meta-civil judiciary, according to the first to reject a positive legal result for an individual, in the interests of a procedural representative. as soon as we look at the involvement of the procedural representative, we can show that the representative is respected as an independent participant in civil procedural legal proceedings, in the presence of the rest of the power in the process, as well as in the process struggling against a civil processally representative multifaceted system, a folding mechanism, the result of which є the protection of rights and freedoms of interest in a court of justice. in the name of rejection of a positive and motivated decision in court.

Key words: procedural legal process, representative, judicial process, legal justice; decision to the court.

Представництво – це врегульована законом діяльність однієї особи від імені й в інтересах іншої особи в цивільному судочинстві. Правове регулювання представництва в цивільному процесі країн СНД, в яких прийняті нові цивільно-процесуальні кодекси, характеризується спільними положеннями, властивими для ЦПК України, за окремими винятками. Конституція України закріплює право людини і юридичних осіб на отримання правової допомоги під час реалізації Конституційного права на судовий захист. У цивільному судочинстві правова допомога під час здійснення захисту прав і інтересів громадян, що охороняються законом, і юридичних осіб реалізовується, зокрема, в формі судового представництва.

Отже, інститут представництва в цивільному процесуальному праві є одним з передбачених законом способів реалізації права на судовий захист. Метою статті є дослідження поняття та значення процесуального представництва в Україні, яке насамперед полягає в тому, щоб довести необхідність вивчення цивільного законодавства в наш час, коли в країні проходить становлення правової системи, створюється нова законодавча база і особливого значення набуває необхідність відповідних знань.

Об'єктом дослідження є законодавство України загалом та його частина, яка регламентує процесуальне становище представника, зокрема. Предметом цього наукового дослідження є загальна характеристика інституту представництва в цивільному процесі України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ступінь наукової розробки проблеми. Слід зазначити, що питанням представництва інтересів суб'єктів правовідносин у суді присвячена значна кількість наукових праць, у яких тією чи іншою мірою розглядаються і проблеми процесуального представництва фізичних, юридичних осіб та держави. Зокрема, необхідно відзначити праці таких вчених, як М.А. Вікут, О.В. Гетманцева, Д. Дрейзіної, І.М. Ільїнської, Т. Варфоломєєвої, С.Я. Фурси, Є.І. Фурси, С.В. Щербака, А.Ф. Клейнмана, Г. Любарської, Л. Ковтун, Л.А. Кондрат'євої, Л.Ф. Лесніцької, І. Павлуника, М.Й. Штефана та інші.

Завданнями дослідження є:

– визначення поняття та значення процесуального представництва;

– вивчення видів процесуального представництва;

– визначення повноважень процесуального представника.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Згідно з нормами ЦПК України громадяни можуть вести свої справи в суді особисто або через своїх представників. Справи юридичних осіб ведуть в суді їх органи або їх представники, діючи в межах повноважень, наданих їм законом, статутом або положенням. Необхідність в судовому представництві зумовлена різними обставинами: неможливістю дотримання змагального начала судочинства під час розгляду цивільних справ, у яких беруть участь недієздатні особи (за віковим критерієм – неповнолітні; за медичним критерієм – громадяни, визнані недієздатними в судовому порядку); неможливістю юридичних осіб, очолюваних колегіальними органами (наприклад, правліннями), безпосередньо брати участь в розгляді

справи; бажанням зацікавлених осіб отримати кваліфіковану юридичну допомогу під час розгляду справи в суді і тощо. Теорія представництва пройшла довгий шлях розвитку, який бере початок ще з часів рабовласництва. Представництво тією чи іншою мірою було визнано в Єгипті, Греції, Римі та деяких інших державах. Однак, попри високий рівень професіоналізму, вишуканість і витонченість, римські юристи не створили ґрунтовної теорії представництва. Це пояснюється патріархальною природою римської економіки, широким застосуванням праці рабів. Римське контрактне право до V ст. характеризувалося обтяжливим формалізмом і вузькоперсональною природою договірних зв'язків. Діяв принцип *Per extraneam personam nobis adquiri non potest – Неможливе придбання на нашу користь через сторонню особу.* Якщо до цього додати важливість, яку право надавало автономії особистості, стає зрозумілим, чому концепція представництва в римському праві не розвивалася. Лише за юстиніанської епохи (527–565 рр.) можна знайти ознаки зародження відповідної теорії.

Так, з роками розвиток суспільства потребує виникнення нових правових норм та способів їх реалізації. У зв'язку з цим значно посилюється роль знань у галузі юриспруденції і своєю чергою представництва у цивільному процесі. Це зумовлено насамперед конституційними гарантіями реалізації прав громадян на судовий захист, а також зобов'язаннями України перед міжнародними та європейськими установами щодо реалізації та захисту прав людини і громадянина. Сучасний цивільний процес орієнтований на реалізацію принципу змагальності, що вимагає відповідної правової кваліфікації від осіб, які беруть участь у справі [14, с. 87]. Більшість науковців-процесуалістів, які розглядали ЦПК 1963 р., вважали, що представники є особами, що беруть участь у розгляді справи, оскільки процесуальним представникам властива наявність юридичної заінтересованості в результаті розгляду справи. Найбільш яскраво, вважає І.А. Павлуник, характер такої заінтересованості проявляється під час здійснення батьками законного представництва інтересів своїх неповнолітніх дітей, і та обставина, що інтерес процесуального представника має характер, що відрізняється від інтересів сторін, третіх осіб та інших учасників процесу, не дає підстав для виключення представників із числа осіб, які беруть участь у справі. Представництво в цивільному процесі можливе у будь-якій цивільній справі на будь-якій стадії її розвитку – від порушення цивільної справи в суді до виконання судового рішення [17, с. 40]. Представництво в цивільному процесі є процесуальним засобом реалізації громадянами права на судовий захист від посягань на честь і гідність, життя та здоров'я, на особисту свободу і майно, гарантований Конституцією (ст. 55) [1] та іншими законами України. Воно забезпечує участь у цивільному процесі громадян і організацій, надає їй можливість використовувати юридично грамотних осіб для ведення цивільних справ у суді та захисту суб'єктивних прав й інтересів. Представництво в цивільному обороті має широку сферу застосування. Це пояснюється причинами як юридичного, так і фактичного порядку. Потреба у представництві виникає тоді, коли особа, яку представляють, не має за законом можливості вчиняти юридичні дії (наприклад, у разі відсутності дієздатності). Представництво може мати місце також тоді, коли в особи немає або фізичної можливості здійснити такі дії (наприклад, внаслідок хвороби, відсутності в місці постійного проживання) або бажання особисто реалізовувати належні їй права та обов'язки. Здійснення юридичними особами своєї статутної діяльності також неможливо уявити без всебічного використання інституту представництва (представництво в господарському та третейському суді) [14, с. 89]. Слід зазначити, що нормативного визначення представництва немає. Попри те, що процесуальне представництво є інститутом цивільно-процесуального права, ст. 58 ЦПК України дає лише визначення правового терміну [2]. У процесуальній літературі є два підходи до визначення представництва. Перший, представником якого є А.Ф. Клейман, ґрунтується на тому, що представництвом визнається лише діяльність, яка є суттю самого представництва [11]. Не погоджуючись з цим, інші науковці (І.М. Ільїнська та Л.Ф. Лесніцька) розглядають представництво як правовідношення, змістом якого є представницька діяльність. С.Я. Фурса в науково-практичному коментарі дає таке визначення представництва, ототожнюючи поняття «процесуальне» і «судове» представництво: цивільне процесуальне (судове) представництво – це правовідносини, через які одна особа (представник) виконує на підставі повноваження, яке надане йому законом, статутом, положенням чи договором, процесуальні дії у цивільному судочинстві в інтересах іншої особи (довірителя), які спрямовані на захист порушених, оспорюваних та невизнаних прав та інтересів іншої особи, державних чи суспільних інтересів, в результаті чого у представника виникає комплекс процесуальних прав та обов'язків [12, с. 160]. Підсумовуючи все вищенаведене, вважаємо за доцільне сформулювати власне визначення інституту представництва в цивільно-процесуальному праві України, в якому існуючі в теорії цивільного процесу протиріччя я пропоную подолати з огляду на суб'єктивне й об'єктивне його розуміння. В суб'єктивному значенні представництво – це діяльність представника, спрямована на захист суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів особи, яку він представляє, в межах наданих повноважень, а також сприяння судові у винесенні законного й обґрунтованого рішення по справі. В об'єктивному значенні представництво – це врегульовані цивільно-процесуальними нормами відносини, згідно з якими представник здійснює від імені та в інтересах особи, яку він представляє, комплекс процесуальних дій, спрямованих на захист прав та інтересів щодо розгляду та вирішення цивільної справи.

Аналізуючи наведені визначення, можна зробити висновок, що сутність інституту представництва полягає у наступному:

– по-перше, представник виступає від імені і в інтересах особи, яку він представляє;

– по-друге, представник здійснює права і обов'язки особи, яку він представляє, якими він наділяється внаслідок здійснення своїх повноважень; по-третє, дії, вчинені представником, є обов'язковими для особи, яку він представляє;

– по-четверте, представник діє в межах наданих йому повноважень і може бути обмежений у здійсненні деяких із них;

– по-п'яте, дії представника спрямовані на захист порушених, оспорюваних та невизнаних прав та інтересів довірителя, державних чи суспільних інтересів.

Суттєві відмінності існують між інститутами представництва в цивільному праві й цивільному процесі, які мають різну мету, суб'єктів і призначення. Правове становище представника в цивільному праві цілком залежить від обсягу прав і обов'язків сторони за договором доручення і визначається ст. 1000 Цивільного кодексу України, тобто відносини між повіреним і довірителем зазвичай мають матеріальний характер [3]. Цивільний договір застосовується у випадках, коли громадяни, що беруть участь у цивільних правовідносинах, не мають можливості діяти самостійно або ці дії бажано було б довірити іншим особам, які мають кращі можливості. Так, громадяни доручають один одному здійснення купівлі, продажу, отримання чи передачу грошей або речей, отримання заробітної платні чи пенсії тощо [13, с. 107]. Водночас і процесуальному представнику можуть надаватися довірителем деякі повноваження на вчинення процесуальних дій щодо розпорядження об'єктом матеріального спору. Так, про-

цесуальний представник може користуватися правом на одержання присудженого майна або грошей за наявності у нього повноважень, які чітко вказані в його довіреності згідно зі ст. 64 ЦПК України [2]. Проаналізувавши все вищенаведене, можна виділити окремі відмінні риси між інститутом представництва в цивільному праві і цивільному процесі: а) представник в цивільному процесі має право вчиняти лише процесуальні дії в суді, а представник в цивільному праві – лише щодо вчинення різноманітних правочинів; б) правовідносини в цивільному праві базуються на підставі договору доручення, а в цивільному процесі – на підставі довіреності. Договір доручення відрізняється від довіреності тим, що за договором доручення одна сторона (повірений) зобов'язується виконати від імені і за рахунок другої сторони певні юридичні дії (ст. 1000 ЦКУ). Тому правовідносини не слід ототожнювати з довірчими, а слід визнати як договірні; в) на відміну від представництва в цивільному праві, метою представництва в цивільному процесі є надання правової допомоги не тільки довірителю, але і суду.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. (зі змінами станом на 18.01.2020 р.). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV (в редакції від 18.02.2018). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
4. Сімейний кодекс України від 10.02.2002 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/page6.
5. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17.
6. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18/page7.
7. Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15.09.1999 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1045-14.
8. Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.02.2012 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4572-17.
9. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12.
10. Закон України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2402-14/ed20150705.
11. Клейман А.Ф. Гражданский процесс. Москва : Юридическая література. 1977. с. 96.
12. Фурса С.Я., Щербак С.В., Євтушенко О.І. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи: Науково-практичний посібник. Київ : Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2013. 448 с.
13. Цивільний процес України: підручник / За заг. ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю. Голубєвої. Київ : Істина. 2013. 536 с.
14. Цивільний процес України: підручник; [за загальною ред. д.ю.н., доцента М.М. Ясинка]. Київ : Алерта. 2014. 744 с.
15. Цивільне судочинство України: основні засади та інститути / Комаров В.В., Гусаров К.В., Сакара Н.Ю. та ін. ; за ред. В.В. Комарова. Харків : Право. 2016. 848 с.
16. Навроцька Ю.В., Верба-Сидор О.Б., Воробель У.Б. Цивільне процесуальне право України: навчальний посібник (у схемах і таблицях) / за заг. ред. Ю.В. Навроцької. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 388 с.
17. Буркацький Л.К. Захист цивільного права та інтересу: Методика складання документів, коментарі, позовні та інші заяви: Навч. посібник. Київ : Юрінком Інтер. 2015.
18. Зейкан Я.П. *Адвокат*: цивільні справи: методичні поради. Харків : Видавництво «Світ книг» ; Київ : «ВД «Дакор», 2013. 688 с.
19. Зейкан Я.П. Представництво у цивільному процесі. *Юридичний вісник.* 2017. № 1 (42). С. 92–97.
20. Комаров В.В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків : Право. 2012. 624 с.
21. Немеш П.Ф. Розмежування законного представництва та інших видів представництва у цивільному процесі, що не пов'язані з видачею довіреності. *Адвокат.* № 7 (130). 2014. С. 23–25.
22. Світлична Г.О. Представництво як форма надання правової допомоги в цивільному судочинстві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.* № 10. 2014. с. 212–215.
23. Ханик-Посполітак Р.Ю. Представництво в цивільному процесі за новим Цивільним процесуальним кодексом України / *Наукові* записки НаУКМА. *Юридичні науки*. 2018. Том 1. с. 50–54.
24. Актуальні питання цивільного судочинства в світлі судової реформи в Україні: монографія / [С.В. Ківалов, Н.Ю. Голубєва, І.В. Андронов та ін.]; за заг. ред. Н.Ю. Голубєвої; НУ ОЮА. Одеса : Юридична література. 2017. 212 с.
25. Офіційний сайт Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/.
26. Судова юридична газета. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/166299-vs-vkazav-u-yakikh-vipadkakh-u-prokurora-vinikayut-pidstavi-dlya-zakhistu-interesiv-teritorialnoyi-gromadi.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/36

НОВАЦІЯ ЯК СПОСІБ ПРИПИНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

NOVATION AS A WAY OF TERMINATION OF OBLIGATION

Самусєва К.В., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню такого інституту цивільного права, як новація, розкриттю сутності поняття новації як способу припинення зобов'язань. Виділені його основні ознаки та умови, які є необхідними і достатніми для застосування новації.

Досліджується правова природа новації, яка характеризується подвійністю, її специфічні риси та проблеми, які виникають на практиці у зв'язку з її застосуванням. Основна увага приділяється тому, що новація має укладатися у формі новаційного двостороннього договору між первісними сторонами, в якому визначаються істотні умови, щодо яких сторони мають дійти згоди. Наведено абсолютно протилежні погляди науковців щодо того, в якій формі має укладатися договір новації – в формі первісного зобов'язання чи у формі, яка необхідна для нового зобов'язання. Визначається роль принципу свободи договору в укладенні договору новації. Аналізуються підстави недійсності договору новації. Також зазначено, що є можливість укласти договір новації, якщо первісне зобов'язання є оспорюваним, але не оскаржене сторонами. В роботі зазначаються випадки, які закріплені на рівні законодавства в ЦК України, коли застосування новації є недопустимим.

У статті досліджується таке актуальне питання цивільного права, як відмежування новації від відступного, яке наразі звертає на себе увагу багатьох науковців. У роботі акцентована увага на низці відмінностей між новацією та відступним, проведено порівняльну характеристику цих двох способів припинення зобов'язання. Для зручності наведені критерії, вироблені науковцями, які необхідні для чіткого і зрозумілого відмежування новації від відступного. Проаналізовано позиції цивілістів щодо визначення основоположних критеріїв, які дозволяють найяскравіше відобразити відмінності способів припинення зобов'язання.

У висновках статті зазначено, що новація як спосіб припинення зобов'язання потребує законодавчого вдосконалення і детального аналізу та дослідження науковцями. Також важливим є затвердження одностайної думки серед цивілістів щодо визначення чітких критеріїв відмежування новації від відступного.

Ключові слова: новація, спосіб припинення зобов'язання, первісне зобов'язання, ознаки новації, умови новації, договір новації, передання відступного.

The article is devoted to the study of such an institution of civil law as novation, the disclosure of the essence of the concept of novation as a way to terminate obligations. Its main features and conditions that are necessary and sufficient for the application of innovation are highlighted.

The legal nature of the innovation, which is characterized by duality, its specific features, and problems that arise in practice in connection with its application is studied. The main attention is paid to the fact that the innovation should be concluded in the form of a bilateral innovation agreement between the original parties, which defines the essential conditions on which the parties must agree. There are completely opposite views of scientists on the form in which the contract of innovation should be concluded – in the form of the original commitment, or in the form required for the new commitment. The role of the principle of freedom of contract in concluding a contract of innovation is determined. The reasons for invalidity of the innovation agreement are analyzed. It is also stated that it is possible to enter into a novation agreement if the original commitment is disputed but not challenged by the parties. The article notes the cases that are enshrined in the Civil Code of Ukraine, when the use of innovation is unacceptable.

The article examines such an actual issue of civil law as the separation of innovation from retreat, which is currently attracting the attention of many scientists. The article focuses on a number of differences between innovation and indemnity, and compares these two ways of terminating an obligation. For convenience, the criteria developed by scientists, which are necessary for a clear and understandable distinction between innovation and indemnity. The positions of civilians in determining the basic criteria that allow to most clearly reflect the differences in the ways of termination of the obligation are analyzed.

The conclusions of the article state that innovation as a way to terminate an obligation requires legislative improvement and detailed analysis and research by scientists. It is also important to establish a unanimous opinion among civilians on the definition of clear criteria for distinguishing innovation from indemnity.

Key words: novation, method of termination of the obligation, initial obligation, signs of novation, conditions of novation, novation agreement, transfer of assignment.

Постановка проблеми. Новація як один із способів припинення зобов'язання з'явилася в цивільному законодавстві України нещодавно, з прийняттям ЦК України 2003 року. Саме тому вона викликає безліч обговорень серед науковців щодо визначення правової природи, яка є доволі специфічною, ознак та умов новації, доцільністю її застосування в різних цивільно-правових ситуаціях і наслідків її настання. Проблема сучасного цивільного права полягає у відсутності єдиного підходу серед науковців до визначення основоположних критеріїв відмежування новації від відступного, через що на практиці виникають певні труднощі.

Актуальність. Новація за своїм змістом є одним із способів належного виконання зобов'язання. На законодавчому рівні інститут новації закріплений у статті 604 ЦК України. Актуальність цієї теми полягає в специфічній правовій природі новації, яка характеризується подвійністю та потребує більш детального дослідження науковцями. Від стану вивчення інституту новації залежить ефективність захисту суб'єктами цивільних відносин своїх прав та інтересів. Крім того, новація за своїми ознаками дуже подібна с такою категорією цивільного права, як «передання відступного». Нині немає єдиного підходу до вирішення цієї проблеми та чітких критеріїв для розмежування цих способів припинення зобов'язання. Тому ця тема є доволі актуальною в сучасному цивільному праві та потребує детального комплексного дослідження для того, щоб вдосконалити наявні теорії визначення правової природи новації та її особливостей.

Проблемні питання інституту новації досліджували такі вчені, як О.С. Кривцов, В.І. Синайський, Д.І. Мейєр. І.Б. Новицький, О.С. Йоффе, Є.О. Суханов, В.С. Толстий. Українські та російські науковці сучасності також вивчали природу новації. Найбільш визначними серед них є Т.В. Боднар, Д.В. Мурзін, О.О. Мельніков, Є.О. Тупицька, О.Ю. Шилохвост, А.А. Павлов, Ю.Н. Андрєєв, И.В. Чайка, М.С. Мурашко, Ю.Л. Сенін та інші.

Метою статті є дослідження різноманітних підходів науковців до з'ясування основних ознак договору новації та умов для її застосування. Також будуть проаналізовані

основні критерії, які дають змогу відмежувати новацію від такого способу припинення зобов'язання, як передання відступного.

Виклад основного матеріалу. Новація як одна із підстав припинення зобов'язань вперше з'явилася в римському праві. Оскільки цивільне право Європи формувалося на основах римського приватного права, то і така категорія, як «новація», була звідти запозиченою. Ідеї римського права щодо новації знайшли своє вираження в ст. 604 ЦК України, яка передбачає можливість застосування такого способу припинення зобов'язання. Новація тлумачиться як «заміна первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами» [1]. Специфіка новації вдало відбивається у її ознаках.

По-перше, новація є одним із способів припинення зобов'язань, що підтверджується її розташуванням в сукупності норм ЦК України. Ця категорія цивільного права належить до глави 50 ЦК України «Припинення зобов'язання».

По-друге, специфіка новації проявляється в тому, що, на відміну від інших способів, передбачених ЦК України, вона належить до способів припинення зобов'язання саме за домовленістю сторін. Ця ознака свідчить про те, що для застосування новації можливість вираження односторонньої волі сторони виключається. Обов'язковою має бути чітка домовленість між суб'єктами цивільно-правових відносин та згода на те, що буде застосовуватися саме такий спосіб припинення зобов'язань, аби надалі не виникли несприятливі наслідки для однієї із сторін та, відповідно, спори. Тобто можна зробити висновок, що новація є двосторонньою угодою.

Ця ознака побудована на одному з найважливіших принципів цивільного права, закріпленого в ст. 3 ЦК України, – принципі свободи договору, тобто можливості добровільного вибору контрагентів, виду договору, умов, на яких він укладається. Ця засада є надзвичайно важливою в сучасному житті, вона відображає значну демократизацію правової системи, сприяє лібералізації суспільного життя. Завдяки цьому принципу приватні інтереси більш пріоритетні, ніж публічні, що має важливе значення для цивільного права. Тому сторони під час укладання новації мають право самостійно визначати умови договору, керуючись власними потребами, з урахуванням вимог Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Крім того, свобода договору, на мою думку, є гарантією того, що договір буде виконаним своєчасно та належним чином.

Багато складнощів виникає під час розв'язання питання стосовно форми новаційного договору. У ст. 604 ЦК України законодавцем не визначено належної форми. В науковій літературі існують різні погляди на це питання. Деякі дослідники відстоюють думку про те, що форма новаційного договору має відповідати первісному. Ю.Н. Андрєєв зазначає, що «якщо новаційний договір припиняє зобов'язання з договору, укладеного в нотаріальній формі, то новаційний (наступний) договір також повинен мати нотаріальну форму» [2, с. 44].

Натомість І. Висіцька вважає, що «оскільки при вчиненні новації виникає нове зобов'язання, то для того, аби воно було дійсним, новацію слід вчиняти у формі, необхідній для нового зобов'язання».Тобто вона обстоює думку, відповідно до якої неважливо в якій формі був укладений первісний договір [3, с. 56].

Під час вирішення цього питанні, на мою думку, варто звернути увагу на принцип свободи договору. Оскільки при новації первісне зобов'язання припиняється, а нове пов'язане з ним лише збереженням сторін, то договір новації має вчинятися у формі, яка буде обумовлена сторонами та яка буде відповідати новому зобов'язанню. Отже, я вважаю, що більш доцільною є думка І. Висіцької.

По-третє, сутність новації, згідно з ЦК України, полягає в тому, що первісне зобов'язання заміняється абсолютно новим. Нове зобов'язання може відрізнятися змістом, строками, предметом, місцем виконання. Єдине чим воно має збігатися з первісним, – це сторони. З цього випливає четверта ознака новації.

У разі заміни зобов'язання новим варто враховувати те, що воно відбувається між тими ж сторонами, що і в первісному. Тобто суб'єктний склад зобов'язання у разі застосування новації не змінюється. Ця ознака є однією з головних. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой зазначають, що «її недотримання виключає можливість застосуванні новації як способу припинення зобов'язання [4, с. 744].

П'ята ознака полягає в природі новації, яка характеризується подвійністю. З визначення новації у ЦК України та у науковій літературі можна зрозуміти, що вона є одночасно підставою для припинення первісного зобов'язання та для виникнення нових зобов'язальних правовідносин. Я.О. Самотолкіна вказує, що «такі дії перебувають завжди в причинному зв'язку, тобто виникнення нового зобов'язання є наслідком припинення первісного, і навпаки, припинення первісного є підставою для виникнення нових правовідносин» [5, ст. 1013].

Причинний зв'язок полягає ще й у тому, що якщо первісне зобов'язання визнається недійсним, то і новаційний договір автоматично не має ніякої юридичної сили та не підлягає виконанню. Якщо ж лише нове зобов'язання з певних підстав визнається недійсним, то воно не впливає на недійсність первісного.

Шоста ознака полягає в тому, що у разі застосування новації разом з первісним зобов'язанням припиняють діяти і додаткові (акцесорні) зобов'язання, пов'язані з ним. Це положення закріплене в ч. 3 ст. 604 ЦК. Тобто з набуттям новацією юридичної сили всі способи забезпечення виконання зобов'язань, закріплені в ст. 546 ЦК України, що мають додатковий (акцесорний) характер, втрачають свою силу. Це «неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, завдаток, право довірчої власності та інші види забезпечення виконання зобов'язань, визначені договором або законом» [1].

Наведені ознаки є і умовами застосування новації як способу припинення зобов'язання. Для більш повного розуміння сутності цієї категорії цивільного права необхідно детально проаналізувати всі умови.

По-перше, новація реалізується шляхом укладання договору. Він має відповідати формі і змісту нового зобов'язання. Найважливішими умовами цього правочину, як зазначає І.В. Чайка, є «предмет зобов'язання, збереження сторін, згода на припинення первісних правовідносин і виникнення нових, намір сторін на виникнення нових правовідносин, а також вказівка на те, що цей договір є наслідком припинення первісного зобов'язання» [6, с. 10]. Крім того, новаційний договір, на що вказує М.М. Бабаєв, «є консенсуальним, двостороннім та оплатним договором» [7, с. 9].

Найголовнішою умовою цього правочину є вказівка на те, що всі сторони виявили намір укласти договір новації. О. Чуєва вказує, що «за відсутності такого застереження первинне зобов'язання не припиниться, а буде діяти разом з новим» [8, с. 45]. А.М. Ерделевський вважає, що в цій ситуації «це буде угода про укладання нового зобов'язання, не пов'язаного з попереднім, яке буде існувати разом з первісним, або ж домовленість про внесення певних змін в існуючі зобов'язальні правовідносини» [9, с. 33].

Цю умову дійсно необхідно враховувати, бо у судовій практиці непоодинокими є випадки, коли між сторонами трапляються непорозуміння через різне бачення правової природи укладеного договору. Одна сторона вважає, що був укладений договір новації, інша – передання відступного. З огляду на це варто звертати увагу на наявність

у договорі вказівки на те, що у обох сторін був намір застосувати новацію.

По-друге, новація, як уже зазначалося вище, є можливою тільки якщо зберігаються сторони. Якщо ця умова порушена, можна говорити про інший спосіб припинення зобов'язання, такий як зарахування у разі заміни кредитора. Застосування цього способу передбачає заміну сторони зобов'язання – кредитора, третьою особою. В такому разі застосування новації недопустимо.

По-третє, для застосування новації первісне зобов'язання обов'язково повинно мати юридичну силу. Відповідно до статті 526 ЦК України воно «має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться» [1]. Якщо ж зобов'язання визнається недійсним, то і можливість застосування новації стає неприйнятною. Якщо ж все-таки договір про новацію був укладений, а через деякий час з'ясувалося, що первісне зобов'язання не має юридичної сили, то новація автоматично припиняє свою чинність та визнається недійсною. Це пояснюється тим, що первісне зобов'язання і новація перебувають в нерозривному причинному зв'язку, тобто без первісного зобов'язання не може бути новації.

Якщо ж первісне зобов'язання є оспорюваним, але сторона не звернулася для його оскарження до суду, то, як зазначає М.С. Мурашко, «сторони мають право укласти договір новації, який буде мати юридичну силу» [10, с. 20].

Наступною обов'язковою умовою новації є досягнення згоди між сторонами зобов'язальних правовідносин про припинення первісного та виникнення нового зобов'язання. Ця умова витікає с положення статті 604 ЦК України, яке має назву «припинення зобов'язання за домовленістю сторін».

Ще однією необхідною умовою для застосування новації є допустимість заміни первісного зобов'язання новим. Декілька підстав, які унеможливлюють застосування новації, визначені ч. 2 ст. 604 ЦК України. Це положення свідчить про те, що «новацію не можна застосовувати у випадках щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та в інших випадках, встановлених законом» [1]. Якщо все ж таки укласти договір новації щодо наведених зобов'язань, то воно буде визнаватися таким, що не має юридичної сили, тобто недійсним.

Отже, розглянувши наведені умови, можна зробити висновок, що новація може застосовуватися лише у разі укладення новаційного договору між сторонами, які були в первісному зобов'язанні та мають намір укласти його, а також у разі погодження всіх умов, вказаних у договорі. Крім цього, варто враховувати, що є певні випадки, коли застосування новації є недопустимим. Порушення цих умов тягне за собою недійсність такого способу припинення зобов'язання.

У судовій практиці нерідко трапляються випадки, коли виникають проблеми щодо з'ясування наявності новації в тих чи інших справах. Ця проблема наразі є доволі актуальною, тому що саме від цього залежить, наскільки ефективно будуть захищені порушені права та інтереси осіб. За своїми ознаками новація дуже схожа з переданням відступного, але все ж є певні особливості, на які варто звертати увагу під час визначення способу припинення зобов'язання.

Науковці визнають схожість цих двох способів припинення зобов'язання та вважають доцільним більш детальний аналіз для чіткого розмежування. Так, О.Ю. Шилохвост вказує на те, що «під час розгляду принципових рис відступного в сучасному цивільному праві ми часто стикаємося з наявністю у цього інституту деяких загальних рис з інститутом новації» [11, с. 234]. Водночас О.Ю. Шилохвост зазначає, що «потрібно враховувати те, що ці інститути є абсолютно самостійними та відокремленими один від одного» [11, с. 234]. Д.В. Мурзін вважає, що складнощі виникають через подібність сфери застосування способів припинення зобов'язання [12, с. 169].

О.О. Мельников звертає увагу на те, що «схожість відступного і новації полягає в тому, що і під час новації, і під час відступного змінюється первісний спосіб виконання зобов'язання. Проте неправильно було б ототожнювати новацію і відступне. Головна відмінність між ними в тому, що під час новації виникає нове зобов'язання, а під час відступного зобов'язання залишається тим самим – змінюється лише спосіб його виконання» [13, с. 101].

Для більш чіткого розмежування цих двох інститутів припинення зобов'язання необхідно розглянути їх особливості за певними критеріями. Вчені не дійшли однакової думки щодо основоположних критеріїв. Так, наприклад, О.О. Мельников головним критерієм називає «волевиявлення сторін, їх намір відновити зобов'язання або припинити його домовленістю про відступне» [13, с. 99–100].

О.Ю. Шилохвост вважає, що «головними критеріями для відмежування новації і відступного виступають: можливість укладення угоди про відступне не тільки між сторонами первісного зобов'язання, а й з третіми особами; новація завжди передбачає інший предмет або спосіб виконання похідного зобов'язання; зобов'язання, відносно яких можливе застосування відступного або новації; строки застосування відступного або новації; мета, яку хочуть досягнути сторони» [11, с. 233].

В.В. Бацієв зазначає: «Під час відступного припинення зобов'язання відбувається у момент надання боржником кредитору відступного, тоді як під час новації первісне зобов'язання припиняється у момент досягнення сторонами домовленості» [14, с. 10].

Проаналізувавши законодавство та доктрину, можна дійти висновку, що першим і найголовнішим критерієм відмежування є ціль використання конкретного способу припинення зобов'язання. Так, метою новації є укладання договору щодо припинення первісного зобов'язання та внаслідок цього виникнення нового, яке відрізняється за змістом. Ціллю відступного є укладання договору, згідно з яким первісне зобов'язання зберігається, змінюється лише предмет.

Другим критерієм, який суттєво відрізняє новацію від відступного, є момент припинення первісного зобов'язання. У разі новації він припиняється з укладенням договору новації, тобто з моменту досягнення домовленості сторін, у разі застосування відступного – з моменту виконання зобов'язання, тобто під час передання боржником кредиторові відступного.

Третім критерієм є юридичні факти в основі припинення зобов'язання. Так, у разі новації це домовленість сторін про припинення первісного та виникнення нового зобов'язання. У разі передачі відступного юридичними фактами є не лише домовленість про те, що буде використовуватися відступне, а і обов'язок боржника передати предмет відступного.

Четвертим критерієм є питання щодо збереження додаткових зобов'язань. Як уже відомо, у разі новації додаткові зобов'язання припиняються з первісними, у разі відступного вони зберігаються.

П'ятим критерієм є допустимість застосування способу виконання зобов'язання. Зі змісту ч. 3 ст. 604 зрозуміло, що новація може використовуватись щодо обмеженого кола зобов'язань. Відступне ж за статтею 600 ЦК України не передбачає винятків, за якими його не можна використовувати.

Наступним критерієм є наслідки, які настають під час використання новації та відступного. У разі застосування новації первісне зобов'язання припиняється, виникає зовсім нове, яке пов'язане з первісним лише сторонами.

У разі використання відступного зобов'язання продовжує діяти, але зі зміненим предметом.

Це найважливіші критерії, які дозволяють відмежовувати новацію від відступного. Однозначної думки у науковців щодо цього актуального питання досі не існує. На мою думку, найголовнішим критерієм є намір сторін застосувати новацію або відступне, домовленість між ними і момент припинення зобов'язання: з моменту укладання договору про виникнення нового зобов'язання або з моменту передачі предмета відступного.

Висновки. Новація – це спосіб припинення зобов'язання, який передбачає припинення первісного зобов'язання та виникнення нового. Новація серед інших способів припинення зобов'язання вирізняється специфічними ознаками, такими як: можлива лише між тими самими сторонами; є двосторонньою угодою, яка оформлюється новаційним договором; наявність причинно-наслідкового зв'язку між первісним зобов'язанням і новацією; спрямована на заміну первісного зобов'язання. Найважливішими умовами новації є такі: збереження сторін первісного зобов'язання; досягнення домовленості між сторонами про застосування новації; оформлення новації у формі новаційного договору; наявність наміру укласти правочин; дійсність первинного зобов'язання; зміна змісту зобов'язання; допустимість застосування новації.

Щодо критеріїв відмежування новації від відступного, то тут основоположними є такі: ціль використання конкретного способу припинення зобов'язання; момент припинення первісного зобов'язання; юридичні факти в основі припинення зобов'язання; питання щодо збереження додаткових зобов'язань; допустимість застосування способу виконання зобов'язання; наслідки, які настають під час використання новації та відступного.

Отже, новація потребує законодавчого вдосконалення і детального аналізу науковцями, тому що саме від правильного тлумачення норм про новацію та визначення її правової природи залежить ефективність захисту прав та законних інтересів суб'єктів зобов'язальних відносин. Крім того, науковцями мають бути вироблені основні критерії, за якими чітко можна буде відмежовувати відступне від новації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435–IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40. Ст. 356.
2. Андреев Ю.Н. Новация как способ прекращения обязательства. *Право и государство: теория и практика.* 2006. № 10. С. 44
3. Висіцька І. Новація в цивільному законодавстві України. *Справочник экономиста : ежемесячный специализированный журнал*. 2007. № 5. С. 55–57.
4. Гражданское право : Учебник. В 3-х томах. Т. 1 / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. 6-е изд., перераб. и доп. Москва, 2005. С. 747.
5. Самотолкина Я.О. Историческая ретроспектива института прекращения обязательств в РФ. *Экономика и социум.* 2016. № 12–3. С. 1013–1016.
6. Чайка И.В. Прекращение обязательств по основаниям, не связанным с их фактическим исполнением : канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. С. 10.
7. Бабаев М.М. Отступное и новация в гражданском праве России : Автореф. дис. канд. юрид. наук. Москва, 2010. С. 11.
8. Чуєва О. Внесення змін до договору, строк виконання за яким настав, а також, що таке новація та як її застосувати. *Мала енциклопедія нотаріуса (комплект).* 2008. № 6. С. 49.
9. Эрделевский А.М. О прекращении обязательств новацией. *Законодательство.* 2008. № 1. С. 33.
10. Мурашко М.С. Новация и отступное: сходство и различия. *Российское правосудие*. 2009. № 7. С. 20.
11. Шилохвост О.Ю. Отступное в гражданском праве России. Москва : Статут, 1999. 251 с.
12. Мурзин Д.В. Новация в российском договорном праве. Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С. С. Алексеева. Москва, 2004. 620 с.
13. Мельников О.О. Правовые проблемы новации долга в заемное обязательство. Вестн. ВАС РФ. 1999. № 6. С. 98–106.
14. Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). Москва : Статут, 2003. 109 с.

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/37

СПОСОБИ ТА ПОРЯДОК ЗАХИСТУ РЕЗУЛЬТАТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

METHODS AND PROCEDURE FOR PROTECTION OF THE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY ON THE INTERNET

Светлічна С.Ю., студентка І курсу магістратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Всеохоплююча інформатизація суспільства і популярність Інтернету відкривають нові перспективні можливості для кожного. Однак цей факт породжує низку проблем, пов'язаних із визначенням механізму захисту авторського права в мережі Інтернет. Особливої актуальності набувають питання, що стосуються способів і порядку їх захисту.

Проблеми інтелектуальної власності в мережі Інтернет не обмежуються протистоянням права і технологій. Ще одна проблема – транскордонний характер правопорушень, зумовлений специфікою кіберпростору.

У статті розглядається проблема комплексного характеру захисту прав інтелектуальної власності в Інтернеті. Автор розглядає механізми правового регулювання охорони прав інтелектуальної власності, аналізує український і міжнародний досвід у цій сфері.

Однією із сучасних тенденцій є пошук балансу між інтересами правовласників, які прагнуть максимального захисту своїх прав, та інтересами інтернет-провайдерів, що зумовлює необхідність адаптації права інтелектуальної власності до нових умов поширення інформації. Визначається роль інтернет-провайдерів у наданні послуг користувачам Інтернету і вплив на права людини в контексті статті 8 та 10 Європейської конвенції з прав людини.

Розглядаються види порушень авторських прав, оприлюднених у мережі Інтернет; форми захисту, серед яких у науці виокремлюють юрисдикційні та доюрисдикційні форми захисту інтелектуальної власності. Автор аналізує позасудовий порядок припинення порушень авторського права та суміжних прав з використанням мережі Інтернет за українським законодавством. Досліджений міжнародний досвід ефективних інституціональних механізмів боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності в Інтернеті, зокрема Греції та Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії.

Особливу увагу приділено такій формі захисту, як самозахист прав інтелектуальної власності, під час застосування якого реалізуються такі принципи приватного права, як диспозитивність та ініціативність. У цьому аспекті розглянуто технічні засоби захисту авторських прав та їх види, запис інформації, водяні знаки, встановлення знаку копірайту, застосування бізнес-послуги WIPO PROOF.

Ключові слова: інформація, Інтернет, захист прав інтелектуальної власності, автори, правовласники, результати інтелектуальної діяльності.

Comprehensive informatization of society and the popularity of the Internet open up new promising opportunities for everyone. However, this fact generates a number of problems related to the definition of the mechanism of copyright protection in the Internet. The issues concerning the methods and order of their protection are becoming of particular urgency nowadays.

Intellectual property problems on the Internet are not limited to opposing law and technology. Another problem is the cross-border nature of the offences, due to the specifics of cyberspace.

The article examines the problem of the complex nature of intellectual property rights protection on the Internet. The author examines the mechanisms of legal regulation of intellectual property rights protection, analyzes Ukrainian and international experience in the area of intellectual property rights protection.

One of the current trends is to find a balance between the interests of rights holders seeking maximum protection of their rights and the interests of Internet service providers, which leads to the need to adapt intellectual property rights to new conditions for the dissemination of information. The role of ISPs in providing services to Internet users and influencing human rights in the context of Article 8 and 10 of the European Convention on Human Rights is determined.

Classification of copyright infringements published on the Internet is considered; forms of protection, among which jurisdictional and prejurisdictional forms of intellectual property protection are distinguished in science. The author analyzes the extrajudicial procedure for termination of copyright and related rights violations using the Internet under Ukrainian law. The international experience of effective institutional mechanisms for combating intellectual property rights violations on the Internet, in particular Greece and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, has been investigated.

Particular attention is paid to self-defense of intellectual property rights, according to which such principles of civil law as disposability and initiative are implemented. This aspect covers technical methods of copyright protection and their types, recording of information, watermarks, setting a copyright mark, application of WIPO PROOF business service.

Key words: information, Internet, protection of intellectual property, authors, rights holders, the results of intellectual activity.

У наш час інтернет є невіддільним складником життя для кожного, оскільки надає широкі можливості для отримання, обміну і поширення інформації. Однак така свобода у мережі впливає на всебічні порушення прав інтелектуальної власності. Ця проблема зумовлює необхідність застосування ефективних і сучасних механізмів захисту прав інтелектуальної власності, оприлюднених в Інтернеті.

Перед людством постали наслідки «третього комп'ютерного тектонічного зсуву»: перший відбувся у 80-х роках XX століття, коли комп'ютери змінили моделі поведінки споживачів до об'єктів авторського права та інформації. Другий етап розпочався у 90-х роках минулого століття, коли інтернет-революція надала можливості необмежного поширення будь-якого контенту. Третій етап – наш час – коли комп'ютерні технології почали створювати охоронювані результати. [1, с. 2].

Проблема захисту прав інтелектуальної власності в інтернеті має комплексний характер, що зумовлено як специфікою об'єктів, що містяться у кіберпросторі, так і специфікою самого Інтернету.

Інтернет є найдоступнішим і найзручнішим джерелом для оприлюднення об'єктів права інтелектуальної власності, які своєю чергою потребують охорони та специфічних механізмів захисту.

При цьому Інтернет загалом не є суб'єктом права, оскільки це не міжнародна організація, юридична особа чи взагалі будь-яка інша організована структура. Інтернет загалом не є об'єктом права, тому що не існує єдиного конкретного власника мережі і взагалі не існує суб'єкта, який би управляв чи контролював значну частину цієї мережі. Крім того, Інтернет не є засобом масової інформації, оскільки власник інформаційного ресурсу не робить жодних активних дій щодо доставки інформації до споживача [2, с. 26].

Охорона прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет не обмежується проблемою регулювання на внутрішньодержавному рівні. Міжнародний, екстериторіальний характер ще більше ускладнює її, оскільки кіберпростір потенційно може слугувати платформою для транскордонних правопорушень.

Т. Кудрицька і Ю. Чижова зазначають, що специфіка правового захисту прав полягає у тому, що об'єкти інтелектуальної власності використовуються в мережі переважно як вміст веб-сайтів і як розпізнавальна частина доменних імен. Так, якщо в доменних іменах використовуються торгові марки та фірмові найменування, меншою мірою – географічні позначення, то у вмісті веб-сайту може бути використано практично все [3].

Таким чином, найбільш гостро та часто виникають питання щодо порушення авторських прав на інформаційне наповнення сайтів, передусім текстів, малюнків, фото-, аудіо- та відеоматеріалів [4, с. 168].

Для формування уявлення про різноманітність порушень авторських прав в інтернеті можна розглядати такі види:

– піратство на аукціоні (коли продавець пропонує програмне забезпечення і/або інший контрафактний контент на фізичних носіях для продажу на онлайн-аукціоні);

– оголошення і реклама в інтернеті (коли правопорушники використовують ці сайти для публікації оголошень, що рекламують продаж контрафактних копій програмного забезпечення і/або контенту, зазвичай надаючи адресу електронної пошти або адресу веб-сайту);

– групи новин – це місце в системі Usenet для повідомлень, відправлених користувачами через інтернет в різних місцях. Існують тисячі груп новин, присвячених поширенню піратських копій програмного забезпечення і/або контенту);

– сайти FTP (протокол передачі файлів). FTP – це мережевий протокол, використовуваний для передачі даних з одного комп'ютера на інший через інтернет. Програма FTP дозволяє користувачеві завантажувати свої файли і завантажувати чужі файли з сайту. Правопорушники, які передають незаконні копії програмного забезпечення і/або контенту один одному, зазвичай використовують FTP-сайти, тому що вони ефективні для передачі великих файлів;

– торрент-сайти (унікальний варіант технології P2P – BitTorrent використовується для розподілу дуже великих об'ємів даних);

– IRC. Internet Relay Chat (IRC) – це програма, призначена для полегшення обміну текстовими повідомленнями в режимі реального часу, а також передачі файлів. Виробники контрафактної продукції керують своїми власними каналами, які використовують для поширення піратських копій програмного забезпечення і/або контенту через свої комп'ютери або комп'ютери, яким вони управляють (їх часто називають «ботами») [5, с. 588–590].

Як відомо, не існує організаційної структури, що виступає власником Інтернету. Він не має власного відособленого майна, його ресурси належать на праві власності різним суб'єктам: канали зв'язку – телекомунікаційним компаніям; комп'ютерне устаткування – користувачам; інформація – її власникам; техніка і програмне забезпечення підтримки магістральних мереж – їх власникам.

Інтернет не може мати самостійних прав і обов'язків. За кожними правовідносинами, що виникають в процесі роботи в Інтернеті, є конкретний правоздатний суб'єкт: при підключенні до мережі – провайдер, при купівлі через мережу товару – організація-продавець тощо.

Слід погодитись із К.О. Зеровим, що під час розгляду питання захисту авторських прав на твори, розміщені в Інтернеті, вбачається неможливим недооцінити роль інтернет-посередників – суб'єктів, чиїми послугами користуються кінцеві користувачі (одержувачі послуг) мережі Інтернет під час здійснення своєї діяльності, оскільки, по-перше, надаючи свої послуги, інтернет-посередники здійснюють зберігання, обробку та передачу інформації (в тому числі – об'єктів авторського права у цифровій формі), що створюється, модифікується і отримується користувачами мережі Інтернет, тобто доступ кінцевих користувачів до мережі Інтернет без їх участі є неможливим. По-друге, окремі дії як користувачів, так і самих інтернет-посередників можуть порушувати авторські права. Тобто інтернет-посередник може бути суб'єктом як прямого, так і непрямого порушення авторських прав [6].

Радою Європи у співпраці з Європейською асоціацією інтернет-провайдерів були розроблені Керівні принципи у сфері прав людини для інтернет-провайдерів (ІП). Підкреслюючи важливу роль, яку ІП відіграють у наданні користувачам Інтернету таких основних послуг, як доступ, електронна пошта чи контент-послуги, вони наголошують на важливості безпеки користувачів та їх права на приватність і свободу вираження поглядів, а також на важливості усвідомлення провайдерами можливого впливу своєї діяльності на права людини в контексті статті 8 та 10 Європейської конвенції з прав людини. Зазначається, що ІП мають доступ до різних об'ємів інформації (контенту і/або даних щодо трафіку), що підкреслює їх важливу роль і позицію щодо прав і свобод користувачів. На ІП не повинно покладатися загальне зобов'язання активно відслідковувати контент і дані щодо трафіку; проте в особливих випадках, визначених законодавством, та внаслідок конкретних розпоряджень від ІП може потребуватися допомога у відслідковуванні контенту чи даних або передачі інформації про користувачів третій стороні. Такі випадки можуть впливати на свободу вираження поглядів чи право на приватне життя [7].

Розглядаючи систему форм захисту інтелектуальної власності, Є.І. Ходаківський виокремлює:

– юрисдикційні форми захисту інтелектуальної власності: загальний (судовий) та спеціальний (адміністративний);

– доюрисдикційні форми: арбітраж, медіацію, самозахист [8, с. 170].

Сьогодні до найбільш застосовних механізмів захисту прав інтелектуальної власності в Інтернеті належать: судовий, адміністративний захист, а також самозахист прав.

Позасудовий порядок припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет врегульовано статтею 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права». У разі порушення будь-якою особою авторського права в інтернеті автор має право звернутися до власника веб-сайту, на якому розміщена відповідна електронна інформація, із заявою про припинення порушення. Він передбачає право суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав (заявника) звернутися до власника веб-сайту та (або) веб-сторінки, на якому (якій) розміщена або в інший спосіб використана відповідна електронна (цифрова) інформація, із заявою про припинення порушення виключно за представництвом (посередництвом) адвоката. За відсутності обставин у відмові в її задоволенні заяви власник веб-сайту невідкладно, не пізніше 48 годин з моменту отримання заяви про припинення порушення, зобов'язаний унеможливити доступ до електронної (цифрової) інформації, щодо якої подано заяву, та надати заявнику і постачальнику послуг хостингу інформацію про вжиті заходи відповідно до вимог цієї статті. Заявник має право звернутися безпосередньо до постачальника послуг хостингу, який надає послуги і (або) ресурси для розміщення відповідного веб-сайту, із заявою про припинення порушення, допущеного власником веб-сайту. При цьому за загальним правилом власник веб-сайту, веб-сторінки не несе відповідальності за порушення авторського права і (або) суміжних прав, вчинені з використанням мережі Інтернет, якщо він невідкладно, не пізніше 48 годин з моменту отримання заяви про при-

пинення порушення, унеможливив доступ до електронної (цифрової) інформації, щодо якої подано заяву, та надав заявнику і постачальнику послуг хостингу інформацію про вжиті заходи. [8]

В аспекті ефективних інституціональних засобів захисту прав інтелектуальної власності, оприлюднених в мережі Інтернет, заслуговує уваги міжнародний досвід. На тринадцятій сесії Консультативного комітету із захисту прав, що відбулася у Женеві 3–5 вересня 2018 р., Комітет ухвалив розглянути на своїй чотирнадцятій сесії, окрім іншого, питання, пов'язані з «обміном інформацією щодо національного досвіду у сфері використання інституціональних механізмів здійснення політики і встановлення режимів захисту прав інтелектуальної власності, включаючи механізми для збалансованого, комплексного й ефективного врегулювання суперечок з питань інтелектуальної власності». У рамках цієї роботи в цьому документі представлені доповіді, які підготовлені, зокрема, Грецією і Сполученим Королівством, в яких описані механізми боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності в Інтернеті.

У доповіді Греції вказані передумови створення і механізм функціонування Комітету з повідомлення про порушення авторських і суміжних прав в Інтернеті, покликаного здійснювати нагляд за адміністративними процедурами боротьби з порушеннями авторських і суміжних прав. Мета цього нового позасудового механізму – надати правовласникам оперативні і дієві засоби захисту шляхом заборони або блокування доступу до піратського контенту в Інтернеті.

Особами, що мають право на звернення в Комітет у рамках цієї адміністративної процедури, можуть бути будь-які власники авторських або суміжних прав, права яких (імовірно) були порушені в Інтернеті, у тому числі автори, виконавці, видавці і/або організації колективного управління. Крім того, мета національного законодавчого органу, що полягає в забезпеченні як оперативності, так і ефективності цієї процедури, була досягнута шляхом скорочення терміну розгляду для того, щоб не пізніше ніж через шістдесят днів після подання відповідної заяви, за умови його прийнятності, правовласники могли добитися швидкого видалення або блокування доступу до творів, права на які були порушені. Подана в Комітет претензія може торкатися будь-якого випадку порушення авторських і/або суміжних прав у цифровому середовищі.

У документі Сполученого Королівства розглядаються завдання і діяльність Відділу поліції по боротьбі із злочинністю в сфері інтелектуальної власності (PIPCU), самостійного оперативного підрозділу правоохоронних органів, який було створено урядом країни в 2013 р. Одним з напрямів роботи, ілюстрованим в доповіді, є операція "Creative", спільний проєкт PIPCU і представників рекламної і творчих галузей, спрямований на припинення отримання доходів від реклами, що розміщується на сайтах, які порушують авторське право [9].

Одним із найважливіших механізмів захисту прав інтелектуальної власності є самозахист. Стаття 19 ЦКУ України передбачає самозахист цивільних прав. Особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства [10].

У цьому аспекті слід розглядати технічні способи самозахисту прав інтелектуальної власності, оприлюднених в Інтернеті.

Технічні засоби захисту авторських прав (DRM – Digital Rights Management і TPM – Technological Protection Measures) – це програмні або апаратні засоби, які утрудняють створення копій творів, що охороняються авторським правом. Також існує варіант, коли копію загалом зняти можливо, однак створення копій відстежується.

DRM – не завжди тільки захист від копіювання. DRM може дозволяти обмежене копіювання, надавати можливість використання впродовж обмеженого терміну, можливість відтворення тільки з використанням певних програм або техніки (тут маються на увазі не технічні вимоги, а саме виробник, «бренд»).

Під DRM розуміються саме технічні засоби захисту, тобто тільки один підвид захисту від копіювання нарівні з організаційними юридичними та іншими заходами.

Загалом до технічних засобів захисту авторського права належать:

1. Засоби, що збільшують витрати під час копіювання;
2. Засоби, контролюючі поширення копій;
3. Засоби, що захищають від несанкціонованого доступу [12, с. 115].

DRM згадується в Договорі Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право 1996 року. Так, стаття 11 закріплює, що Договірні Сторони передбачають відповідну правову охорону та ефективні засоби правового захисту від обходу існуючих технічних засобів, які вживаються авторами у зв'язку із застосуванням їх прав згідно з цим Договором або Бернською конвенцією і обмежують дії, які не дозволені авторами або не допускаються законом по відношенню до їх творів. [13]

Можна захищати авторські права в Інтернеті за допомогою запису інформації з Web-сторінок на лазерний диск і подальшому його депонуванні в сховищі – Web-депозитарії.

У деяких сегментах мережі Інтернет ефективно використовується спосіб захисту у вигляді «водяних знаків» в електронних копіях фотографій і зображень. Водяні знаки можуть бути як видимими (чи друкарськими), так і прихованими (чи цифровими).

Ще одним засобом захисту є встановлення знаку копірайту ©. Цей варіант є найпростішим і найдоступнішим будь-якому користувачеві. Щоб встановити цей знак, не треба проходити додаткову реєстрацію або здійснювати інші дії. Як тільки користувач завантажує у Всесвітню мережу фотографію, статтю або інший матеріал, який зробив він сам, він автоматично стає його автором і має право встановити знак копірайту на будь-кому продукті своєї творчості. Поряд зі значком можна поставити своє ім'я і рік публікації. Цей символ і право на його використання був встановлений в середині минулого століття на Всесвітній Женевській Конференції, присвяченій проблемі авторського права. Але такий знак має суто декларативну функцію. Нічого не заважає порушнику позбавитися від знаку копірайту в процесі редагування тексту [14, с. 145–146].

Творчість і новаторство – багатоетапний процес, під час якого створюється безліч цінних продуктів. Доказ того, що ідея, текст пісні, ескіз або інший результат інтелектуальної діяльності існував до їх створення іншими людьми, може істотно підвищити його цінність.

Новітнім технічним засобом охорони прав інтелектуальної власності є WIPO PROOF. Двадцять сьомого травня 2020 р. Всесвітня організація інтелектуальної власності запустила нову нотаріальну бізнес-послугу для новаторів будь-якої галузі "WIPO PROOF". Це цифрова нотаріальна послуга, що створює відбиток дати і часу на цифровому файлі – токені, і дозволяє створити захищені від несанкціонованого втручання докази того, що цифровий файл з інтелектуальними активами існував в певний момент часу, і що в нього не вносилися ніякі зміни.

Отже, Інтернет і цифрові технології створили нову реальність для оприлюднення результатів інтелектуаль-

ної діяльності із власними перевагами і недоліками. Проблема визначення юрисдикції у справі порушених прав інтелектуальної власності в Інтернеті для міжнародного приватного права досі залишається актуальною, з огляду на транскордонну специфіку глобальної мережі. За таких умов постає важливим не тільки питання визначення належної юрисдикції, а й ідентифікації порушника прав інтелектуальної власності.

З одного боку, Інтернет відкриває нові можливості, дозволяючи авторам вільно поширювати результати їх інтелектуальної діяльності. З іншого боку, автори наражені на небезпеку порушення авторського права у зв'язку із можливим безконтрольним копіюванням, піратством та іншими порушеннями, що зумовлює необхідність пошуку і застосування ефективних механізмів та форм захисту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Bridy, Annemarie, Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author (July 18, 2011). Stanford Technology Law Review, Vol. 5, pp. 1-28 (Spring 2012)., U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2011-25, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1888622
2. Андреев Б.В., Вагонова Е.А. Право и Интернет. *Учебное пособие.* Москва : ИМПЭ им. А. С. Грибоедова, 2001. с. 26
3. Кудрицкая Т., Чижова Ю. Интеллектуальная собственность и Интернет: трудности взаимосуществования. ЮРИСТ&ЗАКОН. 2012. 28 февр. (№ 9). URL: http://www.kisilandpartners.com/ru/ publications/articles/intellectual_property_and_the_internet_the_challenges_of_coexistance/ (дата звернення: 06.11.2020).
4. Атаманова Ю.Є. Охорона авторських та суміжних прав від порушень у мережі Інтернет: реалії та тенденції в Україні. *Правове регулювання відносин у мережі Інтернет* : кол. монографія / кол. авторів А. П. Гетьман та інші. за ред. С. В. Глібко, К. В. Єфремова. Харків, 2016. с. 166–193.
5. Харьковская цивилистическая школа: осуществление и защита права интеллектуальной собственности : монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Жуков, Н.Е. Яркина и др.; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2018. 696 с.
6. Зеров К.О. Особливості відповідальності інтернет-посередників за порушення авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. URL: http://aphd.ua/publication-159/ (дата звернення: 07.11.2020).
7. Керівні принципи у сфері прав людини для інтернет-провайдерів. URL: https://rm.coe.int/1680599368 (дата звернення: 07.11.2020).
8. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року № 3792-XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text (дата звернення: 08.11.2020).
9. Механизмы борьбы с нарушением прав интеллектуальной собственности в интернете. Консультативный комитет по защите прав. Женева, 2–4 сентября 2019 г. WIPO/ACE/14/8/REV URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/ru/wipo_ace_14/wipo_ace_14_8.pdf (дата звернення: 08.11.2020).
10. 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: 08.11.2020).
11. Жарова А. К. Правовая защита интеллектуальной собственности. Москва : Юрайт, 2011. с. 306.
12. Ахмедов Г.А., Войниканис Е.А., Глазунова К.Д. и др. Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. *Научно-практическое пособие*. Москва : РВК, 2017. С. 213.
13. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_770#Text (дата звернення: 09.11.2020).
14. Чигирева Л.А. Охрана объектов авторского права в сети интернет. *Приоритетные науч. направления: от теории к практике*. 2015. № 15. С. 143-148. URL: http://cyberleninka.ru/article/n/ohrana-obektov-avtorskogo-prava-v-seti-internet (дата звернення: 09.11.2020).

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/38

ДОГОВІР ДОВІЧНОГО УТРИМАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

CONTRACT MAINTENANCE FOR LIFE: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Сердюк А.О., студентка І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Федчишина Ю.В., студентка І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Назарова І.В., студентка І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено правову природу договору довічного утримання в Україні. Наведений договір завжди займав важливе місце як у дослідженнях науковців, так і на побутовому рівні. Адже багатьом з нас відомо, що багато самотніх літніх людей не мають можливості або не спроможні забезпечувати себе самостійно, і саме тому потребують допомоги від сторонніх осіб. Саме у таких випадках у нагоді стає договір довічного утримання, в результаті якого набувач стає власником нерухомого майна літньої людини, а відчужувач своєю чергою отримує послуги з піклування та забезпечення.

Проведено порівняльний аналіз української моделі цього договору з договором довічного утримання зарубіжних країн, а саме Японії, Франції, Польщі. Досліджено значення та актуальність договору довічного утримання як правового механізму гарантування та захисту прав людини.

Проаналізовано істотні умови договору, а також характерні для нього ознаки. Виявлено відмінності та особливості договору довічного утримання відповідно до національного та іноземного законодавства. Водночас треба сказати, що у більшості наукових праць висвітлюються саме окремі аспекти договору довічного утримання, в яких відсутній комплексний аналіз правової природи цього інституту та його регулювання на законодавчому та міжнародному рівнях.

На підставі наявних розбіжностей у регулюванні інституту довічного утримання у різних країнах на національному рівні виникають труднощі колізійного регулювання, що потребують застосування прив'язок до українського законодавства. Виявлено недоліки та потребу у вдосконаленні чинного законодавства у цій сфері з урахуванням актуальних державотворчих явищ. Тому, на нашу думку, для досягнення своєї мети під час укладення цього договору кожною стороною доцільно буде найбільш точно зазначати види і обсяг утримання та (або) догляду, які буде одержувати відчужувач від набувача. Також потрібно доповнити договір положеннями про можливість заміни утримання певними платежами.

Ключові слова: міжнародне приватне право, цивільне право, договір довічного утримання, набувач, відчужувач, істотні умови.

The article examines the legal nature of the contract of permanent alimony in Ukraine. This agreement has always occupied an important place both in the research of scientists and at the household level. Many of us know that many lonely elderly people do not have the opportunity or are unable to maintain for themselves, and this is why they need help from outsiders. It is in such cases that the contract of lifetime maintenance becomes necessary as a result of when the purchaser becomes the owner of the immovable property of the elderly person, and one receives care and provision services.

A comparative analysis of the Ukrainian model of this agreement with the contracts of life maintenance of Japan, France, Poland has been conducted. The significance of the lifetime maintenance agreement as a legal mechanism for guaranteeing and protecting human rights has been studied.

The essential conditions of this agreement, its differences and features in accordance with national and foreign legislation have been analyzed. At the same time, in the majority of scientific works, the separate aspects of the contract of life maintenance in which there is no complex analysis of the legal nature of the given institute are covered.

Due to the existing differences in the regulation of the institution of life imprisonment in different countries at the national level, there are difficulties in conflict regulation, which require the use of bindings in accordance with Ukrainian law. As a result of the research disadvantages were found and the need to improve legislation in this area, taking into account current state-building phenomena.

Therefore, in our opinion, to achieve its goal in concluding this agreement, each party will be most accurate to specify the types and scope of maintenance and (or) care that will receive the alienator from the purchaser. It is also necessary to add to the contract a provision on the possibility to replace the withholding with certain payments.

Key words: international private law, civil law, contract of permanent alimony, acquirer, alienor, essential terms.

Стосовно нормативного закріплення договору довічного утримання треба сказати, що у зв'язку з прийняттям у 2003 році нового Цивільного кодексу України відбулися суттєві зміни щодо правового регулювання цього інституту, що своєю чергою стало підставою для стрімкого зростання інтересу у працях юристів до цього виду договору.

Тим не менш, попри запровадження цього договору ще у минулому столітті, він залишається актуальним та ефективним у застосуванні серед населення України й донині. Досліджуючи досвід європейських держав у цій сфері та враховуючи реалії функціонування національної правової системи, постало питання про доцільність встановлених відмінностей у функціонуванні цього інституту та запровадження до законодавства України відповідних змін з урахуванням досвіду іноземних держав.

Правова природа договору довічного утримання досліджувалась у працях О.М. Великороди, О.В. Дзери, Н.Л. Цопіної, М.С. Долинської, О.С. Іоффе, Н.С. Кузнєцової, А.О. Куртакової, В.О. Кучера, М.В. Лаптоша, Р.О. Стефанчука, О.С. Яворської та інших. Праці цих науковців мають величезну теоретичну та практичну цінність, тому заслуговують уваги.

За мету поставлено дослідження поняття та правової природи договору довічного утримання в Україні та світі. Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі основні завдання: дослідити доктринальні та легальне поняття договору довічного утримання в Україні та зару-

біжний досвід, провести їх порівняльний аналіз. Визначити правову природу договору довічного утримання; здійснити його цивільно-правову характеристику. Виявити спільні риси та особливості цього інституту за законодавством двох держав.

Виклад основного матеріалу. Перш за все з'ясуємо визначення договору довічного утримання на легальному та доктринальному рівнях.

Стаття 744 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК України) визначає, що за договором довічного утримання одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність жилий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно або рухоме майно, яке має значну цінність, взамін чого набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічного утримання [1].

У дослідженні О.М. Великороди наведене визначення договору довічного утримання як правочин, за яким відчужувач передає набувачеві у власність нерухоме або будь-яке рухоме майно, натомість набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно [2, с. 6].

М.С. Долинська визначає договір довічного утримання як довготривалий правочин про перехід у власність майна (нерухомого чи цінного рухомого) під взаємне зобов'язання набувача щодо надання відчужувачу довічного утримання та (або) догляду, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, якщо його предметом є нерухоме майно [3, с. 324].

На нашу думку, не доречно визначено об'єкт даного договору. По-перше, законодавець зазначає, що «… одна сторона (відчужувач) передає другій стороні (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їх частину, інше нерухоме майно …». Тобто обмежень щодо передачі нерухомого майна не встановлено, а поняття «нерухоме майно» включає в себе і житловий будинок, і квартиру або їх частини. Тому потрібно або узагальнити об'єкт під категорією «нерухоме майно» або конкретизувати поняття «інше нерухоме майно», хоча в останньому потреба відсутня.

По-друге, в іншій частині статті зазначено, що предметом може бути рухоме майно, яке має значну цінність. Проте, на нашу думку, доречніше було б зазначити, що предметом договору може бути будь-яке рухоме майно, оскільки цінність тої чи іншої речі є оціночною. Враховуючи, що сторони укладають договір з власної волі та самостійно визначають його предмет, то рухоме майно, яке передається набувачу, має для нього конкретну значну цінність з огляду на обсяг обов'язків сторони з утримання та/або догляду визначеного змістом укладеного договору. Таким чином, предметом договору довічного утримання є будь-яке нерухоме та рухоме майно.

Отже, договір довічного утримання виступає цивільно-правовим засобом реалізації однією стороною свого права на соціальний захист, а інша сторона отримує можливість отримати у власність нерухоме або інше цінне майно в обмін на фізичні та майнові ресурси для утримання відчужувача.

Метою цього договору є передача відповідного майна (рухомого та нерухомого) однією стороною як плата за надані послуги з утримання (догляду) іншій стороні. При цьому кожна зі сторін договору переслідує свою мету. Так, для набувача– це отримати майно для себе у власність, а для відчужувача – отримати послуги з догляду та/або утримання від такої особи. З огляду на наведене треба сказати, що мета цього договору досягається набувачем протягом довготривалого часу, на відміну від інших цивільно-правових договорів, де момент виконання визначається вчиненням одноразової дії.

Сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач та набувач. Відчужувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути фізична особа незалежно від її віку та стану здоров'я. Таким чином, законом не забороняється укладення договору з неповнолітніми та малолітніми особами з урахуванням ст. ст. 31, 32 ЦК України. В такому разі неповнолітні особи можуть укладати договір лише за наявності письмової нотаріально посвідченої згоди батьків (усиновлювачів, піклувальників) або органу опіки та піклування. Щодо малолітніх осіб, то договір укладається від імені третьої особи з дозволу органу опіки та піклування, про що зазначено у ст.71 ЦК України.

Змістом договору є перехід права власності від відчужувача до набувача, а також виникнення обов'язку у набувача утримувати (доглядати) відчужувача.

Істотними умовами договору є: предмет та ціна. Для цього виду договору строк не належить до істотних умов, тому що визначається тривалістю життя відчужувача майна. Зазначений договір має ознаку триваючого, оскільки зберігає силу до моменту смерті відчужувача і вимагає систематичного виконання набувачем своїх обов'язків.

Також цей договір є одностороннім, оскільки у відчужувача є лише право вимагати від набувача надання обумовленого договором матеріального забезпечення, а набувач несе лише обов'язок – надавати відчужувачеві матеріальне забезпечення.

Договір довічного утримання (догляду) укладається у письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням. З нотаріальною формою договору довічного утримання пов'язується момент виникнення права власності на майно у набувача. Водночас нотаріус повинен накласти заборону на відчуження набувачем майна до припинення дії договору.

Договір довічного утримання є відплатним. За цим договором набувач отримує у власність майно, вартість якого на момент укладення договору відома. Натомість вартісний вираз утримання, що буде надаватися набувачем відчужувачу за договором, не може бути точно відомим, визначеним, адже неможливо визначити строк дії договору. Тому з огляду на цю обставину договір довічного утримання відносять до алеаторних (ризикових) договорів. Також слід зауважити, що цьому договору притаманні ознаки фідуціарності, що виражені в особливому довірчому характері відносин сторін [4, с. 79–84]

Таким чином, договір довічного утримання (догляду) є реальним, односторонньо зобов'язуючим, відплатним, алеаторним, триваючим, з особливо довірчим характером.

Звертаючись до іноземного законодавства у цій сфері, О. Великорода зазначає, що в країнах Європи виділяються два підходи до інституту довічного утримання: а) відсутність спеціального правового регулювання та застосування до відносин по довічному утриманню загальних положень про довічну ренту; б) спеціальне правове регулювання договору довічного утримання [6, с. 53].

На прикладі країни Японії можна побачити цей інститут у ряді законів, зокрема: Закон про пенсії працівників поштової служби 1949 року, Закон про охорону здоров'я, пенсії та страхування 1941 року, Закон про державні пенсії 1959 року та інші. В Цивільному Кодексі Японії, що набрав чинності 1898 р., також передбачений договір довічного утримання.

Відповідно до ст. 689 ЦК Японії за договором довічного утримання одна сторона зобов'язана регулярно надавати гроші та інші речі контрагенту або третій особі протягом всього часу до власної смерті, смерті контрагента або третьої особи.

З огляду на цю норму можна виділити основні риси наведеного договору. По-перше, відсутня умова про передачу майна у власність особи, яка бере на себе обов'язок з утримання контрагента. По-друге, довічне утримання здійснюється шляхом надання виключно грошей або

інших необхідних речей. По-третє, договір припиняється у разі настання смерті однієї із сторін або третьої особи.

У підручнику «Цивільне право Японії» наведений приклад договору довічного утримання: громадянин А. зобов'язаний виплачувати кожного місяця 100 тис. єн громадянину Б., який довгий час працював у магазині громадянина А. Таким чином, виплати мають характер добровільних аліментів. Сакае Вагацума та Тору Аркідзумі зазначають, що договір довічного утримання може існувати в різних формах, зокрема, відповідне зобов'язання може прийматися без будь-якої винагороди, тобто існує як договір дарування або з винагородою – договір купівлі-продажу, також може виникати на підставі заповіту. Договір довічного утримання, передбачений ЦК Японії, має особливий характер та суттєво відрізняється від договору довічного утримання, які передбачені законодавчими актами країн Європи в тому числі і України [7, с. 121–123].

Стосовно законодавства Франції, то у цій країні взагалі відсутнє поняття договору довічного утримання, однак у Французькому Цивільному Кодексі 1804 р. містилася глава під назвою «Про договір довічної ренти», яка складалася з двох розділів: 1) умови, необхідні для дійсності договору; та 2) наслідки договору. Сучасний Цивільний Кодекс Франції не містить поняття довічної ренти, але в ньому містяться норми, які регулюють відносини з укладення такого договору. Довічна рента може бути установлена на відплатних та безвідплатних умовах, встановлена на час життя рентоотримувача або на час життя третьої особи, яка не є отримувачем ренти. Визначені також порядок виплати рентних платежів та наслідки невиконання обов'язку з їх виплати [8, с. 10].

Наведений договір завжди є результатом нотаріальної дії. Нотаріус у Франції представляє інтереси держави, тобто угода знаходиться на державному контролі. Рента виплачується виключно у грошовій формі та складається з одноразового платежу, який становить 20–50% від вартості майна, яке є предметом договору та щомісячних платежів. Розмір рентних платежів сторони встановлюють на власний розсуд, враховуючи вартість майна, вік та стать відчужувача, розмір одноразового платежу під час підписання договору, а також, чи проживатиме відчужувач у приміщенні довічно. Договір довічної ренти є досить популярним, однак розглядається не як договір купівлі-продажу, а як інвестиція в майбутнє. З іншого боку, надає можливість особам похилого віку отримувати дохід для власного утримання, не втрачаючи власного житла та не змінюючи звичних умов життя.

Досить цікавим є регулювання договору довічного утримання в законодавстві Польщі, положення якого детально регулюють обов'язки набувача за договором довічного утримання. В Цивільному кодексі Польщі інститут довічного утримання регулюється главою II розділу 34 (статті 908-916). Згідно з параграфом 1 статті 908, якщо взамін передачі нерухомості у власність набувач зобов'язався забезпечити відчужувачу довічне утримання, то він зобов'язаний за відсутності інших умов у договорі, прийняти відчужувача як свого домашнього, надавати йому харчування, одяг, жиле приміщення, освітлення, опалення, забезпечити йому відповідну допомогу та догляд у разі хвороби, а також влаштувати йому за власний рахунок похорон відповідно до місцевих звичаїв. Набувачем майна може бути і юридична особа. Передача нерухомості у власність за цим договором настає одночасно з обтяженням нерухомості правом на довічне утримання. Згідно зі статтею 913 Цивільного кодексу Польщі, якщо через певні причини між особою, що мас право на довічне утримання, і зобов'язаною особою склались такі відносини, що від сторін неможливо вимагати, щоб вони залишались одна з одною в безпосередній близькості, суд, на вимогу однієї з сторін може замінити всі чи деякі обов'язки, що входять до складу довічного утримання, довічної ренти відповідної вартості. І тільки у виняткових випадках суд має право на вимогу однієї зі сторін розірвати договір довічного утримання [5, с. 182–184].

Наявність суттєвих розбіжностей у національних підходах до регулювання договорів довічного утримання зумовлює значні складності колізійного регулювання цих питань, коли такі відносини набувають транскордонного характеру. Відповідно до закону України «Про міжнародне приватне право» у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин (стаття 5). У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином, для договору довічного утримання визначальним правом буде право відчужувача (ст. ст. 32, 44).

Аналізуючи Закон Японії «Про загальні правила застосування законів», регулювання договору довічного утримання має кілька прив'язок, враховуючи особливості майна, яке є предметом договору. Оскільки договір довічного утримання може мати безвідплатний характер, то ці відносини будуть регулюватися відповідно до особистого закону особи, яка надає утримання. Однак ці відносини будуть регулюватися правом Японії: 1) якщо відносини виникли між іноземцем-утримувачем та громадянином Японії, який отримує таке утримання, і іноземець фізично не може здійснити утримання на території Японії і немає особи, яка могла б це зробити за нього; 2) відносини виникли між іноземцем-утримувачем та іноземцем, який отримує таке утримання на території Японії (стаття 35). Щодо відплатних договорів: права in rem у відношенні до рухомого та нерухомого майна, а також будь-які права, які потребують реєстрації, регулюються правом місця, де знаходиться таке майно (lex rei sitae) (стаття 13).

Правова природа договору довічного утримання за правом Франції має характер договору ренти. Предметом договору виступає виключно нерухоме майно. Відповідно до ст. 3 Цивільного Кодексу Франції відносини з приводу нерухомого майна, навіть того, яке належить іноземцям, регулюються законом Франції.

Регулювання договору довічного утримання в Польщі має спільні риси з українським. Зокрема, стаття 4 Закону Польщі «Про міжнародне приватне право» закріплює принцип автономії волі сторін lex voluntatis, у разі якщо сторони не обрали застосовне право, то застосовується право країни, яке тісно пов'язане із правовідносинами (proper law), при цьому закон відсилає до Регламенту Європейского Парламенту та Ради Європейського Союзу № 593/2008 від 17 червня 2008 г. «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань» («Рим I»). У Регламенті зазначено, що у разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке передбачено для визначених категорій договорів. У разі, якщо договір не віднесений до жодної з категорій або за своїми ознаками належить до різних категорій договорів, то застосовується право місця проживання сторони, яка повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору. Щодо договору довічного утримання спеціальне регулювання в законі та Регламенті відсутнє.

Висновки. В умовах входження України в європейську спільноту договірне регулювання відносин відіграє надзвичайно важливе значення. Одним із договорів, актуальність дослідження якого в сьогоднішніх умовах зростає, є договір довічного утримання (догляду).

На цей час у ЦК України досить чітко врегульований порядок переходу права власності за договором довічного утримання (догляду), але недостатньо врегульовано питання виконання зобов'язання з боку набувача

майна. Це і є недоліком віднесення договору довічного утримання (догляду) до договорів про передачу майна у власність. Отримавши майно у власність, набувач виконує свої обов'язки щодо надання утримання та догляду відчужувану. Тобто у разі укладання договору довічного утримання (догляду) ще не досягнута мета договору. Вона досягається поступово, в часі, впродовж якого відчужувач виконує свої зустрічні зобов'язання.

На наш погляд, деталізація обов'язків за договором довічного утримання досить суттєво зменшує можливість зловживання виконанням зобов'язань з боку відчужувала майна, а також чітко врегульовує коло обов'язків набувача майна за договором.

До того ж, враховуючи відмінності у регулюванні інституту довічного утримання в різних державах, виникає потреба у зверненні до внутрішнього законодавства для вирішення питань щодо застосування колізійних норм.

Отже, доцільним буде якомога точніше в договорі довічного утримання (догляду) зазначати види і обсяг утримання та (або) догляду, які буде одержувати відчужувач від набувача. Також потрібно доповнити договір положеннями про можливість заміни утримання певними платежами.

Все це надасть більше можливостей кожній зі сторін договору довічного утримання досягти своєї мети під час укладення договору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України: станом на 16 жовтня 2020 року зі змінами і доповненнями. *Верховна Рада України*. Харків : Право, 2020. 356 с.
2. Великорода О.М. Договір довічного утримання : дис… канд. юрид. наук : 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України, 2006. 25 с.
3. Долинська М.С. Особливості нотаріального посвідчення договору довічного утримання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 64. С. 318–324.
4. Лаптош М.В., Костенко-Костейчук Г.А. Загальна характеристика договору довічного утримання. *Трипільська цивілізація*. 2012. Вип. 3. С. 79–84.
5. Чучкалова Д.О. Деякі проблемні питання договору довічного утримання. *Сучасні проблеми цивілістики* : зб. матеріалів наук.-практ. конф. НЮУ ім. Я. Мудрого. Харків: б.в., 2014. С. 182–184.
6. Великорода О.М. Договір довічного утримання в законодавстві країн Євросоюзу та Швейцарії. *Развитие гуманитарных наук. Проблемы и перспективы*. Польща, Катовіце, 2013. № 1. С. 50–54.
7. Сакаэ Вагацуми, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии. Кн. 2. / пер. с яп. В.В. Батуренко. Москва : Прогресс, 1983. 334 с.
8. Лазарева Е.В. Пожизненная рента в гражданском праве современной России : монография. Томск : Изд-во Том. ун-та, 2006. 154 с.

УДК 340.114
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/39

ПРАВОВЕ ПОЛОЖЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ – БАНКРУТА В УКРАЇНІ

LEGAL STATUS OF AN INDIVIDUAL-BANKRUPT IN UKRAINE

Сирота Д.І., к.ю.н.,
доцент кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцький національний університет імені Михайла Остроградського

Почтовюк К. А., студент VI курсу
юридичного факультету
Кременчуцький національний університет імені Михайла Остроградського

У статті розглядається правове положення фізичної особи – банкрута в Україні. Законодавчо визначені заходи і засоби розв'язання соціальних проблем є іноді недостатньо ефективними у їх вирішенні, що викликає соціальну напруженість у суспільстві та невдоволеність населення такими обставинами.

Питання правового регулювання процедур банкрутства в Україні вже давно потребувало нових підходів. Особливо це стосується питань банкрутства фізичних осіб.

Економічна криза в Україні призвела до того, що постраждало багато позичальників, серед яких поміж підприємців, що брали гроші на розвиток бізнесу, є і фізичні особи, які не є підприємцями та які через кредити вирішували свої життєві проблеми, сподіваючись на іншу економічну ситуацію в країні. Тому питання про можливість визнання фізичної особи банкрутом постає дуже гостро.

У 2018 році відбувся важливий крок для вітчизняного законодавства, був прийнятий законопроєкт Кодексу України з процедур банкрутства № 2597-VIII. У законі була прописана можливість банкрутства фізичних осіб, які не є підприємцями, прописані випадки, коли боржник може скористатися правом звернення до суду з заявою про банкрутство.

Активне поширення на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом, призводить до погіршення майнового стану громадян. Саме така кризова ситуація проявляє усі прогалини законодавства про банкрутство.

В умовах економічної кризи та реаліях розповсюдження коронавірусу інститут банкрутства фізичної особи міг виступити механізмом, що дозволив би боржнику-фізичній особі отримати належний захист і зберегти активи для відновлення платоспроможності і при цьому гарантувати повернення заборгованості кредиторам. Однак, чи дійсно визнання неплатоспроможності зможе стати діючим інструментом для захисту прав боржників та кредиторів, залишається відкритим питанням.

У результаті проведеного дослідження було визначено важливість запровадження інституту банкрутства фізичних осіб в Україні, який повинен бути надійним способом врегулювання відносин між боржником і кредитором у нашому суспільстві. Також авторами був проведений аналіз прогалин вітчизняного законодавства та його порівняння с законодавством розвинутих країн.

Ключові слова: фізична особа банкрут, євроінтеграція, економічна криза, банкрутство, коронавірус.

The article considers the legal status of a private individual bankrupt in Ukraine. Determined tools of solving social problems that are defined legislatively are not enough effective in solving urgent issues. Moreover, it can increase social stress and dissatisfaction as well.

Issues of legal regulation of bankruptcy procedures in Ukraine have been in need of new approaches for a long time. This is especially true for bankruptcy of private individuals.

Economic crisis in Ukraine has led to the fact that many borrowers have suffered. Among them there are entrepreneurs who took money for business development, as well as private individuals (not entrepreneurs) who has solved their living issues through loans with hope for another economic situation in the country. That is why, the problem of the possibility of recognizing a physical person as a bankrupt is especially acute.

The draft Code of Ukraine which was based on bankruptcy procedures № 2597-VIII was established on 2018. The law speaks about the possibility of private individuals' bankruptcy who are not entrepreneurs and cases when the debtor can take advantage of the right to apply to the court with a statement of bankruptcy.

The active spread of acute respiratory disease COVID-19 caused by coronavirus on the territory of Ukraine has led to the deterioration of the property status of citizens. This is exactly what shows all the gaps in bankruptcy law.

In the context of the economic crisis and the realities of the spread of coronavirus, the institution of bankruptcy of an individual could act as a mechanism that would allow the debtor-individual to get adequate protection and preserve assets to restore paying capacity and hereby to give guarantee of debts repayment of creditors. However, the question whether the recognition of insolvency can really become an effective tool to protect the rights of debtors and creditors remains open.

As the result of the study, the importance to adopt the Institute of Bankruptcy of Individuals in Ukraine as civilian system for controlling the relations between the borrower and the creditor in our society was determined. In addition, the authors have analyzed the errors of laws of Ukraine and compared them with other developed countries laws.

Key words: Individual-bankrupt, European integration, economic crisis, bankruptcy, coronavirus.

Останнім часом в Україні через нестабільність економіки та наслідки загальної економічної кризи особливого значення набуває забезпечення економічного захисту населення. Зокрема, подолання наслідків негативного впливу кризи на платоспроможність громадян, які отримали в банківських установах кошти за кредитними договорами, у тому числі в іноземній валюті, для придбання нерухомості, споживчих товарів, на здійснення підприємницької діяльності тощо. Але законодавчо визначені заходи і засоби розв'язання соціальних проблем є іноді недостатньо ефективними у вирішенні насущних соціальних питань, що викликає соціальну напруженість у суспільстві та невдоволеність населення такими обставинами.

Теоретичною основою дослідження, розв'язання поставлених завдань та формування висновків наукової роботи стали праці зарубіжних учених, зокрема таких, як О. Терещенк, І. Бланк, Л. Лігоненко, Б. Поляков, А. Череп, З. Шершньова, А. Штангрет, І. Рибка та інших науковців. Проте у вітчизняній юридичній науці все ще відсутні комплексні дослідження питань правового регулювання процедури банкрутства фізичних осіб в Україні. Подібні умови актуалізують дослідження процедури банкрутства фізичних осіб в Україні.

Метою роботи є аналіз державного регулювання процедури банкрутства фізичних осіб в Україні та історичних аспектів формування інституту банкрутства фізичних осіб в Україні, а також аналізу позитивного досвіду зарубіжних країн у питанні запровадження процедури банкрутства фізичних осіб та регулювання процедури в умовах поширення хвороби COVID-19.

Правова концепція банкрутства фізичних осіб вперше з'явилася у США і була впроваджена там у національне законодавство про банкрутство 1978 року. У США вирізняють два основних види банкрутства фізичних осіб. Щодо першого виду – борги просто списуються у частині, що перевищує вартість майна боржника, другий вид – погашається шляхом продажу майна. Слід зауважити, що другий вид дозволяє банкрутам виплачувати свої борги за планом. Зазвичай план затверджується судом на термін від трьох до п'яти років.

Політика європейських держав у сфері банкрутства значно суперечить американським нормам, наприклад, у разі отримання нових кредитів боржником. Так, Великобританію називають країною з найгуманнішою політикою у сфері банкрутства, адже британський боржник має право на отримання нових кредитів, на відміну від американського боржника, якому обов'язково потрібно отримати згоду суду задля отримання нового кредиту [1].

Якщо порівнювати процедури провадження банкрутства в європейських державах та США, то більш сприятливий підхід для споживачів регламентований законодавством Сполучених Штатів, адже процедури банкрутства менш суворі та тривалі (в деяких випадках фізичні особи можуть позбутися боргу навіть за декілька місяців). У європейських країнах законодавство та судова практика говорять про орієнтацію у справах про банкрутство зазвичай на інтереси кредиторів [2].

І хоча європейські країни останніми десятиріччями запозичують американську доктрину «нового старту» ("fresh start") – погашення боргів за рахунок майна боржника, списання залишку боргів та надання можливості боржнику заново інтегруватися у суспільство, деякі дослідники наголошують на проблемах імплементації цієї доктрини у континентальну правову систему. Адже США є країною з відносно обмеженою системою соціального забезпечення та порівняно радикальним підходом fresh start (списання боргів, виключення деякого майна боржника з конкурсної маси тощо). Натомість західноєвропейські країни мають добре розвинуту систему соціального забезпечення, що деякою мірою згладжує гостроту проблеми надмірної заборгованості. На відміну від північноамериканського законодавства про споживче банкрутство, європейське законодавство порушує моральні питання під час доступу до процедури врегулювання, яка вимагає обов'язковий план платежів з погашення боргу та пропонує консультування щодо боргу. Європейське законодавство відбиває розуміння, що зростання заборгованості є скоріше соціальною, ніж ринковою проблемою [2].

У європейських країнах законодавство також різниться, проте визначають декілька спільних принципів:

– відновлення платоспроможності боржника;
– fresh start через план погашення боргу;
– доступ до процедур банкрутства без надмірних витрат;
– наявність консультування;
– надання переваги позасудовому та досудовому врегулюванню [3].

На мою думку, ставши на шлях європейської інтеграції, окрім безвізового режиму, відкриття кордонів для вигідного експорту та імпорту, необхідно передусім перейняти досвід держав, в яких рівень життя на декілька десятків показників перевищує рівень життя в Україні, перейняти толерантність європейців до громадян своїх країн, а також намагання держави допомогти, реабілітувати через судові процедури добросовісного боржника.

У вітчизняному законодавстві до 1992 р. фактично був відсутній юридичний механізм вирішення проблем неплатоспроможності підприємств. 30 червня 1999 р. був прийнятий Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Нормативно-правовий акт містить спеціальні норми, які мають пріоритет перед нормами загальними щодо регулювання порядку провадження у справах про банкрутство, відновлення платоспроможності боржника, визнання його банкрутом, застосування ліквідаційної процедури, укладення мирової угоди між боржником та кредиторами, задоволення вимог кредиторів, а також особливості банкрутства окремих категорій боржників та іноземна процедура банкрутства [4].

Економічна криза в Україні призвела до того, що постраждало багато позичальників, серед яких поміж підприємців, що брали гроші на розвиток бізнесу, є і фізичні особи, які не є підприємцями та які через кредити вирішували свої життєві проблеми, сподіваючись на іншу економічну ситуацію в країні.

Важливий крок відбувся для вітчизняного законодавства 18.10.2018 р., коли був прийнятий законопроєкт Кодексу України з процедур банкрутства № 2597-VIII, який повинен був покращити ведення бізнесу та зменшити зловживання у процедурах банкрутства [5].

До набрання чинності Кодексом відновити свою платоспроможність або бути визнаним банкрутом могли тільки юридичні особи. Фізичні особи ризикували залишитися в борговій ямі наодинці з кредиторами та колекторами. Водночас потрібно розуміти, що у скрутне матеріальне становище фізична особа могла потрапити внаслідок збігу різних обставин, які часто не залежать від її волі.

Пройшовши процедуру банкрутства та звільнившись від боргів, фізична особа повинна повернутися до легальної праці, сплачувати податки, зберегти й підвищити в майбутньому трудовий та підприємницький потенціал. Це має бути у пріоритеті!

Деякі норми закону були прийняті досить неоднозначно та викликають сумніви, наприклад, обов'язкова участь арбітражного керуючого. Досвід більш розвинутих країн не був взятий до уваги у повному обсязі. Процес ліквідації боргів повинен проходити у господарському суді за місцем проживання боржника, що ускладнює настання правосуддя для частини населення. Тим не менш, цей законопроєкт був важливим кроком для нашого законодавства.

Боржник має право звернутись до господарського суду з заявою про відкриття провадження у праві про банкрутство також у разі, якщо:

1) розмір прострочених зобов'язань боржника перед кредитором (кредиторами) становить не менше 30 розмірів мінімальної заробітної плати;

2) боржник припинив погашення кредитів чи здійснення інших планових платежів у розмірі більше 50 відсотків місячних платежів за кожним з кредитних та інших зобов'язань упродовж двох місяців;

3) ухвалено постанову у виконавчому провадженні про відсутність у фізичної особи майна, на яке може бути звернено стягнення;

4) існують інші обставини, які підтверджують, що найближчим часом боржник не зможе виконати грошові зобов'язання чи здійснювати звичайні поточні платежі (загроза неплатоспроможності) [5].

Після відкриття провадження у справі про неплатоспроможність боржника стосовно боржника або його майнового стану настають такі наслідки: припиняється нарахування штрафних санкцій та відсотків за простроченими зобов'язаннями боржника; вводиться мораторій на задоволення вимог кредиторів; здійснення корпоративних прав боржника відбувається з урахуванням обмежень, встановлених Кодексом; строк виконання усіх грошових зобов'язань боржника вважається таким, що настав; відчуження майна боржника у будь-який спосіб відбувається за погодженням з арбітражним керуючим, який стає основною фігурою у справі про банкрутство [5].

В українській судовій практиці вже є судове рішення про визнання фізичної особи банкрутом та введення щодо такої фізичної особи процедури погашення боргів.

На сьогоднішній день відповідно до Постанови Кабінету міністрів України від 22 липня 2020 р. № 641 залежно від епідемічної ситуації в регіоні або районі чи місті обласного значення може бути встановлений: «зелений», «жовтий», «помаранчевий» або «червоний» рівень епідемічної небезпеки поширення COVID-19. Залежно від рівня небезпеки на території відповідного регіону діють заборони різного рівня і жорсткі обмеження для бізнесу [6].

Станом натепер більше дев'яти тисяч нових хворих за добу і вже десять обласних центрів опинилися у червоній зоні. Хоча 17 березня Верховною радою було прийнято ряд законопроєктів (у тому числі № 530-IX, № 533-IX), що були спрямовані на подолання негативних економічних наслідків для бізнесу, підтримання платників податків та захист трудових прав громадян, проте такі заходи є недостатніми [7].

За різними оцінками падіння економіки буде таким же різким, як і під час фінансової кризи 2009 р., а можливо і сильнішим, залежно від того, з якою швидкістю вдасться впоратись із зростанням кількості випадків зараження та як довго будуть діяти карантинні обмеження [8].

Як відомо, розмір виплат для осіб, що отримують мінімальну допомогу по безробіттю без урахування заробітної плати та страхового стажу, на період карантину підвищено з 650 грн до 1 000 грн. Тобто розмір допомоги є меншим, ніж законодавчо встановлений прожитковий мінімум [9].

У багатьох країнах Європи уряд здійснює політику підтримки бізнесу та громадян, які опинилися у скрутному стані. Наприклад, Прем'єр-міністр Естонії заявила про готовність виділити до 8% власного ВВП на підтримку бізнесу і громадян у період пандемії. Гроші будуть розподілені на підтримку ринку праці через виплати матеріальної допомоги по безробіттю, а також компенсацію витрат потерпілим від кризи роботодавцям. Крім того, держава готова здійснювати поруку по кредитах і сприяти пом'якшенню графіку їхніх виплат [10].

Міністерство фінансів Литви пропонує аналогічні заходи боротьби з кризою. Для цього уряд планує «розкупорити» дорожній фонд країни, а також фонд кліматичних змін [10].

В Україні станом на 9 жовтня 2020 р. з витрачено 29,8 млрд грн з 66 млрд грн Фонду боротьби з COVID-19. Це 45% від загальної суми Фонду. Слід зазначити, що на будівництво і ремонт доріг використано 13,6 млрд грн з цього фонду [11]. Судячи з цього, Міністерство Фінансів вважає, що цей розподіл коштів є ефективним у боротьбі з COVID-19. Подібний розподіл коштів викликає сумніви у політиці уряду щодо підтримки населення у цей тяжкий період.

Потенційними заявниками-банкрутами по-новому кодексу можуть бути громадяни, котрі залишились безробітними або припинили підприємницьку діяльність, тобто фактично залишились без будь-якого доходу [5]. У таких громадян немає заощаджень як готівкових, так і коштів на вкладних рахунках. Разом з тим вони мають значні грошові зобов'язання перед кредиторами (фінансовими установами та/або приватними фізичними і юридичними особами) при цьому додатково можуть супроводжуватися боргами перед державою та місцевим самоврядуванням у вигляді податків і зборів, а також боргами за спожиті комунальні послуги.

Громадяни, які не мали заощаджень і жили виключно за рахунок отримуваної заробітної плати та стали безробітними, залишаться з боргами. У зв'язку з карантином для учасників справи про неплатоспроможність фізичної особи може виникнути декілька проблем.

Невизначеність у часі щодо вирішення судом питання про прийняття заяви про неплатоспроможність до розгляду. За допомогою Єдиного державного реєстру судових рішень можна побачити, що у деяких випадках суд відкладає розгляд заяви фізичних осіб про відкриття провадження у справі про неплатоспроможність без визначення конкретної дати відкладення, навіть не відкриваючи провадження.

У багатьох можуть виникнути проблеми з отриманням документів, що повинні бути додані до заяви про порушення провадження у справі про неплатоспроможність. Згідно з частиною 3 статті 116 Кодексу України з процедур банкрутства до такої заяви додаються, зокрема, відомості про роботодавця (роботодавців), заявника (тобто довідка з місця роботи боржника). Однак постанова Кабінету Міністрів України № 641 обмежує діяльність деяких підприємств [6]. Для боржника це означає додаткові труднощі в отриманні довідки з місця роботи або взагалі неможливість її отримання до моменту скасування відповідних обмежувальних заходів. Це призведе до залишення заяви про порушення провадження у справі про неплатоспроможність без руху.

Витрати громадян на ведення судової справи про банкротство є немалими, а заощадження можуть використовуватися на першочергові життєві потреби, а не на звернення до суду.

В умовах економічної кризи та реаліях розповсюдження коронавірусу інститут банкрутства фізичної особи міг виступити механізмом, що дозволив би боржнику – фізичній особі отримати належний захист і зберегти активи для відновлення платоспроможності і при цьому гарантувати повернення заборгованості кредиторам. Однак, чи дійсно визнання неплатоспроможності зможе стати діючим інструментом для захисту прав боржників та кредиторів, залишається відкритим питанням, відповідь на яке дасть лише час.

У будь-якої країни, враховуючи певні, притаманні їй особливості, має бути унікальний, діючий правовий механізм, який би забезпечував дотримання балансу інтересів учасників кредитних відносин, і це підтверджується світовою практикою. Враховуючи позитивний досвід зарубіжних країн, вважаю, що дуже добре, що в Україні, нарешті, запровадити інститут банкрутства фізичних осіб, який дає можливість цивілізованим способом врегулювати відносини між боржником і кредитором.

Українські парламентарі зробили довгоочікуваний крок, запровадивши цю процедуру. Проте деякі з положень цього законопроєкту викликають сумніви, у деяких важливих аспектах досвід зарубіжних країн був проігнорованим. Умови поширення хвороби COVID-19 призвели до того, що прогалини вітчизняного законодавства стали ще більш явними. Вже було багато законопроєктів, які були спрямовані на врегулювання питань, пов'язаних із процедурою банкрутства фізичної особи, але замість рішучих та відповідальних кроків законодавець продовжує займатися «пробою пера», а враховуючи стан, у якому зараз проживають громадяни України, таке ставлення виглядає не досить доречним.

ЛІТЕРАТУРА

1. J. Niemi-Kiesiläinen. Consumer Bankruptcy In Comparison: Do We Cure A Market Failure Or A Social Problem? OSGOODE HALL LAW JOURNAL. 1999. VOL. 37 NOS. 1 & 2 P. 474– 488. URL: http://www.schuldenberatung.at/downloads/infodatenbank/information-englisch/bankruptcy_comparison_sf.pdf (дата звернення: 28.09.2020).

2. Consumer Bankruptcy Regimes and Credit Default in the US and Europe A comparative study Ceps Working Document NO. 318/July 2009 Maria Gerhard URL: https://www.financite.be/sites/default/files/references/files/727.pdf (дата звернення: 01.10.2020).

3. Рибка І.Є. Зарубіжний досвід цивільно-правового регулювання визнання фізичної особи неплатоспроможною. *Право і суспільство.* 2016 № 2. С. 59-66. URL: http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/2_2016/part_1/13.pdf (дата звернення: 01.10.2020).

4. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14 травня 1992 р. 2343-XII / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12 (дата звернення: 01.11.2020).

5. Кодекс України з процедур банкрутства 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text (дата звернення: 01.11.2020).

6. Постанова Кабінету Міністрів України Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 від 22 липня 2020 р. № 641. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/641-2020-п#Text (дата звернення: 05.11.2020).

7. Коронавірус в Україні // Офіційний інформаційний портал Кабінету Міністрів України. URL: https://covid19.gov.ua/ (дата звернення 10.11.2020).

8. What the Crash of 2020 means // Washingtonpost. URL: https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/03/11/what-crash-2020-means/ (дата звернення 10.11.2020).

9. Постанова Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття 08 квітня 2020 р. № 217. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE34627.html?fbclid=IwAR1Z13ZBv9hGIEUxk1AmSilqa_vlxlNfpWNOIZKPrnlxJNpSefdFSGoEjW4 (дата звернення 12.11.2020).

10. Prime minister: We are unfortunately still in coronavirus deepening phase // ERR. URL: https://news.err.ee/1073236/prime-minister-we-are-unfortunately-still-in-coronavirus-deepening-phase (дата звернення 12.11.2020).

11. З Фонду боротьби з COVID-19 уже витрачено майже 30 млрд грн // Міністерство Фінансів України. URL: https://mof.gov.ua/uk/news/z_fondu_borotbi_z_covid-19_uzhe_vitracheno_maizhe_30_mlrd_grn-2481 (дата звернення 12.11.2020).

УДК 347.637
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/40

ВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДЕЯКИХ СУБ'ЄКТІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ МІЖНАРОДНИМ СТАНДАРТАМ

COMPLIANCE OF THE LEGAL NATURE OF SOME SUBJECTS OF FAMILY LAW OF UKRAINE WITH INTERNATIONAL STANDARDS

Тімуш І.С., д.ю.н.,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національний авіаційний університет

Хомченко О.В., студентка ІІ курсу магістратури
юридичного факультету
Національний авіаційний університет

Статтю присвячено дослідженню правового статусу батьків і дитини в Україні у контексті відповідності міжнародним і європейським стандартам. Проаналізовано понятійний апарат і структурну організацію правового статусу особи як правового інституту, який відображає зв'язок особи із державою та полягає в юридичному закріпленні її прав, свобод та обов'язків; основні норми національних нормативно-правових актів у галузі забезпечення прав батьків і дітей; вітчизняну та міжнародну судову практику.

Наведено перелік міжнародно-правових документів, у яких закріплено міжнародні та європейські стандарти прав батьків і дитини. Встановлено, що великий вплив на правову систему України має практика Європейського суду з прав людини. Прослідковано позитивні зрушення в частині вдосконалення правового статусу дитини та захисту особистих немайнових прав. Досліджено принцип забезпечення найкращих інтересів дитини та встановлено, що виконання цього принципу в Україні має проблемні питання.

Неоднозначність розуміння критеріїв принципу найвищих інтересів дитини породжує порушення у сфері права дитини на вільне висловлення своєї думки з питань, які стосуються її життя. Визначено нові тенденції вітчизняного сімейного права щодо забезпечення рівних прав та обов'язків обох батьків і недискримінації прав батька дитини. Проаналізовано вдосконалення механізму забезпечення виконання батьками обов'язку щодо утримання дитини – посилення відповідальності батьків за несплату аліментів та створення Єдиного реєстру боржників. Акцентовано увагу на створенні Служби освітнього омбудсмена як кроку до покращення реалізації права дитини на освіту.

Зроблено висновок про загальну відповідність сімейного законодавства міжнародним стандартам прав дитини та наголошено на проблемі практичної реалізації таких стандартів. Запропоновано певні доповнення до сімейного законодавства України в частині права дитини бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами, в тому числі при вирішенні сімейних спорів з питань, які стосуються її життя.

Ключові слова: правовий статус, міжнародні стандарти, дитина, батьки, найкращі інтереси дитини.

The article is concerned with the study of the legal nature of parents and children in Ukraine in the light of its compliance with international and European standards. The article examines the conceptual construct and structural organization of the legal nature of an individual as a legal institution, which reflects the relationship of a person with the state and consists in the statutory expression of the individual's rights, freedoms and obligations; basic norms of national statutory instrument at enforcement of parents' and children's rights; domestic and international judicial practice.

A list of international legal documents that enshrine international and European standards for the rights of parents and children is given. It has been found that the practice of the European Court of Human Rights has a great influence on the legal system of Ukraine. Positive changes in improving the legal status of a child and in protection of personal non-property rights have been observed. The principle of serving the child's best interest has been studied and it has been established that the implementation of this principle in Ukraine has some issues of concern. Inconsistent interpretation of the criteria of the principle of serving the child's interests generates violations when it comes to the child's right to freedom of expression on issues regarding their life.

The new tendencies of the national domestic relations law to secure equal rights and obligations of the two parents and non-discrimination of the rights of a child's father have been mentioned. The article provide insight into improvement of the mechanism for providing that parents fulfill their obligations to support the child – harsher punishment for non-payment of alimony by the parents and creating a Unified Register of Debtors. The emphasis has been placed on the creation of the Educational Ombudsman institution as a step towards improving enforcement of a child's right to education.

A conclusion has been made about the general compliance of domestic relations legislation with international standards of child's rights; the problem of practical enforcement of such standards has been noted. Some amendments to the domestic relations legislation of Ukraine regarding a child's right to be heard by parents, other family members, and officials, including when resolving family disputes on issues that relate to their life have been suggested.

Key words: legal nature, international standards, child, parents, child's best interest.

Постановка проблеми. Нині вдосконалення національної правової системи відбувається в умовах євроінтеграційних процесів. Такі тенденції наближення України до права Європейського Союзу вимагають чіткого приведення законодавства у відповідність до міжнародних і європейських стандартів. Інститут сім'ї є однією з найвищих цінностей будь-якої держави світу, тому сімейні правовідносини потребують особливої уваги суспільства.

Захист прав дітей є предметом міжнародної співпраці та важливим складником міжнародного співробітництва у сфері захисту прав людини. Виконання батьками своїх прав та обов'язків щодо виховання дитини мають найбільший вплив на формування майбутнього покоління з високим рівнем правосвідомості. Тому важливим є дослідження правового статусу батьків і дитини в Україні та відповідність їхніх прав і обов'язків міжнародно-правовим актам.

Метою статті є дослідження правового статусу батьків і дитини в Україні згідно з міжнародними стандартами.

Виклад основного матеріалу. Для дослідження окремих міжнародних і національних стандартів у сімейному праві окремо необхідно зупинитися на понятійно-категоріальному апараті основних термінів. Звертаючись до поняття «правовий статус», Н.В. Ортинська зазначає, що це – одна із найбільш важливих політико-юридичних категорій, яка нерозривно пов'язана із соціально-класовою

структурою суспільства, рівнем законності та демократії, природою людини [1, с. 31].

І.І. Литвин стверджує, що правовий статус – це вид соціального, який визначає становище суб'єкта у соціальній системі лише в тій частині, яка регулюється правом. Завдяки правовому статусу особа включається до системи правовідносин, а її роль у цій системі визначається правами, обов'язками та іншими юридично значущими властивостями й ознаками суб'єкта [2, с. 21]. Ми погоджуємося із зазначеними вище тлумаченнями поняття «правовий статус», однак найбільш сприйнятливою для розуміння вважаємо дефініцію, яку надає М.Ю. Кузнєцова. Авторка визначає правовий статус як комплексне та інтегративне поняття, систему, яка об'єднує права, свободи, законні інтереси та обов'язки суб'єкта права [3, с. 168].

Традиційною у науковій літературі є думка, відповідно до якої правовий статус включає права, обов'язки та відповідальність, які виникають під час участі у певних правовідносинах [4, с. 39]. На наш погляд, правовий статус особи варто розглядати як правовий інститут, який відображає зв'язок особи з державою та полягає в юридичному закріпленні її прав, свобод та обов'язків. З позицій такого підходу ми розглядатимемо міжнародні та національні стандарти суб'єктивних прав, свобод та юридичних обов'язків суб'єктів сімейного права.

Суб'єкт сімейного права – особа, яка є носієм прав та обов'язків, тоді як суб'єкт сімейних правовідносин – особа, яка не лише володіє правами та обов'язками, а й реалізує їх. Будь-який суб'єкт сімейного права має юридично встановлені права та обов'язки, тоді як суб'єкт сімейних правовідносин має спеціальну правосуб'єктність, яка полягає в наявності умови, яка визначає місце такого суб'єкта у сімейних правовідносинах (наприклад, факт народження дитини або реєстрації шлюбу) [5, с. 28]. Оскільки тема цього дослідження пов'язана із закріпленням і подальшою реалізацією правосуб'єктності в конкретно-визначених сімейних правовідносинах, ми можемо використовувати термін «суб'єкт сімейних правовідносин».

Відповідно до статті 2 Сімейного кодексу України [6] учасниками сімейних відносин є подружжя, батьки, діти, усиновлювачі, усиновлені та інші члени сім'ї і родичі. З огляду на обмежений обсяг статті ми розглянемо стандарти правового статусу деяких суб'єктів сімейних правовідносин – батьків і дітей. Міжнародні стандарти в галузі сімейного права містяться у таких документах глобального характеру: Загальна декларація прав людини 1948 року, Конвенція про права дитини 1989 року, Конвенція про укладення та визнання дійсності шлюбів 1978 року, Конвенція про визнання розлучень і рішень щодо окремого проживання подружжя 1970 року, Конвенція про юрисдикцію, право, яке застосовується, та визнання рішень про усиновлення 1965 року, Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом, 1975 року та інші.

Щодо правового статусу батьків і дитини, то підставою виникнення такого статусу є походження дитини від них, що засвідчується органом державної реєстрації актів цивільного стану в порядку, визначеному чинним законодавством [6]. Перелік прав та обов'язків батька, матері та дитини закріплено у Сімейному кодексі України та інших нормативно-правових актах. Відразу варто зазначити, що правовий статус батьків пов'язаний із правовим статусом дитини, адже обов'язки батьків кореспондують правам дитини. Євроінтеграційні процеси і прагнення України досягнути рівня ефективності правових систем європейських держав зумовлюють позитивні рушення в галузі сімейного права.

Великий вплив на розвиток сімейного законодавства здійснює практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, 3 листопада 2020 року було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо права фізичної особи на зміну по батькові» № 2450 [7], який дозволив дитині змінювати своє прізвище, ім'я та по батькові після досягнення нею 16 років, а за згодою батьків – після досягнення 14 років. Проект закону, який доповнює особисті немайнові права дитини, було розроблено з метою виконання рішення ЄСПЛ «Гарнага проти України» [8], в якому судом було визначено, що чинне законодавство України невиправдано обмежує право особи на зміну по батькові.

Усі сімейні справи мають не лише правовий, а й етичний аспект, тому досягнення соціальної гармонії в Україні не можливе без приведення національного законодавства до загальновизнаних світових стандартів. Визначальними справами, які стосуються прав батьків і забезпечення найкращих інтересів дітей, є «Савіни проти України», «Хабаровські проти України», «Мамчур проти України» та інші. Однак на національному рівні все ще існує проблема невиконання рішень ЄСПЛ і забезпечення Конвенції з прав людини.

Загалом в Україні існує пострадянська тенденція при вирішенні спорів, пов'язаних із вихованням і місцем проживання дітей, враховувати інтереси дитини насамкінець або не враховувати взагалі, сприймаючи позиції лише її законних представників. У міжнародній же практиці давно використовується підхід забезпечення принципу найкращих інтересів дитини (Child Best Interests). Він не описується детально, оскільки поняття цього принципу постійно розвиваються та залежать від цінностей суспільства щодо дітей і кожної окремої ситуації. Принцип найкращих інтересів дитини є суворим правовим критерієм, відповідно до якого в кожній справі потрібно враховувати два аспекти: інтересам дитини найкраще відповідає збереження її зв'язків із сім'єю (крім випадків, коли сім'я є непридатною чи неблагополучною); найкращі інтереси дитини – це забезпечення її розвитку у спокійному, безпечному і сталому середовищі, яке не є неблагонадійним [9, с. 49].

Ми погоджуємося з думкою М.В. Менджула, що цей принцип полягає у пріоритетному врахуванні батьками, законними представниками дитини, органами влади, судами й іншими особами інтересів дитини під час вчинення дій або прийняття ними рішень, спрямованих на задоволення будь-яких індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я та особливостей розвитку [10, с. 90].

Практична реалізація принципу забезпечення найкращих інтересів дитини нерозривно пов'язана із правом дитини, здатної сформулювати власні погляди, висловлювати такі погляди з усіх питань, які стосуються дитини, тоді як таким поглядам повинна приділятися належна увага згідно з віком та зрілістю дитини відповідно до статті 12 Конвенції про права дитини 1989 року [11]. Право висловлювати власну думку становить частину правового статусу дитини в Україні, але законодавство не містить конкретних умов, за яких думка дитини повинна враховуватися під час судового провадження, тому судова практика є досить неоднозначною.

Так, постановою Верховного Суду від 05 вересня 2018 року у справі № 752/22028/16-ц щодо визначення місця проживання малолітніх дітей разом із матір'ю та стягнення аліментів на утримання дітей [12] суд дійшов висновку, що твердження заявника про недосягнення дітьми 10-річного віку та нездатність самостійно формулювати власні погляди щодо особистого життя, а тому вони не можуть бути допитані судом апеляційної інстанції, є безпідставними. У постанові ж Верховного Суду від 14 лютого 2019 року у справі № 377/128/18 щодо визначення місця проживання дитини [13] безпідставними було визнано доводи заявника про те, що апеляційна інстанція безпідставно не прийняла до уваги прихильність дитини

до батька та не з'ясувала думку дитини щодо визначення місця її проживання, оскільки місце проживання дитини, яка не досягла 10-річного віку, визначається без урахування її думки.

Нещодавно трансформувалася тенденція надання переваги матері при визначенні місяця проживання дитини. Так, у згаданій вище постанові у справі № 752/22028/16-ц [12] Верховний Суд зробив висновок, що рівність прав батьків є похідною від прав та інтересів дитини на гармонійний розвиток і належне виховання, а презумпція на користь матері у справах про опіку над дитиною не підтримується на рівні Організації Об'єднаних Націй, судової практики ЄСПЛ, позиції Ради Європи та більшості держав-членів. Законодавство України не містить положень, які б надавали одному з батьків пріоритетне право на проживання разом із дитиною. Оскільки в державі проголошено рівність конституційних прав і свобод, рівність усіх перед законом, мати та батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини незалежно від їх перебування у шлюбі між собою. Таким чином, гарантуючи рівний правовий статус матері та батька, Верховний Суд не допускає дискримінацію та приниження ролі батька в Україні.

Незважаючи на те, що в контексті дослідження правового статусу батьків існує проблема порушення державою їхніх прав, найбільшу увагу привертає невиконання ними батьківських обов'язків. Так, відповідно до Аналітичної довідки за результатами опитування дітей віком 10-17 років у 2012 році [14] 56% дітей вказують на порушення права на захист від жорстокості, знущання та брутального поводження, 54% опитаних – на порушення батьками права на повноцінне харчування, 48% опитаних – на порушення права висловлювати власну думку (здебільшого батьками та вчителями), 48% опитаних – на порушення права на любов і піклування з боку батьків. За статистичними даними Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у 2019 році 3% від усіх звернень стосувалися порушення прав дітей, із яких 31% стосувався права на піклування та турботу батьків [15].

Стаття 27 Конвенції про права дитини 1989 року [11] наголошує, що кожна дитина має право на рівень життя, необхідний для її фізичного, розумового, морального, духовного та соціального розвитку. Тоді як батьки чи інші особи, які виховують дитину, несуть основну відповідальність за забезпечення умов життя, необхідних для розвитку дитини відповідно до своїх здібностей і фінансових можливостей. Обов'язок батьків щодо утримання дитини міститься у статті 51 Конституції України та статті 180 Сімейного кодексу України. У 2018 році в судах першої інстанції було розглянуто 57 076 справ про стягнення аліментів, тоді як Верховний Суд переглянув 414 справ про стягнення аліментів [16].

Сплата аліментів є одним із найгостріших питань сімейного права, механізм забезпечення якого значно покращився останніми роками. Низкою нормативно-правових актів, серед яких є Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів» від 07.12.2017 № 2234-VIII [17], було збільшено мінімальний розмір аліментів, запроваджено перерахунок заборгованості, посилено відповідальність за несплату аліментів та створено Єдиний реєстр боржників.

Можна вказати на позитивні зрушення у питаннях щодо права на освіту, що передбачено великою кількістю міжнародних актів (Загальна декларація прав людини 1948 року, Конвенція про права дитини 1989 року, Пакт про економічні, соціальні, культурні права 1973 року тощо). За статистикою Офісу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у 2019 році 17% порушень прав дитини стосувалися права дитини на освіту [15]. Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 6 червня 2018 року № 491 «Деякі питання освітнього омбудсмена» [18] було запроваджено інституцію освітнього омбудсмена, головним завданням якої є сприяння реалізації державної політики із забезпечення права людини на здобуття якісної і доступної освіти. Тому вбачаємо за можливе поступове покращення стану забезпечення права дитини на освіту, протидію булінгу та контроль за наданням якісних освітніх послуг.

Висновки. Традиційно будь-які міжнародні стандарти як найкращі світові практики адаптуються до правової системи кожної держави з урахуванням її особливостей. Аналізуючи зазначене вище, можна дійти висновку, що передбачений національним законодавством правовий статус батьків і дитини в Україні цілком відповідає міжнародним і європейським стандартам на формальному рівні, однак їхня практична реалізація має низку проблемних питань. Позитивними тенденціями у забезпеченні прав батьків і дитини можна визначити появу ідей підвищення ролі батька у вихованні дитини, вдосконалення механізмів забезпечення особистих немайнових прав і стягнення аліментів на утримання дітей, урахування практики Європейського суду з прав людини.

Вразливим питанням залишається дотримання принципу найкращих інтересів дитини в Україні як основної правової категорії, яка повинна використовуватися при розгляді справ щодо дітей відповідно до міжнародних стандартів. Невирішеним залишається питання правового регулювання права дитини на урахування її думки при вирішенні питань щодо її життя. Вважаємо доцільним доповнити статтю 171 Сімейного кодексу України нормами щодо віку, з якого думка дитини повинна обов'язково враховуватися при вирішенні питань, які стосуються її життя, з огляду на психологічну здатність дитини об'єктивно оцінювати обставини справи. Також варто встановити перелік конкретних випадків, коли суд може постановити рішення всупереч думці дитини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ортинська Н.В. Правовий статус людини: до проблем теоретичного розуміння. *Право і безпека*. 2016. № 3. С. 28–32.

2. Литвин І.І. Сутність поняття правового статусу. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2016. № 38(1). С. 18–21.

3. Кузнецова М.Ю. Інформаційно-правовий статус: поняття, ознаки, структура. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Т. 1. № 2. С. 165–168.

4. Степанова Т.В. Щодо співвідношення поняття «правового статусу» та суміжних категорій. *Правова держава*. 2015. № 19. С. 35–40.

5. Косенко Е.В. Субъекты семейного права : монография. Москва : Директ-Медия; Берлин. 2016. 131 с.

6. Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21-22. Ст. 135.

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо права фізичної особи на зміну по батькові : Закон України від 3 листопада 2020 року № 2450. URL: https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/199022.html (дата звернення: 04.11.2020).

8. Гарнага проти України : рішення Європейського суду з прав людини у справі від 16.05.2013. Заява № 20390/07. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_960 (дата звернення: 04.11.2020).

9. Алєксєєва О. Місце та роль принципа child best interests у сфері реалізації батьківських прав та обов'язків. *Збірник наукових праць ΛΌГOΣ*. 2020. С. 48–49.

10. Менджул М.В. Зміст принципу найкращих інтересів дитини та його практичне застосування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2019. Випуск 56. Том 1. С. 87–91.

11. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. *Зібрання чинних міжнародних договорів України*.1990. № 1. Ст. 205.

12. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 5 вересня 2018 року у справі № 752/22028/16-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76503075 (дата звернення: 04.11.2020).

13. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 14 лютого 2019 року у справі № 377/128/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79846507 (дата звернення: 04.11.2020).

14. Аналітична довідка за результатами опитування дітей віком 10-17 років у межах проекту «Права дітей в Україні: реалії та виклики після 20 років незалежності». URL: http://sirotstvy.net/upload/iblock/a18/a18096df326d879ca736026a79b10d7f.doc (дата звернення: 04.11.2020).

15. Статистична інформація про звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у 2019 році. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/applicant/statistics/ (дата звернення: 04.11.2020).

16. Власюк К. Медіація в сімейних спорах. *Юридична Газета*. 2019. №№ 38-39. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/miris-miris-i-bilshe-ne-svaris.html (дата звернення: 04.11.2020).

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку примусового стягнення заборгованості зі сплати аліментів : Закон України від 07 грудня 2017 року № 2234-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. №№ 6-7. Ст. 40.

18. Деякі питання освітнього омбудсмена : постанова Кабінету Міністрів України від 06 червня 2018 року № 491. *Офіційний вісник України*. 2018. № 52. Ст. 1828.

УДК 347.42
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/41

ОСОБЛИВОСТІ ІНСТИТУТУ ПРАВА ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ВИДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

PECULIARITIES OF THE INSTITUTE OF TRUST PROPERTY LAW AS A TYPE OF ENSURING THE PERFORMANCE OF OBLIGATIONS UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE

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, яке є новацією у цивільному законодавстві, – праву довірчої власності як виду забезпечення виконання зобов'язання. Воно походить із римського права та застосовується як у країнах романо-германської, так і в країнах англо-саксонської систем права. Слід зазначити, що саме Директива 2002/47/ЄС Європейського Парламенту і Ради Європейського Союзу врегулювала механізм передачі права власності у якості забезпечення зобов'язань, що відобразилося і в українському цивільному законодавстві. Цей інститут є вигідним як для однієї сторони (кредитора) з метою зменшення кількості випадків, за яких вони не можуть повернути грошові кошти, надані в борг боржнику, так і для іншої сторони (боржника) у зв'язку з пониженням процентних ставок за використання грошей.

Звернено увагу на строки, з простроченням яких у довірчого власника виникає право розпоряджатися переданим йому майном. Встановлені строки вважаються достатніми для довірчих засновників, оскільки вони дають шанс після закінчення строку виконання зобов'язання виконати його належним чином. Було зазначено про об'єкт довірчої власності, перелічено те, що не може ним вважатися (цінні папери та корпоративні права, а також продукція, плоди, доходи, одержані від використання об'єкта довірчої власності).

Наголошено на тому, що обов'язком кредитора є надання пропозиції боржнику обрати інший спосіб забезпечення виконання зобов'язання, окрім права довірчої власності. Існує перелік випадків, відповідно до яких довірчий власник повинен в обов'язковому порядку звернути стягнення на об'єкт довірчої власності, якщо інше не врегульовано договором про встановлення довірчої власності. Висвітлено правові наслідки припинення права довірчої власності, які полягають у переданні назад права власності на майно довірчому засновнику від довірчого власника після припинення основного зобов'язання, а також коли першому надається право на звернення до суду або до нотаріуса в разі невиконання другим цього обов'язку.

Зроблено висновок, що закріплення у Цивільному кодексі України інституту права довірчої власності як одного з видів забезпечення виконання зобов'язання є значним кроком для національного права, який передбачає як переваги, так і недоліки для кредиторів і боржників.

Ключові слова: зобов'язальне право, забезпечення виконання зобов'язання, траст, право довірчої власності, довірчий засновник, довірчий власник, стягнення, кредитор, боржник, кредитний договір.

The article deals with an issue that is a novation in civil law – trust property law as a type of ensuring the performance of obligations. It originates from Roman

law and is used in both the Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal systems. It should be noted that it was Directive 2002/47 / EC of the European Parliament and of the Council of the European Union that regulated the mechanism of transfer of ownership as ensuring for obligations, and this was further reflected in Ukrainian civil law. This institution is beneficial both for one party (creditor) is to reduce the number of cases in which they can not return the money lent to the debtor, and for the other party (debtor) – is to reduce interest rates for the use of money.

Attention is paid to the terms over which the trustee has the right to dispose of the transferred property. The set deadlines are considered sufficient for the trust founders, as they give a chance after the expiration of the obligation to fulfill it properly. It was mentioned about the object of trust property, listed what can not be considered – securities and corporate rights, as well as products, fruits, income received from the use of the object of trust property.

It is emphasized that the obligation of the creditor is to make a proposal to the debtor to choose another way to ensure the performance of the obligation, except to trust property law. There is a list of cases according to which the trustee must obligatorily collect a penalty on the object of trust property, unless otherwise regulated by the contract on the establishment of trust property. The legal consequences of termination of trust property law, which consist in the transfer of ownership of property to the trust founder from the trust owner after the termination of the main obligation, and the former is given the right to go to court or notary in case of default.

It is concluded that the enshrinement in the Civil Code of Ukraine the institution of trust property law as one of the types of ensuring the performance of obligations is a significant step for national law, which provides both advantages and disadvantages for creditors and debtors.

Key words: contract law, ensuring the performance of obligations, trust, trust property law, trust founder, trust owner, penalty, creditor, obligor, loan agreement.

Останніми десятиліттями у цивільному законодавстві України відбулося чимало змін, які нині розширюють коло прав та обов'язків учасників цивільних правовідносин, удосконалюють правове регулювання певних інститутів та збагачують національне право загалом. Новелою останніх років стало розширення кола способів забезпечення виконання зобов'язання, де до вже традиційних мір стимулювання боржника (неустойка, порука, застава, гарантія, завдаток, притримання) було впроваджено інститут права довірчої власності.

Насамперед варто зазначити, що такий вид забезпечення зобов'язання відомий ще з часів римського приватного права. Він знайшов своє закріплення у законодавствах зарубіжних країн як англо-американської (Англія, США, Мексика), так і романо-германської (Німеччина, Франція, Румунія, Швейцарія) систем права, а також у цивільному праві України.

Внаслідок рецепції римських приватноправових норм інститут права довірчої власності почав розвиватися в Англії, де отримав назву «трасти». Варто звернути увагу на існуючі відмінності між англо-американським і континентальним правами, у зв'язку з чим «трасти» істотно відрізняються від «фідуції». У першому випадку зміст інституту довірчої власності становлять правомоч-

ності суб'єктів стосовно переданого майна. Так, власник за загальним правом – довірчий власник, який має право на управління та розпорядження майном, власник за правом справедливості – бенефеціар, який отримує вигоду та доходи від управління цим майном.

На відміну від трастів, при фідуції «розщеплення» права власності не відбувається, оскільки в країнах континентального права воно розуміється як єдине та неподільне. При фідуції під час дії договору, який встановлює довірчу власність, існує лише один юридичний власник майна – довірчий власник [1, с. 285]. Тому вбачається за необхідне проаналізувати особливості інституту права довірчої власності в Україні як одного зі способів забезпечення виконання зобов'язання та встановити позитивні надбання іноземних держав з метою запозичення найкращого досвіду регулювання відповідних відносин з урахуванням специфіки національної системи права.

Питання права довірчої власності розглядалося у працях багатьох вчених (А.А. Гончарук, Є.О. Суханов, І.А. Тетеря, С.В. Решетило, К.В. Спиридонова, С.О. Сліпченко, Я.В. Нечваль, А.О. Рябчинська), утім особливостям інституту як способу забезпечення виконання зобов'язання було приділено не так багато уваги.

Визначення поняття довірчої власності у вітчизняній юридичній науці було сформульовано Р.А. Майдаником, який зазначав, що це – сукупність майнових відносин довірчого характеру, які виникають з підстав, передбачених законодавством, і реалізуються виключно в інтересах вигодонабувача трасту, за яким установник трасту передає довірчому власнику для формування трасту-фонду майно, яке належить установнику в силу права власності, з метою інвестиційного управління об'єктом трасту шляхом реалізації повноважень управління-відособлення у порядку та на умовах, визначених у декларації про трасти [2, с. 55].

Нині поняття «право довірчої власності» розглядається у науковій юридичній літературі насамперед як особливий вид права власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном (ст. 316 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), як вид забезпечення виконання зобов'язання. Останні зміни відбулися із прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» (далі – Закон) 20 вересня 2019 року.

Різниця між довірчою власністю як видом права власності та довірчою власністю як видом забезпечення виконання зобов'язань полягає у тому, що перша не створює наслідків у вигляді припинення права власності на майно для його власника після передачі довірчому власнику, а друга передбачає припинення у довірчого засновника права власності на передане довірчому власнику майно на час повернення боргу: для рухомого майна – з моменту укладення договору, для нерухомого майна – з моменту реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Ми пропонуємо розглянути право довірчої власності саме як вид забезпечення виконання зобов'язання із визначенням його правової природи, причин виникнення, механізму застосування, переваг і недоліків, припинення та впливу на цивільні правовідносини.

Важливою передумовою для можливості віднесення права довірчої власності до видів забезпечення виконання зобов'язання за цивільним правом України стало закріплення у Директиві 2002/47/ЄС Європейського Парламенту і Ради Європейського Союзу іншого, відмінного від правовідносин застави, механізму передачі права власності на річ як способу стимулювання боржника до належного виконання своїх обов'язків [3, п. 13]. Нині традиційні міри, встановлені у національному законодавстві, не відповідають сучасним реаліям правозастосовної практики та бурхливому розвитку суспільних відносин, зокрема у сфері кредитування, тому не дозволяють забезпечити ефективний захист прав їх учасників [4]. Стосовно кредиторів це може бути зменшення кількості випадків, за яких вони не можуть повернути грошові кошти, надані в борг боржнику, а щодо боржників – це пониження процентних ставок за використання грошей. Тому кредитори зобов'язані надавати боржникам вибір стосовно виду забезпечення виконання зобов'язання, наприклад застосування замість довірчої власності застави.

У ст. 597[1] ЦК України зазначається, що за договором про встановлення довірчої власності одна сторона (довірчий засновник) передає майно другій стороні (довірчому власнику) на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором, договором позики. Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язань є різновидом права власності на майно, за яким кредитор, який отримав майно у довірчу власність (довірчий власник), не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом [5].

Довірчий власник не може розпоряджатися майном довірчого засновника, поки другий не прострочить виконання кредитного зобов'язання більше, ніж на 20 календарних днів, а якщо його частини – більше, ніж на 30 календарних днів. На нашу думку, такі строки є достатніми та справедливими для боржників, довірчих засновників, оскільки вони дають можливість навіть після закінчення строку виконання зобов'язання виконати його належним чином. Тому це можна вважати привабливою нагодою для зазначених вище осіб.

Варто звернути увагу на особливості застосування досліджуваного способу забезпечення виконання зобов'язання. Так, право довірчої власності має здійснюватися за основним зобов'язанням, яке встановлюється у кредитному договорі або договорі позики. Відповідно для укладання такого правочину необхідним вважається дотримання письмової форми, а у випадку передачі нерухомого майна – обов'язкового нотаріального посвідчення.

Об'єктом правовідносин довірчої власності відповідно до ст. 597[2] ЦК України є майно, яке може бути відчужено і на яке може бути звернено стягнення, при цьому об'єктом не можуть бути цінні папери та корпоративні права. Режим довірчої власності не поширюється на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання об'єкта довірчої власності, якщо інше не зазначено у договорі про встановлення довірчої власності [5].

На кредитора покладається обов'язок до моменту видачі кредиту (позики), що забезпечується переданням у довірчу власність нерухомого майна, запропонувати боржнику інші способи забезпечення виконання зобов'язання. Цікавість пов'язана з тим, що нині в законі не уточнюється, у якій формі має здійснюватися така пропозиція. В подальшому це може призвести до оскарження договору та визнання його недійсним. Отже, для уникнення таких ситуацій має письмово фіксуватися факт поінформованості боржника про можливість обрання іншого способу, який буде спрямовуватися на забезпечення виконання існуючого зобов'язання.

Законодавством встановлюється перелік підстав, які передбачають обов'язкове звернення стягнення на об'єкт довірчої власності:

1) державна реєстрація рішення про припинення юридичної особи-боржника за основним зобов'язанням або довірчого власника;

2) прийняття судом постанови про визнання боржника за основним зобов'язанням або довірчого власника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури;

3) смерть боржника за основним зобов'язанням, визнання його недієздатним або померлим [5].

Аналізуючи вказані законодавчі приписи, можна зробити висновок про недостатню обґрунтованість поло-

ження про те, що боржник, навіть належно виконуючи свої обов'язки, може опинитися під загрозою втрати об'єкта довірчої власності через кредитора, який вирішив припинити діяльність, якщо проти нього суд виносить постанову про визнання його банкрутом або починає процес ліквідації. Варто зазначити, що визначення цих положень як таких, що мають обов'язковий характер, суперечить природі інституту забезпечення виконання зобов'язання, оскільки кредитор для початку має право, а не обов'язок звертати стягнення на об'єкт довірчої власності у разі припинення або визнання його банкрутом.

Припинення довірчої власності тягне за собою такі наслідки:

1) довірчий власник із дня припинення основного зобов'язання має

протягом 5 робочих днів передати назад право власності на майно довірчому засновнику;

2) таке повернення проводиться відповідно до акту приймання-

передачі, який має бути нотаріально посвідченим;

3) якщо довірчий власник буде ухилятися від виконання зазначеного вище обов'язку, то довірчий засновник має право на звернення до суду з позовом або до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису про витребування свого майна.

На підставі викладеного можна зробити висновки, що впровадження у цивільне законодавство України інституту права довірчої власності як нового виду забезпечення виконання зобов'язання до ЦК України є важливим і необхідним кроком для подальшого розвитку національного права, який дозволить на новому рівні урегульовувати питання, що виникають при кредитних зобов'язаннях. Це право має переваги як для кредиторів, так і для боржників. Для перших – це можливість повернення коштів, наданих у кредит чи позику боржникові, яка має більш високий відсоток здійснення порівняно з іпотекою як видом застави, тобто створюється певний механізм використання права довірчої власності, який здійснює захист прав кредиторів; вони на час виконання умов договору беруть на себе повноваження власника майна, яке надається їм у вигляді довірчої власності з подальшою можливістю її стягнення внаслідок невиконання боржником зобов'язань. Для других – це зниження процентних ставок для них, що є сприятливішою умовою, ніж при застосуванні іпотеки.

До недоліків цього інституту можна віднести відсутність нормативного закріплення процедури, за якою боржнику має надаватися вибір щодо обрання іншого виду забезпечення зобов'язання; створення певних випадків, за яких виникають несприятливі наслідки для боржників у вигляді обов'язкового звернення стягнення майна.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рябчинська А.О. Право довірчої власності в англо-американській та континентальній системах права: порівняльно-правова характеристика. *Правове регулювання економіки*. 2018. № 17. С. 276–287.

2. Майданик Р.А. Траст: собственность и управление капиталами (природа прав, рецепция в право Украины) / ред. Л.К. Воронова. Киев : НАН Украины, Центр исслед. проблем предпринимательства и менеджмента. 1995. 176 с.

3. Директива 2002/47/ЄС Європейського Парламенту і Ради Європейського Союзу стосовно механізмів застосування фінансової застави від 06.06.2002 № 2002/47/ЄС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_502#Text.

4. Тетеря І.А. Право довірчої власності. Які наслідки для громадян та бізнесу. *Бізнес Цензор*. 2019. URL: https://biz.censor.net/columns-/3156278/pravo_dovrcho_vlasnost_yak_nasldki_dlya_gromadyan_ta_bznesu.

5. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-І. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv#n6351.

УДК 347.13.347.27
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/42

ХАРАКТЕРИСТИКА АКТУАЛЬНИХ ПРОБЛЕМ ВИРІШЕННЯ ІПОТЕЧНИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ КРІЗЬ ПРИЗМУ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ВИКОРИСТАННЯ ІНСТИТУТУ МЕДІАЦІЇ

CHARACTERISTICS OF CURRENT PROBLEMS OF RESOLUTION OF MORTGAGE DISPUTES IN UKRAINE THROUGH THE PRISM OF FOREIGN EXPERIENCE USING THE INSTITUTE OF MEDIATION

Чуєнко В.І., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін та міжнародного права
Навчально-науковий інститут права імені Князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом

Ковтонюк М.П., магістрантка кафедри цивільно-правових дисциплін та міжнародного права
Навчально-науковий інститут права імені Князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом

Статтю присвячено висвітленню найбільш актуальних проблем вирішення іпотечних спорів в Україні крізь призму зарубіжного досвіду використання інституту медіації. Автори зазначили, що сучасний рівень життя, непередбачувана геополітична ситуація, євроінтеграційні процеси, науково-технічний прогрес та багато інших обставин вимагають від кожної держави економічного, соціального розвитку країни та суспільства. З огляду на соціологічну практику, положення правової науки та економічний потенціал, доведено, що позитивний розвиток держави є можливим лише за нормального формування та функціонування іпотеки як основного виду застави, а також подолання проблем, пов'язані із вирішенням іпотечних спорів.

У статті встановлено, що станом на першу половину 2020 року існує низка нагальних проблем у сфері вирішення іпотечних спорів в Україні: упорядкування питань, пов'язаних зі зверненням стягнення на предмети іпотеки, зокрема реєстрацією таких обтяжень і вирішенням подальшої долі такого нерухомого майна; правове забезпечення узгодження інтересів усіх співвласників предмета іпотеки в разі його передачі третім особам, розпорядження або будь-якого іншого випадку зміни володільця предметом іпотеки; підвищення ефективності розпорядження предметами іпотеки в процесі здійснення господарської діяльності, особливо коли такі предмети передаються третій стороні (яка не є суб'єктом іпотечних відносин) в якості компенсації чи уступки боргу; відсутність регулювання спадкування предметів іпотеки.

У статті також розглянуто альтернативні способи врегулювання конфліктів, які виникають між іпотекодержателем та іпотекодавцем. Найбільше уваги приділяється процедурі медіації. Встановлено, що зазначений метод можна застосовувати також у різних сферах цивільного права, включаючи зобов'язальні та договірні спори. Проаналізовано відмінності медіації та процесу розгляду справ у суді, вивчаються перспективи розвитку досудової процедури врегулювання конфліктів за допомогою медіатора в іпотечних правовідносинах.

У процесі дослідження також аналізувалися сучасні проблеми нормативно-правового регулювання і застосування на практиці претензійного порядку вирішення іпотечних конфліктів. Визначено, що на сучасному етапі розвитку законодавства досудовий порядок урегулювання іпотечних спорів є актуальним і необхідним. Такий висновок пов'язаний із високою завантаженістю судів усіх інстанцій, а також меншими витратами і потребою в більш швидкому вирішенні іпотечних спорів. Пріоритетом дослідження визначено можливість вирішення спорів за допомогою медіаторів.

Ключові слова: іпотека, іпотечний спір, інститут медіації, зарубіжний досвід, актуальні проблеми вирішення іпотечних спорів, зарубіжний досвід використання інституту медіації.

The article is devoted to the coverage of the most pressing problems of resolving mortgage disputes in Ukraine through the prism of foreign experience in the use of the institution of mediation. The authors noted that the current standard of living, unpredictable geopolitical situation, European integration processes, scientific and technological progress and many other circumstances require today from each state economic, social development of the country and society. Based on sociological practice, the provisions of legal science and economic potential, it is proved that the positive development of the state is possible only through the normal formation and functioning of the mortgage as the main type of collateral, as well as overcoming problems related to mortgage disputes.

The article states that as of the first half of 2020 there are a number of urgent problems in resolving mortgage disputes in Ukraine, namely: streamlining issues related to foreclosure on mortgages, including registration of such encumbrances and resolving the future fate of such real estate; legal provision of coordination of interests of all co-owners of the subject of the mortgage in case of its transfer to the third parties, the order or any other case of change of the owner of the subject of the mortgage; improving the efficiency of disposing of mortgage items in the course of economic activity, especially when such items are transferred to a third party (which is not the subject of the mortgage relationship) as compensation or assignment of debt; lack of regulation of inheritance of mortgage items.

The article also discusses alternative ways to resolve conflicts that arise between the mortgagee and the mortgagor. Most attention is paid to the mediation procedure. It is established that this method can also be used in various areas of civil law, including binding and contractual disputes. The differences between mediation and the process of consideration of cases in court are analyzed, the prospects of development of pre-trial procedure of conflict resolution with the help of a mediator in mortgage legal relations are studied.

The research also analyzed the current problems of legal regulation and application in practice of the claim procedure for resolving mortgage disputes. It is determined that at the present stage of legislation development the pre-trial procedure for settling mortgage disputes is relevant and necessary. This conclusion is due to the high workload of courts of all instances, as well as lower costs and the need for faster resolution of mortgage disputes. The priority of the study is the possibility of resolving disputes with the help of mediators.

Key words: mortgage, mortgage dispute, institute of mediation, foreign experience, actual problems of resolving mortgage disputes, foreign experience of using the institute of mediation.

Нині питання розбудови правової держави та розвитку громадського суспільства дуже гостро стоїть перед законодавчою, виконавчою та судовою владою України, оскільки відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом наша держава зобов'язалася поважати європейські цінності та здійснювати усе можливе для адаптації українського законодавства до "acquis communautaire" Європейського Союзу [1].

У цьому аспекті варто зауважити, що не виключенням є імплементація зарубіжного досвіду щодо врегулювання

проблеми вирішення іпотечних спорів. Іпотека як правове явище і основний вид застави дуже швидко поширилася у багатьох країнах світу і має значний вплив на розвиток суспільства, його фінансове благополуччя. У випадку недосконалого законодавства, яке повинно забезпечувати надійний захист інтересів не тільки кредитора, але й позичальника, чи у випадку колізійності системи вирішення іпотечних спорів, такий інститут як іпотека є не лише проблематичним, а й шкідливим.

Під впливом глобальних економічних трансформацій, епідеміологічної ситуації в Україні та світі великої значущості набуває питання характеристики стану законодавчого врегулювання та удосконалення нормативно-правової бази, а також ролі судової практики у вирішенні спорів, які виникають з відносин іпотеки. Саме тому знаходження оптимальної та ефективної взаємодії щодо вирішення іпотечних спорів в Україні крізь призму зарубіжного досвіду використання інституту медіації є актуальною проблемою насамперед для правової дійсності.

Питання характеристики актуальних проблем вирішення іпотечних спорів в Україні та процесу медіації є надзвичайно актуальним і викликає підвищений науковий інтерес серед вчених цивільно-правової науки, економіки та державного регулювання. Так, над вирішенням питань нормативно-правового регулювання іпотечних правовідносин працюють А. Євтух, С. Кручок, О. Любунь, О. Кірєєв, М. Денисенко, В. Новіков, А. Іванов, В. Діденко, Ю. Сколотяний, І. Алексєєв, М. Сафрончук, П. Гайдуцький, Н. Пасічник та багато інших вчених.

Серед закордонних науковців, які досліджували це питання, можна назвати Б. Батлера, Б. Джонсона, Г. Сідуелла, С. Пітера Роуза, Дж. Доунса, Дж.Е. Гудмана, Дж.М. Розенберга та інших. Проблемним питанням вирішення іпотечних спорів за участю посередника (медіатора) приділяли увагу М. Бондарєва, В. Гопанчук, М. Дякович, Д. Коровяковський, О. Красногор, Ж. Огороднік, С. Піковські, Г. Статійчук та інші.

Не дивлячись на величезний масив досліджень, актуальність теми зумовлена вимогами усунення проблем вирішення іпотечних спорів в Україні та використання досвіду інституту медіації відповідно до Угоди про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом, наявністю карантинних обмежень, впроваджених у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби, складною політичною, економічною системою та недосконалістю правових механізмів [1].

Метою статті є з'ясування, виокремлення, правова характеристика найбільш актуальних проблем вирішення іпотечних спорів в Україні крізь призму зарубіжного досвіду використання інституту іпотеки.

Правовий конфлікт чи спір виникають тоді, коли існують різні позиції та прагнення суб'єктів правовідносин стосовно задоволення власних інтересів. При цьому чим складнішими за своєю правовою природою є правовідносини, тим складнішим є процес досягнення компромісу та вирішення спору по суті або врегулювання його процесуальними засобами. Відносини іпотеки в цьому контексті займають особливе місце, оскільки їх складність створює умови, в яких урегулювати іпотечні спори досить важко ще й через неузгодженість або недостатність законодавчого регулювання.

Так, відповідно до положень ст. 55 Конституції України, ст. 16 Цивільного кодексу України права і свободи людини та громадянина захищаються судом, адже кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Таким правом володіють і учасники правовідносин із виконання іпотечного зобов'язання у разі порушення встановленого законодавством порядку його виконання [3, 4].

Здебільшого іпотечні спори виникають у разі невиконання або неналежного виконання боржником свого основного зобов'язання перед кредитором, тобто іпотекодержателем. У разі невиконання або неналежного виконання боржником (іпотекодавцем) основного зобов'язання кредитор (іпотекодержатель) має право задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Звернення стягнення на підставі договору здійснюється згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, яке міститься в іпотечному договорі, або відповідно до окремого договору між іпотекодавцем і іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, який підлягає нотаріальному посвідченню і може бути укладений у будь-який час до набрання законної сили рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки.

За словами В. Статійчук і В. Гопанчук, майже завжди не можливо навіть шляхом теоретичних пошуків та опрацювань визначити усі можливі спірні моменти в процесі реалізації іпотечних відносин і включити їх до вітчизняного законодавства. Саме тому надзвичайно важливим є практичне застосування норм законодавства та судова практика розгляду іпотечних спорів. Багато в чому вона дає відповіді на питання стосовно можливостей і доцільності використання тієї чи іншої моделі відносин чи способу врегулювання суперечностей у відносинах сторін договору іпотеки, а також третіх сторін [2, с. 63].

Як зазначає Д. Жуков, в Україні ще не склалася чітка та єдина судова практика розгляду іпотечних спорів. Оптимальним було б застосування у судовій практиці узагальнень і правових позицій, викладених Верховним Судом України, які стосуються іпотечного кредитування [5].

У процесі аналізу узагальнення судової практики особливу увагу привертають деякі проблемні питання врегулювання іпотечних спорів, законодавче закріплення яких або є неоднозначним і не може бути деталізованим в силу специфіки іпотечних відносин, або які зумовлюються диспозитивністю законодавчого врегулювання відносин із приводу іпотеки. Особливо це розкривається в процесі реалізації сторонами іпотечних відносин засобів захисту власних прав та інтересів як у судовому, так і в позасудовому порядку. При цьому послідовність або алгоритмізація такого захисту є неважливою з точки зору сутності правовідносин та необхідності їх врегулювання. Натомість важливим є зміст вимог, а також чітке дотримання процесуальних процедур, що актуалізує іншу проблему – необхідність узгодження деяких норм процесуального законодавства (як цивільного, так і господарського).

Аналіз сучасних теоретичних надбань і стану практичного застосування законодавства у процесі вирішення іпотечних спорів вказує на те, що найбільш проблемними питаннями нині є:

– питання, пов'язані зі зверненням стягнення на предмети іпотеки, зокрема реєстрацією таких обтяжень і вирішенням подальшої долі такого нерухомого майна;

– питання, пов'язані з узгодженням інтересів усіх співвласників предмету іпотеки в разі його передачі третім особам, розпорядженням або будь-яким іншим випадком зміни володільця предметом іпотеки;

– питання розпорядження предметами іпотеки в процесі здійснення господарської діяльності, особливо, коли такі предмети передаються третій стороні (яка не є суб'єктом іпотечних відносин) в якості компенсації чи уступки боргу;

– питання спадкування предметів іпотеки.

У чинному законодавстві України передбачається кілька способів задоволення вимог кредитора, які забезпечені іпотекою: судовий (на підставі рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки) та позасудові (на підставі виконавчого напису нотаріуса; на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя). Відповідно до ч. 3 ст. 36 Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон) договір про задоволення вимог іпотекодержателя або від-

повідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками, може передбачати:

– передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки у рахунок виконання основного зобов'язання в порядку, встановленому ст. 37 цього Закону;

– право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу в порядку, встановленому ст. 38 Закону [6].

Досить часто іпотекодержателі на підставі зазначеного зверталися до суду з позовними вимогами про визнання права власності на предмет іпотеки. Незважаючи на позасудове врегулювання, суди ухвалювали рішення щодо звернення стягнення на предмет іпотеки [7].

Аналізуючи судову практику, варто зауважити, що врегулювання спору в судовому порядку не означає, що правовідносини між іпотекодавцем і іпотекодержателем припиняються, адже якщо сума, одержана від реалізації предмету іпотеки, не задовольняє повністю усіх вимог іпотекодержателя, то це не свідчить про припинення договірних правовідносин сторін і не звільняє боржника від відповідальності за невиконання ним зобов'язання, тобто іпотекодержатель має право стягнути суму, якої не вистачає для погашення всієї заборгованості.

Необхідно зазначити, що способи досудового або позасудового розгляду спорів мають різні характерні ознаки, а також свої переваги та недоліки. У результаті проведеного аналізу можливості застосування одного з альтернативних способів вирішення спору, що виникає між іпотекодавцем та іпотекодержателем, зазначимо, що заслуговує на увагу медіація. Як влучно зазначає Д. Кандаєва: «Можливо, застосування медіації для вирішення спорів щодо земельних ділянок або інших об'єктів нерухомості виглядає сумнівним, але зазначені правовідносини характеризуються диспозитивністю регулювання, що дозволяє сторонам обрати той чи інший варіант врегулювання спору» [8, с. 108].

В Україні спеціальний Закон «Про медіацію» поки що перебуває на стадії розроблення. Відповідно до ст. 3 законопроєкту «Про медіацію» від 17 грудня 2015 року № 3665 (далі – законопроєкт) визначено, що медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), зокрема цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості та у кримінальному провадженні в формі приватного обвинувачення, передбаченого ст. 477 Кримінального процесуального кодексу України, справах про адміністративні правопорушення [9]. У розд. III зазначеного законопроєкту визначено, що порядок проведення медіації визначається самими сторонами. Результатом медіації в разі благополучного результату є угода, яку сторони зобов'язуються виконувати добровільно. Якщо ж одна зі сторін не виконує договір, то інша може звернутися в суд із вимогою вирішити спір у примусовому порядку [9].

З аналізу наукової літератури та законодавства вбачається, що переговори за участю медіатора є процесом, у якому сторони (іпотекодержатель та іпотекодавевець), які визначили предмет переговорів, звертаються до спеціаліста (медіатора) з урегулювання суперечок з метою досягнення компромісу щодо належного виконання зобов'язання і вирішення спору. Медіатор не може консультувати або ухвалювати рішення як щодо змісту питань, так і стосовно результату процесу.

Медіативна угода, укладена сторонами в результаті процедури медіації, може бути оформлена як у вигляді самостійного документа, до якого в законі встановлені конкретні вимоги, так і у вигляді застереження про медіацію в іпотечному договорі. Укладаючи медіативну угоду, сторони повинні керуватися нормами цивільного законодавства, які регламентують порядок укладення угод, виконання зобов'язань тощо. Погоджуючись на процедуру медіації, учасники іпотечних правовідносин практично нічого не втрачають. У разі неможливості дійти компромісного рішення, їм ніщо не перешкоджатиме звернутися до суду.

Відповідно до ст. 10 згаданого вище законопроєкту медіатором може бути фізична особа, яка досягла віку 30 років, має вищу освіту та пройшла спеціальну підготовку у сфері медіації в Україні або за її межами. М. Дякович зазначає, що медіатором можуть виступати нотаріуси. Як приклад учена наводить вирішення дискусії щодо дати звільнення квартири, коли нотаріус стримує розвиток конфлікту, крім того, нотаріус об'єктивно володіє всією інформацією щодо стану справи, бере до уваги усі правові та соціально-економічні тонкощі справи. Незважаючи на те, що Законом України «Про нотаріат» нині така функція не передбачена, на думку М. Дякович необхідність внесення змін до законодавства та надання нотаріусу статусу медіатора очевидна [10, с. 55].

Ж. Огороднік стверджує, що нині нотаріус виконує деякі функції медіатора, адже він під час вчинення нотаріальних дій заслуховує сторони, пропонує шляхи виходу зі спірних ситуацій, надає правові консультації, посвідчує договори з урахуванням досягнутих домовленостей. Слушною є думка щодо того, що додатковим позитивним важелем на користь реалізації функції медіатора нотаріусом може бути подальше нотаріальне посвідчення договорів (на виконання договору за результатом медіації), наприклад договорів купівлі-продажу або ж іпотечного договору [11, с. 130].

Дещо іншу думку висловлює М. Бондарєва, зазначаючи, що якщо медіація має на меті вирішення конфлікту, то мета нотаріальної діяльності – надання правам і фактам юридичної вірогідності. Як зауважує вчена, метою застосування нотаріальної медіації є досягнення взаємовигідного для сторін результату, уникнення необхідності звернення сторін до суду в разі виникнення конфліктної ситуації в нотаріальному провадженні. Тому можна зробити висновок, що нотаріальна діяльність не порівнюється із процедурами примирення, а радше містить їхні елементи [11, с. 7].

О. Красногор зазначає, що діяльність нотаріуса як медіатора, коли його функції не обмежуються управлінням переговорами, а безпосередньо спрямовуються на використання його юридичної кваліфікації для оформлення рішення в юридичній формі, необхідно розглядати як службову діяльність у сфері надання юридичної допомоги [12].

Варто погодитися з думкою вчених про те, що необхідність посередницьких процедур позасудового та досудового врегулювання спору в багатьох закордонних країнах зумовлена наявністю переваг перед державним судочинством. Так, у межах Європейського співтовариства останніми десятиліттями спостерігається тенденція звернення до медіації як однієї з можливостей забезпечення захисту прав, свобод та інтересів учасників суспільних відносин. Зокрема, у 2002 році Європейською комісією була розроблена Зелена книга з питань альтернативного врегулювання спорів у цивільному та комерційному праві. Нині медіація поширена в таких країнах як Сполучені Штати Америки, Нова Зеландія, Канада, Австралія, Англія, Франція, Іспанія, Італія, Бельгія, Австрія, Німеччина.

Ф. Отахонов зазначає, що в Німеччині показники судової медіації становлять понад 90% переговорів сторін. У Великобританії вважається, що в 90-95% випадків спори вирішуються ще до судового розгляду. Європейський показник результативності медіації становить від 40 до 80%. Крім того, медіація ефективна під час вирішення саме цивільно-правових спорів [14, с. 254].

Цікавою є практика, яка склалася у сфері вирішення спорів, що виникають під час виконання зобов'язань,

в Австралії. Головним спеціальним регулюючим актом є Акт про медіацію від 1997 року, який встановлює основи процедури медіації, статус сторін і медіаторів. В Австралії суд може направляти справу на розгляд медіаторів у будь-який час, але здебільшого це робиться до винесення судового рішення. Водночас суддя може винести рішення щодо окремих питань справи. Варто зазначити, що відповідно до Акту «Про медіацію під час фермерської заборгованості» від 1994 року у фермера є право звернутися до медіатора до того, як до нього можуть бути застосовані примусові заходи з боку кредитора за заставною [15, с. 154].

С. Піковські зазначає, що медіація – це найсучасніший метод альтернативного вирішення суперечок. Польща – одна з перших держав-членів Європейського Союзу, яка запровадила режим посередництва в цивільних і комерційних справах, що було закріплено у Цивільному кодексі Польщі в 2005 році. Відповідно до ст. 10 Цивільно-процесуального кодексу сторони можуть укласти угоду про врегулювання конфлікту за допомогою медіатора [15].

У Швейцарії медіація починається з вибору медіатора. Сторони обирають його за спільним рішенням. Якщо не вдається дійти спільної згоди, сторони надсилають на адресу відповідної торгової палати запит, у якому наводять відомості про себе, описують суть спору і, за можливості, дають йому оцінку, а також обговорюють необхідні професійні якості медіатора [16, с. 81].

Отже, для України проблеми вирішення іпотечних спорів – це не питання розвитку, а питання існування держави, тому їх вирішення має бути пріоритетним. Сучасний стан правозастосовної практики законодавства, що регулює іпотечні відносини, а також практика вирішення іпотечних спорів свідчать про надзвичайну складність цього цивільно-правового інституту, що позбавляє практичної можливості вітчизняного законодавця передбачити усі можливі спірні моменти шляхом внесення змін до відповідних нормативних актів. У цьому контексті вважаємо, що особлива увага повинна бути зосереджена на однозначності розуміння судами норм законодавства та однаковому його застосуванні.

Із проведеного нами дослідження вбачається, що основними особливостями вирішення іпотечних спорів за допомогою медіації є конфіденційність, вільне волевиявлення сторін, урахування їхніх інтересів, гнучкість процесуальних правил, швидкість і вартість вирішення спору, а також диспозитивність, неупередженість медіатора, добровільність, взаємоповага, рівноправність сторін, конфіденційність і нейтральність, обов'язковість для виконання. Отже, застосування медіації, по-перше, дозволяє істотно зменшити кількість судових справ, тим самим розвантажити судову систему; по-друге, у разі неможливості досудового врегулювання іпотечного спору дозволить зібрати необхідну інформацію, яка підвищить ефективність і швидкість судового розгляду.

Варто зазначити, що під час урегулювання будь-яких спорів між суб'єктами цивільно-правових відносин перевага має віддаватися альтернативним способам вирішення спорів, оскільки і у світовій практиці роль таких способів значно зростає. Для удосконалення правового забезпечення державного регулювання діяльності підприємців вони мають стати правовою стратегією держави, органів публічної адміністрації і суб'єктів підприємництва, яка включає правила, способи і методи регулювання господарських відносин; закріплення господарського правопорядку в економіці; виконання вказівок держави, умов договорів, національних і регіональних програм соціально-економічного розвитку.

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 : міжнародний документ від 27 червня 2014 року. База даних «*Законодавство України*». URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
2. Стратійчук В., Гопанчук В. Вирішення іпотечних спорів за законодавством України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. Вип. 2. С. 62–67.
3. Конституція України. Документ 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text.
4. Цивільний кодекс України. Документ № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text.
5. Жуков Д.В. «Білі плями» чинного законодавства про іпотеку. *Юридична газета*. 2013. № 7. URL: http://pragnum.ua/publications/bili_plyami_chinnogo_zakonodavstva_pro_ipteku.
6. Про іпотеку : Закон України від 5 червня 2003 року № 898-IV зі змін. і допов. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/898-15.
7. Качмар О. Реалізація позасудових способів звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку: аналіз судової практики. *Юридична газета.* 2012. URL: https://vkp.ua/ publication/how_to_judicially_pursue_a_mortgage_collection_an_overview_of_precedents.
8. Кандаєва Д. Медіація як один зі способів вирішення спорів, які виникають під час задоволення вимог іпотекодержателя. 2019. *Національний юридичний журнал: теорія і практика.* С. 106–108.
9. Про медіацію : проєкт закону України від 17 грудня 2015 року № 3665. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH2TT00V.html.
10. Дякович М. Нотаріус як медіатор. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 1. С. 54–55.
11. Огороднік Ж. Можливість і необхідність надання функцій медіатора нотаріусу. *Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право*. 2018. № 2. С. 128–131.
12. Бондарєва М. Медіативний аспект у нотаріальній діяльності з оформлення спадкових прав. *Підприємництво, господарство і право* : науково-практичний господарсько-правовий журнал. № 1. С. 4–7.
13. Красногор О. Участь нотаріуса у процесі медіації. *Актуальна юриспруденція* : матеріали Науково-практичної інтернет-конференції. 2017. URL: http://www.legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=1714%3A071217-16&catid=199%3A3-122017&Itemid=246&lang=ru.
14. Отахонов Ф. Медиация – плюсы и минусы посредничества. *Международный коммерческий арбитраж в контексте судебно-правовой реформы* : материалы Международной научно-практической конференции. 2009. С. 253–259.
15. Коровяковский Д. Система альтернативных способов разрешения споров в Австралии. Юридическая наука. 2018. № 3. С. 153–170.
16. Sylvester Pieckowski. Using Mediationin Poland to Resolve Civil Disputes. *Dispute Resolution Journal*. Vol. 64. № 4. URL: https://arbitrationlaw.com/library/using-mediation-polandresolve-civil-disputes-dispute-resolution-journal-vol-64-no-4.
17. Гайденко Н. Медиация как способ разрешения международных коммерческих споров. *Государство и право, юридические науки.* 2011. С. 79–85.

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/43

ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ СПАДКОВИХ ПРАВ У СУДОВОМУ ТА НОТАРІАЛЬНОМУ ПОРЯДКУ

FEATURES OF PROTECTION OF INHERITANCE RIGHTS IN COURT AND NOTARIAL PROCEEDINGS

Шаповал Я.В., студент VI курсу
факультету права, гуманітарних і соціальних наук
Кременчуцький національний університет імені Михайла Остроградського

Митник А.А., к.н. з держ. упр.,
доцент кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцький національний університет імені Михайла Остроградського

Спадкування посідає важливу роль у системі цивільного права. Насамперед це зумовлено тим, що кожна людина рано чи пізно стає учасником спадкових відносин. Тому розгляд особливостей захисту спадкових прав у судовому та нотаріальному порядку допоможе більш повно розкрити суть спадкування та проблеми, які регулярно виникають під час здійснення такого права.

Суд і нотаріус дають можливість забезпечити захист спадкових прав. У зв'язку з цим варто зауважити, що за своєю правовою природою спадкування вже створює необхідні умови для захисту шляхом звернення до нотаріуса для формування процесу охорони та передачі спадкових прав та обов'язків і в окремих випадках до суду. Щодо останнього, то суди розглядають спадкові справи в порядку позовного та окремого провадження. Характерною ознакою справ, які розглядають суди, є наявність спору, тоді як безспірні питання підлягають нотаріальному втручанню.

У зв'язку з тим, що нотаріус і суд захищають питання щодо спадкування, більшість людей не розуміється в тому, за яких обставин і до кого насамперед необхідно звертатися. У відсутності ясності стосовно цього питання ключову роль також відіграли суд і нотаріус, оскільки практиці відомі випадки порушення кожною установою своєї компетенції. Через розбіжність функції та охоплюваного кола питань для розгляду в учасників спадкових правовідносин виникають проблеми із захистом своїх прав і свобод.

Метою цієї статті є з'ясування особливостей захисту спадкових прав і розмежування компетенції суду та нотаріуса з питань забезпечення спадкування, коли і до кого повинен звернутися учасник спадкових відносин для захисту свого гарантованого законом права.

Ключові слова: спадкове майно, спадкоємець, спадкодавець, право на спадкування, спадкування за законом, спадкування за заповітом, підстави поділу (виділу) та перерозподілу спадщини, особливості виконання зобов'язань перед кредиторами, охорона та захист спадкових прав.

Inheritance plays an important role in the civil law system. This is primarily due to the fact that each person, to one degree or another, sooner or later becomes a participant in Hereditary relations. Therefore, consideration of the specifics of protecting inheritance rights in court and notarial proceedings will help to more fully reveal the very essence of inheritance and the problems that regularly arise during the exercise of such a right.

The court and notary provide an opportunity to ensure the protection of inheritance rights. In this regard, it is worth noting that in its legal nature, inheritance already creates the necessary conditions for protection by applying to a notary, for the formation of the process of protection and transfer of inheritance rights and obligations, and, in some cases, to the court. As for the latter, the courts consider inheritance cases in the order of claim and special proceedings. A characteristic feature of cases considered by the courts is the presence of a dispute, while undisputed issues are subject to notarial intervention.

Due to the fact that the notary and the court defend the issue of inheritance, most people do not understand under what circumstances and to whom to apply first. In the absence of clarity on this issue, the court and the notary also played a key role, since practice knows cases of violation of each institution's competence. Therefore, due to the discrepancy between the function and the range of issues covered for consideration, people who participate in Hereditary legal relations have problems protecting their rights and freedoms.

The purpose of this article is to clarify the specifics of protecting inheritance rights and differentiate the competence of the court and notary in ensuring inheritance. When and to whom should a participant in an inheritance relationship apply to protect their legally guaranteed right.

Key words: inherited property, heir, testator, right to inheritance, inheritance by law, inheritance by Will, grounds for division (allocation) and redistribution of inheritance, features of fulfillment of obligations to creditors, protection and protection of inheritance rights.

В об'єктивному розумінні спадковим правом є сукупність цивільно-правових норм, які регулюють відносини посмертного переходу прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців) в порядку універсального правонаступництва.

Спадкове право є частиною цивільного права, однак питання щодо його місця в системі цивільного права в юридичній літературі було і залишається дискусійним. Усі дослідники спадкового права дійшли висновку, що воно є окремим елементом у системі цивільного права. Однак природу цього елемента вони визначають по-різному. Одні автори вважають спадкове право підгалуззю цивільного права, на думку інших спадкове право є інститутом цивільного права, окремі ж науковці зазначають, що спадкове право є одночасно й інститутом, і підгалуззю цивільного права.

Проте впевнено можна констатувати, що питання спадкування є важливими, оскільки кожна людина певним чином взаємодіє з цими нормами чи в питанні отримання спадщини, чи під час її детального формування. Кожний процес, який напряму пов'язаний зі спадкуванням, захищається законом, оскільки йдеться про спадкові відносини, які становлять суттєвий складник цивільного обороту. Згідно із законодавством України ці відносини мають набувати відповідного оформлення через діяльність таких органів цивільної юрисдикції як суд і нотаріат. Саме на них покладені функції захисту спадкування.

Значну кількість судових і нотаріальних справ становлять такі, що пов'язані із застосування права на спадщину після її відкриття. Відповідно до ст. 34 Закону України «Про нотаріат» компетенція нотаріальних органів передбачає вчинення таких нотаріальних дій: вжиття заходів щодо охорони спадкового майна; видача свідоцтва про право на спадщину; посвідчення факту, що фізична чи юридична особа є виконавцем заповіту; оголошення секретного заповіту [4]. Серед усього переліченого вище діяльність нотаріуса насамперед виявляється у тому, щоб гарантувати і забезпечити перехід прав та обов'язків спадкодавця, які не припинилися з його смертю і можуть

бути об'єктом спадкування, до спадкоємців [7]. Вчиняючи такий спектр нотаріальних дій щодо оформлення спадкових прав, нотаріус унеможливлює будь-яке порушення прав спадкоємців.

Відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [1]. Щодо питання забезпечення спадкування, то суд у своїй діяльності розглядає та вирішує справи щодо розгляду заяв про визнання спадщини відумерлою, перерозподілу спадщини, визначення додаткового строку для прийняття спадщини, зменшення розміру неустойки (штрафу, пені), розміру відшкодування майнової шкоди (збитків) та моральної шкоди, якщо вони є непомірно великими порівняно з вартістю рухомого чи нерухомого майна, яке було одержане спадкоємцем у спадщину; тлумачення заповіту, визнання заповіту недійсним тощо. Також мають місце спори, які виникають за відсутності домовленостей між сторонами спадкування [10, с. 92].

З огляду на основну проблематику юридичної практики щодо забезпечення належної реалізації спадкових прав, необхідно розмежовувати юрисдикційні повноваження, які мають бути здійснені судом або нотаріатом, визначати межі судової юрисдикції спадкових справ, які розглядаються за правилами позовного або окремого провадженнь.

Виокремлення нотаріальної та судової юрисдикції стосовно розгляду та вирішення спадкових справ повинне ґрунтуватися на основних і загальних правилах визначення співвідношення судової та нотаріальної юрисдикції у цивільних справах. Діяльність нотаріату в якості свого предмета в рамках цивільного права має безспірні справи, тоді як судова містить спори про право [9, с. 52]. У науковій літературі зазначається, що потреба захисту порушених, невизнаних або оскаржуваних прав, свобод чи інтересів фактично дозволяє відокремлювати повноваження судів щодо розгляду цивільних справ від повноважень інших несудових органів, які не здійснюють захисту прав, свобод чи інтересів [9, с. 63].

Так, у ситуації пропуску строку на прийняття спадщини розгляд питання про можливість прийняття спадщини може стати предметом і судової, і нотаріальної діяльності залежно від існування або відсутності спору між спадкоємцями. Якщо такий спір відсутній, то спадкоємці, які пропустили строк для прийняття спадщини, за згодою всіх інших спадкоємців, які прийняли спадщину, можуть бути включені до свідоцтва про право на спадщину.

Якщо ж такої згоди не було надано, то питання вирішується у судовому порядку на підставі ч. 3 ст. 1272 ЦК, в якій зазначено, що за позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини [2]. Тобто, наявність чи відсутність згоди спадкоємців диктується суб'єктивною оцінкою. В разі незгоди із причинами пропуску строку справа від нотаріуса передається до суду, який ознайомлюється із деталями спору і приймає рішення об'єктивно та відповідно до закону.

З одного боку нотаріуси не можуть вчинювати нотаріальні дії за умови існування спору про право або про факт, а з іншого і суд під час розгляду спадкових справ не має вирішувати правові питання, віднесені до нотаріальної компетенції. По-перше, якщо є всі необхідні умови для одержання від нотаріуса свідоцтва про право на спадщину, то вимоги про визнання права на спадщину судовому розгляду не підлягають. Чому? Тому що суд не може розглядати у позовному провадженні безспірні справи. У разі відмови нотаріуса в оформленні права на спадщину особа може звернутися до суду за правилами позовного провадження, адже це справа із наявним у ній спором на спадщину [5].

По-друге, вирішуючи питання про надання спадкоємцеві додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини, суд не повинен вирішувати питання про визнання за ним права на спадщину. Це не є порушеним правом, тому спадкоємцеві після визначеного для нього додаткового строку для прийняття спадщини потрібно прийняти спадщину, звернувшись до нотаріуса в порядку, встановленому ст. 1269 ЦК.

Судова практика у таких питаннях часто є суперечливою. У певних ситуаціях суди відмовляють у задоволенні вимог щодо визнання права власності на спадкове майно за обставин відсутності спору і можливості його нотаріального оформлення, а у деяких навіть виносять рішення про визнання права власності, закриваючи очі на той факт, що оформлення спадкових прав у безспірній ситуації належить виключно до юрисдикції нотаріату. Розглянемо це більш детально на окремих прикладах.

Так, 13 березня 2013 року відбувся розгляд справи за позовом Особи 1 до Харківської міської ради про встановлення факту родинних відносин і визнання права власності в порядку спадкування за законом. Районний суд м. Харкова прийняв рішення, яким частково задовольнив заявлені позивачем вимоги. Підставою для звернення позивача до суду стала смерть Особи 2, після якої відкрилася спадщина, яка складалася із квартири. Позивач, будучи двоюрідною тіткою померлого, належить до п'ятої черги спадкування, але за відсутності документів, що підтверджують родинні відносини, вона залишилася без права на оформлення спадщини. Районний суд дослідив матеріали справи і дійшов висновку, що досліджені в процесі судового засідання докази вказують на дійсність факту родинних відносин між позивачем і спадкодавцем, тому в цій частині позовні вимоги суд задовольнив.

Щодо інших вимог позову, які стосувалися визнання за позивачем права власності на квартиру, суд був змушений визнати їх такими, що не підлягають задоволенню. Він обґрунтував це тим, що єдиною правовою підставою для набуття права власності на спадкове нерухоме майно є свідоцтво, видане нотаріусом. Суд правий у цій частині, адже він має право визнавати право спадкоємця на спадщину лише за наявності спору щодо такого майна. В такій ситуації рішення про відмову у видачі свідоцтва про право на спадщину позивачем суду не було надано. Позивач не позбавлений права на звернення у встановленому законом порядку до нотаріуса із заявою про прийняття спадщини та отримання відповідного нотаріального свідоцтва, тому вимоги про визнання права власності на спадкове майно суд не задовольнив.

У схожих за змістом справах є і протилежні рішення, коли суди одночасно встановлюють і факти, які мають юридичне значення, і визнають право власності на спадкове майно, виконуючи функції нотаріату. Тобто, для суду важливими питаннями є відсутність конфлікту з компетенцією нотаріуса (коло питань, які відведені виключно до розгляду та вирішення нотаріатом), і наявність спору як такого, що потребує вирішення виключно судом.

Досліджуючи питання щодо отримання додаткового строку на отримання спадщини, суд за наявності правових підстав задовольняє таку вимогу, а щодо запиту про визнання права власності на спадкове майно мусить обґрунтовано відмовити. Так, 14 березня 2013 року міськрайонний суд Полтавської області розглянув справу за позовом Особи 1 до сільської ради з вимогою визначити додатковий строк для прийняття спадщини та визнання права власності на земельну частку в порядку спадкування за законом. Суд визначив причину пропуску цього строку за поважну, тому задовольнив вимогу щодо надання нового строку, проте у задоволенні решти вимог відмовив. Суд обґрунтував це рішення тим, що позивач

не прийняв спадщину в установленому законом порядку (через нотаріуса).

Розглянемо схоже рішення, яке постановив районний суд в м. Дніпропетровськ від 17 червня 2013 року. Він розглянув справу за позовом Особи 1 до Особи 3 про встановлення додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини і визнання свідоцтва про право на спадщину за заповітом недійсним разом із правом власності на обов'язкову частку у спадщині. Позивач пояснив зміст позову тим, що вона є дочкою Особи 4, яка померла, залишивши дім у спадщину. Спадкоємцями першої черги є діти Особи 4: син – Особа 3 та позивач – Особа 1.

Заяву про прийняття спадщини до нотаріальної контори позивач не відправила вчасно, оскільки у зв'язку зі смертю матері перебувала у тяжкому емоційному стані. Окрім того, ще й відповідач після смерті матері завдавав перешкод у зверненні до нотаріальної контори з питання прийняття спадщини. Він заволодів її документами і не віддавав їх. Відповідач, скориставшись безпорадним станом позивача, самостійно подав заяву про прийняття спадщини, не повідомивши нотаріуса про наявність іншого спадкоємця, тому отримав свідоцтво про право на спадщину за заповітом.

Суд розглянув справу і визначив причини пропуску строку для подання заяви про прийняття спадщини як такі, що є поважними, і надав позивачу додатковий строк на прийняття спадщини. Крім того, суд постановив свідоцтво про право на спадщину за заповітом, видане Особі 3, визнати не дійсним у частині його видачі на 1/8 частину спірного домоволодіння, адже це була обов'язкова частка Особи 1. Однак суд був змушений відмовити у задоволенні позовної вимоги про визнання права власності на обов'язкову частку у спадщині в порядку спадкування. Це рішення було прийнято через те, що зазначена вимога була заявлена передчасно, без дотримання встановленого законом позасудового порядку отримання спадщини у власність. Оскільки позивач у цій справі ще не прийняла спадщину у встановленому законом порядку, то вона не могла вважатися спадкоємицею, яка прийняла спадщину. Тому задоволення судом вимог про визнання виданого відповідачеві свідоцтва про право на спадщину також є недійсним, ця дія не відповідає вимогам законодавства.

З подібними вимогами, з вимогами щодо внесення змін до свідоцтва зацікавлена особа може звернутися після того, як у наданий судом додатковий строк звернеться до нотаріуса в порядку, встановленому ст. 1269 ЦК [6]. Серед науковців і практиків панує думка про те, що вимоги спадкоємця про визначення додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини не можуть поєднуватися із визнанням свідоцтва недійсним. Адже у такий спосіб вирішується питання про визнання за спадкоємцем права на спадщину, що є неприпустимим одночасно із визначенням спадкоємцеві додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини. Це алогічна послідовність питань у позові, які мають вирішуватися окремо в чітко визначеному законодавством порядку [9, с. 27].

Така сама проблема виникає і з ситуацій, коли позивач поєднує у позові вимоги про визначення додаткового строку для прийняття спадщини та про перерозподіл спадщини. На питання позивача «чому?», суд має відповісти, що особу не можна вважати такою, яка прийняла спадщину, а тому позовні вимоги в частині перерозподілу не можуть бути задоволені. В судовій практиці містяться випадки, в яких позивачі замість вимоги про надання додаткового строку на прийняття спадщини просять визнання права власності на спадкове майно при відсутності спору про таке право, тому суд у задоволенні таких позовів відмовляє.

15 червня 2018 року районний суд в Одесі розглянув справу за позовом Особи 1 до Особи 2-4 про визнання права власності в порядку спадкування за законом. Позивач пояснив свої вимоги тим, що він є спадкоємцем першої черги після смерті дружини. Дослідивши матеріали справи, суд встановив відсутність підстав для задоволення позову, зазначивши, що у справі спадщини, яка відкрилася після смерті Особи 6-8, відповідно до чинного Цивільного кодексу України до компетенції суду віднесено питання щодо поважності пропуску строку для прийняття спадщини та надання спадкоємцеві додаткового строку, достатнього для подання заяви про прийняття спадщини до нотаріальної контори, і суд не може виходити за межі своїх повноважень і визнавати право власності на спадщину. Враховуючи це і той важливий факт, що позивач після смерті дружини до нотаріальної контори із заявою про прийняття спадщини не звернувся, суд відмовив у задоволенні позову.

В іншій справі, яку розглядав районний суд Херсонської області 14 серпня 2013 року за позовом Особи 1 до однієї із сільських рад Херсонської області про визнання права власності, позивач схожим чином пояснював позов. Було зазначено, що вчасно заяву до нотаріальної контори він не подавав через постійну роботу в іншому місті, яке знаходилося в іншій частині країни. Позивач вважав, що фактично вступив у спадщину, тому зауважував на тому, що крім нього ніхто не претендує на спадщину, а тому й спорів щодо земельної ділянки ніяких немає. Суд відмовив у задоволенні позовних вимог. Проблема полягала в тому, що у позивача не було доказів, які б підтвердили поважні причини пропуску строку на звернення із заявою про прийняття спадщини так само, як і доказів відмови нотаріуса у вчиненні нотаріальної дії.

Із наведених вище ситуацій випливає, що за загальним правилом правовстановлюючим документом, який офіційно підтверджує набуття спадкоємцем права власності на спадкове майно, має бути свідоцтво, видане нотаріусом у межах реалізації його юрисдикційних повноважень щодо розгляду безспірних справ [6], а не судове рішення. Тільки у випадку відмови нотаріуса у видачі такого свідоцтва зацікавлена особа може звертатися до суду, адже місце матиме наявність спору.

Спадкові справи розглядаються судами за правилами позовного провадження тільки у зв'язку з необхідністю розв'язання спору між спадкоємцями. У випадку ж відсутності такого спору і за необхідності встановлення певних фактів, які зумовлюють виникнення права на спадкування, але не можуть бути доведені спадкоємцем у межах нотаріального процесу, такі факти встановлюються судом при розгляді цивільних справ за правилами окремого провадження. Справи про спадкування розглядаються судами за правилами позовного провадження, якщо особа звертається до суду з вимогою про встановлення фактів, що мають юридичне значення, які можуть вплинути на спадкові права й обов'язки інших осіб та (або) за наявності інших спадкоємців і спору між ними [5].

Якщо виникнення права на спадкування не можливе без доведення окремих фактів, то особа може звернутися до суду із заявою про встановлення цих фактів [8, с. 165]. У такому порядку суд повинен ознайомитися із заявами про встановлення родинних відносин зі спадкодавцем, проживання з ним однією сім'єю, постійного проживання разом зі спадкодавцем на час відкриття спадщини, прийняття спадщини, яка відкрилася до 1 січня 2004 року.

Безспірність справ окремого провадження має більше релятивний характер. Спір про право повинен встановлюватися за ознакою можливого заперечення не факту, який має юридичне значення, а суб'єктивного права особи, щодо якого виникає такий спір. Прикрим фактом є те, що досить часто судам доводиться мати справу із неправильним формулюванням вимог до суду. Через це неправильно визначається вид судового провадження особою, яка ініціює процес розгляду справи, оскільки зацікавлені особи здебільшого звертаються до суду з позовними вимогами,

а не із заявами в межах окремого провадження, навіть якщо спору про право немає, а об'єктом судового захисту є виключно інтерес юридичного значення.

Розгляд вимог про встановлення юридичних фактів у позовному провадженні є можливим лише за умови, що вони поєднані зі спірною вимогою, наприклад про визнання права власності. У таких випадках суди задовольняють вимоги про встановлення юридичного факту, а у задоволенні вимог щодо визнання права власності на спадкове майно обґрунтовано відмовляють, оскільки вирішення такого питання – це компетенція нотаріату.

26 жовтня 2018 року міськрайонний суд Вінницької області розглянув цивільну справу за позовом Особи 1 до територіальної громади щодо встановлення факту належності спадкодавцю будинку та визнання права власності на спадщину. У встановлений законом строк позивач звернулася до нотаріуса з приводу прийняття спадщини, яка залишилася після смерті її чоловіка. Оскільки після померлого не залишилося документа про право власності на будинок, нотаріус відмовив в отриманні свідоцтва [7]. Суд, оцінивши деталі справи, задовольнив вимогу позивача про встановлення факту належності на праві особистої власності померлому Особі 2 житлового будинку.

У тій частині, в якій йшлося про визнання права власності на спадщину, суд відмовив, вважаючи її не досить обґрунтованою. У мотивувальній частині рішення суд зазначив, що за правилами гл. 7 Закону України «Про нотаріат» свідоцтво про право на спадщину видається за письмовою заявою спадкоємців, які прийняли спадщину, в порядку, встановленому цивільним законодавством, а саме ст.ст. 1296, 1297 ЦК [2]. З матеріалів справи суд вирішив, що позивач у визначений законом строк звернулася до нотаріальної контори із заявою про прийняття спадщини після смерті чоловіка, перешкоди для отримання свідоцтва про право на спадщину у нотаріальній конторі відсутні, а за наявності умов для одержання нотаріального свідоцтва про право на спадщину вимоги про визнання права на спадщину судовому розгляду не підлягають.

Відповідно до закону справу належить вирішувати в окремому провадженні, оскільки спору про право в її межах не існує, а після судового встановлення факту, який має юридичне значення, позивач має звертатися до нотаріуса і отримувати правовстановлюючий документ на спадкове майно (свідоцтво). При цьому судове рішення про встановлення факту буде мати значення доказу у нотаріальному процесі, оскільки саме на його підставі нотаріус зможе встановити факт належності спадкового майна спадкодавцю [3].

Судовий розгляд спадкових справ, пов'язаних із попередньо вчиненою нотаріальною дією або відмовою нотаріуса у її вчиненні, є правовою гарантією захисту прав власності на спадкове майно. Але з практичної точки зору все частіше постає питання реалізації та виконання судових рішень, постановлених у таких справах. При цьому в більшості випадків йдеться про необхідність подальшої правової реалізації висновків суду, викладених у судових рішеннях, зокрема через діяльність нотаріату, що не завжди є можливим.

Судові рішення у справах про перерозподіл спадщини, внесення змін до свідоцтва про право на спадщину, визнання недійсним свідоцтва про право власності на спадкове майно необхідно виконувати, звертаючись до відповідних нотаріальних органів [3]. Вони повинні використовувати свої повноваження через правові механізми безспірних правовідносин, тому можливість виконання положень таких судових рішень є залежною від поведінки зацікавлених осіб (інших спадкоємців), що іноді унеможливлює реалізацію повноважень нотаріусів.

Якщо такого конфлікту між спадкоємцями немає, тоді питання про внесення змін до свідоцтва про право на спадщину вирішує нотаріус за місцем відкриття спадщини. Обов'язковим є погодження усіх спадкоємців, які прийняли спадщину. У випадку відсутності згоди питання про внесення змін до свідоцтва про право на спадщину на вимогу одного зі спадкоємців вирішується судом.

Відповідно до ч. 3 ст. 1300 ЦК в кожному із випадків нотаріус зобов'язаний видавати спадкоємцям нові свідоцтва про право на спадщину. Саме покладення такого обов'язку на нотаріуса викликає серйозні заперечення, тому що правовий механізм, який би забезпечував та надавав реальну можливість його виконання, відсутній. І без цього компетенція нотаріуса має застосовуватися тільки за умов відсутності спору.

Загалом оформлення спадкових прав судом і нотаріатом застосовується у різних правових умовах відповідно до наявності чи відсутності спору про такі права. Судова та нотаріальна діяльність має низку загальних рис, наявність яких дозволяє говорити про існування своєрідної логічної й ефективної системи із захисту прав і законних інтересів учасників спадкових відносин, у межах якої жодної конкуренції чи заміни однієї ланки іншою не відбувається.

Наявність інституту нотаріату сприяє значному зниженню навантаження на судову систему. Проте невміння сформулювати правильні вимоги до суду призводить но неправильного визначення виду провадження, тому ініціатору потрібно більш глибоко ознайомитися із питанням спору (якщо це спір) і найкращим варіантом його вирішення. Важливо пам'ятати, що охорона спадкування – важлива функція і суду, і нотаріату. Проте здебільшого насамперед варто звертатися саме до нотаріуса, а правом судового захисту варто скористатися насамкінець.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. Зі змінами № 11-р/2019 від 02.12.2019.
2. Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст. 356. Зі змінами № 540-IX від 30.03.2020.
3. Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2004, №№ 40-41, 42, ст. 492. Зі змінами № 540-IX від 30.03.2020.
4. Про нотаріат : Закон України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 1993, № 39, ст. 383. Зі змінами № 440-IX від 14.01.2020.
5. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7 «Про судову практику у справах про спадкування».
6. Про порядок посвідчення заповітів і доручень, прирівнюваних до нотаріально посвідчених. Постанова Кабінету Міністрів України. Постанова зі змінами, внесеними згідно з Постановою КМ № 753 від 26.08.2020.
7. Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачою свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку у спільному майні подружжя. Схвалено рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України 29.01.2009.
8. Спадкове право : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів, кол. авт.; кер. авт. кол, канд. юрид. наук, доц. Нестерцова-Собакарь О.В. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. 2017. 164 с.
9. Практика застосування спадкового права у судовій і нотаріальній діяльності : підручник. За авторством Гузь Л.Є. 2018. 888 с.
10. Українське цивільне право. Спадкове право : академічний курс. Підручник. 2-ге видання, доповнене. 2013. 304 с.

УДК 341.985.28
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/44

ПОНЯТТЯ «РІШЕННЯ ІНОЗЕМНОГО СУДУ»

CATEGORY OF "FOREIGN JUDGMENT"

Шевченко І.Ю., студент І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу підходів до визначення поняття «рішення іноземного суду» як елементу інституту визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Вперше на законодавчому рівні поняття «рішення іноземного суду» було закріплено Законом України «Про визнання та виконання рішень іноземних судів».

У статті містяться посилання на норми чинних актів внутрішнього законодавства в аспекті вказаного питання. Увагу автора акцентовано на відсутності єдиного трактування цього поняття українським законодавцем, що зумовлює виникнення колізії у національному законодавстві і порушення правової визначеності як складника принципу верховенства права. Наведено приклади визначення цього поняття у різних міжнародних договорах: як двосторонніх, так і універсальних.

Встановлено, що у більшості досліджених актів немає визначення поняття «рішення іноземного суду», а тільки наведено перелік актів, які можуть визнаватися та виконуватися в Україні. У такому випадку дефініція поняття підміняється переліком категорій справ, рішення щодо яких може бути визнано та виконано. У роботі звернено увагу на нещодавнє підписання Україною Конвенції про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах, яка має на меті полегшити доступ до правосуддя для усіх, хто має позитивним чином впливати на майбутню судову практику, що може створити єдиний простір, де іноземні судові рішення будуть виконуватися за уніфікованою процедурою.

Доведено, що на міжнародній арені відбулося розмежування двох процедур – визнання та виконання рішень іноземних судів і визнання та виконання арбітражних рішень. За результатами проведеного аналізу наукових і нормативно-правових джерел зроблено відповідні висновки. Для вирішення зазначеної проблеми запропоновано внести законодавчі зміни з урахуванням сучасних міжнародних підходів, а також усіх правил логіки визначення понять.

Ключові слова: рішення іноземного суду, визнання та виконання іноземних судових рішень, Конвенція про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах.

The article is devoted to the analysis of approaches to defining the category of "foreign judgment" as an element of the institution of recognition and enforcement of foreign judgements in Ukraine. It is considered that for the first time at the legislative level the category of "foreign judgement" was enshrined in the Law of Ukraine "On Recognition and Enforcement of Foreign Judgements".

The article contains references to the norms of current acts of domestic legislation in the aspect of this issue. The author's attention is focused on the lack of a single interpretation of this category by the Ukrainian legislator, which causes a conflict in national legislation and thus a violation of legal certainty as part of the rule of law. Examples of definition of this concept in various international agreements are given: both bilateral, and universal.

It is established that most of the studied acts do not have their own definition of the category "foreign judgement", but only a list of acts that can be recognized and enforced in Ukraine. In this case, the definition is replaced by a list of categories of cases in respect of which decisions can be recognized and enforced. The paper draws attention to the recent signing by Ukraine of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, which aims to facilitate access to justice for all, which should have a positive impact on future jurisprudence, which can create a single space where foreign court decisions will be enforced according to a unified procedure.

It is proved that in the international arena there is a distinction between two procedures – recognition and enforcement of foreign judgements and recognition and enforcement of arbitral awards. Based on the results of the analysis of scientific and regulatory sources, conclusions were made and to solve this problem it is proposed to make legislative changes taking into account modern international approaches, as well as all the rules of the logic of definition of category.

Key words: foreign judgment, recognition and enforcement of foreign judgments, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.

Тенденція глобалізації сприяє політичній, економічній та культурній інтеграції суспільства, внаслідок чого велика кількість фізичних та юридичних осіб стають учасниками приватноправових відносин міжнародного характеру. Ці процеси спонукають держав до співпраці, зокрема в сфері правової допомоги у цивільних справах, що актуалізує розвиток міжнародного цивільного процесу і такого інституту як визнання та виконання рішень іноземних судів.

Проблематику визнання та виконання рішень іноземних судів досліджували науковці В.А. Бігун, М.М. Богуславський, А.С. Довгерт, О.І. Євтушенко, Р.В. Зайцев, О.О. Зозуля, В.І. Кисіль, В.В. Комаров, М.О. Лев, Л.А. Лунц, М.М. Мальський, Д.А. Мінченко, Ю.Д. Притика, Т.Я. Фортуна, С.Я. Фурса, Г.А. Цірат, Ю.В. Черняк, М.Й. Штефан тощо. Незважаючи на такий інтерес з боку дослідників до цього питання, незначну увагу було приділено розгляду змісту поняття «рішення іноземного суду» в контексті з'ясування юридичної природи визнання та виконання рішень іноземних судів.

Вперше на законодавчому рівні поняття «рішення іноземного суду» було закріплено Законом України «Про визнання та виконання рішень іноземних судів» від 29.11.2001 (далі – Закон). Так, у ст. 1 вказаного Закону термін «рішення іноземного суду» вживався у такому значенні: рішення іноземних судів у цивільних, трудових, сімейних справах, вироки іноземних судів у кримінальних справах у частині, що стосується конфіскації майна та відшкодування шкоди потерпілим, а також рішення іноземних арбітражів та акти інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних, трудових, сімейних справ, що набрали законної сили і підлягають визнанню та виконанню на території України відповідно до міжнародних договорів України [1].

З часом були прийняті Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 (далі – ЦПК України) та Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005, до яких більшість положень у сфері визнання та виконання рішень іноземних судів були перенесені із Закону України «Про визнання та виконання рішень іноземних судів», який 06.09.2005 втратив чинність.

Чинний Закон України «Про міжнародне приватне право» не містить визначення поняття «рішення іноземного суду», проте надає перелік рішень іноземних судів, які можуть бути визнані та виконані в Україні, який мало чим відрізняється від дефініції, наданої в Законі України

«Про визнання та виконання рішень іноземних судів». Відповідно до ч. 1 ст. 81 Закону України «Про міжнародне приватне право» в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що виникають із цивільних, трудових, сімейних і господарських правовідносин, вироки іноземних судів у кримінальних провадженнях у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили, крім випадків, передбачених частиною другою цієї статті [2].

У ч. 1 ст. 462 ЦПК України законодавець деталізував термін «рішення іноземного суду», під яким розуміє рішення суду іноземної держави, інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних справ [3]. Системний аналіз положень ЦПК України дає підстави стверджувати, що цивільними є справи, які виникають із цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства. Така позиція загалом суперечить доктрині міжнародного приватного права, оскільки справи, які виникають із житлових і земельних правовідносин, не належать до сфери регулювання цієї галузі права.

На окрему увагу заслуговує роз'яснення, надане Верховним Судом України, який в аб. 5 п. 9 Постанови Пленуму «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» № 12 від 24.12.1999 зазначив, що норми міжнародних договорів стосовно кола судових рішень у цивільних (сімейних) справах, про визнання й виконання яких можуть порушуватися клопотання в компетентних судах України, свідчать про те, що в них під рішеннями розуміються владні постанови суду або арбітражу, якими визначаються певні обов'язкові для сторін права й обов'язки. Тому ними можуть бути як рішення у вузькому розумінні цього слова, так і затверджена судом мирова угода (інший акт примирення), ухвала, постанова (у тому числі про стягнення аліментів) суду (судді) і судовий наказ [4].

Можна констатувати відсутність єдиного законодавчого підходу у розумінні рішень іноземних судів, які можуть бути визнані та виконані в Україні, що порушує такий елемент принципу верховенства права як правова визначеність. Схожа ситуація має місце і у сфері міжнародного регулювання. Так, відповідно до ст. 51 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22.01.1993 (далі – Конвенція) кожна із договірних сторін на умовах, передбачених цією Конвенцією, визнає і виконує такі рішення, винесені на території інших договірних сторін: 1) рішення установ юстиції у цивільних і сімейних справах, включаючи затверджені судом мирові угоди по таких справах і нотаріальні акти щодо грошових зобов'язань; 2) рішення судів у кримінальних справах про відшкодування збитку [5]. У цьому міжнародному договорі висвітлено широкий підхід до визнання і виконання рішень іноземних судів, до яких належать не тільки безпосередньо рішення судів, а й, зокрема, акти органів системи нотаріату.

Т.Я. Фортуна зазначає, що у деяких міжнародних договорах поняття «рішення» охоплює також рішення органів юстиції у господарських справах, рішення інших органів, до компетенції яких належить вирішення цивільних і сімейних спорів (акти нотаріату, органу реєстрації актів цивільного стану та органів опіки і піклування). У будь-якому разі рішення повинно бути винесене від імені держави судом України чи іншим органом, на який державою покладено обов'язок вирішення цивільних справ. Таке широке визначення поняття «рішення» сприяє більш повному захисту суб'єктивних прав та інтересів осіб [6, с. 42]. Однак із цим складно погодитися, тому що, наприклад, при визнанні акту цивільного стану не йдеться про захист прав чи інтересів осіб, оскільки відсутнє порушення права.

Пояснюється термін «рішення іноземного суду» і у двосторонніх міжнародних договорах. У Договорі між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних і кримінальних справах від 31.10.1992 термін «судове рішення» означає: в Україні – вирок щодо відшкодування збитків із кримінальної справи, рішення, ухвала, постанова суду (судді), мирова угода, затверджена судом із цивільної справи, рішення, ухвала арбітражного суду; у Китайській Народній Республіці – винесене судом рішення, ухвала, постанова, акт примирення з цивільної справи та вирок щодо відшкодування збитків [7]. Майже аналогічно це питання вирішується у Договорі між Україною та Монголією про правову допомогу у цивільних і кримінальних справах від 27.06.1995, за винятком «ухвали арбітражного суду» в Україні та «відшкодування шкоди» замість «збитків» [8]. У всіх зазначених вище актах немає визначення поняття «рішення іноземного суду», а тільки наведено перелік актів, які можуть визнаватися та виконуватися в Україні. У такому випадку дефініція поняття підміняється переліком категорій справ, рішення щодо яких може бути визнано та виконано.

Д.А. Мінченко наголошує, що не можна вважати обґрунтованим віднесення до рішень іноземних судів рішення іноземних арбітражів, оскільки їх обов'язкова сила пов'язана не із суверенною судовою владою певної держави, а з чинністю арбітражної угоди (арбітражного застереження в контракті), а тому визнання та виконання рішень іноземних арбітражів на території України не мусять пов'язуватися з наявністю міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або принципу взаємності [9, с. 85].

Ця теза підтверджується також тим, що Регламентом Ради (ЄС) № 44/2001 від 22.12.2000 про юрисдикцію та визнання і виконання судових рішень у цивільних і господарських справах, а також Луганською конвенцією 1988 року було виключено поняття «арбітраж» зі сфери виконання і визнання рішень іноземних судів [10, с. 53]. І хоча Україна не є учасником згаданих вище актів, вона повинна брати до уваги їхні положення, враховуючи європейський курс розвитку держави.

Концептуально інший підхід має місце у Договорі між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами про взаємну правову допомогу у цивільних і комерційних справах від 26.11.2012, де під терміном «судове рішення», який використовується у цьому договорі незалежно від його назви, розуміється будь-яке рішення, винесене внаслідок судового провадження компетентним судом сторін [11]. Окремою нормою перелічені категорії справ, рішення щодо яких кожна із сторін згідно зі своїм законодавством визнає та/або виконує.

На особливу увагу в аспекті цього питання заслуговує Конвенція про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах від 02.07.2019 (далі – Конвенція), яка була прийнята внаслідок плідної праці Гаазької конференції з міжнародного приватного права. Україна стала другою (після Уругваю) державою, яка підписала цей договір. Ця Конвенція була укладена з метою сприяння ефективному доступу усіх до правосуддя та багатосторонній торгівлі, інвестиціям та мобільності, заснованій на правилах, за допомогою судової співпраці шляхом створення єдиного набору основних правил щодо визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або господарських справах. Такий підхід має позитивним чином впливати на майбутню судову практику, що може створити єдиний простір, де

іноземні судові рішення будуть виконуватися за уніфікованою процедурою.

Так, у підп. b п. 1 ст. 3 Конвенції про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах від 02.07.2019 вказано, що «рішення» означає будь-яке рішення по суті, винесене судом, незалежно від того, яку назву рішення може мати, включаючи указ чи розпорядження, а також визначення судом судових витрат або витрат на розгляд справи (включаючи службову особу суду), за умови, що рішення стосується рішення по суті, яке може бути визнане або виконане відповідно до цієї Конвенції. При цьому застосування тимчасового заходу захисту не є судовим рішенням [12].

Також варто наголосити на тому, що ця Конвенція не застосовується до арбітражних і суміжних проваджень, проте щодо них діє Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень від 10.06.1958, яка поширює свій регулюючий вплив щодо визнання та приведення до виконання арбітражних рішень, винесених на території держави іншої, ніж держава, де порушене клопотання про визнання і приведення у виконання таких рішень, у спорах, сторонами в яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а також стосовно арбітражних рішень, які не є внутрішніми рішеннями у тій державі, де запитується їх визнання і приведення у виконання [13]. Фактично на міжнародній арені відбулося розмежування двох процедур – визнання та виконання рішень іноземних судів і визнання та виконання арбітражних рішень.

Можна зробити висновок, що тлумачення українським законодавцем поняття «рішення іноземного суду» є неоднозначним і одночасно недосконалим. Це означає необхідність у розробці такого підходу до інституту визнання та виконання рішень іноземних судів, який дозволив би подолати колізії у внутрішньому законодавстві. Подолання такої неузгодженості в нормативному регулюванні цього питання може бути вирішено шляхом внесення законодавчих змін з урахуванням сучасних міжнародних підходів щодо розділення процедур і понять визнання та виконання рішень іноземних судів і арбітражних рішень, зокрема положень Конвенції про визнання та виконання іноземних судових рішень у цивільних або комерційних справах від 02.07.2019, а також усіх правил логіки визначення понять.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про визнання та виконання рішень іноземних судів : Закон України від 29 листопада 2001 року № 2860-III / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2860-14 (дата звернення: 28.10.2020).
2. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15 (дата звернення: 28.10.2020).
3. Цивільний процесуальний кодекс : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 28.10.2020).
4. Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 12 від 24 грудня 1999 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99 (дата звернення: 28.10.2020).
5. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах : Конвенція від 22 січня 1993 року № 997_009. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009 (дата звернення: 28.10.2020).
6. Фортуна Т.Я. Поняття та правова природа визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. *Адвокат*. 2011. № 7(130). С. 41–44.
7. Договір між Україною і Китайською Народною Республікою про правову допомогу у цивільних та кримінальних справах : Договір від 31 жовтня 1992 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156_014 (дата звернення: 28.10.2020).
8. Договір між Україною та Монголією про правову допомогу у цивільних і кримінальних справах : Договір від 27 червня 1995 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/496_001 (дата звернення: 28.10.2020).
9. Мінченко Д.А. Визнання та виконання рішень іноземних судів: Україна та Англія : дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 217 с.
10. Кравцов С.О. Проблемні питання визнання та виконання рішень міжнародного комерційного арбітражу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2013. № 6-1, том 2. С. 52–56.
11. Договір між Україною та Об'єднаними Арабськими Еміратами про взаємну правову допомогу у цивільних і комерційних справах: від 26 листопада 2012 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/784_008 (дата звернення: 28.10.2020).
12. Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. URL: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137 (дата звернення: 28.10.2020).
13. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень : Конвенція від 10 червня 1958 року № 995_070. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_070 (дата звернення: 28.10.2020).

УДК 341.96
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/45

ПРАВОВІ ТА ЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ТРАНСКОРДОННОГО СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

LEGAL AND ETHICAL ISSUES IN CROSS-BORDER GESTATIONAL SURROGACY

Шуміло І.А., к.ю.н.,
доцент кафедри міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ковпик О.С., студентка І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглядаються сучасні проблемні питання правовідносин транскордонного сурогатного материнства. Автори аналізують дослідження вітчизняних та іноземних науковців, міжнародне та національне законодавство та судову практику, а також думки представників громадянського суспільства щодо легітимності інституту сурогатного материнства в сучасних умовах.

У роботі розглянуті існуючі правові режими сурогатного материнства: альтруїстичний, дозвільний і заборонний. Звертається увага на проблему регулювання сурогатного материнства з точки зору моральності і суспільних цінностей, а також на прогалини у правовому забезпеченні. Зокрема, проаналізовано релігійні джерела, твори богословів, позиції представників громадських організацій. Особливу увагу було приділено теоретичним і колізійним проблемам правового визначення походження дитини, її спорідненості із сім'єю та приналежності до громадянства.

Розглядаються основні доктринальні підходи до визначення істотних умов договору про надання послуг у сфері сурогатного материнства, названі питання, які повинні обов'язково бути врегульовані договором: народження сурогатною матір'ю кількох дітей; народження дитини з вадами розвитку, не пов'язаних із поведінкою сурогатної матері під час вагітності; народження мертвої дитини або настання викидня; неможливість настання вагітності в результаті повного циклу процедур щодо сурогатної матері; необхідність проведення штучного переривання вагітності згідно з медичним висновком лікарів; розірвання шлюбу генетичними батьками, смерть одного чи обох генетичних батьків тощо.

У статті розглянуті колізійні питання визначення походження дитини. Серед різних підходів, які нині застосовуються у національних правових системах, на думку авторок, найбільше відповідатиме інтересам дитини саме колізійна формула «право країни, де була здійснена імплантація ембріона». Авторки наголошують на необхідності визначення умов, за наявності яких жінка може залишити дитину собі. Зазначається, які завдання постають перед законодавцем, щоб забезпечити якісне правове регулювання сурогатного материнства, враховуючи права кожної сторони договору і насамперед дитини.

Ключові слова: міжнародне сімейне право, права дитини, сурогатне материнство, договір сурогатного материнства, права сурогатної матері, визначення походження дитини.

The article is devoted to the current problem of surrogacy. In particular, the article examines the research of scientists on this issue, international and national legislation (Civil Code of Ukraine, Family Code of Ukraine, Order of the Ministry of Health "On approval of the Procedure for assisted reproductive technologies in Ukraine") and states that there is no comprehensive regulation. There are provisions regarding surrogacy regimes: altruistic, permissive and prohibitive.

Attention is drawn to the problem of regulating surrogacy in terms of morality and insufficient legal support. In particular, biblical stories, teachers of theology and representatives of public organizations were analyzed. Emphasis is placed on the problem of legal support of the child's origin, recognition and citizenship.

The scientific substantiation concerning inclusion in essential conditions of the contract on rendering of services in the field of surrogacy of the following provisions is resulted: birth of several children by surrogate mother, birth of the child with developmental defects which is not connected with behavior of surrogate mother during pregnancy, stillbirth or miscarriage, impossibility of pregnancy as a result of a full cycle of procedures for a surrogate mother, the need for abortion according to the medical opinion of doctors, divorce by genetic parents, the death of one or both genetic parents.

Emphasis is placed on determining the conditions under which a woman can keep a child. It is indicated what tasks the legislator faces in order to ensure quality legal regulation of surrogacy, taking into account the rights of each party to the contract and, above all, the child.

Key words: international family law, rights of the child, surrogacy, surrogacy contract, surrogate mothers' rights, the origin of the child.

Нещодавно українське суспільство було шоковане новиною про 46 (за деякими даними вже більше) немовлят, народжених в Україні від сурогатних матерів, які не можуть потрапити до своїх генетичних батьків, оскільки через локдаун іноземці не мають можливості перетнути кордон України. Ця ситуація викликала хвилю обурення та обговорення етичності такого явища як сурогатне материнство. Уповноважена Верховної Ради України з прав людини Л. Денісова назвала сурогатне материнство проблемою, яка потребує негайного реагування.

Надання послуг сурогатного материнства в Україні є системним явищем. Технології сурогатного материнства рекламуються як товар високої якості, при цьому держава не вживає необхідних заходів для захисту прав дітей і гідного ставлення до них. Україна стає країною-донором народження для іноземців дітей, долю яких вона не може проконтролювати. Тому дослідження правових та етичних проблем сурогатного материнства в нашій державі є нагальною потребою сьогодення.

Дослідженню цих питань присвячені роботи вітчизняних спеціалістів у сфері цивільного та міжнародного приватного права, серед яких В.А. Ватрас, Я.І. Верес, А.П. Головащук, Н.М. Квіт, Ю.В. Коренга, О. Розгон, І.В. Чеховська, О.С. Юнін, О.А. Явор, а також праці зарубіжних науковців Л.К. Айвара, Н. Анцуха, Р. Кемперса (Kempers Roger), Ж. Коэна (Cohen Jean), Т.А. Мосієнко, А.А. Пестрикова, Л.Б. Ситдікова та інших.

Метою статті є ознайомлення з науковими концепціями та поглядами українських та іноземних дослідників щодо правового регулювання сурогатного материнства, визначення рівня відповідності національного законодавства міжнародним стандартам прав людини, з'ясування етичних проблем застосування репродуктивної технології, а також встановлення прогалин діючого законодавства, що регулює відносини у сфері транскордонного сурогатного материнства.

Так звані права «четвертого покоління», до яких належать і репродуктивні права, викликають безліч супер-

ечок як на побутовому, так і на науковому рівнях. Одні дослідники вважають, що необхідно забезпечувати реалізацію цих прав шляхом закріплення як у міжнародному, так і в національному законодавстві, інші ж заперечують їх існування, аргументуючи це посиланнями на норми моралі, етики та релігії. Сурогатне материнство не стало винятком у цій запеклій дискусії.

Правові дослідження у цій сфері здійснюються досить активно в усьому світі, але з огляду на кардинальну відмінність етичних і доктринальних підходів, які склалися у різних країнах, загальне визнання та нормативне закріплення зазначених прав на міжнародному та національному рівнях є досить складним завданням. Так, у Цивільному кодексі України репродуктивні права в системі особистих немайнових прав фізичних осіб окремо не виділяються, лише у ст. 281 ЦК України в контексті права на життя зазначено, що повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством [1].

У міжнародно-правових документах, які стосуються прав людини, зокрема у Загальній декларації прав людини від 10.12.1948, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права від 16.12.1966, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 захист репродуктивних прав прямо не передбачається. Серед інших правозахисних міжнародних актів, дотичних до прав «четвертого покоління», варто зазначити Конвенцію Організації Об'єднаних Націй про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок (1979 рік), Конвенцію про права дитини (1989 рік), Конвенцію про права людини та біомедицину (1997 рік) та інші. Але й ці документи не містять чітких формулювань і дефініцій, не мають принципової позиції з вказаного питання.

У вітчизняній літературі правова природа репродуктивних особистих немайнових прав фізичних осіб розглядається у кількох напрямах: як самостійні права фізичних осіб; як складник права на життя; як складник права на охорону здоров'я.

Професор Р. Стефанчук зазначає, що тлумачення репродуктивних прав виключно як складника права на життя, зафіксоване в ЦК України, є неприпустимим, оскільки право на життя має свою чітко визначену структуру. Такі права відмежовуються за об'єктом. Так, якщо об'єктом права на життя є особисте немайнове благо – життя особи-носія цього права, то об'єктом репродуктивних прав є здійснення репродуктивної функції, спрямованої на зачаття життя інших осіб. Розуміння репродуктивних прав виключно як складника права на охорону здоров'я також вважається вченим досить вузьким розумінням, оскільки цим правам властива і низка позитивних повноважень. Репродуктивні права повинні розглядатися як система відокремлених особистих немайнових прав фізичних осіб, які забезпечують їх природне існування та спрямовуються на здійснення репродуктивної функції фізичних осіб [2, с. 348–349].

Е. Мухамєдова зазначає, що репродуктивні права необхідно розуміти як права, пов'язані із відтворенням людини, які спрямовані на досягнення стану повного фізичного, психічного і соціального благополуччя у сфері здійснення репродуктивних можливостей (репродуктивного здоров'я) шляхом вільного вирішення питань діторождіння і планування сім'ї та полягають у можливості вільного здійснення жінкою штучного переривання вагітності, здійснення за бажанням жінки або чоловіка стерилізації, застосування допоміжних репродуктивних технологій лише за медичними показаннями, а також характеризуються властивостями особистого немайнового права фізичної особи на здоров'я, у складі якого вони передбачаються або невід'ємним елементом якого виступають [3, с. 140].

Сурогатне материнство як спосіб реалізації репродуктивних прав набуває дедалі більшої популярності. У доктрині і праві зарубіжних держав відсутнє єдине законодавчо затверджене поняття сурогатного материнства і його видів. Науковець О.О. Берестовий, розглядаючи досліджуване поняття з медичної точки зору, охарактеризував сурогатне материнство як один із різновидів репродуктивних технологій, за якої здорова жінка на підставі угоди (договору) після штучного запліднення виношує та народжує дитину для іншої сім'ї. Зачаття відбувається в умовах спеціалізованого медичного закладу (без статевого акту), з метою чого можуть використовуватися яйцеклітини та сперма безплідної подружньої пари або донорський матеріал з урахуванням того, що дитина має мати генетичну спорідненість хоча б із одним з батьків. Вчений зазначає, що в це поняття мають також бути включені випадки, коли досягнути мети народити та передати дитину особам, які звернулися по таку послугу, з певних причин не вдається [4, с. 22].

Термін «сурогатна матір» використовується дуже широко, але найбільшого визнання дістало визначення, наведене Всесвітньою організацією охорони здоров'я у 2001 році: «Гестаційний кур'єр – жінка, у якої вагітність настала в результаті запліднення ооцитів, які належать третій стороні, сперматозоїдами, що належать третій стороні. Вона виношує плід з тією умовою або договором, що батьками народженої дитини буде одна або обидві людини, чиї гамети використовувалися для запліднення». Показово, що слова «мати» або «батько» у цьому визначенні навіть не використовуються, що свідчить про те, що ВООЗ розцінює відносини між донорами та сурогатною матір'ю насамперед як договірні.

У наш час сурогатне материнство часто критикують і навіть засуджують, але це явище відоме з давніх часів, про що свідчать історичні літописи. Заглянувши в історію глибше, бачимо, що Старий Завіт описує одну з історій сурогатного материнства. Сара, дружина Авраама, будучи безплідною, запросила служницю, щоб та зачала та виносила дитину Авраама. У біблійні часи вважалося, що якщо дружина не може народити спадкоємця, то вона могла передати цю місію служниці, яка повинна була зачати немовля з чоловіком безплідної жінки, а після пологів відразу ж віддати його подружжю. При цьому безплідна дружина брала дитину як рідну, укладаючи її на свої коліна після пологів, вважала малюка своїм, генетично рідним. Історія знає безліч випадків, коли в різних країнах світу рабині або наложниці виконували роль сурогатної матері. У той час використовували тільки «традиційне сурогатне материнство», тобто генетичними батьками дитини були батько і сама сурогатна мати, оскільки запліднення проводилося природним шляхом.

Отже, сурогатне материнство має глибоке коріння та давню історію. Приклади, зокрема з Біблії, свідчать про те, що саме явище сурогатного материнства не суперечить християнським моральним засадам, але умовою його допустимості є безпліддя жінки фертильного віку. З плином часу та розвитком репродуктивних технологій стало можливим виношування жінкою дитини, яка генетично пов'язана з іншими батьками (безплідною парою) [5, с. 39].

Вивчаючи досвід зарубіжних країн щодо правового регулювання сурогатного материнства, зазначимо, що існують три основні режими його здійснення:

– альтруїстичний режим (Австралія, Канада, Великобританія, Нідерланди, Бельгія), за яким сурогатне материнство дозволяється державою, але сурогатна матір отримує компенсацію витрат лише на медичне обслуговування та інші витрати, пов'язані з вагітністю. Майбутні батьки, які укладають договір із сурогатною матір'ю, не мають права сплачувати за послугу щодо виношування та наро-

дження дитини [6, с. 61]. Законодавство Іспанії, Канади і Нідерландів більш лояльне, проте забороняє законом рекламу репродуктивних технологій і послуг сурогатних матерів. Канадське законодавство декларує, що сурогатне материнство є єдиним способом утвердження цінностей сімейного життя для подружніх пар [7, с. 2];

– дозвільний режим (Грузія, ЮАР, Російська Федерація, Україна), за яким країни дозволяють сурогатне материнство на законодавчому рівні з певним регулюванням деяких аспектів та окремими варіаціями правового режиму. Наприклад, в Ізраїлі сурогатне материнство контролюється державою, тобто на кожен крок потрібно отримати дозвіл. У Південній Африці контракт із сурогатною матір'ю повинен бути підтверджений судом [6, с. 61–62];

– заборонний режим (Франція, Швеція, Угорщина, Німеччина, Ісландія, Італія, Японія, Швейцарія, Пакистан, Саудівська Аравія, Сербія), за яким укладання договорів про сурогатне материнство не дозволяється. Країни, які вирішили прийняти такий режим, керувалися морально-етичними принципами, зокрема йдеться про уникнення перетворення дітей на товар та експлуатацію сурогатних матерів [6, с. 62]. У Німеччині та Австрії будь-яке штучне запліднення жінки, яка має намір у подальшому відмовитися від дитини (сурогатної матері), кваліфікується в законі як злочин, а лікар, який здійснив маніпуляцію, карається позбавленням волі на термін до 3-х років. У Франції сурогатне материнство протизаконне, оскільки суперечить законодавству про усиновлення і порушує положення про невідчужуваність людського тіла.

У США сурогатне материнство в різних штатах сприймається неоднозначно, наприклад у штатах Мічиган і Нью-Йорк сурогатне материнство повністю заборонене, Каліфорнія вважається центром комерційного сурогатного материнства, а в штаті Вірджинія законодавство забороняє тільки комерційні угоди про сурогатне материнство [8, с. 144].

Враховуючи міжнародний досвід, а також з огляду на високі стандарти захисту прав людини та етичні міркування, на нашу думку, національне законодавство України у цій сфері потребує суттєвих змін. Досить часто дітей, які народжені сурогатною матір'ю в Україні для іноземців, не визнають у країнах, де відповідні репродуктивні технології заборонені законом. Тому батьки вдаються до незаконних способів, зокрема, використовуючи шлях контрабанди, для вивозу дітей за межі України, долю яких не може відстежити жодна країна [9, с. 124]. Усе це призводить до небажаних наслідків, насамперед до порушень прав дитини на безпечне оточення, зростання в сім'ї тощо.

Застосування альтруїстичного режиму у вітчизняному законодавстві, яке регулює суспільні відносини у сфері сурогатного материнства, дозволить забезпечити більш високий рівень захисту прав дитини, прав сурогатної матері та генетичних батьків. Такий підхід зменшить ймовірність невизнання батьківських прав, набутих іноземцями в Україні, або невизнання правового статусу дитини.

Дискусія, яка виникла в українському суспільстві навесні цього року через спалах COVID-19 та карантинні обмеження, у підсумку сформулювала вимогу громадськості запровадити належне законодавче регулювання чи ввести повну заборону на послуги сурогатного материнства в Україні. Головним аргументом противників сурогатного материнства є моральні та етичні міркування.

М. Ярема зазначає, що сурогатне материнство є одним із сучасних біоетичних викликів перед українським і світовим суспільством: «Підставою для сурогатного материнства є інтереси подружжя-замовників, а також сурогатної матері (у випадку комерційного налагодження справи). Дитина у цьому процесі стає об'єктом уявного права, самоствердження подружжя, купівлі-продажу, маніпуляцій. До певної міри об'єктом стає і сама сурогатна матір, попри те, що діє як суб'єкт, коли погоджується на використання (об'єктивізацію) свого тіла, а отже себе самої» [8, с. 346].

М. Ярема наводить думку стосовно того, що ані комерційне, ані альтруїстичне сурогатне материнство не можуть бути визнані прийнятними, адже «навіть якщо намір сурогатної матері є добрим, то недобрими є засоби та сам предмет. Комерційне підґрунтя сурогатного материнства з моральної точки зору заслуговує на ще жорсткішу оцінку, адже додається моральне зло купівлі-продажу функцій тіла та самої особи новонародженої дитини» [8, с. 358].

Юристка НГО «Центр «Розвиток демократії» О. Зайцева виступає категорично проти, аргументуючи свою позицію так: «Практика сурматеринства підриває людську гідність жінки, оскільки її організм та його репродуктивні функції використовуються як товар; є репродуктивною експлуатацією та використанням людського тіла для фінансових чи інших вигод (зокрема, у випадку вразливих жінок у країнах, які розвиваються), тому має бути заборонене та розглядатися як питання прав людини, яке має бути невідкладно вирішене». Тобто сурогатне материнство порушує права дітей і жінок, є зловживанням вразливим становищем людей, сприяє нерівності та дискримінації, несе великі ризики для життя та здоров'я як сурогатних матерів, так і їхніх дітей. Жінка, яка виношує за гроші, та організація, яка поставила це на потік – далеко не рівносильні супротивники у випадку судових спорів: усі ми розуміємо, хто матиме більше важелів впливу. Найкращий захист жінок і дітей в Україні – це не врегулювання сурматеринства, а його заборона».

При цьому у сурогатного материнства є й прихильники. Адвокатка О. Кашинцева вважає за доцільне розглядати сурогатне материнство в контексті репродуктивних прав особи, тобто прав особи жіночої та чоловічої статі мати генетично рідну дитину: «Сурогатне материнство народження зачатої in-vitro дитини гестаційним кур'єром (сурогатною матір'ю) є методом лікування безпліддя. Таким же методом як і решта, передбачених відповідним наказом Міністерства охорони здоров'я. Юридичні підстави і наслідки такого методу лікування визначаються Цивільним і Сімейним кодексами України. Вульгаризоване сприйняття гестаційного кур'єра (сурогатної матері) як «торгівлю тілом» є таким же абсурдним, якби ми закидали донорам крові торгівлю своїм біологічним матеріалом».

На нашу думку, заслуговує уваги точка зору О. Кашинцевої стосовно того, що українське законодавство потребує прийняття спеціального закону про допоміжні репродуктивні технології, що «має розроблятися експертами, які розуміють усі виміри такої чутливої сфери як репродуктивна медицина, – провідні правники з медичного права, лікарі та психологи. Розглядати можливості, які надає такий метод лікування безпліддя, необхідно крізь призму «четвертого покоління» прав людини, а не крізь призму нової прибуткової сфери бізнесу, в якому окремим розділом буде врегульовано питання сурогатного материнства».

Співзасновниця громадської організації «Природні права Україна» Є. Кубах зазначає, що ставлення суспільства до цього явища загалом не є однозначним, тому не можна заборонити те, чого не можна контролювати в принципі. Необхідно прийняти нормативно-правовий акт, який би захищав права жінок у відносинах сурогатного материнства, адже нині є чимало проблем, які не врегульовані: питання відсутності компенсаційних механізмів у випадках, якщо після народження сурогатною матір'ю дитини у жінки виникають гестаційні або інші хвороби внаслідок такої сурогатної вагітності, хвороби, які в подальшому унеможливлюють виношування та народження дитини жінкою; питання реалізації права на аборт сурогатною матір'ю. Ще одним із питань є відсутність типової форми договору між клінікою, жінкою і сурогатною матір'ю, проблеми психологічної підтримки сурогатних матерів під час і після пологів тощо.

Проаналізувавши «за» і «проти» сурогатного материнства, ми більше схиляємося до думки, що необхідно забез-

печити дієвий правовий механізм у реалізації сурогатного материнства в Україні, який би забезпечив як права жінки, яка виносить і народить дитину, так і генетичних батьків, самої дитини. Надання рівних прав і можливостей іноземцям на застосування методики сурогатного материнства поряд із громадянами України створить нерівні умови для отримання цієї допомоги, оскільки іноземні громадяни деяких країн мають більш широкі фінансові можливості для оплати таких послуг, що може призвести до комерціалізації цього процесу, а у подальшому негативно позначитися на збереженні репродуктивного здоров'я та генофонду нації.

Україні необхідно виробити таку модель організації сурогатного материнства, яка врахувала б усі позитивні та негативні моменти практики його застосування з одночасним визначенням на законодавчому рівні заходів упередженої дії, зокрема щодо заборони так званого «сурогатного туризму». Доцільно було б передбачити, що 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, – ще й законом країни проживання. При цьому умовами застосування сурогатного материнства має бути генетичний зв'язок дитини принаймні з одним із майбутніх батьків, відсутність безпосереднього генетичного зв'язку дитини із сурогатною матір'ю, крім випадків, коли сурогатною матір'ю є родич майбутніх батьків.

На сучасному етапі правове регулювання сурогатного материнства в Україні у тій чи іншій мірі здійснюється на основі таких нормативно-правових актів: Цивільний кодекс України, Сімейний кодекс України, Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затверджений наказом МОЗ від 9 вересня 2013 року № 787, Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року № 2801-XII, Правила державної реєстрації актів цивільного стану від 18 жовтня 2000 року № 52/5 (у редакції від 28.12.2019). На жаль, комплексне регулювання відносин щодо сурогатного материнства відсутнє.

Згідно зі ст. 51 Конституції України сім'я, дитинство, материнство та батьківство охороняються державою. Сімейний кодекс України (далі – СКУ) також створює умови для зміцнення сім'ї та на державному рівні забезпечує її охорону. Так, згідно з п. 1 ст. 49 СКУ дружина має право на материнство, відповідно до п. 1 ст. 50 того ж Кодексу чоловік має право на батьківство [11].

Порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні регламентує вимоги, які висуваються до однієї зі сторін договору – сурогатної матері. Сурогатною матір'ю може бути повнолітня дієздатна жінка за умови наявності власної здорової дитини, добровільної письмово оформленої нею заяви за певною формою, а також за відсутності медичних протипоказань, тобто мати хороший, стабільний стан здоров'я. Крім того, вона не може перебувати у безпосередньому генетичному зв'язку з дитиною, однак дозволяється виношування вагітності близькими родичами майбутніх батьків (мати, сестра, двоюрідна сестра тощо). Усі кандидати повинні пройти обов'язкове медичне обстеження, надати правдиві відомості про історію вагітності і пологів, перенесені захворювання [12].

На відміну від російського законодавства, в українському законодавстві не закріплено право одинокої жінки на реалізацію права на материнство. Законодавство України передбачає як суб'єктів договору про сурогатне материнство подружжя, сурогатну матір і медичний заклад. Таким чином, генетичними батьками дитини, народженої за допомогою сурогатного материнства, можуть бути лише особи, які перебувають у зареєстрованому шлюбі [13, с. 121–122]. Така норма порушує права незаміжньої жінки бути матір'ю і призводить до укладення фіктивних шлюбів.

Законодавство деяких країн (наприклад, Російська Федерація) передбачає обов'язкове дотримання принципу медичної таємниці при застосуванні технологій сурогатного материнства [13, с. 122]. На жаль, в українському законодавстві зазначена норма відсутня.

Одним із юридичних засобів захисту інтересів обох сторін (як подружжя, так і сурогатної матері) є цивільно-правовий договір між ними, який має бути укладений до зачаття дитини. Ним мають бути урегульовані всі права та обов'язки сторін, а серед інших і умови проживання сурогатної матері до народження дитини, розмір її матеріальної винагороди, а також можливість відшкодування моральної шкоди у випадку відмови з її боку передати дитину. Адже відносини між подружжям та сурогатною матір'ю не регламентуються вітчизняним законодавством, тому найменше упущення в договірному регулюванні таких відносин може спричинити виникнення проблем у обох сторін [13, с. 122].

Вбачається доцільним включити такі особливі умови до договору про сурогатне материнство, від яких ніхто не застрахований: народження кількох дітей сурогатною матір'ю, народження дитини із вадами розвитку, що не пов'язано з поведінкою сурогатної матері під час вагітності, народження мертвої дитини або настання викидня, неможливість настання вагітності у результаті повного циклу процедур щодо сурогатної матері, необхідність проведення штучного переривання вагітності згідно з медичним висновком лікарів, розірвання шлюбу генетичними батьками, смерть одного чи обох генетичних батьків.

І. Диба, М. Сопель слушно зауважують, що предметом договору не може бути передача дитини від сурогатної матері її біологічним батькам, оскільки торгівля дітьми заборонена. Тому договір повинен передбачати тільки виплату певної компенсації з метою створення найбільш сприятливих умов для виношування дитини і подальшої реабілітації [13, с. 122]. Крім того, важливою умовою договору є визначення умов, за яких жінка, яка народила дитину, може залишити її собі, адже може виникнути прив'язаність жінки до дитини, яку вона виносила, що в подальшому може призвести до порушення психоемоційного стану жінки.

Не менш важливим питанням є визначення походження дитини, яку народить сурогатна матір. У світовій практиці існує кілька підходів до визначення застосовного права до правовідносин щодо встановлення походження дітей, серед яких доцільно виділити такі:

– право держави, громадянином якої є дитина за народженням (Азербайджанська Республіка, Республіка Казахстан, Киргизька Республіка, Російська Федерація, Республіка Таджикистан, Болгарія). Вказівка на момент народження запобігає зміні застосовного права, якщо згодом громадянство дитини буде іншим. У цьому випадку ситуація є більш стабільною і прогнозованою, але не завжди може відповідати інтересам дитини;

– особистий закон дитини на момент її народження (ст. 65 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Порівняно із вказаною вище колізійною прив'язкою особистий закон є більш широкою формулою прикріплення, оскільки може бути виражений у вигляді закону громадянства, закону доміцилію, права держави, яка надала притулок, або права держави, з якою особа найбільш тісно пов'язана;

– право держави місця проживання дитини (Венесуела). Більш розгорнута формула прикріплення знайшла відображення у ст. 68 Федерального закону Швейцарії про міжнародне приватне право – право держави звичайного місця проживання дитини, а в разі, якщо ні батько, ні мати не доміцильовані в державі постійного місця проживання

дитини або якщо дитина і її батьки є громадянами однієї держави, – право держави їх спільного громадянства;

– залежно від того, що є більш сприятливим для дитини, може застосовуватися право держави постійного місця проживання або громадянства дитини чи одного з її батьків (Квебек); право держави громадянства дитини або її постійного місця проживання в момент встановлення походження, або право, яке застосовується до особистих відносин між батьками в момент народження дитини (Болгарія);

– особистий закон матері дитини на момент її народження. У разі, якщо мати невідома – особистий закон дитини (ст. 311-14 ГК Франції);

– у Республіці Вірменія, Республіці Білорусь, Республіці Молдова, Туркменістані встановлення і оскарження батьківства (материнства) на території держави здійснюється відповідно до законодавства цієї держави. Цепідхід є застарілим і вимагає корегування. Лише деякі держави використовують односторонню колізійну норму для регулювання розглянутих відносин [8, с. 81–84].

Дослідниця Н. Анцух зазначає, що необхідно законодавчо закріпити право держави, в якій була здійснена імплантація ембріона, оскільки саме ця процедура є першим етапом реалізації розглянутого виду допоміжних репродуктивних технологій. По-перше, право цієї держави буде позитивно ставитися до реалізації сурогатного материнства, по-друге, в більшості випадків право держави місця імплантації ембріона збігається з правом держави місця народження дитини, по-третє, такий підхід буде сприяти зниженню ризику виникнення «кульгаючих відносин». Аналогічну позицію з приводу визначення застосовного права до правовідносин щодо встановлення походження дитини також висловила О.В. Розгон [15, с. 129].

Нині ні на національному, ні на міжнародному рівнях не існує спеціальних колізійних прив'язок, які регулюють договірні відносини в сфері сурогатного материнства. У доктрині міжнародного приватного права допускається поширення автономії волі сторін на сімейні правовідносини.

Цілком погоджуючись із позицією дослідниці Н. Анцух, яка зазначає, що стосовно договору сурогатного материнства в силу складності та новизни цього виду допоміжних репродуктивних технологій, великої ймовірності наявності надімперативних норм у праві держав, з якими відносини сурогатного материнства мають тісний зв'язок, необхідно ввести обмеження автономії волі сторін.

Доцільно надати сурогатній матері і фактичним батькам право вибору з кількох альтернативних прив'язок, які мають тісний зв'язок із правовідносинами: 1) право держави постійного місця проживання сурогатної матері, 2) право держави постійного місця проживання фактичних батьків, 3) право держави місця народження дитини, 4) право держави місця імплантації ембріона. Застосування альтернативних колізійних норм є сучасною тенденцією розвитку міжнародного приватного права і дозволяє враховувати фактичні обставини у різних ситуаціях [14, с. 90–91].

Висновки. Враховуючи міжнародний досвід у сфері правового регулювання сурогатного материнства, на нашу думку, українське законодавство потребує суттєвих та якісних змін у цій сфері. Законодавець має обрати відповідну модель правового регулювання та вдосконалювати її. Альтруїстичний режим дозволяє забезпечити більш високий рівень захисту прав дитини, прав сурогатної матері та генетичних батьків. Такий підхід зменшить ймовірність невизнання батьківських прав, набутих іноземцями в Україні, або невизнання правового статусу дитини. В галузі матеріально-правового регулювання доступу іноземців до послуг сурогатного материнства в Україні доцільно обмежити їх коло громадянами та постійними мешканцями країн, в яких такі послуги не заборонені законом. Не менш важливим є врегулювання питання походження дитини.

Що стосується морального та етичного аспектів цього питання, то необхідно зазначити, що змінюється як суспільство, так і норми моралі (хоча цей процес відбувається у певному відриві). Засуджувати жінку, яка виявила згоду народити дитину іншим батькам, не потрібно, її необхідно поважати, адже саме завдяки їй подружжя матимуть змогу відчути радість батьківства. Така жінка не повинна ставити за мету заробити кошти, адже буде здійснюватися комерціалізація сурогатного материнства, що призведе не до допомоги іншим фізичним особам, а до нового «легального» виду заробітку.

Отже, законодавець має врахувати усі нюанси такого виду подолання проблеми безпліддя, щоб найкраще захистити інтереси кожної зі сторін договору про надання послуг у сфері сурогатного материнства та уникнути непередбачуваних і негативних наслідків.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 12.11.2020).
2. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія. Хмельницький : Хмельницький ун-т управління та права, 2007. 626 с.
3. Мухамєдова Е.Е. Репродуктивні права фізичної особи в системі особистих немайнових прав. *Ученые записки Таврического нац. ун-та им. В.И. Вернадского. Серия: «Юридические науки»*. 2012. № 2. Т. 25 (64). С. 136–141.
4. Берестовий О.О. Допоміжне (сурогатне материнство) як медико-соціальна проблема. *Здоровье женщины*. 2018. № 9(135). С. 21–25.
5. Квіт Н. Інститут сурогатного материнства: проблеми колізійного регулювання. *Альманах міжнародного права.* № 14. С. 38–49.
6. Чеховська І.В. Сурогатне материнство: теоретико-правові підходи до розуміння сутності. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. № 2-3 (6-7). С. 58–64.
7. Criminalising commercial surrogacy in Canada and Australia: the political construction of 'national consensus'. *Australian Journal of Political Science.* 2016. Vol. 51. № 1. P. 1–16.
8. Т.А. Мосиенко, К.И. Лысогорская, О.С. Федоренко, Е.Н. Щекина. Сравнительный анализ института суррогатного материнства в российском и зарубежном законодательстве. *Вестник Ростовского государственного экономического университета (РИНХ)*. 2016. № 4(56). С. 142–148.
9. М. Ярема. Сурогатне материнство: етичні аспекти. *Наукові записки Українського католицького університету. Число XII. Серія Богослов'я.* 2019. № 6. С. 343–358.
10. Сурогатне материнство: бути чи не бути? [Електронний ресурс]. Режим доступу: http://jurfem.com.ua/surogatne-materynstvo-buty-chy-ne-buty/.
11. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 14.11.2020).
12. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ МОЗ України від 09.09.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13 (дата звернення: 14.11.2020).
13. Юнін О.С. Цивільно-правові аспекти сурогатного материнства. *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 3. С. 119–124.
14. Анцух Н. Трансграничные проблемы правового регулирования суррогатного материнства : монографія. Минск : Четыре четверти, 2015. 156 с.
15. Розгон О.В. Колізійне регулювання встановлення походження дитини при застосуванні сурогатного материнства. *Альманах міжнародного права.* 2017. № 17. С. 123–133.

УДК 347.451.031
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/46

ЗМІСТ ПРАВА СПОЖИВАЧА НА ІНФОРМАЦІЮ

CONTENT OF THE CONSUMER`S RIGHT TO INFORMATION

Ярова А.С., студентка ІІІ курсу
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті проведено ґрунтовний аналіз забезпечення і реалізації права споживачів на інформацію про продукцію на підставі аналізу національного законодавства (зокрема, комплексного дослідження Закону України «Про захист прав споживачів»), суддівської практики та європейського законодавства. Досліджено та проведено характеристику поняття «необхідна, доступна, достовірна, своєчасна інформація про продукцію», а також проведено аналіз правових наслідків ненадання такої інформації, надання її в неповному обсязі або надання неправдивої інформації. Виділено об'єктивні та суб'єктивні фактори актуальності цього питання для України.

У статті наведено приклади європейського регулювання права споживача на інформацію та приклади із суддівської практики. Метою свого дослідження автор вбачає аналіз поняття «необхідна, доступна, достовірна та своєчасна інформація», а також дослідження правових наслідків невиконання таких обов'язків продавцями, особами, які надають послуги, та виробниками в контексті реалізації права споживачів на інформацію про продукцію.

Розглянуто підстави для розірвання договору та/або відшкодування збитків покупцеві у разі порушення права споживача на інформацію. Автором проведено ґрунтовне дослідження праць науковців і останніх публікацій з цієї теми. У статті наведено тлумачення права споживача на інформацію з його детальним аналізом, розглянуто та детально вивчено міжнародні акти, які стосуються цього питання (зокрема, резолюцію Асамблеї ООН «Керівні принципи для захисту інтересів споживачів»). Автором наведено перелік тієї інформації, яка в обов'язковому порядку повинна бути надана покупцеві.

Отже, було проаналізовано значну кількість як національних, так і європейських нормативно-правових актів, які стосуються поняття «права на інформацію» та його захисту. Автором також були сформовані висновки, які підбивають підсумок у його дослідженні в контексті реалізації права споживачів на необхідну, доступну, достовірну, своєчасну інформацію про продукцію.

Ключові слова: інформація, права споживача, захист права на інформацію.

The article contains a detailed analysis of the content and implementation of consumers' right to information on products on the basis of an analysis of national legislation (in particular, a comprehensive study of the Law of Ukraine "On Consumer Protection") The European Court of Human Rights, the judiciary and European legislation. Research has been carried out on the characterization of concepts "necessary, accessible, reliable, timely information about products", as well as on the analysis of the legal consequences of not providing such information, providing it in incomplete scope or providing false information.

Objective and subjective factors of relevance to Ukraine have been highlighted. The article gives examples of European regulation of the consumer's right to information and provides examples from judicial practice. The purpose of the author's research is to analyse the concept of "necessary, accessible, reliable and timely information", as well as to study the legal consequences of the failure of sellers, persons who provide services and producers to fulfil such obligations, in the context of the realization of the right of consumers to product information.

The grounds for avoidance of the contract and/or damages to the buyer in case of violation of the consumer's right to information are also considered. The author also conducted an extensive study of the writings of scholars and recent publications on the subject. In addition, the article provides interpretations of the consumer's right to information and its detailed analysis. International instruments dealing with these issues (e.g., UN Assembly resolution "Guidelines for Consumer Protection') have also been reviewed and studied in detail.

The author gives a list of the information that must be provided to the buyer. Thus, a considerable number of both State and European legal acts concerning the concept of "right to information" and its protection were analyzed. The author has also drawn conclusions that form the basis of his research in the context of the realization of the right of consumers to necessary, accessible, reliable and timely information about the products.

Key words: information, rights of the promoter, consumer protection.

Постановка проблеми. Після здобуття Україною незалежності відбувся перехід країни до ринкової економіки, що призвело до появи стійких зв'язків з іншими країнами, збільшення «спілкування» та товарообміну між державами. Ці питання викликають і ставлять перед законодавцем питання щодо забезпечення захисту прав споживачів при придбанні ними певних товарів або послуг. Однією з гарантій такого захисту є право споживачів на інформацію про товар або роботу (послугу). Зміст цього права складає право споживачів при придбанні, замовленні або використанні продукції на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про цю продукцію. Ця інформація дозволяє забезпечити повний обсяг прав і компетентний вибір у разі вибору товару при укладенні договору купівлі-продажу.

Постає питання: що саме законодавець розуміє під «необхідною, доступною, достовірною та своєчасною інформацією», закріпленою у ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів» (далі – Закон)? Актуальність цього питання полягає й у відсутності єдиного підходу до розуміння цієї проблеми серед науковців. Актуальним є і питання, присвячене дослідженню правових наслідків невиконання обов'язків продавцями, особами, які надають послуги, та виробниками щодо надання інформації як гарантованого права споживача.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням тлумачення права споживачів на інформацію присвячено багато досліджень різних науковців, зокрема С.А. Косінова, Т.О. Кагала, О.М. Готіна, Г.А. Осетинської та інших. Питанню реалізації цього права присвячені праці Л.М. Іваненко, О.М. Язвінської, І.В. Шебулдаєва, І.О. Дудли, М.І. Хавронюк, М.І. Мельника, Т.В. Меланчука. Про нагальність порушеної проблеми свідчить велика кількість позовів до суду з вимогою реалізації права на інформацію або захисту у разі порушення такого права. Отже, питання отримання необхідної інформації споживачем все ще залишається актуальним. Окрім цього, необхідно розглянути і питання щодо обсягу надання інформації споживачеві, її межі.

Метою статті є аналіз поняття «необхідна, доступна, достовірна та своєчасна інформація», а також дослідження правових наслідків невиконання таких обов'язків продавцями, особами, які надають послуги, та виробниками в контексті реалізації права споживачів на інформацію про продукцію.

Виклад основного матеріалу. Нещодавно поняття «право на інформацію» не було виокремлено як самостійна юридична категорія і ще не мало свого закріплення у законодавстві України. Стаття 50 Конституції

України встановлює, що «кожному гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена» [1].

Однак в юридичній науці все ще відсутній єдиний підхід до розуміння природи такого права. Деякі науковці відносять право на інформацію до культурних прав і свобод [2], інші – розглядають його як частину права на свободу поширення інформації або свободи слова та друку. Але право на інформацію є дещо ширшим, ніж свобода слова та друку, оскільки включає в себе сукупність здібностей людини на отримання, зберігання та розповсюдження інформації. Із закріпленням такого права в Конституції України та багатьох міжнародно-правових актах воно стало поруч із природними (особистими) правами людини.

Отже, право на інформацію можна тлумачити як право на отримання різного роду відомостей, необхідних для здійснення усіх життєвих функцій як кожної людини окремо, так і окремих об'єднань осіб, суспільства загалом. Реалізація права на отримання інформації є основою процесу інформаційного забезпечення економічного та соціального розвитку суспільства, свого роду певним «вихідним пунктом» цього процесу та його кінцевою метою [3].

Генеральною Асамблеєю ООН в резолюції «Керівні принципи для захисту інтересів споживачів» від 09.04.1985 закріплено обов'язок країн-учасниць розробляти, укріплювати або продовжувати активну політику захисту інтересів споживачів з урахуванням викладених у цій резолюції принципів. Також визначені найважливіші потреби споживачів, які повинні бути реалізовані. Серед них і доступ до відповідної інформації, необхідної для компетентного вибору відповідно до індивідуальних запитів і потреб.

Важливими є й інші питання, окреслені у вказаній резолюції, які безпосередньо стосуються обов'язку надання інформації про продукцію споживачеві: інформація про правильне використання товарів, інформація про можливі ризики, пов'язані з їх використанням, інформація стосовно особливостей товару. Там, де це можливо, споживачам повинна повідомлятися найважливіша інформація про безпечне використання за допомогою зрозумілих у міжнародних масштабах позначень. Споживачам необхідно надавати інформацію про наявні процедури отримання компенсації і вирішення інших конфліктів.

Відповідно до Закону України «Про інформацію» інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [4]. Згідно зі ст. 4 ЗУ «Про захист прав споживачів» (далі – Закон) споживач має право на отримання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації державною мовою про продукцію, її кількість, якість, асортимент, її виробника (виконавця, продавця) відповідно до Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної». Згідно зі ст. 6 Закону продавець (виробник, виконавець) повинен забезпечити не лише належну якість продукції, але й інформацію про неї.

У ст. 15 Закону визначено, яку інформацію продавець (виробник або виконавець) повинен надати (певний обсяг) споживачеві: назва товару, найменування або відтворення знаку для товарів і послуг, за якими вони реалізуються; дані про основні властивості продукції, номінальну кількість (масу, об'єм), умови використання; відомості про вміст шкідливих для здоров'я речовин, які встановлені нормативно-правовими актами, застереження щодо застосування окремої продукції, якщо такі застереження встановлені нормативно-правовими актами; позначку про наявність у складі продукції генетично модифікованих організмів; дані про ціну (тариф), умови та правила придбання продукції; дату виготовлення; відомості про умови зберігання; гарантійні зобов'язання виробника (виконавця); правила та умови ефективного і безпечного використання продукції; строк придатності (строк служби) товару (наслідків роботи), відомості про необхідні дії споживача після їх закінчення, а також про можливі наслідки в разі невиконання цих дій; найменування та місцезнаходження виробника (виконавця, продавця) і підприємства, яке здійснює його функції щодо прийняття претензій від споживача, а також проводить ремонт і технічне обслуговування.

Останніми роками в нашій країні все більшого значення набувають питання, пов'язані з євроінтеграцією. Не менш важливою є практика ЄС щодо цього питання. Так, темі прав споживачів на інформацію присвячена директива ЄС № 1169/2011 від 25.10.2011 «Про надання споживачам інформації про харчову продукцію». З її положень можна зробити висновок, що, окрім основної інформації про продукт харчування, на отримання якої має право споживач, обов'язковим є й зазначення інформації про країну та місце походження продукту харчування від виробника харчової продукції.

З метою приведення національного законодавства до норм ЄС 11.12.2019 набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гармонізації законодавства у сфері порівняльної реклами із правом Європейського Союзу» від 12.11.2019 № 286-IX [8]. Верховна Рада України постановила внести зміни до деяких законодавчих актів України, в тому числі до Закону України «Про захист прав споживачів», а саме до статті 19 Закону. Так, у ч. 2 ст. 19 розширено перелік інформації, ненадання якої або надання неправдивої чи неповної інформації вважається уведенням споживача в оману. Також внесені зміни стосуються доповнення переліку форм підприємницької практики, які вводять в оману.

Повертаючись до питання тлумачення, необхідно зазначити, що у законодавстві не закріплено, що саме законодавець розуміє під такою характеристикою як «необхідна інформація». Академічний тлумачний словник української мови [5] виходить із того, що «необхідний» – це: 1) той, без якого не можливо обійтися; конче потрібний; 2) той, що обов'язково потрібний для забезпечення нормальних умов життя, праці. Отже, можна зробити висновок, що під поняттям «необхідна інформація» розуміється та інформація, яка є обов'язковою відповідно до законодавства та без якої не можливе нормальне функціонування цієї продукції.

У цьому ж словнику наведено визначення терміну «достовірний» – той, який не викликає сумніву, цілком правильний, точний. Отже, достовірна інформація – це правдива інформація про продукцію. Необхідно враховувати, що під доступністю інформації ми розуміємо те, що вона повинна бути легкою у розумінні для кожного зі споживачів. З критеріїв доступності виділяємо зрозумілий зміст інформації; мову інформації та інше. Доступність інформації (способи її доведення до споживачів) регулюється законодавством України, тобто має імперативний характер (встановлює обов'язок продавця або виробника).

Спірним є питання щодо своєчасності надання інформації, чи є якісь часові межі. Верховний Суд стверджує, що право на доступ особи до публічної інформації включає в себе не тільки право на отримання відповідної інформації, а й право на своєчасність її отримання. Крім того, привертає увагу витяг зі справи Верховного Суду про те, що «отримана із місячним запізненням від відповідача інформація не мала для позивача значення, оскільки її актуальність була важливою в період подання такого запиту». Вважаємо, що ці положення можна віднести і до права споживача на інформацію. Отже, своєчасність надання інформації знаходиться в часових межах актуальності та потреби в цій інформації [12].

Якщо внаслідок надання недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію та про виробника (виконавця, продавця) або ненадання такої інформації взагалі це спричинило придбання продукції, яка не має потрібних споживачеві властивостей, у споживача виникає право на розірвання договору і право вимагати відшкодування завданих йому збитків (п. 1 ч. 7 ст. 15 Закону); у разі неможливості використання придбаної продукції за призначенням – виникає право вимагати надання у прийнятно короткий, але не більше місяця, строк надання належної інформації (ч. 3 ст. 8 Закону).

У разі заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну споживача, що спричинено наданням недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію або про виробника (виконавця, продавця) споживач має право висунути продавцю (виробнику, виконавцю) вимоги, передбачені законом, а також вимагати відшкодування збитків, завданих природним об'єктам, які перебувають у його володінні на праві власності або на інших підставах, передбачених законом чи договором (п. 3 ч. 7 ст. 1 Закону).

Відповідно до п. 12 Постанови Пленуму Верховного Суду від 1996 року № 5 «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів» (далі – постанова Пленуму № 5) у справах за позовами про захист прав споживачів, порушених внаслідок недостовірної або неповної інформації про товар (роботу, послугу) чи недобросовісної його реклами, суд має виходити із припущення, що споживач не має спеціальних знань про властивості та характеристики товарів (робіт, послуг). Варто зазначити, що продавець (виробник або виконавець) не має права не надавати інформацію про продукцію, посилаючись на поінформованість споживача (зокрема, це явище отримало назву «презумпція непоінформованості», тобто споживач визнається завжди таким, який не має спеціальних знань про властивості, якості та характеристики продукції).

Так, у справі № 6-1359808 за позовом Особи_1 про розірвання договору купівлі-продажу свої позовні вимоги позивачка обґрунтовувала тим, що придбала в магазині «М.» плазмовий телевізор вартістю 9 тисяч 530 гривень. Після сплати повної вартості товару продавець видав гарантійну картку й доставив телевізор за місцем її проживання, де після розкриття упаковки було виявлено дефект – тріщини на плазмовій поверхні телевізора. Експерти КП «Т.-п.п.К.» за участю фахівців сервісного центру ВАТ «Р.-2001» провели експертизу, за висновком якої «телевізор має дефект виробничого характеру і є неякісним». Згідно з актом технічного стану, складеним фахівцями сервісного центру ВАТ «Р.-2001», придбана позивачкою модель телевізора була не призначена для продажу на території України, не мала сертифіката відповідності стандартам, встановленим в Україні, і не підлягала безкоштовному гарантійному ремонту.

За результатами розгляду цієї справи Верховним Судом України було винесено рішення про розірвання договору купівлі- продажу телевізора на підставі на підставі ч. 7 ст. 15 Закону № 1023-XII, тому що відповідач, надавши позивачці недостовірну інформацію про плазмовий телевізор як про товар якісний і такий, що офіційно продається, продав товар, який не підлягає продажу на території України, не підлягає експлуатації, гарантійному ремонту й обслуговуванню згідно з висновком суду першої інстанції.

До фактів, які підлягають доказуванню у справах про захист прав споживачів, зокрема і в разі ненадання інформації споживачам відповідно до витягу з «Судової практики з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів» ВСУ від 01.02.2013, необхідно віднести такі: чи мало місце придбання продукції (замовлення послуги); чи надавалася інформація про товар (послугу) і яка саме; відомості про властивості товару та відповідність їх потребам споживача, вимогам встановлених нормативів; чи мало місце використання товару; чи мало місце заподіяння шкоди, завданої життю, здоров'ю або майну споживача [6].

Висновки. Проаналізувавши усі наведені вище факти, необхідно зазначити, що право споживача на інформацію щодо продукції є одним із найважливіших суб'єктивних прав серед інших прав споживачів, адже саме це право може запобігти загрозі покупки неякісного товару або негативним наслідкам, які стосуються здоров'я та життя людини.

Розуміння «права споживача на інформацію про продукцію» та дотримання правил його надання дозволить значно зменшити кількість позовів до суду про визнання правочину недійсним. Інформація про товар (послугу або роботу) має бути необхідною, достатньою, достовірною та своєчасною. Ненадання такої інформації продавцем (виробником) є підставою для виникнення цивільно-правової відповідальності цієї особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України станом на 1 січня 2020 року / *Верховна Рада України*. Харків : Право, 2020.
2. Погорілко В.Ф. Права та свободи людини та громадянина в Україні : навч. посібник. Розділ 4. К. : Ін-юре, 1997. С. 35–39.
3. Тиновидская И.Д. Право на информацию и механизм его реализации. *Труды Института законодательства и сравнительного правоведения*. 1992. Вип. 52. С. 29.
4. Про інформацію : Закон України від 21 грудня 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12 (дата звернення: 03 листопада 2020 року).
5. Про захист прав споживачів : Закон України від 27 лютого 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12 (дата звернення: 24 жовтня 2020 року).
6. Судова практика з розгляду цивільних справ про захист прав споживачів 2009-2012 рр. : витяг із судової практики ВСУ від 1 лютого 2013 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0006700-13 (дата звернення: 15 листопада 2020 року).
7. Академічний тлумачний словник української мови. 1970-1980 рр. URL: http://sum.in.ua/.
8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гармонізації законодавства у сфері порівняльної реклами із правом Європейського Союзу : Закон України від 12 листопада 2019 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/286-20 (дата звернення: 12 жовтня 2020 року).
9. Микитенко Л.А. Правові проблеми захисту прав споживачів в Україні та шляхи їх вирішення. *Юридична наука та практика: виклики сучасних євроінтеграційних процесів*: *міжнародна науково-практична конференція*. Paneuropska vysoka skola, Fakulta prava, Bratislava, 2015 р.
10. Лащак В.В., Лащак Т.В. Система захисту прав споживачів у провідних країнах світу. *Наукові записки «Острозької академії». Серія: «Економіка»*. 2014. Вип. 25. С. 15–18.
11. Лазарева А. Захист споживачів у Франції. *Споживач.* 1997. Вип. 7.
12. Оксана Ващук-Огданська. Огляд судової практики Верховного Суду, який стосується відновлення права на доступ до публічної інформації. 2019. URL: https://cedem.org.ua/analytics/oglyad-vsu-dostup.

РОЗДІЛ 4
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

UDC 342.72/73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/47

SUBJECTIVE RIGHT TO INFORMATION IN THE SYSTEM OF RIGHTS AND FREEDOMS OF A PERSON AND A CITIZEN IN UKRAINE

СУБ'ЄКТИВНЕ ПРАВО НА ІНФОРМАЦІЮ В СИСТЕМІ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА В УКРАЇНІ

Vitkova V.S., Associate Professor at the Constitutional Law Department
National University "Odesa Law Academy"

The article examines the right to information in the system of human and civil rights and freedoms in Ukraine. It is emphasized that the right to information is one of the most relevant in the era of digital and information development. Every day every ordinary citizen uses the legal opportunities associated with the free receipt, use, distribution, storage and protection of information necessary for the implementation of their rights, freedoms and legitimate interests. The purpose of this article is to clarify and theoretically generalize scientific knowledge about the place and role of the right to information in the classification of human and civil rights and freedoms on various grounds. To achieve this goal, the following tasks were identified: to summarize the current state of scientific thought regarding the concept of the right to information; provide a constitutional and legal characteristic and argue the place of the right to information in the system of rights and freedoms in Ukraine, taking into account various grounds for the classification of rights and freedoms. The research methods were chosen taking into account the purpose of the research; they were the formal-logical method, the method of theoretical generalization, the method of system-structural analysis, the anthropological method, etc. The concept of the right to information as a subjective human right was highlighted. Modern cataloging of human rights is inextricably linked with the genesis of these rights, the emergence of new rights and freedoms. Thus, the article examines the place of the human right to information in the classification of the rights and freedoms of man and citizen on the following grounds: by content; by the time of positive consolidation; by the method of positive consolidation; by subjects; depending on the type of subject (or subjects of implementation); by the degree of absolutization; depending on the form of consolidation; depending on their social significance (or by the nature of formation); depending on the civil status of the person; depending on their significance for a person; by functional purpose. The definition of the "catalog of human rights" was further developed. The right to information is one of the fundamental human and civil rights, and therefore requires close attention from scientists and practitioners in order to further improve various aspects of its regulation in the current legislation of Ukraine.
Key words: human rights, classification of human rights, human rights system, subjective rights, right to information.

У статті розглядається право на інформацію у системі прав і свобод людини та громадянина в Україні. Наголошується на тому, що право на інформацію виступає одним із найбільш актуальних в епоху цифрового та інформаційного розвитку. Щодня кожен пересічний громадянин використовує правові можливості, пов'язані з вільним одержанням, використанням, поширенням, зберіганням і захистом інформації. Метою статті є з'ясування та теоретичне узагальнення наукових знань щодо місця та ролі права на інформацію у класифікації прав і свобод людини та громадянина за різними підставами. Для досягнення поставленої мети були виділені такі завдання: узагальнити сучасний стан наукової думки щодо поняття права на інформацію; надати конституційно-правову характеристику й аргументувати місце права на інформацію у системі прав і свобод в Україні з огляду на різноманітні підстави для класифікації прав і свобод. Методи дослідження були вибрані з огляду на мету дослідження; ними виступили формально-логічний, метод теоретичного узагальнення, системно-структурного аналізу, антропологічний тощо. Висвітлено поняття права на інформацію як суб'єктивного права людини. Сучасна каталогізація прав людини нерозривно пов'язана із ґенезою цих прав, появою нових прав і свобод. Так, у статті досліджено місце права людини на інформацію у класифікації прав і свобод людини та громадянина за такими підставами: за змістом; за часом позитивного закріплення; за способом позитивного закріплення; за суб'єктами; залежно від виду суб'єкта (або за суб'єктами реалізації); за ступенем абсолютизації; залежно від форми закріплення; залежно від соціальної значущості (або за характером утворення); залежно від громадянського стану особи; залежно від значення для людини; за функціональним призначенням. Розвинуто визначення поняття «каталог прав людини». Право на інформацію є одним із основоположних прав людини та громадянина, а тому потребує прискіпливої уваги з боку науковців і практиків з метою подальшого удосконалення різноманітних аспектів його унормування у чинному законодавстві України.
Ключові слова: права людини, класифікація прав людини, система прав людини, суб'єктивні права, право на інформацію.

Introduction. The XXI century is a time of rapid development of human and civil rights and freedoms, characterized not only by the emergence of new rights, but also by the expansion of the content of existing ones. According to the Constitution of Ukraine, the content and direction of the state's activities are determined precisely by human rights and freedoms (part 2 of article 3). It is difficult to overestimate the need for full and comprehensive legal regulation of human rights and freedoms, their realization, implementation of international legal standards into domestic legislation, etc. The right to information is one of the most relevant in the era of digital and information development. Every day, every ordinary citizen uses the legal opportunities associated with the free receipt, use, distribution, storage and protection of information necessary for the implementation of their rights, freedoms and legitimate interests (i.e. in the definition of the Law of Ukraine "On Information" from 02.10.1992 № 2657-XII with appropriate changes and additions).

It should be noted that it is rather difficult to clearly and unambiguously determine the place of the human right to information in the system of rights and freedoms. This is explained by a number of factors, among which one can note insufficient theoretical research, the lack of a unified view of scientists and practitioners on the concept and content of this right, as well as the corresponding gaps and contradictions in the current legislation of Ukraine. That is why an attempt at theoretical generalization with the aim of further defining the right to information in the classification of human rights and freedoms on various grounds seems appropriate.

The right to information – subjective human right

First of all, it should be noted that the right to information should be considered precisely as a subjective right. Scientists

have different understandings of the concept, content, signs of subjective rights. As noted by I.V. Venediktova, the implementation of subjective law presupposes the presence of three possibilities: 1) the ability of an authorized person to carry out unilateral actions within the limits of his/her right; 2) the ability to require the obligated person to perform certain actions; 3) the ability to apply to state authorities for the protection of the violated right [1, p. 113].

A slightly different theoretical position is that subjective human rights are considered as: 1) the ability to enjoy a certain social benefit (to satisfy their interests and needs); 2) the opportunity to act (the right to their own behavior of a person with legal capacity); 3) opportunities to demand (the right to decent behavior of others); 4) the possibility of protection (the right to appeal to the competent authorities of the state and activate the coercive mechanism if the right is violated [4, p. 46].

Let's refer to part 2 of art. 34 of the Constitution of Ukraine, which proclaims that everyone has the right to freely collect, store, use and disseminate information orally, in writing, or in any other way – of his choice [6] and part 1 of art. 5 of the Law of Ukraine "On Information", which states that everyone has the right to information, which provides for the possibility of free receipt, use, dissemination, storage and protection of information necessary to exercise their rights, freedoms and legitimate interests [11].

As you can see, the abovementioned norms already make it possible to characterize the human right to information as subjective, since they fix the list of legal opportunities that this or that person uses. Such opportunities can be called «active», since for their realization a person needs to perform certain actions. By carrying out these actions, a person can satisfy his own interests and needs.

The current legislation of Ukraine details the given basic fundamental provisions, securing the system of guarantees of the right to information (in particular, in article 6 of the Law of Ukraine "On Information"). Among these guarantees, there are also norms according to which the right to information is ensured by the creation of an appropriate implementation mechanism (clause 1 of part 1 of article 6); creating opportunities for free access to statistical data, archival, library and museum funds, other information banks, databases, information resources (clause 2, part 1, article 6); the consolidation of the duties of the subjects of power: to inform the public and the media about their activities and decisions made (clause 3, part 1, article 6); determine special units or responsible persons to ensure access to information for those who request it (clause 4 of part 1 of article 6); implementation of state and public control over the observance of legislation on information (clause 5 of part 1 of article 6), as well as establishing responsibility for violation of legislation on information (clause 6 of part 1 of article 6). As you can see, the legislator clearly indicates the legal possibilities to "demand", in particular, from certain officials to act in a certain way, satisfying the legal possibilities enshrined in the law that correspond to the content of the human right to information.

Considering the abovementioned, it is impossible not to agree with the opinion of E. Chernykh that subjective law in comparison with law in the objective sense is distinguished by a sign of greater concreteness in the context of personalization [13, p. 217].

The right to information in the classification of human rights

As M.M. Matskevich rightly notes, human rights and freedoms are a category that is constantly evolving, its content, legal content and wording change [8, p. 61]. From the most fundamental right – the right to life, the list of human and civil rights and freedoms has expanded significantly, which allows scientists and practitioners to talk about the "catalog of human rights".

The catalog of human rights should be understood as the entire set of rights and freedoms guaranteed by international standards and the internal legislation of the state. The presence of a large number of human rights, in addition to combining them into the so-called "catalog", makes it possible to carry out classification on various grounds. The classification of human rights should be understood as the division of the entire set of human rights into separate groups (categories), depending on separately defined criteria.

Why is this important from a practical point of view? Human rights, like any sphere of human activity, requires its own logical ordering, without which it is impossible to comprehend their entire totality. Human rights are heterogeneous in their content, characterized by varying degrees of consolidation and provision by the state. That is why the determination of the place of each separate right in the complex and multifaceted system of human rights undoubtedly serves as a definite guideline for both scientists and practitioners, and also, first of all, for the legislator. At the same time, it is extremely important to clearly define the criteria (grounds) for classification, since incorrectly defined criteria are the basis for the incorrect distribution of human rights into groups, which, in turn, distorts the idea of human rights. The greatest practical importance for determining the place of each individual human right in the system of rights and freedoms is in the adoption of the Basic Law of the state, the development of current laws, etc., which, as N.A. Elnikova notes, can help to ensure the completeness and validity of the sequence of presentation of such rights in legislation [3, p. 81]. The opinion of I.L. Litvinenko is quite efficient in this regard: "the classification of human rights is not an end in itself. The task of such a species distribution is to optimize the system of human rights and freedoms in order to increase the efficiency of their implementation" [7, p. 63]. To determine the human right to information, developed and already known to the science of constitutional law, the classification of human rights and freedoms will be applied.

The most common is classification of rights *by content*. According to it, human rights are allocated in accordance with the spheres of public life into personal, political, economic, social and cultural. The ability of an individual to freely, at his own discretion (i.e., without the intervention of others), to determine his behavior in the sphere of his private life is, as it is known, the content of personal moral rights (A.A. Odintsova, E.V. Dergachev, 2013).

According to the time of the *positive consolidation* of human rights and freedoms, they are divided into three generations:

– the rights of the first generation – inalienable personal (civil) and political rights, enshrined as a result of bourgeois-democratic revolutions;

– the rights of the second generation – socio-economic rights enshrined as a result of the struggle of workers to improve their economic situation and improve their cultural status)

– the rights of the third generation – collective (or solidary) civil and political rights enshrined after the Second World War – for example, the right to peace, the right to self-determination of peoples, etc.); and now we are talking about the formation of the fourth generation of human rights, which include biological rights or rights in the field of information technology.

The place of the right to information is determined in different ways by scientists in this classification. Several approaches can be distinguished:

1) the right to information applies to all generations [2, p. 119; 9, p. 116];

2) the right to information is attributed only to the third generation of human rights, taking into account the time frame of their consolidation [10, p. 20; 12].

According to the method of *positive consolidation*, human rights are divided into positive and negative. The right to infor-

mation should be attributed specifically to positive rights, since for its implementation it is necessary to take appropriate active actions by the state (for example, subparagraph 1 of paragraph 3 of article 10 of the Law of Ukraine "On Access to Public Information" enshrines the obligation of information managers who own information about the person, to provide it freely and free of charge at the request of the persons to whom it concerns, except in cases provided by law).

Depending on the *subject*, the rights are divided into rights of a person and the rights of a citizen. In order to determine the place of the right to information in this classification, it is necessary to refer, first of all, to the text of the Constitution, part 1 of art. 34 of which stipulates that this right belongs to "everyone". The category "citizen" is narrower in its content and is included in the category "everyone" used in the Basic Law. That is why the right to information is classified as a right of a person.

Depending on the *type of subject* (or on the subjects of realization), human rights are divided into individual and collective rights. The current legislation establishes that information requestors can be individuals and legal entities, as well as associations of citizens without the status of a legal entity (except for subjects of power) (subparagraph 1 of paragraph 1 of article 12 of the Law of Ukraine "On Access to Public Information", 2011).

According to the *level of absolutization*, there are absolute rights (that is those that are not subject to limitation) and rights that can be limited. The constitutional right to information belongs to the second group. According to part 2 of art. 34 of the Constitution of Ukraine, the human right to information may be limited by law in the interests of national security, territorial integrity or public order in order to prevent disorder or crime, to protect public health, to protect the reputation or rights of others, to prevent the disclosure of information received in confidence or to ensure authority and impartiality of justice (Constitution of Ukraine, 1996). Restrictions on the realization of the right to information are also enshrined in part 2 of art. 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950. At the same time, the Constitutional Court of Ukraine in its decision in case № 3-154/2019 (3522/19) dated January 22, 2020 noted that the right to access to information is not absolute and may be limited. Moreover, such restrictions must be of an exceptional nature, pursue a legitimate aim, be necessary in a democratic society, and at the same time, most importantly, be provided by the law of Ukraine.

Depending on the *form of consolidation* or on the *source of law* in which the right is enshrined, rights are distinguished on those, which are fixed in the Basic Law; rights enshrined in international acts; rights enshrined in the laws of Ukraine. The right to information is reflected in all three categories. Among international acts, the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, etc. should be noted. The right to information is directly enshrined in the text of the Constitution of Ukraine in art. 34, 50. With regard to the laws of Ukraine, it is worth noting here the Law of Ukraine "On Information" 1992, the Law of Ukraine "On Access to Public Information" 2011, the Civil Code of Ukraine 2003, etc.

Depending on their *social significance* (or by the character of formation/depending on their significance for a person), basic (fundamental) and complementary rights are distinguished. Basic (fundamental) rights reflect the most significant interests of a person; therefore, the right to information should be classified as a fundamental one.

Depending on the *civil status of a person*, human rights are divided into the rights of a citizen, the rights of a foreigner and the rights of a stateless person. In this case, all three of the above categories have the right to information.

According to the *functional purpose*, rights are divided into material and procedural. Since the material norms provide for the rights and obligations of subjects of law in the field of material and intangible benefits; fix the legal facts that create, change and terminate the legal relationship of the definition; contain an indication of the possibility and limits of using material, socio-political, ideological, organizational and legal means of ensuring the effectiveness of law enforcement acts (A.N. Dudnik, 2008), then the right to information should be attributed to material rights.

Conclusions. Subjective rights are a dynamic category. They change, evolve and expand their content and scope over time. At the same time, we have the opportunity to observe a controversial situation in which the subjective rights and freedoms of a person, on the one hand, are constantly in the focus of the state and society, and on the other hand, they are constantly criticized and to a certain extent leveled out. Taking into account the versatility and meaningfulness of the right that is being investigated, it is not always possible to refer it to one of the groups within the known classifications, since, as one can see, it can be simultaneously assigned to several categories. At the same time, the right to information is one of the fundamental human and civil rights, and therefore requires close attention from scientists and practitioners in order to further improve various aspects of its regulation in the current legislation of Ukraine.

REFERENCES

1. Венедіктова І.В. Співвідношення суб'єктивного права і законного інтересу в цивільному праві. *Право і безпека*. 2005. № 4-3. С. 110–113.
2. Діордіца І. Класифікація інформаційних прав і свобод людини і громадянина. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 6. С. 116–122.
3. Єльнікова М.О. Класифікація конституційних прав і свобод людини в контексті праворозуміння. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2015. № 2. Т. 1. С. 77–81.
4. Карманюк О.П. Суб'єктивні права і юридичні обов'язки в контексті утвердження законності в Українському суспільстві. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 48–52.
5. Кожан В.В. Класифікація особистих прав людини. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. № 35. Ч. 1. Т. 1. С. 24–27.
6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-ВР.
7. Литвиненко І.Л. *Університетські звукові записки*. 2007. № 2 (22). С. 55–63.
8. Мацькевич М.М. Генеза прав людини: правовий і філософський аспекти. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 54–66.
9. Мукомела І.В. Право на інформацію: еволюція і роль в інформаційному суспільстві. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2015. № 29. С. 116–130.
10. Політанський В.С. Право на інформацію як фундаментальне право людини : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2016. 24 с.
11. Про інформацію : Закон України від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12.
12. Собків Я.М. Класифікація інформаційних прав і свобод людини та громадянина. 2014. URL: http://goal-int.org/klasifikaciya-informacijnix-prav-i-svobod-lyudini-ta-gromadyanina/
13. Черних Є. Проблеми понятійних ознак суб'єктивного права. *Публічне право*. 2014. № 4 (16). С. 213–220.

УДК 34:346.27
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/48

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОВЛЮВАЛЬНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ В УКРАЇНІ

CURRENT TRENDS IN THE LEGAL REGULATION OF RENEWABLE ENERGY IN UKRAINE

Кузьміна М.М., к.ю.н.,
доцент кафедри господарського права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню актуальної нині теми останніх тенденцій та проблем розвитку відновлювальної енергетики в Україні. Зарубіжний досвід показує, що для розвитку відновлювальної енергетики необхідна державна підтримка її економічного розвитку на інноваційній основі. У статті проаналізовані засоби стимулювання відновлювальної енергетики, що ефективно використовуються в зарубіжних країнах, а саме: «зелений» тариф, квоти на купівлю визначеного обсягу енергії з відновлюваних джерел, надбавки, гранти і дотації, зелені сертифікати, податкові пільги та пільгові кредити, зелені аукціони.

Проаналізовані зміни в законодавстві, що відбулися в 2020 році. Так, значно скорочується розмір «зеленого» тарифу, що був єдиним дієвим засобом стимулювання розвитку відновлювальних джерел в Україні донині. Зазначено, що законодавець не пропонує альтернативних засобів стимулювання, хоча їх перелік, з огляду на досвід зарубіжних країн, досить розгалужений. Такий розвиток подій загрожує повним припиненням розвитку відновлювальної енергетики в Україні.

Міжнародне право вкрай негативно ставиться до ретроспективних змін, тому є великий ризик несприятливого економічного ефекту від зниження «зеленого» тарифу шляхом ініціювання великої кількості інвестиційних арбітражів та судових розглядів.

Зменшення «зеленого» тарифу без застосування додаткового механізму правового регулювання стимулювання відновлювальної енергетики порушує положення законодавства щодо недобросовісної конкуренції на енергетичному ринку та встановлює переваги для певної частини суб'єктів господарювання, а саме для суб'єктів традиційної енергетики, тобто Україна повертається на кілька років назад, що загрожує енергетичній безпеці країни.

З метою покращення ситуації та уникнення загрози знищення відновлювальної енергетики в Україні необхідно створити ефективний механізм правового регулювання шляхом встановлення податків на викиди, преференцій для виробників відновлювальної енергетики, обмежень та додаткових зборів на традиційні види генерації, наприклад, екологічних податків («зелених» облігацій, наприклад). Крім того, важливим є подальший розвиток інститутів спільного, венчурного інвестування, а також енергетичної кооперації.

Ключові слова: відновлювальна енергетика, засоби стимулювання, зелений тариф, інвестування відновлювальної енергетики, енергетичний кооператив.

The article is devoted to the current topic on the latest trends and problems in the development of renewable energy in Ukraine. Foreign experience shows that the development of renewable energy requires state support for its economic development on an innovative basis. The article analyzes the means of stimulating renewable energy that are effectively used in foreign countries, namely: "green" tariff, quotas for the purchase of a certain amount of energy from renewable sources, allowances, grants and subsidies, green certificates, tax benefits and soft loans, green auctions.

The changes in the legislation that took place in 2020 are analyzed. Thus, the size of the "green" tariff, which was the only effective means of stimulating the development of renewable energy sources in Ukraine to date, is significantly reduced. It is noted that the legislator does not offer alternative means of incentives, although their list, given the experience of foreign countries is quite extensive. Such developments threaten to completely stop the development of renewable energy in Ukraine.

International law is extremely negative about retrospective changes, so there is a high risk of adverse economic effects from reducing the "green" tariff by initiating a large number of investment arbitrations and litigation.

Reduction of the "green" tariff without the application of an additional mechanism of legal regulation of stimulating renewable energy violates the provisions of the legislation on unfair competition in the energy market and establishes advantages for a certain part of economic entities, namely for traditional energy entities, it Ukraine goes back several years that threatens the country's energy security.

Reduction of the "green" tariff without the application of an additional mechanism of legal regulation of stimulating renewable energy violates the provisions of the legislation on unfair competition in the energy market and establishes advantages for a certain part of economic entities, namely for traditional energy entities, it Ukraine goes back several years that threatens the country's energy security.

In order to improve the situation and avoid the threat of destruction of renewable energy in Ukraine, it is necessary to create an effective legal regulation mechanism by setting emissions taxes, preferences for renewable energy producers, restrictions and additional fees for traditional generation, such as environmental taxes (green) bonds, example). In addition, the further development of joint venture and venture capital institutions, as well as energy cooperation, is important.

Key words: renewable energy, incentives, green tariff, renewable energy investment, energy cooperative.

ЄС встановлює амбітні цілі щодо енергетичного переходу на відновлювальні джерела енергії (до 2030 року їх частка має становити 32% в загальному енергобалансі). Один з останніх програмних документів «Чиста енергія для всіх європейців» визначає три основні принципи, яким мають відповідати програми підтримки розвитку відновлювальної енергетики: конкурентоспроможність, недискримінаційність та економічна ефективність.

Як показує зарубіжний досвід, найбільш поширеною формою фінансування проєктів відновлювальної енергетики є державна підтримка економічного розвитку відновлювальної енергетики на інноваційній основі, що передбачає застосування як прямих методів регулювання інвестиційно-інноваційної діяльності підприємства, так і непрямих методів регулювання – податкових, митних засобів підтримки тощо. Розглянемо основні засоби стимулювання:

1) «зелений» тариф – це гарантії держави виробникам, що енергія, вироблена ними, буде придбана за вищими цінами, ніж у виробників традиційної енергії. Такий підхід дає змогу державі залучити в галузь приватних інвесторів. Однак фіксований «зелений» тариф не реагує на зміни в ціні виробництва, що призводить до неефективного використання коштів, а також погано поєднується з принципами вільного ринку;

2) квоти на купівлю визначеного обсягу енергії з відновлюваних джерел і штрафи на тих, хто не купує певну кількість «зеленої» електрики (у країнах, де весь ринок електроенергії – у приватних руках);

3) гранти та дотації. Наприклад, інвестиційні гранти на спорудження сонячної або гідроелектростанції чи іншого виду відновлювальних джерел енергії;

4) зелені сертифікати, або «відновлювані облігації», змушують торговців електроенергією купити певну кількість «зеленої» електрики, інакше – штраф. Закуповувані ліміти щороку зростають. Виробники отримують їх за генеровану з відновлювальних джерел енергію та продають підприємствам, які зобов'язані дотримуватися певних квотних зобов'язань на використання «зеленої» енергії або викидів в атмосферу;

5) податкові пільги. У низці країн, наприклад у Чехії, виробники «зеленої» електроенергії також звільняються від сплати деяких податків, а в Нідерландах, Франції і Швеції споживачі всіх видів «чистої» енергії – від екологічних податків [1]. У США були встановлені податкові пільги (Tax Credits) для інвесторів у сфері відновлювальної енергетики у 30% до 2019 року;

6) пільгові кредити від держави;

7) зелені аукціони (тендери).

Загалом практика стимулювання в зарубіжних країнах свідчить, що якщо раніше розмір підтримки був адміністративно встановленим, тепер він визначається за принципами конкурентної та економічної доцільності. Надбавки та аукціони розраховані більшою мірою на великих виробників, тоді як невеликі станції досі можуть користуватися фіксованим тарифом. У Німеччині він продовжує діяти для станцій менш ніж 100 КВт, а у Франції – менш ніж 500 КВт.

За прикладом країн ЄС Україна планувала перехід на відновлювані джерела енергії та збільшення їх частки в енергобалансі країни до 25% в 2035 році. З 2008 року основною формою підтримки розвитку галузі був «зелений» тариф. Однак криза в країні призвела до невиплат за ставками «зеленого» тарифу. В 2019 році планувалося на зміну імперативно встановленому тарифу ввести такі форми стимулювання, як «зелені аукціони», що так і не було зроблено.

Освоєння нових технологій транспортування енергії, впровадження енергоефективних, ресурсозберігаючих технологій, освоєння альтернативних джерел енергії є одним зі стратегічних пріоритетних напрямів інноваційної діяльності відповідно до Закону України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності держави». Пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні – науково й економічно обґрунтовані та визначені відповідно до цього Закону напрями провадження інноваційної діяльності, що спрямовані на забезпечення економічної безпеки держави, створення високотехнологічної конкурентоспроможної екологічно чистої продукції, надання високоякісних послуг та збільшення експортного потенціалу держави з ефективним використанням вітчизняних та світових науково-технічних досягнень. Стратегічні пріоритетні напрями затверджуються Верховною Радою України на період до 10 років.

Підготовка пропозицій щодо стратегічних пріоритетних напрямів та їх аналітичне обґрунтування здійснюються в рамках державних цільових програм прогнозування науково-технічного та інноваційного розвитку України, що розробляються згідно із законами України «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки» та «Про державні цільові програми». Підготовка зазначених пропозицій здійснюється із залученням Національної академії наук України, національних галузевих академій наук України, вищих навчальних закладів і науково-дослідних інститутів. Подані центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері інновацій, пропозиції стратегічних пріоритетних напрямів та їх обґрунтування схвалюються Кабінетом Міністрів України і подаються до Верховної Ради України у вигляді проєктів законів до 1 березня передостаннього року дії попередніх стратегічних пріоритетних напрямів.

Натомість у 2020 році прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії» [2]. Суть закону полягає в такому: 1) для сонячних електростанцій потужністю понад 1 МВт, що були введені в експлуатацію до 2020 року, тариф пропонується урізати на 15%, потужністю до 1 МВт – на 10%; 2) «зелений» тариф для вітроелектростанцій, які були введені в експлуатацію до 2020 року і складаються з установок одиничною встановленою потужністю від 2 тисяч КВт та більше, зменшується на 7,5%; 3) для сонячних та вітряних електростанцій, введених в експлуатацію в 2020 році та пізніше, зниження становитиме ще 2,5% додатково; 4) у 2022 році виробники «зеленої енергетики» зобов'язуються нести фінансову відповідальність за небаланс своїх фактичних та акцептованих (прогнозних) графіків виробництва електроенергії. Розмір допустимої похибки прогнозування становитиме для ВЕС – 10%, для СЕС – 5%; 5) з 1 серпня 2020 року нові сонячні та вітряні електростанції потужністю понад 1 МВт зможуть бути введені в експлуатацію та розраховувати на підтримку держави тільки шляхом участі в аукціонах; 6) уряд зобов'язується до кінця 2021 року погасити заборгованість за невиплаченими «зеленими» тарифами [3].

Таким чином, якщо проаналізувати зазначені зміни в законодавстві, то можна побачити, що значно скорочується розмір «зеленого» тарифу, що був єдиним дієвим засобом стимулювання розвитку відновлювальних джерел в Україні донині. Натомість законодавець не пропонує альтернативних засобів стимулювання, хоча їх перелік, з огляду на досвід зарубіжних країн, досить розгалужений. Така ситуація загрожує повним припиненням розвитку відновлювальної енергетики в Україні.

Далі варто зупинитися ще на одному наслідку змін законодавства. Так, Директива ЄС «Про сприяння використання енергії з відновлювальних джерел» визначає, що політика у сфері відновлювальної енергетики має бути передбачуваною й стабільною та уникати частих або зворотних змін.

Конституцією України визначається, що виключно законами України встановлюються правові засади і гарантії підприємництва. Частиною 32 статті 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії» визначалось, що держава гарантує застосування порядку стимулювання виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії, встановленого на дату введення в експлуатацію об'єктів електроенергетики, в тому числі введених в експлуатацію черг будівництва електричних станцій (пускових комплексів). У разі внесення змін до законодавства суб'єкти господарювання можуть вибрати новий порядок стимулювання. Механізм підтримки проєктів відновлювальної енергетики, відомий як «зелений тариф», складався в Україні з фіксованого «зеленого тарифу», коли держава встановлює на законодавчому рівні ціни, за якими буде викуплена енергія до 2030 року. Тобто визначення розміру «зеленого тарифу» слугувало гарантією стабільності підприємництва в Україні та законодавства для інвесторів відновлювальних джерел енергії (grandfathering provision).

Будь-яка держава має суверенне право забезпечувати свої публічні інтереси та змінювати законодавство, однак варто пам'ятати, що якщо держава змінює розмір тарифів в односторонньому порядку для вже працюючих електростанцій, це може бути розцінене інвесторами як порушення державою її гарантій щодо незмінних умов ведення бізнесу, які були надані на початок внесення інвестицій. Двосторонні угоди про захист інвестицій та Договір Енергетичної Хартії передбачають обов'язок держави дотри-

муватися справедливого і рівноправного режиму інвестицій. У міжнародній практиці це розглядається як принцип гарантії стабільності та незмінності умов здійснення інвестиційної діяльності.

Зміни законодавства мають відбуватися з урахуванням прав інвесторів, щоб не позбавити їх вартості інвестицій. В іншому випадку, інвестори мають право розраховувати на компенсації від держави. Прикладом наслідків ретроспективного зниження «зелених» тарифів є Іспанія, яка впровадила схожі законодавчі зміни під час «реформи» сектора альтернативної енергетики у 2010–2014 рр. У результаті проти держави ініційовані інвестиційні спори, більшість з яких вирішено на користь інвесторів. Міжнародне право вкрай негативно ставиться до ретроспективних змін, тому є великий ризик несприятливого економічного ефекту від зниження «зеленого» тарифу, а також ініціювання великої кількості інвестиційних арбітражів та судових розглядів. Отже, в цьому випадку може бути поставлене питання про неконституційність дій держави щодо встановлених гарантій здійснення підприємництва та прав інвесторів.

Крім того, відповідними змінами, тобто зменшенням «зеленого» тарифу без застосування додаткового механізму правового регулювання стимулювання відновлювальної енергетики порушуються положення законодавства щодо недобросовісної конкуренції на енергетичному ринку та встановлюються переваги для певної частини суб'єктів господарювання, а саме для суб'єктів традиційної енергетики, тобто Україна повертається на кілька років назад. Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції», конкуренція як змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають змогу вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку. Створення суб'єктів відновлювальної енергетики є забезпеченням конкуренції на енергетичному ринку. За даними регулятора (Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг), частка «зелених» електростанцій у виробництві електроенергії в Україні нині становить 8% порівняно із суб'єктами, що виробляють інші види енергії.

Стимулювання розвитку відновлювальної енергетики було пов'язане з енергетичною безпекою України та позбавленням від енергетичної залежності, а останні зміни в тому вигляді, в якому вони відбуваються, загрожують згортанню будь-яких проєктів відновлювальної енергетики в Україні та знижують привабливість держави для іноземного інвестування.

З метою покращення ситуації та уникнення загрози знищення відновлювальної енергетики в Україні необхідним є створення ефективного механізму правового регулювання.

Дієвими стимулами для розвитку відновлювальних джерел енергії можуть стати податки на викиди, а у майбутньому поступовий вивід з експлуатації атомних станцій. Окрім перелічених вище засобів стимулювання, що використовують зарубіжні країни, можуть бути застосовані преференції для «зелених» в електромережі, а саме: 1) гарантоване та пріоритетне під'єднання до мережі нових потужностей відновлювальної енергетики; 2) пріоритет на передачу, за якого оператор мереж має забезпечити надходження усієї виробленої з відновлювальних джерел електроенергії в мережу; 3) виплата компенсації виробникам, коли генерацію з відновлювальних джерел обмежують у мережі.

Крім того, засобами непрямої підтримки є встановлення обмежень та додаткових зборів на традиційні види генерації, наприклад, екологічні податки.

Однією з форм екологічного оподаткування в усьому світі є так звані «зелені облігації». Вони є борговим інструментом, кошти від продажу якого спрямовуються на фінансування «зелених» проєктів екологічного спрямування, як нових, так і наявних. Основними емітентами таких облігацій нині виступають такі міжнародні фінансові організації, як ЄБРР, Світовий банк, Європейський інвестиційний банк, Міжнародна фінансова корпорація, а також приватні корпорації (Unilever, Toyota). Зазвичай покупці таких цінних паперів – інституційні інвестори, що демонструють соціальну відповідальність свого бізнесу. Міжнародна Асоціація ринків капіталу (International Capital Market Association, ICMA) розробила Принципи зелених облігацій (Green Bond Principles, GBP). Відповідно до них можна виділити такі типи облігацій: 1) стандартні (Green Use of Proceeds Bond) – стандартне боргове зобов'язання з правом регресу до емітента, який зобов'язаний інформувати інвестора щодо напрямів вкладів; 2) облігації, забезпечені прибутком (Green Use of Proceeds Revenue Bond), – боргове зобов'язання без права регресу до емітенту, кредитна позиція забезпечується прибутком від інвестиційного проєкту, про який інвестор має бути проінформований; 3) проєктні облігації (Green Project Bond) – інвестор несе прямий кредитний ризик фінансування певного проєкту; 4) секьюритизовані облігації (Green Securitized Bond) – боргове зобов'язання, забезпечене одним чи більше зеленими інвестиційними проєктами, що вже приносять прибуток [4].

В Україні цей процес має відбуватися у тісній співпраці з Міністерством фінансів України, органами місцевого самоврядування, потенційними інвесторами, щоб створити як нормативно-правові, так і організаційні шляхи випуску зелених бондів. Такі фінансові інструменти в разі правильного цільового використання, оцінки ризиків спрямовані на розширення фінансування проєктів у сфері енергетики, зміцнення економічного потенціалу країни, подальшу інтеграцію в глобальне економічне середовище.

Особливою формою інвестування у відновлювальну енергетику та, відповідно, стимулювання її розвитку виступає створення різних форм спільного інвестування. Так, на увагу заслуговує розвиток механізму фінансування заходів у вигляді можливого трастового фонду на умовах грантового та кредитного фінансування.

Крім того, з'являються компанії, що генерують грошові кошти з групи активів, у цьому випадку сонячні проєкти, а потім виплачують назад інвесторам як дивіденди (наприклад, YieldCo). Основною їхньою перевагою є те, що вони публічні і, отже, можуть легко купуватися або продаватися, відкриваючи інвестиції у відновлювані джерела енергії для більш широкого кола ліквідних інвесторів, використовуються, щоб захистити інвесторів від регуляторних змін.

Але найбільш прогресивною формою в усьому світі нині є венчурне інвестування. Проблемою в Україні є відсутність механізму залучення інвестицій і привабливих умов функціонування венчурного капіталу. Незважаючи на ухвалені закони «Про інноваційну діяльність», «Про основи державної політики в області науки і науково-технічної діяльності», «Про наукову і науково-технічну діяльність», не знайдено оптимального національного джерела фінансування і методів підтримки нових високоризикованих підприємств [5].

Отже, венчурне підприємство – це мале підприємство, що створюється громадянами, які захоплені розробкою перспективної науково-технічної ідеї з подальшим перетворенням їх на сучасні технології та товари і бажають працювати без обмежень, властивих науковим підрозділам великих компаній, капітал отримують від венчурних фондів, крупних компаній, держави і мають право вільно розпоряджатися ним під час реалізації проєкту.

Венчурні фонди стали створюватися в Україні після прийняття Верховною Радою Закону України «Про інститути спільного інвестування». Проте в Законі йдеться лише про інвестиційні фонди, тобто інвестиції у вже існуючий бізнес або нерухомість. Законом України «Про інноваційну діяльність» процедура фінансової підтримки інноваційних проєктів передбачена тільки через надання кредитів чи передавання майна в лізинг. Така процедура здійснюється за умови наявності гарантій повернення коштів у вигляді застави майна, договору страхування, банківської гарантії, договору поруки. Крім того, термін «венчурний бізнес» вже протягом багатьох років зустрічається в окремих законодавчих актах України, проте ще й досі не надано визначення суті, функцій та принципів діяльності справжніх венчурних фондів і венчурних фірм [15]. Таким чином, законодавство України у сфері венчурного інвестування підлягає суттєвому вдосконаленню.

Ефективним різновидом корпоративного інвестування у сфері відновлювальної енергетики є створення енергетичного кооперативу. Енергопакет «Clean Energy for All Europeans» у країнах ЄС вже лімітує преференції у першочерговому підключенні енергокооперативів до мережі, адже вони стали повноправними конкурентами енергетичних холдингів (наприклад, у Німеччині вони генерують до 30% електроенергії з ВДЕ).

Енергетичні кооперативи мають, передусім, задовольнити власні потреби в енергоносіях, що виробляють, а надлишок – продати в мережу, використовуючи правила «зеленого тарифу». Особливо актуальним є створення енергетичних кооперативів у сільських громадах (особливо віддалених сіл), де є проблеми з постійним енергопостачанням. Так, використання ресурсів сонячного світла та біомаси для виробництва теплової та електричної енергії може стати новим джерелом отримання прибутку сільськими громадами.

Нині правове регулювання в цій сфері здійснюється законами «Про кооперацію» та «Про споживчу кооперацію», «Про електроенергетику», «Про теплопостачання», «Про засади функціонування ринку електричної енергії», «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг». Необхідним є прийняття Закону України «Про енергетичну кооперацію», в якому має бути визначено зміст поняття «енергетичний кооператив» та його правовий статус, особливості господарської діяльності кооперативу та засоби державного регулювання.

На наш погляд, енергетичний кооператив можна визначити як споживче товариство, об'єднання громадян, які на основі добровільності членства та взаємодопомоги здійснюють спільне господарювання з метою виробництва або/чи транспортування, постачання електричної енергії і тепла, заготівлі енергетичної сировини та інших видів діяльності щодо задоволення потреб членів кооперативу в енергетичних ресурсах та підвищення ефективності їх використання [6].

З огляду на те, що енергетичний кооператив є некомерційною організацією, тобто створюється без мети одержання прибутку, він має право на державну підтримку, що може проявлятися у формі, наприклад, особливого спрощеного режиму користування чи передання у власність земельних ділянок. Енергетичний кооператив здійснює діяльність на ринку, що перебуває у стані природної монополії, та суміжних ринках, тому законом мають бути врегульовані особливості його функціонування: оприлюднення публічної інформації, звільнення від ліцензування, вільне встановлення тарифів, право на продаж енергії, виробленої з альтернативних джерел домогосподарствам. Доцільною також є розробка спеціальних кредитних пакетів для подібних проєктів для сільськогосподарських енергетичних кооперативів від банківських установ.

Висновки. Зміни в законодавстві щодо відновлювальної енергетики, що відбулися у 2020 році, значно скорочують розмір «зеленого» тарифу, який був єдиним дієвим засобом стимулювання розвитку відновлювальних джерел в Україні до теперішнього часу. Натомість законодавець не пропонує альтернативних засобів стимулювання, хоча їх перелік, з огляду на досвід зарубіжних країн, досить розгалужений. Така ситуація загрожує повним припиненням розвитку відновлювальної енергетики в Україні.

Міжнародне право вкрай негативно ставиться до ретроспективних змін, тому є великий ризик несприятливого економічного ефекту від зниження «зеленого» тарифу шляхом ініціювання великої кількості інвестиційних арбітражів та судових розглядів.

Крім того, відповідними змінами, тобто зменшенням «зеленого» тарифу без застосування додаткового механізму правового регулювання стимулювання відновлювальної енергетики порушуються положення законодавства щодо недобросовісної конкуренції на енергетичному ринку та встановлюються переваги для певної частини суб'єктів господарювання, а саме для суб'єктів традиційної енергетики, тобто Україна повертається на кілька років назад, що загрожує енергетичній безпеці країни.

З метою покращення ситуації та уникнення загрози знищення відновлювальної енергетики в Україні необхідно створити ефективний механізм правового регулювання шляхом встановлення податків на викиди, преференцій для виробників відновлювальної енергетики, обмежень та додаткових зборів на традиційні види генерації, наприклад, екологічних податків («зелених» облігацій, наприклад). Крім того, важливим є подальший розвиток інститутів спільного, венчурного інвестування, а також енергетичної кооперації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Святненко А. Отримати свою частину «зеленого» пирога. *Дзеркало тижня*: вебсайт: URL: https://zn.ua/ukr/
2. Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії : Закон України від 21.07.2020 р. № 810-IX. *Урядовий кур'єр.* 2020. 29 серпня.
3. «Зеленый» тариф урезали. Что именно изменила Рада и кого это касается? *Економічна правда*: вебсайт. URL: https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2020/07/21
4. Сергій Ягнич. Европа идет на «зеленый»: что такое green bonds и когда их ждать в Украине. *Белый воротничок:* веб-сайт. URL: http://www.forex.ua/analitika/
5. Андрейченко А.В. Венчурне фінансування як один із основних чинників екологізації виробництва в регіоні. *Вісник соціально-економічних досліджень.* 2010. № 38. С. 15–21.
6. Кузьміна М.М. Правове регулювання створення та функціонування енергетичних кооперативів. *Підприємництво, господарство і право.* 2019. № 7. С. 40–45.

УДК 346:613
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/49

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРИВАТНИХ МЕДИЧНИХ ЗАКЛАДІВ

LEGAL ENFORCEMENT OF PRIVATE MEDICAL INSTITUTIONS

Лихошвай А.В., студент IV курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Паламаренко В.О., студент IV курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Струков В.О., студент IV курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу правового забезпечення діяльності приватних медичних закладів. Визначені основні переваги приватних лікувальних закладів порівняно з комунальними медичними установами, що і є причиною високого розриву в оцінці якості медичних послуг двох систем охорони здоров'я. У зв'язку з нерівномірним розвитком у секторі медичних послуг перед державою постали такі проблеми: відсутність прямого впливу держави на діяльність приватних закладів охорони здоров'я; невідповідність законодавчим актам переліку фактичних медичних послуг, які може отримати особа у приватних закладах безкоштовно за програмою медичних гарантій; відсутність механізму медичного страхування. Досліджено судову практику в цивільних та кримінальних справах. На основі цього аналізу зроблено висновок, що лікарі приватних медичних закладів несуть юридичну відповідальність за свою діяльність так, як і лікарі комунальних закладів. Встановлено, що найчастіше для «приватних» лікарів настає цивільна відповідальність у справах про компенсування матеріальної та моральної шкоди, завданої наданням медичних послуг неналежної якості. Визначено, що в рамках проведення медичної реформи в Україні можна безкоштовно отримати медичну допомогу за програмою медичних гарантій. До суб'єктів надання послуг належать, зокрема, і приватні медичні заклади. Для отримання послуг у приватному лікувальному закладі безкоштовно закладу необхідний договір із Національною службою здоров'я України. На прикладі міста Полтава проведене практичне дослідження, за допомогою якого встановлено, що законодавчий перелік послуг за програмою медичних гарантій та їхній фактичний обсяг на практиці суттєво відрізняються. У статті проаналізовано досвід закордонних держав, зокрема країн Європейського Союзу та Сінгапуру, досліджено «ефект масштабу» крізь призму приватної медицини. Запропоновано такий шлях вирішення проблем, що виникли у приватній медичній сфері: налагодження симбіотичного зв'язку між державою та приватними медичними закладами шляхом розширення системи передачі повноважень та функцій державної медичної сфери приватній.

Ключові слова: медична реформа, програма медичних гарантій, договір за програмою медичних гарантій, ефект масштабу в медицині, медичне страхування, симбіоз державної та приватної медицини.

The article is devoted to the analysis of the legal enforcement of private medical institutions. The main advantages of private medical institutions over the public ones were determined, which are the reason for the wide gap in the assessment of the quality of medical services concerning these two health care systems. Ukraine faced the following problems: lack of the state control over the activities of private medical institutions; non-compliance of the list of actual medical services that an individual can receive in private medical institutions for free with those medical services provided by the legislation; absence of the health insurance policy in Ukraine. In this article, it was concluded that the workers of private medical institutions are legally responsible for their actions as well as the workers of public medical institutions. It has been established that the private medical institutions workers are subject to civil liability in most cases connected with compensation of material and moral damage. It has been determined that it is possible to receive free medical care under the program of medical guarantees in private medical institutions. For providing their services to the individuals, private medical institutions must have specific treaties with the National Health Service of Ukraine. The number of free services under the mentioned program was studied and compared with their actual number in some of the private medical institutions in Poltava. The experience of foreign countries (the European Union countries and Singapore) was analyzed in the article, the economies of scale were examined in private medicine. Certain ways of solving the problems in the private medical services sector have been suggested: extension a symbiotic relationship between the state and private medical institutions by creating a system that will ensure vesting powers and functions of the state medical sector in a private one.

Key words: medical reform, program of medical guarantees, treaty under program of medical guarantees, economies of scale in medicine, medical insurance, symbiosis of public and private medicine.

Нині для кожного з нас стало звичним явищем існування двох видів медицини – державної та приватної. Незважаючи на те, що Союз Радянських Соціалістичних Республік довгий час цілеспрямовано намагався перевести медичну практику у сферу суто державного регулювання та монополії, приватний сектор усе ж таки зумів протягом часу існування незалежної України стати гідним конкурентом для однозначно застарілої радянської системи комунальних медичних закладів та навіть перевершити комунальний медичний заклад за якістю послуг і обслуговування громадян. Допомагає в цьому і поступовий перехід висококваліфікованих лікарів до приватних медичних центрів, де вони отримують як вищу заробітну плату, так і страхування їхньої діяльності, що вигідно вирізняє їх з-поміж інших спеціалістів, які мають менше забезпечення. Це породило дисбаланс між рівнем кваліфікації державних, комунальних та приватних медичних закладів. До того ж самі пацієнти лікарень дедалі частіше віддають перевагу саме комерційним лікарням. Такий феномен пов'язаний із негласним правилом, що надійною є лише приватна медицина, за якісне лікування потрібно платити більше. Хоча на перший погляд таке твердження може видаватися хибним, дедалі частіше ми можем можемо спостерігати практику, коли приватні лікарні залишаються єдиним місцем, куди ми можемо звернутися. Так, станом на листопад 2020 р. комунальні лікарні майже не приймають пацієнтів унаслідок коронавірусного «локдауну». Через це тих, хто бажає скористатися послугами приватних клінік, стає більше.

Питання функціонування діяльності закладів охорони здоров'я були предметом вивчення багатьох правознавців, але більшість із них розглядали їх крізь призму правового

статусу закладів охорони здоров'я [1, с. 108], концепції медичного обслуговування [2, с. 48] або сутності медичних послуг [3, с. 88].

Відповідно до ст. 16 Основ законодавства України про охорону здоров'я, заклади охорони здоров'я в Україні можуть функціонувати на основі державної, комунальної, приватної форми власності. Приватні заклади охорони здоров'я можуть обирати будь-яку організаційно-правову форму на свій розсуд. У тих же Основах законодавства України про охорону здоров'я визначено, що господарська діяльність у цій сфері користується державною підтримкою, проте для її здійснення необхідна спеціальна ліцензія [4]. Ліцензією, згідно з положеннями Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», є право суб'єкта господарювання на здійснення певного виду господарської діяльності, для зайняття якою необхідно здійснення ліцензування. Серед тих видів господарської діяльності, які обов'язково підлягають ліцензуванню, є і зайняття медичною практикою [5].

Нині в українському законодавстві відсутнє визначення «приватної медицини» або ж «приватної медичної практики». Як зазначають окремі фахівці державного управління, приватна система охорони здоров'я – це сукупність закладів охорони здоров'я, що здійснюють приватну медичну діяльність, тобто надають медичну допомогу [6].

Більшість дослідників, коли розглядають права пацієнтів, не пов'язують їхній обсяг або можливі їх порушення з формою власності медичного закладу. Проте в Україні приватні медичні заклади були обмежені у правах щодо надання повного обсягу медичних послуг. Навіть більше, правознавці вважають, що дотримання такого природного права людини, як право на життя, свідчить про право пацієнта отримати невідкладну медичну допомогу, якщо його життю є загроза, незалежно від форми власності медичного закладу та фінансового стану пацієнтів [7, с. 1108–1113]. Не залежить від форми власності медичного закладу і сам факт притягнення до відповідальності медичних працівників [8, с. 9–10].

Інформаційно-аналітичним центром "Rating Pro" було проведено соціальне опитування щодо якості медичних послуг. Серед опитаних лише 42% населення задоволені відвідуванням поліклінік; тоді як роботою лікарів у приватних закладах задоволені 90% опитуваних [9]. Чому ж такий великий розрив між оцінками приватної та державної сфер? По-перше, серед проблем, з якими пацієнти стикаються в разі відвідування закладів охорони здоров'я державної та комунальної форми власності, зазначають такі, як: відсутність лікарських засобів, обладнання або його застарілість, черги, нав'язування покупки лікарських засобів у конкретній аптеці, вимагання коштів, відсутність відповідальності лікаря за результати лікування, некомфортні умови, відсутність на практиці можливість записатися на прийом до лікаря на конкретно визначений час (навіть у разі попереднього запису досить часто пацієнтам доводиться чекати в «живій черзі»), погана якість харчування, постійні направлення від одного лікаря до іншого тощо. По-друге, більшість опитаних осіб уважають, що приватні медичні заклади мають численні переваги перед державною медициною. Наприклад, оперативність (оскільки прийом відбувається за попереднім записом), достатній час прийому (у середньому 20–30 хвилин на пацієнта), оснащеність сучасним обладнанням для діагностики та лікування, приємний інтер'єр у закладі, багата матеріально-технічна база, ставлення персоналу тощо.

Важливо, що однією з найбільш гострих проблем, за результатами опитування, постає відсутність відповідальності лікаря за результати призначеного лікування. Проте судова практика, особливо в цивільних справах про компенсування шкоди, доводить протилежне. Згідно з рішенням Києво-Святошинського районного суду від 2 квітня 2020 р., позивач отримувала лікування в медичному центрі «Васеда», їй було встановлено діагноз «мастит», покращення її стану не відбулось, діагноз змінили на «лактостаз». Позивач звернулась до іншої лікарні, де їй встановили діагноз «гострий гнійний лактаційний мастит», було проведено хірургічне втручання, оскільки зволікання могло призвести до ампутації молочної залози. Для видалення післяопераційного рубця жінка змушена була звернутись до естетичного хірурга. Позов обґрунтований тривалим неправильним лікуванням, а також тим, що через хворобу та неможливість грудного вигодовування вона була змушена купувати суміші для штучного вигодовування дитини. Суд задовольнив позов частково, стягнув із відповідача шкоду в розмірі 5 347,22 грн та моральну шкоду – 5 000 грн [10].

За рішенням Центрального районного суду м. Миколаєва від 27 серпня 2019 р. суд стягнув із клініки «Айлама» на користь позивача 2 910 грн збитків та 15 000 грн як компенсацію моральної шкоди. За обставинами справи лікар «Айлами» надавав послуги із протезування зубів. Після встановлення протеза в пацієнтки почались нестерпні зубні болі, у гайморовій пазусі у неї виявили пломбувальний матеріал. У судовому засіданні було встановлено, що під час надання медичної допомоги працівником клініки «Айлами» не дотримано протоколів надання медичної допомоги тотожних захворювань, зокрема «Класифікатора процедур», затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я (далі – МОЗ) України № 507 від 28 грудня 2002 р. [11]. Стосовно рішення Жовтоводського міського суду Дніпропетровської області від 14 грудня 2017 р., особа також звернулася до приватного лікаря-стоматолога щодо протезування зубів. Висновком незалежних стоматологів підтверджено, що відповідач у своїй практиці недбало ставився до своїх обов'язків та застосовував необережні прийоми, чим завдав шкоди її здоров'ю. Також судом установлено, що відповідач у спірний період взагалі не мав ліцензії на здійснення медичної практики. Суд стягнув на користь позивача 8 550 грн матеріальної шкоди та 5 000 грн моральної шкоди [12].

Притягнення до кримінальної відповідальності лікарів є рідким явищем, але все ж такі випадки трапляються й у разі, коли обвинуваченим є лікар у сфері приватної медицини. Відповідно до вироку Октябрського районного суду м. Полтава від 22 травня 2019 р., особа працювала на посаді лікаря-нарколога в комунальному закладі та водночас здійснювала приватну медичну практику за спеціалізацією «Психіатрія, наркологія». За допомогою використання підробленого документа вона здійснювала незаконне придбання та зберігання сильнодіючих лікарських засобів без спеціального дозволу з метою збуту. Оскільки обвинувачений мав знання щодо порядку придбання та зберігання сильнодіючих лікарських засобів, його було визнано винуватим у вчиненні злочину, передбаченого ч. 4 ст. 358 Кримінального кодексу (далі – КК) України та ч. 1 ст. 321 КК України. Суд призначив покарання у вигляді двох років позбавлення волі та штрафу в розмірі 850 грн [13].

Отже, більшість позовів, що подаються пацієнтами, є цивільними позовами про відшкодування матеріальних та моральних збитків у порядку ст. 1172 Цивільного кодексу України, завданих наданням медичних послуг неналежної якості. Якщо вести мову про адміністративну відповідальність, то приватні медичні заклади можуть її понести за такі правопорушення, як: порушення санітарних норм (ст. 42 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)), незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах (ст. 44 КУпАП), порушення порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації і застосування донорської крові та її компонентів (ст. 45–1 КУпАП),

порушення порядку провадження господарської діяльності (ст. 164 КУпАП), неналежне ведення обліку доходів і витрат (ст. 164–1 КУпАП), порушення встановленого порядку проведення розрахунків під час надання медичних послуг (ст. 164–1 КУпАП) тощо.

Як повідомляється, найбільш очікуваною реформою серед українців є зміни у сфері охорони здоров'я. Натепер 50% населення підтримують упровадження страхової медицини і тільки третина вважають, що медицина в Україні має залишитись безкоштовною [9]. У продовження нашого дослідження ми ознайомимося з новелами медичної реформи та її впливом на приватну медицину, з'ясуємо, чи справді вона поліпшила ситуацію на ринку медичних послуг.

Першим кроком медичної реформи у приватному секторі стала програма медичних гарантій, яка частково допомогла урівняти медичні заклади державного та приватного секторів. Згадана програма включає в себе перелік медичних послуг, які держава гарантує пацієнту безоплатно. Скористатися ним може кожен громадянин України, а також особи, прирівняні до них у статусі. Щоби отримати доступ до безоплатних послуг, пацієнт повинен мати направлення від сімейного лікаря/терапевта/педіатра, з яким попередньо було укладено декларацію. Направлення не потрібне до гінеколога, психіатра, стоматолога і нарколога [14].

Послуги екстреної, первинної, амбулаторної, госпітальної та паліативної допомоги фінансуються державою в межах програми медичних гарантій. Самостійно пацієнтам доведеться сплатити за такі послуги, як не екстрена стоматологія, звернення до лікаря без направлення, естетична медицина тощо. Важливо зазначити, що отримати безкоштовні послуги особа може як в комунальній, так і у приватній клініці. Головне, щоб з останніми були укладені відповідні договори. Саме укладанням таких договорів і займається Національна служба здоров'я України (далі – НСЗУ).

Вона була створена 30 березня 2018 р. в рекордно короткі строки. НСЗУ являє собою центральний орган виконавчої влади, який реалізує основний принцип медичної реформи «гроші йдуть за пацієнтом», тобто держава оплачує вартість реально наданих медичних послуг [15]. Такий механізм допомагає державі встановити контроль над виплатами з бюджету, надавати кошти кожній медичній установі залежно від виконаної роботи. На кінець другого кварталу 2020 р. загальна кількість укладених Національною службою здоров'я угод становить 3 351 договір. З яких 2 769 договорів укладено з комунальними медзакладами, 249 – із приватними клініками, 333 – з фізичними особами – підприємцями [16].

Відповідно до положень такого договору, пацієнт має право не лише отримати безкоштовно медичні послуги з гарантованого державою переліку, але й на вільний вибір лікаря, незважаючи на місце реєстрації особи. Головними критеріями відбору сімейних лікарів стали якість надання послуг, зручність розташування медичного закладу, наявність необхідного медичного обладнання тощо. НСЗУ заплатить тому медичному закладу, який вибере пацієнт. Згаданий пакет медичної допомоги визначається за пріоритетами охорони здоров'я в Україні та залежно від можливостей державного фінансування [16].

Після проведення аналізу офіційної інформації на інтернет-сторінках Кабінету Міністрів України та НСЗУ варто перейти до ознайомлення із законодавством із цього питання. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення», договір про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій укладається між закладом охорони здоров'я незалежно від форми власності чи фізичною особою – підприємцем, яка в установленому законом порядку отримала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, та НСЗУ. Договір про медичне обслуговування є договором на користь третіх осіб. Як уже зазначалося вище, а також відповідно до ст. 9 зазначеного Закону, пацієнт реалізує своє право на вибір лікаря шляхом подання надавачу медичних послуг декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу. Надання медичних послуг за програмою медичних гарантій, пов'язаних із вторинною (спеціалізованою), третинною (високоспеціалізованою), паліативною медичною допомогою та медичною реабілітацією, здійснюється за направленням лікаря, який надає первинну медичну допомогу, або лікаря, що лікує, у порядку, передбаченому законодавством, крім випадків, коли згідно із законодавством направлення лікаря не вимагається [17].

На офіційному сайті нам вдалося знайти перелік укладених договорів за програмою медичних гарантій. Цікавими для себе ми виділили такі пункти договору:

«14. Пацієнт набуває прав на отримання медичних послуг, пов'язаних із первинною медичною допомогою, згідно з договором з моменту подання надавачеві в установленому законодавством порядку декларації.

15. Пацієнт набуває прав на отримання медичних послуг, пов'язаних з іншими видами медичної допомоги, крім первинної медичної допомоги, згідно з договором з моменту звернення до надавача за направленням лікаря, який надає первинну медичну допомогу, або лікуючого лікаря в порядку, встановленому МОЗ, або без такого направлення, якщо згідно із законодавством направлення лікаря не вимагається».

Варто зазначити, що всі договори укладаються терміном на один рік, тобто до кінця 2020 р. [18].

Також нами було проведене практичне дослідження стосовно того, чи справді передбачені в договорі положення дотримуються на практиці. Ми зібрали відомості з різних приватних медичних установ м. Полтави («Медіон», «Мій лікар», «Медб'юті», «Центр медико-санітарної допомоги»). Якщо узагальнити інформацію, можна виділити такі спільні для кожної з установ риси: 1) у кожному із приватних медзакладів було/є можливим укладання декларації із сімейним лікарем/педіатром для надання первинної медичної допомоги; 2) за направленням від сімейного лікаря із самої приватної клініки можна отримати безкоштовну консультацію у вузькопрофільного спеціаліста (так звана вторинна медична допомога), (винятком став заклад «Медб'юті» – вторинна медична допомога безкоштовно в медичній установі не надається). Важливо, що без направлення від лікаря неможливо отримати безкоштовну консультацію у вузькопрофільних спеціалістів жодної із клінік; 3) до програми медичних гарантій також входить проведення мінімального пакету досліджень: аналіз крові, сечі, проведення кардіограми, тестування на ВІЛ та гепатит (перелік досліджень варіюється залежно від клініки); 4) лише в одному приватному медзакладі можна отримати доступ до вторинної медичної допомоги за направленням від сімейного лікаря з іншої лікарні (заклад «Медіон»). Навіть більше, із жодним приватним закладом натепер не укладено договору про лікування COVID-19.

Можна помітити тенденцію, що зазвичай приватні медичні заклади не бажають надавати весь спектр медичних послуг, які передбачені в договорі за програмою медичних гарантій. Виходом із такої ситуації недотримання положень згаданих договорів може бути укладення індивідуальних угод із кожною із приватних клінік окремо. Але Україна все одно не має права відходити від поняття «державної медицини», оскільки надійність надання таких приватних послуг на постійній основі залишається під питанням. Слушну практику щодо цього ми можемо віднайти в Європі, де понад 70% лікарень перебувають у власності держави, водночас кожна з таких установ підпорядкована місцевому уряду, який і визначає специфічні

форми фінансування медзакладів. Завдяки цьому громадяни захищені від проблеми доступу до приватної медицини, а самі державні лікарні стають учасниками ринку капіталу й ухвалюють рішення в межах наданих їм повноважень без ствердної відповіді уряду [19].

Наступний шлях щодо поліпшення діяльності приватних медичних закладів запропонувала І. Селіванова, яка на прикладі такого виду закладів охорони здоров'я, як територіальні служби крові, розглянула можливість упровадження державно-приватного партнерства [20, с. 59].

Отже, у проміжному висновку можна зазначити, що законодавчий перелік послуг за програмою медичних гарантій та їх фактичний обсяг на практиці суттєво відрізняються, до того ж не на користь останнього. Тому для того, щоби бути точно впевненим у можливості отримання безкоштовної медичної допомоги, варто звертатися до конкретної приватної клініки за детальною інформацією. Медична реформа та програма медичних гарантій є також перспективними і для розвитку комунальних лікарень, оскільки передусім сама країна зацікавлена в підвищенні конкурентоспроможності комунальних закладів на ринку медичних послу, шляхом збільшення фінансування та контролю за використанням коштів. Така зацікавленість влади в розвитку комунальних установ медичної сфери здатна урівняти останні із приватними клініками.

Це є вигідним для України, тому що створює нормативно-правову базу для такого типу відносин, яку можна описати як одну зі складових «ефекту масштабу». Цей ефект можна найпростіше описати так: зі зростанням розмірів підприємства збільшуються можливості використання переваг спеціалізації у виробництві й управлінні, збільшується використання високоефективного та дорогого обладнання [21, с. 224–225].

Але для настання даного ефекту потрібні не тільки наявність виробничих потужностей, а й існування правової бази, яка б урегульовувала та захищала дані відносини. Тому ми можемо зазначити, що чим більше у країні поширена якась діяльність (у нашому випадку приватна медицина), чим більше осіб у країні беруть у ній активну участь, отже, у даній сфері стає все більше спеціалістів, чим більше внаслідок цього створюється законодавчої практики із цієї діяльності, тим вигідніше займатися такою діяльністю в даній країні. Завдяки «ефекту масштабу» навіть за високих податків підприємці частіше бажатимуть працювати й інвестувати там, де певна діяльність вже сформована й ефективно працює.

«Ефект масштабу» ми можемо побачити на прикладі Сінгапуру, де шляхом державних та приватних інвестицій у медичну сферу, у поєднанні із залученням спеціалістів з усього світу вдалося домогтися у країні неймовірно високих показників рівня медицини, розвивати таким чином сферу медичного туризму в ній [22, с. 45].

Тож, постає питання: а чому ми не можемо створити такий же «ефект масштабу» в Україні, завдяки якому не тільки піднімемо рівень медицини в державі, а і створимо в України сферу медичного туризму, що є досить привабливою у плані доходу для держави? У нас уже є досить високий рівень освіти, який досі реформується, якість якого підвищується. Так, наприклад, було введено поріг у 150 балів ЗНО із профільних предметів для вступу на спеціальності «Стоматологія», «Медицина» та «Педіатрія», 130 балів – на спеціальність «Фармація» [23]. Із 2019 р. для атестації студентів-медиків запроваджується чотирикомпонентний єдиний державний кваліфікаційний іспит (ЄДКІ), що складається з іспиту КРОК, екзамену з англійської мови за професійним спрямуванням і міжнародного іспиту з основ медицини й ОСП(К)І (об'єктивний структурований практичний клінічний іспит). Тобто освітня сфера вдосконалюється для відповідності міжнародним стандартам. Але цього не вистачає для створення ефекту масштабу в Україні, тому ми, після проведення аналізу різноманітних медичних систем у світі, хочемо запропонувати два варіанти майбутнього реформування медицини в Україні, для збільшення її ефективності [24].

Отже, у результаті проведеного аналізу різноманітних варіантів реформування медичної сфери в інших країнах ми можемо зазначити, що одним із найефективніших для нашої держави ми можемо виокремити сінгапурський підхід, що характеризується симбіозом державної та приватної медичної сфер, які завдяки активній державній політиці постійно взаємодіють одна з одною.

Ми можемо виділити такі його характерні риси: створення симбіозу між державною та приватною медичними сферами, створення та підтримка системи MediSave – медичного ощадного рахунку під особистим рахунком CPF, який використовується для оплати майбутніх медичних витрат, а також внесків за полісами медичного страхування. Фонди можуть бути об'єднані всередині і між усією великою родиною; у разі великої завантаженості або складності операцій держава передає пацієнта на лікування до приватної клініки; різноманітні форми медичного страхування для осіб усіх видів достатку [25].

Висновки. У підсумку ми можемо зазначити, що у світі існують різноманітні форми організації приватної медичної сфери серед основних лідерів надання медичних послуг. Якщо розглядати кожен із них, ми можемо побачити найрізноманітніші варіанти оформлення: її поділ на два окремі інститути, як у Великобританії, урівняння її з державною медичною допомогою, як у Швейцарії, заміну державної медицини на приватну, як у США, симбіоз між приватною та державною медициною, як у Сінгапурі.

Тому, на наш погляд, Україні потрібно провести поступову групу реформ, на додаток до сучасних, які збільшать роль приватної медицини в державі. Серед них мають бути: створення механізму перевірки повноти надання послуг безоплатної медичної допомоги за договором програми надання медичних гарантій, урегулювання сфери загальнообов'язкового державного медичного страхування шляхом ухвалення Закону України «Про загальнообов'язкове державне медичне страхування», з метою створення симбіозу між приватною та державною сферами, розширення системи передачі повноважень та функцій державної медичної сфери приватній, шляхом урегулювання механізму перенаправлення хворих до приватних клінік за потреби у спеціалізованому медичному лікуванні, уведення прогресивного податку на медичні послуги, створення інституту вільного медичного страхування, коли громадянин України отримує від держави гроші, які може витратити тільки на отримання страховки в державній медичній сфері або, якщо докладе додаткові гроші, – у приватній медичній сфері. Таким чином ми уникнемо ситуації подвійного страхування, дамо потік грошей у сферу приватної медицини, створимо конкуренцію на ринку медичних послуг та збільшимо привабливість України для іноземних інвесторів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Пашков В. Еволюція правового статусу закладів охорони здоров'я у законодавстві України. *Медичне право*. 2017. № 3. С. 104–111.
2. Майданик Р. Правовідносини медичного обслуговування і надання медичних послуг за законодавством України. *Медичне право*. 2017. № 3. С. 48–70.
3. Пашков В. Сутність медичних послуг у системі господарського законодавства. *Медичне право*. 2013. № 2 (12). С. 88–101.
4. 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#Text (дата звернення: 12.10.2020).

5. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015 р. № 222–VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text (дата звернення: 12.10.2020).

6. Мєзєнцева Н., Буравльов Л., Радиш Я. Правове регулювання приватного сектора в охороні здоров'я України: стан і перспективи розвитку. *Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення :* матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції. 2008. URL: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_179_01.pdf (дата звернення: 15.10.2020).

7. Tatsiy V., Gutorova N., Pashkov V. Legal aspects of cancer diseases prophylactics: patients rights context. *Wiadomości Lekarskie.* 2017. T. LXX. № 4. P. 1108–1113.

8. Гуторова Н., Пашков В. Відповідальність за неналежне виконання професійних обов'язків лікарем під час ведення пологів, що спричинило тяжкі наслідки (аналіз судової практики). *Медичне право*. 2019. № 2 (24). С. 9–25.

9. Думки українців щодо медицини, або «хто кому лікар». *RATING PRO :* інформаційно-аналітичний центр. 2015. URL: https://www.slideshare.net/Rating_Pro/ss-50027499 (дата звернення: 22.09.2020).

10. Рішення Києво-Святошинського районного суду Київської області від 2 квітня 2020 р., справа № 369/5186/18. URL: https://conp.com.ua/lawsuit/88770060 (дата звернення: 15.10.2020).

11. Рішення Центрального районного суду м. Миколаєва від 27 серпня 2019 р., справа № 490/8813/14-ц. URL: https://conp.com.ua/lawsuit/86066847 (дата звернення: 16.10.2020).

12. Рішення Жовтоводського міського суду Дніпропетровської області від 14 грудня 2017 р., справа № 0414/2963/2012. URL: https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/71402590/ (дата звернення: 12.10.2020).

13. Вирок Октябрського районного суду м. Полтава від 22 травня 2019 р., справа № 554/3201/19. URL: https://conp.com.ua/lawsuit/81932711 (дата звернення: 15.10.2020).

14. Перша в Україні Програма медичних гарантій стартувала в повному обсязі – НСЗУ. *Урядовий портал* : вебсайт. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/persha-v-ukrayini-programa-medichnih-garantij-startuvala-u-povnomu-obsyazi-nszu (дата звернення: 15.10.2020).

15. Реформа у цифрах та фактах. *Офіс реформ Кабінету Міністрів України* : вебсайт. URL: https://rdo.in.ua/direction/ohorona-zdorovya (дата звернення: 15.10.2020).

16. Звіт НСЗУ про виконання договорів про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій та договорів про реімбурсацію за II квартал 2020 р. URL: https://nszu.gov.ua/storage/files/2-qrt-2020-zvit.pdf?1600353803 (дата звернення: 15.10.2020).

17. Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення : Закон України № 2168–VIII від 19 жовтня 2017 р. № 2168–VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2168-19#Text (дата звернення: 20.10.2020).

18. Укладені договори про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій з медичними закладами 2020. *Національна служба здоров'я України* : вебсайт. URL: https://nszu.gov.ua/ukladeni-dogovori/z-medichnimi-zakladami-2020 (дата звернення: 20.10.2020).

19. Пашков В. Права пацієнтів та симулякри в охороні здоров'я, або Про опонентів медичної реформи. *Український медичний часопис* : *актуальні питання клінічної практики online :* вебсайт. 2019. URL: https://www.umj.com.ua/article/159985/prava-patsiyentiv-ta-simulyakri-v-ohoroni-zdorov-ya-abo-pro-oponentiv-medichnoyi-reformi (дата звернення: 08.11.2020).

20. Селіванова І. Державно-приватне партнерство та інші форми співпраці бізнесу, держави (територіальних громад) і закладів служб крові у сфері донорства крові та її компонентів. *Медичне право*. 2019. № 1 (23). С. 57–64.

21. Экономика : учебник / под. ред. А. Булатова. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Экономисть, 2004. 896 с.

22. Камінська Т. Уроки зарубіжних країн для реформування охорони здоров'я в Україні. *Економічна теорія та право*. 2015. № 1. С. 38–50.

23. Мінімальний прохідний бал для вступу на медичні спеціальності – 150 балів із кожного сертифіката ЗНО. *Міністерство охорони здоров'я України* : вебсайт. URL: https://moz.gov.ua/article/news/minimalnij-prohidnij-bal-dlja-vstupu-na-medichni-specialnosti---150-baliv-z-kozhnogo-sertifikatu-zno (дата звернення: 08.11.2020).

24. Про затвердження Порядку, умов та строків розроблення і проведення єдиного державного кваліфікаційного іспиту та критеріїв оцінювання результатів : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19 лютого 2019 р. № 419 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0279-19#Text (дата звернення: 12.10.2020).

25. Bai Yu, Shi Chaoran, Li Xiaoteng, Liu Feifei. Healthcare System in Singapore. 2012. URL: http://assets.ce.columbia.edu/pdf/actu/actu-singapore.pdf (дата звернення: 19.11.2020).

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/50

МІСЦЕ ІНСТИТУТУ СОЦІАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ПРАВОВІЙ МОДЕЛІ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

THE PLACE OF THE INSTITUTE OF SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE LEGAL MODEL OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF UKRAINE

Міщенко В.С., к.ю.н.,
науковий співробітник відділу проблем модернізації господарського права та законодавства
Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова Національної академії наук України

Статтю присвячено дослідженню соціальної відповідальності як складника правової моделі сталого розвитку України. Встановлено, що розвиток суспільства на засадах стійкості є провідною тенденцією сучасності. Автор відмічає, що ані в Конституції України, ані в законодавчих актах дефініція «сталий розвиток» не знайшла змістовного відображення, проте принципи сталого розвитку широко розповсюджені в низці міжнародних програмних документів.

У державних цільових програмах та програмах розвитку певних галузей економіки України також наголошується на пріоритетності врахування засад сталого розвитку. При цьому автором робиться висновок, що цілі сталого розвитку наразі ще не знайшли належного відображення в законах, а тому не стали дороговказом для здійснення реформ.

Встановлено, що нині в Україні відсутня цілісна правова модель сталого розвитку. У правовій системі України натепер згадуються в декларативному стилі деякі принципи сталого розвитку, які мали би формувати основу правової моделі сталого розвитку.

Встановлено, що сталий розвиток у разі його впровадження передбачає збалансованість розвитку економічної, екологічної та соціальної систем і одночасну їх здатність до саморегуляції та відтворення. Найбільш впливовим важелем на шляху впровадження сталого розвитку є соціальна відповідальність.

Баланс екологічного, економічного та соціального компонентів є основним принципом Цілей сталого розвитку. Визначено, що реалізація зазначених принципів у господарському законодавстві здебільшого концентрується на екологічному складнику – використанні природних ресурсів та особливостей екологізації господарської діяльності. Зроблено висновок, що соціальному компоненту сталого розвитку не приділено достатньої уваги, втім, саме він, на думку автора, є найбільш перспективним напрямом.

Встановлено, що єдність економічних, соціальних та екологічних інтересів має реалізовуватись через відповідну систему взаємної відповідальності людини, держави, суспільства й бізнесу. Визначено, що соціальна відповідальність – це унікальний феномен, який здатен поєднати державу, суспільство та бізнес. Автором зроблено висновок, що саме інститут соціальної відповідальності найбільшою мірою впливає на суспільні відносини, які відносяться до Цілей сталого розвитку ООН. Зроблено висновок, що поглиблене дослідження окремих інституціональних засад формування правової моделі сталого розвитку є необхідним кроком на шляху до реального ефективного впровадження Цілей сталого розвитку в Україні.

Ключові слова: сталий розвиток, соціальна відповідальність, правова модель, корпоративно-соціальна відповідальність.

In the article the author studied the institute of social responsibility as a component of the legal model of sustainable development of Ukraine. The development of a society based on sustainability is the leading trend of our time. The author noted that neither in the Constitution of Ukraine, nor in legislative acts the definition of “sustainable development” has legal definition, however principles of sustainable development are widely spread in many international program documents.

The state target programs and development programs of certain sectors of the Ukrainian economy also emphasize the priority of the principles of sustainable development. At the same time, the author concludes that the goals of sustainable development have not yet been properly reflected in the laws, and therefore have not become a guide for reform.

Currently in Ukraine there is no holistic legal model of sustainable development. The legal system of Ukraine currently mentions in a declarative style some principles of sustainable development, which should form the basis of the legal model of sustainable development.

The author notes that sustainable development implies a balanced development of economic, environmental and social systems and their simultaneous ability to self-regulate and reproduce. The most influential lever in the implementation of sustainable development is social responsibility.

The balance of environmental, economic and social components is a fundamental principle of the Sustainable Development Goals. The article notes that the implementation of these principles in economic legislation, for the most part, focuses on the environmental component: the use of natural resources and the peculiarities of the ecology of economic activity. The author concluded that the social component of sustainable development is not given enough attention, however, according to the author, it is the most promising area.

The unity of economic, social and environmental interests must be realized through an appropriate system of mutual responsibility of people, the state, society and business. Social responsibility is a unique phenomenon that can unite the state, society and business. The author concluded that the institution of social responsibility has the greatest impact on public relations, which are related to the UN Sustainable Development Goals. Thus, an in-depth study of certain institutional foundations for the formation of a legal model of sustainable development is a necessary step towards the effective implementation of the Sustainable Development Goals in Ukraine.

Key words: development, social responsibility, legal model, corporate social responsibility.

Вступ. Сьогодні в теоретичній площині важливого значення набуває питання вибору моделі розвитку держави. Розвиток суспільства на засадах стійкості є провідною тенденцією сучасності. Концепція сталого розвитку постала головним глобальним викликом XXI століття, а прийняття Цілей сталого розвитку на Саміті ООН у 2015 р. визначило головні завдання для світової спільноти до 2030 р. [1]. Незважаючи на те, що ані в Конституції України, ані в законодавчих актах дефініція «сталий розвиток» не знайшла змістовного відображення, принцип сталого розвитку широко розповсюджений у низці міжнародних програмних документів і демонструє новий вектор розвитку цивілізації на планеті.

Сталий розвиток у разі його впровадження передбачає збалансованість розвитку економічної, екологічної та соціальної систем і одночасну їх здатність до саморегуляції та відтворення. Найбільш впливовим важелем на шляху впровадження сталого розвитку є соціальна відповідальність.

Питання правового забезпечення сталого розвитку України та концепції соціальної відповідальності досить глибоко висвітлено в працях багатьох учених, серед яких: М. Долішній, Р. Калюжний, І. Клименко, Ф. Котлер, В. Кравців, О. Новікова, О. Шаповалова та інші. Проте в умовах розроблення правової моделі сталого розвитку України актуальним є дослідження соціальної відпові-

дальності як складника правової моделі сталого розвитку України.

Метою статті є дослідження інституту соціальної відповідальності в контексті реалізації цілей сталого розвитку, визначення місця інституту соціальної відповідальності в процесі формування правової моделі сталого розвитку.

Виклад основного матеріалу. Історично офіційним початком співпраці України з міжнародною спільнотою на ниві започаткування сталого розвитку слід вважати приєднання нашої держави до програмних документів у цій сфері, які першочергово були прийняті ще на Конференції ООН із навколишнього середовища та розвитку в Ріо-де-Жанейро (1992 р.), XIX спеціальній сесії Генеральної Асамблеї ООН (Ріо+5, 1997 р.), а також на Всесвітньому саміті зі сталого розвитку в Йоганнесбурзі (Ріо+10, 2002 р.). Після цього в українському законодавстві термін «сталий розвиток» згадується в низці нормативних актів. Зокрема, в Постанові Верховної Ради України «Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки» (1998), у Концепції сталого розвитку населених пунктів (1999), Законі України «Про екологічну мережу України» (2004), Законі України «Про стимулювання розвитку регіонів» (2005), Законі України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» (2010) тощо [2, с. 134].

У державних цільових програмах та програмах розвитку певних галузей економіки України також наголошується на пріоритетності врахування засад сталого розвитку. Серед програмних документів зі сталого розвитку окремо слід виділити Стратегію сталого розвитку «Україна 2020» (2015), в якій було визначено низку конкретних практичних заходів з метою впровадження в нашій державі європейських стандартів життя та виходу на провідні позиції у світі. При цьому дослідники з Національного інституту стратегічних досліджень відзначають, що станом на 2020 р. жоден із визначених 25-ти ключових показників, які оцінюють хід виконання реформ та програм (п. 4. Стратегічні індикатори реалізації Стратегії), не досягнуто. Жодну з проголошених реформ (програм) не реалізовано в повному обсязі [3].

Указ Президента України № 722/ 2019 р. «Про цілі сталого розвитку України на період до 2030 року» визначає проголошені ООН 17 Цілей сталого розвитку орієнтирами для розроблення проектів прогнозних і програмних документів, проектів нормативно-правових актів з метою забезпечення збалансованості економічного, соціального та екологічного вимірів сталого розвитку України.

При цьому можна констатувати, що цілі сталого розвитку наразі ще не знайшли належного відображення в законах, а тому не стали дороговказом для здійснення реформ. Натепер в Україні відсутня цілісна правова модель сталого розвитку. У правовій системі України нині згадуються в декларативному стилі деякі принципи сталого розвитку, які мали би формувати основу правової моделі сталого розвитку.

Поглиблене дослідження окремих інституціональних засад формування правової моделі сталого розвитку є необхідним кроком на шляху до реального ефективного впровадження Цілей сталого розвитку в Україні. Соціальна відповідальність – це унікальний феномен, який здатен поєднати державу, суспільство та бізнес.

Питання соціальної відповідальності бізнесу впродовж останніх десятиріч стало важливим науково-практичним та теоретико-методологічним базисом державної політики економічного розвитку багатьох країн світу. Розширення використання її базових положень як інструменту забезпечення сталого розвитку потребує зосередити увагу на встановленні форм і принципів взаємовідносин між державою, бізнесом і суспільством у контексті публічних інтересів з урахуванням політичних, економічних та соціальних реалій в Україні. У цьому контексті перед державою стоїть завдання створення та реалізації ефективних механізмів регулювання таких відносин та формування оптимальної національної моделі соціальної відповідальності [4, с. 105].

Найбільшою мірою триєдина проблематика сталого розвитку стосується господарсько-правових засобів. Саме вони мають своїм завданням забезпечення цілісності правової регламентації найважливіших видів економічної діяльності, пов'язаних з господарським використанням природних ресурсів та забезпеченням соціальної спрямованості природокористування [5, с. 25]. Баланс екологічного, економічного та соціального компонентів є основним принципом Цілей сталого розвитку. Під час аналізу реалізації зазначених принципів у господарському законодавстві здебільшого акцент зміщується в бік екологічного складника: використання природних ресурсів та особливостей екологізації господарської діяльності.

Надмірна увага до екологічного складника в національних стратегіях сталого розвитку не повинна відвернути увагу від соціального складника. Увага бізнесу саме до соціального складника, на нашу думку, є найбільш перспективним напрямом. Дотримання передових практик соціальної відповідальності та глибоке розуміння внутрішніх проблем спонукає бізнес брати активну участь у вирішенні територіальних проблем та створювати сприятливі умови для життя і роботи в населених пунктах, де розташовані підприємства компанії. Стан інфраструктури, комунального сектору, системи охорони здоров'я, освіти, культури і спорту, а також екології визначають якість життя співробітників, а значить, і якість їхньої роботи.

Економічною наукою доведено і підтверджується практикою, що для забезпечення сталого розвитку соціальна відповідальність бізнесу має не менше значення, ніж розвинута економічна інфраструктура, політична стабільність або втілення в життя проектів інноваційного розвитку [6].

Наразі більшість підприємств орієнтовані на досягнення фінансових результатів, а не на соціальну перспективу, і це цілком зрозуміло, оскільки саме фінансова доцільність діяльності підприємств визначає можливості їх існування та функціонування. Проте сучасний стан популяризації корпоративно-соціальної відповідальності все ж таки тісно пов'язаний з економічними перевагами, які досягаються завдяки побудові соціально-відповідальної ділової репутації.

Незважаючи на актуальність для всіх без виключення країн світу питань, пов'язаних із забезпеченням сталого розвитку, огляд міжнародної практики та досвіду інших держав дозволяє стверджувати про відсутність універсальних підходів та інструментів щодо забезпечення сталого розвитку. У прийнятих міжнародних документах, присвячених цій проблематиці, головні акценти зроблено на фіксації найбільш гострих проблем та визначенні цільових орієнтирів, яких потрібно досягнути для зупинення небажаних тенденцій у тих чи інших сферах суспільного життя. Водночас у жодному з прийнятих документів не міститься опису уніфікованих практичних механізмів, використання яких надавало б державам кращі можливості для оперативного моніторингу, врахування і реагування на зміни умов господарювання з метою забезпечення і підтримання збалансованого соціально-економічного розвитку на всій території країни за одночасного збереження екологічної рівноваги [3].

Висновки. Україна належить до спільноти держав, які бачать власне майбутнє крізь призму сталого розвитку. З огляду на це саме інститут соціальної відповідальності, який одночасно враховує соціальні, економічні, екологічні, етичні компоненти сталого розвитку, найбільшою мірою впливає на суспільні відносини, які відносяться до Цілей сталого розвитку ООН.

ЛІТЕРАТУРА

1. Global Compact LEAD. URL: https://www.unglobalcompact.org/takeaction/leadership/gc-lead
2. Лелеченко А.П. Еволюція нормативно-правових засад забезпечення сталого розвитку України. *Інвестиції – практика та досвід*. 2020. № 15–16. С. 132–137.
3. Воронцов С.Б. Сучасний стан та проблеми формування підходів до забезпечення сталого розвитку України. *Національний інститут стратегічних досліджень.* URL: https://niss.gov.ua/sites/default/files/2020-07/suchasnyi-stan-zabezbechennya-stalogo-rosvytku-ukrainy.pdf
4. Клименко І.М. Моделі державного регулювання корпоративної соціальної відповідальності. *Вісник НАДУ. Серія «Державне управління»*. 2019. № 4 (95). С. 105–112.
5. Шаповалова О.В. Адаптація господарського законодавства до вимог ЄС щодо сталого розвитку. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2016. № 32. С. 25–40.
6. Котлер Ф. Корпоративна соціальна відповідальність. Як зробити якомога більше добра для вашої компанії та суспільства. Київ : Стандарт, 2005. С. 4.

УДК 346.62:347.731.15
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/51

ПЕРСПЕКТИВИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОРИСТАННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН

PROSPECTS FOR ECONOMIC AND LEGAL SUPPORT FOR THE USE OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY

Погрібний Д.І., к.ю.н.,
доцент кафедри господарського права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізовано сучасні тенденції щодо регулювання технології блокчейн із боку провідних держав світу та міжнародних фінансових інституцій. Проведено аналіз трансформації наявних поглядів до визначення економіко-правової природи блокчейн, яка формується як науковцями, так і міжнародною бізнес-спільнотою. Розглянуто актуальні підходи до визначення правового статусу технології блокчейн із метою формування дієвих механізмів правового регулювання для їх використання в Україні. Проаналізовано генезис, основні принципи роботи технології блокчейн, зокрема механізм практичної імплементації цієї технології як децентралізованого (розподіленого) реєстру.

Крім цього, звернута увага на основні вектори економічного розвитку щодо створення дієвої моделі цифрової економіки в Україні, які мають бути закріплені в Національній стратегії економічного розвитку, яка буде представлена Кабінетом Міністрів України у 2021 році. Приділяється увага відповідності формування сектора національної цифрової економіки згідно з парадигмою «цифрової взаємозалежності», яка була закріплена у Звіті Організації Об'єднаних Націй «Епоха цифрової взаємозалежності», ухваленому у 2019 році на рівні високої групи з питань цифрової співпраці. На інституційному рівні обґрунтовується значення Міністерства цифрової трансформації, яке має відігравати вагому роль координатора цифрових проєктів в Україні. Така роль включає, зокрема, підготовку бази для впровадження цифрової економіки в рамках Національної стратегії економічного розвитку України. Поставлено акцент на тому, що нині блокчейн-технологія в основному обмежується сферою криптовалют, хоча є декілька проєктів у державному секторі. Нині пропонуються напрями, у яких плануються зміни чи законопроєкти, зокрема такі законопроекти: «Про публічні електронні реєстри», «Про віртуальні активи» та «Про хмарні послуги». На підставі аналізу останніх змін, доповнень і ухвалення Верховною Радою України нових законів систематизовано основні переваги та недоліки використання технології блокчейн в Україні з урахуванням наявного міжнародного досвіду та рекомендацій провідних міжнародних інституцій у цій сфері.

Ключові слова: блокчейн, блокчейн-платформа, біткоїн, віртуальний актив, стратегія економічного розвитку, криптовалюта, цифрова економіка.

The article analyzes current trends in technology regulation by leading countries and international financial institutions. An analysis of the transformation of existing views to determine the blockchain's economic and legal nature, which is formed by both scientists and the international business community. Current approaches to determining the legal status of blockchain technology to form effective mechanisms of legal regulation for their use in Ukraine are considered. The genesis, the basic principles of blockchain technology, and the mechanism of practical implementation of this technology as a decentralized (distributed) register are analyzed.

Besides, attention is paid to the main vectors of economic development to create a useful model of the digital economy in Ukraine, which should be enshrined in the National Strategy for Economic Development, presented by the Cabinet of Ministers of Ukraine in 2021. Attention is paid to the compliance of the formation of the national digital economy sector by the paradigm of "digital interdependence", enshrined in the UN Report "Age of Digital Interdependence", adopted in the 2019 level by High Level Group on Digital Cooperation. At the institutional level, the Ministry of Digital Transformation's role is substantiated, which should play an essential role as a coordinator of digital projects in Ukraine. Such a role includes, in particular, the preparation of a framework for the implementation of the digital economy within the National Strategy for Economic Development of Ukraine. Emphasis is placed on the fact that today blockchain technology is mainly limited to cryptocurrencies, although there are several projects in the public sector. Areas in which changes or bills will be adopted are currently being proposed, in particular, the laws: "On Public Electronic Registers", "On Virtual Assets" and "On Cloud Services". Based on the analysis of the latest changes, additions and adoption of new laws by the Verkhovna Rada of Ukraine, the main advantages and disadvantages of using blockchain technology in Ukraine are systematized, taking into account the existing international experience and recommendations of leading international institutions in this field.

Key words: blockchain, blockchain platform, bitcoin, virtual asset, economic development strategy, cryptocurrency, digital economy, compliance officer.

Створення сучасного інноваційного середовища є одним із визначальних напрямів на шляху розвитку в Україні сучасної конкурентоспроможної економіки. Такий вектор має стати запорукою стабільного розвитку української держави та гарантування її економічної безпеки.

Варто констатувати, що екстенсивний характер більшості галузей господарювання, надмірний тиск із боку держави на діяльність суб'єктів господарювання, корупційний складник, відсутність дієвих господарсько-правових механізмів регулювання та вплив окремих бізнес-груп з ознаками транснаціональних корпорацій поступово віддалюють вітчизняну економіку від провідних інноваційних економік розвинутих країн світу. За оцінками аудиту, проведеного Державною аудиторською службою України, масштаби розкрадань та фінансових махінацій у державному секторі економіки України сягають мільярдних збитків. Відповідно до результатів зазначеного вище аудиту Міністерство цифрової трансформації України (далі – Мінцифри) готує проєкти для залучення інвестицій в Україну. Загальний інвестиційний потенціал України оцінюється у 63 млрд доларів. Для залучення іноземних інвестицій держава працюватиме над створенням привабливих правових та податкових умов для IT-компаній. Для цього Міністерство цифрової трансформації України створило проєкт *Дія. City* – цифрової бізнес-країни зі спеціальним правовим режимом для IT-індустрії. За підрахунками, запуск *Дія. City* може збільшити об'єм ринку IT до 11,8 млрд доларів уже за 5 років. Згідно з інформацією, розміщеною на вебсайті Міністерства, варто зазначити, що запорукою розвитку цифрової економіки визначили всебічну цифрову трансформацію країни [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням, присвяченим визначенню правового статусу та природи такого феномену, як блокчейн та криптовалюти, приділялася велика увага з боку таких іноземних і вітчизняних правників і економістів, як: А. Антонопулос (A. Antonopoulos), А. Грінспен (A. Greenspan), Б. Кінг (B. King), Е. Мак (E. Mac), Р. Коен (R. Coen), К. Скінер (C. Skinner), Д. Тап-

скотт (D. Tapscott), Н. Поливка (N. Polyvka), Д.С. Вахрушев (D.S. Vahrushev), К.С. Пащенко (K.S. Pashchenko), О.В. Железов (O.V. Zhelezov) та інші. Проте ці питання потребують подальшого аналізу та ретельного опрацювання.

Метою статті є аналіз актуальних підходів до визначення правового статусу та природи технології блокчейн із метою створення дієвих механізмів господарсько-правового забезпечення її використання в Україні.

Виклад основного матеріалу. До кінця першого кварталу 2021 р. Кабінет Міністрів України планує презентувати Національну стратегію економічного розвитку України до 2030 р., яка має визначити пріоритетні напрями розвитку на підставі аудиту всіх галузей господарювання в Україні. У контексті створення цієї Стратегії було визначено 30 основних пріоритетів, серед яких: зменшення долі держави в економіці, розвиток фінансового сектора, зменшення регуляторного навантаження на бізнес, сприятливий податковий та правовий режими для інноваційних та дослідницьких компаній, формування цифрової економіки. Цікаво, що акцент ставиться на комп'ютеризації соціальної інфраструктури (школи, бібліотеки, лікарні), віртуалізації та наданні «хмарних» послуг (відповідний проєкт закону «Про хмарні послуги» перебуває на розгляді у Верховній Раді України) [2]. Крім цього, на розгляді перебуває також законопроєкт «Про віртуальні активи» [3].

Підхід до формування сучасної цифрової економіки, який пропонується включити до Національної стратегії економічного розвитку України, відповідає завданням і викликам, які були окреслені у Звіті ООН «Епоха цифрової взаємозалежності», ухваленому у 2019 р. на рівні високої групи з питань цифрової співпраці [4]. Термін «цифрова співпраця» уживається в цьому звіті для опису способів спільної роботи з метою максимізації позитивного впливу та мінімізації негативних наслідків ІТ-технологій, зважаючи на ті соціально-економічні, етичні та правові відносини, які формуються як результат стрімкого розвитку цифрових технологій.

Потенціал, який може бути розблокований завдяки поліпшенню цифрової співпраці, є величезним, як і небезпеки, якщо людству не вдасться створити більш ефективні та всеосяжні способи спільної роботи громадянського суспільства, урядів, науковців та приватного сектора в цій сфері. Результатом успішної цифрової співпраці має стати таке глобальне середовище, у якому інформаційні технології будуються на фундаменті поваги до прав людини та забезпечують змістовні можливості для всіх людей та країн [5].

Варто зазначити, що одним із ключових положень вищезгаданого звіту ООН є принцип «включеності», який означає, що «ніхто не повинен залишитися позаду». Публічна політика має будуватися на засадах долучення маргінальних груп до використання цифрових технологій. Ключові елементи такої включеності користувачів – застосування технологій в економічній сфері через а) мобільні гроші; б) цифрову ідентифікацію/авторизацію; в) електронну комерцію. Цифрова взаємодія та цифрові технології повинні у своїй основі передбачати дотримання прав людини. Для цього варто визначитися з нормами та межами застосування технологій аби захистити приватність користувачів та убезпечити їх [6].

Уперше блокчейн був запроваджений у такій криптовалюті, як біткоїн. А вже згодом ця технологія почала використовуватися в різноманітних сферах життєдіяльності. До появи біткоїну будь-що цифрове – файли, музичні альбоми тощо можна було скопіювати простим натисканням кнопки. Але криптовалюти, насамперед біткоїн, створили щось абсолютно нове – цифровий код, який неможливо дублювати. У цьому і полягає його цінність як валюти, адже підробити біткоїн неможливо. З того моменту фінансовий світ побачив багато нововведень, пов'язаних із технологією блокчейн. Наприклад, після отримання дозволу від SEC (головний орган регулювання ринку цінних паперів США) американський гігант онлайн-ритейлу Overstock оголосив про продаж публічних акцій компанії на власній блокчейн-платформі. Крім того, з'явилася нова форма інвестицій у технологічні стартапи ICO (первинна пропозиція монет) та децентралізована платформа для мобільних додатків AppCoins [7].

Однією з основних переваг використання технології блокчейн є те, що вона діє на платформі децентралізованих (розподілених) баз даних. Інформація в такому реєстрі зберігається на безлічі незалежних комп'ютерів, які не пов'язані один з одним єдиним власником або місцем розташування. Копії тієї самої бази даних розміщуються на різних серверах, тому одноосібна зміна інформації стає неможливою. Але постає питання контролю збереження даних в умовах, коли кожен вузол може записувати їх самостійно. Для вирішення цієї проблеми кожна транзакція шифрується у вигляді символьного рядка. Кожен такий шифр є унікальним і може бути отриманий тільки на основі конкретного набору даних. Водночас кожен новий грошовий переказ містить посилання на попередні транзакції. Отже, усі транзакції в цьому ланцюжку виявляються пов'язаними одна з одною, і будь-яка спроба зміни попередніх даних буде швидко виявлена учасниками мережі за допомогою перевірки шифру. Так, технологія блокчейн передбачає зберігання тієї самої бази даних на різних серверах і шифрування даних [8].

Якщо звернутися до банківської сфери, де мають місце людський чинник і потенційна можливість протизаконних дій, можна констатувати, що відсутність прозорих і чітких правил функціонування фінансової системи робить компанію вразливою, провокує систематичні помилки й хибну інтерпретацію інформації. А це гарне підґрунтя для виникнення суперечливих ситуацій чи навіть шахрайства.

Алгоритм роботи блокчейну умовно виглядає так: спочатку користувач зв свого боку верифікує шляхом підтвердження проведення транзакції, далі ця транзакція збирається у блок, який має свій початковий стан і очікуваний кінцевий (у тому разі, якщо така транзакція буде схвалена).

Після цього проводиться розсилка зазначеного блока всім учасникам для верифікації даних початкового стану блока. Учасники, які отримують дані про передбачувану транзакцію, не тільки підтверджують коректність початкового стану блока, але і записують дані про блок у свій ланцюжок. Після підтвердження блока учасниками підтверджується весь ланцюжок. Отже, немає єдиного місця, де зберігається база даних про операції. Ця база даних зберігається абсолютно в усіх користувачів системи водночас, що, безперечно, є абсолютною перевагою і запобіжником проти недобросовісних дій користувачів системи.

Спробою врегулювання у правовому полі відносин у сфері обігу, використання, зберігання та проведення операцій за допомогою криптовалюти став проєкт закону України «Про обіг криптовалюти в Україні» (реєстр. № 7183 від 6 жовтня 2017 р.) [9] і альтернативний законопроєкт «Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні» (реєстр. № 7183–1 від 10 жовтня 2017 р.) [10]. Але станом на 29 серпня 2019 р. обидва законопроєкти були відкликані Верховною Радою. Проте ухвалення теперішніх законопроєктів глобально не сприятиме розвитку технології блокчейн в Україні та сфери криптовалют без комплексного підходу. Отже, можна говорити про те, що в Україні правове регулювання технології блокчейн поки що перебуває на стадії формування.

Сьогодні блокчейн-технологія в основному обмежується сферою криптовалют, хоча є декілька проєктів у державному секторі. Нині пропонуються декілька напрямів, у яких плануються зміни чи законопроєкти:

оподаткування операцій із криптовалютами, прийняття за основу проєкту закону «Про публічні електронні реєстри» (реєстр. № 2110 від 10 вересня 2019 р.) [11] щодо запровадження хешування даних; проєкт закону «Про віртуальні активи» (реєстр. № 3637 від 11 червня 2020 р.) [3], який урегульовує поняття та правовий статус віртуального активу, а також питання прав власності та здійснення правочинів із такими активами в Україні.

Після ухвалення законопроєкту з'явиться можливість відкривати та використовувати для проведення операцій із віртуальними активами рахунки в банках. Водночас віртуальні активи не конкуруватимуть із гривнею і не будуть засобом платежу. Компанії, що надають послуги, пов'язані з обміном віртуальних активів, а також біржі будуть проходити обов'язкову реєстрацію в Міністерстві цифрової трансформації України. Відповідно до цього законопроєкту, компанії матимуть юрисдикцію в Україні і статутний капітал, розмір якого варіюється від нуля до 20 тисяч євро.

Крім цього, варто зазначити зміни до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [12]. FATF (Міжнародна група із протидії відмиванню брудних грошей) розробила рекомендації для країн та компетентних органів влади, а також для постачальників послуг із переказу віртуальних активів та інших підзвітних суб'єктів, що залучені до діяльності з віртуальними активами, зокрема й фінансових установ, як-от банки та професійні учасники ринку цінних паперів. Наведені в посібнику FATF приклади національних підходів до регулювання та нагляду за діяльністю постачальників послуг із переказу віртуальних активів покликані запобігти використанню віртуальних активів для відмивання коштів та фінансування тероризму [13].

Регулювання обороту віртуальних активів на території України і нагляд за дотриманням AML (anti-money laundering) законодавства в цій сфері доручено Міністерству цифрової трансформації України. З ухваленням зазначеного вище Закону постачальники послуг, пов'язаних із віртуальними активами, будуть зобов'язані включити до свого штату compliance офіцера (compliance officer) – особу, яка буде контролювати відповідність операцій користувачів AML законодавству. Але є деякі прогалини в регулюванні цього питання. Так, Українська асоціація платіжних систем зверталася до Верховної Ради України із проханням відстрочити термін набуття чинності даним Законом. Річ у тому, що в Україні не введені правила дистанційної ідентифікації, немає чітких нових правил емісії електронних грошей та передплачених карт. Крім того, немає розроблених технічних можливостей швидкої верифікації даних клієнта.

Міністерство цифровий трансформації заявляє, що збирається врегулювати ринок за допомогою використання передового досвіду європейських країн. Існують країни, які вже давно впровадили рекомендації FATF у національне законодавство. Наприклад, у Великій Британії немає окремих криптовалютних ліцензій, але кожному бізнесу, пов'язаному із криптовалютою (обмінники, біржі, ICO, IEO провайдери, постачальники додатків криптогаманців), необхідно зареєструватися у FCA (Financial Conduct Authority – головний орган фінансового контролю Великої Британії) [14]. FCA контролює не тільки належний моніторинг транзакцій, а й безпеку зберігання коштів. За недотримання законодавства AML передбачена фінансова та кримінальна відповідальність.

У березні 2020 р. французька криптовалютна біржа Coinhouse стала першою, що отримала статус постачальника послуг цифрових активів (PSAN – prestataires de services sur actifs numériques). Законодавча база, яка регулює діяльність сектора крипто і блокчейн, ухвалена у Франції на початку 2019 р. і стосувалася визначення не тільки цифрових активів і діяльності постачальників послуг, а й власників цифрових активів і єдиної системи оподаткування криптовалютних активів. Варто зазначити, що всі постачальники послуг, які отримали статус PSAN, а також послуги, які вони надають, повинні відповідати правилам, що стосуються боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму. Інакше кажучи, компетентні органи здійснюють моніторинг діяльність компаній і їхніх користувачів [15].

Висновки. Повертаючись до Національної стратегії економічного розвитку України, яка має бути оприлюднена Кабінетом Міністрів України у 2021 р., варто зазначити, що вагоме місце відведено для створення цифрової економіки та використання блокчейн-технології в багатьох сферах державного управління та в діяльності суб'єктів господарювання. Серед головних цілей удосконалення цифрової інфраструктури, забезпечення 95% населення доступом до високошвидкісного інтернету, створення комфортних умов для ведення бізнесу в Україні, цифровізація державних послуг, підвищення базової цифрової грамотності населення, інтеграція до цифрового простору Європейського Союзу тощо. Цифровізація всіх сфер здатна в найкоротший час «розігріти» українську економіку й забезпечити її зростання на 10–12% на рік [16].

Отже, блокчейн виявляється перспективною технологією для багатьох сфер господарювання, серед яких: юриспруденція, фінансовий сектор, страхування, банківський сектор, сфера нерухомості та багато інших, завдяки перевагам «ланцюга блоків», а саме загальнодоступності, розподіленості та цілковитій достовірності бази даних. Збільшення сфер застосування блокчейн та віртуальних активів зумовлює необхідність створення правових засад для регулювання відносин у сфері застосування систем на основі цієї технології. Отже, технологія блокчейн допоможе вирішити більшість проблем, які сьогодні виникають, зокрема й у фінансовій сфері (і не тільки), суттєво знизить ризики для всіх учасників господарських відносин, для споживачів також. Очікуваними базовими нормативно-правовими актами на рівні закону в цій сфері мають стати, зокрема, закони України «Про віртуальні активи», «Про хмарні послуги», «Про публічні електронні реєстри».

ЛІТЕРАТУРА

1. Глава Кабміну повідомив, коли представлять стратегію економічного розвитку України до 2030 р. *Українські Національні Новини :* вебсайт. URL: https://www.unn.com.ua/uk/news/1901361-glava-kabminu-povidomiv-koli-predstavlyat-strategiyu-ekonomichnogo-rozvitku-ukrayini-do-2030-roku (дата звернення: 10.11.2020).

2. Про хмарні послуги : проєкт закону України від 20 грудня 2019 р. № 2655 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67744 (дата звернення: 10.11.2020).

3. Про віртуальні активи : проєкт закону України від 11 червня 2020 р. № 3637. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110 (дата звернення: 10.11.2020).

4. The age of digital interdependence. Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Digital Cooperation. URL: https://www.un.org/en/pdfs/DigitalCooperation-report-for%20web.pdf (дата звернення: 10.11.2020).

5. Погрібний Д.І. Актуальні проблеми визначення правового статусу криптовалют у контексті формування цифрової взаємозалежності. *Теорія і практика правознавства.* 2019. Т. 2. № 16. DOI: 10.21564/2225-6555.2019.16.186040.

6. Звіт ООН щодо Інтернету та технологій: виклики й благо для суспільства. *Профспілка працівників освіти і науки України* : вебсайт. URL: https://pon.org.ua/novyny/7202-zvt-oon-schodo-nternetu-ta-tehnology-vikliki-y-blago-dlya-susplstva.html (дата звернення: 10.11.2020).

7. Технология блокчейн уже изменяет мир финансов : как именно. *Вестник МСФО :* вебсайт. URL: https://msfz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/FZ001579 (дата звернення: 10.11.2020).

8. Як відбуваються транзакції всередині блокчейну? *CoinNews* : вебсайт. URL: http://46.101.213.25/ua/category/78-osnovi/article/634-kak-proishodyat-tranzakcii-vnutri-blokchejna (дата звернення: 10.11.2020).

9. Про обіг криптовалюти в Україні : проект закону України від 6 червня 2017 р. № 7183 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684 (дата звернення: 10.11.2020).

10. Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні : проєкт закону України від 10 жовтня 2017 р. № 7183–1 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710 (дата звернення: 10.11.2020).

11. Про публічні електронні реєстри : проєкт закону України від 10 вересня 2019 р. № 2110 / *Верховна Рада України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66772 (дата звернення: 10.11.2020).

12. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 грудня 2019 р. № 361–IX / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20 (дата звернення: 10.11.2020).

13. Держфінмоніторинг : Керівництво FATF з ризик-орієнтованого підходу до віртуальних активів та постачальників послуг із переказу віртуальних активів. *Українська асоціація інвестиційного бізнесу :* вебсайт. URL: https://www.uaib.com.ua/aktual-kua/fin-monit/278543 (дата звернення: 10.11.2020).

14. Криптовалюта под контролем: что нас ждёт после введения новых правил финансового мониторинга в Украине? *Liga Бізнес :* вебсайт. URL: https://biz.ligazakon.net/ru/analitycs/194740_kriptovalyuta-pod-kontrolem-chto-nas-zhdyot-posle-vvedeniya-novykh-pravil-finansovogo-monitoringa-v-ukraine (дата звернення: 10.11.2020).

15. Легализация блокчейна: как в мире регулируют криптовалюты и когда это произойдет в Украине. *Delo.ua :* вебсайт. URL: https://delo.ua/econonomyandpoliticsinukraine/legalnyj-blokchejn-kak-v-mire-regulirujut-oborot-371626/ (дата звернення: 10.11.2020).

16. Цифровізація – один із головних векторів розвитку економіки в наступні 10 років. *Міністерство та Комітет цифрової трансформації України :* вебсайт. URL: https://thedigital.gov.ua/news/tsifrovizatsiya-odin-z-golovnikh-vektoriv-rozvitku-ekonomiki-u-nastupni-10-rokiv (дата звернення: 10.11.2020).

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/52

PRO VS CONTRA РЕКОДИФІКАЦІЇ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

PRO VS CONTRA RECODIFICATION ECONOMIC LEGISLATION OF UKRAINE

Шемет У.Р., студентка III курсу
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Тимченко Л.М., к.ю.н.,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті розглянуто питання взаємного існування Цивільного та Господарського кодексів України та можливих негативних наслідків їх одночасного застосування. Доведено, що загострення тривалої дискусії між представниками цивільного та господарського права відбулося у зв'язку з ідеями реформування національного законодавства у сфері господарювання.

Розглядаючи пропозиції цивілістів щодо необхідності скасування Господарського кодексу України, необхідно звернути увагу на реакцію представників школи господарського права, на думку яких відбувається дискредитація науки господарського права та викривлення досвіду правового забезпечення економічних публічних відносин у країнах Європейського Союзу. Тому формула рекодифікації цивільного законодавства зводиться до декодифікації господарського законодавства.

Здійснено огляд основних етапів розвитку галузевого законодавства відповідно до систематизації формування ринкової економіки незалежної країни. Встановлено, що у початковий період відбувся перехід від планової економіки до ринкових відносин, було започатковано підготовчий процес до систематизації господарського законодавства України. Подальші етапи були пов'язані з його удосконаленням і кардинальним реформуванням, що зумовило системне кодифіковане правове забезпечення господарської діяльності у країні.

Наведено наукові аргументи представників школи господарського права щодо безпідставності ідеї про скасування Господарського кодексу України. Зосереджено увагу на необхідності подальшого розвитку процесу систематизації, кодифікації, модернізації відповідного законодавства. Вказано на те, що пріоритетним напрямом сучасних наукових досліджень є реформування (рекодифікація) господарського законодавства, розробка його принципів та умов реалізації. У цьому процесі важливо розуміти необхідність забезпечення взаємодії правових норм, інститутів, галузей законодавства та кодексів. Потрібна активна робота з поглиблення кодифікації господарського законодавства, розширення положень Господарського кодексу України та його наповнення дієвими нормами.

Сучасна наукова думка представників господарського права схиляється до необхідності спрямовувати зусилля на правове забезпечення оптимального поєднання державного регулювання економіки та ринкової саморегуляції. Цьому має сприяти Господарський кодекс України, оновлення норм якого зумовлено урахуванням потреб економічного розвитку та євроінтеграційних напрямів держави.

Ключові слова: рекодифікація господарського законодавства, Господарський кодекс України, модернізація, господарське законодавство, економічні відносини.

The article considers issues of mutual existence on the Civil and Economic Codes of Ukraine and possible negative consequences of their simultaneous application. It is proved that the aggravation of the long discussion between representatives of civil and economic law took place in connection with the ideas of reforming the national legislation in the sphere of management. Considering the proposals of civilians on the need to repeal the Economic Code of Ukraine, attention was drawn to the reaction of representatives of the school of economic law, whom thinks that these proposals discredits the science of economic law and distorts the experience of legal support of economic public relations in the European Union.

Therefore, the formula for recoding civil law is reduced to decoding economic law. An overview of the main stages of development of sectoral legislation in accordance with the systematization of the market economy of an independent country. Thus, it was established that in the initial period there was a transition from a planned economy to market relations and a preparatory process for the systematization of economic legislation of Ukraine was initiated.

Subsequent stages were associated with its improvement and radical reform, which led to a systematic codified legal support of economic activity in the country. The scientific arguments of the representatives of the school of economic law the groundlessness of the idea of repealing the Economic Code of Ukraine are given. Attention is focused on the need for further development of the process of systematization, codification, modernization of relevant legislation.

In particular, it is pointed out that the priority of modern research is the reform (recodification) of economic legislation, the development of its principles and conditions of implementation. In this process, it is important to understand the need to ensure the interaction of legal norms, institutions, areas of legislation and codes. Active work is needed to deepen the codification of economic legislation, expand the provisions of the Economic Code of Ukraine and fill it with effective norms.

Modern scientific thought of the representatives of economic law is inclined to the need to focus efforts on the legal provision of the optimal combination of state regulation of the economy and market self-regulation. This should be facilitated by the Economic Code of Ukraine, the updating norms of which is based on the needs of economic development and European integration of the state.

Key words: recodification of economic legislation, Economic Code of Ukraine, modernization, economic legislation, economic relations.

Постановка проблеми. Питання кодифікації законодавства завжди належали до актуальних проблем, вирішення яких протягом суспільно-політичного розвитку незалежної України було цілком виправданим процесом в умовах назрілих законодавчих змін. Рухливість як соціальних реалій, так і відповідних правових форм зумовлює

необхідність правової визначеності, потребу в якій відчувають усі складники суспільства.

Багаторічна дискусія між науковими представниками цивільного та господарського права набула свого чергового загострення у зв'язку з ідеями рекодифікації (оновлення) як цивільного, так і господарського законодавств. Нині це питання є предметом широкого наукового обговорення на сторінках юридичних видань, на юридичних форумах. Важливість досліджуваної проблеми зумовлена пошуком такої ефективної моделі взаємодії держави і суб'єктів господарювання, яка б відповідала потребам нинішнього соціально-економічного стану країни.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливий внесок у розробку наукових положень щодо розвитку та реформування господарського законодавства України внесли провідні вчені В.К. Мамутов, О.П. Подцерковний, В.І. Полюхович, В.А. Устименко, В.С. Щербина та інші. Проблеми створення та поетапного розвитку господарського права досліджено у наукових роботах Ю.І. Остапенко, П.Г. Скрипника. Важливе місце у працях згаданих вчених посідають аргументи щодо безпідставності ідеї про скасування Господарського кодексу України.

Метою статті є висвітлення проблемних аспектів у контексті дискусії між представниками наукових шкіл цивільного і господарського права щодо доцільності реформування (рекодифікації) господарського законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Реально існуючі проблеми суспільства зумовлюють розширення відповідних сфер суспільних відносин, які вимагають певного правового регулювання. Це стає поштовхом до виникнення та функціонування нових галузей права. У свій час самостійною, комплексною галуззю стало господарське право, в історії якого кодифікаційний процес господарського законодавства відіграє неабияку роль у розвитку соціально-економічної політики держави та модернізації сфери господарювання.

Досвід країн континентальної Європи вказує на історичну тривалість виокремлення господарських відносин зі сфери цивільно-правового регулювання в окрему галузь правового регулювання та на його реалізацію на теоретичному рівні шляхом обґрунтування вчення про дуалізм приватного права, а на практиці прийняттям низки торгових чи комерційних кодексів, у яких зазначається про поєднання приватноправового та публічно-правового регулювання.

На думку вчених, це зумовлено наявністю специфічного предмету правового регулювання та «вимагає відповідного комплексу методів регулювання, що поєднує як цивільно-правовий метод рівності сторін, так і метод адміністративного примусу» [1, с. 118]. Така позиція використовується представниками школи господарського права в якості контраргументу представникам цивілістичного підходу, які наголошують на неможливості існування комплексних галузей права, що поєднують у собі взаємовиключні (на їхній погляд) методи правового регулювання.

Вказуючи на таку важливу особливість континентальної законодавчої традиції як свідоме прагнення до систематизації, науковці у сфері господарського права ухвалення Господарського кодексу України (далі – ГКУ) визнають «усвідомленим кроком з боку держави, адекватною реакцією на складні економічні процеси», які виключно цивільно-правовими або адміністративно-правовими методами не можливо упорядкувати [2, с. 4–5]. Так, формування господарського законодавства у період набуття Україною незалежності відбувалося в умовах складної взаємодії суспільства, держави, економіки та права, а процес переходу від планового господарювання до запровадження ринкових відносин вплинув на зміст відносин господарювання, на самі соціально-економічні відносини та на зміст їх нормативного регулювання [3, с. 172].

Наукове дослідження Ю.І. Остапенко щодо впливу інтеграційних і глобалізаційних процесів та інших внутрішніх і зовнішніх чинників на розвиток нормотворчої діяльності держави у сфері господарсько-правового регулювання за часів незалежності України виокремило такі етапи законодавчого забезпечення економічних відносин:

1) початковий, перехідний період (1991-1993 рр.), завданням якого стало розроблення науково обґрунтованої соціально-економічної політики, програми стратегічних і тактичних дій держави, а також формування основних інститутів ринкової економіки та правового забезпечення господарської діяльності.

До інноваційних трансформацій цього періоду належить модернізація інституту власності; поява такого господарсько-правового елементу як приватизація, інституалізація підприємницької діяльності та підприємства як ключового процесу в ринковій економіці; створення правових основ інституту державного регулювання підприємницької діяльності – правових заходів захисту економічної конкуренції чи антимонопольного законодавства; закладення законодавчих основ інституту банкрутства; поява інституту інвестиційної діяльності та інституту правового забезпечення зовнішньоекономічної діяльності; розпочато процес вступу до СОТ; важливим суб'єктом господарської діяльності стає товарна біржа; закладаються основи такого інституту господарсько-правового законодавства, який регулює ринок цінних паперів; одним із головних суб'єктів господарського права стає банк як кредитна установа та інститут банківського права; започатковано інститут страхування [3, с. 174–179];

2) завданням другого періоду (1993-1998 рр.) стало визначення та унормування складної системи господарських відносин, пошук і впровадження більш сучасних ринкових правових засобів, прогресивних методів і форм регулювання, реалізації та реформування господарських процесів. У межах цього періоду була здійснена робота із систематизації та реформування господарського законодавства щодо конкретних галузей економіки, розпочато процес інтеграції до світового ринку торгівлі.

Підвищення рівня законодавчого забезпечення ринкових відносин відбувалося паралельно з процесами лобіювання інтересів галузевих монополістів, приватних впливових груп за допомогою їх власного представництва у вищих органах державної влади. Проекти законодавчих змін розглядалися як «інструмент зламу господарського порядку та зміни його так званим вільним підприємством», відповідно до якого інтереси олігархічних угруповань превалюють над приватними та публічними інтересами народу України.

З огляду на зазначене, науковець умовно цей період називає приватизаційно-олігархічним. Розглядаючи історію розвитку господарського права у цей період, Ю.І. Остапенко зосереджує увагу на формуванні більш окреслених та урегульованих господарських відносин, які можна визначити як структуровану галузево-комплексну систему економічних і правових норм, що регулюють різні галузі національної економіки [4, с. 124–130];

3) у період кардинального реформування (1998-2014 рр.) набуває розвитку тенденція до посилення публічних засад у правовому забезпеченні економіки, публіцизації правового регулювання господарської діяльності. Це стало важливим фактором посилення суспільного характеру виробництва, збільшення масштабів національних, транснаціональних, наднаціональних господарських організацій, що «підвищує вимоги як до змісту правового регулювання господарської діяльності, так і до його форми». Тому нагальним постало питання щодо підготовки проекту кодифікованого акту, який би регулював як підприємницьку, так і господарську діяльність [5, с. 101–103].

При розробці та прийнятті ГКУ бралися до уваги необхідність забезпечення в системі правового регулювання

господарської діяльності взаємодії державного регулювання економіки й ринкової саморегуляції, встановлення чітких і прозорих «правил гри» в економіці. Вітчизняні науковці у сфері господарського права пишаються тим, що ухвалений 16.01.2003 (набув чинності 01.01.2004) ГКУ став об'єктом уваги з боку закордонних вчених і практиків, він перекладений кількома мовами та визнаний «інноваційною частиною законодавства» [2, с. 5; 6, с. 4]. Корисним результатом розробки й прийняття ГКУ стала систематизація численних нормативних актів, які регламентують господарську діяльність, шляхом не лише утворення самого кодексу як системоутворюючого закону, але й шляхом формування на його основі ґрунтовних науково-практичних коментарів [6, с. 5].

Здійснивши моніторинг законодавства України, фахівці констатують наявність двох тенденцій: зміст нормативно-правових актів не відповідає економічним процесам, які швидко змінюються, а спроби унормувати ці процеси в економіці призводять до неконтрольованого зростання кількості нормативно-правових актів [7, с. 42]. Той факт, що масив господарського законодавства все ще налічує багато інших нормативних актів, вказує на необхідність його поетапної кодифікації.

Так, Концепція модернізації господарського законодавства на базі Господарського кодексу розкриває зміст роботи з розширення та поглиблення кодифікації: передбачається консолідація нормативних актів, які належать до всіх інститутів господарського права; зведення їх у єдині акти з розділами та главами ГКУ, які пропонується поступово поповнювати найбільш важливими нормами та посиланнями на закони чи постанови уряду, зміст яких не перенесений до тексту ГКУ.

Ідея кодифікації норм господарського права є цілком зрозумілою, виправданою та підтримується багатьма країнами світу. Відповідно до цієї традиції складалися кодекси, які регулюють господарські (комерційні, торговельні) відносини в Австрії, Італії, Німеччині, Польщі, Франції, Чехії та інших країнах. Для більшості західних країн характерна модель окремої кодифікації норм. Крім того, поступове оновлення законодавства відбувається шляхом рекодифікації.

Одночасно з ГКУ у 2003 році було ухвалено нову редакцію Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), в якому дієвість закладеної наукової концепції дала підстави цивілістам розглядати ЦКУ «не тільки в якості стрижневого акту цивільного законодавства, але й як необхідний чинник функціонування ринкового суспільства і формування держави» [8, с. 52]. Свій спільний багаторічний шлях заснування обидва кодекси пройшли серед невгамовних суперечок між цивілістами та господарниками стосовно співіснування ЦКУ та ГКУ: перші наголошують на необхідності скасування Господарського кодексу, сприймаючи його як «антиринковий акт із загальною спрямованістю на знищення всієї системи права» [9, с. 38], «плацдарм для проведення жахливого правового експерименту» [10, с. 18].

Звертаючись до судової практики, цивілісти наводять приклади «патових» ситуацій, у яких опиняються національні суди, оскільки велика кількість норм приватного права ГКУ має інший зміст і термінологічне оформлення, ніж розроблені для аналогічних ситуацій положення ЦКУ. Тому суди змушені в одних випадках керуватися принципом співвідношення загального (ЦКУ) і спеціального (ГКУ) актів. В інших випадках, коли в умовах конкуренції окремих норм цих кодексів спеціальні норми ГКУ ставилися під сумнів, перевага при вирішенні колізій надавалася нормам ЦКУ [8, с. 58].

На тлі пропозицій і спроб наукового обґрунтування з боку цивілістів доцільності рекодифікації цивільного законодавства України звертає на себе увагу реакція представників школи господарського права, на думку яких відбувається дискредитація науки господарського права та викривлення досвіду правового забезпечення економічних публічних відносин у країнах ЄС. За висновком останніх, формула рекодифікації цивільного законодавства зводиться до декодифікації господарського законодавства, а розширення предмету ЦКУ (вміщення сімейних, міжнародно-правових, підприємницьких, корпоративних та інших правовідносин) є необґрунтованим. Крім того, прийняття закону про основні засади господарської діяльності є неприйнятним через великий масив господарського законодавства.

У доктрині господарського права тривалий час стверджувалося, що в господарській діяльності об'єктивно поєднані приватні та публічні інтереси. Долучаючись до дискусії щодо необхідності поєднання і забезпечення оптимального співвідношення приватних і публічних інтересів, академік України В.К. Мамутов наполегливо наголошував на загальносвітовій тенденції відокремленого від цивільних кодексів регулювання професійної господарської діяльності [6, с. 9]. На думку вченого, практика уже давно засвідчила неспроможність доктрини невтручання держави у «приватноправові» (на думку цивілістів) відносини та відповідні до неї рекомендації [6, с. 10]. Науковці-господарники впевнені, що врегулювання усіх майнових відносин у галузі економіки виключно з приватноправових позицій призводить до руйнівних наслідків, оскільки спричиняє втрату інтересів держави. Захист державних національних інтересів забезпечується саме з позицій публічно правових засад, на яких і базується Господарський кодекс України [11, с. 26].

З огляду на швидкий розвиток сфери суспільних відносин (особливо в сфері економіки) представники науки господарського права усвідомлюють необхідність модернізації господарського законодавства шляхом виявлення і осмислення новітніх процесів і тенденцій, які сприятимуть формуванню, еволюції та трансформації сучасного господарського законодавства [7, с. 42].

Серед докорінних змін, яких потребує чинна редакція розділу І Господарського кодексу України «Основні засади господарської діяльності», В.І. Полюхович виокремлює необхідність закріплення оновленого термінологічно-понятійного апарату, корекцію окремих формулювань загальних положень кодексу (наприклад, щодо уточнення назв і формулювання змісту господарсько-виробничих, організаційно-господарських і внутрішньогосподарських відносин). Наявність певних недоліків юридичної термінології та техніки, як зауважує науковець, сприяє критиці з боку опонентів та їхнім намаганням звести господарське право до меж правового інституту в межах цивільного права [1, с. 119]. Підставами для критики слугує «зайва бланкетність» тексту ГКУ та «надмірно загальний декларативний характер» окремих його норм, що принижує його регулятивну роль і функціональність [1, с. 120].

Цікавою з точки зору відповідності оновленому змісту кодексу та привернення суспільної уваги до нормотворчого процесу є пропозиція зі зміни назви нормативного акту. Звертаючись до європейської правової практики, науковець вказує на традиційне вживання для кодексів господарсько-правової спрямованості назви «торговельний» або «комерційний». Однак за семантичною властивістю охопити усі сфери суспільних відносин можна назвою «Економічний кодекс України» [1, с. 120].

Висновки. Сучасний стан правового регулювання господарських відносин характеризується низкою таких проблем, вирішити які виключно в рамках рекодифікації цивільного законодавства не є можливим. Нині важливо усвідомлювати, що система права – це не лише диференціація або розмежування норм. Важливішим питанням є вирішення проблеми взаємодії правових норм, інститутів, галузей законодавства, кодексів. Намагаючись під-

вищити якість регулювання суспільних відносин (у тому числі економічних), представники науки цивільного та господарського права висловлюють свої бачення, пропонують різні шляхи вирішення проблемних питань. Цей процес потребує налагодження конструктивної роботи з представниками кожної сторони за умови уникнення ідеологічного диктату, статусної зверхності чи наукових амбіцій. Сучасні реалії диктують новітні умови розвитку і економіки, і правотворчості. Існуючий величезний масив наукових і експертних досліджень потребує адекватної правової та суспільної оцінки.

На нашу думку, пропозиції щодо скасування ГКУ аж ніяк не узгоджуються з європейськими правовими стандартами та здебільшого суперечать правотворчій практиці багатьох європейських країн. Вважаємо, що пріоритетним напрямом реформування господарського законодавства залишається його модернізація та подальша адаптація до економічного законодавства ЄС.

ЛІТЕРАТУРА

1. Полюхович В.І. До питання про реформування (рекодифікацію) господарського законодавства України. *Підприємництво, господарство і право.* 2019. Вип. 11. С. 117–122.
2. Устименко В.А., Джабраілов Р.А. Господарський кодекс України як здобуток вітчизняної наукової думки (до 25-ої річниці Інституту економіко-правових досліджень НАН України). *Економіка та право.* 2017. Вип. 2(47). С. 4–10.
3. Остапенко Ю.І. Становлення господарського права та законодавства України на початковому етапі її незалежності. *Економічна теорія та право.* 2015. Вип. 3(22). С. 172–183.
4. Остапенко Ю.І. Розвиток господарського законодавства України на другому етапі вітчизняних економічних реформ. *Економічна теорія та право.* 2015. Вип. 4(23). С. 122–135.
5. Остапенко Ю.І. Третій етап розвитку господарського законодавства України: його систематизація. *Економічна теорія та право.* 2016. Вип. 1(24). С. 100–112.
6. Мамутов В.К. Хозяйственный кодекс Украины – основа правового обеспечения экономики. *10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації* : зб. доповідей наук.-практ. конф. (14 листопада 2014 року, м. Київ). Одеса : «Юридична література», 2014. С. 3–14.
7. Зельдіна О.Р. Поняття та напрями модернізації господарського законодавства. *Перші наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова* : матеріали круглого столу 8 лютого 2019 року. Київ, 2019. С. 42–46.
8. Кузнєцова Н.С., Довгерт А.С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України.* 2014. Вип. 1. С. 51–67.
9. Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. Вип. 1. С. 27–41.
10. Довгерт А. Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права. *Право України.* 2009. Вип. 8. С. 15–19.
11. Демченко С.Ф. Про основні засади та значення кодифікації господарського законодавства. *10 років застосування Господарського кодексу України: сучасний стан та перспективи вдосконалення кодифікації* : збірник доповідей наук.-практ. конф. (14 листопада 2014 року, м. Київ). Одеса : «Юридична література», 2014. С. 25–31.

УДК 347.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/53

ЕЛЕКТРОННА КОМЕРЦІЯ ТА ЇЇ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

E-COMMERCE AND ITS LEGAL REGULATION

Юдін В.Ю., аспірант
Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова
Національної академії наук України

Останнім часом світ бурхливо переживає черговий бум – зсунення акцентів із комунікаційної та інформаційно-пошукової функцій глобальної комп'ютерної мережі Інтернет на ведення з її допомогою сучасного бізнесу. Комунікаційні технології змінюють сутність бізнес-моделей – базових процесів створення продуктів і послуг виробниками та надання їх кінцевим споживачам. Будь-яка ділова активність, яка використовує можливості глобальної інформаційної мережі для модифікації внутрішніх і зовнішніх зв'язків фірми з метою створення прибутку, охоплюється поняттям «електронна комерція».

Саме інформаційна сфера є джерелом нових ідей в організації та веденні бізнесу, менеджменту, нових організаційних рішень тощо. За темпами зростання вона посідає одне з перших місць у світі. Для неї є характерним стрімке економічне зростання або банкрутство, миттєве збагачення, нетрадиційні методи та підходи до вирішення економічних проблем. Тому вивчення закономірностей, застосовуваних методів і прийомів є надзвичайно важливим.

Вирішення завдань реформування економіки України та інтеграції національного ринку у світову економічну систему потребує впровадження сучасних інформаційних систем і технологій у діяльність вітчизняних компаній. Стан і розвиток електронної комерції здебільшого визначають темпи наближення країни до побудови інформаційного суспільства, що створює підґрунтя для прискорення інтеграції її економіки у світову. Тому проблема розвитку електронної комерції в Україні є дуже актуальною.

У статті була проаналізована діюча нормативно-правова база, яка регламентує діяльність підприємств електронної комерції та ведення ними бухгалтерського обліку з метою визначення напрямів її подальшого удосконалення. Під час дослідження було використано методи систематизації та узагальнення під час розгляду низки нормативно-правових актів, які регламентують діяльність підприємств електронної комерції в Україні. Також розглянуто проблеми правового регулювання електронної комерції в Україні в рамках господарських відносин. Проаналізовано поняття, особливості та проблеми застосування електронної комерції, на основі чого окреслено проблеми та перспективи нормативного регулювання зазначеної сфери.

Ключові слова: електронна комерція, електронна торгівля, господарська діяльність, інформаційно-комунікаційні технології.

Recently, the world is experiencing another boom – the shift of emphasis from the communication and information retrieval function of the global computer network Internet to conducting modern business with its help. Communication technologies change the very essence of business models – the basic processes of creating products and services by manufacturers and providing them to end users. Any business activity that uses the capabilities of the global information network to modify the internal and external links of the firm for profit is covered by the concept of e-commerce.

The information sphere is the source of new ideas in the organization and conduct of business, management, new organizational decisions, etc. In terms of growth, it ranks one of the first places in the world. It is characterized by rapid economic growth or bankruptcy, instant enrichment, non-traditional methods and approaches to solving economic problems. Therefore, the study of patterns, methods and techniques used is extremely important.

Solving the problems of reforming the economy of Ukraine and integrating the national market into the world economic system requires the introduction of modern information systems and technologies in the activities of domestic companies. The state and development of e-commerce largely determine the pace of the country's approach to building an information society, creates a basis for accelerating the integration of its economy into the world. Therefore, the problem of e-commerce development in Ukraine is definitely relevant.

In this regard, the current legal framework governing the activities of e-commerce enterprises and their accounting in order to determine areas for further improvement was analyzed. In the course of the research, the methods of systematization and generalization were used during the consideration of a number of normative legal acts regulating the activity of e-commerce enterprises in Ukraine. In addition, the article considers the problems of legal regulation of e-commerce in Ukraine in the framework of economic relations. The concepts, features and problems of e-commerce application are analyzed, on the basis of which the problems and prospects of normative regulation of the specified sphere are outlined.

Key words: e-commerce, e-commerce, economic activity, information and communication technologies.

Постановка проблеми. Епоха динамічного розвитку інформаційно-комунікаційних технологій, однією з яких є інтернет, призвела до виникнення віртуального простору – особливого електронного середовища взаємодії, в якому будь-які дії з інформацією вчиняються за допомогою цифрових сигналів. Такі значні перетворення спричинили суттєві зміни майже в усіх сферах, пов'язаних із інформаційним обміном, не залишивши осторонь і систему організації та здійснення комерційної діяльності. Порівняно з традиційною господарською діяльністю робота з використанням інформаційно-комунікаційних технологій має певну специфіку, тому для її виокремлення був запроваджений термін «електронна комерція» (англ. "e-commerce"), або «електронна торгівля» [1].

У більшості країн світу електронна комерція набула значного поширення і відкрила неймовірні можливості для бізнесу та розвитку економіки. Щорічно глобальний ринок електронної комерції зростає. Це пов'язано з тим, що інформаційні технології відіграють все більшу роль у житті сучасної людини. Активний розвиток електронної комерції, яка для вітчизняного права є новою сферою суспільних відносин, породив велику кількість теоретичних і практичних проблем. Так, юридичні механізми, які були створені для регулювання традиційної підприємницької діяльності, виявилися непридатними для регламентації правовідносин, що виникли з появою інтернету.

Отже, дослідження і вирішення проблем правового регулювання у сфері онлайн-торгівлі нині, безумовно, має велике практичне значення, оскільки взаємодія між суб'єктами господарювання постійно змінюється у зв'язку зі змінами, пов'язаними з розвитком економічних і суспільних явищ. Починаючи з кінця XX століття, визначальним чинником, який змінив тип взаємовідносин в економіці та суспільстві, стало виникнення та розповсюдження мережі Інтернет.

Електронна комерція в Україні є найбільш урегульованим на законодавчому рівні видом бізнесу, який здійснюється в електронному середовищі. Нормативно-правовим актом, що визначає організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції в Україні, встановлює порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем, визначає

права і обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції, є Закон України «Про електронну комерцію» № 675-VIII від 03.09.2015. Незважаючи на високу оцінку зазначеного нормативного акту серед представників онлайн бізнесу, він не зміг охопити усі аспекти електронної комерції, які потребували регламентації до його прийняття, і має бути доповнений іншими нормативно-правовими актами, необхідними для розвитку та успішного функціонування електронної комерції в Україні [2].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Враховуючи високий рівень актуальності наукових досліджень у сфері вивчення особливостей існування електронної комерції, її дослідження знаходиться в центрі уваги значної кількості вітчизняних і зарубіжних вчених. Так, правові засади функціонування електронної комерції розглядаються в роботах Д. Артеменко, *У.* Балик, Ю. Борисова, М. Дутова, В. Желіховського, Н. Костова, О. Мельник, В. Рєзнікова та інших науковців.

Метою статті є дослідження проблем та особливостей діючої нормативно-правової бази, яка регламентує діяльність підприємств електронної комерції з метою визначення напрямів її подальшого удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Проблема правового забезпечення електронної комерції виходить далеко за межі однієї країни, тому світове співтовариство зосереджує увагу на уніфікації та гармонізації законодавства на регіональному (в рамках ЄС, СНД, СОТ) та міжнародному рівнях, сприяючи розробці єдиних принципів і положень. Такий підхід необхідно вважати правильним, оскільки фактично інтернет не належить до суспільних відносин. Технічно інтернет є сукупністю комп'ютерів, об'єднаних мережею, які використовуються для зберігання та передачі інформації. Проте правові відносини можуть виникати під час використання мережі Інтернет.

Особливістю таких правовідносин є те, що вони здебільшого носять екстериторіальний характер. Одностороннє застосування державою правових норм, які регулюють подібні відносини, без урахування досвіду міжнародної практики та законодавства інших країн буде неефективним. Інтернет не прив'язаний до певної території, а має глобальний, екстериторіальний характер, тому, як небезпідставно наголошують деякі вчені, одностороннє застосування державою правових норм, які регулюють подібні відносини, без урахування досвіду міжнародної практики та законодавства інших країн буде неефективним, а при здійсненні трансграничних електронних правочинів у деяких випадках взагалі зробить їх вчинення не можливим [3].

Існують окремі недоліки нормативно-правового регулювання господарської діяльності підприємств, які працюють у галузі електронної комерції в Україні, та нормативної регламентації економічної діяльності, зокрема, частково пов'язані із кодифікованою системою правотворчості, що використовується в Україні. Для того, щоб проводити зміну системи законотворчої діяльності в Україні у цьому контексті, необхідно долучити до дискусій та участі у законотворчому процесі щодо вказаної вище сфери діяльності підприємства в електронному середовищі, організації, які будуть сформовані із представників підприємств, що працюють у галузі електронної комерції, а також представників громадськості для ініціювання розробки законопроектів, які відповідатимуть на запити електронної комерції та суспільства.

Конституцією України (ст. 42) визначено право кожного на здійснення підприємницької діяльності, що не заборонено чинним законодавством. Підприємницька діяльність здійснюється на умовах конкуренції, яка знаходиться під захистом держави. Крім захисту інтересів підприємців, держава забезпечує захист прав споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт.

Різні аспекти діяльності підприємств, які працюють в електронному середовищі, було урегульовано окремими нормами, викладеними в кодексах і законах України, зокрема Господарським кодексом України № 436-IV від 16.01.2003, в якому визначено порядок взаємодії між підприємцями та споживачами, які виникають у мережі Інтернет. Положеннями Податкового кодексу України № 2755-VI від 02.12.2010 закріплено вимоги щодо оподаткування підприємств, які працюють в електронному середовищі, та встановлено певні обмеження щодо застосування спрощеної системи оподаткування. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 визначає основні засади організації діяльності інтернет-магазинів на підставі ототожнення їх діяльності з діяльністю торгівельних підприємств, які здійснюють торгівлю за зразками. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 05.04.2010 визначає види злочинів, які можуть бути здійснені в онлайн-середовищі, та відповідальність за їх скоєння.

Регламентація вказаних відносин ґрунтувалася і на нормах нормативно-правових актів, положення яких лише фрагментарно регулювали окремі питання електронної комерції. З прийняттям Закону України № 675-VIII від 03.09.2015 «Про електронну комерцію» багато питань, пов'язаних із цією діяльністю, були вирішені. Саме цим нормативно-правовим актом вирішувалася низка моментів, пов'язаних з електронною торгівлею [4], ним було закріплено електронну комерцію як галузь економіки та визначено її особливості.

Як слушно зазначає Н. Костова, прийняття закону у сфері електронної комерції – це подія, яку учасники ринку електронної комерції чекали роками. Цей нормативний акт, зокрема, регулює порядок здійснення операцій в електронному вигляді. Експерти переконані, що цей акт виведе бізнес із сірої зони економіки і стимулюватиме інвесторів вкладати кошти у цей сектор, оскільки останніми роками іноземні інвестори взагалі не зацікавлені у розвитку власного бізнесу в Україні [5, с. 45].

Однією з переваг Закону України «Про електронну комерцію» є визначення переліку суб'єктів господарювання, які беруть участь у господарській діяльності в сфері електронної комерції, що включає суб'єктів електронної комерції (продавці, постачальники, виконавці та покупці, замовники, споживачі), постачальників послуг проміжного характеру в інформаційній сфері, органи державної влади та органи місцевого самоврядування в частині виконання ними функцій держави або місцевого самоврядування.

Нині у науковій літературі поняття електронної комерції розглядається в багатьох роботах. Так, Т. Тардаскіна, Є. Стрельчук, Ю. Терешко вважають, що електронна комерція (e-commerce) – це вид електронної комерційної діяльності – продаж, здача в оренду, надання ліцензій, постачання товарів, послуг або інформації з використанням інформаційних комунікаційних технологій [6, с. 33]. У. Балик, М. Колісник зауважують, що електронна комерція (e-commerce, інтернет-торгівля, електронна торгівля) – це широкий набір інтерактивних методів ведення діяльності з надання споживачам товарів і послуг [7, с. 12]. Л. Гармідер, А. Орлова під терміном «електронна комерція» розуміють таку форму постачання продукції (товарів і послуг), за якої вибір або замовлення товарів здійснюється через комп'ютерні мережі, а розрахунки між покупцем і постачальником відбуваються з використанням електронних документів і/або засобів платежу.

Електронна комерція – це виробництво, поширення, маркетинг, продаж або доставка товарів і послуг електронним способом [8, с. 59]. В. Желіховський пропонує електронну комерцію розглядати як систему взаємовідносин у сфері здійснення обміну даними (електронними документами) та інформацією між суб'єктами господарювання з використанням глобальної мережі Інтернет [9, с. 9]. В Законі України «Про електронну комерцію» зазначено,

що електронна комерція – відносини, спрямовані на отримання прибутку, які виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, внаслідок чого в учасників відносин виникають права та обов'язки майнового характеру [4].

Відповідно до ст. 263 ГК України господарсько-торговельною є діяльність, яка здійснюється суб'єктами господарювання у сфері товарного обігу, спрямовується на реалізацію продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання, а також допоміжна діяльність, яка забезпечує їх реалізацію шляхом надання відповідних послуг [10 ГК]. З урахуванням розвитку електронної комерції та законодавчого регулювання цієї сфери суспільних відносин деякі науковців вважають необхідним внесення змін до зазначеної статті і доповнення її окремим пунктом, у якому до господарсько-торгівельної діяльності було б віднесено і електронну комерцію [11, с. 9].

На думку О. Білого, коректним було б віднесення до господарсько-торгівельної діяльності лише електронної торгівлі [12, с. 124]. Можна погодитися із В. Рєзніковою в тому, що електронна комерція як діяльність має характер господарської, тому що є діяльністю суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованою на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт або надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 ГК України). Однак вона визначається через різні суспільні відносини, які складаються при її провадженні.

В. Рєзнікова справедливо зазначає, що у регулюванні електронної комерції з позицій права проблемним є вибір механізму регулювання електронної комерційної діяльності, оскільки, наприклад, кваліфікація торгівлі через мережу Інтернет як «торгівлі за зразками» чи «дистанційної торгівлі» впливатиме на визначення переліку товарів, які можна продавати через мережу Інтернет суб'єкту господарювання, а також на вибір тих правових механізмів, засобом яких можна організувати здійснення відповідної діяльності [13]. О. Мельник зазначає, що електронна комерція є складником цифрової економіки. Нині вона також є і розвиненою та втіленою у життя сферою цифрової економіки [14].

Враховуючи наведені трактування, пропоную розглядати електронну комерцію як сферу цифрової економіки та вид господарської діяльності, що включає усі фінансові та торгові транзакції, які проводяться за допомогою комп'ютерних мереж, і бізнес-процеси, пов'язані з проведенням цих транзакцій.

Поняття «е-комерція» ширше, ніж поняття «електрона торгівля» (далі – ЕТ), оскільки воно охоплює усі види електронної і комерційної діяльності. Це обмін матеріальних або віртуальних товарів / послуг на гроші (електронні) між об'єктами комерційної діяльності в мережі Інтернет, при чому весь цикл комерційної трансакції або її частина здійснюється електронним способом. Електронна комерція може відбуватися між суб'єктами підприємництва під час виробництва і продажу товарів (бізнес-бізнес), між суб'єктом підприємництва і споживачем, під час продажу і розповсюдження товарів (бізнес-споживач), між двома споживачами (споживач-споживач) [6, с. 33].

У зв'язку зі специфічним характером інституту електронної комерції важливим є визначення суспільних відносин, які належать до цієї сфери. Так, електронна комерція включає три групи суспільних відносин: 1) відносини, пов'язані з укладанням угод в сфері господарювання з використанням мережі електрозв'язку; 2) відносини, пов'язані з використанням і обміном електронними документами; 3) відносини, пов'язані з використанням електронних підписів [15, с. 782].

З огляду на специфічний характер суспільних відносин, які входять до сфери електронної комерції, на практиці виникає низка проблемних моментів. Серед основних можна виділити такі: проблема індивідуалізації суб'єктів; складнощі у підтвердженні отримання акцепту, переданого з використанням інформаційних мереж; проблема визначення законодавства, яке застосовується у зв'язку з транснаціональним характером електронної комерції; відсутність чіткої міжнародної уніфікації положень у сфері електронної комерції; специфічний характер правовідносин; швидкий розвиток інформаційних технологій, що ускладнює оперативне правове реагування і внесення відповідних змін до законодавства [15, с. 782].

У навчальному посібнику «Електронна комерція» колективу авторів Одеської національної академії зв'язку ім. О. Попова розглядаються моделі електронної комерції, які підрозділяються залежно від учасників та їх взаємин:

1) B2B (бізнес для бізнесу) – сектор взаємодії між юридичними особами та організаціями;

2) B2C (бізнес для споживача) – сектор взаємодії між юридичними і фізичними особами;

3) B2G (бізнес для уряду) – сектор взаємодії між юридичними особами і державними організаціями;

4) C2C (споживач для споживача) – сектор взаємодії між фізичними особами;

5) G2C (уряд для споживача) – сектор взаємодії між державними організаціями і фізичними особами.

Суб'єкт, визначений першою літерою абревіатури, виступає як продавець або сторона, яка надає послуги. C2B, G2G, C2G, G2B включають тих самих учасників, відрізняючись лише характером їхньої взаємодії [6, с. 45]. Розглянувши моделі електронної комерції, поділені на сектори, можна зробити висновок, що в цьому випадку Закон України «Про електронну комерцію» потребує удосконалення в рамках діяльності суб'єктів, які працюють в електронному середовищі.

Серед позитивних нововведень Закону «Про електронну комерцію» слід виділити такі: узаконено принципи електронної комерції; наведено тлумачення основних термінів; введено положення про учасників електронної комерції та визначено їх правовий статус; на покупця продукції через інтернет розповсюджено правовий режим Закону України «Про захист прав споживачів»; викладено права та обов'язки сторін; наведено вимоги щодо інформації про об'єкти торгівлі; детально регламентовано процедуру укладення електронних правочинів; введено положення про захист персональних даних.

Підходи до здійснення господарської діяльності у сфері електронної комерції, наведені в Законі України «Про електронну комерцію», відповідають загальноприйнятим європейським стандартам у галузі ведення підприємницької діяльності в онлайн-середовищі. Головним орієнтиром при розробці основних положень закону була Директива № 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема електронної комерції на внутрішньому ринку» від 08.06.2000.

Необхідно звернути увагу і на деякі проблемні питання. Так, Законом «Про електронну комерцію» передбачено, що договори, укладені в електронній формі, прирівнюються до договорів, укладених у письмовій формі. Електронний договір підписують за допомогою електронного підпису, електронного цифрового підпису, електронного підпису одноразовим ідентифікатором або аналогом власноручного підпису. Проте процедуру цього підписання в законі не прописано, що допомогло б уникнути ризиків визнання такого договору недійсним. Відсутність належного нормативного регулювання порядку використання електронного підпису чи електронного цифрового підпису несе ризики для сторін угод, укладених в режимі реального часу. Також Закон також не охоплює усі моделі електронної торгівлі, що істотно гальмує її розвиток в Україні. Його положення характеризуються певною неузгодженістю, часто не враховують вимоги Закону України

«Про захист персональних даних» і Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованим опрацюванням персональних даних [16, с. 80].

Україна, підписавши Угоду про асоціацію із ЄС, визначилася з моделлю інституційного регулювання у сфері електронної торгівлі, обравши європейський варіант. Нині держава має вжити заходів щодо легалізації електронної торгівлі та її перетворення на один із «локомотивів» економіки [16, с. 81].

Розвиток електронної торгівлі в Україні спричинив появу так званого інтернет-шахрайства. Серед основних прав онлайн-споживачів – право на інформацію. Споживач перед тим, як купити щось дешевше, має переглянути інформацію, чи є контакти, як повернути товар або зателефонувати і дізнатися, чи буде виданий фіскальний чек. Якщо споживач свідомо це робитиме, на підставі цього ймовірно буде менше скарг, менше нелегального бізнесу. Але інформація про назву суб'єкта підприємницької діяльності зазначена лише в 35% сайтів із вибраних 60 інтернет-магазинів, а видати фіскальний чек готові лише чверть інтернет-магазинів [5, с. 46–47].

Важливим кроком для вирішення цієї проблеми стало впровадження 13.06.2014 у правовій системи ЄС норм, які внесли зміни в законодавство щодо укладання договорів онлайн-споживачів на відстані. Директива 2011/83/EU, яка є основою для впровадження нових прав і обов'язків для підприємців онлайн-споживачів, має своїм завданням максимальну стандартизацію закону про електронну торгівлю на всій території ЄС. Цей документ значно розширив коло прав онлайн-споживачів і підвищив рівень їхнього захисту. Зміни мають полегшити укладання угод на відстані між підприємцями і споживачами на аналогічних принципах по всій території ЄС [17].

Висновки. Таким чином, електронну комерцію можна розглядати як вид господарської діяльності щодо продажу товарів і послуг за допомогою використання інформаційно-комунікаційних технологій.

Останніми роками в Україні склалися передумови для розвитку електронної комерції. З прийняттям Закону України від 03.09.2015 «Про електронну комерцію» багато питань, пов'язаних із цією діяльністю, були вирішені. Проте, незважаючи на позитивні кроки правового регулювання електронної комерції, воно ще потребує вдосконалення, а саме необхідно повністю висвітлити необхідні підходи та правила, на підставі яких повинна регламентуватися електронна комерція.

Закон «Про електронну комерцію» не охоплює моделі електронної комерції, що істотно гальмує її розвиток в Україні. У Законі не прописано процедури підписання договорів, укладених в електронній формі. Відсутність належного нормативного регулювання порядку використання електронного підпису чи електронного цифрового підпису несе ризики для сторін угод, укладених в режимі реального часу. Наприклад, однією із таких угод може бути купівля-продаж, але відсутня паперова форма договору, підтвердження факту купівлі-продажу, здебільшого відсутня інформації про юридичну особу, яка надає послуги (чи про її статус), оскільки продавець і покупець спілкуються в електронній формі з використанням програмних засобів і мережі Інтернет без відповідної автентифікації та ідентифікації.

Враховуючи специфічний характер суспільних відносин, які входять до сфери електронної комерції, на практиці виникає низка проблемних моментів, серед яких можна виділити такі: проблема індивідуалізації суб'єктів; складнощі у підтвердженні отримання акцепту, переданого з використанням інформаційних мереж; проблема визначення законодавства, яке застосовується у зв'язку із транснаціональним характером електронної комерції; відсутність чіткої міжнародної уніфікації положень у сфері електронної комерції; специфічний характер правовідносин; швидкий розвиток інформаційних технологій, що ускладнює оперативне правове реагування і внесення відповідних змін до законодавства.

Необхідним є і прийняття деяких нових нормативних актів у сфері електронної комерції та внесення змін до вже існуючих. Також потрібно максимально гармонізувати законодавчу базу України з європейською, щоб не виникало непорозумінь під час здійснення електронної комерції. Отже, для активного розвитку електронної комерції в Україні необхідна державна підтримка та вдосконалення нормативної бази, яка, зокрема, регулює питання електронної комерції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Електронна комерція в Україні. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12748/1/Ivanova_134-155.pdf.
2. З. Задорожний «Електронна комерція в Україні: дискусійні аспекти нормативно-правового регулювання» ISSN 1993-0240. *Вісник Тернопільського національного економічного університету.* № 1, 2017. С. 119–125.
3. Зажигалкин А.В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.10, 12.00.0. С.-Петерб. гос. ун-т. СПб., 2005, 30 с. URL: www.russianlaw.net/files/law/doc/a190.doc.
4. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 № 675-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19/print.
5. Костова Н.І., Фалес О.Г. Перспективи та новації електронної комерції в Україні. *Часопис цивілістики.* 2019. Вип. 32. С. 44–49.
6. Тардаскіна Т.М. Електронна комерція : навчальний посібник / Тардаскіна Т.М., Стрельчук Є.М., Терешко Ю.В. Одеса : ОНАЗ ім. О.С. Попова, 2011. С. 33.
7. Балик У.О., Колісник М.В. Електронна комерція як елемент системи світового господарства. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка».* 2014. № 811: Логістика. С. 11–19.
8. Гармідер Л.Д., Орлова А.В. Особливості розвитку вітчизняної електронної комерції. *Європейський вектор економічного розвитку.* 2015. № 1(18). С. 58–65.
9. Желіховський В.М. Правові засади електронної комерції в Україні : автореф. дис. канд. екон. наук: 12.00.07 «Адміністративне право і процес, фінансове право, інформаційне право». Київський національний університет внутрішніх справ. Київ, 2007. 22 с.
10. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. Офіційний портал Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text.
11. Трубін І.О. Правове регулювання електронної комерції в Україні. *Науковий вісник Національної академії ДС України*. 2007. № 2. С. 192–198.
12. Білий О. Господарсько-правова відповідальність за належну якість та безпеку товарів, що реалізуються у сфері електронної комерції. *Юридичний вісник*. 2016. № 3. С. 121–129.
13. Рєзнікова В. Поняття. значення та перспективи правового забезпечення електронної комерції в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 2. С. 58–72.
14. Мельник О.В. Електронна комерція як складник електронного бізнесу. Рубрика: Сучасні інформаційні технології. URL: http://intkonf.org/melnik-ov-elektronnakomertsiya-yak-skladova-chastina-elektronnogo-biznesu/.
15. Артеменко Д.С., Бражник В.О. Проблеми правового регулювання електронної комерції. *Молодий вчений*. 2018. № 11(2). С. 780–783.
16. Плескач В.Л., Затонацька Т.Г., Олексюк Л.В. Проблеми розвитку електронної комерції в Україні. *Економіка України.* 2017. № 11. С. 73–84.
17. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. URL: http://eur-lex.europa.eu.

РОЗДІЛ 5
ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/54

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ МІГРАНТІВ

FEATURES OF JUDICIAL PROTECTION OF LABOR RIGHTS OF MIGRANTS

Науменко К.С., к.ю.н.,
доцент кафедри юридичних дисциплін
Сумська філія
Харківського національного університету внутрішніх справ

Актуальність статті полягає в тому, що за розвитку глобалізаційних процесів у світі все більшого поширення набуває трудова міграція. Причини такого явища, як міграція, можуть бути різноманітні: економічні; політичні; національні; зовнішні (незадовільний стан безпеки у країні; незадовільна екологічна ситуація у країні; негативна оцінка правового поля); внутрішні (побоювання щодо власної безпеки або безпеки близьких; наявність дискримінації; ґендерні аспекти тощо). Більшість мігрантів розглядають такий шлях як можливість кращого життя, а також як можливість знайти краще робоче місце з гідними умовами праці. Успішна інтеграція трудових мігрантів для будь-якої країни означає соціально-економічний розвиток та стабільність. Але через побоювання загрози етнічному, релігійному, мовному складникам певного суспільства антиміграційні настрої національної більшості перешкоджають успішній асиміляції трудових мігрантів, які дуже часто зазнають порушень своїх прав. Праву на судовий захист належить головне місце в системі захисту трудових прав мігрантів. Стаття присвячена науковому дослідженню особливостей судового захисту трудових прав мігрантів. У дослідженні акцент робиться на тому, що судовий захист є основоположним способом захисту та відновлення порушених прав мігрантів. Зроблено висновок, що судовий захист прав трудових мігрантів передусім визначається нормами міжнародного права, проте регулюючу функцію у цій сфері безпосередньо виконує держава працевлаштування, з урахуванням особливостей національної правової системи. В Україні виникають певні труднощі під час імплементації норм міжнародного права до національного законодавства, також і тих норм, які стосуються трудових прав мігрантів, що заважає реалізації мігрантами, зокрема, свого права на судовий захист. А отже, Україні потрібно вдосконалювати міграційну політику та законодавство в цій сфері, а також розглянути можливість запровадження відповідної посади (спеціаліст із трудових та соціальних прав мігрантів) у регіональних центрах зайнятості Державної служби зайнятості України. До компетенції зазначеної посадової особи віднести надання консультативної допомоги трудовим мігрантам під час реалізації ними права на судовий захист.

Ключові слова: мігрант, міграція, трудящий мігрант, трудова міграція, дозвіл на працевлаштування, право мігрантів на працю, право на судовий захист, судовий захист трудових прав.

The relevance of the article is that with the deepening of globalization processes in the world, labor migration is becoming more widespread. The reasons for such a phenomenon as migration can be various: economic; political; national; external (unsatisfactory security situation in the country; unsatisfactory environmental situation in the country; negative assessment of the legal field); internal (concerns about their own safety or the safety of loved ones; discrimination; gender aspects, etc.). Most migrants see this as an opportunity for a better life, as well as an opportunity to find a better job with decent working conditions. Successful integration of migrant workers for any country means socio-economic development and stability. But due to fears of threatening the ethnic, religious, linguistic component of a society, the anti-immigration sentiments of the national majority hinder the successful assimilation of migrant workers, who very often suffer violations of their rights. The right to judicial protection is central to the system of protection of migrants' labor rights. The article is devoted to the scientific research of the peculiarities of judicial protection of labor rights of migrants. The study emphasizes that judicial protection is a fundamental way to protect and restore violated migrants' rights. It is concluded that judicial protection of the rights of migrant workers is primarily determined by the norms of international law, but the regulatory function in this area is directly performed by the state of employment, taking into account the peculiarities of the national legal system. In Ukraine, there are some difficulties in the implementation of international law to national law, as well as those rules relating to the labor rights of migrants, which hinders the realization of migrants, in particular, their right to judicial protection. Therefore, Ukraine needs to improve migration policy and legislation in this area, as well as consider the possibility of introducing an appropriate position (specialist in labor and social rights of migrants) in the Regional Employment Centers of the State Employment Service of Ukraine. The competence of this official includes the provision of advisory assistance to migrant workers in exercising their right to judicial protection.

Key words: migrant, migration, migrant worker, labor migration, employment permit, migrants' right to work, right to judicial protection, judicial protection of labor rights.

Постановка проблеми. У зв'язку з поглибленням глобалізаційних процесів у світі все більшого поширення набуває трудова міграція.

Причини такого явища, як міграція, можуть бути різноманітні: економічні; політичні; національні; зовнішні (незадовільний стан безпеки у країні; незадовільна екологічна ситуація у країні; негативна оцінка правового поля); внутрішні (побоювання щодо власної безпеки або безпеки близьких; наявність дискримінації; ґендерні аспекти тощо). Більшість мігрантів розглядають такий шлях як можливість кращого життя, а також як можливість знайти краще робоче місце з гідними умовами праці.

Успішна інтеграція трудових мігрантів для будь-якої країни означає соціально-економічний розвиток та стабільність. Але через побоювання загрози етнічній, релігійній, мовній складовим частинам певного суспільства антиміграційні настрої національної більшості перешкоджають успішній асиміляції трудових мігрантів, які дуже часто зазнають порушень своїх прав. Праву на судовий захист належить головне місце в системі захисту трудових прав мігрантів.

Під час реалізації права на судовий захист трудові мігранти стикаються з певними перешкодами. За таких умов проблема вивчення особливостей судового захисту трудових прав мігрантів є актуальною та потребує додаткового науково-теоретичного дослідження.

Стан дослідження проблеми. Питання захисту трудових прав мігрантів тією чи іншою мірою досліджували такі вчені: Н. Бортник, Л. Голяк, І. Гнибіденко, В. Євтух, О. Кисельова, Є. Малиновська, М. Пітюлич, Ю. Римаренко, О. Трюхан, Ю. Чижмарь, М. Чугуївська й інші, проте комплексного дослідження особливостей

судового захисту трудових прав мігрантів станом натепер не проведено.

Метою статті є науково-теоретичне дослідження судового захисту трудових прав мігрантів в умовах сьогодення, виявлення особливостей такого захисту в сучасних умовах.

Виклад основного матеріалу. Дослідження особливостей судового захисту трудових прав мігрантів, на наш погляд, передбачає передусім аналіз семантики таких понять: «мігрант», «трудящий мігрант», «захист», «судовий захист».

Термін «мігрант» (походить від лат. *migrans, migrantis* – «переселенець», «той, хто переселяється») – це людина, що свідомо та із власної волі перетинає державні або адміністративно-територіальні кордони з метою зміни місця проживання або без такої зміни. За твердженням І. Нежибецької, мігрант – це фізична особа, яка здійснює просторове переміщення, та (або) фізична особа, що тимчасово перебуває за межами населеного пункту (країни) свого місця проживання [1, с. 36]. На наш погляд, «мігрант» – це переміщена в межах країни або з перетином кордону особа, яка здійснює таке переміщення з метою зміни місця проживання або місця роботи.

Щороку громадяни різних країн, які не задоволені умовами праці, рівнем заробітної плати тощо, намагаються виїхати за межі власної країни з метою працевлаштування. Для таких осіб у доктрині міжнародного права є терміни «трудящий-мігрант», «працівник-мігрант», «трудовий мігрант» тощо.

Для більш детального з'ясування сутнісного змісту терміна «трудящий мігрант» доцільно звернути увагу на одну з його складових, а саме «трудящий». У тлумачній словниковій літературі «трудящий» – це працьовитий, роботящий, працелюбний; той, який багато працює і живі зі своєї праці [2]. Тобто під поняттям «трудящий» варто розуміти особу – суб'єкта трудового права, наділеного певними правами й обов'язками. «Трудящий» – це особа, яка здійснює трудову діяльність і за це отримує відповідний дохід.

У Конвенції про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав (далі – СНД) [3] «трудящий мігрант» – це особа, яка є громадянином однієї зі сторін, а також особа без громадянства, яка постійно проживає на території однієї сторони, законно перебуває та на законній підставі займається оплачуваною трудовою діяльністю на території іншої сторони, громадянином якої вона не є та в якій постійно не проживає [3]. Термін «трудящий-мігрант» означає особу, яка буде займатися, займається або займалася оплачуваною діяльністю в державі, громадянином якого він або вона не є [4].

Трудовий мігрант – громадянин України, який здійснював, здійснює або здійснюватиме оплачувану діяльність у державі перебування, не заборонену законодавством цієї держави [5]. Трудовий мігрант, як зазначає В. Кравченко, – це особа, яка займається оплачуваною трудовою діяльністю на території держави, громадянином якої вона не є та в якій постійно не проживає [6, с. 377]. «Працівник-мігрант» – особа, яка мігрує або мігрувала з однієї країни до іншої з метою одержання будь-якої роботи, законно в'їхала у країну як працівник-мігрант [7].

Отже, з огляду на викладене вище, можна зробити висновок, що «трудові мігранти» – це категорія осіб, які тимчасово або на постійній основі переміщуються у країни не свого громадянства з метою легального працевлаштування.

Трудові мігранти володіють визначеною сукупність трудових прав, які, з урахуванням специфіки соціально-правового статусу мігрантів, стають об'єктом правопорушень. Проблема дискримінаційного поводження із трудящими мігрантами існує і на території нашої країни.

Так, натепер важко назвати точну кількість мігрантів, що перебувають у нашій країні, це зумовлено тим, що статистичні дані дещо різняться. Щодо статистичних даних стосовно трудових мігрантів, то до них частіше за все не входять відомості про кількість трудових мігрантів без урегульованого статусу, тобто про тих, які працювали за туристичними візами (неврегульована міграція). Так, згідно зі статистичними даними Державної міграційної служби України, станом на 1 липня 2020 р. на обліку в нашій країні перебувають 288 566 осіб-іммігрантів, станом на зазначену вище дату було видано 5 972 штуки дозволів на імміграцію [8]. У 2019 р. було видано 14,2 тис. таких дозволів. А у 2018 р. Державна служба зайнятості, що видає дозволи на працевлаштування іноземців, опублікувала дані про 16 тис. іноземних працівників. Трудові іммігранти – це здебільшого керівники та менеджери; особи, зайняті у сфері торгівлі та ремонту, промисловості, інформації та телекомунікації. Ще однією групою іноземців в Україні є біженці й особи, яким надано додатковий захист. На грудень 2019 р. у країні проживали 2 096 іноземців із відповідним статусом [9].

Перед тим, як почати досліджувати сутнісний зміст поняття «право на судовий захист», доцільно з'ясувати лексичний зміст слова «захист».

В «Академічному тлумачному словнику української мови» [2] поняття «захист» автори тлумачать як: 1. Дію (за значенням: захищати, захистити і захищатися, захиститися); 2. Заступництво, охорону, підтримку; брати (взяти) під захист – заступатися за кого-, що-небудь, захищати від посягань, нападу; 3. Місце, притулок, де можна захиститись, заховатись від кого-, чого-небудь, укриття; 4. Сторону, яка захищає обвинуваченого під час суду; оборона [2]. Термін «захист» неодноразово вживається в Конституції України [10] й інших національних нормативно-правових актах.

Під «захистом» також розуміють «діяльність уповноважених державних і недержавних органів із відновлення порушених цивільних прав та інтересів, що охороняються законом, а також попередження цивільних правопорушень» [11, с. 123].

У чинному законодавстві України терміни «захист», «захист прав», незважаючи на часте вживання, зазвичай мають досить абстрактний характер і найчастіше означають обов'язок держави, її органів захищати ті або інші права, або йдеться про гарантії, заходи охорони тих або інших ще непорушених прав [12, с. 9]. Отже, на наш погляд, «захист» – це абстрактне поняття, яке означає дію. А «захист права» – це гарантований законом спосіб використання особою на власний розсуд передбачених законом заходів щодо відновлення свого порушеного або невизнаного права.

З метою захисту та відновлення своїх порушених прав мігранти мають змогу користуватися відповідними правовими інструментами, серед яких, безумовно, ключове місце належить судовому захисту.

Тож, «право на судовий захист» є одним із фундаментальних понять у царині прав людини і громадянина в умовах соціальної і правової держави [13].

У юридичній енциклопедії зазначено, що право на судовий захист – спосіб захисту прав, свобод і законних інтересів учасників суспільних правовідносин – фізичних та юридичних осіб. Суд, коли здійснює правосуддя, на засадах верховенства права забезпечує захист гарантованих Конституцією України та законами прав і свобод людини і громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства і держави [14, с. 29].

Право на судовий захист є одним з основоположних прав людини, яке гарантується Конституцією України, національними нормативно-правовими актами та нормами міжнародного права.

Деякі вчені відзначають складну природу права на судовий захист, визначають це право як суб'єктивне право людини і громадянина. Зміст суб'єктивного права на судовий захист становить сукупність визначених законом прав, які належать суб'єкту такого права, зокрема: право на пред'явлення позову; право на забезпечення позову, право подати клопотання про призначення експертизи, право на надання перекладача. Зазначений перелік не є вичерпним. Такі компоненти в сукупності і відображають суб'єктивну сутність права на судовий захист [15, с. 48].

Захисту та відновленню в судовому порядку підлягають будь-які порушені права і свободи людини, зокрема і трудові права мігрантів, незалежно від того, у якому нормативно-правовому акті вони відображені, тобто право на судовий захист має універсальний характер. І. Бакірова зазначає: «Право людини і громадянина на судовий захист належить до громадянських прав, при цьому вбирає в себе певну юридичну гарантію як від свавілля з боку окремих осіб, так водночас і всієї держави» [16].

Право на судовий захист – одна з найважливіших гарантій дотримання трудових прав працівників, зокрема і мігрантів. В. Бонтлаб розглядає право на судовий захист трудових прав як можливість правомочних осіб звертатися до суду та у процесі судового розгляду справи здійснювати захист (відновлення порушених прав) права на працю й інших трудових прав на умовах та в порядку, передбачених законом [17, с. 72].

Отже, на наш погляд, під судовим захистом трудових прав мігрантів можна розуміти правомочність особи, яка здійснює трудову діяльність у державі, громадянином якої вона не є, на звернення до суду з метою захисту або відновлення порушеного права на працю або інших трудових прав.

Варто зазначити, що однією з важливих особливостей судового захисту трудових прав мігрантів є те, що таке право регулюється як на міжнародному, так і на національному рівнях. Тобто право на судовий захист трудових прав мігрантів визначається нормами міжнародного права, проте застосовується в порядку, передбаченому національним законодавством.

Принципи захисту трудових прав мігрантів передбачені в міжнародних актах та розробляються Організацією Об'єднаних Націй, Міжнародною організацією праці (далі – МОП), Радою Європи, Європейського Союзу, СНД, міжнародними договорами між державами.

Джерелами правового регулювання праці мігрантів в Україні є не лише національні закони й інші нормативно-правові акти, а й міжнародні договори й угоди, інші акти міжнародного права. Право на судовий захист трудових мігрантів гарантовано такими міжнародно-правовими актами: відповідно до положень Міжнародної конвенції про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їхніх сімей [4] закріплено, зокрема, право на рівне із громадянами країни ставлення до них в судах і трибуналах (ст. 18) та рівне із громадянами країни ставлення до мігрантів під час отримання платні, рівні умови праці й умови зайнятості (ст. 25); Конвенція МОП про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей № 143 від 24 червня 1975 р. [7] та Рекомендації щодо працівників-мігрантів № 151 від 24 червня 1975 р. [18] визначають, що уряди повинні дбати про ухвалення заохочувального законодавства для гарантування рівних можливостей та ставлення у сфері працевлаштування, займання посад, жіночої праці, особистих і колективних свобод мігрантів, судочинства з питань, зазначених у Конвенції; Європейська соціальна хартія (переглянута) [19] закріплює право трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей на захист і допомогу, зокрема, у ст. 19 зобов'язано сторони забезпечувати мігрантам «режим не менш сприятливий, ніж режим, який надається їхнім власним громадянам, у тому, що стосується судочинства з питань, згаданих у цій статті»; Європейська конвенція про правовий статус трудящих мігрантів (1977 р.) [20] цілком присвячена захисту прав та інтересів трудових мігрантів.

Згідно з міжнародно-правовими нормами, особи, які в'їжджають до іншої країни з метою працевлаштування, набувають статусу трудящого-мігранта, який після отримання такого статусу набуває рівні права із громадянами країни перебування.

Конституційне право на судовий захист відповідає міжнародно-правовим засадам, зокрема, у ст. 8 Загальної декларації прав людини [21] закріплено право кожної людини на ефективне поновлення прав компетентними національними судами в разі їх порушення.

Конституція України [10] гарантує: «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» (ст. 26), а отже, мігранти, які перебувають на території України, наділені тими самими правами, що і громадяни України. До того ж Конституція України захищає мігрантів від будь-яких проявів дискримінації, проголошує: «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 або іншими ознаками» (ст. 24).

Відповідно до ч. 2 ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [10]. Юрисдикція національних судів поширюється на будь-який спір та кримінальне обвинувачення. Гарантоване Конституцією України право на судовий захист, зумовлене демократичністю, справедливістю, об'єктивністю та професійністю судового розгляду, який базується на незалежності суду, гласності, змагальності, безпосередності, усності судового процесу тощо [22, с. 275].

Конституційний Суд України в рішенні від 14 грудня 2011 р. у справі № 19-рп/2011 підкреслив важливість ст. 55 Конституції України та зазначив неможливість відмови у правосудді [23].

«Іноземці та особи без громадянства, які 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. Іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини» [24, ст. 3], тобто національне законодавство надає мігрантам ті самі права і свободи, що і громадянам України, зокрема і право на судовий захист.

В Україні правосуддя здійснюється виключно судами [10, ст. 124]. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [25] проголошує здійснення правосуддя в Україні на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд (преамбула). Відповідно до ст. 2 зазначеного нормативно-правового акта, «суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Також цим Законом кожному гарантовано захист прав, свобод та інтересів незалежним, безстороннім і справедливим судом у розумні строки, для іноземців і осіб без громадянства встановлено право на судовий захист в Україні нарівні із громадянами України, гарантована рівність усіх учасників судового процесу

перед законом і судом у реалізації наданих процесуальних прав та у виконанні процесуальних обов'язків, передбачених законом (ст. ст. 7, 9) [25].

Проте такий спосіб захисту та відновлення порушених прав мігрантів має низку особливостей, зокрема: по-перше, трудові спори мігрантів, які працевлаштовані в Україні, вирішуються судами за законодавчими нормами (країни працевлаштування), а положення міжнародно-правових актів застосовуються також у порядку, передбаченому нормами національного законодавства, отже, регуляторами в зазначеній сфері є держави працевлаштування; по-друге, звернення мігрантів до національних судів потребує відповідного правового супроводу національних правників, перекладачів, експертів та інших спеціалістів, які можуть захищати права легальних трудових мігрантів. У трудових мігрантів можуть виникати труднощі з доступом до таких спеціалістів через додаткові витрати.

Висновки. Хоча судовий захист прав трудових мігрантів передусім визначається нормами міжнародного права, проте регулюючу функцію в цій сфері безпосередньо виконує держава працевлаштування з урахуванням особливостей національної правової системи. В Україні виникають певні труднощі під час імплементації норм міжнародного права до національного законодавства, також і тих норм, які стосуються трудових прав мігрантів, що заважає реалізації мігрантами, зокрема, свого права на судовий захист. А отже, Україні потрібно вдосконалювати міграційну політику та законодавство в цій сфері, а також розглянути можливість запровадження відповідної посади (спеціаліст із трудових та соціальних прав мігрантів) у регіональних центрах зайнятості Державної служби зайнятості України. До компетенції зазначеної посадової особи віднести надання консультативної допомоги трудовим мігрантам під час реалізації ними права на судовий захист.

Отже, деякі кроки у вивченні особливостей судового захисту прав трудових мігрантів зроблені, проте законодавство в досліджуваній сфері ще потребує додаткової регламентації та вдосконалення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Нежибецкая И. О соотношении международно-правового и внутрегосударственного содержания понятия «мигрант». *Международное публичное и частное право.* 2007. № 2. С. 34–36.
2. Академічний тлумачний словник української мови (1970–1980). *Словник української мови :* в 11-ти т. 1972. Т. 3. С. 379.
3. Конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав від 14 листопада 2008 р.
4. Міжнародна конвенція про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей : Конвенція ООН від 18 грудня 1990 р.
5. Про зовнішню трудову міграцію : Закон України від 5 листопада 2015 р. № 761–VIII. *Голос України.* 2015. № № 221–222.
6. Кравченко В. Визначення поняття трудової міграції. *Альманах права.* 2012. Вип. 3. С. 375–379. URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/63919.
7. Про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення : Конвенція МОП № 143 від 25 червня 1975 р.
8. Державна міграційна служба України : офіційний вебсайт. URL: https://dmsu.gov.ua/diyalnist/statistichni-dani/statistika-z-osnovnoj-diyalnosti.html.
9. Сайт Міжнародної організації з міграції ООН. URL: https://iom.org.ua/sites/default/files/iom-ukraine_facts-ukr_2019.pdf.
10. Конституція України : Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. С. 141.
11. Борисов Д., Гончаров И. Защита прав и законных интересов участников при размещении заказа при проведении торгов для государственных нужд. *Закон.* 2008. № 11. С. 122–130.
12. Зельдіна О., Хрімлі О. Судовий захист прав суб'єктів підприємництва: теоретичні та практичні аспекти : монографія. Київ : Юрінком-Інтер, 2015. 176 с.
13. Костюк В. Правосуб'єктність у трудовому праві: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : видавець Карпенко В.М., 2012. 460 с.
14. Юридична енциклопедія : у 6-ти т. / за ред. Ю. Шемшученка та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998. Т. 5 : П – С. Київ, 2003. 736 с.
15. Ніколаєнко Я. Поняття та зміст права на судовий захист: сучасний погляд. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія «Юриспруденці»я. 2014. № 8. С. 48–50.
16. Бакірова І. Зміст конституційного права людини і громадянина на судовий захист. URL: https://minjust.gov.ua.
17. Бонтлаб В. Право на судовий захист трудових прав : науково-теоретичний аспект. *Підприємство, господарство і право. Трудове право.* 2018. № 9. С. 68–74.
18. Рекомендація МОП щодо працівників-мігрантів № 151 від 24 червня 1975 р.
19. Європейська соціальна хартія (переглянута) Ради Європи від 3 травня 1996 р. № ETS 163.
20. Європейська конвенція Ради Європи про правовий статус трудящих-мігрантів від 24 листопада 1977 р. № ETS 93.
21. Загальна декларація прав людини : Декларація ООН від 10 грудня 1948 р.
22. Конституція України : науково-практичний коментар / В. Авер'янов та ін. Київ : Видавничій дім «Ін Юре», 2003. 808 с.
23. Рішення Конституційного Суду України у справі № 19-рп/2011 від 14 грудня 2011 р. за конституційним зверненням громадянина Осетрова Сергія Володимировича щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 55 Конституції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-11.
24. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773–VI. *Голос України.* 2011. № 199. С. 24.
25. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402–VIII. *Голос України*. 2016. № № 132–133.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/55

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РОЗВИТКУ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН З ФІЗИЧНИМИ ОСОБАМИ – РОБОТОДАВЦЯМИ В УКРАЇНІ

CERTAIN ASPECTS OF THE DEVELOPMENT OF EMPLOYMENT RELATIONS WITH INDIVIDUALS-EMPLOYERS IN UKRAINE

Радіонова-Водяницька В.О., к.ю.н.,
асистент кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Морозов Я.І., студент ІІІ курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сучасний стан ринку праці в Україні стрімко погіршується, що зумовлено, окрім змін, що останнім часом відбулись в законодавстві, та відсутності ефективної державної підтримки малого бізнесу, також і складною епідеміологічною ситуацією у світі. У таких непростих умовах, які наразі поглиблюються загальносвітовою кризою, фізичні особи – підприємці змушені масово припиняти свою діяльність. Внаслідок цього зазвичай скорочується кількість робочих місць та погіршується стан розвитку економіки в країні. Крім жорстких карантинних обмежень, що негативно впливають на бізнес в Україні (у Постановах Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211 та від 22.07.2020 № 641), введення непомірних штрафних санкцій за порушення трудового законодавства (ст. 265 КЗпП), а також обов'язок сплачувати податки за використання праці кожного найманого працівника нерідко підривають зазвичай і без цього доволі низьку платоспроможність фізичних осіб – підприємців. Відповідно, вони зазнають непомірних збитків, через які не в змозі продовжувати діяльність своїх підприємств. Цей факт, відображений у цій статті, підтверджується судовою практикою, згідно з якою суди рідко стають на бік фізичних осіб – роботодавців під час розгляду справ про оскарження застосованих до них штрафних санкцій.

У науковій статті аналізуються фактори, що впливають на такий розвиток трудових відносин, та розглядаються можливі способи їх подолання. Звертається увага на те, що державна політика у цій сфері повинна спрямовуватись на заохочення фізичних осіб – роботодавців до активізації підприємницької діяльності. На цей період це може бути здійснено шляхом часткового зменшення розміру оподаткування для активізації ринку праці в Україні. З огляду на те, що значна частина бюджетних коштів формується за рахунок надходжень саме від підприємницької діяльності, необхідно створювати належні умови для безперешкодного її здійснення. Крім цього, на думку авторів, слід вирішити питання про доцільність диференціації норм трудового законодавства шляхом розмежування великого, малого та середнього бізнесу. Здійснення таких заходів, як зазначається у статті, дозволить гармонізувати розвиток трудових відносин та сприятиме розширенню ринку праці в Україні.

Ключові слова: трудові відносини, фізична особа – роботодавець, підприємницька діяльність, диференціація, ринок праці, санкції.

The current state of the labor market in Ukraine is rapidly deteriorating, which is due not only to recent changes in legislation and the lack of effective state support for small business, but also to the difficult epidemiological situation in the world. In such difficult conditions, which are currently deepening by the global crisis, individual entrepreneurs are forced to cease their activities en masse. As a result, the number of jobs is usually reduced and the state of economic development in the country deteriorates. In addition to strict quarantine restrictions that negatively affect business in Ukraine (in the Resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine from 11.03.2020 № 211 and from 22.07.2020 № 641), the introduction of excessive sanctions for violations of labor legislation (Article 265 of the Labor Code), as well as the obligation to pay taxes for the use of labor of each employee often undermine, as a rule, rather low solvency of individual entrepreneurs. Accordingly, they suffer disproportionate losses due to which they are unable to continue the activities of their enterprises. This fact, reflected in this article, is confirmed by the case law, according to which the courts rarely take the side of individuals-employers when considering cases of appealing against the sanctions applied to them.

The scientific article analyzes the factors influencing such development of labor relations and considers possible ways to overcome them. Attention is drawn to the fact that the state policy in this area should be aimed at encouraging individuals-employers to intensify entrepreneurial activity. At present, this can be done by partially reducing the amount of taxation to activate the labor market in Ukraine. Given that a significant part of budget funds is formed from revenues from business activities, it is necessary to create appropriate conditions for its smooth implementation. In addition, according to the authors, the question of the expediency of differentiating the norms of labor legislation by distinguishing between large, small and medium-sized businesses should be addressed. The implementation of such measures, as noted in the article, will harmonize the development of labor relations and contribute to the expansion of the labor market in Ukraine.

Key words: labor relations, individual-employer, entrepreneurial activity, differentiation, labor market, sanctions.

Постановка проблеми. У сучасних умовах розвитку ринку праці національне законодавство повинне сприяти постійному вдосконаленню правового регулювання трудових відносин між працівниками та фізичними особами – роботодавцями шляхом повного та всебічного охоплення цих відносин на законодавчому рівні. Актуальність цієї потреби щороку зростає з огляду на тенденцію стрімкого зниження ринку праці в Україні.

Зазвичай представники малого та середнього бізнесу відіграють значну роль у створенні робочих місць та піднесенні економічного добробуту України. Тим не менш, у зв'язку зі змінами в законодавстві на цей час не кожна фізична особа – підприємець має достатню платоспроможність для підтримання економічної стабільності власної підприємницької діяльності. Підставою такої тенденції є низка факторів, основним з яких наразі виступає загальносвітова криза, зумовлена пандемією коронавірусу. У зв'язку із дією на території України жорстких карантинних обмежень, введених Постановою Кабінету Міністрів України «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 11.03.2020 № 211 та Постановою Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 22.07.2020 № 641, велика кількість малих та середніх підприємств зазнають значних збитків та вимушено припиняють свою діяльність. Щодо запобігання таким наслідкам, на наш погляд, на цей період необхідно частково знизити розмір оподаткування фізичних осіб – роботодавців.

Крім цього, не менш важливим фактором, що впливає на зниження рівня розвитку малого та середнього бізнесу, є відсутність ефективних державних заходів його стимулювання (наприклад, часткове зменшення оподаткування в умовах сьогодення) та надмірний розмір штрафних санкцій за неналежне оформлення трудових відносин, внаслідок яких фізичні особи – роботодавці, не отримуючи прибутку, зазвичай вимушені припиняти здійснення підприємницької діяльності, що спричиняє масове вивільнення працівників або скорочення робочих місць.

Мета статті – визначення актуальних напрямів розвитку трудових відносин з фізичними особами – роботодавцями шляхом аналізу трудового законодавства та виявлення наявних у ньому прогалин; пошук оптимальних способів державного стимулювання малого та середнього бізнесу до здійснення підприємницької діяльності та стабілізації ринку праці в Україні.

Аналіз актуальних досліджень. Питання, присвячені трудовим відносинам з фізичними особами – роботодавцями, були предметом досліджень таких фахівців у галузі трудового права, як Є.В. Краснов, Я.В. Сімутіна, А.В. Андрушко, Б.А. Римар, А.В. Коваленко та інші. Попри наявність теоретичних напрацювань у цьому напрямі, питання стосовно векторів державного регулювання у сфері розвитку трудових відносин з фізичною особою – роботодавцем залишається невирішеним та потребує подальшого дослідження.

Виклад основного матеріалу. Порядок оформлення трудових відносин закріплений у частині 3 статті 24 КЗпП, згідно з якою «працівник не може бути допущений до роботи без укладення трудового договору, оформленого наказом чи розпорядженням власника або уповноваженого ним органу, та повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України» [1]. Такий підхід законодавця до вирішення цього питання, на нашу думку, є обґрунтованим з огляду на необхідність захисту прав працівників та запобігання незаконному працевлаштуванню.

З іншого боку, у трудовому праві передбачені винятки із загального правила, що стосується порядку оформлення трудових відносин. Звертаємо увагу на те, що у разі виникнення надзвичайних ситуацій чинним законодавством закріплюється можливість роботодавця давати вказівки про залучення працівників до надурочних робіт в усній формі з подальшим оформленням письмового наказу не пізніше наступного дня. При цьому особливість такого порядку, як зазначає А.В. Коваленко, полягає у відсутності обов'язкового отримання згоди профспілкового органу [2, с. 72].

На нашу думку, наявність таких винятків не вирішує усіх проблем у сфері легалізації трудових відносин з фізичними особами – роботодавцями. Це підтверджується численними порушеннями порядку укладення трудового договору та порядку допуску працівників до роботи. Так, протягом 2020 року було прийнято низку судових рішень, згідно з матеріалами яких суди відмовляли у задоволенні позовів фізичних осіб – підприємців з вимогами про скасування постанов про накладення штрафів, передбачених частиною 2 статті 265 КЗпП. Так, рішеннями Окружного адміністративного суду м. Києва у справі № 640/3657/20 від 27.08.2020 та Харківського окружного адміністративного суду у справі № 520/2868/2020 від 17.08.2020 року у задоволенні вимог фізичних осіб – підприємців було відмовлено з посиланням на те, що працівники були допущені до роботи з порушенням норм частини 3 статті 24 КЗпП, а цивільно-правові договори, надані позивачами на підтвердження відсутності трудових відносин з працівниками, мали ознаки трудового договору [3; 4].

Прикладом вирішення питання про наявність факту оформлення трудового договору є рішення, прийняте Одеським окружним адміністративним судом у справі № 815/675/17 від 09.03.2017, згідно з яким «відсутність повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування про прийняття працівника на роботу не свідчить про те, що між працівником та роботодавцем не оформлено трудовий договір» [5]. Така позиція суду зумовлена відсутністю у частині 2 статті 265 КЗпП положення, яке б пов'язувало чинність трудового договору з наявністю відповідного повідомлення органів Державної податкової служби. Таким чином, можна зробити висновок про наявність у чинному законодавстві прогалин щодо відповідальності за порушення обов'язку роботодавця щодо повідомлення зазначених органів як передумови фактичного оформлення трудових відносин.

Позиції фахівців у галузі трудового права стосовно зазначеної прогалини різняться залежно від способів її подолання. Так, на думку Є.В. Краснова, законодавчу неврегульованість цього питання слід вирішити шляхом введення спрощеної процедури укладення трудового договору з фізичними особами – роботодавцями [6, с. 44]. Слід відзначити, що аналогічний підхід закріплений у положеннях проєкту Трудового кодексу України, згідно з якими «трудові відносини виникають також з дня початку виконання працівником роботи за наказом (розпорядженням) чи з дозволу роботодавця або уповноваженого органу» [7].

Наступне питання, що потребує вирішення, пов'язане з вдосконаленням здійснюваних державою заходів, спрямованих на стимулювання розвитку малого та середнього підприємництва в Україні. Ми вважаємо, що у цьому контексті особливу увагу слід звернути на розмір штрафних санкцій, що застосовуються до фізичних осіб – роботодавців за порушення порядку оформлення трудових відносин та які закріплені у частині 2 статті 265 КЗпП. Попри нещодавнє зменшення межі штрафної санкції до десятикратного розміру мінімальної заробітної плати, встановленої законом на момент виявлення порушення, за кожного працівника, стосовно якого скоєно порушення, передбаченої Законом України «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України» від 12.12. 2019 [8], на наш погляд, залишається актуальним питання стосовно перегляду цих положень.

По-перше, розмір цих штрафних санкцій є настільки надмірним, що у більшості випадків перевищує спроможність представників малого та середнього бізнесу щодо їх сплати. Відповідно, ці санкції зазвичай ведуть до припинення підприємницької діяльності, що своєю чергою сприяє зменшенню робочих місць та надходжень коштів до державного бюджету або провокує виникнення тіньової зайнятості.

Щодо цього важко не погодитися з думкою А.В. Андрушко про те, що для вирішення проблеми легалізації зайнятості недостатньо застосування лише санкцій за порушення порядку укладення трудового договору, а тому необхідно використовувати спеціально вироблений комплексний підхід [9, с. 157]. Отже, державна політика у сфері контролю за легалізацією трудових відносин з фізичними особами – роботодавцями повинна здійснюватися з урахуванням їхньої ролі у збільшенні надходжень до державного бюджету.

Висновки. Проаналізувавши чинне трудове законодавство, судову практику та поточний стан видозміни трудових відносин із фізичними особами – роботодавцями, ми вважаємо доцільним вдосконалення державної політики у сфері підприємницької діяльності з метою

пом'якшення юридичних санкцій та заохочення суб'єктів господарювання до розширення ринку праці в Україні. На наш погляд, в умовах загальносвітової кризи держава повинна бути зацікавленою у розвитку виробництва та збільшенні робочих місць. Відповідно, необхідно активізувати проведення стимулюючих заходів у цій сфері, найбільш сприятливими серед яких є зменшення податкових перешкод для зміни організаційно-правової форми ведення підприємницької діяльності, стимулювання технологічного оновлення малого бізнесу, запровадження податкових інструментів стимулювання інноваційної діяльності та інші [10, с. 86].

Ми вважаємо доцільним розмежування у нормах трудового права великого, середнього та малого бізнесів шляхом внесення відповідних змін до КЗпП. Для цього доречним є розширення положень Закону України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» та розробка механізмів їх реалізації. Таким чином, застосовуючи диспозитивний та імперативний метод правового регулювання, держава повинна сприяти розвитку малого й середнього бізнесу в Україні та усувати перешкоди в отриманні працівниками доступу до реалізації конституційного права на працю, а роботодавцями – до здійснення підприємницької діяльності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кодекс законів про працю України: Затв. Законом № 322-VIII від 10.12.71. *Відомості Верховної Ради України.* 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.
2. Коваленко А.В. Особливості режиму робочого часу працівників органів внутрішніх справ. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.* 2014. № 3. С. 68–75.
3. Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 27.08.2020 у справі № 640/3657/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91223885 (дата звернення 12.11.2020).
4. Рішення Харківського окружного адміністративного суду від 17.08.2020 у справі № 520/2868/2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91101341 (дата звернення 12.11.2020).
5. Постанова Одеського окружного адміністративного суду від 09.03.2017 у справі № 815/675/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/65226436 (дата звернення 12.11.2020).
6. Краснов Є.В. Порядок укладення трудового договору з роботодавцем – фізичною особою: переваги та недоліки. *Науковий вісник Херсонського державного університету.* 2015. Вип. 5. Том 2. С. 41–44. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/5078/Krasnov%20%d0%84.%20V.%20Porjadok%20ukladennja%20trudovogo%20dogovoru%20z%20robotodavcem.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення 15.11.2020).
7. Проєкт Трудового кодексу України № 2410 від 08.11.2019. *Офіційний портал Верховної Ради України.* URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331 (дата звернення 15.11.2020).
8. Про внесення змін до Кодексу законів про працю України: Закон України від 12 грудня 2019 р. № 378-IX. *Відомості Верховної Ради України.* 2020, № 15. Ст. 93.
9. Андрушко А.В. Окремі аспекти укладення трудового договору. *Університетські наукові записки.* 2016. № 57. С. 154–163. URL: http://univer.km.ua/visnyk/1513.pdf (дата звернення 16.11.2020).
10. Стешенко О.О. Державне регулювання розвитку малого бізнесу в сучасних умовах. *Приазовський економічний вісник.* Вип. 3 (08). 2018. С. 82-88. URL: http://pev.kpu.zp.ua/journals/2018/3_08_uk/18.pdf (дата звернення 18.11.2020).

УДК 349.222
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/56

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР З НЕФІКСОВАНИМ РОБОЧИМ ЧАСОМ ЯК ОДНА ІЗ ФОРМ НЕТИПОВИХ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

EMPLOYMENT AGREEMENT WITH FLEXIBLE WORKPLACE HOURS AS ONE OF THE FORMS OF NONTYPICAL EMPLOYMENT AGREEMENTS

Боднарчук О.Г., д.ю.н., професор,
завідувач кафедри трудового та соціального права
Університет державної фіскальної служби України

Васьківська К.М., к.ю.н.,
доцент кафедри трудового та соціального права
Університет державної фіскальної служби України

У статті розглянуто специфіку роботи з нефіксованим робочим часом, проблеми її правового регулювання й особливості договірних відносин, які опосередковують роботу за викликом. Наголошено, що трудовий договір виступає основною та базовою формою виникнення трудових відносин.

Визначено, що поряд із такими видами трудових договорів, як про тимчасову та сезонну роботу, доцільно виокремити такий вид трудового договору, як «трудовий договір про роботу за викликом», який оформлюється внаслідок укладення саме трудового, а не цивільно-правового договору з конкретними умовами, оскільки наявність укладеного трудового договору – одна із ключових ознак існування трудових правовідносин. Встановлено, що трудовий договір із нефіксованим робочим часом у науці трудового права необхідно розглядати як одну із форм нетипових трудових відносин.

У статті проаналізовано законопроект «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо врегулювання деяких нестандартних форм зайнятості» від 23 жовтня 2020 р., визначено переваги та недоліки вказаного законопроекту з урахуванням положень Директиви (Євросоюз) 2019/1152 Європейського Парламенту та Ради від 20 червня 2019 р. про створення прозорих і передбачуваних умов праці у Європейському Союзі.

Запропоновано на законодавчому рівні визначити положення щодо регулювання нетипових трудових відносин із метою забезпечення розвитку нових форм зайнятості в Україні, що б відповідали реаліям сьогодення і водночас сприяли захисту трудових прав працівників і слугували гарантіями для працівника, котрий обере цю форму зайнятості.

Отримані результати дослідження підтверджують, що у сфері розвитку нетипових форм зайнятості в Україні є низка невирішених питань, зокрема недосконалість законодавчої бази, яка вимагає приведення національного трудового законодавства у відповідність до загальних тенденцій розвитку європейського трудового законодавства.

Ключові слова: нетипова зайнятість, праця, робота за викликом, трудовий договір із нефіксованим робочим часом, трудові відносини, трудовий договір.

The article highlights the specification of work with flexible workplace hours, the problems of legal regulation and the peculiarities of the contractual relationship which mediates the work on call. It is emphasized that the employment agreement is the main and basic form of employment relations.

It is determined that along with such types of employment contracts as temporary and seasonal work, it is advisable to distinguish such type of employment contract as “employment contract on call”. It is emphasized that such an agreement is executed as a result of concluding an employment contract with specific conditions, and not a civil one, as the existence of a concluded employment contract is one of the key signs of the existence of labour relations. It is established that an employment contract with fixed working hours in the science of labour law should be considered as one of the forms of non-typical labour relations.

In accordance with this article, a draft law “On Amendments to the Labour Code of Ukraine to regulate some non-standard forms of employment” from 23.10.2020, identifies the advantages and disadvantages of this bill, taking into account the provisions of Directive (EU) 2019/1152 European Parliament and Council of 20 June 2019 on the creation of transparent and predictable working conditions in the European Union.

It is proposed at the legislative level to define provisions for the regulation of non-typical labour relations in order to ensure the development of new forms of employment in Ukraine, which would correspond to today’s realities and at the same time help protect workers’ labour rights and serve as guarantees for the employee who chooses this form of employment.

The results of the study confirm that during the reform in the development of non-typical forms of employment in Ukraine there are a number of unresolved issues, including imperfection of the legal framework in resolving these issues, which requires bringing national labour legislation in line with general trends in European labour law.

Key words: nontypical employment, work, work on call, employment agreement with flexible workplace hours, labor agreement, employment relations, employment agreement.

Актуальність проблеми. Нині не лише Україну, а й увесь світ сколихнула пандемія коронавірусу COVID-19. Однією із проблем, яка постала перед роботодавцями, є необхідність зберегти баланс між потребами підприємства та правами працівників.

Відповідно до п. 2.1 Прикінцевих положень Закону 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. на період встановлення карантину або обмежувальних заходів, пов’язаних із поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19), роботодавець може доручити працівникові, у т. ч. державному службовцю, службовцю органу місцевого самоврядування, виконувати протягом певного періоду роботу, визначену трудовим договором, вдома, а також надати працівнику, у т. ч. державному службовцю, службовцю органу місцевого самоврядування, за його згодою відпустку.

Потрібно зауважити, що до прийняття цього Закону у чинному трудовому законодавстві не було спеціальної юридичної конструкції, яка б передбачала можливість оформити дистанційну (надомну) роботу працівнику. Законодавець урегулював легальність переведення працівників на дистанційну роботу, якщо доти працівник працював у звичайному режимі [1, с. 97]. Такі зміни дали

можливість роботодавцям оптимізувати робочий процес під час дії карантинних обмежень без порушення прав працівників.

Проте низка підприємств не могли перевести працівників на дистанційний режим роботи, оскільки так вони фактично припиняли роботу внаслідок дії карантинних обмежень. Йдеться здебільшого про сферу надання послуг (ресторанно-готельну, діяльність у сфері послуг краси тощо). У зв'язку з цим актуальним питанням було би впровадження такого виду роботи, як «робота з нефіксованим робочим часом» і врегулювання її на законодавчому рівні. Проте донині питання про можливість роботи з нефіксованим робочим часом не має належного правового регулювання.

Стан дослідження проблеми. Питання правового регулювання нетипових трудових відносин були і залишаються предметом дослідження багатьох науковців, серед яких В. Венедиктов, Н. Вишневська, С. Головіна, І. Кисельов, А. Лушніков, М. Лушнікова, Д. Морозов, О. Моцна, Н. Нікітіна, О. Пашков, О. Прилипко, О. Процевський, О. Римкевич, В. Сойфер, Г. Чанишева, О. Ярошенко.

Мета дослідження – з'ясувати особливості та специфіку нетипових трудових відносин, провести їх паралель із відносинами, які виникають із цивільно-правових договорів, проаналізувати розробки науковців щодо характеристики основних тенденцій розвитку правового регулювання роботи з нефіксованим робочим часом як важливої складової частини трудового права, що забезпечила б максимальну реалізацію прав працівників і становила одночасно економічні гарантії для підприємства.

Виклад основного матеріалу. Право на працю є конституційно гарантованим правом кожного громадянина. Відповідно до ст. 43 Конституції України кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [2]. Щодо вільного обрання виду реалізації права на працю є певні питання.

Законодавством про працю передбачено реалізацію працівниками права на працю внаслідок укладення трудового договору на підприємстві, в установі, організації або з фізичною особою, тобто трудовий договір виступає основною та базовою формою виникнення трудових відносин.

У ст. 21 Кодексу законів про працю України [3] зазначено, що трудовий договір – 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 – виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін. Отже, сторонами трудового договору є працівник і власник підприємства, установи організації або уповноважений ним орган чи фізична особа.

Укладення трудового договору сприяє захисту трудових прав працівника і, як наслідок, задоволенню його особистих і суспільних потреб. Важливо, щоб такий договір був укладений на невизначений строк, адже строковість будь-яких правових відносин є менш бажаною для працівника та не гарантує йому належний рівень соціальної захищеності [4, с. 147]. Стосовно цього можна погодитися із твердженням, що укладення трудового договору найбільше сприяє захисту трудових прав працівника. Однак щодо визначення строків у трудовому договорі, то не завжди це є не на користь працівника, що може перешкоджати належному рівню його соціальної захищеності чи породжувати нестабільність трудових відносин.

Доцільно зазначити, що законодавство про працю передбачає такі види трудового договору: про тимчасову та сезонну роботи.

Трудові договори про тимчасову роботу укладають із працівниками, прийнятими на роботу на строк до двох місяців, а для заміщення тимчасово відсутніх працівників, за якими зберігається їхнє місце роботи (посада), – до чотирьох місяців. Під час укладання договорів про тимчасову роботу застосовують правила, визначені Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про умови праці тимчасових робітників і службовців» від 24 вересня 1974 р. № 311 у редакції від 04 квітня 1991 р. [5]. Крім того, в наказі чи розпорядженні про прийняття на роботу повинно бути зазначено, що працівника приймають на тимчасову роботу, або визначено строк його роботи.

Стосовно укладення трудових договорів про сезонну роботу доцільно зауважити, що сезонними вважають роботи, які через певні природні чи кліматичні умови виконуються не весь рік, а протягом певного періоду (сезону), але не більше 6 місяців. Під час укладання трудових договорів про сезонну роботу застосовують правила, передбачені Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про умови праці робітників і службовців, зайнятих на сезонних роботах» від 24 вересня 1974 р. № 310 у редакції від 04 квітня 1991 р. [6]. Крім того, є Перелік сезонних робіт, визначений Списком сезонних робіт і сезонних галузей, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 28 березня 1997 р. № 278 у редакції від 14 листопада 2019 р. [7].

У зв'язку з цим вважаємо, що доцільно серед таких видів трудових договорів виокремити «трудовий договір про роботу за викликом». Водночас трудовий договір про роботу за викликом необхідно оформлювати укладенням трудового, а не цивільно-правового договору з конкретними умовами, оскільки наявність укладеного трудового договору – це одна з основних ознак трудових правовідносин.

Актуальність теми підтверджує оприлюднений 23 жовтня 2020 р. на сайті СПО об'єднань профспілок законопроект «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо врегулювання деяких нестандартних форм зайнятості». У ньому запропоновано, зокрема, внести ст. 21^1, що дозволить запровадити нову особливу форму трудового договору – трудовий договір із нефіксованим робочим часом [8]. У пояснювальній записці до вказаного законопроекту зазначено, що такі договори впроваджують як альтернативу договорам цивільно-правового характеру.

Проаналізувавши вказаний законопроект, можемо виокремити як позитивні, так і негативні аспекти такого нововведення, як трудовий договір із нефіксованим робочим часом.

Перевагою цього виду договорів є те, що працівник зможе працювати одночасно в кількох роботодавців і матиме такі базові соціальні гарантії, як лікарняні, відпустки тощо, що посилить мобільність працівника. У нього буде більша свобода вибору для реалізації права на працю. Позитивним у цьому законопроекті є й те, що зафіксовано квоту можливої кількості укладення договорів із нефіксованим робочим часом на підприємстві. Так, кількість трудових договорів із нефіксованим робочим часом у одного власника (уповноваженого ним органу) становитиме не більше 10% загальної кількості укладених ними договорів. Таке положення можна вважати гарантією недопущення зловживання роботодавцями укладенням трудових договорів цього виду. Крім того, передбачено, що такий трудовий договір обов'язково має містити спосіб повідомлення працівника про наявність роботи і від працівника – про готовність приступити до виконання роботи. Важливо й те, що у проекті передбачено мінімальну тривалість робочого часу працівника, котрий виконує роботу на підставі договору з нефіксованим робочим часом протягом календарного місяця, – 8 годин.

Недоліками цього законопроекту, а точніше моментами, які потрібно доопрацювати, є те, що не запропоновано на законодавчому рівні чітких строків повідомлення працівника про наявність роботи. Натомість спосіб такого повідомлення пропонують визначати в самому трудовому договорі. Викликає занепокоєння також визначення трудового договору з нефіксованим робочим часом. Відповідно до визначення обов'язок працівника виконувати роботу виникає тоді, коли роботодавець надав цю роботу, без гарантії того, що вона буде надаватися постійно. Навіщо тоді укладати такі договори, якщо вони можуть розглядатися і як виконання разової роботи внаслідок укладення цивільно-правових договорів? У цьому разі ніхто не дає ніяких гарантій щодо забезпечення трудових прав працівника, тому зазначене визначення потребує доопрацювання та коригування.

Щодо співвідношення трудового та цивільно-правового договорів про працю доцільно проаналізувати роботу Галії Інсафівни Чанишевої. Авторка, аналізуючи чинне законодавство України, виокремила такі відмінності вказаних договорів: предметом трудового договору є виконання працівником певної роботи, визначеної угодою сторін трудової функції; працівник зобов'язується виконувати певну роботу або займати певну посаду в організації, а роботодавець – забезпечити його цією роботою, надавати засоби виробництва, обладнання, механізми тощо, давати конкретні завдання; роботодавець має право доручити працівнику виконати будь-яке завдання в межах роботи, зумовленої трудовим договором; водночас предметом цивільно-правового договору є матеріалізований продукт праці або завдання одноразового характеру; тобто предметом цивільно-правового договору є кінцевий результат праці. Специфіка предмета визначає й дію договорів у часі: цивільно-правовий договір припиняється з моменту виконання сторонами взятих на себе обов'язків, трудовий договір має тривалий характер, тобто, за загальним правилом, виконання сторонами своїх обов'язків стосовно один одного не припиняє дію договору [9, с. 208–209].

Стосовно цього поділяємо думку О.С. Пашкова, котрий стверджує, що трудові правовідносини, які випливають із цивільно-правових договорів, мають бути включені до предмета трудового права [10, с. 80]. Під час внесення змін до Кодексу законів про працю щодо запровадження такої особливої форми трудового договору, як трудовий договір із нефіксованим робочим часом потрібно не переступити тонкої грані між трудовими та цивільно-правовими відносинами та врахувати можливі «підводні камені спотикання».

Вважаємо, що трудовий договір із нефіксованим робочим часом у науці трудового права необхідно розглядати як одну із форм нетипових трудових відносин, яка підпадає під категорію «роботи за викликом».

Розглянемо більш детально, як учені визначають нетипові трудові відносини, або альтернативну форму зайнятості.

І.Я. Кисельов зазначає, що довгий час більшість видів атипової зайнятості «перебувало на узбіччі» правового регулювання праці та не вкладалося у класичну конструкцію трудового договору як угоди з найму на невизначений термін, укладеної на повний робочий час, що оформляє здебільшого трудові відносини безпосередньо на підприємстві роботодавця. Все, що не входило в цю схему, виключалося зі сфери дії правового регулювання праці або наражалося на певні обмеження, встановлені специфічними нормами та конструкціями, історично усталеними у трудовому праві. Крім того, як виявилося, наявні прогалини перешкоджали його пристосуванню до соціальної реальності та залишали без захисту багатьох працівників. Одним із перших нововведень у правовому регулюванні праці в окремих країнах стала зростаюча увага до атипових форм зайнятості, яка посилилася у зв'язку з необхідністю у нормальному функціонуванні ринку праці, задоволенні особливих потреб певних груп працівників цієї форми зайнятості, розробці нормативної бази для її регулювання і насамперед для захисту прав та інтересів працівників, зайнятих у цій сфері [11].

Л.В. Котова як альтернативну форму зайнятості визначає трудову діяльність працівників певної класифікаційної групи, передбачену або не заборонену чинним законодавством України. Однак така діяльність за особливістю організації режиму робочого часу, робочого місця й умов праці не відповідає стандартним (типовим) правилам і потребує спеціального механізму правового регулювання й організаційно-економічного забезпечення [12, с. 85–86]. Отже, трудовий договір із нефіксованим робочим часом підпадає під альтернативну форму зайнятості, оскільки його специфіка пов'язана з особливістю організації режиму робочого часу, яка не відповідає стандартним правилам і потребує спеціального механізму правового регулювання в Україні. Проте потрібно врахувати і ризики, що можуть нести відносини, пов'язані з реалізацією таких нетипових трудових відносин.

Досліджуючи безпосередньо питання роботи за викликом, Я.В. Свічкарьова угоди про роботу за викликом поділила на два види. Першим видом договорів із працівниками за викликом є так звані «угоди мінімум-максимум» (min-max contracts), коли встановлюється нижча межа робочого часу, відпрацювання якої повинен забезпечити роботодавець, а також верхня межа робочих годин, яку зобов'язаний відпрацювати працівник за наявності виклику. Другий вид отримав назву «угода нуль годин» (zero-hours contract). Сутність її полягає в тому, що роботодавець не зобов'язаний надавати працівникові роботу та не несе відповідальності (наприклад, у вигляді виплати визначеної компенсації) за її ненадання. Ні мінімальну тривалість робочого часу, ні режим роботи сторони не узгоджують. Робота може бути не надана зовсім, що позбавляє працівника гарантій зайнятості й отримання заробітної плати. Водночас «угоди нуль годин» поділяють на два види. Відповідно до першого виду працівник зобов'язаний виконувати роботу за викликом роботодавця, другий передбачає можливість працівника відмовитися від такої роботи. Спільним для обох видів є те, що у роботодавця немає обов'язку надавати роботу [13, с. 128–129]. Отже, запропонований у Проекті договір, яким передбачено доповнити Кодекс законів про працю ст. 21^1 («трудовий договір із нефіксованим робочим часом»), частково підпадає під категорію договору «нуль годин». На законодавчому рівні планується визначити мінімальну тривалість робочого часу за таким видом договору, на відміну від договору «нуль годин», яким мінімальна тривалість робочого часу не узгоджується.

Задля адаптації національного законодавства до норм європейського права доцільно розглянути Директиву (ЄС) 2019/1152 Європейського Парламенту та Ради від 20 червня 2019 р. про створення прозорих і передбачуваних умов праці у Європейському Союзі, прийняту для забезпечення розвитку нових форм зайнятості, надання працівникам нових мінімальних прав, для заохочення і гарантування належного рівня прозорості, безпеки та передбачуваності щодо їхніх трудових відносин і умов праці, з підтриманням обґрунтованої адаптованості ринку праці та гнучкості нетипових форм зайнятості [14]. Відповідно до п. 21 вказаної Директиви, якщо через характер зайнятості зазначити фіксований робочий графік неможливо, наприклад, у разі договору про роботу на вимогу, роботодавці повинні інформувати працівників про те, як буде установлено їхній робочий час, зокрема в які інтервали їх можуть викликати на роботу, та мінімальний термін повідомлення, яке вони повинні отримати перед початком виконання робочого завдання. Пп. 30, 31 та 34 Директиви визначають, що працівникам,

режим роботи яких повністю або частково непередбачуваний, потрібно забезпечити мінімальний ступінь передбачуваності, якщо їхній робочий графік установлює переважно роботодавець чи то прямо, наприклад, унаслідок розподілу робочих завдань, чи то непрямо шляхом покладення на працівника обов'язку відповідати на запити клієнтів. Базові години та дні, які потрібно розуміти як інтервали часу, у які на вимогу роботодавця може виконуватися робота, повинні бути визначені у письмовій формі на початку трудових відносин. Якщо працівник, режим роботи котрого повністю або переважно непередбачуваний, домовився зі своїм роботодавцем про виконання конкретного робочого завдання, то він повинен мати можливість планувати свою роботу відповідно. Працівник повинен бути захищений належною компенсацією від утрати доходу через несвоєчасне скасування погодженого робочого завдання. Наголошено, що особливо непередбачуваними для працівника є договори про роботу на вимогу або аналогічні договори, зокрема договори з нульовим часом, за якими роботодавець може викликати його на роботу тоді, коли це потрібно. Держави-члени, які допускають укладення таких договорів, повинні забезпечити вжиття ефективних заходів для запобігання зловживанню ними. Такі заходи можуть набувати форми обмежень використання і терміну дії таких договорів або форми спростовуваної презумпції існування трудового договору чи трудових відносин із гарантованою кількістю оплачуваних годин на основі кількості годин, відпрацьованих за попередній базовий період, або інших еквівалентних заходів, що забезпечують ефективне запобігання зловживанням [15].

Згадана вище Директива була представлена в Реферативному огляді Європейського права інститутом законодавства Верховної Ради України у випуску № 3 2019 р. для оперативного системного інформування державних органів, наукових установ і громадськості щодо прийняття європейських законодавчих актів, розвитку європейської правової доктрини та практики Європейського суду з прав людини для адаптації національного законодавства до норм європейського права.

Узагальнюючи положення вказаної Директиви для забезпечення розвитку нових форм зайнятості в Україні, які б відповідали реаліям сьогодення і водночас сприяли захисту трудових прав працівників, котрі б могли обирати такі нетипові трудові відносини, як роботу з нефіксованим робочим часом, вважаємо за доцільне на законодавчому рівні визначити:

– механізм встановлення робочого часу для роботи з нефіксованим робочим часом, кількість базових годин і днів протягом місяця, які має відпрацювати працівник;
– мінімальний термін повідомлення, котре роботодавець повинен надати працівникові перед початком виконання робочого завдання;
– мінімально допустиму тривалість робочого тижня;
– погодинну мінімальну оплату праці;
– компенсацію від утрати доходу через несвоєчасне скасування погодженого робочого завдання.

Наведені нами положення дадуть можливість розвинути нетипові форми зайнятості в Україні, оскільки слугують гарантіями для працівника, який обере цю форму зайнятості.

Висновки. Отже, закріплення в Україні на законодавчому рівні трудових договорів з нефіксованим робочим часом з працівником може бути одним із шляхів зниження безробіття в країні. Для цього потрібно розробити норми правового регулювання, які будуть враховувати національне трудове законодавство і відповідати загальним тенденціям розвитку європейського законодавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Боднарчук О.Г., Боднарчук О.І. Щодо переведення науково-педагогічних (наукових) працівників на дистанційну (надомну) роботу у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19): новації законодавства. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 5. 2020. С. 96–99. URL: http://lsej.org.ua/5_2020/23.pdf (дата звернення 21.11.2020).
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254 к/96–ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 21.11.2020).
3. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text (дата звернення 21.11.2020).
4. Олексів І.І. Строковий трудовий договір як одна із форм забезпечення повної і продуктивної зайнятості. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Вип. 51. Т. 1. С. 147–150.
5. Про умови праці тимчасових робітників і службовців : Указ Президії Верховної Ради СРСР від 24 вересня 1974 р. № 311–09, в редакції від 04 квітня 1991 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0311400-74#Text (дата звернення 21.11.2020).
6. Про умови праці робітників і службовців, зайнятих на сезонних роботах : Указ Президії Верховної Ради СРСР від 24 вересня 1974 р. № 310-09 в редакції від 04 квітня 1991 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0310400-74#Text (дата звернення 21.11.2020).
7. Про затвердження Списку сезонних робіт і сезонних галузей : Постанова Кабінету Міністрів України № 278 від 28 березня 1997 р. в редакції від 14 листопада 2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/278-97-%D0%BF#Text (дата звернення 21.11.2020).
8. Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо врегулювання деяких нестандартних форм зайнятості : Проект Закону України № 3501-02/64210-07 від 23 жовтня 2020 р. URL: http://spo.fpsu.org.ua/images/2020/2749.pdf (дата звернення 21.11.2020).
9. Чанишева Г.І. Співвідношення трудового договору із цивільно-правовими договорами про працю. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2012. № 65. С. 203–213.
10. Пашков А.С. Проект нового Трудового кодекса. *Государство и право*. 1995. № 23. С. 76–85.
11. Киселев И.Я. Новый облик трудового права в странах Запада: прорыв в постиндустриальное общество. *Управление персоналом*. 2002. № 4. URL: http://ecsocman.hse.ru/text/18009905/ (дата звернення 21.11.2020).
12. Котова Л.В. Поняття та юридична природа альтернативних форм зайнятості у сучасних умовах. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2012. № 25. С. 83–93.
13. Свічкарьова Я.В. Робота за викликом: договір «нуль годин». *Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна.* 2014. № 1137. Вип. 18. С. 127–134.
14. Реферативний огляд європейського права: інформаційно-аналітичний дайджест. URL: http://instzak.rada.gov.ua/uploads/documents/31827.pdf (дата звернення 21.11.2020).
15. Директива (Євросоюз) 2019/1152 Європейського Парламенту та Ради від 20 червня 2019 р. про створення прозорих та передбачуваних умов праці в Європейському Союзі. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_dialogue/lab_admin/documents/genericdocument/wcms_748901.pdf (дата звернення 21.11.2020).

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/57

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ ЗА МОБІНГ: НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА СВІТОВИЙ ДОСВІД

EMPLOYER'S RESPONSIBILITY FOR MOBBING: NATIONAL LEGISLATION AND GLOBAL EXPERIENCE

Грекова М.М., к.ю.н.,
доцент кафедри конституційного, адміністративного, екологічного та трудового права
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Греков Є.А., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного, господарського і фінансового права
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Галєєв Я.В., студент V курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню актуальної проблеми запровадження відповідальності роботодавця за мобінг на робочому місці. Досліджено правову природу поняття «мобінг», види та зміст відповідальності роботодавця за мобінг у процесі праці, а також можливі способи імплементації поняття «мобінг» у систему національного трудового законодавства.

Проаналізовано чинне національне законодавство на предмет можливості притягнення роботодавця до відповідальності за мобінг та проєкти законів, які визначають сутність останнього і встановлюють відповідальність за мобінг у процесі праці.

Виокремлено можливі варіанти запровадження відповідальності роботодавця за мобінг через трудоправову відповідальність (інститут матеріальної відповідальності роботодавця), цивільно-правову відповідальність і адміністративно-правову відповідальність. Обґрунтовано можливість реалізації трудоправової відповідальності через інститут матеріальної відповідальності роботодавця, який зобов'язаний забезпечити систему нешкідливих і безпечних умов праці.

Детально проаналізовано досвід Сполучених Штатів Америки щодо застосування механізму трудоправової відповідальності роботодавця як найефективніший спосіб боротьби з мобінгом на робочому місці. Встановлено, що американська судова практика розглядає притягнення роботодавця саме до матеріальної відповідальності найефективнішим способом боротьби з мобінгом на робочому місці. Крім того, судова практика США виходить з антидискримінаційного підходу щодо захисту працівників від мобінгу з боку роботодавця в межах трудових відносин.

Проаналізовано можливість впровадження цивільно-правової відповідальності роботодавця, з урахуванням особливостей трудових відносин, крізь призму відшкодування моральної шкоди працівнику, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя. Зроблено висновок, що проблема дифузії цивільно-правової відповідальності та матеріальної відповідальності у трудовому праві може ускладнити процедуру притягнення роботодавця до матеріальної відповідальності, але при цьому значно підвищиться рівень компенсаційного характеру цієї відповідальності.

На підставі результатів дослідження зроблено висновок, що цивільно-правовий підхід до відшкодування шкоди, завданої мобінгом у процесі праці як самим роботодавцем, так і іншими працівниками, неможливий, бо виключно роботодавець є відповідальним за створення безпечних і нешкідливих умов праці.

Здійснено аналіз застосування механізму цивільно-правової відповідальності в Італії. На підставі результатів дослідження зроблено висновок, що Італія вибрала інший шлях, ніж США, через розширене тлумачення поняття «мобінг» і включення наслідків мобінгу до складу моральної шкоди, а отже, цей спосіб захисту базується, в першу чергу, на системі цивільного права і виходить за межі трудових відносин.

Проаналізовано зареєстровані проєкти законів, у контексті запровадження адміністративної відповідальності за мобінг на робочому місці. Досліджено основні види адміністративних стягнень, що передбачаються, здійснено порівняння з кримінальним законодавством Іспанії.

Ключові слова: мобінг, психологічний тиск, відповідальність, удосконалення трудового законодавства.

The article is devoted to the study of the current problem of introducing the responsibility of the employer for mobbing in the workplace. The legal nature of the concept of "mobbing", the types and content of the employer's responsibility for mobbing in the process of work, as well as possible ways to implement the concept of "mobbing" in the system of national labor legislation.

The current national legislation on the possibility of bringing the employer to justice for mobbing and draft laws that define the essence of the latter and establish responsibility for mobbing in the process of work are analyzed.

Possible options for the introduction of employer liability for mobbing through: labor liability (institute of liability of the employer); civil liability; administrative and legal liability. The possibility of realization of labor responsibility through the institute of material responsibility of the employer which is obliged to provide system of harmless and safe working conditions is proved.

The experience of the United States of America in applying the mechanism of labor responsibility of the employer as the most effective way to combat mobbing in the workplace is analyzed in detail. It is established that the American jurisprudence considers bringing the employer to financial responsibility the most effective way to combat mobbing in the workplace. In addition, US case law is based on an anti-discriminatory approach to the protection of employees from mobbing by the employer within the employment relationship.

The possibility of introducing civil liability of the employer, taking into account the peculiarities of labor relations, through the prism of compensation for moral damage to the employee, if violations of his legal rights led to moral suffering, loss of normal life and require additional efforts to organize their lives. It is concluded that the problem of diffusion of civil liability and liability in labor law may complicate the procedure of bringing the employer to liability, but at the same time, significantly increase the level of compensatory nature of this liability.

Based on the results of the study, it is concluded that a civil law approach to compensation for damage caused by mobbing in the process of work by the employer and other employees is impossible, because the employer is solely responsible for creating safe and harmless working conditions.

An analysis of the application of the mechanism of civil liability in Italy. Based on the results of the study, it is concluded that Italy has chosen a different path than the United States, due to an expanded interpretation of the concept of "mobbing" and the inclusion of the consequences of mobbing in the moral damage, and therefore this method of protection is based primarily boundaries of labor relations.

Registered draft laws are analyzed in the context of the introduction of administrative liability for workplace mobbing. The main types of administrative penalties envisaged are investigated, a comparison with the criminal legislation of Spain is made.

Key words: mobbing, psychological pressure, responsibility, improvement of labor legislation.

На сучасному етапі розвитку України з конституційно визначеним євроатлантичним курсом актуальність гармонізації національного законодавства із законодавством держав-членів Європейського Союзу є беззаперечною. Зокрема, з урахування реформування чинного трудового законодавства й узгодження його з положеннями міжнародних та європейських стандартів щодо забезпечення належних психологічних умов праці. Реформа трудового законодавства в Україні має сприяти утвердженню суспільства, в якому б визнавалися, дотримувалися й захищалися права людини у сфері праці, а саме право на безпечні психологічні умови праці (психологічний комфорт та клімат на робочому місці, протидія мобінгу тощо) та наявність законодавчо-визначеного компенсаційного механізму відшкодування шкоди. З огляду на це особливої актуальності набуває розроблення теоретичних аспектів відповідальності за мобінг на робочому місці як правове явище, визначення якого відсутнє в нормативно-правовій сфері трудових відносин, а також з'ясування перспектив запровадження та подальшого розвитку відповідальності роботодавця перед працівником у контексті напрацювання пропозицій створення справедливого компенсаційного механізму за мобінг у процесі праці.

Ступінь наукової розробленості теоретичних і практичних проблем протидії мобінгу у процесі праці не можна назвати достатнім. В Україні за період її існування як незалежної держави комплексних досліджень із цих питань не провадилося.

Серед наукових розробок необхідно виділити праці зарубіжних вчених щодо питань визначення сутності поняття «мобінг»: Х. Леймана, К. Лоренца, Д. Ольвеуса, Д. Лейна. Також дослідження щодо протидії та відповідальності за мобінг на робочому місці: Steins, G., Weiner, B., Yamada, D., J. Squelch, J., Guthrie, R., Lippel, K.

Сучасні роботи вітчизняних науковців Л.П. Геращенко, О.А. Трюхан, Л. Ю. Тімофєєвої, Т.А. Коляди, Н.А. Чередніченко та інших лише частково торкаються проблеми вдосконалення національного законодавства або описують його невідповідність європейським чи світовим стандартам щодо окремого правового інституту, який є основним предметом їх дослідження. Саме тому проблеми вдосконалення національного законодавства з питань запровадження відповідальності роботодавця за мобінг у процесі праці потребують комплексного наукового розроблення.

Наукова і практична значимість зазначених проблем, недостатня розробленість їх у науці трудового права, а також дискусійний характер багатьох питань зумовили вибір теми цього дослідження. Розвиток трудових відносин, зокрема, залучення іноземців до трудової діяльності в України (особливо ІТ-сфера), підвищення інвестиційної привабливості України вимагає створення нормативно-правового забезпечення, як із точки зору охорони прав працівників, так і з точки зору урегулювання належної процедури захисту працівника на робочому місці від мобінгу.

Завдання статті є дослідження і визначення правової природи та змісту відповідальності роботодавця за мобінг на робочому місці, крім того, подальше напрацювання пропозицій щодо вдосконалення чинного трудового законодавства. Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі завдання: визначити поняття та ознаки мобінгу у трудових правовідносинах; виокремити загальні критерії відповідальності роботодавця перед працівником за мобінг на робочому місці; визначити можливі межі відповідальності роботодавця за мобінг.

Мобінг виступає новітнім правовим феноменом у національному трудовому законодавстві та вимагає належного правового регулювання. Захист від утисків та цькувань, а також забезпечення психологічного здоров'я працівника на робочому місці є одним з основних напрямів вдосконалення європейського законодавства: EU Health and Safety Framework Directive (89/391/EEC), Directives 2000/43 and 2000/78 on Equality of Treatment [1, p. 1].

Тривала відсутність легального визначення поняття «мобінг» у національному законодавстві вимагає дослідження як іноземної, так і національної доктрини, а також зарубіжних законодавчих напрацювань. Важливо констатувати те, що протягом останнього десятиліття в Україні були неодноразові законодавчі спроби та ініціативи, які частково врегульовували питання протидії мобінгу або відповідальності за мобінг, зокрема, з боку роботодавця. Проте всі спроби залишилися на рівні законопроєктів. Перший проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії мобінгу від 01.03.2019 р. за № 10118 [2] не є спеціалізованим нормативно-правовим актом, який містить комплексне регулювання питання мобінгу на робочому місці. Цей проєкт швидше схожий на намагання суб'єктів законодавчої ініціативи подолати законодавчу прогалину способом «латання» законодавства, а не внесенням комплексних змін. Зокрема, проєкт визначає поняття «мобінг (цькування)» встановлює перелік спеціальних суб'єктів діяння (учасників трудових відносин), різновидів мобінгу (психологічний, економічний, фізичний, із застосуванням засобів електронних комунікацій) та мету діяння (створення стосовно них напруженої, ворожої, образливої атмосфери та примушування учасника трудових відносин до зміни місця роботи). Крім того, було передбачено запровадження адміністративної відповідальності за мобінг.

На нашу думку, в запропонованому проєкті наявні недоліки, починаючи з використання подвоєної термінології, що з точки нормотворчої техніки є недопустимим, бо створює неоднозначність тлумачення, а з урахуванням наявних законодавчих змін, подвоєне використання одного терміна «цькування» для пояснення двох різних явищ «мобінг» та «булінг».

До Кодексу Законів про працю, фактично, були внесені лише технічні правки, які мали бланкетний характер, що, на нашу думку, є необґрунтованим, оскільки, встановлюючи виключно адміністративну відповідальність без створення механізмів подолання мобінгу за допомогою положень чинного трудового законодавства, законодавець позбавляє працівника та роботодавця змоги вирішити це питання в рамках трудових відносин із можливістю застосування компенсаційної функції трудового права. У цьому випадку варто пам'ятати, що відповідно до ч. 1 ст. 153 Кодексу Законів про Працю «на всіх підприємствах, в установах, організаціях створюються безпечні і нешкідливі умови праці» [3].

Другий законопроєкт подався як альтернативний, Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо попередження та протидії мобінгу від 18.03.2019 р. за № 10118-1 [4]. Цим законопроєктом також визначалось поняття «мобінг». Зокрема, аналізуючи законопроєкт, можна констатувати, що визначення є більш абстрактним та концентрації уваги авторів на психологічному комфорті праці, що узгоджується з доктринальними поглядами. Крім цього, у цьому випадку зміни щодо розуміння мобінгу вносяться саме в Кодекс Законів про працю,

що, на нашу думку, є виправданим, оскільки відбувається пряма прив'язка до трудового законодавства. Разом із цим законопроєкт також передбачає запровадження адміністративної відповідальності за мобінг. Проте, якщо аналізувати законопроєкти з точки зору деталізації, то законопроєкт від 01.03.2019 р. № 10118 є більш конкретизованим.

Останній законопроєкт, який пропонував зміни щодо мобінгу, був нині відкликаний, як і решта законопроєктів, проєкт Закону України «Про працю» [5]. Проте у цьому випадку йдеться про законодавче впровадження поняття «мобінг» у контексті рівності та забезпечення права на працю, але конкретні шляхи подолання або попередження мобінгу не визначені, що свідчить про відсутність захисту працівника в практичній площині та неможливість практичного застосування.

Звернення до досвіду законодавчого регулювання протидії мобінгу, на нашу думку, є зрозумілим в умовах гармонізації національного та європейського законодавства. В Європейському Союзі є дві основні моделі нормативного-правового регулювання протидії мобінгу та відповідальності, які визначають безпосередні способи захисту.

Перший спосіб – це закріплення поняття мобінгу як різновиду дискримінації на робочому місці, а отже, можливість застосування системи антидискримінаційного національного законодавства. Цей спосіб застосований у законопроєкті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії мобінгу» від 01.03.2019 р. № 10118.

Першоджерелом такого способу попередження мобінгу виступає Директива Європейського Союзу «Щодо встановлення загальних рамок рівності, оправного поводження у сфері зайнятості і професійної діяльності» № 2000/78/ЄС [6], яка закріплює класичне визначення мобінгу, хоча без конкретизації цього поняття.

Другий спосіб базується на системі охорони праці і має пряме відображення в національному законодавстві, а саме положення ч. 1 ст. 153 КЗпП, щодо безпечних та нешкідливих умов праці. Такий спосіб захисту наявний, наприклад, у Фінляндії [7, с. 300].

Таким чином, можливо резюмувати, що нині в Україні наявна законодавча прогалина щодо регулювання та визначення питання мобінгу в трудових правовідносинах. Подані раніше законопроєкти не були прийняті та містили недоліків, які б ускладнювали можливість реального подолання проблеми мобінгу. Проте наявність законодавчого інтересу вказує на можливість прийняття законодавчих змін щодо протидії мобінгу в найближчому майбутньому. У контексті нашого дослідження визначати поняття «мобінг» необхідно відповідно до класичного тлумачення, яке було запропоновано Х. Лейманом: «Мобінг – це психологічний терор, який включає систематично повторюване вороже і неетичне відношення одного або кількох людей, спрямоване проти іншої людини, в основному однієї» [8].

Проаналізувавши сутність поняття «мобінг», а також наявні способи захисту, необхідно звернутися до національного нормативного регулювання протидії та запобігання мобінгу в процесі праці. З урахуванням останніх законодавчих ініціатив та системності чинного трудового законодавства можна виокремити три основних різновиди юридичної відповідальності роботодавця за мобінг: трудоправова відповідальність (інститут матеріальної відповідальності), цивільно-правова відповідальність та адміністративна відповідальність.

Як зазначає Г.І. Чанишева, матеріальну відповідальність роботодавця за шкоду, заподіяну працівникові, варто визначити як обов'язок роботодавця відшкодувати шкоду, заподіяну працівникові внаслідок невиконання або неналежного виконання своїх трудових обов'язків, у розмірі і порядку, передбаченому законодавством [9, с. 145]. В основу матеріальної відповідальності роботодавця покладено невиконання або неналежне виконання роботодавцем власних трудових обов'язків. Разом із цим, аналізуючи норми КЗпП, можна дійти висновку про досить незначну кількість обов'язків роботодавця перед працівником. Один з обов'язків закріплений у ст. 153 КЗпП щодо забезпечення роботодавцем безпечних і нешкідливих умов праці. Проблематика диспозиції цієї статті щодо забезпечення безпечних і нешкідливих умови праці є наскрізною, оскільки з урахуванням наявних законодавчих прогалин лише через цю норму можна довести наявність мобінгу щодо працівника, застосовуючи системне або телеологічне тлумачення нормативно-правових актів.

Своєю чергою, оскільки запровадження додаткової підстави матеріальної відповідальності роботодавця вимагає комплексних нормативно-правових змін, важливо врахувати наявний позитивний досвід застосування подібних законодавчих категорій в інших державах. Цікавим є досвід Сполучених Штатів Америки щодо притягнення роботодавця до матеріальної відповідальності за мобінг. Показовим у цьому випадку є справа Francis C. Dunlavey [10, p. 181–182], де працівнику була виплачена компенсація за «for a mental-mental injury», тобто за психічний розлад, який був спричинений депресією, яка, на думку лікарів, була викликана робочою атмосферою заявниці. Це був один із найбільш важливих прецедентів у судовій практиці США, оскільки суд відійшов від положень закону про те, що компенсація за психічний розлад, можлива лише за наявності фізичної шкоди. Фактично, було констатовано недотримання роботодавцем положень законодавства штату про безпечні та нешкідливі умови праці, що, на думку суду, можна розглядати як мобінг. Також наявна схожа судова практика, яка вказує на позитивні зобов'язання роботодавця щодо працівника в контексті забезпечення нешкідливих умов праці: у справі Taplin v. Fife Council [2003] суд констатував, що роботодавець зобов'язаний вживати «розумних заходів» задля уникнення можливого ризику психологічного травмування; у справі McLoughlin v. Grovers [2002] судом було констатовано, що роботодавець має виплатити працівнику компенсацію за халатне ставлення до можливих наслідків психічного тиску [11].

Дослідник D. Yamada констатує: «У процесі розгляду позовів про компенсації за мобінг деякі суди вказують, що компенсація працівникам забезпечує виключний спосіб правового захисту та виключає можливість умисного мобінгу з боку роботодавця» [10, p. 177]. Тобто можна стверджувати, що американська судова практика вважає притягнення роботодавця до матеріальної відповідальності найефективнішим способом боротьби з мобінгом на робочому місці. Варто звернути увагу, що судова практика США виходить з антидискримінаційного підходу щодо захисту працівників від мобінгу з боку роботодавця в межах трудових відносин.

Щодо цивільно-правової відповідальності, то, на наш погляд, цікавою є позиція О.М. Лук'янчика, який зазначає, що матеріальна відповідальність роботодавця має базуватись на принципах цивільно-правової відповідальності з урахуванням особливостей трудових відносин, де в основу концепції матеріальної відповідальності роботодавця необхідно покласти принцип повного відшкодування шкоди та збитків, що заподіяні працівнику. З метою посилення захисту прав працівника пропонується розглянути можливість адаптації до трудових відносин інституту забезпечення виконання зобов'язання [12, с. 176]. Звісно, проблема дифузії цивільно-правової відповідальності та матеріальної відповідальності в трудовому праві може ускладнити процедуру притягнення роботодавця до матеріальної відповідальності, але при цьому значно підвищиться рівень компенсаційного характеру цієї відповідальності.

На нашу думку, в основі можливої матеріальної відповідальності роботодавця за мобінг може бути покладений саме компенсаційний механізм, а не каральний. Прояви карального механізму ми простежуються на прикладі запровадження інституту фінансової відповідальності роботодавця за ст. 265 КЗпП, яка базується на принципі вини роботодавця, але у цьому випадку такий вид відповідальності однозначно не є трудоправовим та виходить за межі трудового права.

Механізм цивільно-правової відповідальності роботодавця за мобінг запроваджений в Італії. Зокрема, Верховний суд Італії у своїй практиці активно використовує термін «розлад душі». На думку Верховного суду, у випадку мобінгу на робочому місці, компенсація має покривати всю завдану шкоду [13, p. 29]. Крім цього, у 2018 році було проведено аналіз 35 рішень італійських судів щодо компенсацій за мобінг на робочому місці. Відповідно до результатів дослідження встановлено, що компенсація у розмірі від 51 тисячі євро до 70 тисяч була застосована у 21% рішень, компенсація від 20 тисяч до 50 тисяч євро – у 17%; у 20% рішень компенсація перевищувала 71 тисячу євро; у решті рішень компенсація була не більше 20 тисяч євро [14]. Таким чином, необхідно стверджувати, що Італія вибрала інший шлях, через розширене тлумачення поняття «мобінг» і включення наслідків мобінгу до складу моральної шкоди, а отже, цей спосіб захисту базується, в першу чергу, на системі цивільного права і виходить за межі трудових відносин.

У цьому контексті варто повернутися до напрацювань О.М. Лук'янчикова, який зазначав про необхідність базування матеріальної відповідальності роботодавця на принципах цивільно-правової відповідальності з урахуванням особливостей трудових відносин. Саме тому необхідно проаналізувати ст. 237-1 КЗпП щодо відшкодування моральної шкоди, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя.

Як відомо, відповідальність у трудовому праві (як і в інших галузях права) може наступати лише в разі вчинення суб'єктом правопорушення, у нашому випадку – трудового правопорушення. Під трудовим правопорушенням варто розуміти протиправне, винне невиконання чи неналежне виконання сторонами трудових відносин трудових обов'язків, яке спричинило заподіяння матеріальної і/або немайнової шкоди іншій стороні трудового правовідношення, відповідальність за що передбачена нормами трудового права [15, с. 60]. За допомогою цього визначення ми можемо виділити чотири елементи, які необхідні для констатування наявності трудового правопорушення, а отже, можливості притягнення до відповідальності.

По-перше, наявність протиправних дій із боку роботодавця. Диспозиція ст. 237-1 КЗпП закріплює формулювання «…порушення його законних прав…», саме це вказує на протиправність дій роботодавця. Разом із цим важливо пригадати, що формально юридично чинне законодавство не містить поняття «мобінг», а тим більше будь-яких спеціальних правових механізмів захисту. Тобто виникає проблема з формально-юридичним закріпленням право на захист від психологічного насилля, яке включає систематично повторюване вороже і неетичне ставлення одного або кількох людей. Звісно, можна звернутися до системного способу тлумачення або телеологічного способу тлумачення норм права. У цьому випадку можна констатувати протиправність дій роботодавця в розумінні порушення безпечних умов праці (ст. 153 КЗпП) або з урахуванням Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». На нашу думку, нині можна умовно стверджувати про дотримання цього критерію.

По-друге, трудове правопорушення передбачає вину роботодавця за діяння. На нашу думку, вина роботодавця є найбільш складним елементом. За своєю природою мобінг може бути зі сторони працівників і латентним для самого роботодавця. У такому разі стверджувати про наявність винних дій із боку роботодавця досить складно, але можливо (з урахуванням ст. 153 КЗпП).

По-третє, наявність причинно-наслідкового зв'язку між заподіянням моральної шкоди та діянням роботодавця. Ця умова передбачає наявність безпосереднього (прямого) зв'язку, між дією і наслідком. Якщо роботодавець не є стороною мобінгу («агресором»), причинно-наслідковий зв'язок існує, бо роботодавець відповідальний за забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці.

Четвертий елемент – наявність шкоди, тобто настання «моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя» відповідно до ст. 237-1 КЗпП. Зокрема, Верховний Суд у Постанові від 30 січня 2019 року у справі № 308/6118/16-ц вказав, що єдиною підставою для цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди є правопорушення, що включає як складові елементи шкоду, протиправне діяння особи, котра її завдала, причинний зв'язок між ними, а також вину заподіювача шкоди [16].

Під моральною шкодою, відповідно до п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 р. № 4, під моральною шкодою необхідно розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями чи бездіяльністю інших осіб [17].

На підставі результатів дослідження можна зробити висновок, що цивільно-правовий підхід до відшкодування шкоди, завданої мобінгом у процесі праці як самим роботодавцем, так і іншими працівниками, неможливий, бо виключно роботодавець є відповідальним за безпечні і нешкідливі умови праці.

У процесі дослідження підстави відповідальності роботодавця за заподіяння моральної шкоди працівнику виникає питання констатування того, що відшкодування моральної шкоди, завданої роботодавцем, є різновидом матеріальної відповідальності роботодавця. На нашу думку, варто погодитися з думкою О.І. Процевського, який зазначає, що матеріальна відповідальність у трудовому праві, з огляду на притаманні цій галузі права юридичні гарантії, не виходить за межі розміру заподіяної шкоди [18, с. 10]. Зокрема, необхідно погодитися з О.М. Лук'янчиковим, який зазначає, що в контексті матеріальної відповідальності працівник відшкодовує роботодавцю лише пряму дійсну шкоду, а роботодавець працівнику – пряму дійсну шкоду та неодержаний заробіток [12, с. 175]. Поняття «пряма дійсна шкода» тлумачиться у Постанові Пленуму Верховного Суду України № 14 від 29.12.1992 р. «Про судову практику у справах про відшкодування шкоди заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками», де в п. 4 вказано, що під прямою дійсною шкодою запропоновано розуміти втрату, погіршення або зниження цінності майна, необхідність для підприємства, установи, організації провести затрати на відновлення, придбання майна чи інших цінностей або провести зайві, тобто спричинені порушенням працівником трудових обов'язків, грошові виплати [19]. Тобто з урахуванням вищезазначеного можна зробити висновок, що нині неможливо стверджувати, що відшкодування моральної шкоди, завданої роботодавцем, є різновидом матеріальної відповідальності останнього.

Ще одним різновидом юридичної відповідальності за мобінг у трудових правовідносинах є адміністративна. Так, законопроєкт від 01.03.2019 р. № 10118 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії мобінгу» [2] передбачав внесення до Кодексу України про

адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) нової статті 173-5 «Мобінг (цькування)» з градацією санкцій адміністративного правопорушення. Важливо наголосити, що відповідальність встановлювалась окремо для працівників і роботодавця, однак види адміністративних стягнень (штраф і громадські роботи) однакові. Крім того, додатково встановлювалась відповідальність за неповідомлення про мобінг на робочому місці до уповноважених органів із боку роботодавця.

Альтернативний законопроєкт від 18.03.2019 р. № 10118-1 [4] доповнював главу 5 КУпАП статтею 41-4, яка передбачала встановлення відповідальності за мобінг на робочому місці для працівників та роботодавця з використанням тотожних видів адміністративних стягнень (штраф і громадські роботи), проте зі значним збільшенням їх розміру, що вказує на каральний характер стягнень. Особливим нововведенням було встановлення відповідальності за мобінг, якщо вони були вчинені щодо одинокої матері (батька) або особи, яка їх замінює і виховує дитину віком до 14 років або дитину з інвалідністю, вагітної жінки, осіб з інвалідністю, неповнолітніх, внутрішньо переміщених осіб, учасників бойових дій, осіб передпенсійного та пенсійного віку. Також передбачалась відповідальність роботодавця щодо неповідомлення про мобінг і можливість притягнення до адміністративної відповідальності посадової особи підприємства, установи, організації чи фізичної особи, яка використовує найману працю.

Останнім законопроєктом, який перебуває на розгляді Верховної Ради України, є законопроект «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо протидії мобінгу» [20] від 02.11.2020 р. № 4306, згідно з положеннями якого пропонується доповнити главу 5 КУпАП новою статтею 173-5, яка буде встановлювати відповідальність за мобінг для учасників трудових відносин, тобто відсутня градація відповідальності між роботодавцем та працівниками. Визначено два види адміністративних стягнень (штраф та громадські роботи) в межах, схожих із законопроєктом від 01.03.2019 р. № 10118. На нашу думку, цей законопроєкт є синтезом законопроєктів від 01.03.2019 р. № 10118 та від 18.03.2019 р. № 10118-1, що вказує на більш комплексний підхід із боку ініціаторів законопроєкту.

Держави-члени Європейського Союзу у своїй практиці зазвичай не використовують можливість застосування адміністративних стягнень до мобінгу через сформований цивільно-правовий (компенсаційний) механізм, проте деякі держави-учасниці криміналізують деякі види мобінгу під склад злочину (наприклад, злочини проти статевої свободи та недоторканості). Прикладом застосування такого поєднання є Іспанія. У 2010 р. деякі акти мобінгу було внесено до Art. 173.1 §2 Кримінального кодексу Іспанії, проте застосування кримінально-правового механізму вимагає низки ознак, зокрема: повторюваність мобінгу; наявність приниження, що завдає сильної шкоди жертві; здійснення виключно у відношеннях «роботодавець (керівник) – підлеглий»; здійснення виключно умисно. Однак ефективність механізму кримінально-правового впливу недоведена через тривалість процедури притягнення до кримінальної відповідальності [1, p. 7].

З урахуванням вищевикладеного можна зробити висновок щодо можливості та обґрунтованості застосування адміністративної відповідальності, однак компенсацій механізм (цивільно-правовий чи трудоправовий), на нашу думку, є більш перспективним та досконалим.

Підбиваючи підсумки, необхідно констатувати потребу комплексного реформування національного трудового законодавства щодо визначення та легального закріплення поняття «мобінг», його ознак, запровадження окремої підстави матеріальної відповідальності роботодавця та механізму її реалізації. Наявність законодавчих спроб закріплення легального визначення поняття «мобінг» вказує на існування проблеми та необхідність врегулювання суспільних відносин, що вже існують. Разом із цим варто звернути увагу на потребу внесення комплексних змін до трудового законодавства та встановлення механізмів протидії мобінгу на виробничому рівні.

На підставі результатів дослідження зроблено висновок щодо можливості запровадження трьох варіантів відповідальності роботодавця за мобінг:

– по-перше, трудоправова відповідальність із застосуванням інституту матеріальної відповідальності роботодавця крізь призму положень ст. 153 КЗпП України;

– по-друге, цивільно-правовий механізм, котрий передбачає відповідальність роботодавця крізь призму ст. 237-1 КЗпП України щодо відшкодування моральної шкоди працівнику. Проте в умовах чинного законодавства реалізація цього виду відповідальності є законодавчо обмеженою. Можливим варіантом вирішення цієї проблеми є запровадження окремого механізму відшкодування шкоди за мобінг шляхом реформування чинних положень КЗпП або винесення питання відшкодування шкоди за мобінг у систему цивільно-правової відповідальності роботодавця (як це зроблено в Італії);

– по-третє, адміністративна відповідальність поки що залишається єдиним законодавчо запропонованим варіантом відповідальності за мобінг не тільки роботодавця, а й інших працівників. Однак при цьому виникає питання використання адміністративної преюдиції для здійснення відшкодування моральної шкоди за мобінг.

ЛІТЕРАТУРА

1. Bullying, Harassment and Stress in the Workplace – A European Perspective. URL: https://www.internationallaborlaw.com/wp-includes/ms-files.php?file=2013/01/Bullying-Harassment-and-Stress-in-the-workplace-A-European-Perspective.pdf (date of access: 29.11.2020).
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії мобінгу : Проект Закону України від 01.03.2019 р. № 10118 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65602 (дата звернення: 29.11.2020).
3. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 р. N 322-VIII / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08/page (дата звернення: 29.11.2020).
4. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо попередження та протидії мобінгу : Проект Закону України від 18.03.2019 р. № 10118-1 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65695 (дата звернення: 29.11.2020).
5. Про працю : Проект Закону України від 28.12.2019 р. № 2708 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67833 (дата звернення: 29.11.2020).
6. Щодо встановлення загальних рамок рівності, оправного поводження у сфері зайнятості і професійної діяльності : ДИРЕКТИВА РАДИ 2000/78/ЄС. URL: http://ecmi-epp.org/wp-content/uploads/2015/03/Council-2000_78_EC_UK.pdf. (дата звернення 20.11.2019).
7. Турченюк Т., Котьова В. Міжнародний досвід охорони праці та особливості його впровадження в Україні. *Економічний аналіз.* 2013. Т. 12(1). С. 299–301.
8. Leymann H. Mobbing and Psychological Terrors at Work. 1990. URL: http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990.pdf.
9. Чанишева Г.І. Матеріальна відповідальність роботодавця за проектом Трудового кодексу України. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2016. С. 143–150.
10. Noa Davenport. MOBBING Emotional Abuse in the American Workplace / N. Davenport, R. Distler Schwartz, G. Pursell Elliott. 2014. URL: workplacemobbing.com.au/wp-content/uploads/2018/09/MOBBING-PDF-Version-2014-2.pdf

11. Browne, M. Neil and Smith, Mary Allison. Mobbing in the Workplace and Individualism: Antibullying Legislation in the United States, Europe and Canada (2008). *Economics Faculty Publications.* URL: https://scholarworks.bgsu.edu/econ_pub/5

12. Лук'янчиков О.М. Матеріальна відповідальність роботодавця як самостійний інститут трудового права. *Порівняльно-аналітичне право.* 2013. № 3-1. С. 173–176.

13. Sexual and moral harassmen in the workplace. XX WORLD CONGRESS OF LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW. 2012. URL: islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SexualandMoralHarassment-GamonelandUgarte.pdf

14. Mobbing (bullying at work) in Italy: characteristics of successful court cases. 2018. URL: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5801609

15. Полішко Н.Л. Трудове правопорушення як підстава матеріальної відповідальності працівника. *Юридична наука.* 2012. № 1. С. 59–65.

16. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного суду від 30 січня 2019 р. у справі № 308/6118/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79805882.

17. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : Постанова Верховного Суду від 31.03.1995 р. № 4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95.

18. Процевський О.І. Чи дійсно сучасному трудовому праву притаманні «каральна» і «репресивна» функції? *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди «Право»*. 2009. Випуск 12. С. 5–20.

19. Про судову практику у справах про відшкодування шкоди заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 14 від 29.12.1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-92

20. Проєкт Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо протидії мобінгу від 02.11.2020 h/№ 4306. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70300 (дата звернення: 29.11.2020).

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/58

ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ УЧАСНИКІВ ТРУДОВИХ ВІДНОСИНИ В УМОВАХ ПОШИРЕННЯ КОРОНАВІРУСНОЇ ІНФЕКЦІЇ COVID-19

LEGAL ANALYSIS OF THE RIGHTS AND RESPONSIBILITIES OF PARTICIPANTS IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE CONDITIONS OF THE SPREAD OF CORONAVIRUS INFECTION COVID-19

Забродіна О.В., к.політ.н.,
доцент кафедри цивільного, трудового та господарського права
Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара

Ця стаття присвячена аналізу чинних змін до Кодексу законів про працю України, а також законопроєкту у вказаній сфері, які фактично вперше в українському законодавстві стали наслідком не політичних процесів, а загрозливого епідеміологічного стану в країні та світі, викликаних світовою пандемією коронавірусної інфекції COVID-19. Як відомо, 11 березня 2020 р. Кабінетом міністрів України було прийнято Постанову № 211 «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19», якою з 12 березня 2020 р. вперше в історії було запроваджено карантин на всій території держави [1]. Внаслідок введених обмежень були порушені нормальна життєдіяльність та зв'язки, відносини як звичайних громадян, так і підприємств, установ та організацій.

Чимало підприємств із метою дотримання карантинних заходів, встановлених державою, недопущення зараження людей небезпечною хворобою змушені були перейти на віддалений порядок роботи, швидко перебудовуючи порядок, характер та умови роботи. Однак законодавче підґрунтя для цього було відсутнє, що унеможливлювало належне врегулювання таких відносин і давало змогу несумлінним учасникам трудових відносин зловживати своїми правами. Працівники, зі свого боку, не мали жодних гарантій щодо дотримання їхніх прав та законних інтересів, працюючи віддалено від підприємства, були не впевнені у збереженні їхньої заробітної плати та інших прав. Роботодавці своєю чергою не розуміли, як належним чином організувати такий процес роботи, контролю за виконаною роботою та звітності тощо. Так було прийнято Закон України № 540, яким, зокрема, внесені істотні зміни до КЗпП України у частині визначення поняття «трудовий договір», вперше введено поняття дистанційної роботи, розширено умови встановлення гнучкого режиму робочого часу тощо [2]. 3 листопада 2020 р. вказані положення ще більше були вдосконалені прийнятим у першому читанні Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи» № 4051 [3]. У статті міститься аналіз нововведень, а також прав та обов'язків сторін трудових правовідносин з огляду на нові зміни. На думку автора, такий аналіз дасть змогу виявити недоліки та прогалини у внесених змінах та запропонованих законопроектом нормах із метою уникнення на практиці суперечливих ситуацій, якими можуть скористатися сторони трудового договору, маніпулюючи своїм становищем.

Ключові слова: карантин, пандемія, коронавірусна інфекція, дистанційна робота, надомна робота, гнучкий режим робочого часу, трудовий договір.

This article is devoted to the analysis of current amendments to the Labor Code of Ukraine, as well as the bill in this area, which in fact for the first time in Ukrainian legislation were not the result of political processes, but due to the threatening epidemiological situation in the country and in the world COVID-19. As you know, March 11, 2020 the Cabinet of Ministers of Ukraine adopted Resolution № 211 "On Prevention of the Spread of the COVID-19 Coronavirus on the Territory of Ukraine", which from March 12, 2020. for the first time in history, quarantine was introduced throughout the country [1]. As a result of the imposed restrictions, normal life and connections, relations of both ordinary citizens and enterprises, institutions and organizations were disrupted.

Many enterprises in order to comply with the quarantine measures established by the state, to prevent the infection of people with a dangerous disease were forced to switch to remote work, quickly restructuring the order, nature and conditions of work. However, there was no legal basis for this, which made it impossible to properly regulate such relations and allowed dishonest participants in labor relations to abuse their rights. Employees, for their part, had no guarantees that their rights and legitimate interests would be respected, working remotely from the company and were unsure of their wages and other rights. Employers, in turn, did not understand how to properly organize such a process of work, control over the work performed and reporting, and so on. Thus, the Law of Ukraine № 540 was adopted, which, in particular, introduced significant changes to the Labor Code of Ukraine in terms of defining the concept of "employment contract", introduced the concept of remote work for the first time, expanded the conditions for flexible working hours, etc. [2]. November 3, 2020 these provisions were further improved by the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts Concerning the Improvement of Legal Regulation of Telework" adopted in the first reading № 4051 [3]. The article contains an analysis of innovations, as well as the rights and obligations of the parties to the employment relationship in the light of new changes. According to the author, such an analysis will identify shortcomings and gaps in the changes and proposed by the bill in order to avoid in practice contradictory situations that can be used by the parties to the employment contract, manipulating their position.

Key words: quarantine, pandemic, coronavirus infection, remote work, home work, flexible working hours, employment contract.

Згідно зі ст. 43 Конституції України кожен має право на працю, що включає змогу заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [4]. Не таємниця, що національне трудове законодавство є доволі застарілим та базується на принципах та юридичних конструкціях, розроблених та впроваджених ще за радянських часів. Кодекс законів про працю було прийнято ще у 1971 р., і, звісно, він не відповідає сучасним тенденціям та реальним вимогам часу. Кожна Верховна Рада чергового скликання вважає за «честь» розпочати процедуру прийняття нового Трудового кодексу, але, на жаль, ця законодавча діяльність завершується на стадії ініціативи. Наслідком відсутності життєздатного нормативно-правового акта у сфері регулювання трудових правовідносин є нагромадження безлічі підзаконних нормативно-правових актів у цій сфері з намаганням врегулювати ті чи інші правовідносини і виникнення чергових, часто неподоланних колізій між ними [5].

Світова пандемія коронавірусної інфекції COVID-19 стала рушійним механізмом, спусковим гачком для кардинальних змін до Кодексу законів про працю України, і це є величезним позитивним зрушенням у розвитку трудового законодавства у сфері розширення прав працівників, можливості встановлення форм працевлаштування, встановлення додаткових гарантій працівникам з огляду на нові реалії життя в умовах пандемії та введеного карантину у державі та світі.

Трудовий договір є основним інститутом у трудовому праві і безумовною підставою для виникнення трудових правовідносин, а отже, його належне визначення має велике значення для встановлення прав та обов'язків як працівника, так і роботодавця.

30 березня 2020 р. парламентом був прийнятий Закон України № 540 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-2019)» (закон № 540), яким, зокрема, внесено більш суттєві зміни до Кодексу законів про працю, а саме: з визначення поняття трудового договору виключена умова про необхідність працівнику слідувати правилам внутрішнього трудового розпорядку [2].

Нині, згідно зі ст. 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 [6].

Отже, умова про дотримання працівником правил внутрішнього трудового розпорядку нині виключена. Хоча, на думку автора, було б доцільніше її просто підкоригувати, виключивши необхідність їх дотримання в умовах дистанційної (надомної) роботи, адже нині фактично створені передумови, коли несумлінний працівник на законних підставах зможе ігнорувати, зокрема, режим роботи, що негативно відіб'ється на трудовій дисципліні всього трудового колективу та ефективності його роботи.

Тим не менше натепер основним обов'язком працівника залишається виконання роботи, передбаченої трудовим договором, тоді як обсяг прав роботодавця залишається незмінним – виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін., хоча в розрізі законодавчого визнання дистанційної (надомної) роботи постає практичне питання, яке законодавчо не врегульоване, про можливості роботодавця з практичного забезпечення належних умов праці працівникові. Їх незабезпечення фактично означає неналежне виконання умов трудового договору і, як наслідок, можливість його розірвання за ініціативою працівника у зв'язку з порушенням власником або уповноваженим ним органом законодавства про працю, колективного або трудового договору.

Як видається з вищевикладеного, Законом України № 540 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-2019)» до ст. 60 КЗпП України було внесено таку юридичну конструкцію, як дистанційна (надомна) робота, якою, зокрема, є така форма 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 [2]. У разі такої роботи працівники розподіляють робочий час на власний розсуд, як вже зазначалося, на них не поширюються правила внутрішнього трудового розпорядку, якщо інше не передбачено в трудовому договорі. При цьому загальна тривалість робочого часу не може перевищувати норм, передбачених ст. ст. 50, 51 КЗпП України, тобто нормальної тривалості робочого часу у 40 годин на тиждень або скороченої тривалості за наявності відповідних підстав.

До законодавців напрошується цілком обґрунтоване запитання: хто і як веде облік робочого часу такого працівника, який працює дистанційно або виконує надомну роботу? Адже від відпрацьованих робочих годин, тобто тривалості робочого часу і залежить належне чи неналежне виконання ним своїх трудових обов'язків, ймовірне понаднормове навантаження, а також розмір оплати такої праці. Ст. 60 КЗпП України нам говорить про те, що такий облік часу забезпечується власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом. При цьому, як це забезпечення здійснюється на практиці, як оформлюється, незрозуміло, механізм й натепер відсутній.

Згідно з новелами тієї ж ст. 60 КЗпП України, виконання дистанційної (надомної) роботи не тягне за собою будь-яких обмежень обсягу трудових прав працівників. Тобто і оплата праці, якщо працівник і роботодавець письмово не домовились про інше, в разі дистанційної (надомної) роботи здійснюється в повному обсязі та в строки, визначені чинним трудовим договором. Із точки зору дотримання прав працівника це є державні гарантії, недотримання яких тягне за собою відповідальність для роботодавця. Водночас роботодавець, який і так за умови введеного карантину часто зазнає збитків, ще й фактично пов'язаний дотриманням цих встановлених гарантій, навіть за умови неналежного виконання або невиконання працівником його трудових обов'язків.

Продовжуючи говорити про новели трудового законодавства, варто зупинитися на вже згаданій ст. 60 КЗпП України, викладеній Законом № 540 у новій редакції, яка не тільки ввела поняття дистанційної (надомної) роботи, а ще встановила поняття гнучкого режиму робочого часу, порядку та підстав його встановлення, особливостей порівняно з іншими режимами робочого часу.

Так, гнучкий режим робочого часу – це форма організації праці, якою допускається встановлення режиму роботи, що є відмінним від визначеного правилами внутрішнього трудового розпорядку, за умови дотримання встановленої денної, тижневої чи на певний обліковий період (два тижні, місяць тощо) норми тривалості робочого часу.

За погодженням між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом для працівника може встановлюватися гнучкий режим робочого часу на визначений строк або безстроково як під час прийняття на роботу, так і згодом.

На час загрози поширення епідемії, пандемії та/або на час загрози військового, техногенного, природного чи іншого характеру умова про дистанційну (надомну) роботу та гнучкий режим робочого часу може встановлюватися в наказі (розпорядженні) власника або уповноваженого ним органу без обов'язкового укладення у письмовій формі трудового договору про дистанційну (надомну) роботу.

Гнучкий режим робочого часу може передбачати:

1) фіксований час, протягом якого працівник обов'язково має бути присутнім на робочому місці та виконувати свої посадові обов'язки; при цьому може передбачатися поділ робочого дня на частини;

2) змінний час, протягом якого працівник на власний розсуд визначає періоди роботи в межах встановленої норми тривалості робочого часу;

3) час перерви для відпочинку і харчування.

Не зупиняючись на досягнутому, парламент 3 листопада 2020 р. прийняв за основу проєкт Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи» № 4051 (далі – Законопроект № 4051) [3]. Ним пропонується внести зміни до КЗпП та Закону України «Про охорону праці» від 14 жовтня 1992 р. № 2694-XII і, передусім, розмежувати поняття надомної та дистанційної роботи, введеної Законом № 540.

За цим законопроєктом, дистанційна робота – це форма організації трудових відносин між працівником та роботодавцем та/або виконання роботи, коли робота виконується працівником поза приміщеннями роботодавця в будь-якому місці за його вибором та з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Своєю чергою надомна робота – це форма організації праці, коли робота виконується працівником поза виробничими або робочими приміщеннями роботодавця за місцем його

проживання або в інших заздалегідь вибраних ним приміщеннях, які характеризуються наявністю закріпленої зони, технічних засобів (основних виробничих і невиробничих фондів, інструменту, приладів, інвентарю) або їх сукупності, потрібної для виробництва продукції, надання послуг, виконання робіт. Вказаним законопроєктом також передбачено, що **в разі надомної роботи** на працівників поширюється загальний режим роботи підприємства, установи та організації, якщо інше не передбачено трудовим договором.

Також цим законопроєктом пропонується встановлення для працівника за письмовим погодженням між ним і роботодавцем режиму роботи із саморегулюванням часу початку, закінчення та тривалості робочого часу впродовж робочого дня на визначений строк або безстроково як під час прийняття на роботу, так і згодом. Гнучкий режим робочого часу може надаватися за заявою працівника без завчасного, двомісячного повідомлення про новий графік роботи або роботодавцем, з огляду на виробничу необхідність із завчасним, двомісячним, повідомленням про новий графік роботи.

У разі порушення прийнятого гнучкого робочого часу, окрім застосування відповідних дисциплінарних стягнень, працівника зможуть переводити на загальновстановлений режим без двомісячного повідомлення роботодавцем про таке переведення. Вказані положення, на думку автора, дають підстави для маніпуляцій із боку роботодавця.

Якщо виходити із загальноприйнятої у трудовому законодавстві фіксації певних обставин шляхом складення відповідних актів, то ні для кого не є таємницею, що під час складення такого акта роботодавець має більше важелів впливу та гачків на осіб, що його підписують, і, відповідно, таким чином може з легкістю підтвердити потрібні йому факти [7, с. 109; 8, с. 131]. На практиці це може бути великою проблемою і черговою підставою для оскарження таких дій. Тому доцільно було б у законопроєкті чітко та детально визначити поняття, порядок та механізм встановлення факту порушення прийнятого гнучкого робочого часу.

Цікавою новелою в трудовому законодавстві є введення вказаним законопроектом № 4051 поняття дискримінації на робочому місці. Так, працівник має право вимагати від роботодавця тимчасовий (до двох місяців) перехід на дистанційну роботу, якщо на робочому місці щодо нього було вчинено дії, що містять ознаки дискримінації, сексуальне домагання чи інше насильство, які довів працівник. Роботодавець може відмовити працівникові у такому переведенні, якщо виконання дистанційної роботи не сумісне з роботою.

Чимало науковців, зокрема, практикуючий у трудовому праві адвокат Г. Лисенко, з думкою якої погоджується автор, вважає, що цією нормою працівники можуть зловживати, щоб виправдати затяжні прогули або небажання працювати в офісі.

Таким чином, підбиваючи підсумок, можна зробити такі висновки. Якщо законопроєкт № 4051, який було прийнято у першому читанні 3 листопада 2020 р., набере чинності і будуть внесені відповідні зміни до КЗпП України, роботодавцям необхідно буде врегулювати з працівником додатково такі умови їхніх трудових відносин [3]:

1) згідно з вимогами ст. 125 КЗпП України працівники, що використовують свої інструменти для потреб підприємства, установи, організації, мають право на одержання компенсації за їх зношування (амортизацію). Розмір і порядок виплати цієї компенсації, якщо вони не встановлені в централізованому порядку, визначаються власником або уповноваженим ним органом за погодженням із працівником.

Відповідно, роботодавець буде зобов'язаний забезпечити дистанційного або надомного працівника обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації або виплачувати грошову компенсацію;

2) забезпечити обмін електронними документами з працівником для ознайомлення працівника з наказами, правилами внутрішнього розпорядку, охороною праці, отримання завдань тощо, оскільки загальні правила КЗпП України щодо необхідності такого ознайомлення роботодавцем та правові наслідки неознайомлення ніхто не змінював незалежно від форми роботи працівником;

3) додатково проводити інструктажі (навчання) таких працівників із питань охорони праці і протипожежної охорони згідно зі ст. 29 КЗпП України та вимогами Закону України «Про охорону праці»;

4) вести облік надомних працівників, окремо жінок і чоловіків, вести реєстраційні листи робочих завдань, а їх копії надавати працівникам, що працюють за такою формою;

5) переглянути та внести зміни до договорів про матеріальну відповідальність працівників.

Враховуючи вищевикладене, на думку автора, запропоновані зміни у трудовому законодавстві через пандемію коронавірусної інфекції, введення карантину та ймовірне введення локдауну, що унеможливить нормальну життєдіяльність багатьох підприємств, установ, організацій, упорядковують певним чином трудові правовідносини, надають змогу сторонам трудових правовідносин корегувати та змінювати ці відносини в інтересах обох сторін трудового договору. Незважаючи на певні недоліки та прогалини, загалом зміни до трудового законодавства 2020 р. є важливим етапом у регулюванні відносин між працівником і роботодавцем, з огляду на сучасні запити та їхні нові й більш гнучкі форми.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 бер. 2020 р. № 211. URL: http://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zapobigannya-poshim110320rennyu-na-teritoriyi-ukrayini-koronavirusu-covid-19 (дата звернення 11.11.2020 р.).

2. 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) : Закон України від 30 бер. 2020 р. № 540. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/540-20 (дата звернення 12.11.2020 р.).

3. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи від 04.09.2020 р. № 4051. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69838 (дата звернення 11.11.2020 р.).

4. Конституція України станом на 01.01.2020 р. / *Верховна Рада України* № 254к/96-ВР. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254к/96-вр.

5. Про умови праці надомників : Положення, затверджене Постановою Держкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦРПС від 29.09.1981 р. № 275/17-99. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0275400-81 (дата звернення 12.11.2020р.).

6. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322V-III. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/322-08 (дата звернення 14.11.2020р.).

7. Римар Б.А. Договори про дистанційну роботу. *Актуальні проблеми теорії трудового права та права соціального забезпечення: монографія* / за заг. ред. Г.І. Чанишевої. Одеса, 2015. С. 109–121.

8. Свічкарьова Я.В. Дистанційна робота як одна із форм атипової зайнятості. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2013. N 1(39). С. 129–134.

9. Носенко В.О. Правове регулювання дистанційної зайнятості працівників в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2015. 19 с.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/59

ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ У ТРУДОВИХ ВІДНОСИНАХ

GENDER EQUALITY IN LABOR RELATIONS

Красюк Т.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Тітова В.І., студентка ІІІ курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних проблем – питанню ґендерної рівності в трудових відносинах. Нині України проголошує заборону будь-якої дискримінації у сфері праці, зокрема за ознакою статі. Експертиза законодавства, а також трудових відносин із позицій гендерного складника дає змогу окреслити стан дотримання вимог рівного ставлення до працівників – чоловіків і жінок. Світовий досвід дотримання паритетних засад участі чоловіків і жінок у суспільному житті дає підстави констатувати, що є чимало держав, в яких спостерігаються непоодинокі прояви дискримінації, що здійснюється через певні утиски у правах окремих осіб, груп за ознакою статі або через встановлення додаткових вимог, що можуть погіршувати загальні умови й ускладнювати виконання наданими правами покладених обов'язків. Аналіз міжнародно-правових документів у сфері гендерного законодавства дає змогу зрозуміти зміст рівних прав і можливостей чоловіків і жінок і визначити положення, які необхідно імплементувати в національне законодавство для пришвидшення євроінтеграції та покращення процесів демократизації суспільного життя. Потребує вирішення низка проблем, пов'язаних із рівністю чоловіків і жінок: нові форми нерівності в суспільстві, недостатня обізнаність у своїх правах, нерозвиненість громадянського суспільства та гендерної ідеології загалом, суперечливість деяких норм на законодавчому рівні. Гендерна оцінка й експертиза чинного законодавства є стратегічною концептуальною лінією гендерних перетворень у правовій діяльності, яка дає змогу виконувати такі функції: аналіз державної політики у сфері регулювання гендерних відносин, розробка нових норм гендерного права, порівняльний аналіз українського законодавства з міжнародним і шляхи його гармонізації. На цій основі потребують вироблення нова стратегія рівності чоловіків і жінок у трудових відносинах, подолання традиційного бачення їх функції під час виконання трудових обов'язків, утвердження через законодавство принципу недискримінації на основі нових гендерних підходів, які закріплено як у міжнародних нормативно-правових актах, так і у вітчизняному законодавстві.

Ключові слова: гендер, гендерна рівність, гендерний принцип, принцип рівності, рівні права і можливості чоловіків і жінок, гендерна експертиза, гендерна оцінка, політика рівної зайнятості.

The article is devoted to highlight one of the topical problems – the issue of gender equality in labor relations. Today Ukraine proclaims the prohibition of any discrimination in the employment, in particular on the basis of gender. The examination of legislation and labor relations from the side of the gender component makes it possible to determine the state of compliance with the requirements of equal treatment of employees as men and women. The world experience of observing the parity basis for the participation of men and women in public life gives grounds to understand that there are many states, having individual manifestations of discrimination, and carried out through certain harassment in the rights of individuals, their groups on the basis of gender or by establishing additional requirements, can worsen general conditions and complicate the fulfillment of the assigned duties by the granted rights. Analysis of international legal documents in the field of gender legislation allows us to understand the content of equal rights and opportunities for men and women and to determine the provisions that need to be implemented in national legislation to accelerate European integration and improve the processes of democratization of public life. A number of problems related to the equality of men and women need to be addressed: new forms of inequality in society, insufficient awareness of their rights, underdevelopment of civil society and gender ideology in general, inconsistency of some norms at the legislative level. Gender assessment and examination of current legislation is a strategic conceptual line of gender transformations in legal activity, which allows solving the following functions: analysis of state policy in the field of regulation of gender relations, development of new norms of gender law, comparative analysis of Ukrainian legislation with international and ways of its harmonization. On this basis, it will require the development of a new strategy of equality between men and women in labor relations, overcoming the traditional vision of their functions during the performance of labor duties, and approving through legislation the principle of non-discrimination based on new gender approaches enshrined both in international legal acts and in domestic legislation.

Key words: gender, gender equality, gender principle, principle of equality, equal rights and opportunities for men and women, gender expertise, gender assessment, policy of equal employment.

Рівність у трудових правах та заборона дискримінації у сфері праці за ознакою статі гарантується національним законодавством, зокрема, Конституцією України (ст.ст. 21, 24, 43), КЗпП України (ст.ст. 2-1, 22), законами України «Про засади та запобігання та протидії дискримінації», «Про забезпечення рівних можливостей прав чоловіків і жінок» тощо. Україною ратифіковані Конвенції МОП про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок, рівну винагороду чоловіків і жінок за працю однакової цінності та ін. Варто зазначити, що антидискримінаційне законодавство у сфері праці розвивається успішно, однак ефективність його застосування на практиці невисока [1, с. 221]. Тому постає питання більш чіткого визначення сучасної національної парадигми щодо гендерної рівності в трудових відносинах.

Протягом останніх тридцяти років у всьому світі зросло розуміння понять, пов'язаних із гендерною рівністю. Так, ще у 1995 р. Четвертий План дій, розроблений на Пекінській всесвітній конференції жінок, закликав усі держави-учасниці до впровадження нової державної політики під назвою «гендерне інтегрування», відповідно до якого суспільство отримує широкий вибір заходів (розробка державної політики, проведення науково-дослідних робіт, планування, впровадження нових норм, моніторинг) для прийняття гендерної політики.

Поняття «гендер» охоплює сферу соціальних ролей і обов'язків, які виконують чоловіки та жінки. Гендер – це не політика, спрямована проти чоловіків, це поняття, що охоплює стосунки жінок і чоловіків, їхній статус стосовно один одного. Управління спеціального радника з гендерних питань ООН вважає гендерну рівність «етапом соціального розвитку людини, на якому права, відповідальність та обов'язки окремих осіб не визначаються фактом приналежності до чоловічої або жіночої статі» [2, с. 5]. Так, права людини – чоловіка та жінки, як і рівність між ними, потребували постійного захисту і охорони, тому завжди були в центрі уваги міжнародної спільноти.

На жаль, в Україні, як і в деяких інших державах, досить повільно набуває широкого вжитку слово «гендер», незважаючи на поширення термінів, які містяться в національному законодавстві, та процеси гармонізації національного законодавства з міжнародним. При цьому одночасно можна спостерігати дедалі більше використання поняття «гендер» як на політичному, так і на науковому рівні, що сприяє актуалізації питань збалансованості чоловіків і жінок у суспільних відносинах, гендерної оцінки українського законодавства, виявленню недоліків і пошуку можливостей його вдосконалення та дає змогу пришвидшити подолання соціальної ієрархії між статями.

Україна як соціальна правова демократична держава взяла на себе зобов'язання щодо утвердження гендерної рівності в рамках регіонального співробітництва, зокрема Ради Європи. Окрім документів універсального характеру, провідна роль належить Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), яка була ратифікована Україною в 1997 р. Головні міжнародно-правові документи у сфері забезпечення захисту прав і свобод людини, закріплені у відповідних актах, мають велике значення для формування власної ідеології та політики, що відбилося в національному законодавстві, насамперед у Конституції України.

Конституція – правовий юридичний документ найвищої сили. До того ж Конституцію можна вважати політичним й ідеологічним документом, паспортом-портретом відповідної держави.

Беззаперечним є той факт, що Конституція України є передовою з точки зору утвердження прав і свобод людини. Прийняття такої Конституції покращило становище нашої держави на міжнародній арені та сприяло створенню авторитету. Представники європейської спільноти, зокрема й фахові конституціоналісти, зазначили, що положення Конституції України щодо статусу жінки, способів його гарантування та реалізації цілком відповідають міжнародним документам, і, таким чином, високо оцінили вітчизняне гендерне законодавство загалом.

Перший розділ Основного Закону держави містить найважливіші стратегічні статті. Так, ст. 1 визначає фундамент гендерного характеру, на якому базуються права, свободи й обов'язки чоловіків і жінок. Людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю (ст. 3), а головним суб'єктом, який визначає зміст і гарантує права і свободи, є держава. Саме держава своєю владою гарантовано захищає права і свободи людини, піклується про соціальну спрямованість економіки (ст. 13), а також встановлює обов'язковість включення міжнародних договорів до національного законодавства України (ст. 9). Таким чином, головними суб'єктами взаємовідносин у суспільстві є людина і держава, де людина – найвища соціальна цінність, а держава стверджує, забезпечує і захищає права і свободи людини, її життя загалом.

Провівши формальну гендерну експертизу положень Конституції, можна зробити висновок, що терміни на позначення суб'єктів не містять ознак статі, наприклад: «усі люди», «кожна людина», «ніхто», «народ», «населення», «сім'я», «діти», «ті, хто працює» тощо.

Другий розділ Конституції вказує на двох головних членів українського суспільства: людину і громадянина. Судячи з термінології, чоловіків і жінок з їхніми різними проблемами в суспільстві немає, отже, «жіночого питання» не існує, адже в Конституції все побудовано на принципі рівності всіх людей і громадян. Проте, провівши детальний аналіз ст. 24, можна сказати, що, незважаючи на принцип рівності, прописаний у ч. 1 і ч. 2 вказаної статті, ч. 3 підтверджує факт того, що громадяни різної статі не можуть бути рівними перед законом з огляду на різні біосоціальні функції, тому потрібні штучні засоби або заходи для забезпечення рівності шляхом введення пільг і привілеїв, а отже, на жаль, на шкоду рівноправності. Варто звернути увагу на те, що законодавець не закріплює обов'язок держави забезпечити працевлаштування жінки, а лише покладає на неї обов'язок створити умови для підтримки материнства і праці.

Незважаючи на доволі сформовану систему гарантій прав і свобод людини і громадянина, відсутня будь-яка згадка про норми-принципи, які можуть містити недопущення насильства та дискримінації щодо жінок, покарання сексуальних посягань, визнання репродуктивних прав і свобод чоловіків і жінок, недопущення насильства в сім'ї. До того ж недоліком є цілковите ігнорування батьківства як важливого соціального явища щодо здійснення принципу рівності чоловіка і жінки в сім'ї.

Отже, можна зробити висновок, що, з одного боку (з позиції гарантування прав людини), Конституція повністю відповідає міжнародному рівню, а з іншого (з позиції прав чоловіків і жінок) – потребує детальної гендерної експертизи і переробки.

У Преамбулі Закону України від 08.09.2005 р. № 2866-IV «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок та чоловіків» наголошується, що його метою є досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства шляхом правового забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, ліквідації дискримінації за ознакою статі та застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України [3].

Ефективність реалізації загальних положень законодавства у сфері забезпечення гендерної рівності значною мірою залежить від ступеня їх впровадження у правове регулювання окремих сфер суспільних відносин. Законодавче забезпечення рівних можливостей чоловіків і жінок закріплюється в таких сферах, як громадсько-політичне (виборчий процес, служба в органах публічної влади), соціально-економічне життя (укладення колективних договорів і угод, одержання винагороди за працю, соціальний захист), освіта й наука.

Нормативно-правова база впровадження державної політики щодо жінок та гендерної політики в Україні є досить широкою. Велика кількість нормативно-правових актів, які перебувають в обігу в Україні, безумовно, спрямована на покращення правозастосовної практики, проте це не свідчить про їхню якість, адже більшість із них перетинаються, нерідко дублюються, а іноді й суперечать один одному. Попри це, законодавча база у сфері реалізації гендерної політики в Україні є однією з кращих серед країн пострадянського простору.

Еспінг-Андерсон у своїй книзі «Три типи капіталізму «соціальної держави» (*The Three Worlds of Welfare State Capitalism*) [4] розробив класифікацію форм соціальної держави, в якій зазначив існування трьох типів соціальної політики: консервативної, ліберальної та соціал-демократичної.

У державах із консервативним типом політики рівної зайнятості у чоловіків і жінок чітко визначені соціальні ролі. Незважаючи на більшу участь жінок на ринку праці, трансформацію стосунків у сфері соціального забезпечення і зайнятості, нові відносини в сім'ї, традиційне сприйняття чоловіка й жінки залишається в основному незмінним. Гендерне законодавство цих країн спрямоване на захист особливого статусу матерів (Німеччина, Австрія, Польща), поширення політики пронаталізму (Франція, Бельгія), хоча закони декларують однакове ставлення до чоловіків і жінок і їхню рівноправність.

У країнах із ліберальним типом рівної зайнятості (Велика Британія, США) вперше були прийняті загальні положення, що регулюють антидискримінаційні заходи та рівну оплату праці чоловіків і жінок. Законодавство

щодо гендерної рівності не впроваджується через колективні угоди. Спори, що стосуються рівної зайнятості, як правило, вирішуються в судах на індивідуальній основі. На жаль, лише в мінімальному обсязі ліберальний тип політики надає підтримку інтеграції жінок на ринок праці та має слабку соціальну політику. Хоча на законодавчому рівні гарантується право на гендерну рівність, держави фактично не надають підтримки для догляду за дитиною і, як наслідок, жінки стикаються із суттєвими перешкодами в кар'єрному зростанні на вищих управлінських рівнях.

Країни із соціал-демократичною моделлю (Швеція, Данія, Норвегія) вважаються міжнародними лідерами прогресивної гендерної політики. Менша увага приділяється конституційним гарантіям (наприклад, у законодавстві Швеції відсутні конституційні положення, що гарантують рівну оплату та рівність у ставленні до жінок), а політика рівної зайнятості впроваджується через централізоване колективне лобіювання і соціальну політику. Таким чином, ці держави зосередилися більше не на індивідуальному, а на колективному аспекті. До того ж Закон Норвегії «Про гендерну рівність» є унікальним у тому значенні, що він стосується не лише трудової діяльності, а й приватної сфери, інших секторів (освіта, політика, сімейне життя) і містить положення щодо позитивних дій на користь чоловіків у видах зайнятості, пов'язаних із навчанням дітей та доглядом за ними.

Незважаючи на те, що Україна належить до держав із консервативним типом політики рівної зайнятості, чинне трудове законодавство має напрацювання більш-менш виразної структури і напрямів втілення гендерного принципу.

Наприклад, із точки зору гендерного підходу важливими є положення Закону України «Про зайнятість населення», а саме: держава гарантує особі право на захист від будь-яких проявів дискримінації у сфері зайнятості населення за ознаками статі (ч. 1 ст. 11), забороняється пропонувати роботу лише жінкам або лише чоловікам, за винятком специфічної роботи (ч. 3 ст. 11). Не містить дискримінації щодо чоловіків положення про те, що надаються додаткові гарантії в процесі працевлаштування окремим категоріям громадян, адже формулювання «один із батьків або особа, яка їх замінює і має на утриманні дитину (дітей) віком до шести років» має на меті підкреслити рівні права обох статей.

Важливим кроком у подоланні дискримінації стосовно чоловіків, які мають особливе становище на ринку праці, на нашу думку, є нововведення у Закон України «Про відпустки». Так, щорічна відпустка повної тривалості до настання шестимісячного терміну безперервної роботи в перший рік роботи на цьому підприємстві за бажанням працівника може надаватися чоловікам, дружини яких перебувають у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами (ст. 10); відпустка без збереження заробітної плати за бажанням працівника надається в обов'язковому порядку батьку, який виховує дітей без матері (в тому числі й у разі тривалого перебування матері в лікувальному закладі), що має двох і більше дітей віком до 15 років або дитину з інвалідністю, –тривалістю до 14 календарних днів щорічно, чоловікові, дружина якого перебуває у післяпологовій відпустці, – тривалістю до 14 календарних днів (ст. 25) [5].

Забезпечення гендерної рівності в усіх сферах суспільного життя передбачає вдосконалення ринку праці, впровадження нових професій, зміну їх назв відповідно до статі. Оскільки жінки, на відміну від чоловіків, тривалий час були «замкнені в хатньому просторі», в мові утворилося багато назв людей (за родом діяльності, професією, ієрархічним становищем) – іменників чоловічого роду, тобто маскулінитивів. У такому разі використання фемінітивів є необхідним для демонстрації того, що жінка є повноцінно суб'єктною і автономною в суспільних процесах. Так, відповідно до наказу Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України «Зміни № 9 до Національного класифікатора України ДК 003:2020 «Класифікатор професій» [6] професійні назви робіт можуть бути адаптовані для позначення жіночої статі громадянина, який виконує ці роботи, згідно з потребою користувача під час внесення запису про назву робіт у кадрову документацію окремого співробітника. На нашу думку, такі дії є яскравим прикладом реалізації державної гендерної політики і впровадження рівності чоловіків і жінок як стандарту для українського суспільства.

Також варто звернути увагу на наказ Міністерства соціальної політики України від 29.01.2020 р. № 56 «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо включення до колективних договорів та угод положень, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків у трудових відносинах» [7]. У вказаних Методичних рекомендаціях (розділ 2) є опис типових ситуацій дискримінації за ознакою статі в соціально-трудових відносинах. Особливо варто звернути увагу на типові ситуації, зазначені в підпункті 4.3. «Дискримінація за кількома ознаками (множинна дискримінація) – за статтю, віком, іншими ознаками», 4.4. «Дискримінація за зовнішністю та сексуальні домагання на робочому місці» і 4.5. «Сексизм». Такі типові ситуації дадуть змогу більш правильно застосовувати антидискримінаційне законодавство у сфері гідної праці під час робочого процесу. Важливим новим інститутом протидії дискримінації за «захищеними ознаками» на підприємстві, в установі і організації як допомога роботодавцеві і найманим працівникам – жертвам дискримінації в цьому документі передбачена посада уповноваженого з гендерних питань, радника керівника підприємства, установи та організації. Примірне положення про його функції, права та обов'язки також додається до Методичних рекомендацій.

Не можна не врахувати той факт, що у зв'язку з тим, що Україна взяла на себе зобов'язання щодо утвердження рівних можливостей чоловіків і жінок, Кабінетом Міністрів України було схвалено від 16 вересня 2020 р. Концепцію комунікації у сфері гендерної рівності, реалізація якої розрахована на період до 2025 р. Серед шляхів і способів розв'язання проблеми недостатнього рівня впровадження принципу рівних прав і можливостей жінок і чоловіків в усі сфери життєдіяльності суспільства Уряд визначає, зокрема, спростування/трансформації гендерних стереотипів щодо професії, соціальних ролей, типів поведінки тощо із залученням відомих жінок і чоловіків, сприяння збільшенню участі жінок у політичній діяльності та процесах прийняття рішень, у тому числі через інформування про позитивне ставлення суспільства до цього, сприяння збільшенню участі жінок і чоловіків у сферах праці, де вони менш представлені, зокрема шляхом інформаційної підтримки самодостатності вибору кожної людини, участі жінок у процесі прийняття рішень та політичній діяльності, розширення економічних прав та можливостей жінок, усунення гендерного розриву в оплаті праці та дотриманні трудових прав та ін. [8].

Дійсно, варто констатувати, що останнім часом в Україні покращилась ситуація з представництвом жінок на державній службі та в службі в органах місцевого самоврядування, збільшилась кількість жінок – народних депутатів. Проте в багатьох інших сферах у практичному втіленні суттєвого прогресу досягти не вдалося, що зумовлює низькі позиції України в міжнародних рейтингах із гендерної рівності та значне відставання від європейських показників [9, с. 68]. Зазначимо, що в реальному житті ситуація з гендерною рівністю далека від ідеалу. Жінки, порівняно із чоловіками, мають менше можливостей у працевлаштуванні на високооплачувану роботу, професійному зростанні та кар'єрному просуванні. Більшість роботодавців продовжують надавати перевагу чоловікам,

оскільки ймовірність переривання жінками часу роботи й втрати кваліфікації через народження дітей або догляд за ними в разі хвороби досить висока. Жінки першими підпадають під звільнення під час скорочення штатів та змушені шукати роботу в тіньовому секторі економіки, виконувати непрестижну низькооплачувану роботу без дотримання їхніх соціальних гарантій, визначених законодавством держави, або ж шукати роботу за кордоном, наражаючись на безпеку і приниження й позбавляючи при цьому уваги і виховання своїх дітей [10, с. 291]. Отже, попри нормативно-правову базу з питань гендерної рівності, жінки досі стикаються з дискримінацією у сфері праці. Цілком поділяємо позицію Т.В. Колєснік у тому, що проблема гендерної нерівності і соціально-економічна та політична дискримінація жінок не може бути вирішена лише реформами з боку держави, оскільки система норм, що забороняють будь-яке погіршення прав жінок, навряд чи працюватиме без дієвої системи контролю за виконанням цих норм [9, с. 69].

Підсумовуючи вищенаведене, можна сказати, що Україна перебуває на шляху виправлення гендерного законодавства та впровадження норм, принципів і положень, закріплених у міжнародно-правових актах, пов'язаних із наданням рівних прав і можливостей чоловікам і жінкам у трудових відносинах. Незважаючи на те, що Україну можна зарахувати до країн із консервативною політикою зайнятості, наша держава, ратифікувавши міжнародні договори, застосовує норми міжнародного законодавства, суди використовують практику ЄСПЛ, національне гендерне законодавство поступово вдосконалюється. Створення дієвих норм і механізмів захисту є запорукою процесів демократизації та гармонізації суспільного життя й покращення рівня життя загалом, наближення його до європейського.

ЛІТЕРАТУРА

1. Амелічева Л.П. Теоретичні та аксіологічні засади правового регулювання гідної праці в сучасних умовах державотворення : монографія. Вінниця : ТОВ «Твори», 2020. 360 с.
2. Гендерне законодавство: порівняльний аналіз та коментарі. Київ : Заповіт, 2005. 56 с.
3. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок та чоловіків : Закон України від 08.09.2005 р. № 2866-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 52. Ст. 561.
4. Esping-Andersen, CØsta. 1990. The Three Worlds of Welfare Capitalism. Princeton, N.J. : Princeton University Press.
5. Про відпустки : Закон України від 15.11.1996 р. № 504/96. *Відомості Верховної Ради України.* 1997. № 2. Ст. 4.
6. Про затвердження Зміни № 9 до національного класифікатора ДК 003:2010 № 1574 від 18.08.2020 р. : Наказ Мінекономіки від 18.08.2020 р. № 1574. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Print?lang=uk-UA&id=c1108c0b-54f2-4e12-b196-efe22f195e05.
7. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо включення до колективних договорів та угод положень, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків у трудових відносинах : Наказ Міністерства соціальної політики України від 29.01.2020 р. № 56. URL: https://www. msp.gov.ua.
8. Про схвалення концепції комунікації у сфері гендерної рівності від 16.09.2020 № 1128-р. : Розпорядження КМУ. URL: https://www.rada.gov.ua.
9. Колєснік Т.В. Гендерна нерівність у трудових правовідносинах: актуальні питання. *Актуальні проблеми трудового права та права соціального забезпечення* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., Харків, 5 квіт. 2019 р. Харків : Юрайт. 2019. С. 66–69.
10. Юшко А.М. Проблема гендерної рівності у трудових відносинах. *Проблеми реалізації прав громадян у сфері праці та соціального забезпечення* : тези та доп. та наук. повідомл. учасників IX Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 11 жовт. 2019 р. / за ред. О.М. Ярошенка. Харків : Право, 2019. С. 290–292.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/60

ТРАНСФОРМАЦІЯ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ

TRANSFORMATION OF LABOR RELATIONS DURING THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Правник С.О., студентка II курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті аналізується поточне становище на ринку праці в Україні, зумовлене нестабільністю соціально-економічної ситуації, викликаної поширенням пандемії COVID-19. Через те відразу гостро постає питання: які робочі місця будуть затребувані на ринку праці? Значна увага приділена дослідженню окремих аспектів правового регулювання трудових відносин в Україні під час пандемії COVID-19. Визначено провідні варіанти здійснення працівниками та роботодавцями своїх трудових обов'язків під час введення карантину на території України. Кожен із зазначених варіантів було ґрунтовно опрацьовано. Досліджено законодавчі акти, які справляють вплив на організацію різноманітних форм праці і трудових відносин. Визначено особливості правового регулювання трудових відносин у період карантину. Використано метод SWOT-аналізу в процесі дослідження переваг та недоліків дистанційної зайнятості як для працівника, так і роботодавця. У статті проаналізовано співвідношення неоплачуваної відпустки за сімейними обставинами з відпусткою у зв'язку зі встановленням Кабінетом Міністрів України карантину. Перераховано основні обов'язки роботодавців, що стосуються забезпечення безпеки праці працівників в умовах спалаху пандемії COVID-19. Також роботодавцям надано рекомендації, спрямовані на покращення умов праці власних працівників та забезпечення їх безпеки. Розглянуто зумовлену пандемією COVID-19 зміну пріоритетів професій, що потягло за собою зниження престижу одних професій і підвищення попиту на інші. Значну увагу приділено ознайомленню із досвідом вирішення «карантинних» трудових проблем іншими державами. Аналіз світової практики дає можливість запропонувати напрями, які б дозволили нашій державі впроваджувати кращі елементи зарубіжного досвіду, розумно поєднавши його із нинішніми діями уряду. Сформульовано потенційно можливу пропозицію Міністерству розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України розширити сферу обов'язків асистента референта. Розглянуто негативні наслідки, що чекають на суб'єктів трудових правовідносин через запровадження в трудовому законодавстві нашої держави на законодавчому рівні такої форми організації праці, як «дистанційна робота».

Ключові слова: пандемія короновірусу, карантин, трудові правовідносини, працівник, роботодавець, SWOT-аналіз, зарубіжний досвід.

This article analyzes the current situation on the labor market in Ukraine due to the instability of the socio-economic situation caused by the spread of the COVID-19 pandemic. Therefore, the question immediately arises: what jobs will be in demand in the labor market? Considerable attention is paid to the study of certain aspects of the legal regulation of labor relations in Ukraine during the pandemic COVID-19. The leading options for employees and employers to perform their duties during the introduction of quarantine in Ukraine have been identified. Each of these options has been thoroughly worked out. Legislative acts that have an impact on the organization of various forms of work and labor relations are studied. Peculiarities of legal regulation of labor relations during the quarantine period are determined. The method of SWOT-analysis is used in the process of researching the advantages and disadvantages of remote employment for both employees and employers. The article analyzes the ratio of unpaid leave due to family circumstances with leave in connection with the establishment of quarantine by the Cabinet of Ministers of Ukraine. The main responsibilities of employers for occupational safety in the event of an outbreak of the COVID-19 pandemic are listed. Employers were also provided with recommendations aimed at improving the working conditions of their own employees and ensuring their safety. The change in the priorities of professions caused by the COVID-19 pandemic, which led to a decrease in the prestige of some professions and an increase in demand for others, is considered. Considerable attention is paid to acquaintance with the experience of solving "quarantine" labor problems by other states. The analysis of world practice makes it possible to suggest directions that would allow our country to implement the best elements of foreign experience, reasonably combining it with the current actions of the government. A potential proposal to the Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture of Ukraine to expand the scope of responsibilities of the assistant clerk has been formulated. The negative consequences that await the subjects of labor relations due to the introduction of such a form of labor organization as "remote work" in the labor legislation of our state at the legislative level are considered.

Key words: coronavirus pandemic, quarantine, labor relations, employee, employer, SWOT-analysis, foreign experience.

Постановка проблеми. Запровадження карантину та пов'язаних з ним обмежувальних заходів через пандемію COVID-19 стало справжнім викликом для суспільства. За цих умов керівництво держави намагалося вжити чимало заходів, зокрема, прийнято низку нормативно-правових актів, спрямованих на підтримку економіки. Оскільки такі заходи є не лише вимушеними, але й необхідними, то роботодавцям слід адекватно оцінювати ризики загрози життю і здоров'ю своїх працівників. Проте в сучасних реаліях значна частина роботодавців вдається до порушень трудових прав працівників. З огляду на зазначене особливої уваги набувають дослідження правового регулювання організації праці, її охорони, впровадження новітніх форм роботи та їх регламентації тощо. Щоб вихід із карантину відбувся з мінімальними втратами, потрібно створити між працівниками і роботодавцями такі відносини, які б не порушували вимоги, встановлені трудовим законодавством, адже штрафи за такого роду порушення в України є значними.

Аналіз останніх досліджень. Питання охорони праці під час пандемії коронавірусу в Україні на цей час актуалізувалося. Зазначена тема, на нашу думку, є епохальною і тому потребує детального дослідження. Водночас обговорювана на сторінках цієї наукової статті проблематика має важливе практичне та наукове значення, однак у працях науковців висвітлюється лише поверхнево.

Однак варто зауважити, що наукова спільнота вже приділила достатньо часу для вивчення основних варіантів розвитку трудових відносин на період карантину. Серед відомих українських вчених, сфера наукової діяльності яких пов'язана із дослідженням дистанційної роботи, слід відзначити В. Авескулова, М. Бобринкову, О. Шелест тощо. Питанню визначення поняття та сутності звільнення працівників присвячені праці А. Морозової, Ю. Тихановича та інших. Вивченню питання надання відпусток без збереження заробітної плати приділив увагу В. Авескулов тощо. Поняттю та сутності щорічної чергової відпустки присвячено наукові праці В. Авескулова та інших.

Формулювання цілей статті. Метою статті є висвітлення особливостей правового регулювання трудових відносин під час запровадженого українським урядом карантину. Також акцентуємо увагу на основних питаннях, на які слід звернути увагу роботодавцю для покращення умов праці його працівників на період карантину. До того ж варто ретельно проаналізувати наявні форми

організації праці та з'ясувати їх переваги та недоліки задля їх покращення, що є досить актуальним під час пандемії COVID-19.

Виклад основного матеріалу. Всесвітня організація охорони здоров'я в березні 2020 року оголосила пандемію COVID-19. При цьому, аби мінімізувати негативні наслідки для економіки в таких умовах, роботодавцям потрібно діяти виключно в рамках норм українського законодавства, в тому числі брати до уваги поради і рекомендації контролюючих органів. Прикладами таких актів є постанова Кабінету Міністрів України № 211 від 11.03.2020 р., Указ Президента України № 87/2020 від 13.03.2020 р., Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13.03.2020 р. та інші.

Роботодавцям доводиться швидко приймати рішення про подальший режим роботи підприємств, установ чи організацій. На час встановлення карантину є кілька розповсюджених варіантів розвитку відносин між працівником і роботодавцем: 1) працівники переходять на дистанційний режим роботи; 2) встановлення працівникам неповного або скороченого робочого часу; 3) введення простою; 4) надання працівникам щорічних основних та додаткових відпусток, інших оплачуваних відпусток, передбачених законодавством; 5) надання відпусток без збереження заробітної плати за заявою працівників; 6) роботодавці звільняють працівників; 7) самоізоляція або лікарняні.

Основним варіантом для більшості підприємств, установ, організацій є виконання працівниками обов'язків вдома, тобто дистанційно. Вибір зазначеного варіанта дозволить не тільки не зупиняти свою роботу, а й зберегти робочі місця працівникам в складний період. Поняття «дистанційна зайнятість» чимало науковців тлумачать по-різному. На думку О. Шелест, дистанційна зайнятість – це вид зайнятості, заснований на віддаленні працівника від традиційного робочого місця, гнучкому режимі робочого часу, використанні інформаційних і телекомунікаційних технологій як основи організаційних зв'язків [1, с. 821]. Своєю чергою М. Бобринкова трактує її як гнучку можливість працювати в місцевості, що розташована поза звичайним робочим місцем [2, с. 2]. Спираючись на ст. 60 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП), слід зазначити, що дистанційна (надомна) робота – це така форма 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 [3].

При цьому, якщо працівник і роботодавець письмово не домовились про інше, дистанційна (надомна) робота передбачає оплату праці в повному обсязі та в строки, визначені діючим трудовим договором. Тому роботодавець не має права зменшити розмір оплати праці у зв'язку з переходом працівника на дистанційну роботу.

Варто звернути увагу на опитування на тему «Якщо ви працюєте вдома через карантин, вам хочеться повернутися на роботу в офіс?», в якому взяло участь 3 726 осіб [4]. В підсумку було отримано наступні результати: 12% (447 осіб) не відчувають різниці; 25% (931 осіб) надали позитивну відповідь, бо вдома мені важче зосередитися на роботі; 28% (1 043 особи) відповіли «так», бо дім має бути домом, тут нестерпно працювати, і лише 35% (1 304 особи) відповіли «ні, мені навіть подобається, я більше встигаю». Дані проведеного дослідження яскраво демонструють, що більшість дистанційників хочуть швидше повернутися на «звичне» місце роботи.

Для того, щоб краще зрозуміти переваги та недоліки дистанційної зайнятості, варто скористатися методом SWOT-аналізу. SWOT-аналіз переваг та недоліків дистанційної зайнятості наведено в таблиці 1.

Із самого визначення поняття «дистанційна робота» випливає, що остання виконується поза приміщенням підприємства, установи або організації, на власний розсуд працівника – за місцем проживання чи в іншому місці за його вибором. Відповідно до положень Закону України «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. № 2694-XII на роботодавця покладається обов'язок забезпечення всіх вимог з охорони праці, гігієни праці та протипожежної безпеки. Звідси випливає, що в разі настання нещасних випадків, пов'язаних із порушенням вимог охорони і гігієни праці, пожежної безпеки на робочому місці, внаслідок яких буде завдано шкоди здоров'ю та майну працівника, до роботодавця може бути застосовано один із видів юридичної відповідальності. Відповідно до ч. 1 ст. 271 Кримінального кодексу України за порушення вимог законодавчих та інших нормативно-правових актів про охорону праці службовою особою підприємства, установи, організації до роботодавця може бути застосовано штраф в межах від 100 (1 700 грн) до 200 (3 400 грн) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправні роботи на строк до 2-х років, або обмеження волі на той самий строк, а у разі настання летальних випадків – виправні роботи на строк до 2-х років або обмеження волі на строк до 5-ти років, або позбавлення волі на строк до 7-ми років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 2-х років або без такого (ч. 2 ст. 271 Кри-

Таблиця 1

SWOT-аналіз переваг та недоліків дистанційної зайнятості

	СИЛЬНІ СТОРОНИ «S» – STRENGTH	**ЗАГРОЗИ «T» – TREATS**
Працівник	– можливість на власний розсуд розподілити час; – економія часу і грошей на дорогу / харчування; – зручне робоче місце: можна працювати вдома, в парку, в кафе тощо; – відсутність конфліктів з колегами.	– соціальна ізольованість (неможливість обговорень робочих питань або обміну планами на вихідні з колегами); – наявність відволікаючих факторів; – ризик не зрозуміти сенс завдання; – можливі проблеми зі здоров'ям (гіподинамія, навантаження на очі тощо); – самозабезпечення всім необхідним обладнанням та постійним доступом до інтернету.
	МОЖЛИВОСТІ «O» -OPPORTUNITIES	**СЛАБКІ СТОРОНИ «W» – WEAKNESS**
Роботодавець	– зменшення витрат на опалення / кондиціонування, телефонні / інтернет послуги; – відсутність спізнень та прогулів працівників; – оплата загалом якісно виконаної роботи.	– ризик неякісного виконання поставлених задач; – відсутність контролю за працівниками і, як наслідок, зниження дисципліни; – введення змін у систему контролю і оцінки результату.

Джерело: складено авторкою на основі літературних джерел [1; 5]

мінального кодексу України). Звідси назріває питання: хто повинен нести відповідальність у тому разі, якщо з працівником, який працює дистанційно, станеться нещасний випадок під час виконання ним роботи, наприклад, вдома, в кафе тощо. На практиці роботодавець не може гарантувати безпечні умови праці поза підприємством, установою або організацією, а отже, і реалізацію одного з основних трудових прав працівника – права на здорові і безпечні умови праці. Для уникнення наведеної ситуації варто конкретизувати в трудовому договорі (або в заяві працівника про дистанційну роботу на період карантину) опис робочого місця, де працівник повинен виконувати роботу, і прописати пункт необхідності неухильного дотримання працівником правил техніки безпеки.

Ще одним варіантом роботи може бути угода між працівником та роботодавцем про запровадження неповного або скороченого робочого часу. Цей варіант найліпший для тих підприємств, установ та організацій, де скоротилися обсяги замовлень, або які не можуть забезпечити працівників достатнім обсягом роботи. Передусім роботодавці зацікавлені в переведенні працівників на неповний робочий час, адже в такому разі оплата праці провадиться пропорційно відпрацьованому часу, іншими словами – менше працюють – менше отримують. У разі якщо працівник згоден перейти на неповний режим роботи зі зменшенням заробітної плати, такі зміни оформлюються додатковою угодою до трудового договору. Якщо працівник буде проти, то роботодавець може сам встановити неповний робочий час. Щоправда при цьому повинна додержуватися процедура зміни істотних умов праці, як вона передбачена ч. 3 ст. 32 КЗпП. Однак для цього йому треба попередити працівника і почекати 2 місяці. Та й провести такі зміни можна тільки у зв'язку зі змінами в організації виробництва і праці та за погодженням із профспілковим комітетом (якщо він є на підприємстві).

Новелою в трудовому законодавстві України стало закріплення такої форми організації праці, як «гнучкий режим робочого часу». Законодавець у ст. 60 КЗпП наголошує, що гнучкий режим робочого часу – це форма організації праці, якою допускається встановлення режиму роботи, що є відмінним від визначеного Правилами внутрішнього трудового розпорядку, за умови дотримання встановленої денної, тижневої чи на певний обліковий період (два тижні, місяць тощо) норми тривалості робочого часу. Важливою умовою є те, що він встановлюється за погодженням між працівником та роботодавцем, на визначений строк або безстроково, як під час прийняття працівника на роботу, так і згодом. Безсумнівно, що узаконення в ст. 60 КЗпП України використання гнучкого режиму робочого часу виявилось позитивним кроком, зокрема для регулювання трудових відносин в умовах карантину. Насамперед вищевказане дозволить уникнути скупчення працівників на підприємствах, в установах або організаціях, а відтак запобігти поширенню вірусу.

У законодавстві України закріплена можливість надання працівникові щорічної оплачуваної відпустки. Згідно з ч. 10 ст. 10 Закону України «Про відпустки» черговість надання відпусток визначається графіками, які затверджуються власником або уповноваженим ним органом за погодженням з виборним органом первинної профспілкової організації (профспілковим представником) чи іншим уповноваженим на представництво трудовим колективом органом. Під час складання графіків надання відпусток ураховуються інтереси виробництва, особисті інтереси працівників та можливості для їхнього відпочинку [6]. Якщо згідно з графіком відпусток працівник має право на відпустку в інший період, перенесення такої відпустки можливо на період карантину за згодою з роботодавцем [7]. Оплачувана відпустка надається за заявою працівника та оформлюється наказом роботодавця. За своєю юридичною природою відпустка – це гарантоване державою право особи, яка працює, на відпочинок, а не обов'язок. Відтак реалізація цього права є добровільною, і тому керівник не може примусити працівника скористатися нею на час карантину. Відмова співробітником від пропозиції піти у відпустку за жодних обставин не може вважатися порушенням трудової дисципліни.

Якщо звернутися до практики, то варто відмітити, що в Україні є приклади того, що роботодавці повністю дотримуються прав працівників: відправляють їх в оплачувані відпустки. Доцільно зауважити, що так роблять підприємства, установи або організації в тій чи іншій сфері, які мають реальну фінансову, економічну можливість і які можуть це собі дозволити протягом певного періоду часу, тобто не отримувати дохід в звичному обсязі, але оплачувати відпустки працівників. Наприклад, керівництво аеропорту «Бориспіль» відправило в оплачувану відпустку майже 80% співробітників на строк близько 2 тижнів [8]. Однак навіть і такий гігант передбачив, що подібні заходи не можуть бути тривалими, тому керівництвом аеропорту розглядалося рішення, що після закінчення оплачуваної відпустки працівників переведуть на оплату праці згідно з умовами простою, тобто заплатять 2/3 від посадового окладу.

Наступним можливим варіантом роботи є відправлення працівників у відпустки без збереження заробітної плати. Варто зазначити, що відпустка без збереження заробітної плати є одним із різновидів відпусток, що гарантовані законодавством України. Під час подій, пов'язаних з карантином, доцільно порівняти неоплачувані відпустки за сімейними обставинами з відпусткою у зв'язку зі встановленням Кабінетом Міністрів України карантину.

Таблиця 2

Співвідношення неоплачуваної відпустки за сімейними обставинами з відпусткою у зв'язку зі встановленням КМУ карантину

Критерії розмежування	Сімейні обставини та інші причини, крім карантину	Карантин
Причина надання	Сімейні обставини та інші причини, крім карантину	Оголошення карантину Постановою КМУ «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19» відповідно до ст. 29 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб»
Максимальна тривалість відпустки	Не більше 15 календарних днів протягом року	На період оголошення карантину на відповідній території
З чиєї ініціативи виникає	Працівника	Працівника
Підстава надання	Відповідно до ч. 2 ст. 84 КЗпП та ч. 1 ст. 26 Закону України «Про відпустки»	Відповідно до ч. 2 ст. 84 КЗпП, ч. 1 ст. 26 Закону України «Про відпустки» та Постанови КМУ «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19» від 11.03.2020 р. № 211

Джерело: складено авторкою на основі літературних джерел [6; 9]

Однією з найважливіших відмінних ознак є максимальна тривалість відпустки без збереження заробітної плати. Загалом в Україні тривалість такої відпустки більше, ніж 15 календарних днів, вважатиметься порушенням КЗпП. Тому Закон України «Про відпустки» цілком слушно й своєчасно доповнено ч. 3 ст. 26, згідно з якою термін перебування у відпустці без збереження заробітної плати на період карантину не включається у загальний термін, встановлений частиною першою цієї статті [6]. Однак у разі, якщо законодавець не врахував реалій, то на кожного роботодавця, який перевищив строк неоплачуваної відпустки (а така ситуація настала б неодмінно, бо строк з 17 березня до 3 квітня – це вже 18 календарних днів), ризикував отримати адміністративний штраф за порушення трудового законодавства. Відповідно до ч. 1 ст. 41 КУпАП порушення вимог законодавства про працю тягне накладення штрафу на посадових осіб підприємств, установ і організацій від тридцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 510 до 1 700 грн.) [10].

Згідно зі ст. 34 КЗпП простій – це зупинення роботи, спричинене тим, що немає організаційних або технічних умов, необхідних для виконання роботи, невідворотною силою або іншими обставинами [3]. Оскільки ані роботодавець, ані працівник не можуть впливати на епідеміологічну обстановку, адже сталося це з причин, що не залежать від їх волі. Встановлення простою актуальне для бізнесу, діяльність якого прямо заборонена рішеннями державних органів: ресторани, кінотеатри, торговельні центри, спортивні клуби тощо. Вищезазначений варіант розвитку подій є найменш бажаним для обох сторін трудового договору, особливо для роботодавця. По-перше, законодавець чітко вказав у ч. 1 ст. 113 КЗпП, що час простою не з вини працівника, в тому числі на час оголошеного Кабміном карантину, оплачується з розрахунку не нижче 2/3 тарифної ставки встановленого працівникові розряду (окладу). По-друге, для того щоб оголосити простій, потрібні підстави, а саме: відсутність організаційних або технічних умов, необхідних для виконання роботи; невідворотна сила; інші обставини. Як відмітила Т. Безрук, «простій» потрібно правильно оформити. Для цього має бути наказ керівника, де визначено, які співробітники працюють за таких умов [11].

Не слід оминути увагою і такий варіант розвитку подій, коли працівник повернувся з країни, в якій зафіксовані випадки COVID-19, або контактував з особою, хворою на COVID-19. Останньому за висновком та рішенням лікаря надається листок непрацездатності на період самоізоляції та/або перебування під наглядом у медичному закладі. Такий лікарняний оплачується в загальному порядку (перші 5 днів – роботодавцем, решта періоду оплачує Фонд загальнообов'язкового державного соціального страхування), однак сума, яка підлягає оплаті, складає 50% середнього заробітку незалежно від страхового стажу відповідно до ст. 22 і ст. 24 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» [12]. Роботодавцю слід дозволити працівникові в період карантину або самоізоляції працювати дистанційно (якщо це практично допустимо), тим самим уникнувши збитків у зв'язку з необхідністю оплачувати період самоізоляції. Якщо працівник не може працювати вдома, то оформлюємо йому відпустку щорічну або без збереження зарплати. У будь-якому разі роботодавець не вправі звільняти працівника, який пішов на самоізоляцію.

Все ж найбільш небажаним варіантом для працівника є звільнення. На думку Ю. Тихоновича, звільнення працівників – це врегульований нормами трудового права процес припинення трудового договору та трудових правовідносин працівником за ініціативою і/або роботодавця, що здійснюється на підставі розірвання трудових відносин (поєднуючи централізоване і локальне, державне і договірне регулювання), який потребує обов'язкового документального оформлення [13, с. 412]. Насамперед звернемо увагу, що жодні зміни щодо звільнення працівників на період запровадження карантинних заходів, спрямованих на запобігання поширенню COVID-19, не вносилися до законодавства. Підстави для припинення трудового договору з працівником визначені в ст. 36, 38-41, 45 КЗпП. Таким чином, якщо звільнення працівника виникло в період карантину із окреслених підстав, то звільнення, безсумнівно, буде законним, а роботодавець в такому разі не нестиме ніякої відповідальності за таке звільнення. Однак значна частина роботодавців інтерпретує законодавство на власний лад та неодноразово при цьому нехтує правами працівників. В такому разі законодавством передбачена відповідальність для таких осіб, які незаконно звільняють працівників. Так, ст. 172 Кримінального кодексу України встановлена відповідальність за незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів – штраф у розмірі від 2 000 до 3 000 НМДГ (від 34 000 до 51 000 грн.) або позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до 3 років, або виправними роботами на строк до 2 років [14]. Якщо ж працівник не має бажання звільнятись, він за будь-яких умов не має писати таку заяву, адже у майбутньому в суді буде вкрай важко довести таку обставину, як примушування працівника з боку роботодавця до написання заяви про звільнення за власним бажанням [15].

У разі якщо всі перераховані варіанти вирішення проблеми організації роботи під час карантину не підходять, залишається єдиний варіант – це продовження роботи у напряму забезпечення усіх працівників всім необхідним у рамках захисту від поширення інфекції. Відповідно до рішення уряду у звичайному режимі залишилися працювати поштові сервіси; правоохоронні, державні органи; заклади охорони здоров'я; обмінники; банки; магазини, які торгують продовольством і гігієнічними товарами; автозаправні станції. Проте щоб робота в приміщенні була безпечною для здоров'я, потрібно дотримуватися певних протиепідемічних правил.

Для попередження розповсюдження COVID-19 роботодавці повинні забезпечити працівників антисептичними та дезінфікуючими засобами, дотримуватися гарантованих законодавством прав працівників з метою зупинити або сповільнити розповсюдження COVID-19 [16]. У контексті зазначеного важливо перерахувати основні правила для безпечного перебування в офісі на період карантину. По-перше, варто усі робочі поверхні (наприклад, столи, клавіатури тощо) регулярно протирати дезінфікуючим засобом. По-друге, необхідно регулярно здійснювати провітрювання робочого приміщення. Також роботодавцю слід пам'ятати про засоби індивідуального захисту: працівники мають бути забезпечені масками для обличчя та рукавичками, що зможе захистити їх від ураження хворобою. Повинні бути встановлені спеціальні урни для утилізації засобів індивідуального захисту [17]. Головний санітарний лікар України затвердив тимчасові рекомендації з організації протиепідемічних заходів під час надання послуг в умовах карантину. Йдеться про тимчасові рекомендації щодо організації протиепідемічних заходів для: офісних приміщень, в яких дозволено здійснювати діяльність на етапі карантину (Постанова № 16 «Про затвердження Тимчасових рекомендацій щодо організації протиепідемічних заходів під час здійснення дозволених видів діяльності, які передбачають приймання відвідувачів у офісних приміщеннях в період карантину у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)»); закладів громадського харчування (Постанова № 18 «Про затвердження Тимчасових рекомендацій щодо організації протиепідемічних заходів при роботі закладів громадського харчування на період карантину у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)»); точок про-

дажу продовольчих і непродовольчих товарів (Постанова № 17 «Про затвердження Тимчасових рекомендацій щодо організації протиепідемічних заходів при торгівлі продовольчими (окрім ринків) та непродовольчими товарами на період карантину у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)»); торгівлі на ринках (Постанова № 34 «Про затвердження Тимчасових рекомендацій щодо організації протиепідемічних заходів з торгівлі на ринках на період карантину у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» тощо).

Загроза поширення COVID-19 та оголошений карантин спровокували серйозні зміни на ринку праці, що потягло за собою зміну пріоритетів професій. Значний попит на ринку праці сформувався на такі професії, як лікар, медична сестра, продавець продовольчих товарів, касир, кур'єр, поштовий працівник. Безспірно, що на піку популярності перебувають служби доставки, зокрема такі, як «Нова пошта», "Glovo", "Raketa". Розповідаючи для BBC News, співзасновник «Нової пошти» В. Климов звернув увагу, що «Обсяг відправлень по Україні в березні 2020 року збільшився на 15% порівняно з березнем минулого року. Кількість міжнародних відправлень за цей же період зросла на 55%» [18]. Значного удару зазнали артисти, співаки, спортсмени, працівники туристичної сфери. Зміна пріоритетів показала, що представники професій, які займаються розважанням людей та отримують сотні тисяч доларів (а найбільш популярні – мільйони), не важливі, коли доходить до пандемії. Тоді як вчені, правоохоронці і лікарі, які ризикують своїм життям у боротьбі з COVID-19, отримують набагато менше, попри те, що їх робота важлива [19].

Якщо до штату працівників входять особи, які знаходяться у зоні ризику (насамперед люди літнього віку та ті, у кого наявні хронічні захворювання), роботодавцю слід звернути на них особливу увагу, проте не допускаючи їх дискримінації. Кондитерська корпорація "Roshen" виявила яскравий приклад соціальної відповідальності через введення карантину: вони відправили всіх своїх працівників старше 55 років у відпустки із збереженням заробітної плати в повному обсязі на строк загальнонаціонального карантину [20].

Щодо досвіду іноземних держав, то значна частина з них розробила програми підтримки бізнесу, програми підтримки роботодавців, навіть програми компенсації працівникам певної частини заробітної плати у зв'язку з тим скрутним становищем, в якому опинилися всі без винятку. Серед таких держав, зокрема в США, прийнято закон про надзвичайний стан в певних штатах, яким врегульовано, що працівники, яких торкнувся коронавірус (ті, які або хворіють, або перебувають на самоізоляції за вказівкою уряду і не можуть продовжувати свою роботу), застраховані від безробіття [21].

Також частина країн вирішила частково покрити витрати на виплату заробітної плати за рахунок державного бюджету. У цих країнах держава компенсує роботодавцю 50–80% заробітної плати працівника. Зокрема, в Словаччині детально пропрацьована програма підтримки роботодавців і працівників. Одним із найбільш вражаючих положень цієї програми є те, що держава компенсуватиме працівникам тих компаній, які через карантин та епідемію були змушені тимчасово закритися, близько 80% від заробітної плати з метою підтримати бізнес (тобто роботодавцеві необхідно буде сплачувати лише 20% заробітної плати) [22].

Карантин, запроваджений у зв'язку з пандемією COVID-19, вніс корективи і в строки проходження медичного огляду. На період дії карантину тимчасово дозволено залучати до роботи без проходження попереднього (під час прийняття на роботу) та періодичних (протягом трудової діяльності) медичних оглядів працівників, зайнятих на важких роботах, роботах із шкідливими чи небезпечними умовами праці або таких, де є потреба у професійному доборі (п. 5 постанови КМУ «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 20.05.2020 р. № 392, зі змінами, внесеними згідно з постановою КМУ від 17.06.2020 р. № 500). Однак щорічні медичні огляди необхідні, оскільки визначають можливість працівника виконувати професійні обов'язки в конкретному виробничому середовищі без погіршення стану здоров'я. Звідси варто в кожному населеному пункті доручити щонайменше одному медичному працівнику проведення медогляду для уникнення неприємних сценаріїв розвитку, які згодом зможуть відобразитися на здоров'ї працівників.

Висновки. Одним із наслідків поширення COVID-19 стали суттєві зміни, що відбулися на ринку праці. В той час як значну увагу регламентації трудових відносин приділяє уряд, представники влади напрацьовують низку механізмів, спрямованих на врегулювання конфліктів між працівниками та роботодавцями, на захист їх законних прав, адже кожен працівник повинен бути впевнений, що ризик, пов'язаний з його працею, зведений до мінімуму.

Інтерес до дистанційної роботи зростає з кожним роком як з боку працівників, так і роботодавців. На перший погляд, можна помилково вважати, що дистанційній праці притаманні лише переваги. Однак на основі проведеного SWOT-аналізу із стовідсотковою впевненістю можемо сказати, що недоліки такого співробітництва існують як для працівників, так і для роботодавців. Частина слабких сторін вказаної форми праці виявилися не фатальними, а тому їх не складно мінімізувати. Для працівника вказана форма організації роботи найбільше вимагає від нього самодисципліни, особистої відповідальності, а тому підходить не для всіх. Роботодавцю необхідно забезпечити виконання роботи з використанням будь-яких методів її обліку. Законодавство не встановлює чітких механізмів контролю за виконанням працівником його обов'язків під час дистанційної роботи. Для того, щоб роботодавці могли контролювати роботу свого персоналу, пропонуємо скористатися такими технологічними рішеннями: каналами для відеоконференцій (Skype, Zoom, WhatApp, WebEx); платформами для управління проєктами в режимі online (Slack, Trello, Asana, Wrike); месенджерами (Viber, Telegram, Facebook Messenger, WhatsApp); загальними календарями (Google, Outlook, Calendar, Trello).

Підбиваючи підсумки, необхідно зазначити, що значну увагу приділено правовим аспектам охорони праці задля врегулювання трудових відносини між роботодавцем та працівником в умовах дистанційної роботи. Наведено приклад регламентації трудових відносин між основними суб'єктами трудових правовідносин, які б дозволили мінімізувати виробничий травматизм для працівників і уникнення ризику притягнення роботодавця до одного із видів юридичної відповідальності, оскільки на останнього покладено обов'язок забезпечення всіх вимог з охорони праці.

Під час дистанційної роботи працівники розподіляють робочий час на свій розсуд, і Правила внутрішнього трудового розпорядку на них не поширюються. Проте порядок та умови гнучкого режиму робочого часу доцільно все ж таки прописати у Правилах внутрішнього трудового розпорядку з метою мінімізації випадків нехтуванням з боку працівників своїми трудовими обов'язками. Своєю чергою роботодавець має забезпечити достовірний облік робочого часу й облік виконаної роботи з використанням будь-яких методів обліку, щодо яких сторони дійшли згоди.

На жаль, є багато прикладів, коли підприємства змушені скорочувати час своєї роботи, відправляти працівників у відпустки без збереження зарплати через неможливість фінансування працівникам оплачуваних відпусток.

У науковій статті певну увагу приділено ознайомленню із методами боротьби із поширенням короновірусної хвороби у зарубіжних країнах. Міжнародний досвід проаналізовано з метою запозичення та одночасного поєднання із тими кроками, що вже здійснив український уряд.

Загроза коронавіруса – це не причина для порушення трудових прав працівників. Для тих підприємств, установ або організацій, що безперервно працюють у звичайному режимі, роботодавцям варто створити такі умови праці на робочому місті, що мають бути достатніми для забезпечення безпеки людей.

У період поширення пандемії COVID-19 у працівників виникають питання, які стосуються ризиків для їх здоров'я, змін в організації праці тощо. Оскільки епідемічна ситуація постійно змінюється, доведення до відома працівників інформації систематично допоможе їм відчувати себе в курсі подій, що своєю чергою не може не позначитися на їх мотивації адаптуватися до цього і допомогти підприємству, установі або організації пережити важкі часи. Звідси роботодавцям варто замислитися над питанням введення до штату співробітника, який би стежив за «найсвіжішими» відомостями, що надходять від центральних або місцевих органів влади. Тому пропонується зробити відповідальним за інформаційно-роз'яснювальну роботу асистента референта керівника підприємства, розширивши межі повноважень вказаного співробітника. Загалом асистент референта – це працівник, який виконує функції, що включають організаційно-технічне забезпечення адміністративно-розпорядчої діяльності керівника підприємства.

Допоки тривають карантинні заходи на території країни (у деяких регіонах їх послаблюють або, навпаки, посилюють) залежно від показників розповсюдженості COVID-19 постановою Кабінету Міністрів України дозволено приймати на роботу без попереднього медогляду. Зокрема, у статті акцентовано увагу на негативних наслідках такого кроку і запропоновано пропозицію, як цьому запобігти.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шелест Е.С. Дистанционная занятость молодежи. *Донбас-2020: перспективи розвитку очима молодих вчених*: матеріали V наук.-практ. конф. (м. Донецьк, 25–27 трав. 2010 р.). Донецьк : ДонНТУ МОН, 2010. С. 819–823.
2. Бобринкова М. Правовое регулирование дистанционного труда в зарубежном законодательстве. *Сравнительное трудовое право*. 2011. № 5. С. 1–9.
3. Кодекс законів про працю України: Закон УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Дод. до № 50. Ст. 375.
4. Як змінився український ринок праці через карантин. 2020. URL: https://www.work.ua/news/ukraine/1398/ (дата звернення: 01.11.2020).
5. Авескулов В.Д. Особливості трудових відносин із дистанційними працівниками. *Право та інновації* 2017. № 2 (18). С. 111–116.
6. Про відпустки: Закон України від 15.11.1996 р. № 504/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 2. Ст. 4.
7. Оплата праці під час карантину. 2020. URL: https://artius.ua/novini/oplata-prasi-pid-chas-karantinu.html (дата звернення: 01.11.2020).
8. 78 % співробітників «Борисполя» пішли в оплачувану відпустку. Чого чекати людям далі? 2020. URL: https://i-visti.com/news/boryspil/7995-78-spvrobtnikv-borispolya-pshli-v-oplachuvanu-vdpustku-chogo-chekati-lyudyam-dal.html (дата звернення: 01.11.2020).
9. Про захист населення від інфекційних хвороб: Закон України від 06.04.2000 р. № 1645-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2000. № 29. ст. 228
10. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР)*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.
11. Безрук Т. Дистанційна робота, відпустки та звільнення під час карантину: що потрібно знати. 2020. URL: https://hromadske.ua/posts/distancijna-robota-vidpustki-ta-zvilnennyapid-chas-karantinu-sho-potribno-znati. (дата звернення: 01.11.2020).
12. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 23.09.1999 р. № 1105-XIV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1999. № 46-47. Ст.403.
13. Тихонович Ю.С. Правовий механізм регулювання звільнення з ініціативи працівника. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. № 73. С. 408–413.
14. Кримінальний Кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25-26. Ст. 131.
15. Увольнение во время карантина: как отстоять свои права. URL: https://www.epravda.com.ua/rus/columns/2020/03/30/658675/ (дата звернення: 01.11.2020).
16. Мінекономіки та Держпраці назвали головні права й обов'язки працівників під час карантину. 2020. URL: https://buh.ligazakon.net/ua/news/193698_mnekonomki-ta-derzhpratsnazvali-golovn-prava-y-obovyazki-pratsvnikv-pd-chas-karantinu (дата звернення: 01.11.2020).
17. Рекомендації для роботодавців у зв'язку з поширенням коронавірусу. 2020. URL: https://biz.ligazakon.net/ua/news/193707_rekomendats-dlyarobotodavtsv-u-zvyazku-z-poshirennyam-koronavrusu (дата звернення: 01.11.2020).
18. «Нова пошта», Glovo, Raketa: як служби доставки використовують свій зоряний час. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/features-52208958 (дата звернення: 01.11.2020).
19. Пандемія коронавірусу: які професії користуються попитом під час карантину. 2020. URL: https://fakty.com.ua/ua/ukraine/20200326-pandemiya-koronavirusu-yaki-profesiyi-spravdi-vazhlyvi/ (дата звернення: 01.11.2020).
20. Центр «Розвиток Корпоративної соціальної відповідальності». URL: https://www.facebook.com/CSRUkraine/posts/3023069004429529/ (дата звернення: 01.11.2020).
21. Сенат США прийняв законопроект про 1200 доларів для американців у час пандемії. URL: https://zaxid.net/senat_ssha_priynyav_zakonoproekt_pro_1200_dolariv_dlya_amerikantsiv_u_chas_pandemiyi_n1499905 (дата звернення: 01.11.2020).
22. Рятівне коло: Як сусіди України підтримують економіку під час коронакризи? URL: https://parlament.org.ua/2020/05/15/ryativne-kolo-yak-susidi-ukrayini-pidtrimuyut-ekonomiku-pid-chas-koronakrizi/ (дата звернення: 01.11.2020).

УДК 349:22
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/61

ТІНЬОВА ЗАЙНЯТІСТЬ НАСЕЛЕННЯ: ПРИЧИНИ І ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ЗАСОБІВ ПОДОЛАННЯ

SHADOW EMPLOYMENT OF THE POPULATION: REASONS AND SUGGESTIONS FOR MEANS OF OVERCOMING

Радіонова-Водяницька В.О., к.ю.н.,
асистент кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Потапова Л.В., студентка ІІІ курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Тематика легалізації трудових відносин є доволі актуальною у зв'язку із тим, що у багатьох країнах спостерігається стрімке поширення залучення населення до неформальної зайнятості з метою ухилення від оподаткування. У цій статті аналізується негативне явище тіньової зайнятості та її наслідки для економічного складника України та становища сторін трудового договору. Дослідження представляє детальний огляд ключових факторів, зокрема політичних та фінансових, які зумовлюють виникнення неформальної зайнятості. Авторами запропоновано формулювання єдиного поняття тіньової зайнятості та виділено основні її прояви, а також висвітлено проблеми неофіційного працевлаштування населення. На основі звітів Державної служби зайнятості України у статті наголошено на прогресивності у сфері зниження рівня тіньової зайнятості та акцентовано увагу на певному підвищенні залучення населення до легалізації трудових відносин за останні 3 роки. Попри таке зниження, у зв'язку із впровадженням на території України карантинних заходів проблема тіньової зайнятості в Україні залишається невирішеною.

Авторами звернено увагу на негативні тенденції стосовно неофіційного працевлаштування населення, зокрема пов'язані із неналежним укладенням трудового договору. Зокрема, спираючись на судову практику, виявлено факт приховування трудового договору під цивільно-правовою угодою, що позбавляє роботодавця від податків та сплати внесків на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та звільняє його від обов'язку щодо забезпечення належних і безпечних умов праці. У цьому аспекті викладено концепцію розмежування трудових і цивільних відносин. Установлено, що неоформлення трудових відносин зумовлює позбавлення прав та державних гарантій працівників, які закріплені Конституцією України (належний соціальний захист та медичне і пенсійне забезпечення).

Для ефективності зниження рівня тіньової зайнятості в Україні авторами на основі наукових доробків зарубіжних фахівців трудового права та причин виникнення цього явища запропоновано комплексний підхід стосовно протидії неформальним трудовим відносинами, зокрема: 1) посилення контролю з боку держави за дотриманням трудового законодавства; 2) зниження розмірів оподаткування для роботодавців; 3) впровадження заходів, спрямованих на підвищення обізнаності населення у сфері офіційного працевлаштування та надання їм певних гарантій.

Ключові слова: неформальна зайнятість, ринок праці, трудові відносини, цивільно-правові відносини, детінізація.

The issue of legalization of labor relations is quite relevant due to the fact that in many countries there is a rapid increase in the involvement of the population in informal employment in order to avoid taxation. This article analyzes the negative phenomenon of "shadow employment" and its consequences for the economic component of Ukraine and the position of the parties to the employment contract. The study presents a detailed overview of factors, including political and financial that cause the emergence of informal employment. The authors propose the formulation of a single concept of "shadow employment" and highlight its main manifestations, such as the concealment of actual labor relations, and highlight the problems of informal employment. Based on the reports of the State Employment Service of Ukraine, the progressive reduction the level of shadow employment is being emphasized in the article and the focus is placed on a certain increase in public involvement in the legalization of labor relations over the past 3 years. Despite this decline, due to the introduction of quarantine measures in Ukraine, the problem of shadow employment in Ukraine still remains unresolved.

The authors draw attention to the negative trends in informal employment, in particular related to the improper conclusion of an employment contract. In particular, based on case law, the fact of concealment of the employment contract under civil law agreements in order to avoid the employer from taxes and contributions to the mandatory state social insurance, in addition, relieves him of the obligation to ensure proper and safe working conditions. In this aspect the concept of distinction of labor and civil relations is stated. It has been established that non-registration of labor relations causes deprivation of the rights and state guarantees of employees which are enshrined in the Constitution of Ukraine (proper social protection and medical and pension provision).

For the effectiveness of reducing the level of shadow employment in Ukraine, the authors, based on the scientific achievements of foreign experts in labor law and the causes of this phenomenon, proposed a comprehensive approach to combating informal labor relations as: 1) strengthening state control over labor legislation; 2) reduction of taxation for employers; 3) implementation of measures aimed at raising public awareness in formal employment and providing them with certain guarantees.

Key words: informal employment, labor market, labor relations, civil relations, de-shadowing.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими або практичними завданнями. Тематика запобігання поширенню рівня тіньової зайнятості хвилює уряди країн з різним рівнем доходу, оскільки деформація економіки пов'язана з низкою прямих і непрямих втрат. Прямі втрати пов'язані зі зниженням податкових і страхових надходжень, що призводить до мінімізації можливостей держави щодо фінансування програм розвитку, а також соціального, медичного і пенсійного забезпечення. Непрямі втрати пов'язані з низькою продуктивністю праці робітників і, як наслідок, обмеженням можливостей економічного зростання і нерівними умовами конкурентоспроможності підприємств, установ та організацій. Навіть попри зниження тіньової зайнятості в Україні, її рівень залишається доволі високим, що негативно впливає на економічні показники держави і на становище учасників трудових відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичний та практичний фундамент досліджень у цьому напряму формується завдяки працям таких вітчизняних фахівців, як Н.А. Гук, Л. Шаульська, Н. Якимова, В.С. Онанченко, С.В. Зливко, О.О. Коломієць, Ю.М. Харазішвіли, В.О. Сітенко, Ю.М. Голей, І.В. Тютюник, Н.А. Антонюк, Н.В. Котенко та багато

інших, а також працям зарубіжних фахівців, зокрема К. Вільямса і М. Ланскі.

Мета статті – всебічно дослідити явище тіньової зайнятості в Україні як негативний аспект для економічних показників держави, особливо останнім часом, у зв'язку із епідеміологічною ситуацією, визначити її причини, наслідки та виокремити засоби її вирішення. В рамках наукової статті сформульовані рекомендації щодо зниження тіньової зайнятості серед населення, враховуючи як світовий досвід, так і специфіку причин виникнення неформальної зайнятості.

Виклад основного матеріалу. Передусім з метою більш детального аналізу явища тіньової зайнятості в українському суспільстві варто наголосити на законодавчому закріпленні терміну «зайнятість» загалом, яке, відповідно до п. 7 ч.1 ст.1 Закону України «Про зайнятість населення», являє собою не заборонену українським законодавством діяльність осіб, яка пов'язана із задоволенням їх особистих та суспільних потреб з метою одержання доходу у грошовій або іншій формі [1]. Доцільно зазначити, що у цьому аспекті держава повинна створювати всі належні умови для ефективної зайнятості населення, інвестувати у високопродуктивні і найбільш затребувані галузі, сприяти працевлаштуванню українського населення, створювати нові робочі місця, забезпечувати соціальний захист безробітних осіб, а також здійснювати кардинальні зрушення у сфері мотивації залучення до легальної праці тощо.

Якщо класифікувати зайнятість за таким критерієм, як форма правового регулювання, то виділяють дві форми зайнятості:

1. Легальна зайнятість, тобто зайнятість, яка законодавчо дозволена та чітко окреслює обов'язки і права учасників трудових відносин, а також гарантує, що держава буде дбати про їх виконання кожною стороною: як роботодавцем, так і працівником.
2. Нелегальна зайнятість, яка включає тіньову і кримінальну зайнятість, тобто полягає у використанні роботодавцем найманої праці без належного оформлення трудових відносин [2, с. 348].

У цьому аспекті відзначимо, що протягом 2019–2020 сучасний ринок праці в Україні характеризується деякими негативними тенденціями, зокрема спричиненими пандемією і карантином, який був впроваджений Постановою Кабінету Міністрів України № 211 та змінами до неї, такими як: достатньо високий рівень безробіття населення, незбалансованість попиту та пропозиції на робочу силу, недостатній рівень заробітної плати, трудові міграції тощо. Всі зазначені фактори, на нашу думку, сприяють виникненню тіньової зайнятості.

Є різні підходи до розуміння визначення поняття тіньової зайнятості. У своїй праці Л. Шаульська і Н. Якимова визначають «тіньову зайнятість» як трудову діяльність, яка дозволена чинним українським законодавством, проте процедура її реєстрації не передбачена або обмежена, а доходи з діяльності не декларуються сторонами, уникаючи оподаткування. У цьому аспекті автори виділяють також основні прояви тіньової зайнятості, зокрема:

1. Працівники, які працюють за наймом у приватних осіб без офіційного оформлення трудових відносин, тобто без укладення трудового договору або контракту;
2. Працівники й роботодавці дрібних незареєстрованих виробничих одиниць;
3. Офіційно не оформлені працівники в зареєстрованих виробничих одиницях [3, с. 30].

Встановлення певних гарантій і прав працівника є одним із обов'язків держави, які передбачені положеннями Конституції України, зокрема права на соціальний захист, який, відповідно до ст. 46 Конституції, гарантується за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ та організацій; право на належне медичне та пенсійне забезпечення [4]. Слушною у цьому аспекті є думка В.С. Онанченко і С.В. Зливко, які наголошують, що тіньова зайнятість являє собою нелегальну діяльність, яка спрямована проти прав працівників, позбавляючи їх легального працевлаштування, оплати та охорони праці та вищезазначених засобів захисту [5, с. 259].

Усі автори доходять висновку, що тіньова зайнятість тісно взаємопов'язана з тіньовою економікою. Зокрема, В.С. Онанченко і С.В. Зливко виділяють тіньову зайнятість як складник тіньового сектору економіки [5, с. 260]. Ю.М. Харазішвіли у своїй праці провів детальний аналіз впливу тіньової зайнятості в умовах тіньової економіки, адже, на його думку, формування і поширення такого негативного явища залежить від загального стану економіки країни, рівня життя її населення, а також від законодавчо встановлених норм оподаткування [6, с. 181].

Розглянувши більш детально думки фахівців трудового права, можна виокремити єдине визначення тіньової зайнятості – протиправний вид діяльності, який приховується роботодавцем від органів державної влади, а також має свій прояв у неофіційному працевлаштуванні працівників, тобто без дотримання норми ст. 24 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) щодо укладення трудового договору, уникаючи загальнообов'язкового оподаткування.

У цьому аспекті варто зазначити, що особи залучаються до роботи не лише на підставі трудового договору, а й на підставі цивільно-правових договорів: договору підряду або договору про надання послуг. У зв'язку із цим їх відносини регулюються не трудовим, а цивільним законодавством, що позбавляє роботодавців загальнообов'язкового оподаткування. Зазвичай на практиці характер виконуваної роботи за цивільно-правовою угодою є подібним до трудового договору, що ускладнює їх розмежування і дозволяє роботодавцям приховати насправді трудові відносини. У такому разі, якщо у цивільно-правовій угоді дотримані обов'язкові умови трудового договору, то такий договір буде визнаний трудовим. Проаналізувавши судову практику з цього питання, доречним буде зауважити, що суди з метою розмежування цих договорів виокремлюють такі відмінності: трудовим договором регулюється саме процес трудової діяльності, а цивільним – процес організації залишається поза його межами, адже головною метою є отримання певного результату. Також, на відміну від трудового договору, підрядник не підпорядковується внутрішньому трудовому розпорядку, самостійно організовує свою роботу і здійснює її на власний ризик. Приклад приховування трудових відносин цивільно-правовою угодою висвітлений у постанові Харківського апеляційного адміністративного суду у справі № 816/2207/18, в якій було визнано, що фізична особа – підприємець неналежно оформив допуск працівника до роботи, приховуючи трудові відносини за цивільно-правовими. Суд дійшов висновку, що попри укладений договір підряду, працівник був закріплений на відповідному робочому місці, підпорядковувався трудовому розпорядку підприємства, і в договорі не було встановлено конкретного результату виконаних робіт. Суд постановив, що такий договір можна вважати трудовим, і тому особа несе відповідальність за недотримання трудового законодавства. Таким чином, подібна «трансформація» трудових відносин у цивільно-правові з метою уникнення оподаткування є яскравим прикладом тіньової зайнятості [7].

Якщо розглядати дані Державної служби зайнятості стосовно рівня тіньової зайнятості українського населення, то доцільно наголосити на підвищенні легалізації трудових відносин та зменшенні рівня неформальної зайнятості за останні 3 роки – у кінці 2019 року позначка впала до 21%, що відображено на рис. № 1. Варто наголосити, що вже з початку 2020 року з майже 200 тисячами працівників було укладено трудові договори.

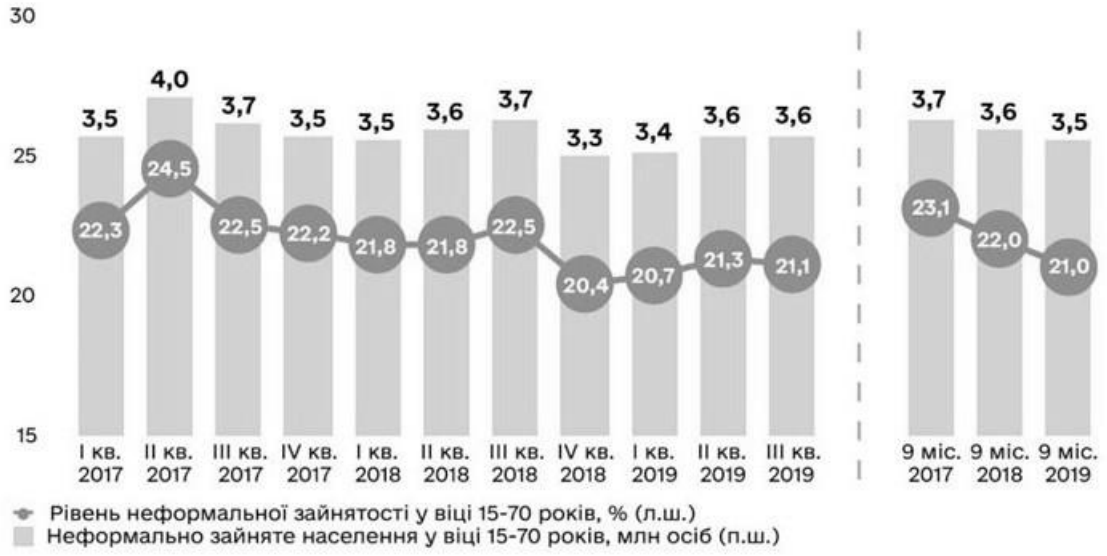

Рис. 1

Проблема неформальної зайнятості населення є доволі глобальною і серйозною як для українського населення, так і для міжнародної спільноти. У звіті Міжнародної організації праці (Далі – МОП) зазначено, що тіньова зайнятість і наразі залишається на доволі високому рівні, адже близько 2 мільярдів людей, що становить 61% від усіх працюючих, залучені у неформальному секторі. Представники МОП наголошують, що зайнятість – це ще не гарантія захисту и добробуту, адже попри офіційне працевлаштування населення, поширеною залишається проблема бідності. У МОП ситуацію, що склалася, називають «дефіцитом гідної роботи» і попереджають, що багатьом країнам швидше за все не вдасться досягти Цілі сталого розвитку номер 8 до 2030 року. Відповідно до Цілей сталого розвитку ООН сутність восьмої цілі полягає у гідній праці та економічному зростанні, що включає сприяння розвитку підприємництва, створення робочих місць, забезпечення зайнятості, а також впровадження ефективних заходів задля викорінення примусової праці тощо [8].

З метою виявлення засобів детінізації ринку праці варто зазначити причини формування такого явища. В.О. Сітенко і Ю.М. Голей виділяють такі фактори:

1) тяжкий тягар оподаткування для роботодавців, зокрема для фізичних осіб – підприємців;

2) фінансовий аспект – доволі низький рівень заробітної плати. Попри збільшення мінімальної зарплати з 1 вересня до 5 000 грн, рівень зарплати все одно залишається одним із найнижчих, порівнюючи із європейським;

3) політичний фактор – недостатня якість наданих послуг державних органів та органів місцевого самоврядування. [9, с. 39]. Зокрема, це виявляється у: нестабільній фіскальній політиці, нівелюванні проблем ринку праці, відсутності контролю за міграційними процесами робочої сили за кордон, низькій мотивації до офіційного працевлаштування, а також у недостатньому контролі за працевлаштуванням населення.

У своїй праці І.В. Тютюник, Н.А. Антонюк і Н.В. Котенко виділяють таку низку причин тіньової зайнятості:

1. низький рівень реалізації економічних, політичних і соціальних реформ, що спричинює послаблення конкурентоспроможності підприємств, недостатність робочих місць та погіршення умов праці;

2. недосконалий ринок праці, що зумовлює порушення роботодавцем своїх трудових обов'язків, зокрема затримку заробітної плати, незабезпечення належними і безпечними умовами праці, нехтування трудовою дисципліною [10, с. 260].

Вважаємо за необхідне виділити у цьому аспекті певні негативні наслідки тіньової зайнятості як для сторін трудових відносин, так і для держави загалом. Для працівника і роботодавця неоформлення відповідно до чинного законодавства трудових відносин зумовлює позбавлення права останнього вимагати належного і сумлінного виконання роботи від працівника, а працівник позбавляється обов'язку дотримання трудової дисципліни, це своєю чергою спричинює неможливість притягнути працівника до дисциплінарної та матеріальної відповідальності [3, с. 30]. Також варто зазначити, що така діяльність є ризикованою для працівника, адже у зв'язку з тим, що праця є незадекларованою, держава не гарантує йому певних гарантій для захисту його прав та інтересів, зокрема працівник позбавляється нормального соціального, медичного і пенсійного забезпечення. Тобто неофіційне оформлення трудових відносин значно ускладнює контроль держави за такою діяльністю, через що можливі певні знехтування своїми правами і перевищення меж повноважень з боку роботодавця. Для держави негативним наслідком є економічний аспект, адже, приховуючи трудові відносини, роботодавець уникає сплату загальнообов'язкових податків, через що унеможливлюється забезпечення ефективного функціонування економіки країни.

Розглядаючи цю проблематику з боку міжнародного досвіду, доцільно зазначити, що у міжнародному співтоваристві наголошують на негативні наслідки такої діяльності для економічного складника країни. Досліджуючи міжнародні способи подолання тіньової зайнятості, К. Вільямс і М. Ланскі у своїй роботі розглядають 2 методи: перший метод полягає у збільшенні штрафів за порушення трудового законодавства з боку роботодавців, зокрема за неукладення трудових договорів і ухилення від сплати податків; посилення контролю державних органів за виконання сторонами трудових відносин своїх обов'язків; проведення позапланових перевірок підприємств та утворення єдиної інформаційної системи зайнятості. Другий метод включає проведення програм із пропаганди формальної зайнятості та ознайомлення населення стосовно негативних наслідків тіньової зайнятості; правоосвітня діяльність щодо необхідності сплати податків для загальних цілей розвитку держави та добробуту; активне залучення профспілок та асоціацій роботодавців [11, с. 368].

У цьому аспекті варто констатувати, що на нинішньому етапі розвитку країни спостерігається певний спад рівня тіньової зайнятості, але, попри це, така діяльність залишається серйозною проблемою і призводить до «деформації» трудових відносин. З метою детінізації, на нашу думку, можливо запропонувати наступні методи протидії, враховуючи міжнародну методику:

– посилення контролю з боку державних органів, таких як Державна служба України з питань праці, та проведення позапланових перевірок трудовими інспекціями. Такий нагляд повинен здійснюватися з метою перевірки належності оформлення трудових відносин на підприємствах та дотримання гарантій і прав працівників, перевірки звітностей щодо кількості офіційно працевлаштованих працівників (штатний розпис, наказ про прийняття на роботу, податкова звітність) тощо;

– підвищення правової свідомості українського населення у формі проведення соціальних програм із заохочення і мотивації залучення населення до офіційного працевлаштування, наприклад надання додаткових гарантій роботодавцям;

– зниження розміру оподаткування роботодавців.

Висновки. Констатуючи певну динаміку зниження рівня тіньової зайнятості українського населення порівняно з іншими роками, вважаємо, що саме така діяльність залишається доволі загрозливою для економічного добробуту України, соціального забезпечення населення та позбавляє можливості захисту своїх прав сторонами трудового договору. Тому варто наголосити, що питання стосовно вирішення проблематики тіньової зайнятості є одним із першочергових для становлення держави. З вищезазначеного можна дійти висновку, що реальних успіхів у сфері детінізації трудових відносин можна досягти тільки реалізуючи комплексну політику, що охоплює різні сфери регулювання та поєднує стимулюючі та санкційні механізми і включає більш широкі завдання щодо вдосконалення трудового законодавства та поліпшення становища працівників задля зниження залучення до неформальних трудових відносин.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI// *Відомості Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/5067-17 (дата звернення: 25.10.2020).

2. Гук Н.А. Зростання видової різноманітності форм зайнятості за пріоритетними напрямами суспільного розвитку. *Вісник соціально-економічних досліджень*. 2013. Вип. 1. С. 347–353.

3. Шаульска Л., Якимова Н. Проблема тіньової зайнятості в контексті структурних трансформацій ринку праці. *Економічні науки.*2017. № 2(148). С. 28–35.

4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.

5. Онанченко В.С., Зливко С.В. Щодо адміністративно-правових заходів протидії тіньовій зайнятості в Україні. *Актуальні проблеми розвитку територіальних громад*. 2019. С. 259–263.

6. Харазішвілі Ю.М. Тіньова зайнятість та тіньова оплата праці в Україні: оцінки та прогнози. *Стратегія розвитку України.* 2011. С. 171–182.

7. Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 5.11. 2018 у справі № 816/2207/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77602648.

8. Цілі сталого розвитку ООН. URL: https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/sustainable-development-goals.html (дата звернення: 05.11.2020).

9. Сітенко В.О. і Голей Ю.М. Проблеми «тіньової зайнятості» на ринку праці України. *Принципи забезпечення розвитку підприємств в умовах змін ринкового середовища*. 2017. С. 38–40.

10. Тютюник І.В., Антонюк Н.А. і Котенко Н.В. Тіньова зайнятість населення: форми прояву та наслідки для економіки країни. *Економічний вісник запорізької державної інженерної академії.* 2018. Вип.6. С. 259–263.

11. Williams C. C., Lansky M. A. Informal employment in developed and developing economies: Perspectives and policy responses. *International Labour Review.* 2013. Т. 152. №. 3–4. С. 355–380.

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

УДК 349.6:620.92(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/62

ЕТАПИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЕНЕРГІЇ В УКРАЇНІ[1]

STAGES OF LEGISLATION DEVELOPMENT IN THE FIELD OF USE OF ALTERNATIVE ENERGY SOURCES IN UKRAINE

Платонова Є.О., к.ю.н.,
доцент кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена встановленню основних етапів розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні з урахуванням тенденцій правового регулювання їх використання. Зазначено, що формування системи правового регулювання використання альтернативних джерел енергії в Україні – це довготривалий поетапний процес, що відображає характер розвитку суспільних відносин у державі, рівень розвитку її економіки та важливі міжнародні події. Запропонована структурована хронологія розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні, згідно з якою виділено чотири основні етапи: 1) етап виникнення та становлення законодавства з використання альтернативних джерел енергії (1994–1999 рр.); 2) етап формування законодавства з використання альтернативних джерел енергії (2000–2011 рр.); 3) інтеграційний етап розвитку законодавства з використання альтернативних джерел енергії (2011–2017 рр.); 4) інноваційний етап розвитку законодавства з використання альтернативних джерел енергії (із 2017 р. і дотепер).

Аналіз історичного досвіду регулювання відносин використання альтернативних джерел енергії у правовій площині, об'єктивна оцінка законодавства попередніх років та здійснення періодизації розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні надають можливість вирішити сучасні проблеми правового регулювання використання альтернативних джерел енергії.

У сучасних умовах законодавчі засади альтернативної енергетики в Україні перебувають у процесі подальшого реформування, незважаючи на важливість забезпечення сталого розвитку виробництва енергії з альтернативних джерел як ключового інструменту гарантування енергетичної незалежності держави. Відсутність комплексного правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням альтернативних джерел енергії, потребує впровадження ефективного та дієвого механізму правового регулювання, який забезпечить достатній рівень конкурентоспроможності альтернативних джерел енергії в Україні.

Ключові слова: альтернативна енергетика, альтернативні джерела енергії, стимулювання альтернативної енергетики, «зелений» тариф, ринок електричної енергії.

The article is devoted to the establishment of the main stages of development of legislation in the field of use of alternative energy sources in Ukraine, taking into account the trends of legal regulation of their use. It is noted that the formation of a system of legal regulation of the use of alternative energy sources in Ukraine is a long-term step-by-step process that reflects the nature of social relations in the country, the level of its economy and important international events. A structured chronology of the development of legislation in the field of alternative energy sources in Ukraine is proposed, according to which four main stages are identified: 1) the stage of emergence and formation of legislation on the use of alternative energy sources (1994–1999); 2) the stage of formation of legislation on the use of alternative energy sources (2000–2011); 3) integration stage of development of legislation on the use of alternative energy sources (2011–2017); 4) innovative stage of development of legislation on the use of alternative energy sources (from 2017 to the present).

Analysis of the historical experience of regulating the use of alternative energy sources in the legal field, objective assessment of previous legislation and periodization of the development of legislation in the field of alternative energy sources in Ukraine, provides an opportunity to solve modern problems of legal regulation of alternative energy sources.

In modern conditions, alternative energy in Ukraine is in the process of further reform, despite the importance of ensuring the sustainable development of energy production from alternative sources, as a key tool to ensure the energy independence of the state. The lack of comprehensive legal regulation of relations related to the use of alternative energy sources requires the introduction of an effective and efficient mechanism of legal regulation that will ensure a sufficient level of competitiveness of alternative energy sources in Ukraine.

Key words: alternative energy, alternative energy sources, stimulation of alternative energy, "green" tariff, electricity market.

Постановка проблеми. Необхідною умовою гармонійного та стабільного економічного та соціального розвитку України є забезпечення і підтримка енергетичної безпеки, підвищення рівня ефективності використання вітчизняних енергоресурсів. Прагнення до посилення енергетичної та економічної безпеки, уникнення залежності нашої держави від зовнішніх постачань енергетичної сировини, негативних екологічних наслідків від її використання є тими чинниками, які зумовили визнання пріоритетним напрямом вітчизняної енергетичної політики виробництво енергії з альтернативних джерел. Привабливість альтернативних джерел енергії пов'язана з їхньою невичерпністю, незалежністю від кон'юнктури цін на світових ринках енергоносіїв і екологічною чистотою.

Суспільні відносини у сфері альтернативної енергетики, які виникли в результаті об'єктивної необхідності пошуку шляхів заміни традиційних джерел енергії на більш екологічно прийнятні, потребували їх правового регулювання. Тому із проголошенням незалежності України та переходу держави до ринкових умов господарювання з огляду на кризовий стан економіки й обмежені можливості оплати за енергоресурси ухвалено низку важливих нормативно-правовий актів, що регулюють сферу використання альтернативних джерел енергії. З огляду на те, що формування системи ефективного правового

[1] Дослідження здійснене в рамках виконання проєкту «Альтернативна енергетика в Україні: шляхи системного законодавчого стимулювання» за фінансової підтримки Національного фонду досліджень України (договір № 83/02.2020 від 29 жовтня 2020 р.).

забезпечення альтернативної енергетики – це тривалий поетапний процес, украй важливим є створення чітко структурованої хронології розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі економічні та технічні аспекти використання альтернативних джерел енергії розглядали у своїх працях такі вчені, як: Г.Г. Гелетуха, Т.А. Желєзна, Г.М. Калетнік, С.О. Кудря й інші. В юридичній науці питання енергетики досліджували у своїх працях Г.І. Балюк, С.Д. Білоцький, Х.А. Григор'єва, Г.Д. Джумагельдієва, К.М. Караханян, В.М. Комарницький, О.Б. Кишко-Єрлі, М.М. Кузьміна, С.А. Оболєнська, А.В. Павлига, А.В. Пастух, Е.Ю. Рибнікова, Ю.М. Рудь, О.В. Сушик, Т.Є. Харитонова, М.В. Чіпко, І.Є. Чумаченко, Г.І. Шматько й інші. Водночас спеціальних досліджень історико-правових аспектів використання альтернативних джерел енергії в Україні нині в юридичній літературі бракує.

Метою статті є встановлення основних етапів розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні з урахуванням тенденцій правового регулювання їх використання.

Виклад основного матеріалу дослідження. *Етап виникнення та становлення законодавства з використання альтернативних джерел енергії в Україні (1994–1999 рр.)* характеризується насамперед ухваленням базових законів України «Про енергозбереження» та «Про електроенергетику». Одним із перших основних нормативних актів, який визначив систему правових, економічних, соціальних та екологічних основ енергозбереження для всіх суб'єктів господарювання, розташованих на території України, а також для громадян, став Закон України «Про енергозбереження», ухвалений Верховною Радою України 1 липня 1994 р. [1]. Цінністю цього Закону було те, що в його нормах уперше на законодавчому рівні надано визначення нетрадиційних та поновлювальних джерел енергії, закріплені заходи стимулювання енергозбереження (зокрема, і для розвитку альтернативної енергетики).

Для реалізації передбачених Законом України «Про енергозбереження» цілей Указом Президента України вже 6 жовтня 1995 р. був утворений Державний комітет України з енергозбереження, одним із завдань якого була координація проведення робіт із розвитку та використання нетрадиційних і відновлюваних джерел енергії.

Значним кроком у розвитку відносин раціонального використання енергетичних ресурсів було ухвалення постанови Кабінету Міністрів України «Про Державну програму «Екологічно чиста геотермальна енергетика України»» від 17 січня 1996 р. № 100. З метою задоволення потреб народного господарства в електроенергії, широкого впровадження нетрадиційних і відновлювальних джерел енергії та палива, ефективнішого використання виробничих потужностей підприємств машинобудування і військово-промислового комплексу Уряд України постановою від 3 лютого 1997 р. схвалив Комплексну програму будівництва вітрових електростанцій № 137.

Збільшення ресурсів електроенергії та теплоенергії завдяки використанню нетрадиційних та відновлюваних джерел енергії та палива передбачалося Комплексною державною програмою енергозбереження України, яка була схвалена постановою Кабінету Міністрів України від 5 лютого 1997 р. № 148. Неможливо залишити без уваги також Програму державної підтримки розвитку нетрадиційних та відновлюваних джерел енергії та малої гідро- і теплоенергетики, схвалену постановою Кабінету Міністрів України від 31 грудня 1997 р. № 1505. Проте, з огляду на програмний характер зазначених документів, більшість їхніх положень були загальними і не містили чітких механізмів їх реалізації.

Підвалини для розвитку альтернативної енергетичної генерації в Україні були закладені ухваленням Закону України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. Його нормами передбачено заходи зі стимулювання виробництва електроенергії з альтернативних джерел енергії, зокрема, було встановлено «зелений» тариф для суб'єктів господарювання, тобто спеціальний тариф, за яким закуповується електрична енергія, вироблена на об'єктах електроенергетики з альтернативних джерел енергії. Натепер цей нормативно-правовий акт втратив чинність згідно з п. 23 розд. XVII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про ринок електричної енергії» від 13 квітня 2017 р.

На нашу думку, у 1994 р. в нашій країні був розпочатий перший етап виникнення та становлення законодавства з використання альтернативних джерел енергії [2, с. 325]. Характерною рисою нормативних актів цього етапу був високий ступінь узагальненості їхніх положень та відсутність спеціального законодавства, яке б урегульовувало відносини у сфері використання альтернативних джерел енергії.

Наступний *етап формування законодавства з використання альтернативних джерел енергії (2000–2011 рр.)* характеризується ухваленням основних нормативно-правових актів у зазначеній сфері. Так, ухвалення Закону України «Про альтернативні види палива» від 14 січня 2000 р. дозволило визначити правові, соціальні, економічні, екологічні й організаційні засади виробництва (видобутку) і використання альтернативних видів палива та передбачити економічний механізм стимулювання у сфері альтернативних видів палива [3]. Зауважимо, що в первісній своїй редакції цей нормативно-правовий акт мав іншу назву – Закон України «Про альтернативні види рідкого та газового палива». На виконання даного Закону ухвалено постанову Кабінету Міністрів «Про порядок видачі свідоцтва про належність палива до альтернативного» від 5 жовтня 2004 р. № 1307 та наказ Державного Комітету України з енергозбереження «Про затвердження Порядку проведення експертизи для підтвердження належності палива до альтернативного» від 10 грудня 2004 р. № 183, якими встановлено механізм проведення експертизи з метою визначення ознак палива для підтвердження його належності до альтернативного і порядок отримання та форму свідоцтва про належність палива до альтернативного.

Поступово з'явилася нагальна потреба в законодавчому закріпленні правових, економічних, екологічних та організаційних аспектів використання альтернативних джерел енергії та сприяння розширенню їх використання в паливно-енергетичному комплексі. Тому значною подією було ухвалення Закону України «Про альтернативні джерела енергії» від 20 лютого 2003 р. Згідно із чинним законодавством, поняття «альтернативні джерела енергії» ширше, ніж «відновлювані джерела енергії», адже включає не лише екологічно чисті відновлювані джерела, але й вторинні енергетичні ресурси [4].

Убачається, що, незважаючи на важливість свого функціонування, закони України «Про альтернативні джерела енергії» та «Про альтернативні види палива» були у своїй основі декларативними, не передбачали фінансової підтримки та конкурентних механізмів для розвитку альтернативних джерел енергії, встановлювали необґрунтовані бюрократичні перешкоди [5, с. 248].

Саме тому з метою вдосконалення законодавчої бази альтернативної енергетики були ухвалені закони України: «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання заходів з енергозбереження» від 16 березня 2007 р.; «Про внесення змін до деяких законів України щодо встановлення «зеленого» тарифу» від 25 вересня 2008 р.; «Про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння виробництву та використанню

біологічних видів палива» від 21 травня 2009 р. Покращенню організаційно-технічних заходів зі створення умов для передачі електричної енергії сприяло ухвалення постанови Кабінету Міністрів України «Про особливості приєднання до електричних мереж об'єктів електроенергетики, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел» від 19 лютого 2009 р. № 126.

Важливим елементом механізму державного регулювання альтернативної енергетики є тарифна і фіскальна політика. Саме тому систему правового забезпечення використання альтернативних джерел енергії доповнюють положення Податкового і Митного кодексів України [6, с. 125]. Організаційно-правові засади надання і використання земельних ділянок для розміщення об'єктів енергетики визначає Закон України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів» від 9 липня 2010 р.

Вагомими програмними документами, ухваленими на даному етапі, були такі: Програма розвитку виробництва дизельного біопалива, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 22 грудня 2006 р. № 1774; Концепція Державної цільової науково-технічної програми розвитку виробництва та використання біологічних видів палива, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12 лютого 2009 р. № 276-р; Державна цільова економічна програма енергоефективності і розвитку сфери виробництва енергоносіїв з відновлюваних джерел енергії та альтернативних видів палива на 2010–2021 рр., затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 2010 р. № 243.

Нові цілі в політиці розвитку сфери виробництва енергоносіїв з альтернативних джерел вимагали інституційних змін на державному рівні. Як наслідок, Указом Президента України від 20 квітня 2005 р. Державний комітет України з енергозбереження було ліквідовано, його функції були передані Міністерству палива та енергетики України. Незабаром, уже 31 грудня 2005 р., з метою підвищення ефективності реалізації державної політики у сфері використання енергетичних ресурсів та енергозбереження Президент своїм Указом утворює Національне агентство України з питань забезпечення ефективного використання енергетичних ресурсів як центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом. Одним із завдань зазначеного Агентства було забезпечення збільшення частки нетрадиційних і альтернативних видів палива в балансі попиту та пропонування енергоносіїв.

У процесі аналізу другого етапу формування законодавства з використання альтернативних джерел енергії варто відзначити безперечну важливість ухвалення основних нормативно-правових актів у сфері альтернативної енергетики, спроби її державної підтримки, запровадження відповідної тарифної та фіскальної політики. Проте, попри значну кількість нормативно-правових актів, ухвалених у досліджуваній сфері, правове регулювання відносин щодо використання альтернативних джерел енергії мало подекуди фрагментарний та непослідовний характер.

З ухваленням Закону України «Про ратифікацію Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства» від 15 грудня 2010 р. Україна взяла на себе зобов'язання здійснити імплементацію низки директив Європейського Союзу, серед яких Директива 2001/77/ЄС щодо сприяння використанню електроенергії, виробленої за допомогою відновлюваних джерел енергії, на внутрішньому ринку електроенергії [7]. Убачається, що із приєднанням України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства варто розглядати початок третього етапу розвитку законодавства у сфері альтернативної енергетики.

Третій *інтеграційний етап розвитку законодавства з використання альтернативних джерел енергії (2011–2017 рр.)* характеризується адаптацією законодавства України у сфері використання альтернативних джерел енергії до законодавства Європейського Союзу, а також розширенням міжнародного співробітництва України у сфері альтернативної енергетики.

Пріоритетність завдань із розвитку альтернативної енергетики для України випливає з її євроінтеграційного курсу та міжнародних зобов'язань, взятих державою згідно з Угодою про асоціацію з Європейським Союзом (далі – ЄС) і низкою ратифікованих міжнародних документів, що регламентують сучасну енергетичну політику. Так, Верховною Радою України 16 вересня 2014 р. було ратифіковано Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [8]. Відповідно до розд. 5 «Економічне та галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію, передбачено співробітництво між Україною та ЄС у сфері енергетики, зокрема у сфері розвитку та підтримки відновлювальної енергетики з урахуванням принципів економічної доцільності й охорони довкілля, а також альтернативних видів палива, зокрема сталого виробництва біопалива та співробітництво у сфері нормативно-правових питань, сертифікації та стандартизації, технологічного і комерційного розвитку.

Вступ України до Енергетичного Співтовариства надав можливості й інструменти для проведення структурних змін у галузі альтернативної енергетики. Відповідно до прийнятих зобов'язань у 2020 р. обов'язкова частка відновлювальної енергії в загальній структурі енергоспоживання в нашій державі повинна становити 11 відсотків. Такі зобов'язання продиктовані положеннями Директиви 2009/28/ЄС про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлюваних джерел, план заходів з імплементації якої був затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів у 2014 р. Зазначеною Директивою встановлюються обов'язкові національні цілі в галузі відновлюваної енергетики для надання гарантій інвесторам і заохочення їх до розвитку новітніх технологій та інновацій у цій сфері.

Крім того, Україна, як сторона Рамкової конвенції ООН про зміну клімату та Кіотського протоколу до неї, забезпечує виконання зобов'язань за цими міжнародними угодами. Розвиток економіки України з урахуванням скорочення викидів парникових газів передбачає також Паризька угода, ратифікована Законом України від 14 липня 2016 р. [9].

З метою подальшого вдосконалення наявних законодавчих механізмів запровадження нової моделі ринку електричної енергії та регулювання альтернативної енергетики були ухвалені закони України: «Про внесення змін до Закону України «Про електроенергетику» щодо гарантування зобов'язань держави щодо стимулювання використання альтернативних джерел енергії» від 3 червня 2011 р. та «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» від 24 жовтня 2013 р. Проте з ухваленням Закону «Про ринок електричної енергії» зазначені законодавчі акти втратили чинність.

Для впровадження структурних перетворень та забезпечення сталого розвитку паливно-енергетичного комплексу Указом Президента України від 23 листопада 2011 р. була створена Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики. Зазначений державний колегіальний орган здійснював державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій та суб'єктів господарювання, що провадять діяльність, зокрема і з використанням нетрадиційних або поновлюваних джерел енергії, з листопада 2011 р. по серпень 2014 р. На підставі Указу Президента від 27 серпня 2014 р. вказана Національна комісія була ліквідована, а натомість утворена Національна комісія, що здійснює державне регулювання

у сферах енергетики та комунальних послуг. Вельми значною подією було закріплення на законодавчому рівні її правового статусу шляхом ухвалення Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» від 22 вересня 2016 р. [10].

На третьому етапі зберігається тенденція ухвалення низки програмних документів, спрямованих на досягнення цілей національної безпеки і задоволення енергетичних потреб суспільства, зокрема й завдяки збільшенню обсягів енергії та енергопродуктів, видобутих із нетрадиційних і відновлюваних джерел енергії. Так, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 1071-р була схвалена Енергетична стратегія України на період до 2030 р. У ній зазначається, що розвиток відновлюваних джерел енергії країни в довгостроковій перспективі повинен відбуватися з урахуванням їхніх потенційних вигід на основі економічної конкуренції із традиційними джерелами. У стратегії наголошується на необхідності використання під час освоєння і розвитку відновлюваних джерел енергії механізмів підтримки та стимулювання («зелений тариф»), а також забезпечення на законодавчому рівні сприятливих умов для інвестування. Проте, незважаючи на важливість зазначених положень, Енергетична стратегія України на період до 2030 р. більше була схожа на оцінку ринку, ніж на чітку національну стратегію, зокрема й щодо розвитку відновлюваних джерел енергії [11, с. 98].

Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», схваленою Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015, установлено, що основними цілями державної політики у сфері енергонезалежності є, зокрема, реалізація проєктів з використанням альтернативних джерел енергії.

Варто зауважити, що названі стратегії, які виступали правовою формою реалізації енергетичної політики у сфері використання альтернативних джерел енергії на третьому етапі, мали декларативний характер, передусім через їхню недосконалість, адже вони не відображали реальної ситуації розвитку відносин та засобів реалізації поставлених цілей.

У зв'язку з необхідністю подальшого розвитку правового регулювання відносин у сфері альтернативної енергетики, зокрема й запровадження конкурентних механізмів виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії, удосконалення умов підтримки такого виробництва, а також підвищення інвестиційної привабливості будівництва об'єктів відновлюваної енергетики, можна говорити про виділення четвертого – *інноваційного етапу розвитку законодавства в цій сфері (із 2017 р. і дотепер).*

Передумовою новітніх структурних змін в електроенергетиці України та підґрунтям для модернізації сфери альтернативної енергетики в цей період стало ухвалення Закону України «Про ринок електричної енергії» від 13 квітня 2017 р. [12]. Зокрема, ним була передбачена можливість укладання довгострокових договорів на закупівлю електроенергії, виробленої за «зеленим» тарифом до 2030 р., а також укладання договору купівлі-продажу електричної енергії між гарантованим покупцем та суб'єктом господарювання, який виробляє електричну енергію з альтернативних, зокрема й відновлюваних, джерел енергії, та за результатами аукціону набув право на підтримку. З метою підвищення інвестиційної привабливості будівництва об'єктів відновлюваної енергетики Законом України від 4 вересня 2018 р. до чинного законодавства були внесені відповідні зміни.

Відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії», у 2019 р. розпочалась структурна трансформація ринку електричної енергії України, згідно із принципами і засадами організації ринків електроенергії країн ЄС, адаптованих для договірних сторін Енергетичного Співтовариства. Особливого значення на цьому етапі набуло ухвалення Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення конкурентних умов виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії» від 25 квітня 2019 р., нормами якого був передбачений перехід від системи підтримки за «зеленим» тарифом до конкурентної моделі стимулювання розвитку відновлювальної енергетики шляхом проведення аукціонів із розподілу підтримки («зелені» аукціони) [13].

Подальший розвиток відновлюваної енергетики забезпечило ухвалення Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії» від 21 липня 2020 р. З його ухваленням на законодавчому рівні були врегулюванні нагальні проблеми функціонування «зеленої» електрогенерації, зменшення фінансового навантаження на кінцеву ціну електроенергії шляхом оптимізації рівня «зеленого» тарифу, досягнення балансу інтересів суспільства, споживачів і учасників ринку електричної енергії, а також поліпшення платоспроможності суб'єктів ринку [14].

До програмних документів четвертого етапу належить Енергетична стратегія України на період до 2035 р. «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність», схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2017 р. № 605-р. Водночас втратила чинність попередня Енергетична стратегія України на період до 2030 р. Позитивною віхою новітньої стратегії є врахування перспективності зростання виробництва електроенергії на базі відновлюваних джерел енергії на основі твердої біомаси і біогазу й енергії сонця та вітру [15]. До вагомих програмних актів також варто віднести Концепцію реалізації державної політики у сфері теплопостачання, схвалену розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2017 р. № 569-р. Відповідно до зазначеної Концепції, одним із напрямів підвищення технологічного рівня систем теплопостачання є розвиток та сприяння переходу виробництва теплової енергії з альтернативних джерел енергії, що зменшить споживання природного газу. З питань підтримки та розвитку об'єктів теплопостачання, які використовують альтернативні енергоресурси, передбачається вдосконалення нормативно-правової бази.

Водночас у Законі України від 28 лютого 2019 р. «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 р.» констатується, що запровадження екологічно безпечних, ресурсо- та енергозберігаючих технологій, розвиток відновлюваних джерел енергії, нематеріального природокористування відбуваються безсистемно і надто повільно. В умовах підвищення ціни на газ необхідно вживати значних системних заходів, спрямованих на розвиток джерел відновлюваної енергетики.

Висновки. Формування системи дієвого правового регулювання використання альтернативних джерел енергії в Україні – це довготривалий поетапний процес, який віддзеркалює насамперед характер розвитку суспільних відносин у державі, рівень розвитку її економіки, а також важливі міжнародні події. За результатами дослідження запропоновано структуровану хронологію розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні, згідно з якою виділено чотири основні етапи: 1) *етап виникнення та становлення законодавства* з використання альтернативних джерел енергії (1994–1999 рр.); 2) *етап формування законодавства* з використання альтернативних джерел енергії (2000–2011 рр.); 3) *інтеграційний етап розвитку законодавства* з використання альтернативних джерел енергії (2011–2017 рр.); 4) *інноваційний етап розвитку законодавства* з використання альтернативних джерел енергії (із 2017 р. і дотепер).

Аналіз історичного досвіду регулювання відносин використання альтернативних джерел енергії у правовій площині, об'єктивна оцінка законодавства попередніх

років та здійснення періодизації розвитку законодавства у сфері використання альтернативних джерел енергії в Україні, безперечно, допоможуть вирішенню нинішніх проблем правового регулювання використання альтернативних джерел енергії.

У сучасних умовах альтернативна енергетика в Україні перебуває на етапі подальшого реформування, незважаючи на важливість забезпечення сталого розвитку виробництва енергії з альтернативних джерел, як ключового інструменту гарантування енергетичної незалежності держави. Відсутність комплексного правового регулювання відносин, пов'язаних із використанням альтернативних джерел енергії, потребує впровадження ефективного та дієвого механізму правового регулювання, який зможе забезпечити достатній рівень конкурентоспроможності альтернативних джерел енергії в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про енергозбереження : Закон України від 1 липня 1994 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 30. Ст. 283.
2. Платонова Є.О. Розвиток законодавчого регулювання альтернативної енергетики в Україні. *Актуальні проблеми юридичної науки :* збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Дев'ятнадцяті осінні юридичні читання», м. Хмельницький, 23 жовтня 2020 р. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 324–327.
3. Про альтернативні види палива : Закон України від 14 січня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 12. Ст. 94.
4. Про альтернативні джерела енергії : Закон України від 20 лютого 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 12. Ст. 522.
5. Балюк Г.І., Сушик О.В. Відновлювальна енергетика в Україні : правові питання. *Конституційні засади аграрного, земельного та екологічного права : 20 років розвитку :* матеріали Круглого столу, м. Київ, 27 травня 2016 р. Чернівці : вид. Кондратьєв А.В., 2016. С. 247–251.
6. Кузьміна М.М. Систематизація законодавства у сфері відновлювальної енергетики. *Економічна теорія та право.* 2016. № 2. С. 122–132.
7. Про ратифікацію Протоколу про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства : Закон України від 15 грудня 2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 24. Ст. 170.
8. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.
9. Про ратифікацію Паризької угоди : Закон України від 14 липня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 35. Ст. 595.
10. Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг : Закон України від 22 вересня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 51. Ст. 833
11. Рудь Ю.М. Развитие законодательства об энергосбережении в сельском хозяйстве Украины. *Legea Si Viata*. 2014. № 11. S. 95–99.
12. Про ринок електричної енергії : Закон України від 13 квітня 2017 р. *Офіційний вісник України*. 2017. № 49. Ст. 1506.
13. Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення конкурентних умов виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії : Закон України від 25 квітня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 23. Ст. 89.
14. Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення умов підтримки виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії : Закон України від 21 липня 2020 р. *Офіційний вісник України*. 2020. № 63. Ст. 2027.
15. Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 р. «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2017 р. № 605-р. *Урядовий кур'єр.* 2017. № 167.

УДК 631.152.003.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/63

ПІДВИЩЕННЯ ЕФЕКТИВНОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ПІДПРИЄМСТВ ЗА ДОПОМОГОЮ СИСТЕМИ МЕТОДІВ УПРАВЛІННЯ

INCREASING THE EFFICIENCY OF AGRICULTURAL ENTERPRISES ACTIVITIES WITH MANAGEMENT METHODS SYSTEM

Заболотна Н.Я., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

Попруженко М.О., студентка ІІІ курсу
Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

У статті розкрито, яким чином методи управління впливають на конкурентоспроможність та ефективність діяльності сільськогосподарських підприємств. У зв'язку з поширенням вітчизняних сільськогосподарських продуктів на світовому ринку виникла потреба вдосконалити методи праці, умови функціонування, ресурсну базу. На жаль, є тенденція до неструктурованих та невизначених перетворень у системі ведення агробізнесу. Через це виникла необхідність сформувати теоретико-методологічні підходи до визначення конкурентоспроможності підприємств.

Авторами проаналізовано, як ефективність управління безпосередньо впливає на результати діяльності сільськогосподарського підприємства. Тому на кожному підприємстві має бути сформована чітка система методів управління, які б забезпечували конкурентоспроможність та стійке положення на ринку. Очевидно, що зовнішні та внутрішні чинники значною мірою впливають на стан та роботу підприємств. У цьому і полягає проблема сучасного управління, адже необхідно застосовувати такі методи, щоб ці фактори якомога непомітніше впливали на діяльність підприємств.

Досліджено, що об'єктивно оцінити рівень конкурентоспроможності підприємств доволі важко, адже це потребує знань у багатьох галузях, а саме: економіці, менеджменті, маркетингу. Одним із головних показників успішної діяльності є використання гнучкої політики на підприємстві. Це означає, що зі змінами, які відбуваються на ринку, відбуватимуться перебудови і на виробництві, як-от: зміна цінової політики, зміна організації праці, оновлення технічного забезпечення, застосування нових методів стимулювання продажів.

Авторами запропоновано: щоб покращити ефективність діяльності сільськогосподарських підприємств, спочатку необхідно повністю проаналізувати їхню діяльність, визначити недоліки в роботі, а пізніше застосувати ефективні методи управління на усунення усіх недоопрацювань задля забезпечення досягнення якомога кращого результату.

Ключові слова: сільськогосподарське підприємство, методи управління, ефективність діяльності, аграрний сектор, конкурентоспроможність, антикризове управління, економічна ефективність.

It is shown in the article, how management methods affect on competitiveness and efficiency of activity of agricultural enterprises. Due to the national agricultural products distribution to the world market, a need of improving the working methods, functioning conditions and base of resources has appeared. Unfortunately, there is a tendency of non-structure and undefined transformations on the system of agricultural business running. Because of this there is a great need to form theoretical and methodological ways of defining the competitiveness of enterprises.

The authors have analyzed how management efficiency directly affects the performance of agricultural enterprises. Therefore, each enterprise must have a clear system of management methods that would provide competitiveness and a stable market position. It is obvious that external and internal factors significantly affect the condition and operation of enterprises. This is the problem of modern management, because it is necessary to apply such methods so that those factors as invisibly as possible affect the activities of enterprises.

It has been studied that it is quite difficult to objectively assess the level of competitiveness of enterprises, as it requires knowledge in many areas, namely: economics, management, and marketing. One of the main indicators of successful activity is the use of flexible policies at the enterprise. This means that with the changes taking place on the market, there will be adjustments in production, such as: changes in pricing policy, changes in labor organization, updating of technical support, and usage of new methods of sales promotion.

The authors suggest that in order to improve the efficiency of agricultural enterprises activity, it is first necessary to fully analyze their activities, identify shortcomings in their work, and later apply effective management methods to eliminate all shortcomings and ensure better results.

Key words: agricultural enterprise, management method, efficiency of activity, agricultural sector, competitiveness, crisis management, economic efficiency.

Метою статті є дослідження новітніх методів управління сільськогосподарськими підприємствами для визначення рівня їхньої конкурентоспроможності та оцінка рівня ефективності діяльності таких підприємств.

На сучасному етапі розвитку ринкових відносин є велика кількість сільськогосподарських підприємств, внаслідок цього зростає конкуренція на ринку. Постає питання організації праці таким чином, щоб ефективність праці була якомога вищою, а підприємство – конкурентоздатним. Необхідно вибрати такі методи управління, щоб вони закріпили за конкретним сільськогосподарським підприємством позиції на ринку.

Питання ефективності діяльності сільськогосподарських підприємств за допомогою нових методів управління розглядалося в працях таких дослідників, як Е.Н. Книшева, А.М. Омаров, А.В. Тіхомірова, З.П. Румянцева, А.Ф. Сільченков, В.В. Гончаров, Т.Д. Косова, І.В. Сіменко, В.К. Збарський, М.А. Місевич.

Очевидно, що в процесі переходу до економічної системи, яка базується на ринкових відносинах, виникла необхідність реформувати аграрні підприємства. Найважливішою умовою була зміна форми власності з державної на приватну, внаслідок цього відбулося багато трансформацій, пов'язаних з організацією праці в сільськогосподарських підприємствах. Своєю чергою держава має знаходити нові шляхи для здійснення контролю різних організаційно-правових форм господарювання на основі приватної власності, адже контроль держави за діяльністю сільськогосподарських підприємств безпосередньо впливає на розвиток економіки України.

Можна стверджувати, що сільськогосподарські підприємства як одні із суб'єктів підприємницької діяльності

мають організовувати свою працю таким чином, щоб їхня робота була якнайбільш ефективною. Тобто потрібно використовувати сучасні та ефективні методи управління сільськогосподарськими підприємствами задля їхньої конкурентоспроможності як на внутрішньому, так і на зовнішньому ринках. Стимулом для пошуку новітніх методів управління підприємствами може слугувати підвищення конкурентоспроможності таких підприємств. Необхідно детально аналізувати власну діяльність задля пошуку альтернативних способів організації праці сільськогосподарських підприємств. Щоб визначити рівень конкурентоспроможності, потрібно розглянути показники підприємств, адже найбільш конкурентоздатними вважаються ті підприємства, в яких найкращий рівень організації праці, а ефективність роботи характеризується співвідношенням витрат та результатів.

Є безліч видів ефективності управління. Розглянемо основні з них: за видами впливу (цільова, стратегічна і тактична, планована, прогнозна, програмна, концептуальна, мотиваційна і стимулююча, ресурсна і потенційна); за змістом ефекту (економічна, соціальна, інноваційна, організаційна, екологічна); за рівнем прояву ефекту (народногосподарська, регіональна, галузева, зовнішньоекономічна); за формами ефективності (діяльність менеджера, апарату управління, процесу управління, системи менеджменту, управлінських нововведень); за видами систем менеджменту (маркетингова, інноваційна, виробнича, фінансова) [1, с. 26].

До аналізу ефективності підприємства варто підійти відповідально та детально вивчити дані щодо витрат. Види витрат є найрізноманітнішими, до них належать: заробітна плата, оренда та обслуговування приміщень, будівель, спеціальної техніки, забезпечення приміщень усіма необхідними видами послуг (світло, вода, газ), додаткові матеріали, які необхідні для належного виконання роботи.

Важливими показниками в оцінці ефективності менеджменту є прибуток і рентабельність, які найбільш повно характеризують кінцеві результати діяльності підприємства, а значить, і ефективності управління. При цьому варто виключити вплив на прибуток факторів, не пов'язаних із діяльністю цієї господарської ланки. У процесі оцінки ефективності управління необхідне комплексне застосування всієї системи узагальнюючих і приватних показників. Ефективність управлінської діяльності стосовно суб'єкта управління може характеризуватися кількісними (економічний ефект) і якісними показниками (соціальна ефективність) [2].

Важливо проаналізувати чинники, як справляють вплив на ефективність управління сільськогосподарських підприємств:

1) за змістом впливу: *економічні* (передбачено мотивування праці шляхом матеріальних винагород, а також матеріальну відповідальність за дії, що призвели до збитків); *науково-технічні* (матеріально-технічне забезпечення виробництва); *організаційні* (стиль управління підприємства, внутрішній трудовий розпорядок); *соціально-психологічні* (відносини працівників у колективі);

2) за характером впливу: *інтенсивні* (завдяки внутрішнім ресурсам, зміні істотних умов праці підвищується рівень ефективності управління); *екстенсивні* (потреба в залученні допоміжних засобів задля належної роботи підприємства);

3) за формою впливу: *прямі* (безпосередньо позначаються на якості управління); *непрямі* (мають опосередкований ефект на якість роботи на підприємстві);

4) за тривалістю впливу: *довготривалі* (методи управління); *короткочасні* (порушення працівниками трудової дисципліни).

Загалом усі фактори формують специфічний стиль управління для кожного сільськогосподарського підприємства. Якщо буде вибрано правильні методи роботи, то діяльність виробництва буде досить ефективною, в іншому випадку – збитковою. Отже, ефективне управління є складним процесом, яке потребує врахування усіх факторів, які так чи інакше впливають на роботу підприємств.

Проаналізувавши значну кількість досліджень, можна стверджувати, що сільське господарство є доволі прибутковим заняттям і якщо раціонально використовувати ресурси, ефективність такої діяльності буде на високому рівні. Очевидно, що найважливішим фактором, який впливає на ефективність, є дохід, проте не лише він. На нашу думку, найважливіше визначити, яким чином співвідносяться витрати та прибутки підприємства. Лише в такому разі можна буде об'єктивно оцінити, наскільки продуктивною є діяльність.

З переходом до ринкової економіки виникла потреба сформувати новий механізм державного регулювання сільського господарства. Тобто сільськогосподарські підприємства отримали більше економічної свободи, але водночас зовнішні фактори справляють значний вплив на діяльність таких підприємств.

Економічний механізм управління сільськогосподарським підприємством – це послідовне застосування сукупності методів та важелів, що спрямовують діяльність суб'єктів господарювання або спонукають їх до досягнення встановлених цілей шляхом надання їм матеріальної (фінансової) винагороди чи позбавлення їх частки матеріального ресурсу в разі виконання суб'єктами управління небажаних дій. Мета економічного механізму – створити умови для досягнення цілей господарської діяльності економічними методами, які своєю чергою складаються із відповідних важелів впливу [3, с. 188].

Сутність підвищення ефективності виробництва полягає, насамперед, у тому, що організувати роботу потрібно таким чином, щоб витрачати менше ресурсів, раціонально їх використовувати й отримувати більшу кількість продукції та прибутку. Це сприятиме збільшенню обсягу виробництва та забезпечить потреби, які виникають на ринку. Також це безпосередньо впливає на встановлення цін на продукти, адже чим більше продукції, тим нижчі оптові та роздрібні ціни. І найважливішим є те, що підвищення ефективності сприяє отриманню більшого доходу і рентабельності сільськогосподарського підприємства.

Окрім вивчення економічного управління підприємством, важливо дослідити антикризове управління. Це поняття визначають як сукупність таких елементів, як прогнозування та моніторинг, методи подолання банкрутства, управління ризиками, ефективне функціонування. Головна мета антикризового управління полягає в забезпеченні стабільного розвитку підприємств, незалежно від зовнішніх та внутрішніх чинників.

Для того щоб управління було результативним, необхідно встановити елементи, а саме: об'єкт, суб'єкт, мету, завдання, принципи, функції, критерії оцінки ефективності антикризового управління. Головною метою антикризового управління є недопущення кризових ситуацій, адже в разі виконання цього завдання не доведеться долати та виходити з кризи. На жаль, немає чітко сформованих та універсальних підходів для управління. Кожен із випадків є індивідуальним та конкретно визначеним, тому варто вибирати особливі методи для окремих підприємств. На сучасному етапі формування економіки необхідно шукати нові прийоми керівництва задля уникнення кризових явищ і манери поведінки в кризових ситуаціях.

Антикризове управління ставить перед собою такі завдання: виконання постійного моніторингу як зовнішнього, так і внутрішнього середовища підприємства; розробка заходів зниження зовнішньої вразливості соціально-економічної системи підприємства; прогнозування перспективи виникнення кризи на підприємстві; поси-

лення внутрішньої гнучкості управління підприємством в умовах кризових ситуацій; розробка та опрацювання випереджувальних планів відносно методів управління у кризових ситуаціях; термінове введення запланованих практичних антикризових заходів у разі виникнення кризової ситуації; керівництво процесом виходу підприємства з кризи та ліквідація завданих збитків [4, с. 231].

Визначити, наскільки ефективним є антикризове управління, можна, проаналізувавши показники, цілі, які було досягнуто, яким чином було використано ресурси. Для об'єктивної оцінки результатів такого управління є такі критерії: ефективність методів, принципів, інструментів та процедур антикризового управління; покращення показників фінансово-господарської діяльності; наскільки швидко відбуваються позитивні зміни за конкретно визначений період часу; рівень кваліфікації працівників; прогнозування економічних показників; пристосованість сільськогосподарського підприємства до змін навколишнього середовища; об'єм інформації, яка потрібна для вирішення антикризових питань.

Багато внутрішніх та зовнішніх факторів впливають на ефективність діяльності підприємств в аграрному секторі. Регулює діяльність сільськогосподарських підприємств не лише безпосередньо його керівництво, а й держава. Є велика кількість нормативно-правових актів, на основі яких здійснюється управління сільськогосподарських підприємств. З огляду на те, що економічна ситуація є доволі нестабільною, актуальною проблемою є підвищення рівня конкурентоспроможності. Детально проаналізувавши ситуацію на ринку, визначивши переваги та недоліки виробничої діяльності, можна приймати управлінські рішення, які б покращили становище сільськогосподарських підприємств на ринку.

Специфіка ринкової економіки полягає в тому, що успішними та рентабельними можуть бути ті виробництва, які легко змінюють вектор свого управління та раціонально використовують власні ресурси. Важливо, щоб якнайбільше підприємств були прибутковими та залишалися на ринку, це дасть змогу сформувати здорову конкуренцію і не допустить монополії в аграрній сфері.

Зрозуміло, що від ефективності управління прямо залежать результати діяльності сільськогосподарських підприємств. Для того, щоб визначити, яким чином необхідно змінити методи керівництва, потрібно об'єктивно оцінити результати роботи. Лише в такому разі результати реформування дадуть змогу покращити роботу та підвищити рентабельність підприємств, водночас зміцнити та закріпити власні позиції на ринку.

В умовах сучасних процесів у світовій економіці для України найперспективнішою сферою можна вважати агропромисловий комплекс. У нас є безліч можливостей успішно розвивати аграрний сектор і реформувати його у прибуткову сферу економіки. Якщо оцінити ресурси, то можна зрозуміти, що в Україні є сприятливі кліматичні умови, ґрунти, які сприяють отриманню великої кількості врожаю, яким можна забезпечити не лише внутрішній ринок, а й формувати експортний потенціал аграрних підприємств.

На сучасному етапі серед умов економічного розвитку виділяють лібералізацію торгівлі сільськогосподарськими товарами, орієнтацію на зовнішні ринки, а також підвищену увагу до якості продукції. Тому в контексті міжнародної інтеграції питання підвищення конкурентоспроможності вітчизняних виробників аграрної продукції набуває дедалі більшої актуальності [5, с. 82].

На жаль, є проблеми, які зменшують можливість реалізувати реальний потенціал національних сільських господарств. До факторів, які знижують рівень конкурентоспроможності, можна зарахувати такі: низький рівень державного фінансування для забезпечення розвитку сільськогосподарських підприємств; застаріла інфраструктура агропромислового комплексу; часткова невідповідність національних та міжнародних стандартів якості продукції.

Якраз на світовому ринку визначальним критерієм конкурентоспроможності є якість продукції та послуг, які надає підприємство. Якщо Україна продаватиме товари низької якості, то це може спричинити втрату позицій на експортному ринку. Задля забезпечення належного рівня конкурентоспроможності необхідно контролювати якість ресурсів підприємств, використовувати якомога сучасну техніку та інноваційні методи роботи, знаходити нові методи управління підприємством, реалізовувати заходи щодо співпраці різноманітних виробників сільськогосподарської продукції, забезпечити належну якість товарів, яка б відповідала міжнародним стандартам.

Підсумовуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що ринок сільськогосподарської продукції є одним із визначальних показників для оцінки ефективності функціонування аграрного сектора в структурі економіки України.

Однозначно, сучасний стан аграрного сектора та сільськогосподарських підприємств зокрема потребує реформування та залучення додаткових коштів для того, щоб підвищити ефективність діяльності та здобути належний рівень конкурентоспроможності на світовому ринку. Управління сільськогосподарськими підприємствами має бути спрямоване на досягнення позитивного результату роботи та отримання максимально можливого прибутку, незважаючи на негативний вплив зовнішніх та внутрішніх кризових факторів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Красноруцький О.О. Підвищення ефективності системи управління сільськогосподарським підприємством. *Вісник ХНАУ. Серія : Економічні науки.* 2014. № 4. С. 24–30.

2. Насонов М.І. Методика оцінювання управління ефективністю підприємства: теоретичні аспекти. Електронний журнал *«Ефективна економіка»*. 2018. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/11_2018/206.pdf.

3. Семенова А.Ю. Економічний механізм управління сільськогосподарським підприємством: теоретико-методологічний аспект. *Вісник Полтавської державної аграрної академії.* 2012. № 3. С. 186–190.

4. Журавська А.Р. Теоретичні засади антикризового управління сільськогосподарськими підприємствами. *Вісник Житомирського національного агроекологічного університету*. 2013. № 1-2(2). С. 227–235.

5. Дугієнко Н.О., Симоненко О.О. Конкурентоспроможність АПК України в умовах євроінтеграції. Електронне наукове фахове видання: *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2015. Випуск 5. С. 81–84. URL: http://global-national.in.ua/archive/5-2015/17.pdf.

УДК 343.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/64

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

LEGAL LIABILITY FOR OFFENSES IN THE FIELD OF LAND RELATIONS

Мелех Л.В., к.ю.н., доцент,
професор кафедри господарсько-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ

У статті зазначено, що відповідальність – це надзвичайно важливий складник будь-якої галузі, вона виконує не тільки каральну, а й виховну функцію, тому вона виникає і за наявності правопорушення земельного законодавства. У сфері земельних відносин застосовуються різні види юридичної відповідальності – адміністративна, кримінальна, цивільна, дисциплінарна.

Розглядатимуться окремі питання відповідальності за порушення у сфері земельних правовідносин.

Проаналізовано наукові публікації таких правників, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.В. Берлач, А.П. Гетьман, Т.С. Дмитренко, О.В. Ізмайлов, Г.К. Лоїк, О.С. Мірошніченко, О.О. Погрібний, Ю.С. Шемшученко, А.М. Шульга, В.В. Янчук та ін., що торкнулися даної проблематики, а також проведено класифікацію видів відповідальності та надано їм правову характеристику.

У науковій літературі дуже багато вчених розділяють таку думку, що за порушення земельного законодавства потрібно встановити окремий вид відповідальності. Такий вид вважають спеціальним, тому що він закріпить правовий вплив винятково на порушників норм земельного законодавства.

Також проаналізовано сучасний стан земельної деліктності в Україні, зазначено, що є маса земельних правопорушень та постійне зростання їх кількості, а це наштовхує на висновок про низьку ефективність наявної правової регламентації охоронюваних правовідносин у галузі використання і охорони земель. Одним із найважливіших засобів захисту земельних правовідносин являється контроль із боку відповідних державних органів за дотриманням норм законодавства в цій сфері, виявлення порушень і притягнення правопорушників до юридичної відповідальності.

Висвітлено особливості адміністративної, дисциплінарної та кримінальної відповідальності у сфері земельних правовідносин.

Автор зазначає і те, що відповідальність за порушення земельного законодавства є досить цікавою темою для обговорення, однак, крім розмов, потрібні дії, які би врегулювали земельні правовідносини та не допускали порушень, що можуть призвести до тяжких наслідків та знизити цінність чорнозему.

Ключові слова: відповідальність, земельне правопорушення, земельне законодавство, адміністративна, дисциплінарна, кримінальна відповідальність.

Some issues of liability for violations in the field of land relations will be considered. Scientific publications related to this issue will be analyzed, as well as the classification of types of liability and their legal characteristics. Peculiarities of administrative, disciplinary and criminal liability in the field of land relations will be covered.

According to Art. 14 of the Constitution of Ukraine “land is the main national wealth, which is under special protection of the state.” The implementation of this constitutional provision requires the implementation of a balanced, scientifically sound state policy aimed at establishing a new land system inherent in a democratic state governed by the rule of law, guaranteeing everyone the exercise and protection of land rights, and establishing legality in land relations. However, the analysis of the current state of land tort in Ukraine shows the massiveness of land offenses and the constant growth of their number, which allows us to conclude about the low effectiveness of existing legal regulation of protected legal relations in the field of land use and protection. One of the most important means of protection of land relations is the control by the relevant state bodies over compliance with legislation in this area, detection of violations and bringing offenders to justice. Thus, legal liability is a necessary legal guarantee of legality in the field of land relations.

Issues of legal liability in the field of land relations have been studied by such scholars as V.I. Andreytsev, G.I. Balyuk, A.B. Berlach, A.P. Hetman, T.S. Dmitrenko, O.V. Izmailov, G.K. Loik, O.S. Miroshnichenko, O.O. Pogribny, Yu.S. Shemshuchenko, A.M. Shulga, B.V. Yanchuk and others.

Responsibility is an extremely important component of any industry, it performs not only punitive but also educational function, so it arises in the presence of violations of land legislation.

In the field of land relations, various types of legal liability are used – administrative, criminal, civil, disciplinary.

Key words: responsibility, land offense, land legislation, administrative, disciplinary and criminal liability.

Постановка проблеми. Згідно зі ст. 14 Конституції України «земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави» [1]. Реалізація даного конституційного положення потребує виваженої та науково обґрунтованої державної політики, що буде спрямовуватися на впровадження нового земельного ладу, який притаманний демократичній, правовій державі, де гарантується кожному здійснення та захист прав на землю, утверджується законність у земельних відносинах.

Саме тому юридична відповідальність виступає необхідною правовою гарантією законності у сфері земельних відносин.

Стан дослідження. Питання юридичної відповідальності у сфері земельних відносин досліджували такі правники, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.В. Берлач, А.П. Гетьман, Т.С. Дмитренко, О.В. Ізмайлов, Г.К. Лоїк, О.С. Мірошніченко, О.О. Погрібний, Ю.С. Шемшученко, А.М. Шульга, В.В. Янчук та ін.

Виклад основного матеріалу. Найпоширенішим видом юридичної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин являється адміністративна відповідальність. Адміністративна відповідальність виступає таким видом юридичної відповідальності, яка виникає в разі скоєння правопорушень у публічно-правовій сфері. Наука адміністративного права розуміє адміністративну відповідальність як такий вид юридичної відповідальності, коли застосовуються адміністративні стягнення за порушення адміністративно-правових норм [2, с. 272].

Дослідник В. Авер’янов визначав адміністративну відповідальність як особливий різновид юридичної відповідальності, який становив сукупність адміністративних правовідносин, що виникають тоді, коли застосовують до уповноважених органів (посадових осіб) або осіб, які вчинили адміністративний проступок, передбачені нормами адміністративного права особі санкції, а саме адміністративні стягнення.

Під адміністративною відповідальністю у сфері земельних відносин трактують застосовування уповноваженими на те державними органами санкції, передбачені

адміністративно-правовими нормами, до осіб, котрі порушили вимоги земельного законодавства [3, с. 8].

Правник Л. Мілімко пропонує визначення адміністративної відповідальності у сфері земельних відносин як виконання суб'єктом, що скоїв адміністративний проступок у сфері земельних відносин, примусово застосованих до нього, за чітко визначеною процедурою, заходів впливу, які встановлює держава та реалізованих спеціально уповноваженими органами або посадовими особами з метою охорони земельних відносин, попередження правопорушень і виховання та покарання винного [4, с. 16].

Проаналізувавши характерні ознаки адміністративної відповідальності, дослідники сучасності зазначають те, що вона: визначена нормативно та виключно встановлюється законодавчими актами; супроводжується державним і громадським осудом діяння та правопорушника; має публічний характер; є засобом охорони установленого державою правопорядку; до неї притягаються особи, в яких немає стійких організаційних зв'язків із суб'єктами примусу; об'єктом охорони виступають суспільні відносини, що регулюються не тільки адміністративним правом, але також іншими галузями права, що її відрізняє від цивільно-правової і дисциплінарної відповідальності; суб'єктами, що притягують до адміністративної відповідальності, є уповноважені публічні органи, а також їхні посадові особи; реалізується за відповідною процедурою.

Правовою підставою для застосування заходів впливу та притягнення до адміністративної відповідальності є вчинення адміністративного правопорушення. Відповідно до ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення, адміністративним правопорушенням виступає протиправна, винна (навмисна чи необережна) дія або бездіяльність, яка посягає на державний або суспільний порядок, власність, права й волю громадян, на встановлений порядок управління, за яку законодавством чітко передбачена адміністративна відповідальність.

Сучасні науковці пропонують розуміти під адміністративним проступком у сфері земельних правовідносин, виходячи з даних ознак як фактичних підстав для адміністративної відповідальності, протиправне, винне (навмисне чи необережне) із невеликим ступенем суспільної небезпеки діяння (дію або бездіяльність), яке скоєне суб'єктом делікту у сфері реалізації прав та законних інтересів землевласників і землекористувачів, порядку управління, раціонального використання, відтворення й охорони земельних ділянок, за що передбачено адміністративну відповідальність [5, с. 469]. Адміністративні проступки у сфері земельних відносин, залежно від виду об'єктів, можна поділити на такі, які посягають на: земельні відносини майнового характеру; суспільні відносини у сфері управління земельними відносинами; а також суспільні відносини у сфері раціонального використання, відновлення й охорони земель (екологічної спрямованості).

Учений П. Кулинич серед об'єктів правопорушень у сфері земельних відносин пропонує виділити: 1) суспільні земельні відносини; 2) права та законні інтереси власників, землекористувачів, у тому числі орендарів, а також інтереси українського народу; 3) суспільні відносини у сфері використання та охорони земель; 4) земельний правопорядок.

Дослідник О. Слюсаренко класифікує правопорушення у сфері земельних відносин, поділяючи їх на такі: спрямовані проти встановленого порядку розпорядженням землею; спрямовані проти вимог використання цільового, раціонального використання земель у лісовому, сільському господарстві та в інших галузях господарського виробництва; які пов'язані з недотриманням або неналежним виконанням екологічних норм і приписів.

Відповідно до ст. 211 Земельного Кодексу України громадяни і юридичні особи несуть цивільну, адміністративну або ж кримінальну відповідальність за цілу низку порушень, серед яких: а) укладення угод із порушенням земельного законодавства; б) самовільне зайняття земельних ділянок; в) псування сільськогосподарських угідь й інших земель, їх забруднення хімічними і радіоактивними речовинами і стічними водами, засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами; г) розміщення, проектування, будівництво, введення в дію об'єктів, що негативно впливають на стан земель; ґ) невиконання вимог щодо використання земель за цільовим призначенням; д) порушення строків повернення тимчасово займаних земель або невиконання обов'язків щодо приведення їх у стан, придатний для використання за призначенням; е) знищення межових знаків; є) приховування від обліку і реєстрації та перекручення даних про стан земель, розміри та кількість земельних ділянок; ж) непроведення рекультивації порушених земель; з) знищення або пошкодження протиерозійних і гідротехнічних споруд, захисних насаджень; и) невиконання умов знімання, збереження і нанесення родючого шару ґрунту; і) відхилення від затверджених проектів землеустрою; використання земельних ділянок сільськогосподарського призначення для ведення товарного виробництва без затверджених у випадках, визначених законом, проектів землеустрою, що забезпечують еколого-економічне обґрунтування сівозміни та впорядкування угідь; ї) ухилення від державної реєстрації земельних ділянок та подання недостовірної інформації щодо них; й) порушення строків розгляду заяв щодо відведення земельних ділянок; к) порушення строку видачі державного акта на право власності на земельну ділянку [6, ч. 1 ст. 221].

Зазначений вище перелік порушень не є вичерпним, законом бути може встановлена відповідальність і за низку інших порушень земельного законодавства [6, ч. 2 ст. 221]. Однак варто зазначити, що Земельний кодекс України не визначає, за які правопорушення настає саме адміністративна відповідальність. Кодекс закріплює лише диспозиції норм, що окреслюють діяння як правопорушення у сфері земельних відносин, тоді як норми, які містять санкції за ці діяння, визначаються іншими правовими актами.

Так, адміністративні правопорушення у сфері земельних відносин визначаються насамперед Кодексом України про адміністративні правопорушення, а також низкою законів, а саме Законом України «Про відповідальність підприємств, їх об'єднань, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування», «Про охорону земель», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» та ін.

Норми більшості інших законодавчих актів у даній сфері (насамперед Законів України «Про топографо-геодезичну і картографічну діяльність», «Про землеустрій», «Про використання земель оборони» та ін.), як і норми Земельного кодексу, містять описовий склад, показують на певні норми й правила, що містять загальні ознаки адміністративного правопорушення, проте безпосередньо не передбачають адміністративні санкції за порушення земельного законодавства.

Так, правник А. Правдюк вважає, що більшість норм діючого Земельного кодексу, що торкаються юридичної відповідальності за земельні правопорушення, на даний час зовсім не діють і не зможуть застосовуватись у правозастосовній діяльності, як й інші нормативно-правові акти з охорони земельного законодавства, які носять декларативний характер. Окрім того, деякі норми законів повторюються в Земельному кодексі (далі – ЗК) України, тоді як кожне конкретне правопорушення має мати таку кількість ознак, щоб виділяли його із загального масиву правопорушень через визначення його основних характеристик.

Аналіз сучасного стану законодавства України з питань адміністративної відповідальності у сфері земельних відносин дозволяє відзначити цілий пере-

лік недоліків, що призводить до суттєвого зниження ефективності застосування його на практиці. Це зумовлено, зокрема, дублюванням, неузгодженістю, а інколи і протиріччям приписів Земельного кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) і низки законів, які передбачають адміністративну відповідальність за земельні правопорушення; неточністю, надмірною загальністю та декларативністю норм чинного законодавства стосовно того, як формуються склади адміністративних правопорушень у сфері земельних відносин, а також значним обмеженням кола стягнень за адміністративні правопорушення у сфері земельних відносин. Також установлено низку розбіжностей між Земельним кодексом України і Кодексом України про адміністративні правопорушення – як у переліках порушень земельного законодавства, за що настає адміністративна відповідальність, так і у формулюванні самих складів правопорушень.

Дисциплінарна відповідальність, як вид юридичної відповідальності, що може застосовуватися за вчинення земельних правопорушень, відсутня у ст. 211 ЗК України [6]. Саме тому заходи дисциплінарної відповідальності можуть застосовуватися за порушення земельного законодавства тільки в разі порушення працівниками підприємств, установ і організацій, а також їхніми посадовими особами своїх трудових обов'язків стосовно дотримання земельно-правових норм.

Матеріальна шкода, яка завдана незаконними рішеннями голів місцевих державних адміністрацій, діями або бездіяльністю посадових осіб місцевих державних адміністрацій, наказами керівників структурних підрозділів місцевих державних адміністрацій під час здійснення ними своїх повноважень, відшкодовується за рахунок держави. Держава у свою чергу володіє правом зворотної вимоги (регресу) до посадової особи місцевої державної адміністрації, що заподіяла шкоду, в розмірах та порядку, які визначені законодавством. Розпорядження голів місцевих державних адміністрацій, акти інших посадових осіб, що призначаються ними, можуть бути оскаржені в судовому порядку відповідно до законодавства.

Статті 210–211 ЗК України [6] встановлюють відповідальність за порушення земельного законодавства. Так, угоди, укладені з порушенням установленого законом порядку купівлі-продажу, обміну, дарування, ренти, застави земельних ділянок, за рішенням суду визнаються недійсними.

Дисциплінарна відповідальність тісно пов'язана з матеріальною. Це можливо тоді, коли особою, винною в невиконанні власних трудових обов'язків, було заподіяно також матеріальну шкоду земельним ресурсам. Матеріальна відповідальність є в тому, що людина, котра нанесла збитків підприємству чи організації, мусить компенсувати завдану шкоду у встановленому законом порядку [7, ст. 78]. Можемо навести приклад: працівник організації, що постачає зернові культури, невчасно обробив землю, а це привезло до неможливості здійснити посів ранніх зернових культур. У цьому випадку особу притягнуто буде до дисциплінарної, а також до матеріальної відповідальності.

Ось чому науковці пропонують віднести примусове припинення права користування земельною ділянкою, обов'язок знести власником земельної ділянки або землекористувачем самовільно зведений об'єкт чи повернути самовільно зайняту ділянку.

Проте це питання є досить проблематичним і дискусійним, тому що під час виокремлення основних видів відповідальності беруть до розгляду особу правопорушника, тяжкість учиненого діяння, а також мотиви вчинення правопорушення. А з іншого боку, це може спростити вирішення питання стосовно притягнення відповідальності, тому що під час винесення рішення не потрібно було би звертатися до маси різноманітних законодавчих актів.

Сфера земельного законодавства дуже цікава, але залишається маловивченою саме тому, що питання землі гостро стоїть тільки на рахунках підприємців, а звичайні особи можуть не знати, що саме організації або приватні власники можуть порушувати їхні права в земельних правовідносинах.

Кримінальна відповідальність настає за вчинення суспільно небезпечних, винних діянь, що дістали вияв у зловживанні владою або службовим становищем, невиконанні або неналежному виконанні службових обов'язків, тобто за злочини у сфері службової діяльності. Такі злочини можна поділити на три види: порушення повноважень – невиконання (неналежне виконання) повноважень (недбалість, бездіяльність); перевищення повноважень – вчинення службовою особою акту, на який вона не мала законної влади, вихід за межі такої або недотримання відомих форм, процедур (одноосібне вирішення справи, яка повинна вирішуватися колегіально, або вчинення дій, які ніхто не має права здійснювати чи дозволяти, тощо); вчинення акту, що входить до повноважень, але з метою, яку не передбачає закон (зловживання владою або службовим становищем, хабарництво, службове підроблення).

Кримінальній відповідальності за порушення земельного законодавства притаманні такі ознаки: винятково особистий характер її застосування, обмеженість підстав виникнення, особливий порядок притягнення особи до цього виду відповідальності.

Доречно тут зазначити, що цей вид чітко зазначений Кримінальним кодексом України. Чинний Кримінальний кодекс [8] передбачає покарання за такі злочини у сфері земельно-правових відносин: приховування або перекручування відомостей про екологічний стан чи захворювання населення (ст. 238); забруднення або псування земель (ст. 239); порушення правил охорони надр (ст. 240); порушення законодавства про захист рослин (ст. 247); проектування чи експлуатація споруд без систем захисту довкілля (ст. 253); безгосподарне використання земель (ст. 254) тощо.

Він є найбільш суворим видом юридичної відповідальності, та до неї притягуються особи за вчинення таких злочинів: забруднення або псування земель; незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель; незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах; порушення правил охорони або використання надр; самовільне зайняття земельної ділянки та самовільне будівництво тощо.

Варто підкреслити, що цей перелік не є вичерпним, проте з огляду на важливість земельних правовідносин доцільно додати деякі зміни до Кримінального кодексу України, а саме: охарактеризувати деталі кожного злочину, встановити більш жорсткіші санкції, тому що велика кількість осіб, котрі несли покарання за порушення норм земельного законодавства, згодом знову потрапляють за грати за черговий злочин.

До зазначеної відповідальності особу може бути притягнуто винятково судами, й міра покарання зазначена в санкціях вищенаведених статей. Варто зазначити також про особливість стосовно кримінальної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки і самовільне будівництво, а також за схожу до неї статтю КУпАП.

Так, статтею 53-1 КУпАП зазначено самовільне зайняття земельної ділянки, на відміну від статті КК України, що зазначає обов'язкове настання наслідків. Доцільно вказати й те, що ані в тому, ані в іншому кодифікованому законі не закріплено поняття «самовільне зайняття земельної ділянки», ось чому для такої характеристики дій особи варто звернутися до Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19 червня 2003 року. У цьому документі зазначено, що під самовільним зайняттям земельної ділянки варто розуміти будь-які дії особи, які свідчать про фактичне використання не наданої їй земельної ділянки чи намір вико-

ристовувати ділянку до встановлення її меж у натурі, до одержання документа, який посвідчує право на неї.

Висновки. Питання про відповідальність за порушення у сфері земельних відносин залишається актуальним, оскільки має не тільки теоретичне, а й практичне застосування. Його вирішення залежить, по-перше, від правильної оцінки кожного з елементів складу правопорушення; по-друге, визначення суспільної небезпечності наслідків правопорушення, а відповідно й норми права, до якої особа притягується до відповідальності, а по-третє – від удосконалення законодавства, яке регулює відповідальність за вчинення земельних правопорушень шляхом узгодженості його положень, що закріплені в різних нормативно-правових актах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254 к/96 ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/254%D0%BA/96 %D0%B2%D1%80
2. Насушна О.В. Земельне правопорушення як підстава притягнення до адміністративної відповідальності. *Держава і право.* 2009. Вип. 46. С. 267–272.
3. Шульга М.В., Багай Н.О., Гордєєв В.І. Земельне право : підручник. Харків : Право, 2014. 520 с.
4. Земельний кодекс України. Коментар / за ред. А.П. Гетьмана, М.В. Шульги. Харків : ТОВ «Одіссей», 2002. 600 с.
5. Шульга М.В. Особливості юридичної відповідальності у земельному праві. *Правова доктрина – основа формування правової системи держави :* матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Харків, 20-21 листоп. 2013 р. ; Нац. акад. прав. наук України. Харків, 2013. С. 468–470.
6. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14
7. Погрібний С.О. Дисциплінарна і матеріальна відповідальність за земельні правопорушення. Земельне право України : підруч. ; за ред. О.О. Погрібного, І.І. Каракаша; вид. 2, перероб. і доп. Київ : Істина, 2009. С. 577–588.
8. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

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

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/65

ЗАХОДИ ПОПЕРЕДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ АДМІНІСТРУВАННЯ ПОДАТКОВОГО БОРГУ ВЕЛИКИХ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

PREVENTION MEASURES IN THE CONTEXT OF GOVERNMENT TAX ADMINISTRATION OF LARGE TAXPAYERS: EXPERIENCE OF FOREIGN COUNTRIES

Мацелик Т.О., д.ю.н., професор,
професор кафедри фінансового права
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Лихолат Я.А., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Тенденції побудови сучасної податкової системи зорієнтовані на гармонійне поєднання державних та приватних інтересів шляхом оптимізації податкового адміністрування та мінімізації податкового навантаження, за рахунок чого держава отримує своєрідні гарантії своєчасного та повноцінного виконання податкового зобов'язання платником податків. З огляду на значні обсяги нарахованого податкового боргу на національному рівні одним з аспектів податкової політики є організація та реалізація попереджувальних заходів, які спрямовані на виявлення основних причин та умов виникнення податкової заборгованості, стабілізацію динаміки податкового боргу та в кінцевому результаті зменшення його випадків. У статті визначені на підставі досвіду зарубіжних країн перспективні напрями вдосконалення застосування заходів попередження в контексті адміністрування податкового боргу великих платників податків. Зокрема, звертається увага на умови надання консультаційних послуг великим платникам податків, які є важливим аспектом податкового супроводження їхньої діяльності Офісом великих платників податків Державної податкової служби. Підкреслено, що в зарубіжних країнах податковий консалтинг визнаний на державному рівні, що є своєрідною гарантією надання якісних та ефективних послуг як з боку державних органів, так і приватних консультантів. Також досліджено сутність експерименту горизонтального моніторингу, в результаті якого вдається гармонізувати інтереси великих платників податків та податкового органу, що полягає в можливості контролюючих органів регулярно перевіряти фінансовий стан великих платників податків, визначати реальних та потенційних боржників, а також мінімізувати втручання в їхню діяльність. У роботі на підставі аналізу ефективності реалізації механізму Єдиного рахунку в провідних європейських країнах визначено сутність механізму Єдиного рахунку та перспективи його запровадження в межах діючої податкової системи. Зарубіжний досвід свідчить, що дія механізму Єдиного рахунку дозволяє спростити порядок сплати податків та інших обов'язкових платежів та уникати випадків зарахування помилково сплачених коштів. На національному рівні важливо забезпечити не тільки правову основу організації вищезазначених заходів, але й розробити ефективний механізм їх реалізації з урахуванням особливостей соціально-економічного розвитку. Доведено, що така практика є необхідною в регулюванні правовідносин між контролюючими органами та великими платниками податків, які функціонують на партнерській основі. Зроблено висновок, що покращити ситуацію та отримати позитивний результат можна завдяки системному підходу з удосконалення існуючих та запровадження нових попереджувальних заходів правового характеру з урахуванням позитивного досвіду зарубіжних країн.

Ключові слова: заходи попередження, великі платники податків, податкове консультування, горизонтальний моніторинг, Єдиний рахунок, адміністрування податкового боргу.

Trends in building a modern tax system are focused on a harmonious combination of public and private interests by optimizing tax administration and minimizing the tax burden, due to which the state receives guarantees of timely and full fulfillment of tax obligations by the taxpayer. Given the significant amount of accrued tax debt at the national level, one aspect of tax policy is the organization and implementation of preventive measures aimed at identifying the root causes and conditions of tax arrears, stabilizing the dynamics of tax debt and ultimately reducing its incidence. The article identifies, based on the experience of foreign countries, promising areas for improving the application of preventive measures in the context of the administration of tax debt of large taxpayers. In particular, attention is paid to the conditions of providing consulting services to large taxpayers, which are an important aspect of tax support of their activities by the Office of Large Taxpayers of the State Tax Service. It is emphasized that in foreign countries tax consulting is recognized at the state level, which is a kind of guarantee of quality and efficient services by both public authorities and private consultants. The essence of the horizontal monitoring experiment is also investigated, as a result of which it is possible to harmonize the interests of large taxpayers and the tax authority, which is the ability of regulatory authorities to regularly check the financial condition of large taxpayers, identify real and potential debtors and minimize interference. The paper, based on the analysis of the effectiveness of the Single Account mechanism in the leading European countries, identifies the essence of the Single Account mechanism and the prospects for its introduction within the current tax system. Foreign experience shows that the operation of the Single Account mechanism simplifies the procedure for paying taxes and other mandatory payments and avoids cases of crediting erroneously paid funds. At the national level, it is important not only to provide a legal basis for the organization of the above measures, but also to develop an effective mechanism for their implementation, taking into account the peculiarities of socio-economic development. It is proved that such a practice is necessary in regulating the legal relationship between regulatory authorities and large taxpayers who operate on a partnership basis. It is concluded that it is possible to improve the situation and get a positive result due to a systematic approach to improving existing and introducing new preventive measures of a legal nature, taking into account the positive experience of foreign countries.

Key words: preventive measures, large taxpayers, tax consulting, horizontal monitoring, Single Account, tax debt administration.

Активне реформування податкової системи є пріоритетним завданням Державної податкової служби України, яка, враховуючи досвід зарубіжних податкових органів, вдається до впровадження дієвих інструментів податкового адміністрування, не є винятком і застосування попереджувальних заходів, що спрямовані на збільшення добровільної сплати платежів великими платниками податків до бюджетів усіх рівнів та зменшення кількості порушень податкового законодавства.

Окремі питання правової природи податкового процесу і податкового адміністрування взагалі та процедур застосування попереджувальних заходів у сфері оподаткування зокрема досліджували такі вчені, як: Н. Берлач, Ю. Боднарук, Р. Браславський, З. Будько, Л. Воронова Р. Гаврилюк, Д. Галкін, О. Галкіна, Я. Греца, В. Гой, О. Жигаленко, Л. Касьяненко, М. Кучерявенко, І. Криницький, К. Кальян, В. Кириченко, В. Кузнеченкова, С. Литвинов, С. Лучковська, М. Маринчук, Ю. Махініч, О. Мінаєва, О. Найденко, Н. Онищук, Ю. Оніщик, Д. Піддубна, Н. Пришва, Т. Проценко, С. Сарана, Н. Світлюк, О. Середа, В. Тильчик, А. Тимченко, М. Чинчин, М. Шаренко. Праці зазначених учених, без сумніву, мають суттєву цінність для цілей як теорії податкового права, так і практики. Однак трансформація податкових правовідносин, зумовлена виникненням нових інститутів у цій сфері й динамічним розвитком існуючих, вимагає постійного наукового пошуку, тому метою роботи є визначення на підставі досвіду зарубіжних країн перспективних напрямів удосконалення застосування заходів попередження в контексті адміністрування податкового боргу великих платників податків.

Варто відзначити, що вчені відмічають досить високу ефективність взаємодії органів державної податкової служби та великих платників податків. Так, О. Ватаманюк стверджує, що ефективність обслуговування великих платників податків контролюючими органами є занадто високою. Заходи податкового супроводження включають не тільки надання консультаційних послуг, але й інших послуг, призначених забезпечити максимальну мобілізацію податків, приведення фінансово-господарської діяльності платників у відповідність до податкового законодавства, а також надання послуг із проведення звірок за особовим рахунком платника нарахованих і сплачених сум податків; видача платнику податків довідок про відсутність заборгованості по податках і зборах та контроль надходжень податків і зборів тощо [1, с. 22].

Разом із тим окремі недоліки правового регулювання податкових правовідносин, особливості правового статусу великих платників податків (складність організаційно-функціональної діяльності, значна фіскальна роль), ефективність податкового контролю безпосередньо залежать від механізму здійснення консультаційної роботи, спрямованої на роз'яснення положень податкового законодавства, забезпечення взаємовигідного податкового планування та моделювання поведінки в конкретних правовідносинах. Здійснення податкового адміністрування щодо великих платників податків має максимально базуватись на індивідуальному підході до кожного платника податків, ураховуючи при цьому специфіку їхньої діяльності.

Одним із засобів забезпечення індивідуального підходу варто визначити інститут податкового консультування.

Так, розвиток інституту податкового консультування в Білорусі об'єктивно свідчить про зрілість податкової системи держави та забезпечує підвищення інвестиційної привабливості, зобов'язуючи вести бізнес виключно в правовому полі, за допомогою кваліфікованих фахівців на ринку фінансових послуг, що не лише скорочує час на адміністрування податків, а й надає переваги, зумовлені користуванням аутсорсингу операцій щодо нарахування податків. Президентом Республіки Білорусь було підписано Указ від 19 вересня 2017 року № 338 «Про податкове консультування», відповідно до якого податкове консультування включає три взаємопов'язані види діяльності: консультування з питань оподаткування, включаючи його оптимізацію (визначення оптимальних рішень); надання послуг з ведення бухгалтерського і податкового обліку, складання звітності, податкових декларацій та інших документів; представництво інтересів платників податків та консультування щодо відносин з податковими органами, іншими державними органами або організаціями на підставі договору надання послуг з податкового консультування [2].

В Україні немає нормативно-правового акта, який здійснює регулювання відносин у сфері податкового консалтингу. В основному цією діяльністю займаються приватні консультанти на підставі актів локального характеру та за власний рахунок. Відносно великих платників податків консультативне супроводження здійснює Офіс великих платників податків ДПС, який уповноважений розглядати письмові запити великих платників податків, проводити консультаційні заходи з питань адміністрування податків та організації податкового планування, надавати на вимогу відомості про виконання планів роботи податкових органів; проводити роз'яснювальну роботу щодо особливостей застосування податкового законодавства та організовувати семінари, конференції з метою визначення проблемних аспектів податкового супроводження великих платників податків та пошук можливих шляхів їх вирішення.

Функціонування ринку податкового консалтингу в Польщі доводить, що в контексті класичних податкових правил податкове консультування сприяє: справедливості оподаткування, допомагаючи підприємцям вибрати найкращу форму оподаткування, використовувати податкові пільги, беручи до уваги вигоди або ризики податкової системи; стабільності оподаткування завдяки допомозі платникам податків у дотриманні термінів сплати та визначенні податкової бази у сплаті податків; зменшенню податкових витрат платників податків на законних підставах [3, с. 174].

Особливо актуальною в системі податкового адміністрування в зарубіжних країнах є функціонування налагодженого механізму моніторингу, що одночасно полягає в здійсненні заходів податкового контролю за найбільш ризикованими суб'єктами та налагодження взаємовідносин з великими платниками податків.

У США активно діє система горизонтального моніторингу – CAP, що являє собою метод виявлення і вирішення податкових питань за допомогою відкритої, кооперативної і прозорої взаємодії між податковою службою і великими бізнес-одиницями, а також міжнародними транснаціональними компаніями-платниками податків на добровільних засадах. Програма CAP призначена для добровільної сплати податків із застосуванням меншого податкового тягаря. З 2005 року система CAP є пілотним проектом для великих корпоративних платників податків. Суть роботи CAP полягає в циклічній (цикл відповідає одному календарному року) взаємодії в режимі реального часу між IRS (Податкове управління США) та ВПП щодо питань, предметом яких є: подання та оброблення податкової звітності, надання податкових консультацій, обговорення проблемних питань здійснення господарської діяльності, укладення довгострокових договорів та їх відображення в податкових звітах [4, с. 172]. Здійснення такої практики є досить корисним досвідом для України, оскільки дозволяє вдосконалити діючу систему адміністрування податків та зробити її ефективною для бюджету та оптимальною в адмініструванні для великих платників податків.

Варто відмітити, що в межах податкової реформи Державною податковою службою України організовується проведення експерименту горизонтального моніторингу великих платників податків.

Участь платників податків у цьому експерименті є виключно добровільною. З початку проведення експерименту увагу органу державної податкової служби буде сконцентровано на відстеженні та аналізі податкових ризиків під час проведення фінансово-господарських операцій для виявлення ознак порушення вимог законодавства. Свою згоду на участь в експерименті із запровадження горизонтального моніторингу першими надали такі підприємства, як: ТОВ СП «Нібулон», ВАТ «Арселор-Міттал Кривий Ріг», ПІІ «Лукойл-Україна і ПАТ «Лукойл-Одеський НПЗ», ТОВ «Метро Кеш Енд Кері Україна», ДПАЗТУ «Укрзалізниця» [5].

Застосування заходів попереджувального характеру з метою запобігання виникненню податкового боргу характерне і для Франції та полягає в такому:

– способах нівелювання наслідків неякісного декларування, що передбачає використання негайного вербального контакту з платником податків і надає можливість уникнути передбачуваних негативних наслідків у вигляді відповідальності за виявлені в декларації помилки;

– запровадженні механізмів спрощення адміністрування платежів, що дає можливість за допомогою використання інструменту розстрочення/відстрочення переносити строки сплати платежів на пізніший час, не допускаючи при цьому появи у платника податків податкових боргів і забезпечуючи повноту надходження коштів до бюджету [6, с. 69–70]. Податкове адміністрування Франції передбачає механізм розстрочення/відстрочення сплати податків за умови наявності підтвердженої гарантії щодо повноцінного виконання податкового обов'язку. Тому законодавець виключає можливість застосування певного виду фінансових санкцій, на відміну від реалізації цього попереджувального засобу на національному рівні, обов'язковою умовою якого є нарахування пені за кожний погоджений день розстрочення/відстрочення.

О. Заклекта-Берестовенко, В. Угрин пропонують реалізувати такі стратегічні заходи попередження: аналіз потенційних боржників на стадії здійснення податкового обліку; розширення функцій електронного кабінету платника податків; підвищення мотивації сплати податкових зобов'язань платниками податків; підвищення рівня податкової культури та свідомості платників податків; створення онлайн-системи, в якій буде зосереджено інформацію про рухоме та нерухоме майно платника податків; публікація в офіційних виданнях та донесення до громадськості інформації про податкових боржників тощо [7, с. 103]. Однак реалізація вищезазначених заходів буде вважатись результативною за умови їх взаємозв'язку із заходами правового характеру (вдосконалення податкового законодавства, розроблення стратегічного плану щодо стимулювання інвестиційної діяльності, налагодження економічного клімату на макрорівні та забезпечення оптимальних умов конкурентоздатності).

У таких європейських країнах, як Швеція, Данія, Велика Британія, застосовується найбільш ефективна, прозора та проста система сплати податків − Єдиний рахунок. Ця система дозволяє платнику податків одним платіжним дорученням сплатити грошові зобов'язання за всіма податками та зборами, обов'язковими до сплати, та стовідсотково запобігає помилкам у перерахуванні коштів. При цьому податкова служба має реальну картину про стан розрахунків платників податків з бюджетами, а саме ситуацію, коли в одного платника податків одночасно з одного податку обліковується переплата, а з іншого – податковий борг є неможливим. Платники податків зазначених країн вважають запровадження Єдиного рахунку для сплати податків найважливішим досягненням податкової служби, яке значно покращило взаємовідносини з податковою службою, скоротило бюрократичні процедури та витрати, пов'язані зі сплатою податків [8]. На національному рівні функціонування нового механізму – єдиного рахунку – планується з 2021 року. Введення в дію єдиного рахунку для сплати податків та єдиного внеску є корисним для великих платників податків, оскільки допоможе спростити сплату податкових платежів. Однак до переліку податків, які можна сплатити через Єдиний рахунок, не входить ПДВ, оскільки його адміністрування забезпечується спеціальною електронною системою. Наразі особливості функціонування Єдиного рахунку регламентуються окремими Законами України, проте поки що не забезпечуються надійним механізмом реалізації.

Загалом, заходи із забезпечення зниження кількості випадків податкового боргу великих платників податків мають включати: інформаційно-консультаційну роботу з великими платниками податків, підвищення ефективності діяльності органів податкової служби та їхніх взаємовідносин з іншими органами влади, покращення якості податкового супроводження і сервісного обслуговування великих платників, забезпечення регулярного моніторингу фінансового стану великих платників податків та своєчасності сплати податків та інших обов'язкових платежів, роботу з потенційними та реальними платниками податків – боржниками тощо.

Отже, динаміка податкового боргу великих платників податків свідчить про необхідність коригування податкової політики та вдосконалення правового регулювання відносин у сфері оподаткування. Покращити ситуацію та отримати позитивний результат можна завдяки системному підходу з удосконалення існуючих та запровадження нових попереджувальних заходів правового характеру з урахуванням позитивного досвіду зарубіжних країн.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ватаманюк О.С. Специфіка податкового обслуговування великих платників податків в Україні. *Управління розвитком*. 2015. № 3. С. 19–24.

2. Панура Ю.В. Податкове консультування в зарубіжних країнах: досвід для України. URL: http://ojs.nusta.edu.ua/index.php/ojs1/article/view/113 (дата звернення: 18.11.2020).

3. Безпалько І.Р. Податкове консультування: можливості використання досвіду Польщі у вітчизняних умовах. *Наукові записки Української академії друкарства*. 2016. № 1. С. 167–177.

4. Махиніч Ю.С. Правове забезпечення взаємодії контролюючих органів у сфері оподаткування з великими платниками податків : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2015. 248 с.

5. Горизонтальний моніторинг як новий сервіс для сумлінних платників податків. URL: http://sfs.gov.ua/arhiv/modernizatsiya-dps-ukraini/povidomlenia_/2012_povidomlenia-modernizatsia/print-59282.html (дата звернення: 20.11.2020).

6. Юр'єва О.І. Податковий борг: аналіз поняття та вплив на суспільно-економічні відносини. *Аспекти публічного управління*. 2016. № 3. С. 67–73.

7. Заклекта-Берестовенко О. Превентивні заходи недопущення виникнення та зростання обсягів податкового боргу в Україні. *Світ фінансів*. 2016. Вип. 2. С. 100–112.

8. Міжнародний досвід: адміністрування податків в Європі та в Україні. URL: http://sfs.gov.ua/arhiv/modernizatsiya-dps-ukraini/povidomlenia_/2012_povidomlenia-modernizatsia/print-59283.html (дата звернення: 22.11.2020).

УДК 347.73:336.74-027.543
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/66

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТИ (МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД)

LEGAL REGULATION OF CRYPTOVOLUTY CIRCULATION (INTERNATIONAL EXPERIENCE)

Дядик В.О., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню міжнародної практики правового регулювання обігу криптовалюти. Актуальність такого напряму дослідження зумовлена поширенням популярності віртуальних валют серед її користувачів та розвитком криптовалютного бізнесу. З огляду на це перед державами постає завдання визначити свою позицію щодо доцільності нормативного врегулювання даного питання на рівні національного законодавства та передбачити механізми такого регулювання. Тому в статті приділено увагу встановленню співвідношення між цифровими активами та криптовалютою, надано визначення криптовалюти й досліджено, з якими поняттями в різноманітних джерелах ототожнюється криптовалюта. Не менш важливим є визначення мети впровадження криптовалюти з огляду на те, що однією з її найголовніших особливостей є децентралізованість.

За результатами дослідження було виокремлено переваги криптовалюти. Вони є суттєвими для користувачів і сприяють упровадженню її правового регулювання державами. Крім того, проаналізовано наявні недоліки використання криптовалюти та ризики, які супроводжують здійснення криптовалютних операцій. Наведено статистичні дані коливання курсу криптовалюти, які підтверджують його нестабільність і, як наслідок, складність його прогнозування.

У статті запропонований поділ держав на три групи залежно від їхньої позиції щодо віртуальної валюти. Такий поділ дає змогу виявити особливості кожної з груп з метою визначення найоптимальнішого підходу до правового регулювання даного питання. Особливо це актуально з точки зору врахування проблеми оподаткування операцій з криптовалютою. Зокрема, досліджено досвід Канади й США як держав, де на законодавчому рівні врегульовано обіг криптовалюти та порядок ведення криптовалютного бізнесу. Він демонструє вдалий підхід до здійснення державами контролю над цією сферою за допомогою введення ліцензування діяльності криптовалютних бірж і компаній та покладення на цих суб'єктів обов'язку слідкувати за підозрілими транзакціями. Приклад же Австрії, Німеччини, Ісландії, Фінляндії та Польщі демонструє підхід, відповідно до якого надання криптовалюті певного правового статусу і здійснення оподаткування операцій з криптовалютою стає можливим після віднесення її до вже наявної в їхнім законодавстві категорії. Таким чином, аналіз міжнародного досвіду та тих законодавчих ініціатив, які вже мали місце в Україні, дали змогу сформувати основні рекомендації для впровадження регулювання обігу криптовалюти в українське законодавство.

Ключові слова: криптовалюта, віртуальна валюта, біткоїн, криптовалютні операції, правове регулювання.

The article is devoted to the study of international practice of legal regulation of cryptocurrency circulation. The relevance of this area of research is due to the spread of popularity of virtual currencies among its users and the development of cryptocurrency business. In view of this, the task before states is to determine their position on the expediency of normative regulation of this issue at the level of national legislation and to provide mechanisms for such regulation. Therefore, the article pays attention to establishing the relationship between digital assets and cryptocurrency, provides a definition of cryptocurrency and explores with which concepts in various sources is identified cryptocurrency. It is equally important to determine the purpose of the introduction of cryptocurrency, given that one of its most important features is decentralization.

According to the results of the study, the advantages of cryptocurrency were highlighted. They are essential for users and contribute to the implementation of its legal regulation by states. In addition, the existing shortcomings of the use of cryptocurrency and the risks that accompany cryptocurrency transactions are analyzed. The statistical data of cryptocurrency exchange rate fluctuations are given, which confirm its instability and, as a consequence, the complexity of its forecasting.

The article proposes the division of states into three groups, depending on their position on the virtual currency. This division makes it possible to identify the features of each of the groups, in order to determine the best approach to the legal regulation of this issue. This is especially true in terms of taking into account the problem of taxation of cryptocurrency transactions. In particular, the experience of Canada and the United States as states where the circulation of cryptocurrency and the procedure for conducting cryptocurrency business is regulated at the legislative level is studied. It demonstrates a successful approach to government control over this area by introducing licensing for cryptocurrency exchanges and companies and requiring these entities to monitor suspicious transactions. The example of Austria, Germany, Iceland, Finland and Poland demonstrates the approach according to which granting a cryptocurrency a certain legal status and carrying out taxation of cryptocurrency transactions becomes possible after assigning it to the category already existing in their legislation. Thus, the analysis of international experience and those legislative initiatives that have already taken place in Ukraine, allowed to form the main recommendations for the introduction of regulation of cryptocurrency circulation in Ukrainian legislation.

Key words: cryptocurrency, virtual currency, bitcoin, cryptocurrency transactions, legal regulation.

Вступ. Розвиток сучасних технологій стосується всіх сфер суспільного життя. Сфера платіжних та розрахункових систем не є виключенням. Адже поряд з усім відомими й усталеними платіжними засобами з'являються і набирають популярності такі нові категорії, як цифрові (віртуальні) активи, криптовалюта та ін. Це викликає певну зацікавленість у користувачів і сприяє дискусіям із приводу того, яке значення в сучасному світі мають цифрові активи, який зміст покладено в їхню основу, яке правове регулювання такі активи мають.

Взагалі, цифровий актив є інформаційним ресурсом, який обертається в розподіленому реєстрі та містить набір цифрових даних, які є автономними, унікальними й мають певну цінність. Одним із видів розподіленого реєстру, в якому зберігаються, обліковуються та передаються різні види інформації, є багаторівнева технологія Блокчейн, особливістю якої є те, що дані, які було додано в таку мережу, не можна змінити чи видалити. Для визначення одиниці обліку в мережі Блокчейн, зокрема, використовують таке поняття, як «криптовалюта». Таким чином, криптовалюта є видом цифрового активу, що служить засобом обміну та використовує криптографію для безпеки своїх транзакцій, контролю створення додаткових одиниць та для перевірки передачі активів [1]. Криптовалюта ототожнюється з такими поняттями, як «віртуальна валюта» (в офіційних звітах Світового банку та Європейського центрального банку) [2, с. 27], «цифрова валюта» та «інтернет-валюта».

Явне поширення останніми роками криптовалюти та збільшення кількості її користувачів ставить перед державою завдання сформувати чітку позицію щодо необхідності нормативного врегулювання обігу віртуальних валют та надання належних умов для її існування в державі.

Ураховуючи недостатність висвітлення даної теми в Україні, її дослідження, на наш погляд, необхідно проводити з огляду на міжнародний досвід. Це допоможе конкретизувати вибрану категорію і визначити перспективи її законодавчого регулювання в Україні. А тому на даному етапі вважаємо актуальним дослідження практики розв'язання цього питання в різних країнах для визначення чинників, які сприяють законодавчій регламентації віртуальної валюти, а також ризиків, які стають на заваді такій регламентації в тій чи іншій державі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню дослідження історії виникнення та функціонування віртуальної валюти присвячені наукові доробки С. Капкун, В. Мандрика, В. Мороза, Н. Пантелєєвої, О. Кремінського, І. Ситника, Т. Бодарєвої, Н. Леонової, І. Макарчука, О. Перчука, В. Малишко, Ю. Солодковського, М. Мамуненко, О. Жмай, Е. Молчанова, О. Єлисєєвої, В. Лук'янова, О. Петрука та ін.

Метою роботи є дослідження змісту, переваг та недоліків використання криптовалюти, питань щодо оподаткування операцій з криптовалютою, а також виявлення загальних ризиків, які існують для користувачів криптовалюти.

Виклад основного матеріалу. У 2009 році у світі вперше з'явився термін «криптовалюта». Цьому передувала поява платіжної системи Bitcoin, яку розробила людина або група людей під псевдонімом Сатосі Накамото [3, с. 68]. Головною метою запровадження криптовалюти було виведення держави та банківських установ, як третьої сторони, за межі криптовалютних операцій, які таким чином відбуваються безпосередньо між їхніми учасниками (покупець-продавець). Зростання популярності криптовалюти поділило людей на дві групи: тих, хто не здійснює операцій з цією валютою, та тих, хто, навпаки, став активним користувачем і учасником криптовалютного бізнесу. Це було передбачуваним, адже технологічний прогрес і розвиток інформаційного суспільства неминуче тягне за собою появу нових засобів платежів.

Дійсно, головною перевагою для користувачів віртуальної валюти є анонімність її використання та децентралізація, а саме те, що держава як суб'єкт вилучена з відносин, які складаються в процесі обігу криптовалюти. Тобто жоден центральний орган не здійснює випуск криптовалюти, що робить її абсолютно захищеною від державного втручання або маніпулювання [3, с. 67]. Емісія криптовалюти здійснюється автоматично, на основі математичного алгоритму, без залучення якогось центрального органу, яким, наприклад, щодо випуску національної валюти в нашій країні є Національний банк України. Тому відсутність фінансового посередника (в особі держави) у таких операціях є привабливою для користувачів. Вони (майнери) самостійно створюють криптовалюту в процесі майнінгу, здійснюють обробку операцій з нею. За це перший з них, хто обробив операцію, отримує винагороду.

До переваг криптовалюти можна віднести те, що криптовалюту неможливо підробити, оскільки вона не має якогось матеріального вираження, а також її здатність виступати інструментом для розвитку окремих видів підприємницької діяльності. Наприклад, у Чехії з метою розвитку інтернет-бізнесу було випущено Czech Crown Coin (чек краун коін) – нову національну віртуальну валюту. Феноменом у цій сфері є можливість випуску криптовалюти з метою запобігання ризикам, які тягне за собою користування цією ж криптовалютою. Прикладом є бріткоін – власна віртуальна валюта Великобританії, випуск якої спрямований на встановлення більшого рівня захищеності користування криптовалютою та сприяння справедливому розподілу монет [2, с. 29]. На нашу думку, це свідчить про готовність держав приймати виклики сьогодення, використовуючи криптовалюту більш ефективно, та спрямовувати свої зусилля на мінімізацію ризиків, які супроводжують користування цим досить новим видом валют.

Що стосується недоліків у використанні криптовалюти, то можна зазначити такі:

1) можливість використання віртуальних валют для нелегальних трансакцій, торгівлі забороненими товарами (наркотиками, зброєю). Це логічно випливає з анонімності криптовалюти, наслідком якої є неможливість відстеження учасників таких операцій, що створює сприятливі умови для вчинення протиправних діянь. Наприклад, в одному зі своїх звітів Центральний банк Франції зазначав, що віртуальна валюта є інструментом спекуляції, відмивання грошей та інших незаконних дій і не вважається валютою взагалі, а значить не може бути засобом платежу відповідно до французького законодавства. Станом же натепер у Франції створена робоча група для розроблення законодавства щодо віртуальних грошей, проте саме в рамках політики запобігання спекуляції [1];

2) втрата державою монополії на емісію грошей і, як наслідок, зменшення сеньйоражу (доходу, що отримується від емісії грошей) центральних банків;

3) зменшення попиту на національну валюту, що може спричинити її знецінення та зміну швидкості обігу, що ускладнюватиме процес грошово-кредитного регулювання;

4) неможливість проведення грошово-кредитної політики, оскільки вагома частка грошової маси перебуватиме поза контролем [2, с. 30–31].

На наш погляд, до недоліків слід віднести той факт, що багато країн не визнають криптовалюту як валюту взагалі. Наприклад, Орган фінансового нагляду Данії, де віртуальна валюта не регулюється законодавчо (бо валютою не вважається), у своїй заяві визначив такі ризики для користувачів: ризик втрати віртуальної валюти на торговому майданчику та з електронного гаманця; ризик неможливості використовувати таку валюту як платіжний засіб або повернутися до реальної валюти; можливість швидкої зміни вартості віртуальної валюти або ж взагалі падіння її вартості до нуля; податкові наслідки купівлі й продажу цієї валюти; нездатність віртуальної валюти взяти на себе всі функції грошей; недостатня захищеність та відсутність гарантій безпеки для користувачів [4].

Важливим елементом, що сприяє певній недовірі до криптовалюти, є її нестабільність. Це пов'язано з раптовими коливаннями курсу, що призводять до складності в прогнозуванні криптовалюти. Наприклад, станом на 1 січня 2020 року 1 біткоїн дорівнював 7236 доларів, станом же на 1 листопада 2020 – 13 781 долар. Тобто менш ніж за рік ціна збільшилась майже вдвічі. Або ж за коротший проміжок часу валюта подешевшала: 1 вересня 2020 року 1 біткоїн дорівнював 12 000 доларів, а вже 5 вересня 2020 року – 10 112 доларів [5]. Отже, можемо побачити, наскільки нестабільним є курс біткоїна, який може раптово збільшуватись і так само раптово знижуватись.

На світовій арені держави залежно від їхньої позиції стосовно віртуальної валюти можна поділити на такі групи:

– ті, в яких обіг криптовалюти та криптовалютний бізнес уже є законодавчо врегульованими (Канада, США, Японія);

– ті, які впроваджують правове регулювання обігу криптовалюти та криптовалютного бізнесу (Німеччина, Ісландія, Австрія, Норвегія, Фінляндія);

– переважна більшість країн, які або лише роблять відповідні спроби, подаючи законопроєкти (Україна, Італія), або ж взагалі цієї сфери не торкаються.

Водночас відсутність на законодавчому рівні правового регулювання віртуальної валюти, як правило, не забороняє ведення криптовалютного бізнесу. А тому в регламентації обігу віртуальних валют насамперед має бути зацікавлена саме держава (передусім це стосується

надходження податків до бюджету від ведення такого бізнесу). Тому на прикладі держав з кожної групи ми розглянемо такі питання: який статус у цих групах надано криптовалюті, як врегульовано її обіг, які вимоги ставляться до суб'єктів криптовалютних операцій, та як держави аргументують неврегульованість криптовалюти в їхньому законодавстві.

До держав першої групи відноситься Канада. Вона посідає друге місце у світі за кількістю біткоїн-автоматів (перше – США), що свідчить про доволі активне використання криптовалюти. У 2014 році було на законодавчому рівні регламентовано найважливіші аспекти обігу криптовалюти у законі, що схвалив генерал-губернатор Канади. Закон містить такі вимоги:

1) обов'язкова реєстрація криптовалютних бірж як фінансових установ у Центрі аналізу фінансових операцій та звітів Канади (FINTRAC);

2) наслідком недотримання обов'язкової реєстрації є неможливість банків відкривати рахунки криптовалютним біржам, які є незареєстрованими у відповідному порядку;

3) з метою дотримання законодавства у сфері протидії легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, компанії повинні повідомляти про підозрілі операції, здійснювати верифікацію користувачів [6].

Даний закон за колом осіб діє як на компанії, зареєстровані в Канаді, так і на ті, що надають послуги в Канаді, але є зареєстрованими в іншій юрисдикції.

На нашу думку, схвалення державою такого закону є важливим кроком у розв'язанні питання щодо правового регулювання криптовалюти та криптовалютного бізнесу. Метою такого регулювання в даному випадку є встановлення державного нагляду за цією сферою. Проте наведена вимога щодо здійснення верифікації користувачів, з одного боку, надає державі можливість запобігти випадкам використання криптовалюти для відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, а з іншого – суперечить одній з головних особливостей криптовалюти – анонімності.

Наступним прикладом держав цієї групи є США. Наявність у США такого регулювання зумовлена значним поширенням віртуальної валюти, що дає можливість вільно розраховуватися криптовалютою за товари й послуги. У Сполучених Штатах криптовалюта розглядається в трьох аспектах: як аналог грошей, біржовий товар (з 2015 року Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами біткоїн було прирівняно до біржових товарів) та власність (з метою оподаткування). Законодавством штату Каліфорнія дозволяється корпораціям та приватним особам брати участь в обороті грошей, які є відмінними від визнаних у США законних платіжних засобів, тобто в обороті віртуальної валюти. У свою чергу в штаті Нью-Йорк було введено BitLicense, що є ліцензією на ведення криптовалютного бізнесу. Законодавством штату Вашингтон криптовалюта визначена як об'єкт грошових переказів, тому наявність Вашингтонської ліцензії оператора з переказу грошових коштів (Washington Money Transmitter License) є обов'язковою, по-перше, щоб компанії могли здійснювати криптовалютні перекази жителю Вашингтона, по-друге, для бірж, які надають послуги з обміну криптовалюти на фіатні гроші (тип грошей або валюти, цінність яких походить від державного наказу використання їх як засобу платежу), і, навпаки, бірж, які здійснюють обмін тільки цифрових грошей, а також для компаній, які здійснюють обмін та переказ віртуальної валюти та надають користувачам криптовалютні гаманці [7]. Отже, США збалансовує державні й приватні інтереси шляхом надання криптовалюті такого різностороннього правового статусу. Проведення операцій з криптовалютою лише за наявності відповідної ліцензії та наявність механізму оподаткування таких операцій, безперечно, є перевагою для держави, а дозвіл на участь в обороті криптовалюти для фізичних і юридичних осіб розширює їхні можливості як користувачів такої валюти. Таким чином, досвід США і Канади демонструє основні напрями діяльності цих держав у сфері регулювання криптовалютних операцій. Першим є необхідність ліцензування діяльності криптовалютних бірж і компаній, яке надає їм більше можливостей щодо здійснення криптовалютних операцій. А другим напрямом є встановлення обов'язку для таких суб'єктів звітувати про наявність підозрілих операцій та здійснювати верифікацію користувачів.

Схожий порядок регулювання сфери обігу віртуальної валюти було запропоновано у 2016 році і Європейською комісією, яка є виконавчим органом Європейського Союзу (далі – ЄС). Комісією було внесено пропозицію введення обов'язкової реєстрації або ліцензування, по-перше, діяльності криптовалютних бірж, що здійснюють обмін криптовалюти на фіатні гроші, а по-друге, компаній, які здійснюють надання користувачам криптовалютних гаманців [7]. Важливо відмітити, що за законодавством ЄС криптовалюта – це конвертована децентралізована віртуальна валюта, а відповідно до Директиви ЄС 2015 року [8] віртуальна валюта визнається засобом платежу. Натомість така думка не знайшла схвалення в Європейському центральному банку, який для віртуальної валюти встановлює іншу визначальну функцію – засіб обміну [9]. На підтвердження позиції Європейського центрального банку Сенатом Франції криптовалюта визначається як тип віртуального інструменту саме обміну [1]. Такої ж думки дотримуються і в іншій частині євразійського континенту, в Японії, де віртуальна валюта не належить до законних платіжних засобів, а визнається саме засобом обміну, за допомогою якого можна придбати товари, послуги або ж самі законні платіжні засоби. Отже, можемо побачити неоднозначну позицію з приводу обсягу функцій, якими наділяється криптовалюта тим чи іншим суб'єктом.

Аналіз практики держав другої групи наведеної вище класифікації, а саме тих, які лише впроваджують правове регулювання обігу криптовалюти та криптовалютного бізнесу, свідчить, що більшість із них для надання віртуальній валюті правового статусу прирівнюють її до вже наявної в їхньому законодавстві категорії. Таким чином, в Австрії криптовалюта вважається нематеріальним активом, у Німеччині – фінансовим інструментом, в Ісландії – цифровою валютою, у Фінляндії – програмним забезпеченням, який є «сировинним товаром». А ось у Великобританії віртуальна валюта не контролюється владою, адже не вважається фінансовою продукцією, а також її не можна ототожнювати з цифровою валютою, тому що за визначенням цифрової валюти в законодавстві Великобританії вона являє собою унікальну комбінацію цифр, яка є результатом складних математичних обчислень і алгоритмів. Тобто віртуальна валюта цим поняттям не охоплюється, відповідно, такого правового статусу не має [1]. Першою країною, де було офіційно визнано біткоїн як віртуальну валюту, стала Німеччина. Там віртуальна валюта не належить до законного платіжного засобу, а її створення чи використання як засобу оплати не потребує будь-яких дозволів. Проте здійснення операцій з продажу криптовалюти та будь-яке її комерційне використання вимагають наявності відповідної ліцензії. В Ісландії криптовалюта законом віднесена до цифрових валют, але одночасно законом введено фактичну заборону юридичним особам здійснювати обмінні операції віртуальною валютою. Тобто вони не можуть купувати біткоїни у закордонних контрагентів, адже це розглядається як перерахування коштів за кордон. Натомість заборони на продаж біткоїнів немає [2, с. 30]. Республіка Польща визначає криптовалюту як «цифрове представлення активів, що не видаються центральним банком, кредитною установою або організацією з електронних

грошей, яка за певних умов може бути використана як альтернатива грошам». Отже, Польща у визначенні криптовалюти звертає увагу на її децентралізованість («не видаються центральним банком, кредитною установою або організацією з електронних грошей»), проте не заперечує можливість її використання на заміну законним платіжним засобам. І хоча функціонування криптовалют регулюванню Міністерством фінансів Польщі не підлягає, проте діяльність криптовалютних бірж та майнінг криптовалюти було офіційно визнано видами економічної діяльності [1].

Україна відноситься до третьої групи держав вищезазначеної класифікації, адже криптовалюта тут і досі не знайшла свого правового регулювання. Попри те, що у 2016 році Українська біржа стала першим у світі майданчиком, де здійснювалися торги ф'ючерсами на криптовалюту, національне законодавство України досі не регулює криптовалютну діяльність та не має категорій, до яких можна було б віднести чи прирівняти віртуальну валюту. Однакове регулювання криптовалюти та, наприклад, електронних грошей є неможливим з огляду на їхню природу й характерні особливості. Це є підставою для надання криптовалюті особливого статусу, враховуючи всі притаманні їй ознаки.

Згідно з частиною 2 статті 32 Закону України «Про Національний банк України» випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняються. Зважаючи на те, що Національний банк України визначив Bitcoin як такий «грошовий сурогат, який не має забезпечення реальною вартістю, і його не можуть використовувати фізичні та юридичні особи на території України як засіб платежу, оскільки це суперечить нормам українського законодавства», криптовалюта в Україні не може бути використана як засіб платежу [10]. Натепер в Україні вже відомі законодавчі ініціативи, що мали на меті регулювання правовідносин у сфері обігу і проведення операцій з криптовалютою. Однією з таких ініціатив є законопроєкт «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо оподаткування операцій з криптоактивами» № 2461 від 15.11.2019 р., в якому наводяться визначення віртуального активу, криптоактиву та токен-активу, додається до переліку об'єктів оподаткування «прибуток від операцій з криптоактивами, який визначається як позитивна різниця між доходом, отриманим платником податку від продажу криптоактивів, та витратами, пов'язаними з їх придбанням та/або створенням». Даний проєкт закону спрямований на створення умов задля функціонування ринку віртуальних активів в Україні. За допомогою такої нормативної визначеності у власників віртуальних активів буде можливість застосування механізмів захисту права власності на ці активи, а держава зможе отримувати відповідні податкові надходження від операцій з криптовалютою.

Центральною проблемою для держав у сфері врегулювання обігу криптовалюти є оподаткування операцій з нею. Адже з огляду на анонімність цього процесу і вилучення держави з нього як суб'єкта (децентралізованість) визначення механізму належного оподаткування є дійсно складним завданням. З метою полегшення даної процедури в Італії, наприклад, навіть було внесено проєкт закону про обов'язкову ідентифікацію криптовалюти та учасників пов'язаних з нею операцій, що, на нашу думку, позбавляє віртуальну валюту головної переваги для її користувачів – анонімності.

Оподаткування криптовалютних операцій здійснюються державами відповідно до їхнього національного законодавства. Тому саме держави мають бути зацікавлені у виробленні дієвого механізму обкладання податком операцій з віртуальною валютою. Щодо держав, які відповідно до нашої класифікації належать до першої групи, то, наприклад, у Канаді оплата товарів та послуг за допомогою криптовалюти підлягає оподаткуванню як бартерна угода, а продаж такої валюти й криптовалюта, отримана в результаті майнінгу, що здійснювався в комерційних цілях, обкладаються податком на прибуток. У США визначення віртуальної валюти як власності має наслідком те, що й операції з нею підлягають оподаткуванню. Зокрема, заробітна плата, виплачена у криптовалюті, є об'єктом федерального податку на прибуток і податку на заробітну плату, отримані фізичною особою доходи в криптовалюті повинні бути задекларовані в доларах, а інформація про платежі в криптовалюті повинна подаватися до відповідних контролюючих органів [7]. Японія визнає криптовалюту цінністю, що є подібною до активів, і тому за нормами податкового законодавства дохід, отриманий фізичною особою в криптовалюті, обкладається податком на прибуток, юридичною особою – корпоративним податком, а продаж такої валюти підлягає податку на додану вартість.

Оподаткування в державах другої групи також має свої особливості. Наприклад, оскільки в Німеччині віртуальна валюта належить до фінансових інструментів, які у свою чергу є формою «приватних грошей», то дохід з криптовалютних операцій підлягає оподаткуванню як капітал. В Австрії одержаний внаслідок відчуження криптовалюти дохід підлягає податку на прибуток. Відповідно ж до законодавства Ісландії операції на криптовалютних біржах обкладаються податком, попри те, що, як вже зазначалося, там встановлено заборону для юридичних осіб здійснювати обмінні операції криптовалютою.

Водночас варто зазначити, що Європейський Суд у листопаді 2015 року своїм рішенням установив виняток щодо податку на додану вартість (ПДВ), а саме те, що операції з купівлі та продажу криптовалюти за фіатні гроші податком не обкладаються [7]. Наприклад, Норвегія на дотримання цього рішення не стягує ПДВ з операцій купівлі або продажу біткоїну.

З огляду на зазначений досвід держав у сфері оподаткування операцій з криптовалютою вважаємо, що можливість установлення державою, наприклад, того ж податку на прибуток з операцій з віртуальною валютою безпосередньо залежить від того, чим визнається або з чим зрівнюється криптовалюта в законодавстві тієї чи іншої держави (фінансовий інструмент, цифровий або віртуальний актив, власність тощо), і тому оподаткування здійснюється за аналогією.

Висновки. На нашу думку, аналіз міжнародної практики правового регулювання обігу криптовалюти дає достатньо підстав констатувати, що таке регулювання є необхідним для сучасних держав. Адже неврегульованість таких процесів не стає на заваді веденню криптовалютного бізнесу, але залишає державу без додаткових надходжень до бюджету і перспективного майданчика для інвестицій. Тому вважаємо, що державі для ефективної законодавчої регламентації даного питання перш за все необхідно:

– визначити механізми мінімізації ризиків, які супроводжують здійснення криптовалютних операцій, зокрема приведення регулювання цих операцій у відповідність із законодавством у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинних шляхом, та фінансування тероризму;

– встановити, чи відповідає криптовалюта якійсь із категорій, яка вже знайшла своє закріплення в національному законодавстві (як-от зрівняння в Німеччині криптовалюти з фінансовими інструментами дало змогу обкладати її податком як капітал);

– вирішити, чи визначати криптовалюту законним платіжним засобом або ж наділити її лише окремими функціями (лише як засіб обміну в Японії, тип віртуального інструменту обміну у Франції);

– розробити механізм оподаткування операцій з криптовалютою з внесенням змін до національного податкового законодавства, враховуючи практику країн Європи;

– розв'язати питання щодо ліцензування криптовалютного бізнесу, а саме діяльності криптовалютних бірж та компаній.

Водночас варто визнати, що легалізація криптовалюти на законодавчому рівні в будь-якому випадку обмежуватиме головну перевагу таких операцій – анонімність. Адже неможливо здійснити верифікацію користувачів та належне оподаткування з дотриманням цієї притаманної криптовалютним операціям ознаки.

Неоднозначний досвід світової спільноти в питанні регулювання обігу віртуальної валюти ставить під сумнів можливість упровадження в Україні дієвих механізмів такого регулювання, хоча в нашій країні вже наявні законодавчі ініціативи з цього питання, які керуються насамперед необхідністю визначення правового статусу власника віртуальної валюти та впровадження механізмів оподаткування операцій з криптовалютою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Міжнародний досвід законодавчого регулювання питання функціонування криптовалют, криптовалютних бірж, майнінгу та виводу в фіат (Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром). URL: https://radaprogram.org/sites/default/files/infocenter/piblications/65.pdf
2. Пантелєєва Н.М. Нові форми Грошей в умовах формування інформаційного суспільства. *Вісник національного банку України.* 2014. С. 25–31.
3. Мандрик В.О., Мороз В.П. Законодавче регулювання обігу криптовалют в Україні, проблеми та перспективи їх розвитку. *Науковий вісник НЛТУ України.* 2019 Т. 29. № 4. С. 67–71.
4. Advarsel mod virtuelle valutaer (bitcoin m.fl.). URL: https://www.finanstilsynet.dk/nyheder-og-presse/pressemeddelelser/arkiv/presse-2013/advarsel-mod-virtuelle-valutaer-bitcom-mfl-2013
5. Курс криптовалют до долара. URL: https://minfin.com.ua/ua/currency/crypto/.
6. Transactions Involving Bitcoins. URL: http://www.canadiantaxlitigation.com/wp-content/uploads/2014/01/2013-0514701I7.txt?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=inter-article-link
7. Порівняльний огляд іноземного законодавства щодо правового статусу цифрових грошей та державного регулювання криптовалютного бізнесу (Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром). URL: https://radaprogram.org/sites/default/files/infocenter/piblications/22.pdf
8. Директива Європейського парламенту та Ради (ЄС) 2015/849 від 20.05.2015 р. про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму. URL: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm
9. Opinion of the European Central Bank CON/2016/49. URL: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/en_con_2016_49_f_sign.pdf
10. Роз'яснення Національного банку України щодо правомірності використання в Україні віртуальної валюти / криптовалюти "Bitcoin" від 10.11.2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0435500-14 (дата звернення: 15.11.2020).
11. Про обіг криптовалюти в Україні : проєкт закону України від 06.10.2017 р. № 7183 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684 (дата звернення: 15.11.2020).
12. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо оподаткування операцій з крипто активами : проєкт закону України від 15.11.2019 р. № 2461 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67423 (дата звернення: 15.11.2020).
13. Єпіфанова Н. Криптовалюта: товар, засіб платежу, можливо, об'єкт інтелектуальної власності? URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/bankivske-ta-finansove-pravo/kriptovalyuta-tovar-zasib-platezhu-mozhlivo-obekt-intelektualnoyi-vlasnosti.html

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/67

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В УКРАЇНІ

SOME PROBLEMS OF ENFORCEMENT OF THE RIGHT TO FREE LEGAL AID IN UKRAINE

Заїка А.В., студентка V курсу
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Червякова О.Б., доцент кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Проаналізовано законодавчий та функціональний аспекти діяльності системи безоплатної правової допомоги. Наголошено на необхідності забезпечення реалізації права на правову допомогу, що є не тільки конституційним обов'язком держави, але й зобов'язанням, що було набуто в результаті ратифікації міжнародних договорів у сфері правової допомоги, які стали частиною національного законодавства. Досліджено правову природу поняття «правова допомога», наголошено на наявності колізії з категорією «професійна правнича допомога», право на яку закріплено Конституцією України. Виявлено ускладнений порядок звернення, зумовлений законодавчою вимогою подання великого переліку документів, що підтверджують статус особи та її право отримати безоплатно правову допомогу. За результатами узагальнення судової практики та аналізу звітів установлено нерівномірний розподіл справ між адвокатами, що зумовлений відсутністю типового положення, яке б регламентувало зазначену процедуру, та «свободою» керівника у виборі адвоката для виконання доручення щодо ведення справи. Виявлено порушення суб'єктами системи безоплатної правової допомоги принципів відкритості й прозорості діяльності, які є основоположними факторами для реалізації права особи на захист, що зумовлено відсутністю актуальної інформації у формі звітів у відкритому доступі для ознайомлення з нею громадян, що є неприпустимим для держави, яка є правовою та демократичною, і головними цілями якої є підвищення правової культури громадян та формування відповідального і свідомого громадянського суспільства. Кожну із зазначених проблем у роботі ґрунтовно проаналізовано і досліджено як в аспекті законодавчої регламентації, так і з боку практичної реалізації, у зв'язку з чим запропоновано шляхи вдосконалення й усунення недоліків функціонування досліджуваного інституту за допомогою внесення змін до правового регулювання, посилення контролю за дотриманням керівних принципів правової держави і прав людини під час виконання функцій та завдань суб'єктами безоплатної правової допомоги.

Ключові слова: безоплатна правова допомога, звернення, розподіл доручень, право вибору, якість послуг.

The legislative and functional aspect of the free legal aid system is analyzed. Emphasis was placed on the need to ensure the realization of the right to legal aid, which is not only a constitutional obligation of the state, but also an obligation arising from the ratification of international treaties in the field of legal aid, which have become part of national law. The legal nature of the concept of "legal aid" is studied, the conflict with the category of "professional legal aid" is emphasized, the right to which is enshrined in the Constitution of Ukraine. A complicated procedure for applying has been revealed, due to the legal requirement to submit a large list of documents confirming a person's status and his/her right to receive free legal aid. According to the results of generalization of case law and analysis of reports, an uneven distribution of cases between lawyers was established, which is due to the lack of a standard provision that would regulate this procedure and the "freedom" of the head to choose a lawyer to carry out the order. The violation of the principles of openness and transparency of activity by the subjects of the system of free legal aid, which are fundamental factors for realization of the person's right to protection, is revealed due to lack of relevant information in the form of reports in open access for acquaintance with it. is legal and democratic and the main goals of which are to increase the legal culture of citizens and the formation of a responsible and conscious civil society. Each of these problems in the work is thoroughly analyzed and studied both in terms of legislation and practical implementation, in connection with which proposed ways to improve and eliminate the shortcomings of the institute through changes in legal regulation, strengthening control over compliance with guidelines. principles of the rule of law and human rights in the performance of functions and tasks by the subjects of free legal aid.

Key words: free legal assistance, appeal, distribution of orders, the right to choose, quality of services.

Постановка проблеми. Забезпечення правовою державою реалізації права особи на правову допомогу є основоположним правом, яке гарантується не тільки Конституцією України, але й міжнародними договорами, зокрема Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. У цьому аспекті важливим є забезпечення рівної можливості в реалізації права особи на правову допомогу, виключивши прояви дискримінації, зокрема на основі майнового стану, саме це стало визначальним фактором для формування системи безоплатної правової допомоги в Україні. Хоча цей інститут створено нещодавно, він має досить успішні результати функціонування, але зважаючи на євроінтеграцію України, система безоплатної правової допомоги має бути максимально ефективною і досконалою для належного захисту прав людини, у зв'язку з чим необхідно усунути деякі недоліки її законодавчої регламентації та практичної реалізації у зрізі вимог сучасного демократичного суспільства та принципу верховенства права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням діяльності системи безоплатної правової допомоги займалося багато науковців серед яких І.Д. Козьяков, В.С. Личко, М.В. Стаматіна, А.Г. Гаркуша, В.М. Ісакова, Л.А. Литовченко, О.В. Чуйко, А.В. Джуська, А.В. Вишневський та ін.

Метою статті є аналіз діяльності системи безоплатної правової допомоги, визначення недоліків її законодавчого регулювання та практичної реалізації, прогнозування подальших шляхів розвитку та вдосконалення існуючої системи.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 59 Конституції України встановлюється, що кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно [1]. Саме для реалізації гарантованого права та виконання взятих Україною міжнародних зобов'язань, передбачених Резолюціями № 1466 (2005) та № 1755 (2010) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про виконання обов'язків та зобов'язань Україною», у 2011 році було ініційовано впровадження інституту безоплатної правової допомоги шляхом прийняття Закону України «Про безоплатну правову допомогу» № 3460-VI. Вказаний Закон забезпечив

реалізацію права на захист та покращив доступ до правосуддя, визначивши право на безоплатну правову допомогу та передбачивши процедуру її отримання.

Щодо поняття «правова допомога», то під час аналізу положень Конституції та Закону України виникає питання щодо використання синонімічних категорій законодавцем. Так, в Основному Законі говориться про *«професійну правничу допомогу»* [1], а в Законі України № 3460-VI – про *«правову допомогу»* [2]. Таку різницю понять спровокувало внесення змін до ч. 1 ст. 59 Конституції України від 02.06.2016 року в порядку проведення реформи правосуддя, що призвело до певної колізії правових категорій та суперечок між науковцями на цій основі [1]. Зокрема, А.Г. Гаркуша вважає за потрібне в цьому випадку керуватися саме ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.01.2017 р. № 5076–VI [3], якою передбачено, що адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги та Закону України № 3460-VI, який містить аналогічні положення [4]. Але, на нашу думку, таку колізію має бути усунено, адже Конституція має вищу юридичну силу, а всі закони повинні їй відповідати, і для належного правозастосування та правильного тлумачення необхідна однозначність правових категорій.

Щодо дефініції поняття «правова допомога», то відповідно до ст. 1 Закону України № 3460-VI передбачається, що це надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення [2]. Крім того, є низка визначень, які надаються науковцями. На думку І. Козьякова, правова допомога – це діяльність осіб, які володіють спеціальними знаннями у сфері права з метою надання послуг правового характеру [5, с. 107]. В.С. Личко розглядає в загальному вигляді поняття «правова допомога» як міжгалузевий інститут, що об'єднує в собі правові норми, які становлять основу для діяльності державних і громадських органів, спрямованих на надання громадянам і організаціям правової допомоги [6, с. 420].

На підставі аналізу вищенаведених дефініцій можна виокремити основні ознаки правової допомоги: 1) мета – надання послуги; 2) послуга має правовий характер; 3) надається на підставах, що передбачені законодавством; 4) суб'єкти надання встановлюються виключним переліком. Безоплатна правова допомога згідно із Законом України № 3460-VI включає в себе первинну та вторинну правову допомогу. Щодо первинної, то це вид державної гарантії з приводу отримання інформації про права, свободи і законні інтереси особи та процедури їх поновлення у випадку порушення. У порядку первинної допомоги можна отримати консультацію, правову інформацію, складення документів правового характеру. Законом України № 3460-VI виділений широкий склад суб'єктів, які мають право на отримання такої послуги, адже до цього переліку включені не лише громадяни України, але й іноземці, особи без громадянства, біженці, тобто всі особи, які перебувають під юрисдикцією держави, чим забезпечується реалізація права на захист, яке гарантується кожній людині, та рівність в їхніх правах.

Щодо порядку отримання первинної правової допомоги, то процедура ініціюється зверненням до відповідних суб'єктів – органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування тощо, яке подається особисто, а у випадках, передбачених Законом України № 3460-VI, – законними представниками, опікунами, піклувальниками. Під час аналізу ст. 10 Закону України було виявлено проблему в строках розгляду такого звернення, адже якщо воно містить лише прохання про отримання правової інформації, надання правової допомоги здійснюється у п'ятнадцятиденний термін. На нашу думку, такий строк є досить великим та невідповідним предмету правової допомоги. Можна сказати, що термін розгляду звернення про отримання правової інформації встановлюється у відповідності зі строками розгляду звернення в порядку Закону України «Про звернення громадян», що не є досить логічним, адже останнє передбачає вирішення питань щодо сприяння реалізації прав громадян чи їх поновлення в разі неправомірного порушення, що й зумовлює більш тривалі терміни, а звернення в порядку Закону України № 3460-VI передбачають лише отримання правової інформації, тому в цьому випадку повинні встановлюватися строки, які застосовуються у розгляді запитів щодо отримання публічної інформації – до 10 днів. Такі зміни забезпечать оперативність та дотримання розумного строку в разі надання безоплатної правової допомоги, що є ключовими факторами для реалізації права особи на захист, яке гарантується не тільки Конституцією України, але й міжнародними договорами.

Вторинна правова допомога – це також вид державної гарантії, яка забезпечує рівну можливість доступу до правосуддя для кожної особи шляхом представництва в судах та інших органах державної влади, захист та складення процесуальних документів. Відповідно до звіту «Про безоплатну правову допомогу» за минулий рік показник надання безоплатної вторинної правової допомоги регіональними та місцевими центрами становить 152 931 випадок, станом на 2018 рік цей показник становив 166 431 випадок [7], що підтверджує ефективну діяльність системи вторинної правової допомоги та довіру населення до цього інституту.

Незважаючи на такі високі показники діяльності системи вторинної правової допомоги, процедура її отримання має деякі недоліки.

По-перше, звернення для надання вторинної правової допомоги вимагає подання великого переліку документів, основним призначенням яких є підтвердження відповідного статусу особи, що зумовлює її включення до категорій осіб, які мають права на отримання безоплатної вторинної правової допомоги, причому перелік необхідних документів у Законі України № 3460-VI не передбачений, а встановлений Методичними рекомендаціями щодо організації надання безоплатної правової допомоги місцевими центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги [8]. Крім того, посилання на вказані рекомендації в Законі відсутні, що призводить на практиці до певних труднощів і ускладнює процедуру отримання доступу до безоплатної правової допомоги. Вразливими верствами населення в цьому випадку є люди похилого віку, яким такий ускладнений процес звернення для отримання правової допомоги досить важко подолати та в результаті зібрати всі необхідні документи. Відповідно до звіту «Про безоплатну правову допомогу» за минулий рік показник звернення до місцевих центрів клієнтів вікової категорії понад 60 років становить 32% від загальної кількості звернень [7], що є досить високим. Тому бачимо за необхідне передбачити посилання в Законі України № 3460-VI на Методичні рекомендації щодо переліку документів, які потрібно подавати для отримання правової допомоги, або прямо викласти такий перелік у Законі України та дещо спростити процедуру звернення для прискорення процесу її отримання особами, які негайно її потребують.

По-друге, за результатами аналізу положень Методичних рекомендацій можна також стверджувати про наявність протиріч між викладеними в них положеннями. Зокрема, п. 6 передбачається, що відмова у прийнятті заяви для отримання правової допомоги забороняється на підставі відсутності повного комплекту документів, які підтверджують приналежність до вразливих категорій осіб, що мають право на її отримання, а п. 10 рекомендації встановлює, що особі відмовляють у наданні безоплатної правової допомоги в разі не підтвердження її статусу як особи, яка має право на отримання правової допомоги [8].

Таким чином, виникає ситуація, коли відмовити у зверненні не можна через відсутність повного комплекту документів, і на цій же підставі може бути відмовлено в наданні безоплатної правової допомоги у зв'язку з не підтвердженням приналежності особи до вразливих категорій, які мають право на отримання правової допомоги відповідно до закону, що може бути зумовлено недостатністю поданих документів. Описана ситуація викликає запитання: «Чи є сенс у прийняті звернення, до якого додається неповний пакет документів, що підтверджують відповідний статус особи?»

По-третє, після прийняття рішення про надання особі безоплатної послуги вторинної правової допомоги відповідальний центр призначає адвоката для ведення справи з урахуванням його компетенції, досвіду та завантаженості [2]. Тобто за даних обставин суб'єкт звернення позбавляється права вільно вибирати захисника, адже це належить до виключної компетенції місцевого чи регіонального центру. У зв'язку з цим ми схильні вважати, що положення Закону України № 3460-VI в цій частині не відповідають ст. 59 Конституції України, яка констатує, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав [1]. Є різні позиції щодо викладеної ситуації. Так, Європейський суд з прав людини у справі Croissant v. Germany постановив, що, незважаючи на важливість довірливих відносин між адвокатом і клієнтом, право на вибір адвоката не можна вважати абсолютним. Право на правову допомогу обов'язково стає предметом обмежень тоді, коли йдеться про надання такої допомоги на безоплатній основі. У призначенні державою адвоката повинні *враховувати побажання обвинуваченого*, однак суди можуть не брати їх до уваги, коли є достатні підстави вважати, що це необхідно в інтересах правосуддя [9]. Іншою є позиція Національної асоціації адвокатів України, яка стверджує, що положення Закону України № 3460-VI створюють умови для дискримінації за майновою ознакою, що є порушенням принципу рівності та недискримінації. Адже виникає ситуація, коли особа, яка має фінансові ресурси, володіє правом вибору захисника, тоді той, у кого необхідні ресурси відсутні, такої можливості не має, і вибір захисника покладається на місцеві або регіональні центри [10].

Також виявлено наявність проблем щодо нерівномірного розподілу доручень між адвокатами. Про це свідчить ряд судових рішень щодо оскарження наказу керівника, яким затверджений порядок розподілу справ між адвокатами, що надають безоплатну вторинну правову допомогу, та результати оцінювання системи безоплатної вторинної правової допомоги в Україні у світлі стандартів і передового досвіду Ради Європи від 2016 року. Так, Національна асоціація адвокатів України висловлювала певну критику щодо браку прозорості в розподілі справ між різними адвокатами та їхню нерівномірну завантаженість [11]. Зазначена ситуація спровокована таким: у відповідності до Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги п. 13 встановлюється, що Директор регіонального центру затверджує порядок розподілу справ між адвокатами [12]. Проаналізувавши сайт безоплатної правової допомоги, ми не виявили жодного чинного наказу керівника центру, яким би передбачався такий розподіл справ. У зв'язку з цим доцільною є пропозиція запровадження автоматичного розподілу доручень, яким би визначалася завантаженість кожного з адвокатів, коефіцієнт його діяльності та затвердження типового положення розподілу, який би визначив стандартні критерії рівномірного призначення адвоката для ведення справи з урахуванням його спеціалізації, досвіду та складності справи. Саме в такий спосіб можна досягнути прозорого, рівномірного та єдиного порядку розподілу доручень і запобігання зловживань із боку керівників регіональних центрів.

Ключовим аспектом ефективного функціонування системи безоплатної правової допомоги є перевірка якості надання послуг адвокатами. Суб'єктом, до кола завдань якого входить згадане положення, є Координаційний центр з надання правової допомоги. Його правовий статус регламентується Положенням, затвердженим Постановою Кабінету міністрів України від 6 червня 2012 р. № 504, відповідно до якого визначено мету утворення державної установи – формування та забезпечення функціонування в Україні ефективної системи безоплатної правової допомоги, забезпечення її доступності та якості [13]. Так, згідно з п. 15 Положення центр забезпечує проведення моніторингу якості надання адвокатами безоплатної вторинної правової допомоги. Моніторинг проводиться у відповідності до Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги в цивільному, адміністративному процесах та представництва у кримінальному процесі, які затверджені 21.12.2017 року (далі – Стандарти) [14]. Проаналізувавши положення Стандартів, можемо запропонувати їх класифікацію за різними підставами: 1. Залежно від виду процесу, в межах якого надається правова допомога, це стандарти: а) у кримінальному процесі; б) адміністративному процесі; в) цивільному процесі; 2. Залежно від стадії процесу надання безоплатної вторинної правової допомоги це стандарти: а) під час досудового врегулювання правового спору чи досудового слідства; б) під час розгляду справи в судовому засіданні; 3. Залежно від сфери дії: 1) загальні стандарти, які поширюються на весь інститут безоплатної правової допомоги; 2) окремі, зумовлені особливостями виду процесу, в межах якого оцінюється якість наданих правових послуг.

Результати моніторингу зазвичай мають бути передбачені у звітах діяльності відповідного органу. Під час ознайомлення з офіційним веб-сайтом Координаційного центру було виявлено звіт щодо дотримання якості послуг адвокатами лише за 2017 рік, відповідно до якого встановлено 6 випадків недотримання адвокатами Стандартів, зокрема: відсутність у адвоката досьє – 2 випадки; адвокат не проінформував центр про вступ у справу адвоката за укладеним договором – 2 випадки; адвокат не повідомив центр про вибуття зі справи через відмову клієнта від захисту та його бажання скористатися самозахистом – 1 випадок; систематичні неявки адвоката в судові засідання – 1 випадок [15]. Актуальна інформація за 2020 рік була отримана в порядку запиту до Координаційного центру, у відповіді на який згадується про наявність одного випадку порушення адвокатом Стандартів станом на поточний рік. З одного боку, вищенаведене говорить про високу якість правових послуг та дотримання адвокатами вимог Стандартів, а з іншого боку – про відсутність на офіційному сайті Координаційного центру інформації про результати моніторингу за 2018–2020 роки, що може розглядатися як недотримання принципу прозорості, відкритості та звітності діяльності органу державної влади, і в цьому аспекті досить важливим є процес оновлення даних для забезпечення ознайомлення з необхідною інформацією громадян.

Висновки. Проаналізувавши законодавчу регламентацію функціонування системи безоплатної правової допомоги, ми виявили певні недоліки та надали пропозиції щодо їх усунення, зокрема встановлено нормативну колізію понять «правова допомога» та «правнича професійна допомога» під час порівняння Конституції та Закону України № 3460-VI, яка має бути усунена для однозначного правозастосування та єдиного підходу до тлумачення понять. Запропоновано використовувати не п'ятнадцятиденний термін для розгляду звернення щодо отримання правової інформації в порядку первинної правової допомоги, а десятиденний строк, який встановлений для запитів Законом України «Про доступ до публічної інформації» з урахуванням важливості питання захисту прав і свобод особи, яка звертається. Досліджено порядок

звернення для отримання вторинної правової допомоги, зокрема види послуг та суб'єктів їх надання. Визначено, що складність процедури зумовлена вимогою подання великого переліку документів, які підтверджують статус особи, причому сам перелік передбачений не Законом, а Рекомендаціями, на які в основному акті немає посилання. Наголошено на проблемі нерівномірного розподілу доручень між адвокатами, що спричинено «ручним механізмом» його визначення, у зв'язку з цим запропоновано запровадити програмне забезпечення, завданням якого було би здійснювати розподіл справ з урахуванням досвіду, завантаженості спеціаліста та складності справи. Виявлено обмеження права вільного вибору захисника, що зумовлює дискримінацію осіб за майновою основою, в порівнянні положень Закону та Конституції України. Під час оцінки діяльності Координаційного центру виявлено деякі порушення вимог дотримання принципу прозорості та відкритості в аспекті функціонування офіційного веб-сайту через відсутність актуальної інформації, зокрема звітів з 2018 року, що зумовлює необхідність постійного оновлення баз даних для ознайомлення з необхідною інформацією громадян.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення : 01.01.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 11.11.2020).
2. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460–VI. Дата оновлення : 18.07.2020 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3460-17 (дата звернення: 11.11.2020).
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076–VI. Дата оновлення : 03.07.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 11.11.2020).
4. Гаркуша А.Г. Деякі аспекти надання безоплатної правової допомоги в Україні. *Форум права.* 2019. № 2. С. 15–22. URL: https://forumprava.pp.ua/files/015-022-2019-2-FP-Harkusha_4.pdf (дата звернення: 11.11.2020).
5. Козьяков І. Актуальні питання реалізації принципів безоплатної правової допомоги. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України.* 2018. № 1. С. 107–116. URL: http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/1-2018/koziakov_govoruha.pdf (дата звернення: 11.11.2020).
6. Личко В.С. Поняття та види правової допомоги. *Актуальні проблеми держави і права.* 2009. № 50. С. 419–425. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2009_50_66 (дата звернення: 11.11.2020).
7. Звіт «Про безоплатну правову допомогу» за 2019 – 2018 р. URL: https://www.legalaid.gov.ua (дата звернення: 11.11.2020).
8. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо організації надання безоплатної правової допомоги місцевими центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги : Наказ Міністерства юстиції України від 19.07.2019 р. № 60. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0060419-19#Text
9. Справа «Croissant v. Germany» Рішення Європейського суду з прав людини від 25.08.1992 р. № 13611/88. URL: https://www.legislationline.org/documents/id/8260 (дата звернення: 11.11.2020).
10. Про затвердження звіту про систему безоплатної правової допомоги в Україні: поточні проблеми та рекомендації щодо її реформування: рішенням Ради адвокатів України від 13.11.15 р. № 125. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/news/advocatura/2015.11.30-unba-report-legal-aid-ukr.pdf (дата звернення: 11.11. 2020).
11. Оцінювання системи безоплатної вторинної правової допомоги в Україні у світлі стандартів і передового досвіду Ради Європи. *Звіт, підготовлений в межах проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», фінансованого урядом Данії.* 2016. С. 98. URL: https://rm.coe.int/16806ff4a9 (дата звернення: 11.11.2020).
12. Про затвердження Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги : наказ Міністерства юстиції України від 02.07.2012 р. № 967/5. Дата оновлення : 07.02.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1091-12#Text (дата звернення: 11.11.2020).
13. Про затвердження Положення про Координаційний центр з надання правової допомоги : постанова Кабінету міністрів України від 06.06.2012 р. № 504. Дата оновлення : 03.10.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504-2012-%D0%BF#Text (дата звернення: 11. 11. 2020).
14. Про затвердження Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесах та представництва у кримінальному процесі : наказ Міністерства юстиції України від 21.12.2017 р. № 4125/5. Дата оновлення : 31.08.2018 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1554-17#Text (дата звернення:11.11.2020).
15. Як адвокати дотримувались стандартів якості надання БВПД у 2017 році. від 15.02.18 р. URL: https://www.legalaid.gov.ua/novyny/yak-advokaty-dotrymuvalys-standartiv-yakosti-nadannya-bvpd-u-2017-rotsi-2/ (дата звернення: 11.11.2020).

УДК 342.9:347.77
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/68

ГЕНЕЗИС АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

GENESIS OF ADMINISTRATIVE-LEGAL REGULATION IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IMPLEMENTATION

Капітаненко Н.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри менеджменту організацій та управління проектами
Інженерний навчально-науковий інститут
Запорізького національного університету

У статті проаналізовано генезис адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності залежно від рівня розвитку та взаємодії правових та організаційних гарантій. Визначено, що історичний складник сприяє цілісному осмисленню будь-якого суспільного явища, дає змогу розглянути його в розвитку.

У процесі дослідження історичного аспекту цього питання виявлено поетапність формування та становлення правових та організаційних засад вітчизняної системи регулювання в галузі інтелектуальної власності. З'ясовано, що під час першого етапу (1991–1994 рр.) були закладені правові та організаційні основи механізму адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності. Виявлено, що особливості другого етапу (1995–1999 рр.) розвитку сфери інтелектуальної власності зумовлені кардинальним оновленням курсу соціально-економічної політики, укладенням Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, прийняттям Конституції України, яка гарантувала свободу творчості, захист інтелектуальної власності, право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Встановлено, що третій етап (2000–2013 рр.) характеризується посиленням міжнародного співробітництва України, вдосконаленням вітчизняного законодавства про інтелектуальну власність шляхом осучаснення чинних законів, прийняття нових з урахуванням зарубіжного досвіду та створенням ефективної системи державного управління у сфері інтелектуальної власності. Особливості розвитку четвертого етапу (2014 р. і дотепер) адміністративно-правового регулювання у сфері інтелектуальної власності зумовлені оновленням доктринальних засад українського права в контексті європейських інтеграційних процесів. Встановлено, що євроінтеграційні зміни в країні, інтелектуалізація економіки, широке застосування об'єктів права інтелектуальної власності в усіх сферах суспільного життя вимагають комплексного підходу до вдосконалення адміністративно-правового регулювання відносин у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Ключові слова: генезис, адміністративно-правове регулювання, інтелектуальна власність, право інтелектуальної власності, реалізація права.

The article analyzes the genesis of administrative-legal regulation in the field of intellectual property right implementation depending on the level of development and interaction of legal and organizational guarantees. It is determined that the historical component contributes to the holistic understanding of any social phenomenon, allows us to consider it in development.

In the process of studying of the historical aspect of this issue the gradual formation and establishment of legal and organizational foundations of Ukrainian regulatory system in the field of intellectual property was revealed. It was found that during the first stage (1991–1994) the legal and organizational foundations of the mechanism of administrative-legal regulation in the field of intellectual property right implementation were laid. It is revealed that the peculiarities of the second stage (1995–1999) of the development of the field of intellectual property are caused by: fundamental renewal of the social and economic policy course; conclusion of the Partnership and Cooperation Agreement between Ukraine and the European Communities and their Member States; adoption of the Constitution of Ukraine, which guaranteed freedom of creativity, protection of intellectual property, the right of everyone to own, use and dispose of the results of their intellectual and creative activities. It is established that the third stage (2000–2013) is characterized by strengthening of international cooperation of Ukraine, improving of domestic legislation on intellectual property by updating existing laws, adopting new ones based on international experience and seeking to create an effective system of state administration in the field of intellectual property. Peculiarities of the development of the fourth stage (from 2014 until present) of administrative-legal regulation in the field of intellectual property are conditioned by the renewal of the doctrinal principles of Ukrainian law in the context of European integration processes. It is established that European integration changes in the country, the intellectualization of the economy, the widespread use of intellectual property right objects in all spheres of public life require a comprehensive approach to improving the administrative-legal regulation of relations in the field of intellectual property right implementation.

Key words: genesis, administrative-legal regulation, intellectual property, intellectual property right, implementation of right.

Пошук шляхів вдосконалення адміністративно-правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності зумовлений дедалі більшим поширенням та застосуванням в усіх сферах суспільного життя об'єктів права інтелектуальної власності. Інтелектуалізація сучасної економіки, яка є характерною для більшості країн світу, зокрема для України, передбачає розробку, впровадження та реалізацію стратегічних програм для вирішення питання впорядкування відносин у зазначеній галузі. Модернізація правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності зумовлює історичний вимір. Такий підхід дає змогу виявити корені в минулому, відображення в сьогоденні та перспективи майбутнього [1, с. 112]. Справді, історичний складник сприяє цілісному осмисленню будь-якого суспільного явища, дає змогу розглянути його в розвитку.

Незважаючи на значну кількість різногалузевих тематичних праць (наприклад, роботи Г.О. Андрощука, Ю.Л. Бошицького, О.Б. Бутнік-Сіверського, В.С. Дроб'язка, В.О. Жарова, О.П. Орлюк, О.А. Підопригори, О.О. Підопригори, О.П. Світличного, О.Д. Святоцького, О.І. Харитонової та інших), усе ж таки проблематика генезису адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності порушується фрагментарно. Водночас наукові роботи Г.В. Довгань, О.М. Головкової, В.С. Дмитришина, О.О. Михальського, А.В. Хрідочкіна також можна розглядати як складники наукової джерельної бази дослідження. З огляду на постійні зміни в законодавстві стосовно інтелектуальної власності та пошук оптимальної моделі системи державного управління в означеній галузі, все-таки низка питань щодо генезису адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності залишаються невирішеними.

Метою статті є дослідження генезису адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності. Новизна роботи полягає у виділенні етапів становлення залежно від рівня розвитку та взаємодії правових та організаційних гарантій, якими забезпечується адміністративно-правове регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Правники, досліджуючи історичні аспекти інституту права інтелектуальної власності, застосовують різноманітні критерії. Однак високий ступінь динамічності й різнобічності відносин, пов'язаних з інтелектуальною власністю, постійне поступове розширення змісту та структури цієї сфери, потреба в регулюванні та використанні нових підходів до забезпечення прав власності з причин застосування найновітніших технологій [2] актуалізує необхідність розгляду генезису адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Теоретики права розглядають реалізацію норм права як «втілення розпоряджень правових норм у правомірній поведінці суб'єктів права, в їх практичній діяльності, її можна розглядати як процес і як кінцевий результат» [3, с. 301], як «зумовлену правовими приписами правомірну поведінку учасників суспільних відносин» [4, с. 405]. З урахуванням зазначених положень науковців розглянемо реалізацію права інтелектуальної власності як правомірну поведінку суб'єктів правовідносин у сфері інтелектуальної власності, яка є втіленням правових приписів уповноважених органів державної влади.

На підставі опрацьованих різноманітних джерел слушним видається виділення етапів становлення залежно від рівня розвитку та взаємодії правових та організаційних гарантій, якими забезпечується адміністративно-правове регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Перший етап (1991–1994 рр.) характеризується початком становлення адміністративно-правового регулювання у сфері інтелектуальної власності. У радянські часи законодавство України регламентувало деякі питання цього сегмента суспільного життя, зокрема, Цивільний кодекс УРСР 1963 р. містив розділи, присвячені авторському праву, праву на відкриття та винахідницькому праву [5, с. 183]. Вказана сфера потребувала цілісного підходу для її осмислення. Передусім, прийнятим Законом України «Про власність» від 7 лютого 1991 р. було введено поняття «інтелектуальна власність», визначено об'єкти і суб'єкти права інтелектуальної власності (ст.ст. 40–42). Відносини у сфері авторського права були частково врегульовані, але стосовно об'єктів промислової власності необхідні нормативні акти не були прийняті. Тому важливим став Указ Президента України «Про Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні» від 18 вересня 1992 р. № 479/92, який регулював майнові та пов'язані з ними особисті немайнові відносини, що виникають у зв'язку зі створенням, правовою охороною та використанням винаходів, промислових зразків, товарних знаків і знаків обслуговування, а також відносини, пов'язані з визнанням прав автора раціоналізаторської пропозиції [6]. Надалі прийняті закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 р., «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. розширили правову базу регламентації відносин у сфері промислової власності.

Водночас були вирішені питання авторської винагороди за використання твору, зокрема, в постановах Кабінету Міністрів України «Про розміри відрахувань до фондів творчих спілок України за використання творів літератури та мистецтва» від 3 березня 1992 р. № 108, «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18 листопада 1994 р. № 784. Встановлення мінімальної ставки авторської винагороди надавало правові гарантії реалізації права автора на плату за використання твору третіми особами.

У цей період відбувається активна співпраця України із Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Україна підтвердила участь у міжнародно-правових угодах щодо охорони інтелектуальної власності, Паризькій конвенції про охорону промислової власності, Договорі про патентну кооперацію, Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності тощо. Отже, прийняття вказаних законів та підзаконних актів, ратифікація міжнародних договорів створювали умови для використання, виконання і дотримання правових норм у сфері інтелектуальної діяльності.

Одночасно з прийняттям нормативних актів відбувається формування системи органів влади, які мали здійснювати управління означеною сферою суспільного життя. Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державне патентне відомство України» від 21 липня 1992 р. № 411 було створено Державне патентне відомство України Державного комітету України з питань науки і технологій (Держпатент України) [7]. Відповідно до Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо соціального захисту діячів літератури і мистецтва в умовах переходу до ринкових відносин» від 6 лютого 1992 р. № 75 почало функціонувати Державне агентство з авторських і суміжних прав при Кабінеті Міністрів України як орган державної виконавчої влади, підпорядкований Кабінету Міністрів України, покликаний провадити у життя політику України в галузі авторського права, забезпечувати права і законні інтереси авторів творів науки, літератури і мистецтва, артистів-виконавців, творців звуко- і відеозаписів, організацій ефірного мовлення [8]. Отже, в перші роки незалежної України були закладені правові та організаційні основи механізму адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Під час другого етапу (1995–1999 рр.) продовжується становлення законодавчих та організаційно-управлінських засад якісних перетворень щодо права інтелектуальної власності. Особливості розвитку сфери інтелектуальної власності цього періоду зумовлені такими чинниками: 1) в Україні розпочалося кардинальне оновлення курсу соціально-економічної політики, здійснення радикальних реформ [9]; 2) 16 липня 1994 р. між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами була укладена Угода про партнерство і співробітництво, ратифікована Законом України від 10 листопада 1994 р. [10]; 3) 28 червня 1996 р. була прийнята Конституція України, яка гарантувала свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності, а також право кожного на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 54). Також Основний Закон України визнав право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41).

Протягом вказаного періоду Україна приєдналася до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів із метою розширення міжнародного культурного обміну, становлення цивілізованого ринку інтелектуальної власності, Міжнародної конвенції про охорону нових сортів рослин, Договору про закони щодо товарних знаків, Будапештського договору про міжнародне визнання депонування мікроорганізмів із метою патентної процедури та ін.

Водночас нові суспільні відносини потребували ефективного державного управління. Саме з метою вдосконалення системи державного управління, підвищення ефективності функціонування органів виконавчої влади як головних суб'єктів вироблення і реалізації державної політики у відповідних галузях і сферах діяльності та поетапного впровадження адміністративної реформи, в Україні був прийнятий Указ Президента України «Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України» від 13 березня 1999 р. № 250, який передбачав

створення Державного комітету України з питань науки та інтелектуальної власності – на базі Міністерства України у справах науки і технологій, Державного патентного відомства України та Державного агентства України з авторських і суміжних прав, що ліквідуються [11]. Однак уже в грудні 1999 р. Президент України видав новий Указ «Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади» № 1573/99, відповідно до якого з метою вдосконалення структури органів виконавчої влади та підвищення ефективності державного управління, відповідно до п. 15 ст. 106 Конституції України було утворено Міністерство освіти і науки України – на базі Міністерства освіти України та Державного комітету України з питань науки та інтелектуальної власності, що ліквідуються [12]. Отже, в 1995–1999 рр. тривало становлення правового та організаційного забезпечення регулювання відносин у галузі інтелектуальної власності.

Третій етап (2000–2013 рр.) характеризується посиленням міжнародного співробітництва України за різними напрямами. У контексті динаміки розвитку ситуації значний вплив на розвиток українського суспільства, зокрема сфери інтелектуальної власності, мали Указ Президента України «Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу» від 14 вересня 2000 р. № 1072/2000 та Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р., які законодавчо визначали пріоритетність міжнародного співробітництва України з ЄС та його окремими державами-членами.

Результатом активної роботи, спрямованої на належне виконання положень національного законодавства та міжнародних угод, став той факт, що 5 лютого 2008 р. у Женеві відбулося засідання Генеральної Ради Світової організації торгівлі (СОТ), на якому було підписано Протокол про вступ України до Організації. 10 квітня 2008 р. Верховна Рада України прийняла Закон України «Про ратифікацію Протоколу про вступ України до Світової організації торгівлі». Згідно з процедурами СОТ, 16 травня 2008 р. Україна стала повноправним членом цієї Організації [13]. Відповідно, Україна приєдналася до Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС).

Створення належних умов для реалізації норм матеріального права на захист результатів інтелектуальної діяльності потребувало вдосконалення процедурних засад. Ці питання були вирішені в наказах Міністерства освіти і науки «Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель» від 22 січня 2001 р. № 22, «Про затвердження Правил складання і подання заявки на промисловий зразок» від 18 лютого 2002 р. № 110, «Про затвердження Положення про Державний реєстр патентів України на винаходи» від 12 квітня 2001 р. № 291, «Про затвердження Положення про Державний реєстр патентів і деклараційних патентів України на секретні винаходи» від 14 листопада 2001 р. № 739, «Про затвердження Положення про Державний реєстр патентів України на корисні моделі» від 20 червня 2001 р. № 469, «Про затвердження Положення про Державний реєстр деклараційних патентів України на секретні корисні моделі» від 14 листопада 2001 р. № 738. Урегулювання процедури подання заявки на об'єкти патентного права та порядку ведення реєстрів, які містять офіційні відомості щодо державної реєстрації патентів, посилювало захист прав винахідників та авторів.

Державницьким було рішення про запровадження у вищих навчальних закладах курсу з основ інтелектуальної власності відповідно до Указу Президента України «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27 квітня 2001 р. № 285/2001 [14]. За неофіційними підрахунками, зазначає О.П. Орлюк, цей курс прослухали понад 120 тисяч студентів [15, с. 151]. Надалі оновлений Закон України «Про вищу освіту» від 1 червня 2014 р., який запровадив новітні підходи щодо формування освітніх програм, сприяв вилученню курсу з інтелектуальної власності з переліку обов'язкових навчальних дисциплін закладів вищої освіти (Наказ Міністерства освіти і науки від 4 березня 2015 р. № 235).

Важливим етапом у процесі формування системи правового регулювання сфери інтелектуальної власності стало набуття чинності 1 січня 2004 р.: ЦК України (Книга четверта Право інтелектуальної власності, а також глави 75, 76 Книги п'ятої, в яких врегульовуються договірні відносини з приводу розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності); ГК України (глава 16 регулює відносин щодо використання в господарській діяльності прав інтелектуальної власності); МК України (розділ XIV розглядав питання сприяння захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України). Набуття чинності вказаними кодифікованими актами, поряд із застосуванням спеціальних законів, сприяло посиленню нормативного складника інституту інтелектуальної власності.

Протягом вказаного періоду продовжувався пошук створення ефективної системи державного управління у сфері інтелектуальної власності. Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державний департамент інтелектуальної власності» від 20 червня 2000 р. № 997 було визначено, що Державний департамент інтелектуальної власності є урядовим органом державного управління, що діє у складі Міністерства освіти і науки і йому підпорядковується, основними завданнями якого є: участь у межах своєї компетенції в забезпеченні реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності; прогнозування і визначення перспектив і пріоритетних напрямів розвитку у цій сфері; організаційне забезпечення охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності. Така структура управління існувала до 2010 р., коли Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 9 грудня 2010 р. № 1085/2010 було створено Державну службу інтелектуальної власності України, а Державний департамент інтелектуальної власності ліквідовано.

В Україні продовжувала формуватися організаційна інфраструктура для забезпечення реалізації права інтелектуальної власності. До сфери управління Державної служби інтелектуальної власності було включено: ДП «Український інститут промислової власності», ДП «Українське агентство з авторських і суміжних прав», Інститут інтелектуальної власності (з 2016 р. – Київський інститут інтелектуальної власності та права національного університету «Одеська юридична академія»), Державне підприємство «Інтелзахист», підрозділи державних інспекторів із питань інтелектуальної власності.

Крім органів державної влади, у сфері інтелектуальної власності контроль здійснювали і громадські організації: Всеукраїнська асоціація інтелектуальної власності, Всеукраїнська асоціація патентних повірених України, Товариство винахідників і раціоналізаторів, Українська група Міжнародної асоціації з охорони промислової власності та ін. Отже, в зазначений період у сфері інтелектуальної власності відбулися значні якісні зміни, які сприяли формуванню організаційно-правових засад реалізації прав у цій галузі.

Особливості розвитку четвертого етапу (2014 р. і дотепер) адміністративно-правового регулювання у сфері інтелектуальної власності зумовлені оновленням доктринальних засад українського права в контексті європейських інтеграційних процесів. В Угоді про асоціацію між Україною і ЄС зазначено, що у сфері інтелектуальної власності вона має за мету спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території сторін Угоди, а також досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту

прав інтелектуальної власності (глава 9) [16]. У вказаний період активізувалися заходи з адаптації національного законодавства у сфері інтелектуальної власності до норм права ЄС та імплементації положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Прийнято Закон України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 р., який враховує основні положення Директиви 2014/26/ЄС про колективне управління авторськими та суміжними правами та мультитериторіальне ліцензування прав на музичні твори з метою онлайн-використання на внутрішньому ринку [17].

Відповідно до змін щодо управління у сфері інтелектуальної власності Державна служба інтелектуальної власної була ліквідована згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади державної системи правової охорони інтелектуальної власності» від 23 серпня 2016 р. № 585 з покладанням завдань і функцій із реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності на Міністерство економічного розвитку і торгівля [18]. Одночасно Кабінет Міністрів України своїм розпорядженням затвердив Концепцію реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Було визнано недосконалою та інертною на зміни систему державного управління сферою правової охорони інтелектуальної власності, що призвело до відсутності істотного прогресу в адаптації нормативно-правової бази до сучасних економічних та політичних умов (боротьба з «патентним тролінгом», Інтернет-піратством, задоволення потреб ІТ-галузі, військово-промислового та агропромислового комплексів тощо). Як результат, було запропоновано запровадження прозорої дворівневої структури державної системи правової охорони інтелектуальної власності замість складної трирівневої [19]. Реалізувати Концепцію передбачалося протягом 2016 р. – І кварталу 2017 р., однак заплановані зміни не були реалізовані у вказані строки.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності» від 16 червня 2020 р. запроваджує дворівневу систему державного управління сферою інтелектуальної власності шляхом створення Національного органу інтелектуальної власності України (НОІВ) як юридичної особи публічного права, що належить до сфери управління Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства, але при цьому Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства забезпечуватиме формування та реалізуватиме державну політику у сфері інтелектуальної власності, а НОІВ виконуватиме окремі публічні функції (владні повноваження) з реалізації державної політики (видача охоронних документів (патентів, свідоцтв) на об'єкти права інтелектуальної власності) [20]. Посилює сферу реалізації права інтелектуальної власності Указ Президента України «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» 29 вересня 2017 р. № 299/2017 відповідно до підпункту 6 пункту 161 і розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, статті 19, пунктів 15, 40 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. [21].

Таким чином, аналіз нормативного матеріалу кінця XX – початку XXI ст., поглядів і концепцій науковців становить теоретичну базу для висновків щодо генезису адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності. У процесі дослідження історичного аспекту цього питання виявлено поетапність формування та становлення правових та організаційних засад вітчизняної системи регулювання в галузі інтелектуальної власності. Історія розвитку адміністративно-правового регулювання у сфері реалізації права інтелектуальної власності в Україні характеризується проєвропейським виміром, якому притаманні прогресивність, поступальність, бажання реформування з урахуванням передового світового досвіду, дискусійність щодо вибору системи управління та суперечливість законодавства. Євроінтеграційні процеси в країні, інтелектуалізація економіки, широке застосування об'єктів права інтелектуальної власності в усіх сферах суспільного життя вимагають комплексного підходу до вдосконалення регулювання правовідносин у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-е изд. Москва : Аванта +, 2001. 560 с.
2. Андрощук Г. Інтелектуальна власність: юридична форма – економічний зміст. *Юридична газета*. 2016. № 34-35 (532-533). URL: http://yur-gazeta.com/interview/intelektualna-vlasnist-yuridichna-forma-konomichniy-zmist.html
3. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге вид. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с.
4. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М.В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
5. Харитонова О.І. Одеська школа права інтелектуальної власності: початок формування та напрямки дослідження. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2010. Т. 9. С. 182–191. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2010_9_20.
6. Про Тимчасове положення про правову охорону об'єктів промислової власності та раціоналізаторських пропозицій в Україні : Указ Президента України від 18 вересня 1992 р. № 479/92. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/479/92#Text (дата звернення 14.08.2020).
7. Про затвердження Положення про Державне патентне відомство України : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 липня 1992 р. № 411. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-92-%D0%BF#Text (дата звернення 14.08.2020).
8. Про створення Державного агентства України з авторських і суміжних прав : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 березня 1992 р. № 154. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/154-92-%D0%BF#Text (дата звернення 14.08.2020).
9. Про доповідь Президента України «Про основні засади економічної та соціальної політики» : Постанова Верховної Ради України від 19 жовтня 1994 р. № 216/94-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/216/94-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 14.08.2020).
10. Про ратифікацію Угоди про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : Закон України від 10 листопада 1994 р. URL: https://zakon.rada. gov.ua/laws/show/237/94-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 14.08.2020).
11. Про зміни в системі центральних органів виконавчої влади України : Указ Президента України від 13 березня 1999 р. № 250. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/250/99#Text (дата звернення 14.08.2020).
12. Про зміни у структурі центральних органів виконавчої влади : Указ Президента України від 15 грудня 1999 р. № 1573/99. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1573/99#Text (дата звернення 14.08.2020).
13. Світова організація торгівлі (СОТ). *Офіційний вебсайт Міністерства закордонних справ України*. URL: https://mfa.gov.ua/mizhnarodni-vidnosini/ svitova-organizaciya-torgivli-sot (дата звернення 14.08.2020).
14. Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні : Указ Президента України від 27.04.2001 р. № 285/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285/2001#Text (дата звернення 14.08.2020).
15. Орлюк О.П. Освіта з інтелектуальної власності у системі вищої освіти України: проблеми та завдання. *Теорія і практика інтелектуальної власності.* 2019. № 6. С. 148–157.

16. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

17. Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав : Закон України від 15 травня 2018 р. № 2415-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 32. Ст. 242.

18. Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади державної системи правової охорони інтелектуальної власності : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 р. № 585. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/585-2016-%D0%BF#Text (дата звернення 14.08.2020).

19. Про схвалення Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 червня 2016 р. № 402-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/402-2016-%D1%80#n8 (дата звернення 14.08.2020).

20. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення національного органу інтелектуальної власності : Закон України від 16 червня 2020 р. № 703-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/703-20#Text (дата звернення 14.08.2020).

21. Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності : Указ Президента України від 29 вересня 2017 р. № 299/2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017#Text (дата звернення 14.08.2020).

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/69

ФЕНОМЕН НАСТАВНИЦТВА В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

MENTORING PHENOMENON IN THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE

Карпенко О.М., викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Зеленський Є.С., старший викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Наукова стаття присвячена актуальній для Національної поліції України темі дослідження феномена наставництва.

Під наставництвом в Національній поліції у статті запропоновано розуміти складову частину професійного навчання поліцейських, сутність якої полягає в набутті професійних знань, умінь та навичок щодо охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку безпосередньо під час виконання службових обов'язків на посаді.

Автор виділяє такі особливості феномена наставництва в Національній поліції України:

– наставництво – це вид професійного навчання поліцейських;

– метою наставництва є набуття професійних знань, умінь та навичок щодо охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку;

– навчання відбувається безпосередньо під час виконання службових обов'язків на обійманій поліцейським-стажером посаді;

– наставник – це досвідчений поліцейський, який виконує службові обов'язки на високому професійному рівні, володіє високими моральними якостями та достатніми педагогічними навичками;

– поліцейський, щодо якого встановлюється наставництво (стажер), – це особа, яка закінчила курси початкової професійної підготовки або вищий навчальний заклад зі специфічними умовами навчання та вперше призначена на посаду, або особа, яка переміщена на іншу посаду, якщо виконання нових посадових обов'язків потребує додаткових знань та практичних навичок.

Крім того, позицію щодо визнання наставництва видом професійного навчання поліцейського запропоновано закріпити на законодавчому рівні, реалізуючи один із запропонованих варіантів:

1) винесення наставництва в окремий вид професійного навчання: відповідно, треба доповнити Закон України «Про Національну поліцію» та прийняти Наказ МВС України «Про затвердження Положення про наставництво в Національній поліції України»;

2) зарахування наставництва до службової підготовки: доповнити Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України, що затверджене Наказом МВС України від 26.01.2016 р. № 50.

Ключові слова: наставництво, поліція, наставник, стажер, поліцейський, завдання.

The scientific article is devoted to the topic of research of the phenomenon of mentoring in the National Police of Ukraine, which is relevant for the National Police of Ukraine.

The mentoring of the National Police is the component of professional training of police officers, the essence of which is to acquire professional knowledge, skills and abilities to protect human rights and freedoms, combat crime, maintain public safety and order directly in the line of duty.

The author highlights the following features of the phenomenon of mentoring in the National Police of Ukraine:

– mentoring is a type of professional training of police officers;

– the purpose of mentoring is to acquire professional knowledge, skills and abilities to protect human rights and freedoms, combat crime, maintain public safety and order;

– training takes place directly during the performance of official duties in the position held by a police trainee;

– a mentor is an experienced police officer who performs duties at a high professional level, has high moral qualities and sufficient pedagogical skills$

– a police officer under mentorship (trainee) is a person who has completed initial training courses or a higher education institution with specific training conditions and has been appointed for the first time; or a person who has been transferred to another position if the performance of new job responsibilities requires additional knowledge and practical skills.

In addition, the position on the recognition of mentoring as a type of professional training of police officers is proposed to be enshrined in law, implementing one of the proposed options:

1) mentoring in a separate type of professional training: accordingly amend the Law of Ukraine "About the National Police" and adopt the Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine "On approval of the Regulations on mentoring in the National Police of Ukraine";

2) assignment of mentoring to in-service training: to supplement the Regulations on the organization of in-service training of employees of the National Police of Ukraine, approved by the Order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine dated 26.01.2016 № 50.

Key words: mentoring, police, mentor, trainee, police officer, task.

Актуальність теми. В умовах розбудови України як європейської держави одним з аспектів, які потребують удосконалення (а спроби цього досягти не залишені і дотепер), є компетентна сильна сучасна поліція, співробітники якої надають правоохоронні послуги населенню держави. Заходи, які сприяють реформуванню поліції, застосовуються регулярно керівництвом МВС України, Національної поліції України. Проте, на наш погляд, ключовим елементом якості роботи поліції загалом є якість роботи окремого поліцейського.

Постановка проблеми. Ми можемо перерахувати багато факторів, які впливають на якість роботи поліцейського, та виділяємо недостатність практичного досвіду в молодих фахівців, які щойно закінчили курси первинної професійної підготовки або вищий навчальний заклад зі специфічними умовами навчання. Для набуття практичного досвіду молодим фахівцям потрібен правильний приклад у роботі, який може продемонструвати досвідчений поліцейський, результати служби якого є високими. Саме феномену наставництва, який нині на законодавчому рівні відсутній в українській поліції, і присвячена ця наукова стаття.

Стан дослідження проблеми. Вітчизняні наукові дослідження, присвячені наставництву в органах внутрішніх справ, проводилися такими вченими, як Г. Андрєєва, О. Пархоменко-Куцевіл, К. Федорова, О. Чапаля, А. Чернігова, А. Юрченко та ін. Акцент у цих дослідженнях зроблено в основному на професійній та мотиваційній адаптації молодих співробітників вказаних органів. Реформування МВС України від 2014 р. внесло корективи в діяльність поліцейських, проте комплексних сучасних наукових досліджень, які б вивчали

феномен наставництва саме у Національній поліції України, проведено не було.

Тому **метою статті** є дослідження феномена наставництва в Національній поліції України.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб зрозуміти, що являє собою наставництво в Національній поліції, звернімося до енциклопедичних джерел. Так, відповідно до тлумачного словника української мови, «наставництво» – це діяльність, що полягає в поданні допомоги порадами, навчанням і т. ін. [1].

Законодавчого визначення терміна «наставництво в поліції» не надано, проте історія вітчизняної міліції свідчить, що наставництво завжди було в центрі уваги керівництва МВС України. У наказах, директивах, інших нормативних документах МВС України постійно акцентується на збереженні та розвитку принципу професійної спадкоємності, тобто передачі знань і досвіду молодим працівникам [2]. Після реформування міліції України в Національну поліцію України сам феномен наставництва перестав повноцінно функціонувати і тільки зараз починає відроджуватися шляхом запровадження окремих програм.

Наприклад, у патрульній поліції України вже понад рік стартував проєкт, зміст якого полягає у підготовці менторів зі складу діючих патрульних. Після навчання до патрульних автомобілів менторів направляють для отримання практичних навичок молодих фахівців, які щойно закінчили курси початкової підготовки. «Mentor» у перекладі з англійської означає «наставник».

Усі ментори пройшли підготовку, спрямовану на розвиток лідерських, педагогічних якостей від європейських та вітчизняних партнерів Національної поліції. Усі ментори отримали сертифікати. Під час проведення наставництва ментори та стажери заповнюють відповідну звітну документацію про реалізовані заходи, а ментори також дають оцінку діяльності стажерів. Та все ж це не повсякчасне явище, а скоріше ініціатива патрульної поліції, яка поки не знайшла нормативного закріплення.

Водночас варто зазначити, що нормативно встановлено, що наставництво в митних органах України є складовою частиною професійної підготовки особового складу митного органу, спеціалізованої митної установи, організації, однією з форм підвищення професійної майстерності кадрів, здобуття достатніх професійних знань, умінь, практичного досвіду для виконання завдань, поставлених перед митною службою України [3]. Тобто наставництво у цьому випадку є частиною обов'язкової професійної підготовки, а сутність його полягає в набутті саме професійних знань, умінь та навичок для виконання поставлених завдань.

Проводячи паралелі між наставництвом у митних органах України та наставництвом у Національній поліції, можна зробити висновок, що якщо наставництво є діяльністю щодо набуття знань, умінь та навичок, то можна говорити, що наставництво можна вважати видом професійного навчання поліцейського. У цьому випадку наставник передає свій досвід молодому фахівцеві, який стає більш компетентним.

Якщо поліцейського призначено наставником, він має по-іншому ставитися до своїх діянь, оскільки відтепер він відповідає не тільки за себе, а й за підопічного, який має брати з наставника приклад. Така відповідальність вимірюється моральними категоріями та результатами службової діяльності. Виховуючи підопічного, наставник має володіти не тільки високими професійними якостями, але й високими організаційними здібностями, знаннями у сфері психології та педагогіки.

Позицію щодо визнання наставництва видом професійного навчання поліцейського пропонуємо закріпити на законодавчому рівні. Для цього пропонуємо два шляхи вирішення питання.

Перший шлях передбачає винесення наставництва в окремий вид професійного навчання. Відповідно, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про Національну поліцію» [4] і доповнити ст. 72 «Професійне навчання поліцейських» пунктом 5 «наставництво». Крім того, пропонуємо також доповнити Закон України «Про Національну поліцію» ст. 75-1 «Наставництво», в якій дати визначення та загальну характеристику цьому виду професійного навчання поліцейських.

Вважаємо доречним доповнити наявні нормативно-правові акти МВС України окремим Наказом МВС України «Про затвердження Положення про наставництво в Національній поліції України», в якому детально описати дане явище. Пропонуємо виділити такі розділи Положення: загальні положення; завдання наставництва; організація наставництва; вимоги до наставників, їхні права та обов'язки; порядок призначення наставників та припинення наставництва; права та обов'язки стажерів; критерії оцінювання результатів наставництва; контроль за виконанням наставництва.

Другий шлях передбачає зарахування наставництва до службової підготовки. Відповідно, пропонуємо внести зміни до Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України, що затверджене Наказом МВС України від 26.01.2016 р. № 50 [5], зокрема пункт 6 Положення доповнити таким видом службової підготовки, як наставництво, давши йому визначення, а також доповнити Положення окремими розділами, в яких дати характеристику порядку проведення наставництву та порядку його оцінювання.

Зважаючи на вищесказане та зміст діяльності Національної поліції України, визначений у нормах Закону України «Про Національну поліцію» [4], «наставництво в Національній поліції» пропонуємо визначити як складник професійного навчання поліцейських, сутність якого полягає в набутті професійних знань, умінь та навичок щодо охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку безпосередньо під час виконання службових обов'язків на посаді. Це визначення якраз і пропонуємо закріпити на правовому рівні.

Варто також зауважити, що зміст наставництва не має обмежуватися лише передачею професійних знань, умінь та навичок. Наставник – це приклад, який має наслідувати стажер. Це стосується особистих, морально-вольових якостей, громадянської та життєвої позиції, усвідомленого ставлення до службових обов'язків, тощо. Також завданням наставника має стати допомога в адаптації стажера до умов несення служби.

Отже, на наш погляд, завданнями наставника в поліції мають стати:

1) оптимізація процесу формування та розвитку професійних знань, умінь та навичок поліцейських, щодо яких відбувається наставництво;

2) надання допомоги в адаптації поліцейського до умов та особливостей несення служби;

3) виховання професійно значущих особистих якостей поліцейського;

4) сприяння відпрацювання навичок службової поведінки поліцейського відповідно до поліцейського етикету, правил поведінки та стандартів;

5) формування активної громадянської та життєвої позиції, розвиток відповідального та усвідомленого ставлення до службових обов'язків;

6) навчання поліцейського вимог нормативно-правових актів щодо виконання службових обов'язків;

7) реалізація заходів щодо недопущення ранньої професійної деформації особистості поліцейського;

8) надання моральної та психологічної підтримки поліцейському в подоланні професійних труднощів, що виникають під час виконання службових обов'язків;

9) розвиток у поліцейського зацікавленості у службовій діяльності і закріплення на службі в поліції.

Запропоноване нами визначення наставництва та завдань наставника в Національній поліції України навмисне не акцентує на тому, що наставництво застосовується лише до молодих фахівців, оскільки, на наш погляд, феномен наставництва має встановлюватися до таких категорій осіб:

– особи, які закінчили курси початкової професійної підготовки або вищий навчальний заклад зі специфічними умовами навчання та вперше призначені на посаду;

– особи, які переміщені на іншу посаду, якщо виконання нових посадових обов'язків потребує додаткових знань та практичних навичок.

Тобто, якщо дільничний офіцер поліції виявить бажання перевестися на посаду слідчого, то за ним має бути закріплений наставник, незалежно від стажу роботи на посаді дільничного офіцера поліції.

Висновок. Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що наставництво – це важливий елемент навчання та виховання поліцейського, спрямований на формування професіонала, фахівця своєї справи, який володіє високими моральними та духовними якостями.

Пропонуємо виділити такі особливості феномена наставництва в Національній поліції України, які в разі запровадження мають бути йому притаманні:

– наставництво – це вид професійного навчання поліцейських;

– метою наставництва є набуття професійних знань, умінь та навичок щодо охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку;

– навчання відбувається безпосередньо під час виконання службових обов'язків на обійманій поліцейськимстажером посаді;

– наставник – це досвідчений поліцейський, який виконує службові обов'язки на високому професійному рівні, володіє високими моральними якостями та достатніми педагогічними навичками;

– поліцейський, щодо якого встановлюється наставництво (стажер), – це особа, яка закінчила курси початкової професійної підготовки або вищий навчальний заклад зі специфічними умовами навчання та вперше призначена на посаду, або особа, яка переміщена на іншу посаду, якщо виконання нових посадових обов'язків потребує додаткових знань та практичних навичок.

Запровадження феномена наставництва в Україні сприятиме швидшому формуванню професійних якостей поліцейських, підвищенню стійкості поліцейських до труднощів несення служби, подоланню явища плинності кадрів у поліції, яке спостерігається нині, підвищенню рівня довіри населення до поліції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Словник української мови: в 11 томах. Том 11, 1980. С. 697. URL: http://sum.in.ua/s/nastavnyctvo.

2. Лаврик Ю.В. Наставництво серед працівників ОВС як один із методів підвищення рівня підготовки правоохоронця. *Право і безпека*. 2006. № 5'2. С. 160–163.

3. Про затвердження Положення про наставництво в митній службі України : Наказ Державної митної служби України від 01.03.2011 р. № 144. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0144342-11.

4. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19.

5. Про затвердження Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України : Наказ МВС України від 26.01.2016 № 50. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0260-16#Text

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/70

ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ТА ВИРІШЕННЯ МИТНИХ СПОРІВ

THE PECULIARITIES OF APPLICATION OF ADMINISTRATIVE JUSTICE PRINCIPLES DURING CONSIDERATION OF CUSTOMS DISPUTES

Клименко Ю.Ю., аспірантка кафедри адміністративного та митного права
Університет митної справи та фінансів

У межах дослідження визначено поняття митного спору як різновиду публічно-правових спорів та окреслено його характерні ознаки: учасники є носіями митних прав та обов'язків, які передбачені нормами митного законодавства; суб'єктами митного спору є митні органи або їх посадові особи та фізичні або юридичні особи; предметом спору є рішення, дії або бездіяльність митних органів або їх посадових осіб; підставою виникнення спору є порушення митними органами прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб.

З'ясовано зміст основних принципів адміністративного судочинства (основні ідеї, базові положення, на яких ґрунтується здійснення адміністративного процесу) та особливостей їх реалізації адміністративними судами під час розгляду та вирішення митних спорів.

Розкрито зміст принципу верховенства права на підставі аналізу Доповіді щодо верховенства права Венеціанської комісії та його співвідношення із принципом законності, який виключено з теперішньої редакції Кодексу адміністративного судочинства України.

Висвітлено сутність та особливості застосування принципів змагальності, диспозитивності та офіційного з'ясування усіх обставин справи, а також досліджено питання їх кореляції, яка полягає в тому, що принцип офіційного з'ясування обставин у справі обмежує певним чином реалізацію принципів змагальності (суд вживає передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, зокрема щодо виявлення та витребування доказів із власної ініціативи) та диспозитивності (суд може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, інтересів фізичних та юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень).

Також автором розглянуто сутність та особливості застосування принципів рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, гласності і відкритості адміністративного процесу та його повного фіксування технічними засобами.

Ключові слова: принципи адміністративного судочинства, митний спір, публічно-правовий спір, верховенство права.

The research has installed the definition of customs dispute as a type of public law disputes and outlined its characteristics: parties are holders of customs rights and obligations under customs legislation; the subjects of the customs dispute are the customs authorities or their officials and individuals or entities; the subject of the dispute is the decision, action or inaction of the customs authorities or their officials; the basis for the dispute is the customs authorities' violation of the rights, freedoms and interests of individuals, the rights and interests of entities.

It is determined the essence of the basic administrative justice principles (basic ideas, basic provisions on which the implementation of the administrative process is based) and the peculiarities of their implementation by administrative courts during consideration of customs disputes.

The article discloses the rule of law principle by analysis of the Venice Commission's Report on the rule of law and its correlation with the principle of legality, which is excluded from the current version of the Code of Administrative Procedure of Ukraine.

The essence and peculiarities of the application of the principles of adversarial proceedings, official clarification of all the case's circumstances, dispositive principle are highlighted, as well as the question of their correlation. The principle of official clarification of all the case's circumstances limits in some way the implementation of the principle of adversarial proceedings (the court takes statutory measures necessary to clarify all the case's circumstances, including identifying and requesting evidence on its own initiative) and dispositive principle (the court can go beyond the claims, if it's necessary for the effective protection of the rights, interests of individuals and entities from the authorities' violations).

The author also considers the essence and peculiarities of the application of the principles of equality of the parties, publicity and openness of the administrative process and its full fixation by technical means.

Key words: administrative justice principles, customs dispute, public law dispute, rule of law.

Вступ. Завданням адміністративного судочинства, як визначено у частині першій статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС) [1], є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин із метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку суб'єктів владних повноважень.

Ефективність механізму судового захисту є одним із визначальних чинників належного функціонування правової держави та ключовим маркером, що характеризує стан відповідності здійснення правосуддя в Україні європейським стандартам.

Організація та здійснення адміністративного судочинства базується на принципах, які закріплені у частині третій статті 2 КАС та встановлюють єдині правила поведінки для всіх суб'єктів адміністративно-процесуальних правовідносин. Адміністративно-процесуальні принципи можна визначити як основні, керівні ідеї, базові положення, на яких ґрунтується адміністративно-процесуальна діяльність уповноважених на те суб'єктів щодо розгляду і вирішення індивідуально-конкретних адміністративних справ у сфері публічного управління [2, с. 16]. Основні принципи адміністративного процесу поширюються на всі види адміністративних проваджень, які в сукупності формують структуру адміністративного процесу.

Різновидом публічно-правових спорів є митні спори, кількість яких нині залишається значною, що зумовлено численними оскарженнями з боку фізичних та юридичних осіб рішень, дій та бездіяльності митних органів. Використання закріплених у КАС принципів адміністративного судочинства, зокрема під час судового розгляду митних спорів, та їх гармонійне втілення в судовому процесі надають якості правосуддя і є ціннісними орієнтирами для надання тлумачення правилам адміністративного судочинства під час їх застосування з метою забезпечення ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень із боку митних органів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з визначенням сутності та змісту принципів адміністративного судочинства, були предметом дослідження багатьох вітчизняних учених, зокрема В.Б. Авер'янова, В.М. Бевзенка, С.В. Ківалова, А.М. Колодія, А.Т. Комзюка, О.В. Кузьменко, Р.О. Куйбіди, Є.В. Курінного, М.Д. Кухар, Р.С. Мельника, О.М. Пасенюка, Н.В. Шевцової. Незва-

жаючи на значну кількість наукових праць, присвячених змісту основних засад адміністративного судочинства, інтерес та наукову новизну становлять питання особливостей застосування принципів адміністративного судочинства під час судового розгляду та вирішення митних спорів як різновиду публічно-правових спорів.

Мета статті полягає в з'ясуванні змісту основних принципів адміністративного судочинства та особливостей їх реалізації адміністративними судами під час розгляду та вирішення митних спорів.

Виклад основного матеріалу. В юридичній літературі склалася думка, що митний спір є різновидом публічно-правового спору. Це зумовлено тим, що такий спір виникає в процесі реалізації публічно-правових відносин.

Відповідно до статті 4 КАС публічно-правовий спір – це спір, в якому: хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень і спір виник у зв'язку із виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій; хоча б одна сторона надає адміністративні послуги на підставі законодавства, яке уповноважує або зобов'язує надавати такі послуги виключно суб'єкта владних повноважень і спір виник у зв'язку з наданням або ненаданням такою стороною зазначених послуг; хоча б одна сторона є суб'єктом виборчого процесу або процесу референдуму і спір виник у зв'язку з порушенням її прав у такому процесі з боку суб'єкта владних повноважень або іншої особи.

Закріплення в КАС поняття «публічно-правовий спір» як основної правової категорії, що визначає предмет судового розгляду під час здійснення адміністративного судочинства, встановлює сферу функціонування адміністративного судочинства, його мету і спрямованість на захист прав, свобод та інтересів громадян у публічно-правових відносинах. Категорія «публічно-правовий спір», передусім, визначає специфіку адміністративного судочинства і відмежовує її від інших засобів (способів, форм) захисту прав і свобод людини і громадянина [3, с. 14].

Визначаючи зміст поняття «митний спір», варто враховувати, що передумовою його виникнення є митні правовідносини. За своїм змістом митні правовідносини засновані на принципах владності і підпорядкування і мають публічно-правовий характер. Така ознака зумовлена характером повноважень митних органів, а також тим, що в їхній діяльності переважають державні, а не приватні інтереси. У зв'язку з цим митні правовідносини варто вважати різновидом, насамперед, публічних, і їм притаманні риси останніх [4, с. 144].

На думку І.О. Панова, митні правовідносини – це врегульовані нормами різних галузей права суспільні відносини, в яких суб'єкти взаємопов'язані та взаємодіють шляхом здійснення суб'єктивних прав і обов'язків у сфері митної справи [5, с. 13].

З огляду на вищевикладене є підстави стверджувати, що митний спір виникає винятково з митних правовідносин, тобто їх учасники є носіями митних прав та обов'язків, які передбачені нормами митного законодавства; суб'єктами митного спору є митні органи або їх посадові особи як суб'єкти владних повноважень та фізичні або юридичні особи; предметом спору є рішення, дії або бездіяльність митних органів або їх посадових осіб; підставою виникнення спору є порушення митними органами прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб.

Основу судової діяльності у сфері розгляду і вирішення митних спорів як різновиду публічно-правових спорів становлять принципи адміністративного судочинства, які закріплені в частині третій статті 2 КАС: 1) верховенство права; 2) рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; 3) гласність і відкритість судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; 4) змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі; 5) обов'язковість судового рішення; 6) забезпечення права на апеляційний перегляд справи; 7) забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у випадках, визначених законом; 8) розумність строків розгляду справи судом; 9) неприпустимість зловживання процесуальними правами; 10) відшкодування судових витрат фізичних та юридичних осіб, на користь яких ухвалене судове рішення.

Як зазначає Н.В. Шевцова, за своєю сутністю принципи адміністративного судочинства є абстрактними правилами, які спрямовані на забезпечення справедливого розгляду й вирішення адміністративних справ та реалізуються в нормах КАС. Втілення принципів у судочинство забезпечує його якість, а також законність та обґрунтованість судових рішень. Принципи адміністративного судочинства також є інструментом, за допомогою якого усуваються прогалини в правових нормах, та орієнтиром для тлумачення норм законодавства про адміністративне судочинство. Саме за допомогою принципів, шляхом втілення їх у судочинство адміністративні суди здатні виконувати покладений на них обов'язок щодо захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень із боку суб'єктів владних повноважень [6, с. 73].

Принципи адміністративного судочинства, на думку М.Д. Кухар, мають характерні ознаки: 1) ідейна спрямованість; 2) нормативність; 3) демократичність; 4) дієвість; 5) спрямованість на необхідність надання адміністративному судочинству якості справедливого правосуддя в адміністративних справах; 6) поєднання системності та автономності [7, с. 9].

У переліку принципів адміністративного судочинства традиційно перше місце займає принцип верховенства права, навколо якого серед науковців точаться дискусії.

Зміст цього принципу розкрито у статті 6 КАС: суд у процесі вирішення справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. При цьому гарантується звернення до адміністративного суду для захисту прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції. Ще однією складовою частиною цього принципу є заборона відмови в розгляді та вирішенні адміністративної справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини.

Слід зазначити, що як у вітчизняній, так і в міжнародній юридичній літературі відсутнє визначення принципу верховенства права. Не надано визначення цього принципу і Європейським судом із прав людини у своїх рішеннях.

З метою усунення цієї прогалини, а також надання допомоги національним та міжнародним судам у процесі тлумачення та застосування цієї основоположної цінності в березні 2011 року Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) затвердила Доповідь щодо верховенства права, в якій виклала своє розуміння принципу верховенства права через визначення його основних елементів, серед яких: a) законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права; b) юридична визначеність; c) заборона свавілля; d) доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; e) дотримання прав людини; f) заборона дискримінації та рівність перед законом [8, с. 177].

З наведеного видається, що законність посідає перше місце серед складників принципу верховенства права. На нашу думку, саме таким підходом керувався законодавець, виключивши з КАС (у редакції, яка набула чинності 15 грудня 2017 року) принцип законності. Однак О.В. Ско-

чиляс-Павлів не поділяє такої думки та вважає, що цей принцип не був виключений із КАС, оскільки подальший аналіз статей Кодексу свідчить про те, що стаття 7 «Джерела права, які застосовуються судом», по суті, містить опис принципу законності [9, с. 85].

Особливість застосування принципу верховенства права (основним елементом якого є законність) під час розгляду митних спорів, на нашу думку, полягає, зокрема, в тому, що адміністративний суд має правильно застосовувати норми матеріального права до конкретних митних правовідносин, а також здійснювати правосуддя з додержанням норм процесуального права з метою ухвалення законного та обґрунтованого рішення у справі. Реалізація цього принципу передбачає забезпечення неухильного дотримання адміністративним судом прав і свобод учасників судового процесу. Правильне застосування принципу верховенства права дозволить прийняти правосудне судове рішення, ефективно захистити права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб від порушень із боку митних органів – суб'єктів владних повноважень.

Щодо принципу рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, то варто зазначити, що він означає рівні можливості для здійснення учасниками своїх процесуальних прав та виконання обов'язків. Забезпечення рівності сторін перед законом втілюється в повноваженні адміністративних судів створювати у необхідних випадках умови для реалізації всіма сторонами їхніх процесуальних прав та обов'язків. Іншими словами, така рівність процесуальних повноважень учасників митного спору покладає на адміністративний суд обов'язок не надавати якихось переваг будь-кому з учасників судового процесу. Цей принцип також зобов'язує суд вживати всіх визначених законом заходів для всебічного, повного і об'єктивного дослідження обставин митного спору.

Особливе значення під час розгляду та вирішення митних спорів мають принципи змагальності сторін, диспозитивності та офіційного з'ясування всіх обставин у справі.

Так, одним із важливих проявів реалізації рівних можливостей у судовому адміністративному процесі є принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі, тобто об'єктивного дослідження обставин справи з боку суду. Суть зазначеного принципу визначається можливістю адміністративного суду за власною ініціативою витребувати необхідні докази, дослідити та встановити істинність усіх необхідних для з'ясування фактичних обставин справи для прийняття рішення.

Вчені наголошують, що значення принципу офіційного з'ясування всіх обставин справи виявляється у тому, що він: 1) забезпечує дотримання законності під час розгляду та вирішення публічно-правового спору по суті, надає однакові правові можливості і позивачеві, і відповідачеві відстояти свої законні права та інтереси; 2) цей принцип «урівнює» правові можливості в адміністративному процесі позивача, який намагається захистити свої порушені чи невизнані права, інтереси, з правовими можливостями відповідача, котрий первісно наділений значним потенціалом (фінанси, корпус юристів, час, доступ до законодавства), аби довести свою правоту чи відстояти свої інтереси в адміністративному суді [10, с. 101].

Аналіз судової практики Верховного Суду з розгляду митних спорів свідчить про те, що судами першої та апеляційної інстанцій доволі часто порушується принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі, що є підставою для направлення справи на новий розгляд. Так, у постанові Верховного Суду від 22 жовтня 2020 року у справі № 320/2455/19 зазначено: «*Принцип всебічного, повного та об'єктивного дослідження доказів судом при розгляді адміністративної справи передбачає, зокрема, всебічну перевірку доводів сторін, на які вони посилаються на підтвердження своїх позовних вимог чи заперечень на позов. Суд акцентує увагу на тому, що надання судом оцінки всім важливим аргументам, що були передумовою прийняття суб`єктом владних повноважень відповідного індивідуального акта, який є предметом судового контролю, є визначеною процесуальним законом гарантією справедливого судового розгляду, одним з елементів якого є мотивована оцінка кожного аргументу, наведеного учасниками справи, щодо наявності чи відсутності підстав для задоволення позову. З урахуванням наведеного, Суд вважає, що у даній справі має місце неповне дослідження обставин, що мають значення для вирішення спору, оскільки судами не враховано всіх зазначених Позивачем обставин, якими він під час судового процесу обґрунтовував протиправність оскаржуваного індивідуального акта*» [11].

Своєю чергою принцип диспозитивності полягає в змозі учасників митного спору вільно розпоряджатися визначеними КАС процесуальними правами та обов'язками, а суд має сприяти їм у реалізації цих прав і здійснювати контроль за законністю їхніх дій. Такий висновок ґрунтується на наявних у наукових джерелах підходах до визначення принципу диспозитивності. Наприклад, С.В. Потапенко вважає, що ця засада закріплює власну правову можливість та зобов'язання діяти відповідним чином заінтересованих осіб, які беруть участь в адміністративній справі, розпоряджатися (в межах дозволеного законом і в установленому процесуальному порядку), разом з активною допомогою адміністративного суду, матеріальними правами щодо предмета публічно-правового спору і процесуальними засобами захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів [12, с. 78].

Водночас принцип диспозитивності передбачає право судді, який розглядає митний спір, вийти за межі вимог адміністративного позову, якщо це необхідно для ефективного захисту прав позивача від порушень із боку митних органів (суб'єктів владних повноважень). Тобто диспозитивність в адміністративному судочинстві певним чином обмежена і підконтрольна суду, що зумовлено специфікою публічно-правових відносин.

На окрему увагу заслуговує також принцип змагальності. Частиною першою статті 9 КАС визначено, що розгляд і вирішення справ в адміністративних судах здійснюються на засадах змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. Тобто зазначений принцип реалізується в процесі доказування.

Особливість застосування принципу змагальності під час розгляду митних спорів полягає в тому, що тягар доказування правомірності своїх рішень, дій чи бездіяльності покладається на митний орган з огляду на закріплену в частині другій статті 77 КАС презумпцію вини суб'єкта владних повноважень. При цьому особливістю предмета доказування під час розгляду і вирішення митних спорів є обставини, за яких приймалося рішення митного органу, вчинялися дії чи проявлялася бездіяльність.

Враховуючи вищенаведені особливості застосування принципів змагальності, диспозитивності та офіційного з'ясування всіх обставин у справі, вважаємо за необхідне звернути увагу на кореляцію цих принципів, яка полягає в тому, що принцип офіційного з'ясування обставин у справі обмежує певним чином реалізацію принципів змагальності та диспозитивності. Так, з одного боку, розгляд і вирішення митних спорів здійснюються на засадах змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості, з іншого – суд вживає передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, зокрема щодо виявлення та витребування доказів із власної ініціативи. Щодо взаємодії принципів офіційності та диспозитивності, то вона простежується, зокрема, в тому, що суд може вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод, інтересів людини

і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень із боку суб'єктів владних повноважень (частина друга статті 9 КАС), або суд не приймає відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем і не визнає умов примирення сторін, якщо ці дії суперечать закону або порушують чиї-небудь права, свободи чи інтереси (частина шоста статті 47 КАС).

Принцип гласності і відкритості адміністративного процесу та його повного фіксування технічними засобами також має суттєве значення під час розгляду митних спорів. Зокрема, реалізація цього принципу забезпечує безперешкодне право учасників митного спору на отримання в адміністративному суді як усної, так і письмової інформації щодо результатів розгляду справи, на ознайомлення з матеріалами адміністративної справи та отримання з них витягів, на знімання копій із документів, долучених до справи, на одержання копій судових рішень. Крім того, вказаним особам надано право знати дату, час та місце розгляду своєї адміністративної справи та ухвалені в ній судові рішення.

Висновки. Митні спори є різновидом публічно-правових спорів, тому їх судовий розгляд здійснюється із застосуванням принципів адміністративного судочинства, визначених у частині третій статті 2 КАС. Очевидним є те, що належне вирішення митних спорів неможливе без розуміння змісту та особливостей застосування принципів адміністративного судочинства, їх взаємодії та співвідношення. Так, правильне застосування принципів надає судочинству якостей справедливого правосуддя в митних спорах, і, навпаки, недотримання принципів адміністративного судочинства під час судового розгляду цих справ тягне за собою незаконність і подальше скасування судових рішень.

Таким чином, принципи адміністративного судочинства є абстрактними правилами поведінки, спрямованими на забезпечення справедливого розгляду і вирішення митних спорів, які реалізуються в нормах КАС, а також виступають інструментом, за допомогою якого усуваються прогалини в правових нормах, та орієнтиром для тлумачення норм законодавства про адміністративне судочинство.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кодекс адміністративного судочинства України станом на 15 серпня 2020 року / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 2747-15#Text (дата звернення 16 листопада 2020 року).

2. Гончарук С.Т. Адміністративний процес : навч. посібник. Київ : НАУ, 2012. 186 с.

3. Хлібороб Н.Є. Публічно-правовий спір як предмет юрисдикційної діяльності адміністративного суду : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Львів, 2012. 22 с.

4. Оніщик Ю.В. Митні правовідносини: поняття, ознаки, види. *Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право)*. 2012. № 1 (56). С. 142–147.

5. Панов І.О. Митні правовідносини як вид правових відносин. *Право і Безпека*. 2009. № 2. С. 11–16.

6. Шевцова Н.В. Застосування принципів диспозитивності та офіційності в адміністративному судочинстві. *Право і Безпека*. 2009. № 4. С. 72–75.

7. Кухар М.Д. Змагальність як принцип адміністративного судочинства України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Херсон, 2014. 20 с.

8. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія): Верховенство права. Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні, Венеція, 25–26 березня 2011 р. Страсбург, 4 квітня 2011 р. Доповідь № 512/2009. *Право України*. 2011. № 10. С. 168–184.

9. Скочиляс-Павлів О.В. Принципи адміністративного судочинства за оновленим Кодексом адміністративного судочинства України. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. № 17. С. 84–89.

10. Комзюк А.Т., Бевзенко В.М., Мельник Р.С. Адміністративний процес України : навч. посібник. Київ : Прецедент, 2007. 531 с.

11. Постанова Верховного Суду від 22 жовтня 2020 року у справі № 320/2455/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92385238 (дата звернення 16 листопада 2020 року).

12. Потапенко С.В. Диспозитивність як принцип адміністративного процесу України : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2010. 229 с.

УДК 351.74
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/71

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПОЛІЦІЇ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ МАСОВИХ ЗАХОДІВ

FEATURES OF IMPLEMENTATION OF ADMINISTRATIVE ACTIVITIES OF THE POLICE DURING MASS EVENTS

Ковтун М.С., к.ю.н., доцентка,
доцентка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Іванюк А.О., студентка II курсу
Інститут прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено питанням, що стосуються особливостей здійснення адміністративної діяльності поліції під час проведення масових заходів. Згідно з Конституцією України (ст. 3), людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Це положення значною мірою спрямовує діяльність держави та її органів на забезпечення стабільних суспільних відносин, захисту прав, свобод та інтересів людини та вимагає ефективної роботи правоохоронних органів, у тому числі органів Національної поліції. Як центральний орган виконавчої влади Національна поліція здійснює виконання обов'язків у сфері охорони публічної безпеки і порядку, боротьби зі злочинністю та попередження правопорушень, а також створення умов для реалізації приватними особами своїх прав і законних інтересів. Нині масові заходи є досить поширеним явищем та стосуються майже усіх сфер життя – вони охоплюють економіку, політику, культуру. Незважаючи на те, що значна їх кількість спрямована на реалізацію громадянами своїх прав, під час їх проведення часто вчинюються правопорушення, які за певних обставин можуть перерости в злочини – групові порушення громадського порядку та масові безпорядки. Охорона публічного порядку під час проведення громадсько-політичних заходів меншою мірою пов'язана з впливом на індивідуальну поведінку і передбачає, перш за все, впорядкування групового спілкування. З цією метою забезпечується збір, розташування і пересування учасників заходу, вживаються заходи стосовно попередження їх неорганізованого скупчення в окремих місцях, тобто відбувається впорядкування потоків громадян та їхньої поведінки. Вивчення матеріалів надзвичайних подій, які мали місце під час проведення масових заходів, свідчить про те, що відсутність необхідного організаційного забезпечення призводить до тяжких наслідків, часто з людськими жертвами. Тому проведення будь-яких масових заходів має контролюватись правоохоронними органами. Особливого значення таке регулювання набуло в період пандемії, викликаної інфекційним захворюванням COVID-2019.

Ключові слова: адміністративна діяльність, Національна поліція, масові заходи, Кодекс поведінки посадових осіб при підтриманні правопорядку, превентивні заходи та заходи примусу.

The article is devoted to issues related to the specifics of the implementation of administrative activities of the police during mass events. According to the Constitution of Ukraine (Article 3), a person, his life and health, honor and dignity, inviolability and security are recognized in Ukraine as the highest social value. This provision largely directs the activities of the state and its bodies to ensure stable public relations, protect human rights, freedoms and interests, and requires effective work of law enforcement agencies, including the National Police. As the central executive authority, the National Police performs its duties in the field of protecting public safety and order, fighting crime and preventing offenses, as well as creating conditions for individuals to exercise their rights and legitimate interests. Today, mass events are quite common and affect almost all spheres of life – they cover the economy, politics, and culture. Despite the fact that a significant number of them are aimed at the exercise of citizens' rights, during their implementation, offenses are often committed, which under certain circumstances can develop into Crimes – Group violations of Public Order and mass riots. The protection of public order in the conduct of socio-political events is less related to the impact on individual behavior and implies, first of all, the ordering of Group Communication. For this purpose, the collection, location and movement of participants of the event is ensured, measures are taken to prevent their unorganized accumulation in certain places, that is, the flow of citizens and their behavior is regulated. The study of materials of emergency events that took place during mass events indicates that the lack of the necessary organizational support for them leads to serious consequences, very often with human casualties. Therefore, the holding of any mass events should be controlled by law enforcement agencies. Such regulation has become particularly important during the pandemic caused by the infectious disease COVID-2019.

Key words: administrative activities, National Police, mass events, Code of Conduct for Law Enforcement Officials, preventive and coercive measures.

Актуальність дослідження. Головною передумовою становлення України як правової держави є вироблення та впровадження дієвого механізму з урахуванням відповідних європейських стандартів дотримання принципу верховенства права в діяльності органів Національної поліції, забезпечення прав і свобод громадян, підтримання належного стану законності та правопорядку, особливо в разі застосування поліцією примусових заходів під час проведення різноманітних масових заходів. Особливої актуальності вказане питання набуває у зв'язку із додатковими обмеженнями, пов'язаними із запровадженням карантинних заходів в умовах пандемії, викликаної гострою респіраторною хворобою COVID-19.

Метою дослідження є розкриття сутності адміністративної діяльності органів Національної поліції під час проведення масових заходів, формулювання пропозицій щодо її вдосконалення з огляду на аналіз чинного законодавства України й опрацювання теоретичних положень.

Стан дослідження. Проблемам адміністративної діяльності органів Національної поліції приділяли увагу науковці різних галузей знань. Серед робіт вчених-юристів, які займалися дослідженням цієї проблематики, можна виділити роботи А.М. Бандурки, О.І. Безпалової, В.Я. Настюка, В.І. Олефіра, В.В. Сокуренка, Н.М. Тищенка, В.Г. Фатхутдінова, А.М. Школика. Усі вказані автори зробили вагомий внесок у розробку цієї проблематики, однак питання адміністративної діяльності органів Національної поліції під час проведення масових заходів потребують більш докладного вивчення.

Вивчення особливостей організації діяльності органів Національної поліції щодо забезпечення публічної безпеки та порядку під час проведення масових заходів потребує з'ясування теоретичного підґрунтя цього явища.

Адміністративною діяльністю Національної поліції є виконавчо-розпорядча, підзаконна, державно-владна діяльність із забезпечення адміністративно-правовими засобами публічної безпеки і порядку, попередження й припинення злочинів та інших правопорушень, надання публічних послуг фізичним та юридичним особам. Така діяльність поліції провадиться на основі норм адміністративного права та є найбільш значною й великою за обсягом, до її реалізації задіяна більшість працівників.

Серед характерних рис адміністративної діяльності поліції можна виокремити такі:

1) виконавчо-розпорядчий характер. Адміністративна діяльність охоплює два взаємопов'язані напрями, а саме: виконавчу і розпорядчу діяльність. На поліцію покладено обов'язок реалізовувати (виконувати) рішення, які приймаються законодавчою владою у сфері публічного порядку. Здійснення цієї функції виконання неможливе без прийняття конкретних управлінських рішень із питань забезпечення публічної безпеки і порядку і контролю за їх виконанням;

2) підзаконність. Усі дії працівників поліції мають ґрунтуватись на положеннях Конституції України, законів України та підзаконних актів, сприяти точному та неухильному їх виконанню, здійснюватися в межах і порядку, визначеному чинним українським законодавством. Адміністративні акти (накази, інструкції, протоколи та постанови в справах про адміністративні правопорушення, приписи) також мають ґрунтуватись на нормах права;

3) державно-владний характер. Працівники поліції діють від імені держави, використовуючи владні повноваження в межах компетенції, що визначена законодавством України. Поліцейські в процесі виконання службових обов'язків із забезпечення публічної безпеки і порядку та боротьби із злочинністю виступають представниками влади та безпосередньо застосовують заходи примусу (адміністративне затримання, доставлення правопорушника до органу поліції, фізичну силу, спеціальні засоби, вогнепальну зброю, деякі види адміністративних стягнень тощо);

4) підпорядкованість та підконтрольність. Підпорядкованість дає змогу гарантувати втілення в життя державної політики у сфері правопорядку та боротьби із злочинністю завдяки чіткій субординації та ієрархії. Підконтрольність із боку державних органів та громадських організацій дає змогу мінімізувати порушення прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб під час здійснення заходів із забезпечення публічної безпеки і порядку;

5) правозастосування в процесі адміністративної діяльності пов'язане переважно не із правопорушеннями, а з організацією втілення правових норм у життя, вирішенням численних організаційних питань, що виникають у процесі правомірної поведінки громадян, діяльності підприємств, установ, організацій (реєстрація автотранспортних засобів, організація дорожнього руху, забезпечення правил дозвільної системи, профілактична робота тощо) [1, с. 6].

Адміністративна діяльність органів поліції України регулюється за допомогою численних нормативно-правових актів, серед яких: закони України «Про Національну поліцію», «Про особливості забезпечення громадського порядку та громадської безпеки у зв'язку з підготовкою та проведенням футбольних матчів», «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону», Кодекс України про адміністративні правопорушення (КУпАП), постанова Кабінету Міністрів України «Про порядок підготовки спортивних споруд та інших спеціально відведених місць для проведення масових спортивних та культурно-видовищних заходів», наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про військові частини і підрозділи з охорони громадського порядку Національної гвардії України».

З'ясовуючи зміст поняття «масові заходи», необхідно зауважити, що єдиного законодавчого визначення до цього часу не вироблено. Ця обставина обтяжує можливість розкрити характерні риси цього поняття та відмежувати його від інших явищ суспільного життя, пов'язаних зі скупченням людей. Дефініції, наведені в наукових працях окремих дослідників періоду СРСР, ототожнювались із характеристикою окремих видів масових заходів, як правило, громадсько-політичних.

Щодо сучасної практики європейських держав, то як приклад можна навести визначення масового заходу, що міститься в Законі Угорської Республіки «Про забезпечення безпеки масових заходів» від 22 серпня 1997 року. Так, у ст. 3 Закону зазначається: «масовий захід» – це спортивний, театральний або розважальний захід, на якому можуть бути присутні, – якщо йдеться про стадіон, інший об'єкт, що не є будинком, або територію, на якій є змога провести масовий захід, – не менш ніж 1000 осіб, а якщо йдеться про спортивну залу або інший будинок, що уможливлює проведення масового заходу, – не менш як 300 осіб.

Офіційне визначення поняття масових заходів з'явилось у Наказі Міністерства внутрішніх справ України від 11.05.2010 р. № 170 «Про затвердження Інструкції про дії органів і підрозділів внутрішніх справ щодо організації й забезпечення охорони громадського порядку».

Так, вищезгадане розпорядження визначало масові заходи як заходи громадсько-політичного, релігійного, спортивного, культурно-видовищного характеру за участю значної кількості громадян, що проводяться з нагоди відзначення офіційних (державних), професійних, релігійних свят, пам'ятних дат, а також з ініціативи політичних партій, рухів, громадських об'єднань, релігійних конфесій, громад, окремих громадян, спортивних організацій, закладів культури тощо.

Однак у 2012 році вказаний наказ втратив чинність, й офіційне визначення зникло з нормативно-правової бази [2, с. 245].

Далі наведемо думки окремих науковців щодо поняття «масові заходи» в значенні певного орієнтира майбутньої законопроектної роботи.

Так, В.В. Ларін визначив масові заходи як сукупність дій соціального життя з участю великої кількості громадян, які здійснюються для задоволення політичних, духовних, фізичних та інших потреб громадян, постають формою реалізації їхніх прав і свобод, а також формою соціального спілкування між людьми і способом вироблення єдності установок особистості і суспільства загалом.

На думку Л.М. Колодкіна, під масовими заходами варто розуміти великі громадсько-політичні, спортивні, культурні та інші заходи, в яких бере участь велика кількість учасників, туристів, гостей та місцевого населення [3, с. 115].

Основними завданнями органів внутрішніх справ в умовах проведення масових заходів є охорона громадського порядку та забезпечення суспільної безпеки.

У цьому контексті слід згадати, що діяльність поліції має здійснюватися лише на законних підставах. Підтвердженням цього є ст. 8 Кодексу поведінки посадових осіб у процесі підтримання правопорядку, що затверджений Резолюцією № 34/169 Генеральної Асамблеї ООН 17 грудня 1979 року, яка передбачає, що посадові особи з підтримання правопорядку поважають закон і цей Кодекс. Використовуючи всі свої можливості, вони також запобігають і всіляко перешкоджають всім порушенням таких [4].

У процесі організації охорони правопорядку та громадської безпеки під час проведення масових заходів передбачається застосування таких превентивних заходів:

а) на вулицях, площах, у парках, скверах: по зовнішньому периметру території проведення заходу – недо-

пущення проходу до місця заходів осіб, які знаходяться в стані сп'яніння, мають предмети, які можна використати для завдання тілесних ушкоджень; забезпечення безперешкодного проходу місцевих жителів до своїх помешкань, а працівників установ, підприємств, організацій – до місця роботи; створення міліцейських ланцюжків перед шляхами пересування протидіючих груп громадян; проїзд (відведення) автотранспорту; охорона важливих об'єктів, що знаходяться поблизу проведення заходу; поступова (планомірна) евакуація визначеними шляхами учасників і глядачів заходу після його завершення, організована посадка та безпечний проїзд комунальним транспортом;

б) під час піших походів: завчасне відведення транспорту від маршруту проведення заходу; зміна руху учасниками заходу від раніше визначеного маршруту; блокування проїжджої частини вулиць [5].

У разі виникнення групових порушень громадського порядку працівникам поліції необхідно: зажадати від організаторів заходу чи акції негайного припинення правопорушень їх учасниками, попередити про кримінальну відповідальність за їх вчинення та про можливе застосування сили та спеціальних засобів; зробити попередження вголос, а в разі значної відстані або звернення до великої групи людей – через гучномовці, не менше двох разів із наданням часу, достатнього для припинення правопорушення (одночасно організовується й проводиться документування протиправних дій учасників заходу); дати команду працівникам поліції негайно блокувати місце події, вимагати від учасників порушень їх припинення, попередити про застосування сили та спеціальних засобів, а в разі невиконання вимог – із застосуванням спеціальних засобів ужити заходів щодо припинення групових порушень громадського порядку шляхом поділу натовпу на дрібні групи та їх розсіювання, відокремлення та затримання активних учасників. Спеціальними засобами є сукупність пристроїв, приладів і предметів, спеціально виготовлених, конструктивно призначених і технічно придатних для захисту людей від ураження різними предметами (у тому числі від зброї), тимчасового (відворотного) ураження людини (правопорушника, супротивника), пригнічення чи обмеження волі людини (психологічної чи фізичної) шляхом здійснення впливу на неї чи предмети, що її оточують, із чітким регулюванням підстав і правил застосування таких засобів та службових тварин. Перелік спеціальних засобів, які можуть бути використані працівниками поліції, регламентується Законом України «Про Національну поліцію» [6].

У разі неможливості припинення групових порушень наявними силами, треба викликати додаткові сили (резерв), продовжуючи блокувати територію, випускаючи за її межі громадян, які знаходилися там випадково, затримуючи підозрілих осіб, у разі прибуття додаткових сил – провести повторну спробу припинення групових порушень громадського порядку та затримання правопорушників; після припинення порушень слідчо-оперативною групою здійснити огляд місця пригоди з метою виявлення речових доказів, встановлення свідків, злочинців, які втекли тощо; за заздалегідь визначеними маршрутами провести відвід автотранспорту та громадян від місця групових порушень; дотримуватися заходів особистої безпеки, виявляти обережність і пересторогу, враховувати можливу негативну реакцію присутніх громадян, щоб своїми діями не ускладнювати обстановку; виявлених та затриманих організаторів і активних учасників групових порушень громадського порядку негайно відправити до органу внутрішніх справ [7].

У підсумку, розкриваючи особливості застосування поліцією превентивних та примусових заходів як зразкову вимогу, варто використовувати ст. 2 Кодексу поведінки посадових осіб при підтриманні правопорядку, яка передбачає, що у процесі виконання своїх обов'язків із підтримки правопорядку посадові особи поважають та захищають людську гідність і підтримують та захищають права людини щодо всіх осіб.

Окрему увагу варто приділити питанню проведення масових заходів в умовах пандемії, викликаної гострою респіраторною хворобою COVID-19, що спричинена коронавірусом SARS-CoV-2. Це зумовлено тим, що відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України № 1100 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 22 липня 2020 р. № 641» дію карантину на території України було продовжено до 31 грудня 2020 року [8].

Так, п. 10 вказаної постанови передбачено, що на території України на період дії карантину забороняється проведення масових культурних, у тому числі концертів, спортивних, соціальних, релігійних, рекламних тощо заходів за участю більш як 20 осіб (у разі проведення заходів із кількістю учасників до 20 осіб організатор забезпечує дотримання між учасниками фізичної дистанції не менш як 1,5 м), крім проведення офіційних спортивних заходів, включених до Єдиного календарного плану фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів України, та матчів командних ігрових видів спорту професійних спортивних клубів без глядачів за умови дотримання учасниками таких заходів відповідних санітарних і протиепідемічних заходів та здійснення обов'язкового щоденного контролю за станом здоров'я учасників.

До того ж новелою стало запровадження так званого «карантину вихідного дня». Відповідно до п. 15 вищевказаної постанови додатково до обмежень, передбачених п. 10 цієї постанови, в період з 00:00 суботи до 00:00 понеділка на території України з 14 листопада 2020 р. до 30 листопада 2020 р. забороняється діяльність закладів культури і проведення культурних масових заходів, крім роботи суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом аудіовізуальних творів, зокрема здійснення кіно- та відеозйомки, за умови обмеження доступу до місця зйомки (знімального майданчика) сторонніх осіб та використання персоналом (крім акторів під час знімального процесу), залученим до виробництва аудіовізуального твору, респіраторів або захисних масок, у тому числі виготовлених самостійно. Діяльність суб'єктів господарювання, пов'язана з виробництвом аудіовізуальних творів, не є масовим заходом [9].

У разі порушення карантинних обмежень, у т.ч. вимог щодо проведення масових заходів, запроваджено адміністративну та кримінальну відповідальність. Так, ст. 44-3 КУпАП передбачає накладення штрафу на громадян від однієї до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 17 000 до 34 000 гривень) і на посадових осіб – від двох до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 34 000 до 170 000 гривень) [10].

Що стосується кримінальної відповідальності у вказаній сфері, то у ст. 325 Кримінального кодексу України (далі – КК України) встановлена відповідальність за порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням. Відмінність між адміністративною та кримінальною відповідальністю за порушення правил карантину полягає лише в настанні негативного наслідку у вигляді поширення захворювання за ст. 325 КК України, у той час як для адміністративної відповідальності достатньо самого факту протиправного діяння (без настання наслідків) [11].

Процедура притягнення до адміністративної відповідальності за ст. 44-3 КУпАП розпочинається зі складання протоколу про адміністративне правопорушення за порушення правил карантину. Вказані протоколи мають право складати уповноважені на те суб'єкти, перелік яких знаходиться в КУпАП. Однак найчастіше ним виступає Національна поліція.

Після оформлення протоколу суб'єкт владних повноважень направляє його до суду, в якому й буде розглядатись справа про адміністративне правопорушення та який буде приймати рішення про притягнення чи непритягнення особи до адміністративної відповідальності. Розглядаючи справу, суддя має, зокрема, з'ясувати, чи правильно складено протокол про адміністративне правопорушення та чи можна за допомогою такого протоколу й доданих до нього матеріалів встановити наявність у діях відповідної особи складу адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 44-3 КУпАП.

У разі неналежного складання працівниками поліції протоколу чи недолучення до нього достатніх доказів суд має закрити провадження у справі.

Висновки. Адміністративна діяльність органів Національної поліції під час проведення масових заходів має здійснюватися виключно на законних підставах. Це означає, що всі рішення поліції мають бути вмотивовані, обґрунтовані, вчинені на підставі чинного нормативно-правового акта з дотриманням відповідної процедури.

Участь громадян у масових заходах є однією з конституційних форм реалізації їх прав і свобод. Саме за допомогою цього інституту громадяни мають змогу проявити особисту та групову ініціативу, виявити ставлення до будь-якого політичного, соціального чи іншого явища, вимагати від компетентних органів вирішення тих чи інших актуальних проблем. Масові заходи широко використовуються партіями, громадськими рухами, громадськими організаціями.

Важливе значення для проведення масових заходів мають науково обґрунтоване планування, використання передових форм і методів діяльності поліції під час охорони громадського порядку й боротьби зі злочинністю. Успішне виконання відповідних повноважень поліції залежить від з'ясування задач, чіткості і налагодженості дій особового складу в конкретних умовах несення служби.

Наостанок варто наголосити на нагальній потребі законодавчого врегулювання питання проведення масових заходів, а саме: прийняття відповідного закону, де знайшов би своє закріплення порядок організації та проведення зборів, демонстрацій, мітингів, пікетувань, зокрема вуличних, інших мирних масових заходів та акцій в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Адміністративна діяльність Національної поліції : навчальний посібник / Калюк О.М., Константінов С.Ф., Куліков В.А. та ін. ; за ред. Кулікова В.А. Київ, 2016. 230 с.

2. Адміністративна (поліцейська) діяльність органів Національної поліції. Особлива частина : підручник / Братель С.Г., Константінов С.Ф., Лошицький М.В. та ін.; за ред. В.В. Коваленка, Ю.І. Римаренка. Тернопіль, 2011. 672 с.

3. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ у питаннях та відповідях : навчальний посібник. Видання друге. Київ, 2014. 236 с.

4. Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку: резолюція 34/169 Генеральної Асамблеї ООН від 17 грудня 1979 р. *База даних «Законодавство України».* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_282 (дата звернення: 18.11.2020).

5. Про затвердження Порядку організації взаємодії Національної гвардії України та Національної поліції України під час забезпечення (охорони) публічної (громадської) безпеки і порядку : Наказ МВС від 10 серпня 2016 р. № 773. *База даних «Законодавство України».* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1223-16#Text (дата звернення: 18.11.2020).

6. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. *База даних «Законодавство України».* URL: http://zakon.rada.gov.ua/ laws/show/580-19 (дата звернення: 18.11.2020).

7. Про порядок підготовки спортивних споруд та інших спеціально відведених місць для проведення масових спортивних та культурно-видовищних заходів : Постанова Кабінету Міністрів України від 18 грудня 1998 р. № 2025 / *База даних «Законодавство України».* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2025-98-п#Text (дата звернення: 18.11.2020).

8. Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 22 липня 2020 р. № 641 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 листопада 2020 р. № 1100 / *База даних «Законодавство України».* URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-vnesennya-zmin-do-postanovi-kabinetu-ministriv-ukrayini-vid-22-lipnya-2020-r-641-1100111120 (дата звернення: 18.11.2020).

9. Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2: Постанова Кабінету Міністрів України від 22 липня 2020 р. № 641. *База даних «Законодавство України».* URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-vstanovlennya-karantinu-ta-zapr-641 (дата звернення 18.11.2020).

10. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР.* 1984. додаток до № 51. Ст. 1122.

11. Кримінальний Кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 25-26. Ст. 131.

УДК 343.32
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/72

ШЛЯХИ МОДЕРНІЗАЦІЇ МЕХАНІЗМІВ РЕАЛІЗАЦІЇ СТРАТЕГІЇ ПРОТИДІЇ КІБЕРТЕРОРИЗМУ В УКРАЇНІ НА ОСНОВІ ВИКОРИСТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ДОСВІДУ

WAYS TO MODERNIZE IMPLEMENTATION MECHANISMS STRATEGIES TO COMBAT CYBERTERRORISM IN UKRAINE BASED ON THE USE OF INTERNATIONAL EXPERIENCE

Когут Ю.І., генеральний директор
ТОВ «Консалтингова компанія «СІДКОН»,
здобувач
Навчально-науковий інститут права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної Академії управління персоналом

У статті досліджено механізми державного реагування на кіберзагрози, у тому числі загрози кібертероризму, в Україні. З метою модернізації механізмів реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні та з огляду на критично низький стан кібербезпекової складової частини вітчизняного сегменту кіберпростору, численні системні проблеми в організації кібербезпеки центральних органів виконавчої влади та об'єктів критичної інфраструктури запропоновано провести об'єктивний незалежний кібераудит державних електронних інформаційних ресурсів за міжнародними стандартами під егідою Національного координаційного центру кібербезпеки при РНБОУ та однієї з авторитетних міжнародних кібербезпекових організацій, а також створити національну експертну незалежну організацію з питань кібербезпеки та протидії кібертероризму за участю представників кібербізнесу, професійної кіберспільноти, науково-дослідницьких інституцій, вищих навчальних закладів, державних органів, міжнародних організацій та ін. У статті обґрунтована необхідність визначення державної структури (або державних структур), які будуть відповідальними за впровадження в Україні стандартів безпеки мережевих та інформаційних систем, єдиного контактного центру з питань безпеки мережевих та інформаційних систем, взаємовідносин та розподілу повноважень між такою державною установою (установами), контактним центром та CERT (Комп'ютерною групою (Командою) реагування на надзвичайні ситуації в кіберпросторі). Автор доводить необхідність обмеження об'єктів критичної інфраструктури, перерахованих у чинному законодавстві, залишивши в ньому винятково ті критично важливі об'єкти, які знаходяться у власності держави, скорочення переліку суб'єктів, чиї повноваження стосуються забезпечення кібербезпеки України, чіткого визначення компетенції кожного з державних органів – суб'єктів національної системи кібербезпеки для усунення дублювання їхніх функцій, а також обмеження повноважень Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації і СБУ у сфері забезпечення кібербезпеки з метою зменшення ризиків шпигунства та корупційних ризиків.

Ключові слова: кібертероризм, кібербезпека, кіберзагрози, критична інфраструктура, кіберзахист, кібератаки, кіберпростір, кібераудит, національна система кібербезпеки, стратегія протидії кібертероризму.

The article examines the mechanisms of state response to cyber threats, including threats of cyberterrorism, in Ukraine. In order to modernize the mechanisms of implementation of the state strategy to combat cyberterrorism in Ukraine and given the critically low state of cybersecurity component of the domestic segment of cyberspace, numerous systemic problems in the organization of cybersecurity of central executive bodies and critical infrastructure facilities. resources according to international standards under the auspices of the National Cyber Security Coordination Center at the National Security and Defense Council and one of the authoritative international cybersecurity organizations, as well as to create a national independent organization on cybersecurity and countering cyberterrorism with representatives of cyber business, professional community government agencies, international organizations, etc. The article substantiates the need to determine the state structure (or state structures) that will be responsible for the implementation in Ukraine of network and information systems security standards, a single contact center for network and information systems security, relationships and distribution of powers between such state institution (institutions), contact center and CERT (Computer Team (Team) for responding to emergencies in cyberspace). The author proves the need to limit the critical infrastructure facilities listed in the current legislation, leaving in it only those critical facilities that are owned by the state, reducing the list of entities whose powers relate to cybersecurity in Ukraine, clearly defining the competence of each of state bodies – subjects of the national cybersecurity system to eliminate duplication of their functions, as well as limit the powers of the State Service for Special Communications and Information Protection and the SBU in the field of cybersecurity in order to reduce the risks of espionage and corruption.

Key words: cyberterrorism, cybersecurity, cyber threats, critical infrastructure, cyber defense, cyber attacks, cyberspace, cyber audit, national cyber security system, strategy to combat cyberterrorism.

Постановка проблеми. Для забезпечення кібербезпеки України виняткового значення набуває обґрунтування ефективних механізмів забезпечення стратегії протидії кіберзагрозам, зокрема кібертероризму: деякі з них потребують удосконалення, інші взагалі не сформовані, а окремим елементам частини з них не вистачає концептуального обґрунтування.

Механізми державного реагування на кіберзагрози в Україні показують слабку ефективність: спостерігаються неспроможність органів державної влади налагодити цілісну стратегію інформаційно-комунікативної політики, слабка захищеність власного кіберпростору, постійний пошук рівня контролю за функціонуванням інформаційно-телекомунікаційних систем в інтересах національної безпеки.

Слід зазначити, що нині механізми реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні знаходяться на етапі становлення. Наявна система кібербезпеки не відповідає сучасним викликам та очікуванням суспільства. При цьому нормативно-правова база з питань кібербезпеки та протидії кібертероризму, незважаючи на значну кількість прийнятих останніми роками законодавчих та інших нормативних актів, потребує докорінних та невідкладних змін. Необхідність змін підтверджена атаками на об'єкти критичної інфраструктури, сумнозвісним NotPetya та багатьма іншими кіберінцидентами, які протягом останніх років створили Україні сумнівну репутацію одного з головних кіберполігонів [9]. Система управління кібербезпекою держави неефективна. Відсутнє централізоване управління силами реагування на кіберінциденти на загальнодержавному рівні.

Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» [7] та низка нормативних документів про технічний захист інформації (НД ТЗІ) безнадійно застарілі, крім того, вони зобов'язують органи державної влади, об'єкти критичної інфраструк-

тури та приватні компанії, які хочуть надавати послуги державним органам (наприклад, Інтернет-провайдери), впроваджувати так звану Комплексну систему захисту інформації (КСЗІ) [9]. Вона, окрім того, що морально застаріла, впродовж багатьох років довела свою неефективність.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання задекларованої проблематики. Проблемою кібертероризму займаються такі вчені, які зробили значний внесок у розробку заходів із протидії кібертероризму: В.А. Ліпкан, В.А. Мазуров, В.М. Бутузов, В.А. Васенин, В.А. Голубєв, І.В. Діордіца, О.Г. Широкова-Мураш, Ю.Р. Акчурін, В.В. Топчій, Г.В. Форос, А.В. Форос, Є.А. Макаренко, М.М. Рижиков, М.А. Ожеван, В.К. Грищук, О.В. Кубишкін, В.Л. Бурячок, В.Б. Толубко, В.О. Хорошко, С.В. Толюпа, О.Д. Довгань, І.М. Доронін, А.В. Тарасюк, В.Г. Пилипчук, О.С. Геращенко, О.В. Бойченко, С.О. Гнатюк, В.В. Мохор, С.Б. Гавриш, М.В. Гуцалюк, А.І. Марущак, С.Г. Петров, Л.М. Стрельбицька, М.П. Стрельбицький тощо. Зокрема, вагоме значення для подальшого висвітлення проблеми протидії кібертероризму мають наукові дослідження зарубіжних та вітчизняних вчених М. Делягіна, А. Фороса, Д. Деннінга, В. Ліпкана, І. Міхеєва, К. Герасименка та ін.

Однак, незважаючи на чималу увагу багатьох правознавців до досліджуваної проблематики, виняткового значення для забезпечення кібербезпеки України набуває наукове обґрунтування шляхів модернізації механізмів реалізації стратегії протидії кібертероризму в Україні на основі використання міжнародного досвіду.

Мета статті полягає в запропонуванні шляхів підвищення ефективності протидії кібертероризму, зокрема напрямів модернізації механізмів реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб здійснити модернізацію механізмів реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні з огляду на критично низький стан кібербезпекової складової частини вітчизняного сегмента кіберпростору, численні системні проблеми в організації кібербезпеки центральних органів виконавчої влади та об'єктів критичної інфраструктури бажано якомога швидше провести об'єктивний незалежний аудит кібербезпеки критичних електронних інформаційних ресурсів (мережевої інфраструктури, політик, моделей загроз, наявності засобів захисту) за міжнародними стандартами на рівні як державних, так і недержавних інституцій під егідою Національного координаційного центру кібербезпеки при Раді національної безпеки і оборони України (РНБОУ) та однієї з авторитетних міжнародних кібербезпекових організацій (наприклад, європейського підрозділу Business Software Alliance (BSA)) за такими критеріями:

– правові підстави функціонування цього сегмента кіберпростору;
– організаційні інституції та механізми забезпечення кібербезпеки;
– стан державно-приватного партнерства;
– секторальна кібербезпека;
– кібербезпекове просвітництво [5, с. 123].

До цього аудиту можна додати проведення передбаченого Законом України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] незалежного аудиту за міжнародними стандартами діяльності Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації як головного органу національної системи кібербезпеки.

Однак нині варто констатувати таку проблему, як низька якість аудиту кібербезпеки, оскільки дозвіл на проведення аудиту мають лише акредитовані державою організації. Міжнародні сертифікати з інформаційної безпеки та ІТ-аудиту нині не визнаються, що негативно впливає на якість кібераудиту [9].

Для оцінки захищеності інформаційних систем пропонуємо впровадити кібераудити на відповідність міжнародним стандартам [9]. Такі кібераудити потрібно проводити регулярно, із залученням незалежних (бажано, зовнішніх) спеціалістів, які мають міжнародну сертифікацію.

З метою модернізації механізмів реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні доцільним є створення національної експертної незалежної організації (наприклад, ради) з питань кібербезпеки та протидії кібертероризму за участю представників кібербізнесу, професійної кіберспільноти, науково-дослідницьких інституцій, вищих навчальних закладів, державних органів, міжнародних організацій та ін. [4]. Наприклад, як пропонує К. Корсун [4], організаційна модель може бути аналогічною BRDO – Офісу ефективного регулювання – незалежного експертно-аналітичного центру, який фінансується Європейським Союзом. Прикладом такої організації є Національна Рада Кібербезпеки в Нідерландах [9].

Така національна експертна незалежна організація з питань кібербезпеки та протидії кібертероризму має готувати та подавати пропозиції до Стратегії кібербезпеки України, інших нормативно-правових актів у цій сфері, давати рекомендації з функціонування національної системи кібербезпеки, вирішувати інші завдання та проблеми, які потребують належної експертизи у кіберпросторі, розглядати спірні та неузгоджені питання функціонування національної системи кібербезпеки, розглядати та надавати рекомендації, консультувати з ключових питань кібербезпеки об'єктів критичної інфраструктури та центральних органів виконавчої влади, надавати експертну підтримку правоохоронним та судовим органам із технічних та технологічних аспектів питань кібербезпеки, які виникають під час розслідування та розгляду в судах відповідних кримінальних проваджень і які не чітко регламентуються чинним законодавством України, сприяти міжнародному співробітництву із зарубіжними організаціями з протидії кіберзлочинності та кібертероризму [4].

Ця організація сприятиме налагодженню горизонтальних зв'язків між об'єктами критичної інфраструктури, їхніми галузевими об'єднаннями, кіберспільнотою, громадськими організаціями, державними регуляторними органами тощо, сприятиме обміну інформацією про кіберінциденти, актуальні кіберзагрози, заходи протидії тощо між усіма об'єктами забезпечення кібербезпеки незалежно від форм власності.

І ще важливе зауваження щодо механізму реалізації Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8]: занадто широким є перелік об'єктів критичної інфраструктури, яких стосується цей закон. Це не дасть змоги повною мірою контролювати усі ці критично важливі об'єкти (КВО) та забезпечити нормальне регулювання питань забезпечення кібербезпеки для цих об'єктів. Таким чином, норми названого закону потребують суттєвого доопрацювання в окреслених напрямах.

До того ж через специфіку багатьох галузей (охорона здоров'я, енергетика, телекомунікації тощо) є гостра потреба у впровадженні окремих галузевих стандартів кібербезпеки [9]. Взагалі державі потрібен перехід на міжнародні стандарти кібербезпеки, зокрема галузеві. Є ціла низка міжнародних стандартів NIST, ISO, Cobit, які зарекомендували себе в розвинених країнах світу та пройшли перевірку часом. Наприклад, у США, Японії та Ізраїлю застосовують стандарт із кібербезпеки NIST Cybersecurity Framework. Так, National Institute of Standarts and Technology Cybersecurity Framework (NIST CSF) – розроблений американським Інститутом стандартів і технологій комплекс методологій та рекомендацій щодо зниження ІТ-ризиків, запобігання, моніторингу і реагування на кібератаки [1, с. 58].

Можна також виділити інші напрями модернізації механізмів реалізації державної стратегії протидії кібертероризму в Україні:

– чітке визначення та вимірювання критеріїв зарахування об'єктів до критичної інфраструктури;

– побудова чітко визначених процедур із реагування на кіберінциденти на об'єктах критичної інфраструктури;

– вдосконалення профільної освіти з кібербезпеки в Україні: створення онлайн-курсів у вищих навчальних закладах із підготовки спеціалістів із кібербезпеки, які зможуть правильно та ефективно реагувати на кібератаки і кіберінциденти;

– створення національного порталу кібербезпеки з метою підвищення обізнаності населення щодо кіберзагроз та протидії ним, а також формування культури кібербезпеки;

– визнання міжнародних сертифікацій та запровадження обов'язкової міжнародної сертифікації з кібербезпеки для посадовців, які займаються кібербезпекою та кібераудитом; заміна державної акредитації аудиторів із кібербезпеки, яка нині проводиться, акредитацією на основі міжнародних сертифікацій [9];

– створення галузевих центрів реагування на кіберінциденти (SOC) та центрів обміну інформацією про кібератаки (ISAC). Причому локальні SOC- та ISAC-центри мають налагодити тісну взаємодію з міжнародною мережею таких організацій [9].

У процесі нинішнього оновлення Стратегії кібербезпеки України доцільно провести таку роботу щодо модернізації механізмів її реалізації на практиці на основі імплементації в Україні положень європейських актів:

1) визначення державної структури (або державних структур), які будуть відповідальними за впровадження в Україні стандартів безпеки мережевих та інформаційних систем, визначення єдиного контактного центру з питань безпеки мережевих та інформаційних систем, взаємовідносин та розподілу повноважень між такою державною установою (установами), контактним центром та CERT (Комп'ютерною групою (Командою) реагування на надзвичайні ситуації в кіберпросторі) Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації (Держспецзв'язку).

Водночас варто вдосконалити правовий статус Національного координаційного центру кібербезпеки (НКЦК), який ч. 2 ст. 5 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [109] визначається робочим органом РНБОУ та який здійснює координацію та контроль за діяльністю суб'єктів сектора безпеки й оборони, що забезпечують кібербезпеку. Досі незрозумілим є правовий статус НКЦК, адже на практиці цей орган є суто інформаційно-аналітичним додатком до РНБОУ;

2) з метою здійснення адекватного та ефективного кіберзахисту КВО – визначення критеріїв «значної руйнівної дії» (з точки зору наявності та значимості кіберінцидентів на підставі реалізації кіберзагроз) з урахуванням особливостей надання послуг у певних секторах економіки, кількості користувачів сервісу конкретного оператора інформаційно-телекомунікаційних послуг чи провайдера цифрових послуг, залежності інших важливих секторів економіки від сервісу конкретного оператора чи провайдера, впливу (з урахуванням масштабу та тривалості) на соціально-економічну активність або громадську безпеку, ринкової частки оператора чи провайдера, географії поширення можливої руйнівної дії кіберінцидентів тощо.

Для того, щоб найточніше визначити критерії «значної руйнівної дії», варто скористатися Директивою NIS, згідно з якою операторами базових інформаційно-телекомунікаційних послуг є юридичні особи, які відповідають таким критеріям:

– підприємство (незалежно від форми власності) надає послугу, яка є базовою для підтримки критичної соціально-економічної діяльності;

– надання такої послуги потребує використання мережевих або інформаційних систем;

– порушення кібербезпеки матиме значний руйнівний вплив на надання базової послуги.

Як правило, оператори базових інформаційно-телекомунікаційних послуг функціонують у таких галузях: паливно-енергетичний комплекс, транспорт, фінансова галузь, у тому числі банківська, охорона здоров'я, телекомунікація, житлово-комунальний сектор, цифрова інфраструктура.

Своєю чергою до провайдерів цифрових послуг належать онлайнові торгівельні майданчики, постачальники «хмарних» послуг, пошукові системи.

Оператори базових інформаційно-телекомунікаційних послуг та провайдери цифрових послуг мають вжити необхідних (технічних та організаційних) заходів для того, щоб попередити ризики кіберінцидентів, забезпечити мережеву та інформаційну безпеку (відповідно до потенційних кіберризиків), належним чином відреагувати на кіберінциденти з метою мінімізації шкоди, повідомити компетентні органи про кіберінциденти.

Директивою NIS також передбачається дотримання міжнародних стандартів цими операторами та провайдерами, регулярне проведення ними моніторингу, кібераудіту та тестування;

3) стандартизації у сфері кібербезпеки. Так, приміром, у процесі впровадження стандартизації у зазначеній сфері від країн-членів ЄС вимагається дотримання мережевої нейтральності та міжнародних і європейських стандартів та забороняються введення окремих національних стандартів у сфері кібербезпеки, які не є сумісними з відповідними європейськими та міжнародними стандартами;

4) механізмів запровадження системи мережевої та інформаційної безпеки та її кібераудиту.

Установа, що відповідатиме за імплементацію в Україні Директиви NIS, або незалежний сертифікований аудитор має отримати доступ до документації оператора інформаційно-телекомунікаційних послуг чи провайдера цифрових послуг щодо оцінки ризиків кібербезпеки та запровадження системи управління ризиками кібербезпеки, а також оцінити ефективність такої системи. При цьому має вимагатись лише та інформація, яка є необхідною для проведення такого кібераудиту.

У разі виявлення недоліків у цій системі оператора інформаційно-телекомунікаційних послуг чи провайдера цифрових послуг аудитор має вказати на них та зробити приписи щодо їх усунення. І тільки в разі невиконання цих приписів має наставати відповідальність за недотримання вимог мережевої та інформаційної безпеки;

5) створення законодавчо-нормативної бази щодо функціонування системи сповіщення про кіберінциденти, впровадження системи кібераудиту та заходів мережевої та інформаційної безпеки.

Відповідно до вимог Директиви NIS передбачаються два варіанти сповіщення про кіберінциденти: обов'язковий та добровільний [3, с. 22]. Обов'язковість сповіщення про кіберінциденти має передбачатися для тих операторів та провайдерів, які були внесені відповідно до вимог постанови Кабінету Міністрів України від 09.10.2020 р. №,943 «Деякі питання об'єктів критичної інформаційної інфраструктури» [2] до офіційного переліку операторів базових інформаційно-телекомунікаційних послуг та провайдерів цифрових послуг та належать до кіберінцидентів, які підпадають під критерії «значної руйнівної дії».

Інформація від таких операторів і провайдерів та щодо таких кіберінцидентів має надсилатись до державної установи, що відповідатиме за імплементацію Директиви NIS, або до CERT (Команди реагування на надзвичайні ситуації в кіберпросторі) Держспецзв'язку.

Нині поки що з усіх перерахованих можливих та доцільних механізмів реалізації на практиці Страте-

гії кібербезпеки України впроваджені лише такі заходи на основі прийняття двох постанов Кабінету Міністрів України – від 09.10.2020 р. № 943 «Деякі питання об'єктів критичної інформаційної інфраструктури» [2] та від 19.06.2019 р. № 518 «Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури» [6] щодо:

– визначення критеріїв, за якими буде складатись перелік операторів базових інформаційно-телекомунікаційних послуг та провайдерів цифрових послуг;

– створення переліку операторів базових інформаційно-телекомунікаційних послуг та провайдерів цифрових послуг.

Висновки. Для формування ефективної системи протидії кібертероризму в Україні необхідно вжити низку системних заходів у концептуальному, нормативно-правовому та інституціональному напрямах [6, с. 58]:

1) на концептуальному рівні:

– чітко визначити основні загрози кібербезпеці, зокрема загрози кібертероризму, та сформувати заходи, спрямовані на їх відвернення, нейтралізацію та попередження;

– створити систему технологічних засобів складника національної системи кібербезпеки;

– налагодити більш тісне співробітництво з міжнародними партнерами України;

2) на законодавчому рівні:

– по-перше, визначити єдиний державний орган, який би здійснював оперативне управління усіма суб'єктами, чиїм завданням є забезпечення кібербезпеки в мирний час;

– по-друге, обмежити повноваження Держспецзв'язку та Служби безпеки України у сфері забезпечення кібербезпеки з метою зменшення ризиків шпигунства та корупційних ризиків. Це стане можливим, зокрема, якщо кібераудит буде проводитись незалежними аудиторами, що знизить ризик корупціювання великого та середнього бізнесу з владними структурами;

– по-третє, скасувати проведення позапланових перевірок критичних об'єктів інфраструктури, що знаходяться у приватній власності;

– по-четверте, обмежити об'єкти критичної інфраструктури, перераховані в Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8], залишивши в ньому винятково ті КВО, які знаходяться у власності держави.

– по-п'яте, здійснити перерахування решти критичних об'єктів, які знаходяться у приватній власності, в окремому законопроєкті;

3) на інституціональному рівні:

– скоротити перелік суб'єктів, чиї повноваження стосуються забезпечення кібербезпеки України;

– чітко визначити компетенцію кожного з державних органів – суб'єктів національної системи кібербезпеки для усунення дублювання їхніх функцій.

ЛІТЕРАТУРА

1. Державно-приватне партнерство у сфері кібербезпеки: міжнародний досвід та можливості для України: аналіт. доп. / за заг. ред. Д. Дубова. Київ : НІСД, 2018. 84 с.

2. Деякі питання об'єктів критичної інформаційної інфраструктури : Постанова Кабінету Міністрів України від 09.10.2020 р., № 943. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/943-2020-п#Text.

3. Кольцов М., Аушев Є. Пропозиції до політики щодо реформування сфери кібербезпеки в Україні (Policy Paper) / USAID. 2017. 28 с.

4. Корсун К. Щодо заснування національної експертної незалежної організації з питань кібербезпеки. URL: https://www.facebook.com/kostiantyn.korsun/posts/1156357737882659.

5. Ожеван М.А. Публічно-приватне партнерство у кібербезпековій сфері як модернізаційний виклик. *Актуальні проблеми управління інформаційною безпекою держави* : збірник тез наук. доп. наук.-практ. конф., Київ, 30 березня 2018 р. Київ : Нац. акад. СБУ, 2018. С. 120–124. URL: http://academy.ssu.gov.ua/upload/file/aktualn_problemi_upravl_nnya_nformac_ycnoyu_bezpekoyu_derzhavi.pdf.

6. Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури : Постанова Кабінету Міністрів України від 19.06.2019 р. № 518. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-zagalnih-vimog-do-kiberzahistu-obyektiv-kritichnoyi-infrastrukturi-i190619.

7. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 05.07.1994 р. № 80/94-ВР (із змінами). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/80/94-вр#Text.

8. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 05.10.2017 р. № 2163-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2163-19#Text.

9. Янковський О. Україні потрібна нова кіберстратегія. URL: https://www.pravda.com.ua/columns/2019/09/14/7226291/.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/73

УЧАСТЬ ГРОМАДЯН В ОХОРОНІ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ

PARTICIPATION OF CITIZENS IN THE PROTECTION OF PUBLIC ORDER

Колеснікова М.В., к.ю.н.,
доцент кафедри адміністративного, господарського права
та фінансово-економічної безпеки
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Солдатенко М.Д., студентка ІІІ курсу
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Стаття присвячена аналізу правоохоронної діяльності у вигляді залучення громадян до охорони громадського порядку на території України та в зарубіжних країнах.

Нині головною метою кожної високорозвиненої держави є безпека громадян, незалежно від статусу чи місця проживання людини. Діяльність поліції, чи інших органів із забезпечення правопорядку напряму залежить від взаємозв'язку з громадськістю. Кожна країна по-своєму намагається досягти найвищого рівня впевненості населення в діяльності поліції, адже саме це відіграє вирішальну роль у повноцінній роботі органів правопорядку. Чим більше громадян будуть залучені до діяльності поліції, тим більше злочинів будуть розкриті ще на етапі підготовки. Головною метою залучення громадян до охорони громадського порядку є створення найбільшого рівня довіри, за якого населення не боїться прийти в поліцію, не приховує злочини, не покриває сусідів чи знайомих. В умовах такої дисципліни кожен знає, що найголовніше – безпека, найвищий рівень якої буде досягнений лише тоді, коли кожен буде докладати до цього зусиль.

Залучення простого населення до охорони громадського порядку дедалі більше практикують на різних континентах. Така діяльність може бути пов'язана з добровільною службою в органах правопорядку, взаємодією з поліцейським чи самовільною допомогою. Одні країни створюють певні організації, а робота в них оплачується державою. Інші сприяють створенню різних спілок, профсоюзних товариств, де кожен може проявляти себе та допомагати правоохоронним органам. За таку діяльність не обов'язково виплачується заробітна плата, деякі працюють добровільно, а інші – за певні пільги чи привілегії. Люди знають, як працює поліція та як вони можуть допомогти. Тому кожен впевнений, що йому також допоможуть у разі потреби.

У статті проаналізовано поняття, види та особливості залучення громадян до роботи в органах забезпечення правопорядку на території України та за кордоном. Визначені алгоритми роботи, запропоновані способи покращення такої діяльності на території України, за прикладом інших держав.

Ключові слова: охорона громадського порядку, залучення громадян, безпека, поліція, рівень довіри населення.

The article is devoted to the analysis of law enforcement activity in the form of involvement of citizens in the protection of public order on the territory of Ukraine and foreign countries.

Today, the main goal of every highly developed country is the safety of citizens, regardless of their status and place of residence. The activities of the police or other law enforcement agencies are directly dependent on public relations. Each country in its own way tries to achieve the highest level of public trust in the police, because this is what plays a crucial role in the full work of law enforcement agencies. The more citizens involved in the police, the more crimes will be solved at the stage of preparation. The main purpose of involving citizens in the protection of public order is to create the highest level of trust, at which the population is not afraid to come to the police, does not hide crimes, does not cover neighbours or acquaintances. With such discipline, everyone knows that the most important thing is security, the highest level of which will be achieved only when everyone makes an effort to do so.

Involving ordinary people in the protection of public order is increasingly practiced on different continents. Such activities may include voluntary service in law enforcement, cooperation with the police or unauthorized assistance. Some countries create certain organizations, and their work is paid by the state. Others promote the creation of various unions, unions where everyone can express their views and help law enforcement. For such measures, wages are not necessarily paid, some work voluntarily, and others for certain benefits or privileges. People know how the police work and how they can help. As a result, everyone is confident that they will also be helped if needed.

The article analyzes the concepts, types and features of involving citizens in the work of law enforcement agencies in Ukraine and abroad. Algorithms of work are defined and ways of improvement of such activity in the territory of Ukraine, on an example of other states are offered.

Key words: protection of public order, involvement of citizens, security, police, level of public trust.

Охорона громадського порядку нині визначається найголовнішою діяльністю правоохоронних органів. Відповідно до Конституції України, життя та здоров'я людини є найвищою соціальною цінністю, а забезпечення прав і свобод виступає першочерговим обов'язком держави [1, с. 3]

Важливим кроком до євроінтеграції України стало запровадження нового правоохоронного органу, основною діяльністю якого є забезпечення правопорядку на території всієї країни. Так, 2 вересня 2015 року, відповідно до Закону України «Про Національну поліцію», Кабінет Міністрів України прийняв рішення про створення нового центрального органу виконавчої влади, а саме: Національної поліції, що підпорядковується Міністерству внутрішніх справ України [2, с. 1] Основним завданням Національної поліції є забезпечення безпеки та порядку, протидія злочинності, а також охорона прав, свобод та законних інтересів держави, суспільства та кожної людини [3, с. 2].

Зазначений закон визначає основний критерій оцінки діяльності поліції – рівень довіри населення. Саме цей пункт відіграє найважливішу роль в ефективній роботі нової поліції [3, с. 11] Рівень довіри громадян визначається готовністю кожної людини співпрацювати з поліцією, на добровільних засадах брати участь у запобіганні нових злочинів, тим самим попереджуючи поліцію про можливе вчинення правопорушення, покриття злочинця чи нерозкриття справи.

У сукупності робота поліції, довіра та соціальна відповідальність громадян мали стати міцним фундаментом в охороні громадського порядку на території України. Проте є низка питань, які перешкоджають повноцінній діяльності поліції. Насамперед це низький рівень довіри громадян до цього органу. Це підтверджують дослідження, проведені соціологічною службою Центру Разумкова у квітні 2020 року. Аналіз результатів показав, що

серед опитуваних повністю довіряють поліції лише 6,2%, скоріше довіряють 29,5%, а зовсім не довіряють аж 28,5% опитуваних осіб. Таким чином, можемо бачити низький рівень довіри населення до органів поліції, що першочергово виключає повноцінну та неупереджену її діяльність.

Виходячи з міжнародного досвіду, органи забезпечення правопорядку не діють повноцінно без підтримки населення. Таким чином, залучення громадян до охорони громадського порядку є основним критерієм у формуванні поліції як основного захисного органу держави.

У процесі дослідження було визначено, що вивченням охорони громадського порядку займалися такі вчені: С.М. Калюжний, Р. Піль, О.М. Бандурка, В.К. Колпаков, С.Ф. Денисюк, О.І. Остапенко, В.К. Колпаков, Н.В. Камінська, О.Н. Ярмиш, А.В. Сергеєв, В.І. Васильєв, В.О. Серьогін та інші.

Нині участь громадян в охороні громадського порядку встановлюється Законом України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» від 22 червня 2000 року [4, с. 1]. У ньому визначено, що громадяни України можуть створювати громадські об'єднання для участі в охороні громадського порядку. Проте є низка проблемних питань:

– по-перше, ці громадські об'єднання мають відповідати великій кількості вимог, не можуть складатися з однієї особи, а учасники об'єднання мають відповідати певним критеріям;

– по-друге, вони мають бути зареєстровані, а це не зовсім легка процедура, тому кількість складнощів та засад формування цих об'єднань і є причиною того, що люди їх не реєструють і взагалі рідко утворюють.

Окрім цього закону, немає жодного законодавчо закріпленого документа, який би регулював законну діяльність громадян України в охороні громадського порядку. Саме тому вважаємо за доцільне розглянути інші форми участі населення в забезпеченні правопорядку на прикладі зарубіжних країн.

Аналіз зарубіжних юридичних джерел дає змогу розглянути діяльність правоохоронних органів за кордоном. Роботу із залучення населення до правопорядку проводить кожна високорозвинена країна. Така діяльність підвищує рівень довіри населення, яке потім не боїться співпрацювати з поліцією. Головною перевагою стає викривання великої кількості злочинів ще на етапі підготовки, що своєю чергою значно знижує рівень злочинності.

Запровадив залучення населення до охорони правопорядку Р. Піль, британський політичний та державний діяч. Під його керівництвом у 1829 році у Великобританії була створена «нова поліція», основним гаслом якої було те, що навіть найперша стратегія захисту, на думку більшості, у вигляді своєчасного реагування поліції на скоєний злочин, не може існувати без допомоги простих громадян, що й відображає необхідність співіснування поліції з ними [5, с. 19].

Необхідно зазначити, що поліція багатьох зарубіжних країн вже не перший рік функціонує на засадах допомоги населення, що формується в різних формах: громадські ради чи комітети, до складу яких входять люди з профспілкових, громадських чи релігійних об'єднань. Існують приватні фірми, що забезпечують правопорядок нарівні з правоохоронними органами. Поліція застосовує заохочувальні заходи до осіб, які відіграли значну роль у запобіганні, перешкоджанні чи виявленні злочинності. Все це в сукупності утворює єдину систему забезпечення правопорядку, що вигідна як державним органам, так і громадянам.

Для прикладу розглянемо Японію. У 2018 році Національне поліцейське агентство Японії заявило, що в цій країні найнижчий рівень злочинності у світі. На основі аналізу статистичних показників можемо зробити висновки по організації роботи поліції в цій країні. Всі поліцейські ділянки там мають свої відділення – Асоціації попередження злочинності. Їхня основна робота полягає у взаємодії простих громадян з органами правопорядку, вступити до Асоціації може кожен, хто бажає допомагати поліції на добровільній основі. Головним завданням є попередження поліції про можливий злочин, а члени Асоціації у складі визначених об'єднань («загони спостереження») ввечері та вночі патрулюють вулиці на своїй території. Окрім добровільної роботи в органах правопорядку, громадяни вносять благодійні кошти на розвиток своєї Асоціації. Керівництво поліції своєю чергою створило «пункти допомоги населенню», де кожен громадянин може безплатно отримати консультацію чи допомогу.

Діяльність поліції Японії щодо організації роботи з громадянами неодноразово викликала інтерес. Усю свою діяльність вони завжди зосереджують саме на взаємній роботі державних органів та простих мешканців. Так, упродовж 1980-х років у деяких містах Японії почали утворюватися «сліпі місця» – райони або квартали, що знаходилися під владою злочинних угрупувань. Поліція не мала змоги контролювати цю територію, а люди боялися співпрацювати з поліцією. Тоді влада Японії сприяла створенню в цих районах громад безпеки. Цей крок підвищив рівень співпраці та довіри населення, що своєю чергою сприяло значному зниженню злочинності. Нині у столиці Японії Токіо, де проживають 14 мільйонів осіб, за місяць вчиняється лише одне вбивство та 16 пограбувань, а згідно з показниками британського дослідницького центру Economist Intelligence Unit, у 2019 році Токіо було названо найбезпечнішим містом у світі. На нашу думку, саме така статистика найбільш яскраво підтверджує рівень довіри та бажання співпраці кожного громадянина з поліцією [5, с. 21].

У країнах Європи, таких як Італія, Бельгія та Швейцарія, діють комісії, що займаються організацією та координацією превентивних заходів, які спрямовані на попередження вчинення злочинів. Вони полягають у створенні наукових та педагогічних асоціацій, які проводять заходи серед простих громадян, школярів та студентів про роз'яснення нових законодавчих актів, чи всім відомих правил, пояснення непоправних наслідків після вчинення злочину, проведення тренінгів, семінарів та лекцій, залучення цим самим громадян до співпраці з правоохоронними органами, а не вчинення злочинів [6, с. 103].

Популярними у країнах Європи є правоохоронні об'єднання громадян, наприклад «сусідська взаємодопомога». Це об'єднання розташовується за територіальною ознакою та полягає в тому, що громадяни стежать за громадським порядком на своїй території. У разі виявлення правопорушення чи можливого злочину, вони активно співпрацюють із поліцією, тим самим слідкують за порядком на своїй територій, безпосередньо підвищуючи рівень своєї безпеки. Нині тільки у Великобританії існує більше ніж 150 тисяч таких організацій, а понад 9 мільйонів осіб отримують від цього користь [7, с. 1]. На нашу думку, це об'єднання ефективне, проте нині його існування не можливе в Україні. У нас є своєрідне всеукраїнське гасло «Моя хата скраю», і люди замість того, щоб сказати, що сусід на своїй територій вчиняє злочин, скоріше просто сховаються вдома та нічого не скажуть, адже «їм ще тут жити». Проте безпека починається з кожного, і саме такі формування за кордоном є найяскравішим підтвердженням цього.

США стоїть на першому місці у світі із залучення громадян до охорони громадського порядку. У 90-х роках минулого століття там запровадили нову стратегію діяльності поліції, що безпосередньо спрямована на громадян. Поліція скоординувала свою роботу не лише по країні чи місту, а й окремо в кожному районі, заохочуючи до цього громадян, показуючи цим самим свій рівень довіри до кожного.

У штаті Нью-Йорк, в місті Ротчестер, поліція запровадила курси, темою яких була взаємодія поліції та простих жителів у вигляді пішого патруля містом. До патрулювання стали залучати студентів, причому на дуже вигідних для них умовах – за 90 годин патруля студенту оплачують річне навчання в його коледжі. Студенти групами патрулюють вулиці, а якщо помічають порушення громадського порядку, по рації доводять до відома поліцію. Через деякий час цю практику схвалили на загальнонаціональному рівні та стали поширювати в інших містах. На нашу думку, така діяльність викликає велику мотивацію студентів: вони можуть працювати у вільний від навчання час, допомагаючи органам поліцій, та ще й отримуючи за це оплату свого навчання. Цей спосіб було б добре запровадити в Україні, адже студенти проводять багато часу за навчанням, тому не можуть піти працювати повний робочий день [6, с. 103].

Нині у Вашингтоні діють 286 патрульні групи, що складаються з місцевих жителів, загальна кількість яких приблизно 14 тисяч осіб, причому їх кількість постійно збільшується. Після впровадження патрульних груп на вулицях Вашингтона знизився рівень злочинності, зникли торговці наркотиками, а кількість нічних крадіжок зменшилася на 40% [8, с. 1].

У Німеччині існують «станції» охорони порядку. Ще з 1963 року на території країни діє добровільна поліцейська служба [9, с. 16]. Добровольці після проходження перевірки зараховуються до основної поліції групами чисельністю 10–15 осіб. Впродовж двох тижнів вони відвідують курси підготовки, а після закінчення їх залучають до охорони громадського порядку. Найчастіше це забезпечення порядку та охорони на масових заходах, пошук зниклих людей, а в окремих випадках – у ролі посилення поліцейських формувань. За цю службу добровольці отримують грошову винагороду [10, с. 18].

Кожна країна по-своєму заохочує та дякує громадянам за допомогу та участь у забезпеченні правопорядку. У деяких країнах це відбувається лише на добровільній основі, без додаткових привілеїв, деякі нагороджують громадян за особливі заслуги грамотами, медалями чи публікаціями у ЗМІ. Жодна людина не буде проти того, щоб стати відомою через те, що запобігла вчиненню злочину чи допомагала поліції в розкритті правопорушення. Деякі країни виплачують зарплату чи премії за таку діяльність. Таким чином, громадяни, отримуючи заохочення, відчувають власну значимість, із більшим бажанням співпрацюють із поліцією, яка своєю чергою отримує той самий найважливіший рівень довіри від населення, без якого повноцінна діяльність поліції неможлива.

Аналізуючи участь громадян у правоохоронній діяльності на території України, ми з'ясували, що є такі види діяльності:

– діяльність на підставі громадських об'єднань – врегульоване законом добровільне об'єднання осіб, які на безоплатній основі діють разом із поліцейськими або за їх дорученням. Для створення громадського об'єднання необхідно пройти складну процедуру заснування, відбору та підготовки до такої служби;

– об'єднані територіальні громади з охорони громадського порядку, або інспектори сільрад («шерифи») – посада, що приймається та урегульовується ОМС і фінансується з місцевого бюджету. Шерифів обирають із місцевих жителів, що мають авторитет у селі. Вони підпорядковані сільському голові та діють за його дорученнями;

– помічники дільничних офіцерів поліції – добровільна діяльність місцевих жителів у вигляді допомоги дільничним. Обираються з мешканців, що мають авторитет, виконують мінімальну допомогу органам поліції (попередження злочинності, розмови з місцевими жителями). Після реформування правоохоронних органів із законів зникла норма законодавства, яка дозволяла цим добровільним помічникам виконувати частку повноважень дільничних, тому нині така діяльність не урегульована;

– інспектори щодо інформування населення з охорони правопорядку, які працюють від Центрів зайнятості за програмою «Шериф» – програмою центру зайнятості, що допомагає громадам обирати інспекторів місцевих рад з охорони правопорядку, їх ще називають «шерифами». Центр зайнятості бере на себе часткову оплату навчання та підготовки за рахунок Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття та працює тільки з тими органами, які потім беруть «шерифів» на роботу. Програма надає тимчасову роботу, яка фінансується центром зайнятості та місцевим бюджетом;

– «народні патрульні» – місцеві жителі, що обираються мешканцями відповідного села і на добровільних засадах патрулюють вулиці. Головною ціллю є зменшення рівня злочинності на своїй території [11, с. 87–91].

Проаналізувавши ці види діяльності в Україні, можемо зробити висновок, що питання залучення громадян в охороні громадського порядку на Україні є досить не врегульованим.

Діяльність поліції спрямована найчастіше на великі міста, штат і так не великий, а після реформування дільничний поліції часто працює на 10–15 сіл. Мешканці бачать його дуже рідко, і навіть не може йти мови про попередження злочинності, адже дільничний приїжджає тільки на виклик, коли правопорушення вже відбулося. Місцеві мешканці задля забезпечення своєї безпеки на добровільній основі створюють свої організації, які зовсім не врегульовані законодавством, проте допомагають їм самостійно підтримувати громадський порядок.

Так, село Стара Збруївка Херсонської області стало першим, що взяло у свій штат «шерифа». Оскільки ця посада законом не врегульована, жителі села, керуючись ЗУ «Про місцеве самоврядування», взяли його на ставку інспектора, що дозволено сільраді, проте не визначено, чим саме цей інспектор має займатися. Після його оформлення в 2008 році в Україні з'явився перший інспектор сільради, основним завданням якого була охорона правопорядку. Ним став колишній поліцейський Віктор Кривобородько. Якщо в селі відбувалися якісь правопорушення, жителі зверталися до пана Віктора, він знав всі закони, міг урегулювати конфлікти між односельчанами. Після його призначення злочинність у селі знизилася у 8 разів. Проте людина, що працює «шерифом», має дуже мало повноважень, найчастіше це попередження злочинів, виховання молоді чи проведення роз'яснювальних бесід або ж особисте розслідування злочину, проте вирок чи протокол він скласти не може, тому все одно прийдеться викликати поліцію, яка з самого початку буде розслідувати злочин, що досить незручно, тому що минає час, докази можуть зникнути, а підозрювана особа – втекти. Нині на території Херсонської області працює понад 60 інспекторів, проте через малу кількість повноважень законно вони можуть зробити тільки мізерні дії [12, с. 17–21]. Саме така законодавча неврегульованість у роботі «шерифів» не дає зрушити з місця участь громадян в охороні громадського порядку на території України. Такі особи нібито є, проте, за фактом, їх немає, адже повноважень вони не мають.

Проаналізувавши досвід іноземних держав та участь громадян у правоохоронній діяльності на території України, вважаємо за доцільне прийняти новий закон, до якого внести поняття певної особи, що може одноособово виконувати діяльність з охорони громадського порядку, врегулювати його законну діяльність та збільшити повноваження, хоча б складання протоколів із незначних злочинів чи правопорушень (наприклад незаконна вирубка лісу, розпивання спиртних напоїв чи незаконне самогоноваріння). Також доцільно було б встановити можливості

участі громадян у правоохоронній діяльності без заснування громадського формування.

Висновки. У сучасному світі кожна країна намагається досягнути найвищого рівня безпеки через діяльність правоохоронних органів, проте важливими при цьому є участь громадян, соціальна свідомість та бажання співпрацювати з поліцією, що підвищує рівень довіри населення та максимально знижує кількість злочинів. Досвід зарубіжних країн показує, що участь громадян в охороні громадського порядку є надзвичайно важливою та невід'ємно пов'язана з діяльністю правоохоронних органів. Так, в Японії є Асоціації попередження злочинності, в Німеччині – добровільна служба, в Великобританії – «сусідська взаємодопомога», а в США патруль здійснюють прості мешканці, отримуючи за це кошти чи оплату навчання.

В Україні діяльність із залучення осіб до правоохоронної діяльності визначається тільки Законом України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону», де громадяни можуть діяти тільки в межах зареєстрованих громадських формувань. Вважаємо доцільним прийняти новий закон щодо діяльності громадян в охороні громадського порядку, в якому врегулювати питання щодо дії громадян не тільки у складі громадського формування, визначити поняття уповноваженої особи, що на законних підставах забезпечує охорону правопорядку на своїй території, обирається місцевими жителями, здійснює діяльність із протидії та запобігання злочинності, фінансується з місцевого бюджету, а також врегулювати діяльність та повноваження такої особи, дати змогу складати протоколи з незначних правопорушень (наприклад, незаконна вирубка лісу чи незаконне самогоноваріння). Вважаємо перспективним залучення студентів до охорони громадського порядку, а саме: патрулювання вулиць за додаткову плату, як це діє в Америці.

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. Про утворення Національної поліції України : Постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 641.
3. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40-41. Ст. 379.
4. Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону : Закон України від 22 червня 2000 р. № 1835-III / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 40. Ст. 338.
5. Взаємодія підрозділів превентивної діяльності з іншими підрозділами національної поліції та органами публічної адміністрації: конспект лекцій. Дніпро : Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2019. 24 с.
6. Музичук О.М. Зарубіжний досвід участі громадян та громадських формувань в охороні громадського порядку і боротьбі з правопорушеннями. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2002. Вип. 2. С. 101–105.
7. Голованова М.В. Сусідська взаємодопомога. URL: https://www.prostir.ua/?library=kejs-susidska-vzajemodopomoha.
8. Борьба с преступностью за рубежом (по материалам зарубежной печати). *Всероссийский институт научной и технической информации РАН*. 2001. № 12.
9. Майоров В.И. Организация деятельности по охране общественного порядка в США, странах Европы и России : учебное пособие. Челябинск : ООО «Полиграф-Мастер», 2003. 50 с.
10. Губанов А.В. Полиция государств Западной Европы: основные черты организации и деятельности : учебное пособие. Москва : ВНИИ МВД СССР, 1990. 64 с.
11. Банчук О.А., Колохіна А.В., Крапивін Є.А., Крупник А.В. та ін. Участь громад в забезпеченні правопорядку в Україні : звіт за результатами дослідження. Київ : ФОП Москаленко, 2019. 124 с.
12. Тютюнник А.В., Бондарчук Л.І., Бімбірайте Н.В., Настіна О.М. та ін. Проект «Шерифи»: український масштаб. Херсон : Гілея, 2018. 204 с.

УДК 339.92
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/74

ТРАНСФЕРТНЕ ЦІНОУТВОРЕННЯ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ КОРПОРАЦІЙ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ

TRANSFER PRICING OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN A PANDEMIC CONDITION

Лагутіна К.О., студентка III курсу міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено висвітленню проблемних аспектів, з якими зіштовхнулися транснаціональні корпорації під час розповсюдження коронавірусної інфекції 2019-NCOV (COVID-19) в Україні та інших країнах світу. Означені проблеми досліджуються в контексті рекомендацій Організації економічного співробітництва та розвитку в рамках Плану дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування та виведення прибутку з-під оподаткування. У процесі дослідження звертається увага на досвід країн-учасниць Європейського Союзу, а саме Польщі й Данії, країни Далекого Сходу – Сінгапуру і материкової країни Австралії.

Аналізу піддаються нові аспекти трансфертного ціноутворення в національному законодавстві, відповідно до змін, внесених до Податкового кодексу України, шляхом прийняття Закону України від 16.01.2020 р. (набрав чинності 23.05.2020 р.) № 466-IX. Зокрема, це збільшення порогу для визнання осіб пов'язаними через володіння однією особою корпоративних прав іншої юридичної особи до 25%, розширення контрольованих операцій, вдосконалення принципу «витягнутої руки», імплементація трирівневої моделі звітності трансфертного ціноутворення.

У процесі дослідження, на основі робіт фахівців галузі економіки та фінансів, висновку Комісії ООН з транснаціональних корпорацій було встановлено вичерпне поняття транснаціональних корпорацій і розмежовано транснаціональні корпорації від звичайних корпорацій. Більш того, на основі дослідження Комітету ООН було визначено основні ознаки транснаціональних корпорацій. Шляхом звернення до доповідей Конференції ООН з торгівлі та розвитку було наведено два критерії належності міжнародної фірми до транснаціональної корпорації, зокрема це наявність материнської компанії і підрозділів за кордоном не менше ніж у двох країнах світу, наявність контролю активів закордонних підрозділів.

Ключові слова: податкове право, транснаціональні корпорації, трансферне ціноутворення, податки, пандемія, COVID-19.

The article is devoted to highlighting the problematic aspects faced by multinational corporations during the spread of coronavirus infection 2019-NCOV (COVID-19) in Ukraine and other countries. These issues are explored in the context of the recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development in the framework of the Action Plan to combat the erosion of the tax base and the withdrawal of profits from taxation. The study draws attention to the experience of the member states of the European Union, namely Poland and Denmark, the Far East – Singapore, and the mainland – Australia.

New aspects of transfer pricing in the national legislation are analyzed, in accordance with the amendments to the Tax Code of Ukraine, by adopting the Law of Ukraine of 16.01.2020 (entered into force on 23.05.2020) № 466-IX. In particular, it increases the threshold for recognizing persons related through one person's ownership of another entity's corporate rights to 25%, expands controlled transactions, improves the "outstretched hand" principle, and implements a three-tier transfer pricing reporting model.

The study, based on the work of experts in the field of economics and finance, the conclusion of the UN Commission on Transnational Corporations, established a comprehensive concept of transnational corporations and distinguished transnational corporations from ordinary corporations. Moreover, based on a study by the UN Committee, the main features of transnational corporations were identified. By referring to the reports of the UN Conference on Trade and Development, two criteria of belonging of an international firm to a multinational corporation were presented, in particular, the presence of a parent company and offices abroad in at least two countries, the presence of control over foreign assets.

Key words: tax law, transnational corporations, transfer pricing, taxes, pandemic, COVID-19.

Вступ. Однією з найактуальніших тем сучасності у сфері податкового права є питання міжнародного оподаткування транснаціональних корпорацій (далі – ТНК). Глобальне розширення діяльності ТНК розпочалося з моменту активної інтеграції економічних систем країн світу та технологічного процесу. [1] Останнім часом відбулися істотні зміни у сфері розширення діяльності ТНК, зокрема було інтегровано національні економіки та ринки. Наприклад, у жовтні 2020 року Україною було підписано стратегічну угоду з Великобританією про запровадження режиму вільної торгівлі, а перед цим – із рядом інших країн світу; з'явилася можливість великих корпорацій вийти за межі національного ринку і вести бізнес за кордоном, як можна помітити, за останні роки спостерігається розміщення дочірніх компанії ТНК у великих містах України; відбуваються докорінні зміни в підходах до ціноутворення результатів праці людини, що зумовлені появою цифрового сектору економіки. Україна розпочала впровадження до національного законодавства Плану протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування змін до Податкового кодексу України з метою запобігання зловживанням у зв'язку із застосуванням договорів про уникнення подвійного оподаткування, вдосконалення контролю за трансфертним ціноутворенням, уникнення виведу вільних грошових активів у «офшори».

У лютому 2020 року світ потрясла новина розповсюдження коронавірусної інфекції 2019-NCOV (COVID-19) [2]. Це найскладніший час для транснаціональних компаній за останні десятиліття. Пандемія застала багато світових фірми зненацька: закриття виробництв, перебої в логістиці, падіння попиту на ринку і катастрофічні збитки. Багато світових компаній були змушені зупинити виробництва, що спричинило колосальні збитки. Пандемія, яка викликала жахливі втрати життя людей, принесла із собою Велику самоізоляцію і зупинила економічну діяльність. Життя людей виявилося повністю порушеним, його атрибутами стали вимушені неоплачувані відпустки, захисні маски і страх. Багато країн світу зреагували на пандемію і розпочали активно допомагати ТНК, зокрема шляхом надання пільг чи стимулів для підтримки бізнесу, а деякі країни, навпаки, посилили контроль за діяльністю ТНК.

Метою статті є визначення поняття ТНК, дослідження з правової точки зору трансферного ціноутворення ТРК відповідно до змін, внесених до національного законодавства в умовах пандемії, аналіз заходів, що були здійснені різними країнами й Україною щодо трансферного ціноут-

ворення ТНК за період з березня 2020 року по листопад 2020 року.

Виклад основного матеріалу дослідження. Міжнародні транснаціональні корпорації на даний момент постають як найважливіший елемент розвитку світової економіки, міжнародних економічних відносин і є свідченням динаміки глобалізаційних процесів, збільшення масштабів іноземного інвестування [3].

Відповідно до поняття, визначеного А.В. Добровольським в енциклопедії, транснаціональною компанією є велика фірма (або об'єднання фірм різних країн), що має зарубіжні активи (капіталовкладення) і суттєво впливає на яку-небудь сферу економіки (або декілька сфер) у міжнародному масштабі [4]. Як визначає Комісія ООН, «транснаціональні корпорації – це підприємства, що є власниками, або такими, що контролюють виробництво товарів чи послуг за межами країни, в якій вони базуються. Вони можуть набувати статусу корпорації, а можуть і не мати його». [5] Відповідно до визначення І.Б. Сороки, ТНК – це мережа взаємопов'язаних підприємств, які походять з однієї країни і мають складові частини та філії в інших країнах. ТНК володіють або контролюють комплекси виробництва та/або обслуговування, що знаходяться за межами країни базування. На відміну від звичайної корпорації, яка функціонує на світових ринках, ТНК переносить за кордон не товар, а сам процес вкладання капіталу, поєднуючи його із закордонною робочою силою в межах міжнародного виробництва [6, с. 36].

З вищенаведеного можна зробити висновок, що транснаціональна компанія – це підприємство, яке походить з однієї країни та вкладає ресурси в розширення своєї діяльності на міжнародному ринку шляхом заснування дочірніх компаній, відкриття філій в інших країнах з метою отримання найвигідніших умов господарської діяльності, що у свою чергу призводить до максимізації прибутку компанії та підвищення економічного впливу компанії на національні економічні системи світу.

Досліджуючи діяльність ТНК, експерти ООН визначили такі основні ознаки, за якими компанію можна віднести до транснаціональної: річний обсяг такої компанії повинен перевищувати 100 млн доларів; наявність філіалів – не менш ніж у шести країнах; відсоток продажу товарів за межами країни-резиденції [7].

За чинною методологією ЮНКТАД, до ТНК належать ті міжнародні фірми, показники діяльності яких відповідають таким двом критеріям:

1) наявність материнської компанії і підрозділів за кордоном не менше ніж у двох країнах світу. Закордонні підрозділи можуть засновуватися компанією на основі прямих іноземних інвестицій через створення виробничих потужностей або через злиття та поглинання інших підприємств;

2) контроль активів закордонних підрозділів, який передбачає, що частка акціонерного капіталу в дочірньому підприємстві, яка належить материнській компанії в іншій країні, становить 10% або більше. У деяких країнах цей поріг може бути вищим, наприклад, у Великобританії частка іноземного капіталу має становити 20% і більше [8].

ТНК у приймаючій країні мають дочірні компанії, тобто підприємства, що входять до системи ТНК і мають право вирішального голосу, оскільки володіють більшою частиною акцій. Діючи в приймаючій країні, дочірні компанії набувають ознак повноцінних платників податків згідно з державним законодавством.

Компанії сплачують різні податкові платежі, фінансуючи тим самим суспільні товари та послуги. Найсуттєвішими є сплата податку на додану вартість (податку на споживання придбаних товарів та послуг); податків з доходів найманих працівників; внесків на соціальне страхування; податку на прибуток (корпоративного податку).

Найпопулярніший метод податкової оптимізації, що використовується ТНК під час укладення зовнішньоторговельних контрактів, є встановлення трансфертних цін, які формуються не під тиском ринку, а під довгостроковою політикою материнської компанії [9, с. 14]. Трансфертне ціноутворення слугує встановленню цін по торгових операціях між компаніями, які входять до складу однієї ТНК. Таке явище не є саме по собі незаконним, однак маніпулювання трансфертними цінами призводить до викривлення прибутків чи витрат задля мінімізації податкового навантаження. Більше половини міжнародних угод є угодами між компаніями всередині ТНК, а отже, під час їх укладання не дотримується принцип «витягнутої руки», тобто формування такої ціни, як і у проведенні операції з непов'язаною компанією. У результаті прибуток до оподаткування переміщується в юрисдикцію з нижчим податковим навантаженням. Тобто трансфертне ціноутворення – це процедура, до якої вдаються ТНК з метою оптимізації оподаткування, оскільки наявність великої кількості підрозділів ТНК вимагає зниження податкового навантаження.

Процедура трансфертного ціноутворення закріплена у статті 39 Податкового кодексу України. [10] Відповідно до українського законодавства, трансфертне ціноутворення позначається як система, в рамках якої визначається «справедлива» ціна послуг і товарів, вартість інших об'єктів договірних відносин у контрольованих операціях, які визнаються таким податковим законодавством.

Розглядаючи трансфертне ціноутворення в Україні, потрібно зазначити, що були внесені зміни до українського законодавства. Відповідно до змін, внесених Законом України від 16.01.2020 р. (набрав чинності 23.05.2020 р.) № 466-IX до Податкового кодексу України (далі – Закон), зокрема до п.п. 39.3.2.9 ст. 39 цього кодексу, якщо раніше зіставна юридична особа не володіла прямо та/або опосередковано корпоративними правами іншої юридичної особи з часткою такої участі більше 20% або не мала як учасника (акціонера) юридичну особу з часткою прямої (опосередкованої) участі більше 20%, то нині така частка збільшилась і становить 25% [11]. Як зазначають фахівці податкової галузі, збільшення порогу пов'язане з наближенням України до європейських стандартів, оскільки для більшості країн-учасниць Європейського Союзу такий поріг вважається нормальним.

Більш того, Законом було доповнено типи контрольованих операцій. Контроль розповсюджується, згідно зі змінами, на господарські операції щодо передачі українською компанією своїх функцій з матеріальними або нематеріальними активами, ризиками, вигодами та можливостями нерезиденту, внаслідок цього відбувається зменшення фінансового результату платника податків. Якщо передача здійснювалася з компенсацією або ж документально не оформлена чи не відображена в бухгалтерському обліку, все одно такі операції будуть контролюватися [11].

Головним принципом трансфертного ціноутворення є принцип «витягнутої руки». [10] Цей принцип закріплює те, що учасник контрольованих операцій визначає обсяг оподаткованого прибутку. Визначення вартості нематеріальних активів чи розміру відповідної компенсації може здійснюватися за методикою зіставної оцінки вартості, яка ґрунтується на розрахунку поточної вартості (дисконтованої вартості) майбутніх грошових потоків у разі відсутності достовірної інформації про зіставні неконтрольовані операції та, як наслідок, неможливості застосування «стандартних» методів трансфертного ціноутворення. Розрахунок повинен здійснюватися у відповідності до Національних або Міжнародних стандартів оцінки, згідно з положенням, закріпленим у п.п. 39.3.10 Податкового кодексу України [10]. Дана норма є імплементацією рекомендацій Організації економічного співробітництва та розвитку з питань розв'язання складних випадків оцінки

ринкової вартості нематеріальних активів або компенсації в разі передачі бізнес-функцій, які згодом відобразилися в оновлених Настановах Організації економічного співробітництва та розвитку щодо трансфертного ціноутворення для ТНК та податкових служб [12].

За старою редакцією Податкового кодексу України було закріплено норми щодо контролю за товарами, які мають біржове котирування, проте в новій редакції такі норми було вилучено. Було запроваджено контроль за сировинними товарами і визначено поняття котирувальних цін [11]. Відповідно до поняття, закріпленого у статті 14 Податкового кодексу України, котирувальними є ціни на сировинний товар у відповідний період, отримані на міжнародному ринку товарів. Котирувальна ціна визначається як ціна (середня ціна) та/або діапазон цін на певну дату або період часу [10]. Перелік сировинних товарів визначатиметься Кабінетом Міністрів України, а рекомендований перелік джерел інформації для отримання котирувальних цін буде оприлюднюватися Центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику.

Разом із тим до законодавства, відповідно до внесених Законом змін, було імплементовано трирівневу модель звітності трансфертного ціноутворення, яка складається з документації трансфертного ціноутворення, глобальної документації з трансферного ціноутворення та звіту в розрізі країн міжнародної групи компаній [11]. Платники податків, які здійснювали контрольовані операції у звітному році, також повинні подавати до Державної податкової служби повідомлення про участь у міжнародній групі компаній. Така модель була рекомендована Організацією економічного співробітництва та розвитку в Дії 13 Плану дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування та виведення прибутку з-під оподаткування (далі – BEPS) [13].

Враховуючи те, що Закон був прийнятий Верховною Радою України в січні 2020 року, набув чинності у травні 2020 року, можна зробити висновок, що на законодавчому рівні становище ТНК погіршилося, оскільки було імплементовано мінімальні стандарти Плану дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування та виведення прибутку з-під оподаткування і не було надано допомоги з боку держави задля поступового впровадження таких змін в умовах пандемії.

Як вже було зазначено раніше, коронавірусна інфекція швидко поширилася по всьому світу. Пандемія цього смертоносного вірусу не тільки загрожує здоров'ю та ізолює значну частину світового населення, але й змушує припинити економічну діяльність майже у всіх країнах. Це неприродне лихо також заважає відновленню світової економіки від наслідків торгової війни, вплив якої додатково посилюється падінням цін на нафту через конфлікт виробників чорного золота. У доповіді Організації економічного співробітництва та розвитку було висловлено попередження щодо того, що COVID-19 є найбільшою небезпекою для світової економіки з часу фінансової кризи 2008 року і в масштабах бізнесу, як передбачається, матиме негативний вплив на діяльність ТНК [14].

Незважаючи на те, що політика трансфертного ціноутворення розробляється з урахуванням нормальних економічних ризиків, очевидно, що поточна пандемія та економічний спад, який вона спричинила, не можуть трактуватися в бізнесі як звичайні і вимагають диференційованого підходу. Уряди і податкові адміністрації також визнають COVID-19 безпрецедентним шоком, і деякі з них, такі як Австралія та Сінгапур, опублікували вказівки щодо того, як трансфертне ціноутворення буде розглядатися в сучасному контексті [15].

Звертаючи увагу на діяльність Європейського Союзу (далі – ЄС) в період пандемії, можна сказати, що в ЄС закликають «гармонізувати податкову політику», а саме ввести єдині правила розрахунку об'єкту оподаткування податку на прибуток підприємств, при цьому ставки податку країни можуть визначати самостійно. Як наголошують фахівці, саме таким чином можна буде уникнути інвестиційної привабливості деяких країн-учасників ЄС. Тобто, як ми можемо помітити, одні країни-учасники ЄС намагаються гармонізувати становище всіх країн-учасників шляхом упровадження загальноєвропейського пакета заходів щодо виходу з кризи, інші ж, навпаки, намагаються впровадити додаткові заходи на рівні національного законодавства для захисту податкової бази [15].

Уряд Польщі розробив масштабний пакет допомоги власникам бізнесу, проте була запроваджена вимога щодо того, що бенефіціарні власники компаній, які отримують державну допомогу, повинні мати статус податкових резидентів Польщі протягом щонайменше двох останніх років. Більш того, уряд Польщі наголошує на необхідності запровадження в межах ЄС цифрового податку [15].

Уряд Данії також установив, що надання державної допомоги буде здійснюватися лише компаніям, що не використовують для оптимізації податкового навантаження сумнівні міжнародні структури [15].

Уряд Сінгапуру першим опублікував заходи підтримки та податкові вказівки для отримання державної допомоги під час COVID-19 у сфері трансфертного ціноутворення. Зокрема, якщо дочірня компанія постраждала через COVID-19, то платник податків повинен надати інформацію в документації щодо трансфертного ціноутворення з метою обґрунтування характеру результату трансфертного ціноутворення. Як зазначає уряд Сінгапуру, потрібно уточнити такі аспекти: підтвердження впливу COVID-19 на вашу галузь та прямого впливу COVID-19 на вашу компанію шляхом широкого аналізу ситуації; функціональний аналіз вашої компанії та пов'язаних сторін до та після COVID-19 (тобто будь-який перерозподіл функцій, активів та ризиків, а також будь-яка зміна характеристик); договірні домовленості між компанією та пов'язаними сторонами та вказівка на те, чи будь-які зобов'язання, чи суттєві умови були змінені або припинені через COVID-19; порівняння передбаченого в бюджеті (до COVID-19) та фактичних результатів аналізу прибутку і збитків компанії, надання пояснень та доказів на підтвердження відхилень; причини та підтверджуючі докази, що обґрунтовують негативний вплив COVID-19 на прибутковість вашої компанії; надання детальної інформації щодо державної допомоги COVID-19, яку отримувала компанія, або державних нормативних актів, що накладають на компанію, які мали вплив на її діяльність [16]. Такий хід дій для ТНК з боку Уряду Сінгапуру викликаний тим, що в Сінгапурі зосереджено велику кількість ТНК, що мають значний вплив на економіку крани, оскільки виробляють більше ніж дві треті прямих експортних продаж та всієї промислової продукції.

Уряд Австралії також надав детальні вказівки щодо підтвердження стану ТНК в умовах пандемії з метою отримання державної допомоги. Зокрема, Уряд Австралії наголошує на тому, що через COVID-19 спостерігається вплив на ТНК, а це призводить до зменшення доходів, збільшення витрат та змін результатів прибутку. З метою встановлення дійсного впливу COVID-19 Уряд Австралії закликає надати для оцінювання інформацію щодо функцій, активів та ризикованих аспектів австралійського суб'єкта господарювання «до» та «після» пандемії; щодо економічних обставин, де слід окреслити та засвідчити фактичний економічний вплив COVID-19 на австралійські операції – це може включати більш широкий аналіз впливу на відповідну галузь; щодо договірних домовленостей між австралійським суб'єктом господарювання та його пов'язаними сторонами; щодо доказів впливу COVID-19 на конкретні пропозиції товарів та послуг австралійського суб'єкта господарювання, та яким чином

це вплинуло на фінансові результати; щодо доказів змін у бізнес-стратегіях у результаті COVID-19, включаючи прийняті рішення, сортування результатів та дії, вжиті для здійснення цих стратегій [17].

Висновки. Отже, підсумовуючи, маємо підкреслити, що початок пандемії COVID-19 призвів до глобальних ділових та економічних зривів, що безпосередньо вплинули на трансфертні ціни ТНК. У зв'язку з такими подіями у світі, уряди багатьох країн світу розпочали процес допомоги національному бізнесу: малому і великому, проте дочірні компанії, що використовують для оптимізації податкового навантаження сумнівні міжнародні структури, в багатьох країнах світу не отримують державної допомоги. Це є позитивним явищем, оскільки є свідченням боротьби урядів з уникненням оподаткування і застосуванням офшорних схем. Більш того, для підтвердження впливу COVID-19 на поточну політику трансферного ціноутворення ТНК повинні надати детальну документацію на підтвердження впливу COVID-19 на операції, зокрема обмеження руху товарів, уплив на продуктивність та ефективність надання послуг, вплив на прибутковість у ТНК тощо. Таким чином, становище ТНК у ситуації пандемії не є однозначним і потребує розроблення загальних стандартів для отримання допомоги з боку держав, оскільки саме ТНК здійснюють найбільший внесок у державні бюджети країн.

ЛІТЕРАТУРА

1. World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance / United Nations publication, 2015. URL: www.unctad.org/wir. (дата звернення: 26.11.2020).
2. World Health Organization: diseases, coronavirus disease (COVID-2019) / WHO Press Conferences, 2020. URL: https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019 (дата звернення: 26.11.2020).
3. Інвестиції зовнішньоекономічної діяльності / Державний комітет статистики України. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/ (дата звернення: 26.11.2020).
4. Добровольский А.В. Транснациональная корпорация, ТНК. *«Энциклопедия Кругосвет-2013».* URL: http://www.krugosvet.ru/enc/gumanitarnye_nauki/ekonomika_i_pravo/TRANSNATSI0NALNAYA_K0RP0RATSIYA_TNK.html?page=0,8. (дата звернення: 26.11.2020).
5. Пешко А.В., Назаренко Г.В. Транснаціональні компанії та їх роль у міжнародній інвестиційній діяльності. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/DeBu/2007- 2/doc/5/01.pdf 9 (дата звернення: 26.11.2020)
6. Сорока І.Б. Транснаціональні корпорації та їх роль у процесі активізації міжнародної інтеграції. *Актуальні проблеми економіки*. 2009. № 9. С. 35–41.
7. The influence of TNCs on the economies of developing countries. International business. NY : Dryden Press, 2005. 31 p.
8. Организация Объединенных Наций. Доклад о мировых инвестициях / Организация Объединенных Наций. Женева, 2020. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_ru.pdf (дата звернення: 26.11.2020).
9. Дзюба П. Трансфертное ценообразование: экономическое содержание и специфика. *Экономика Украины.* 2006. № 1. С. 14–22.
10. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року. № 2755-VI / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 2011. № 13. С. 556. Ст. 112.
11. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Закон України / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України (ВВР).* 2020. № 32. С. 227.
12. Настанови ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення для транснаціональних компаній та податкових служб (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations). 2010. 444 с.
13. План дій для боротьби з розмиванням бази оподаткування та виведення прибутку з-під оподаткування / Міністерство фінансів України. URL: https://mof.gov.ua/uk/beps-440 (дата звернення: 26.11.2020)
14. Foreign direct investment flows in the time of COVID-19 / OECD. URL: https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/foreign-direct-investment-flows-in-the-time-of-covid-19-a2fa20c4/ (дата звернення: 26.11.2020).
15. Transfer pricing in an era of pandemic: Messy times present opportunities. URL: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6d25d89c-a460-4c7e-b6e2-e8761ea355a1 (дата звернення: 26.11.2020).
16. COVID-19 Support Measures and Tax Guidance. A Singapore Government Agency Website. URL: https://www.iras.gov.sg/irashome/COVID-19-Support-Measures-and-Tax-Guidance/COVID-19-Support-Measures-and-Tax-Guidance/ (дата звернення: 26.11.2020).
17. COVID-19 economic impacts on transfer pricing arrangements. An Australia Government Agency Website. URL: https://www.ato.gov.au/Business/International-tax-for-business/In-detail/Transfer-pricing/COVID-19-economic-impacts-on-transfer-pricing-arrangements/ (дата звернення: 26.11.2020).

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/75

ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНОГО ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ: ЕКСКУРС В ІСТОРІЮ ТА ОГЛЯД ПОТОЧНОГО СТАНУ

INSTITUTE OF ADMINISTRATIVE APPEAL OF DECISIONS OF TAX AUTHORITIES: AN EXCURSION INTO HISTORY AND REVIEW OF THE CURRENT STATE

Маринів Н.А., к.ю.н.,
доцент кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню досудового вирішення податкових спорів в Україні, пов'язаних з оскарженням платниками податків рішень, ухвалених контролюючими органами за результатами податкового контролю.

На підставі аналізу чинного законодавства та судової практики розглянуті проблемні аспекти, що виникають у процесі реалізації права платників податків на оскарження вказаних рішень. Проблемним залишається питання визначення строків оскарження до суду рішень, що проходили адміністративну процедуру оскарження. Відсутність єдності в судовій практиці не сприяє вирішенню вказаної проблеми. Зазначене впливає на момент узгодження грошового зобов'язання та порушує права платників на оскарження рішень контролюючих органів. Податковим кодексом України закріплено низку гарантій для платників із метою забезпечення належного розгляду їхніх скарг. Однак практична реалізація цих гарантій не відповідає задекларованим положенням.

Установлено, що адміністративне оскарження рішень контролюючих органів є важливим механізмом досудового врегулювання спору між платниками податків та органом контролю, який надає можливість, поза процедурою судового оскарження, захистити інтереси платника податків, виявити водночас недоліки в роботі органів контролю та своєчасно їх усунути. Факультативність способу захисту порушених прав, що запроваджено в Україні, відповідає практиці частини держав – членів Європейського Союзу (як-от, наприклад, Франція, Бельгія, Італія тощо), є позитивним явищем, оскільки платники податків мають альтернативу у виборі найбільш сприятливого саме для них способу оскарження.

Підтримано ідею про доцільність запровадження публічного реєстру рішень, ухвалених за результатами адміністративного оскарження (з дотриманням, звичайно ж, вимог щодо конфіденційності), з метою забезпечення послідовності та системності в ухваленні таких рішень органами контролю, а також можливості вільного доступу до ухвалених рішень для аналізу практики вирішення подібних спірних питань. Запровадження такого реєстру також буде свідчити на користь відкритості та прозорості органів податкової служби.

Ключові слова: податковий контроль, рішення податкових органів, податкові повідомлення-рішення, оскарження податкових рішень, адміністративне оскарження, судове оскарження.

The article is devoted to the study of pre-trial settlement of tax disputes in Ukraine related to the appeal by taxpayers of decisions made by regulatory bodies based on the results of tax control. Based on the analysis of the current legislation and judicial practice, problematic aspects arising in the process of implementing the right of taxpayers to appeal these decisions are considered. Problematic issues exist, in particular, in determining the timing of appeals to the court of decisions undergoing the administrative appeal procedure. The lack of unity in judicial practice does not help to solve this problem, which, in turn, affects the moment the monetary obligation is agreed and violates the rights of payers to appeal. The Tax Code of Ukraine establishes a number of guarantees for payers in order to ensure that their complaints are properly addressed. However, the practical implementation of these guarantees does not comply with the declared provisions.

It was established that administrative appeal of such decisions is an important mechanism for the pre-trial settlement of a dispute between taxpayers and the supervisory authority, which provides an opportunity, bypassing the judicial appeal procedures, to protect the interests of the taxpayer, while revealing shortcomings in the work of the supervisory authorities and eliminate them in a timely manner. The optional method of protection of violated rights introduced in Ukraine is consistent with the practice of some member States of the European Union (such as France, Belgium, Italy, etc.) and is a positive phenomenon, since taxpayers have an alternative in choosing the method of appeal that is most favorable to them. Support was expressed for the idea of introducing a public register of decisions made on the basis of administrative appeals (subject, of course, to the same confidentiality requirements), in order to ensure consistency and systematization in the adoption of such decisions by regulatory bodies, as well as the possibility of free access to decisions made to analyze the practice of resolving such controversial issues. The introduction of such a register will also indicate in favor of openness and transparency of tax authorities.

Key words: tax control, decisions of tax authorities, tax notifications-decisions, appeal of tax decisions, administrative appeal, efficiency of administrative appeal, judicial appeal.

Постановка проблеми. Податковим відносинам, специфіка яких полягає в постійній суперечності приватних та публічних інтересів, що стикаються під час справляння податків / зборів, як відомо, притаманний високий рівень конфліктності. Незважаючи на те, що для забезпечення балансу між зазначеними інтересами відповідні державні органи постійно розвивають ідею партнерських відносин між платниками податків та органами контролю, податкові спори залишаються поширеним явищем у нашій країні. Державна податкова служба України декларує ідею справедливого оподаткування платників податків, контролю за ухваленням її територіальними офісами рішень, що відповідають чинному законодавству України, та забезпечення реалізації платниками податків права оскаржувати в адміністративному порядку рішень, які, на їхню думку, є неправомірними. Адміністративне оскарження таких рішень є важливим механізмом досудового врегулювання спору між платниками податків та контролюючим органом, який надає можливість, поза процедурою судового оскарження, захистити інтереси платника податків, виявити водночас недоліки в роботі контролюючих органів та своєчасно їх усунути. Факультативність способу захисту порушених прав, що відповідає практиці частини держав – членів Європейського Союзу (наприклад, Франція, Бельгія, Італія й інші), на відміну від низки інших держав (Німеччина, Нідерланди, Угорщина, Словенія, Польща, Сербія, Данія, Чехія, Румунія й інші), де адміністративне оскарження, за загальним правилом, є обов'язковим, є позитивним явищем, оскільки платники податків мають альтернативу у виборі найбільш сприятливого саме для них способу оскарження.

Аналіз дисертаційних досліджень і останніх публікацій із даної тематики дає підстави стверджувати, що питанням оскарження рішень податкових органів взагалі й адміністративного оскарження зокрема в науковій літературі приділяється досить значна увага. Однак зміни, які постійно вносяться до податкового законодавства, зокрема й такі, що стосуються безпосередньо чи опосе-

редковано дотримання прав платників податків, призводять до виникнення нових проблем на практиці, які, на жаль, складно вирішувати.

Аналіз основних досліджень. Увагу дослідженню вказаного питання приділяли такі вчені, як: М.П. Кучерявенко, Є.А. Усенко, С.В. Буряк, В.Т. Білоус, К.В. Мінаєва, О.М. Мінаєва, Є.М. Смичок, М.В. Жернаков, О.В. Курило, О.М. Бондаренко й інші.

Отже, **метою статті** є дослідження питання виникнення та розвитку інституту адміністративного оскарження рішень податкових органів, його сучасний стан, недоліки та переваги порівняно із судовим вирішенням податкових спорів; аналіз проблемних питань, що виникають під час такого узгодження грошових зобов'язань платників податків для окреслення можливих шляхів їх усунення та вдосконалення механізму адміністративного оскарження рішень органів податкової служби України.

Виклад основного матеріалу. Інститут адміністративного оскарження рішень органів державної податкової служби було запроваджено в Україні в 1996 р. Процедуру подання та розгляду скарг платників податків було регламентовано Положенням про порядок подання та розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби, затвердженим наказом Державної податкової адміністрації України від 11 грудня 1996 р. № 29 [1]. Зазначене Положення було розроблено на підставі норм, передбачених Законом України «Про державну податкову службу в Україні», ст. 12 якого надавалось Головній державній податковій інспекції України право скасовувати рішення державних податкових інспекцій усіх рівнів, а державним податковим інспекціям у Республіці Крим, в областях, містах із районним поділом – рішення нижчих державних податкових інспекцій у разі невідповідності їх актам законодавства [2], Законом «Про звернення громадян», яким також передбачалось право громадян оскаржувати дії посадових осіб, державних і громадських органів [3], Кодексом України про адміністративні правопорушення й іншими законодавчими актами України щодо захисту прав і законних інтересів підприємств, установ, організацій і громадян, та визначало порядок розгляду скарг платників податків державними податковими адміністраціями на рішення державних податкових адміністрацій про: 1) зупинення операцій за розрахунковими й іншими рахунками, відкритими для платників податків у банках та інших кредитних установах; 2) примусового стягнення не внесених у строк податків та інших платежів до бюджету; 3) застосування фінансових санкцій; 4) накладення адміністративних стягнень. Указаним нормативно-правовим актом було передбачено право кожної особи на оскарження рішення державних податкових адміністрацій, якщо вони обмежують її права, установлені законами України, до вищої державної податкової адміністрації або в судовому порядку, визначались строки подання скарги та їх розгляду, права особи, що подала скарги, зокрема й бути присутньою під час розгляду скарги. За загальним правилом подання скарги не припиняло оскаржувального рішення, за винятком деяких випадків, зокрема, виконання постанови про накладення адміністративного стягнення зупинялось до розгляду скарги. Також голова (заступник голови) державної податкової адміністрації своїм рішенням міг цілковито або частково зупинити виконання рішення, що оскаржується, до закінчення розгляду скарги, у разі наявності достатніх, на його думку, підстав уважати, що рішення, яке оскаржується, не відповідає законодавству України.

У процесі реорганізації органів податкової служби порядок адміністративного оскарження неодноразово змінювався. Ці зміни насамперед були зумовлені необхідністю узгодження його зі зміненою структурою органів контролю. У зв'язку з ухваленням у грудні 2000 р. Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами», який до набрання чинності Податковим кодексом України був спеціальним Законом з питань оподаткування й установлював порядок погашення зобов'язань юридичних або фізичних осіб перед бюджетами та державними цільовими фондами з податків і зборів (обов'язкові платежі), визначав, зокрема, процедуру оскарження дій органів стягнення [4], була ухвалена нова редакція порядку розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби [5], що діяла до ухвалення Податкового кодексу України. Вказаними нормативно-правовими актами вводились такі нові терміни, як «апеляційне узгодження податкового зобов'язання», «первинні та повторні скарги платників податків». Було установлено, що апеляційне узгодження податкового зобов'язання та розгляд первинних скарг на рішення здійснюється працівниками державних податкових інспекцій, податкове повідомлення або рішення яких оскаржується, уповноваженими на це керівником органу державної податкової служби (або його заступником). Повторні скарги платників податків розглядаються в органах державної податкової служби вищого рівня спеціально створеними для виконання таких функцій підрозділами апеляцій або за дорученням керівника органу державної податкової служби (або його заступника) працівником іншого підрозділу. Тобто, фактично, була запроваджена трирівнева процедура адміністративного оскарження, яка передбачала оскарження спочатку до того контролюючого органу, яким ухвалене оскаржуване рішення (1-й рівень), потім – повторна скарга подавалася та розглядалася органом вищого рівня (2-й рівень) і тільки після цього (у разі незадоволення скарги) скарга подавалася та розглядалася Державною податковою адміністрацією України (3-й рівень).

Нововведенням також стало запровадження імперативної норми про те, що скарга (заява), подана з дотриманням порядку і строків, зупиняла виконання платником податків податкових зобов'язань, визначених у податковому повідомленні. Цей строк починався від дня подання такої скарги (заяви) до органу державної податкової служби та закінчувався днем закінчення процедури адміністративного оскарження. Протягом зазначеного строку податкові вимоги для стягнення податку не могли надсилатися платнику, оскільки сума податкового зобов'язання, що оскаржувалася, уважалася неузгодженою, тобто такою, що не підлягає сплаті до закінчення оскарження.

З огляду на запроваджену процедуру, а також строки, протягом яких платник податків мав право на адміністративне узгодження податкових зобов'язань (а такий загальний строк, починаючи з первинної скарги на 1-му рівні та закінчуючи повторною до 3-го рівня оскарження, з урахуванням строків подання та розгляду скарг, міг становити приблизно 210 днів), кількість скарг платників податків збільшувалася.

Також Законом України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» (пп. 5.2.2 ст. 5) було встановлено правило визнання скарги задоволеною на користь платника. Так, якщо вмотивоване рішення за скаргою (заявою) платника податків не надсилається платнику податків протягом двадцятиденного строку або протягом продовженого для розгляду строку за визначеними правилами, така скарга (заява) уважається цілком задоволеною на користь платника податків, незалежно від обґрунтованості його скарги та правомірності оскаржуваного рішення. Визнання скарги повністю задоволеною на користь платника податків означає, що оскаржене рішення контролюючого органу із цього часу припинило регулюючу дію та не створює для платника податків юридичного обов'язку. Вказана норма є чинною і натепер. Вона покликана, з одного боку, дисциплінувати осіб, що наділені повноваженнями щодо розгляду скарг, встановлювати відпові-

дальність за неналежне виконання ними своїх посадових обов'язків. З іншого – призводить до втрат бюджету (через ненадходження сум донарахованих грошових зобов'язань, за умови їхньої правомірності). Водночас законодавством чітко не реґламентовано ані порядок визнання скарги повністю задоволеною на користь платника, ані форму такого визнання. У зв'язку із чим платник податків, будучи впевненим щодо порушення контролюючим органом строку розгляду його скарги, вимушений звертатись до суду за встановленням такого факту.

З набранням чинності Податковим кодексом України (з 1 січня 2011 р.) виникла необхідність узгодження його з нормами інших нормативно-правових актів, що деталізують визначені кодексом процедури. Зазнала деяких змін і процедура оскарження рішень контрольних органів, у зв'язку із чим було змінено і Порядок подання та розгляду органами державної податкової служби скарг платників податків у разі оскарження в адміністративному порядку податкових повідомлень-рішень про визначення сум грошових зобов'язань платника податків або будь-яких інших рішень органів державної податкової служби [6].

Основним нововведенням у вказаних процедурах стала заміна трирівневої процедури адміністративного оскарження, що діяла до зміни законодавства, на дворівневу. Цю новацію навряд чи можна було вважати позитивною для платників податків, які намагалися відстрочити момент узгодження та термін сплати податкового зобов'язання шляхом оскарження рішення, оскільки максимально можливий термін оскарження зменшився на третину через усунення з переліку органів, які мають право розглядати скарги платників податків, державних податкових інспекцій, податкове повідомлення або рішення яких оскаржується. Водночас скорочення строку узгодження грошового зобов'язання, безумовно, пришвидшувало сплату чи стягнення узгоджених сум до бюджету.

Натепер право платника податків оскаржувати рішення, дії (бездіяльність) контролюючих органів (посадових осіб), зокрема й надану йому в паперовій або електронній формі індивідуальну податкову консультацію, а також узагальнюючу податкову консультацію, закріплено ст. 17 Податкового кодексу України [7]. Процедура оскарження рішень контролюючих органів реґламентована ст. 56 Податкового кодексу України та деталізована Порядком оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами, затвердженим Міністрів фінансів України 21 жовтня 2015 р. № 916, із змінами та доповненнями. Указаним Порядком визначаються предмет оскарження, підвідомчість, формат та порядок розгляду скарг, вимоги щодо оформлення скарги, права особи, яка подала скаргу, зміст рішення про результати розгляду скарги тощо [8].

За правилами, встановленими ст. 56 Податкового кодексу України, предметом адміністративного оскарження можуть бути будь-які рішення, що суперечать законодавству або виходять за межі повноважень контролюючого органу, до яких можна віднести такі, як: податкові повідомлення-рішення; рішення про арешт активів платника; рішення про заборону здійснення операцій із заставними активами платника; рішення про продаж активів, що перебувають у податковій заставі, та інші, наприклад, рішення про відмову в реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, оскарження яких здійснюється з урахуванням деяких особливостей.

Зважаючи на інстанційність процедури адміністративного оскарження, за загальним правилом скарга подається до контролюючого органу вищого рівня, за винятком визначених у п. 56–1 ст. 56 Податкового кодексу України рішень, ухвалених контролюючим органом щодо нерезидентів (які здійснюють в Україні діяльність через відокремлені підрозділи, зокрема й постійні представництва), оскарження яких відбувається в тому контролюючому органі, який ухвалив ці рішення.

Залежно від підстав винесення рішень строки для їх оскарження в адміністративному порядку умовно поділяють на загальний (який становить 10 робочих днів після дня отримання платником рішення, яке оскаржується, та стосується всіх рішень податкових органів за винятком тих, для оскарження яких передбачено спеціальний строк) та спеціальний (тривалістю 30 календарних днів, що настають за днем надходження оскаржуваного рішення), який поширюється на випадки, коли податковий орган самостійно визначає грошове зобов'язання платника податків за причинами, які не пов'язані з порушенням податкового законодавства. До таких можна віднести, наприклад, рішення щодо визначення суми грошових зобов'язань зі сплати за землю чи з податку на нерухоме майно для фізичних осіб.

Скарга, подана з дотриманням зазначеного вище 10-денного строку, зупиняє виконання платником податків грошових зобов'язань, визначених у податковому повідомленні-рішенні (рішенні), на строк від дня подання такої скарги до контролюючого органу до закінчення процедури адміністративного оскарження, що пов'язують із днем, наступним за останнім днем строку, передбаченого для подання скарги, або із днем отримання платником податків рішення відповідного контролюючого органу про повне задоволення скарги; або із днем отримання платником податків рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику; або із днем отримання платником податків рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику; або із днем звернення платника податків до контролюючого органу із заявою про розстрочення, відстрочення грошових зобов'язань, що оскаржувались. Водночас день закінчення процедури адміністративного оскарження вважається днем узгодження грошового зобов'язання платника податків, з яким у платника податків виникає обов'язок сплатити суму такого узгодженого грошового зобов'язання. Тому дотримання такого строку є вкрай важливим для останнього для того, щоб неправомірно визначена, на думку платника, сума грошового зобов'язання не перетворилася на суму податкового боргу (з можливістю вжиття контролюючим органом до платника заходів її стягнення), а платник не був би позбавлений можливості для реалізації наданого йому права на адміністративне оскарження.

Із 23 травня 2020 р. у зв'язку з набранням чинності Законом України від 16 січня 2020 р. № 466–IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» платник податків, який пропустив десятиденний строк подання скарги, має право протягом 6 місяців із дати закінчення цього строку подати скаргу разом із клопотанням про поновлення пропущеного строку та копіями документів, що підтверджують поважність причин його пропуску (за наявності) [9]. Ухвалення такої норми, з одного боку, повинне вдосконалити досудовий захист прав платників податків, розширити їх можливістю поновлення пропущеного строку, однак, з іншого, може призвести до колізії, що натепер існує в питанні визначення строків звернення до суду з оскарженням рішень податкових органів, що попередньо проходили процедуру адміністративного оскарження.

Судова практика, що склалася натепер, на жаль, не є однозначною. Лише за останні два роки (за даними аналізу інформаційної системи «Єдиний державний реєстр судових рішень») Верховний Суд неодноразово змінював свою правову позицію щодо строків звернення до суду, зазначав як застосування скорочених строків, так і можли-

вість звернення до суду і в межах більш тривалого строку. Так, наприклад, у результаті проведеного аналізу правової позиції Верховного Суду, викладеної в постанові від 14 лютого 2019 р. у справі № 813/4921/17, можемо дійти такого висновку. Верховний Суд скасував рішення судів попередніх інстанцій і вказав, що Кодекс адміністративного судочинства (далі – КАС України) передбачає можливість установлення іншими законами спеціальних строків звернення до адміністративного суду, а також спеціального порядку обчислення таких строків. Такі спеціальні строки, на думку колегії суддів, мають перевагу в застосуванні проти загального строку звернення до адміністративного суду, визначеного ч. 2 ст. 122 КАС України, а також скорочених строків, визначених, зокрема, ч. 4 ст. 122 КАС України. Оскільки спеціальною нормою, яка регулює питання застосування строків звернення до адміністративного суду з позовами про визнання протиправними податкових повідомлень-рішень, є приписи п. 56.18 ст. 56 Податкового кодексу (далі – ПК) України (відповідно до яких платник податків з урахуванням строків давності, визначених ст. 102 ПК України, має право оскаржити в суді рішення контролюючого органу в будь-який момент після отримання такого рішення), Верховний Суд зробив висновок, що строк для звернення платника податків із позовом до адміністративного суду становить 1 095 днів, який належить обчислювати із дня отримання платником податків оскаржуваного рішення. У п. 56.19 ст. 56 Податкового кодексу України встановлено, якщо до подання позовної заяви було проведено процедуру адміністративного оскарження, платник податків має право оскаржити в суді податкове повідомлення-рішення або інше рішення контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання протягом місяця, що настає за днем закінчення процедури адміністративного оскарження. Тобто наведений пункт регулює ті самі правовідносини, що й п. 56.18 цієї ж статті. З огляду на те, що два зазначені приписи ПК України по-різному регулюють ті самі правовідносини та суперечать одне одному, Верховний Суд дійшов висновку, що в цій ситуації під час розгляду позовної заяви від платників податків про оскарження податкових повідомлень-рішень та інших рішень про нарахування грошових зобов'язань суди повинні вирішувати питання на користь платника податків і застосовувати п. 56.18 ст. 56 ПК України, яким передбачено більш тривалий строк для звернення до суду (а саме 1 095 днів), аніж п. 56.19 цієї ж статті (один місяць) [10].

У постанові від 11 жовтня 2019 р. у справі № 640/20468/18 Верховний Суд системно тлумачить норми права, які регулюють питання обчислення строку звернення до суду в податкових спорах, дійшов протилежного висновку, що строки звернення до суду після застосування досудового порядку вирішення спору є коротшими, ніж звичайні строки. Так, рішення контролюючих органів, які не стосуються нарахування грошових зобов'язань платника податків, за умови попереднього використання позивачем досудового порядку вирішення спору (застосування процедури адміністративного оскарження – абзац 3 п. 56.18 ст. 56 ПК України), оскаржуються в судовому порядку в такі строки: а) тримісячний строк для звернення до суду встановлюється за умови, якщо рішення контролюючого органу за результатами розгляду скарги було ухвалено та вручено платнику податків (скаржнику) у строки, установлені ПК України. Водночас такий строк обчислюється із дня вручення скаржнику рішення за результатами розгляду його скарги на рішення контролюючого органу; б) шестимісячний строк для звернення до суду встановлюється за умови, якщо рішення контролюючого органу за результатами розгляду скарги не було ухвалено та/або вручено платнику податків (скаржнику) у строки, встановлені ПК України. Водночас такий строк обчислюється із дня звернення скаржника до контролюючого органу з відповідною скаргою на його рішення. Під час розгляду цієї справи Верховний Суд за результатом комплексного аналізу правового регулювання зробив висновок, що норма п. 56.19 ст. 56 ПК України була та залишається спеціальною нормою, яка регулює визначену її предметом групу правовідносин – оскарження податкових повідомлень-рішень та інших рішень контролюючих органів про нарахування грошових зобов'язань [11].

7 жовтня 2020 р. Верховний Суд у постанові у справі № 500/2486/19 [12] зазначив, що спір щодо правомірності податкових повідомлень-рішень та/або інших рішень контролюючого органу про нарахування грошового зобов'язання після використання процедури адміністративного оскарження об'єктивно не може існувати протягом 1 095 днів, оскільки така тривалість порушує принцип правової визначеності як одного з основних елементів верховенства права, а також не забезпечує досягнення мети й завдань функціонування податкової системи, та передав справу до палати для розгляду справ щодо податків, зборів та інших обов'язкових платежів КАС ВС у зв'язку з необхідністю відступити від висновку щодо застосування норми права в подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів із цієї самої палати або у складі такої палати [13]. Оскільки справа ще не розглянута, правова колізія, що склалася стосовно строків оскарження, залишається невирішеною, що, звичайно, не сприяє належному врегулюванню процедури реалізації права платників податків на оскарження рішень податкових органів, які оскаржувалися в адміністративному порядку.

Якщо проаналізувати процедуру адміністративного оскарження, що діє в Україні, можна констатувати, що наявність такого інституту, є, безумовно, позитивним чинником у системі захисту прав платників податків. Яким би якісним (стабільним, зрозумілим для сприйняття учасниками податкових правовідносин) не було чинне податкове законодавство (а воно, на жаль, таким не є), яким би не був рівень розвитку публічного адміністрування, частка помилкових рішень та неправильних дій із боку суб'єктів владних повноважень є неминучою, як наслідок, у бізнесу завжди існує запит на можливість домогтися перегляду, скасування (відкликання) чи зупинення незаконних чи недобросовісних дій та рішень публічних суб'єктів. Оскільки звернення до суду потребує значного часу та витрат, для бізнесу актуальності набуває можливість досудового врегулювання проблемних ситуацій у стосунках із публічними суб'єктами через механізм відомчого (адміністративного) оскарження [14].

До переваг у виборі такого способу оскарження, крім недовготривалого строку розгляду та безкоштовності оскарження, на відміну від судового (де передбачено сплату судового збору, який, виходячи з усталеної судової практики щодо визнання майновою вимоги в разі оскарження донарахованого грошового зобов'язання, є досить значною), можна віднести закріплення законодавством низки гарантій для платника, які мають на меті забезпечити належний розгляд його скарги. До таких гарантій належать: 1) покладення на контролюючий орган обов'язку доведення під час процедури адміністративного оскарження правомірності будь-якого нарахування або будь-яке іншого рішення контролюючого органу, що є предметом оскарження; 2) обов'язок ухвалити рішення на користь платника податків (коли норма Податкового кодексу України чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі цього Кодексу, або коли норми різних законів чи різних нормативно-правових актів, або коли норми того самого нормативно-правового акта суперечать одна одній та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав і обов'язків платників податків або контролюючих органів, унаслідок чого є можливість ухвалення рішення на користь як платника податків, так і контролюючого

органу). Як і в разі судового способу оскарження, якщо платник податків оскаржує рішення контролюючого органу в адміністративному порядку, повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення щодо ухилення від сплати податків не може ґрунтуватися суто на цьому рішенні до закінчення процедури адміністративного оскарження.

Однак практична реалізація цих гарантій залишає бажати кращого. На думку Ради бізнес-омбудсмена, вимірювання й оцінка ступеня реалізації цих гарантій взагалі ускладнені відсутністю належного обґрунтування рішень контролюючих органів, оскільки ані ПК України, ані Порядок розгляду скарг не встановлюють, яким чином має бути обґрунтоване рішення контролюючого органу. На думку ж Ради, обґрунтоване рішення повинне не тільки відсилати до норм законодавства, але і містити належну оцінку пред'явлених сторонами доказів і вмотивовані висновки за наслідками вивчення документів та матеріалів скарги, доречні та важливі аргументи сторін. Проте за відсутності системного регулювання даного питання контролюючий орган фактично самостійно встановлює стандарт обґрунтування для своїх рішень [15, розд. 7].

Разом із перевагами адміністративного оскарження, проаналізованими вище, варто зазначити, що деякі аспекти такого оскарження можуть мати для платника податків і негативні наслідки. До таких наслідків можна віднести право контролюючого органу, надане йому в пп. 78.1.5 п. 78.1 ст. 78 Податкового кодексу України, на проведення позапланової перевірки платника, що звернувся з оскарженням рішення. Тобто йдеться про проведення фактично повторної перевірки. Вказана правова норма дозволяє дійти висновку, що проведення документальної позапланової перевірки на цій підставі є законним лише в разі дотримання сукупності умов, як-от: подання заперечень до акта перевірки або скарги на ухвалене податкове повідомлення-рішення; наявність вимог про повний або частковий перегляд результатів перевірки або скасування оскаржуваного податкового повідомлення-рішення; вказівка платником податків на обставини, які не були досліджені під час перевірки; неможливість перевірки таких обставин без проведення перевірки. Законодавець передбачає ще один спосіб захисту від зловживань посадовими особами податкового органу – обмежує предмет такої перевірки суто питаннями, що стали предметом оскарження. Водночас податкове законодавство, яке не дає визначення предмета перевірки, не врегульовує і питання, що стали предметом оскарження. Якщо первинній перевірці підлягали питання повноти обчислення та сплати податку на прибуток, наприклад, і за її результатами встановлені порушення (які складаються із декількох, що призвели до зазначеного в акті висновку), а платником оскаржується одне з них, як визначити предмет і питання, що підлягають перевірці? На практиці це питання вирішується проведенням фактично повторної перевірки, у результаті якої сума заниженого податку може навіть і збільшитися (зокрема і через порушення, що не були відображені в первинному акті). Таке вирішення питання не сприяє підвищенню довіри у платників податків до такого варіанта оскарження, незважаючи на його позитивні аспекти.

Деякі побоювання у виборі такого способу оскарження викликає у платників і можливість отримати в результаті адміністративного оскарження рішення про збільшення суми грошового зобов'язання, тобто рішення, що буде менш сприятливим для платника, ніж те, що ним оскаржувалося. Аналіз інформаційних даних, розміщених на офіційному сайті Державної податкової служби України, свідчить, що такі рішення ухвалюються. Так, наприклад, протягом 1-го півріччя 2020 р. за результатами розгляду скарг платників податків було збільшено суму грошових зобов'язань на 3 043,2 тис. грн, а у 2019 р. – 229,3 тис. грн. Водночас, незважаючи на це, платники податків використовують адміністративний спосіб оскарження досить активно, хоча відсоток ухвалених рішень на користь платника є значно нижчим від судового. За 9 місяців 2020 р. Державною податковою службою України за результатами розгляду 13 616 скарг на 18 153 податкових повідомлень-рішень було скасовано цілком або частково 4 069 податкових повідомлень-рішень на 7 130,4 млн грн, що становить лише 22, 4% [16]. Судами ж за аналогічний період на користь платників податків вирішено 5,82 тис. справ на 23,2 млрд грн із 9,06 тис. розглянутих на 37,3 млрд грн, що становить 64,2% [17]. У 2017 р. органами Державної фіскальної служби України були розглянуті скарги платників податків на 15 152 податкових повідомлень-рішень, у 2018 р. – на 23 366, у 2019 р. – 24 841. Публічна інформація, оприлюднена на офіційному вебсайті контролюючого органу, свідчить, що частка повністю або частково скасованих у рамках цієї процедури податкових повідомлень – рішень становить: у 2017 р. – 11,35%; у 2018 р. – 16,01%; у 2019 р. – 18,5%. На жаль, інформації щодо проходження вказаними рішеннями процедури адміністративного оскарження у відкритих джерелах немає. Вказане унеможливлює здійснення аналізу щодо якісної складової частини розгляду скарг у разі адміністративного оскарження й оцінки його ефективність. А про ефективність у цьому разі будуть свідчити передусім результати судового оскарження, якщо обґрунтованість та законність донарахування контролюючого органу (що попередньо перевірялася у процесі адміністративного оскарження) будуть підтверджені судом, це і буде свідчити про те, що інститут адміністративного оскарження як спосіб досудового врегулювання податкових спорів є дієвим та таким, що підлягає подальшому існуванню та розвитку.

Слушною щодо цього є думка Ради бізнес-омбудсмена, викладена в системному звіті «Адміністрування податків, які сплачує бізнес», що окремою проблемою процедури адміністративного оскарження є необхідність забезпечення послідовності та системності в ухваленні рішень контролюючими органами за результатами розгляду скарг платників. Вказану проблему можна вирішити через публікацію рішень Державної податкової служби України, ухвалених за наслідками розгляду скарг платників, з урахуванням вимог щодо конфіденційності та захисту інформації у форматі реєстру (такого, наприклад, як Реєстр індивідуальних податкових консультацій). Необхідно вказувати в реєстрі інформацію про подальше оскарження відповідного рішення в судовому порядку (якщо таке буде) та його результати. Це дозволить забезпечити послідовність підходів контролюючих органів для платників. Можливість ознайомлення із практикою розгляду таких скарг дозволила б платникам реально зважити свої шанси на успіх у процедурі адміністративного оскарження, а також краще підготуватися до розгляду матеріалів скарги, особливо невеликим платникам, у яких обмежені ресурси для залучення професійних консультантів. Це також дозволить пересвідчитися платнику та третім сторонам, що під час ухвалення рішення контролюючий орган не керується подвійними стандартами, що свідчитиме на користь відкритості та прозорості органів податкової служби [15, розд. 7].

Висновки. У підсумку можемо зазначити, що процедура досудового вирішення податкових спорів є досить простою, якщо порівнювати її із судовою процедурою. Водночас платник податків не зобов'язаний доводити істинність своїх переконань у процесі розгляду такої скарги. Якщо порівнювати адміністративний та судовий способи оскарження, стає очевидним, що безсумнівним плюсом першого є те, що він є швидшим за тривалістю процедури, а рішення, ухвалені за результатами такого розгляду, набирають чинності негайно та підлягають безумовному виконанню. Право на адміністративне оскар-

ження рішень контролюючих органів є важливим та необхідним механізмом досудового врегулювання спору між платником податків і контролюючим органом, який дає можливість захистити інтереси платника податків, виявити недоліки в роботі контролюючих органів та своєчасно їх усунути, зекономити час та зусилля, оминаючи звернення до суду.

З метою забезпечення послідовності та системності в ухваленні рішень контролюючими органами за результатами розгляду скарг платників доцільно було б запровадити ведення публічного реєстру таких рішень, щоби будь-яка особа, яка має намір розпочинати процедуру адміністративного оскарження або лише прогнозує свої дії щодо застосування податкового законодавства, мала можливість аналізувати практику вирішення проблемних питань. Запровадження такого реєстру також буде свідчити на користь відкритості та прозорості органів податкової служби.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про затвердження Положення про порядок подання та розгляду скарг платників податків державними податковими адміністраціями : наказ Державної податкової адміністрації України від 11 грудня 1996 р. № 29. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0723-96 (дата звернення: 16.11.2020).
2. Про державну податкову службу в Україні : Закон України від 4 грудня 1990 р. № 509–XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/509-12/ed19961211 (дата звернення: 18.11.2020).
3. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96 (дата звернення: 18.11.2020).
4. Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами : Закон України від 21 грудня 2000 р. № 2181–III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2181-14/ed20001221 (дата звернення: 18.11.2020).
5. Про внесення змін до Положення про порядок розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби : наказ Державної податкової адміністрації України від 2 березня 2001 р. № 82. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0238-01 (дата звернення: 18.11.2020).
6. Про затвердження Положення про порядок подання та розгляду скарг платників податків органами державної податкової служби : наказ Державної податкової адміністрації України від 23 грудня 2010 р. № 1001. URL: https:/zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0010-11 (дата звернення: 18.11.2020).
7. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755–VI / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 18.11.2020).
8. Порядок оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами : наказ Міністра фінансів України від 21 жовтня 2015 р. № 916. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1617-15 (дата звернення: 18.11.2020).
9. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Закон України від 16 січня 2020 р. № 466–IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-20 (дата звернення: 18.11.2020).
10. Постанова Верховного Суду від 14 лютого 2019 р. у справі № 813/4921/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79846139 (дата звернення: 19.11.2020).
11. Постанова Верховного суду від 11 жовтня 2019 р. у справі № 640/20468/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85033140 (дата звернення: 19.11.2020).
12. Постанова Верховного суду від 7 жовтня 2020 р. у справі № 500/2486/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92051828 (дата звернення: 19.11.2020).
13. Постанова Верховного Суду від 3 квітня 2020 р. у справі № 2540/2576/18. URL: /https://reyestr.court.gov.ua/Review/88575707 (дата звернення: 19.11.2020).
14. Системний звіт Ради офіс-омбудсмена «Адміністративне оскарження: поточний стан та рекомендації». URL: https://boi.org.ua/publications/systemic/reports/ (дата звернення: 19.11.2020).
15. Системний звіт Ради офіс-омбудсмена «Адміністрування податків, які сплачує бізнес». URL: https://boi.org.ua/files/report/administering/taxes.pdf (дата звернення: 19.11.2020).
16. Апеляційна практика. URL: https://tax.gov.ua/diyalnist-/pokazniki-roboti/vregulyuvannya-podatkovih/apelyatsiyna-praktika (дата звернення: 19.11.2020).
17. Інформація щодо оскарження рішень. URL: https://tax.gov.ua/diyalnist-/pokazniki-roboti/vregulyuvannya-podatkovih/informatsiya-schodo-oskarjen-rishen/439466.html (дата звернення: 19.11.2020).

УДК 342.9:35.072.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/76

ІНСТИТУТ КОНТРОЛЬНО-НАГЛЯДОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ НАДРОКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ

INSTITUTE OF CONTROL AND SUPERVISION ACTIVITY IN THE FIELD OF SUB-USE IN UKRAINE

Мачуська І.Б., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного та трудового права
Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана

У статті досліджується інститут «контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування». Акцентується увага на тому, що достовірність результатів науково-правових досліджень залежить від правильно вибраної сукупності методів пізнання правових явищ та наявності поняттєво-категоріального апарату.

Автором досліджені поняття «діяльність», поняття та ознаки правового інституту та галузевого нормативно-правового інституту. Доведено, що правовою формою здійснення управлінської діяльності є однорідна за своїм характером діяльність державних органів.

Акцентується увага на тому, що контроль і нагляд є основними способами забезпечення дисципліни та законності в державному управлінні. Зазначено, що контроль виступає важливою ознакою змісту державного управління.

Висловлюється думка, що в науковій літературі одним із проблемних питань є теоретичне дослідження понять «контроль» та «нагляд», у тому числі й у сфері надрокористування в України. Досліджено, що контроль розглядається як спосіб забезпечення законності й дисципліни в процесі здійснення державної виконавчої влади, призначення нагляду полягає у виявленні та попередженні правопорушень, усуненні їхніх наслідків. Автором проаналізовано поняття нагляду, що являє собою виявлення та попередження правопорушень, усунення їхніх наслідків та притягнення винних до відповідальності.

У статті проаналізовано питання щодо співвідношення понять «нагляд» і «контроль». Встановлено, що контроль і нагляд являють собою єдине системне явище – контрольно-наглядову діяльність.

Зазначено, що контрольна і наглядова діяльність щодо забезпечення законності в державному управлінні притаманна всім сферам суспільних відносин, однією з яких є гірничодобувний сектор економіки.

У статті проаналізовано поняття контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування. Досліджено інститут контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування.

Ключові слова: надра, надрокористування, корисні копалини, гірничі відносини, охорона та використання надр, контрольно-наглядова діяльність у сфері надрокористування, інститут.

The article examines the institute of “control and supervision activities in the field of subsoil use”. Emphasis is placed on the fact that the reliability of the results of scientific and legal research depends on the correctly chosen set of methods of cognition of legal phenomena and the availability of conceptual and categorical apparatus.

The author explores the concept of “activity” of the concept and features of the legal institute and the branch legal institute. It is proved that the legal form of administrative activity is homogeneous in nature the activities of state bodies.

Emphasis is placed on the fact that control and supervision are the main ways to ensure discipline and legality in public administration. It is noted that control is an important feature of the content of public administration.

The opinion is expressed that in the scientific literature one of the problematic issues is the theoretical study of the concepts of “control” and “supervision”, including in the field of subsoil use in Ukraine. It is investigated that control is considered as a way to ensure legality and discipline in the exercise of state executive power, the purpose of “supervision” is to identify and prevent offenses, eliminate their consequences. The author analyzes the concept of “supervision”, which is the detection and prevention of offenses, eliminating their consequences and bringing the perpetrators to justice.

The article analyzes the relationship between the concepts of “supervision” and “control”. It is established that control and supervision is the only systemic phenomenon – control and supervision.

It is noted that control and supervisory activities to ensure the rule of law in public administration are inherent in all spheres of public relations, one of which is the mining sector of the economy.

The article analyzes the concept of control and supervision activities in the field of subsoil use. The institute of control and supervision activity in the field of subsoil use is investigated.

Key words: subsoil, subsoil use, minerals, mining relations, protection and use of subsoil, control and supervision activities in the field of subsoil use, institute.

Постановка проблеми. Україна перебуває у складному історичному періоді формування держави європейського рівня на етапі становлення демократичних засад в українському суспільстві та реформування системи влади і державного управління. Визначним елементом такого реформування є формування державних інституцій, що мають радикально змінити систему державного управління. Процес інтеграції України до спільноти європейських держав як рівноправної, демократичної, соціальної, правової держави потребує правового визначення сутності, місця, ролі та функцій державного контролю та нагляду в системі державного управління [1, с. 34].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання врегулювання інституту публічного контролю і нагляду висвітлені в працях таких науковців: В.Б. Авер’янова, О.Ф. Андрійко, В.П. Беляєва, О.Г. Бондар, Ю.П. Битяка, Т.С. Голоднової, Ю.О. Голуб, Л.В. Дікань, З.Р. Кісіль, Р.В. Кісіль, В.І. Курило, Т.О. Ольхової, І. Павлик, О.Ю. Піддубного, О.П. Світличного, В.В. Середи, О. Г. Яреми.

Метою статті є дослідження інституту контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування в Україні.

Виклад основного матеріалу. З часу набуття Україною незалежності в ній відбуваються докорінні зміни у функціонуванні інститутів публічного контролю [2, с. 47].

Натепер Україна знаходиться на етапі становлення як держава європейського рівня, де формуються новітні державні інститути державного управління, контролю і нагляду, в основі котрих лежить адаптація норм вітчизняного законодавства до норм ЄС.

Необхідною умовою реалізації політичних та соціально-економічних перетворень в Україні є поступове приведення державного управління до рівня європейських стандартів, забезпечення єдиного злагодженого механізму діяльності всіх органів влади, в тому числі й органів, що здійснюють контрольно-наглядову діяльність.

Одним із важливих об'єктів уваги юридичної науки є питання організації та здійснення контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування.

Доцільно погодитися з думкою О.Г. Бондар, що достовірність результатів науково-правових досліджень у значній мірі залежить від правильно вибраної сукупності методів пізнання правових явищ та наявності поняттєво-категоріального апарату [3, с. 22]. Саме вони є необхідними для дослідження правової природи контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування.

Принцип диференціації, що притаманний системі права України, зумовлює його поділ на окремі елементи, які регулюють окремі види суспільних відносин, взаємодія яких спричиняє формування галузей та інститутів права.

Правові приписи (норми) мають бути згруповані в організовані комплекси, які, переслідуючи спільну мету, здійснюють управління суспільним життям. Об'єктивною матеріальною передумовою інтеграції правових норм в інститути є наявність відповідного різновиду суспільних відносин [4, с. 79]. Тобто норми права створюють галузь права не безпосередньо, а через інститути [5, с. 388].

Інститути права є окремими елементами в системі права, формування яких зумовлено метою правового регулювання. Дефініція «інститут» має універсальне значення, що дозволяє застосовувати його в різних напрямах наукових досліджень, включаючи право. Поняття «інститут» походить від латинського «institutum», що означає «організація, лад; запроваджений порядок» [6, с. 307].

У наукових колах питанню теоретико-правового дослідження дефініції «інститут права» було присвячено низку наукових праць. Так, на думку Н.М. Пархоменко, інститут права – це сукупність відокремлених, взаємопов'язаних правових норм, що утворюють частину галузі права та регулюють певну сторону однорідних суспільних відносин [7, с. 198]. Л.І. Заморська пропонує визначення інституту права як відображення нормативності в праві, що визначається як регламентована та конкретизована правовим режимом цілісна сукупність однорідних юридичних норм, за допомогою яких здійснюється регулювання певної групи суспільних відносин через застосування відповідного методу правового регулювання з метою досягнення відповідної цілі [4, с. 81]. О.А. Кірімова зазначає, що правовий інститут являє собою відокремлений комплекс правових приписів, які регулюють за допомогою специфічних прийомів та способів однорідний вид або сторону суспільних відносин. Притому вчена звертає увагу на його відносну самостійність у регламентації відокремлених видових суспільних відносин всередині конкретної галузі, оскільки правові спільності, які не володіють даною ознакою, зливаються, утворюють єдине поле, не можуть виступати окремими структурними елементами [8, с. 14–15]. А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков роблять висновок, що інститут права – це таке угрупування норм права певної галузі чи підгалузі, котре регулює конкретний вид чи сторону однорідних суспільних відносин [9, с. 200].

Таким чином, правовий інститут – це порівняно невелика спільність норм, специфіка та автономність якої не виходять за рамки однієї галузі права. Інтегрування правових норм у правові інститути відбувається внаслідок свідомої типізації правознавцем юридичних норм у комплекси норм, являючи собою процес становлення, формування, розвитку й удосконалення правових інститутів [10, с. 103].

Норми права створюють галузь права не безпосередньо, а через інститути, що відрізняється від галузі права передусім за обсягом правового регулювання, оскільки він регулює не всю сукупність якісно однорідних суспільних відносин, а лише їхні окремі сторони [5, с. 338].

Відмінність інституту від галузі полягає в тому, що інститут регулює не всю сукупність відповідних суспільних відносин, а лише різні сторони, особливості одного типового суспільного відношення [11, с. 82].

Правовий інститут характеризується певними ознаками, а саме: 1) правовий інститут є складовою частиною галузі права; 2) однорідність змісту суспільних відносин, 3) спільний предмет правового регулювання; 4) нормативна впорядкованість; 5) відносна самостійність у межах галузі; 6) юридична єдність правових норм, заснована на змісті та юридичній формі виразу [12, с. 159].

Оскільки правовий інститут спрямований на регулювання однорідних суспільних відносин, доцільно за основу виокремлення взяти самостійну групу відносин у сфері надрокористування. В основу визначення правового інституту покладена «однорідність» норм, що регулюють певну групу суспільних відносин щодо охорони, контролю і нагляду за їх раціональним використанням. Визнання контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування окремим правовим інститутом дозволить довести його систему до ефективного регулювання.

Іноді деякі відносини регулюються нормами різних галузей права, тому ці норми утворюють комплексний інститут права. Це так звані вторинні угрупування системи права. До них, крім комплексних інститутів, належать міжгалузеві комплекси, які об'єднують деякі галузі, підгалузі та інститути права [9, с. 200].

Галузевий нормативно-правовий інститут є сукупністю нормативно-правових приписів, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин у межах предмета правового регулювання, що покликаний забезпечити цілісність нормативно-правового регулювання в межах відповідної галузі.

Галузеві нормативно-правові інститути забезпечують нормативно-правове регулювання в межах відповідної галузі, що складається із приписів, які базуються на нормах однієї галузі права та регулюють відповідну сферу однорідних суспільних відносин. Галузеві нормативно-правові інститути повинні складатися в основному з нормоутворюючих приписів (регулятивних та охоронних) [13, с. 56]. На думку А.С. Піголкіна, «наявність такого виду інститутів пояснюється тим, що в однорідності відносин, які регулюються галуззю права, завжди присутня деяка кількість інших відносин, відмінних за формою, але тісно пов'язаних з іншими за своїм призначенням [14, с. 182].

Поняття «діяльність» є філософською категорією і має широкий спектр, що використовується в різних сферах суспільного життя. Структурною одиницею діяльності є дія. Зміст діяльності зумовлений специфікою об'єктів, на які вона спрямована (природних чи соціальних) [15, с. 25]. Основними ознаками діяльності є: єдність теоретичного процесу, діяльність суб'єктів, об'єкти діяльності, зміст і мета [16, с. 37–38].

Правовою формою здійснення управлінської діяльності є однорідна за своїм характером діяльність державних органів. Серед правових форм здійснення управлінської діяльності специфічне місце займає контрольно-наглядова діяльність. В її основу як окремої юридично значущої форми управлінської діяльності покладено два поняття: «контроль» і «нагляд» [17, с. 30].

Контроль і нагляд є основними способами забезпечення дисципліни та законності в державному управлінні. Контроль є органічною частиною управління, однією з основних його функцій. Він є одним із найбільш поширених і дієвих засобів забезпечення законності, сутність якого полягає в тому, що суб'єкт контролю здійснює перевірку й облік того, як контрольований об'єкт виконує покладені на нього завдання і реалізує свої функції [18, с. 30].

Контроль є специфічною формою діяльності, що знаходить своє відображення в різних сферах суспільних відносин, що дає можливість виділяти певні характерні осо-

бливості цього поняття. Як форма юридичної діяльності контроль характеризується такими ознаками: контроль належить до компетенції органів державної влади; контрольні функції здійснюються органами публічної влади відповідно до правових норм; контроль являє собою діяльність органів публічної влади, направлену на досягнення певного результату.

Нагляд полягає в системному спостереженні уповноважених центральних органів виконавчої влади за діяльністю органів і суб'єктів з метою виявлення порушень законності. Основними ознаками нагляду є: здійснюється державними органами щодо суб'єктів, які їм організаційно не підпорядковані; у процесі нагляду застосовуються заходи адміністративного впливу; здійснюється за дотриманням відповідними суб'єктами спеціальних правових норм і правил [19, с. 37].

Доцільно зазначити, що контроль має принципові відмінності від нагляду, оскільки має статус родового поняття, що охоплює нагляд як особливий вид контролю.

Водночас контроль і нагляд являють собою єдине системне явище – контрольно-наглядову діяльність. Контрольно-наглядова діяльність притаманна всім галузям державного механізму. Контрольно-наглядова діяльність є окремим різновидом соціальної та юридичної діяльності, що характеризується наявністю мети; взаємодією компонентів; усвідомленістю; здатністю до самоорганізації; державно-владним і організуючим характером.

Це дає підстави визначити контрольно-наглядову діяльність як особливий напрям діяльності уповноважених державних органів, що спрямована на своєчасне дослідження та виявлення проблем між суб'єктами і об'єктами контролю та нагляду, що здійснюється на основі правових норм.

Контрольна і наглядова діяльність щодо забезпечення законності в державному управлінні притаманна всім сферам суспільного життя. Одним із секторів економіки України є гірничодобувний сектор. Гірнича (гірничодобувна́) промисловість – одна з галузей економіки України, що являє собою комплекс галузей важкої промисловості з розвідування родовищ корисних копалин, видобування їх з надр землі та збагачення корисних копалин. Гірнича промисловість має специфічні особливості, а саме: вплив природних факторів; прив'язка до родовищ корисних копалин; зміни гірничо-геологічних умов розробки родовищ корисних копалин. Стан і розвиток такої важливої для економіки держави галузі залежить від ефективності використання наявної мінерально-сировинної бази – сукупності розвіданих і попередньо оцінених запасів корисних копалин, що може бути застосована в галузях економіки з метою забезпечення економічної безпеки держави. Мінерально-сировинна база України є досить вагомою у світовому вимірі – 20 тис. родовищ і проявів 117-ти видів корисних копалин, з яких 8290 родовищ [20, с. 138].

Під надрокористуванням розуміється діяльність користувачів надрами, що передбачена та захищена законом і здійснюється на території України або на територіях, що підпадають під її юрисдикцію, спрямовану відповідно до цільового призначення виду надрокористування, на використання корисних якостей конкретної ділянки надр для вивчення, розвідки, видобутку або використання іншим чином ресурсів, що в них містяться, включаючи корисні копалини [21].

Отже, вищенаведене дає можливість визначити контрольно-наглядову діяльність у сфері надрокористування як одну із форм реалізації державної влади, що забезпечує дотримання законності щодо раціонального використанням надр та їх охорони в процесі діяльності гірничодобувних підприємств та геологічного вивчення надр.

Таким чином, це дає підстави визначити контрольно-наглядову діяльність у сфері надрокористування як діяльність, що здійснюється відповідно до норм законодавства уповноваженими публічними органами, метою яких є забезпечення законності щодо раціонального та ефективного використання надр та їх охорони під час проведення геологічного вивчення надр, ефективної експлуатації родовищ корисних копалин, забезпечення безпеки праці в діяльності гірничого підприємства, спостереження за функціонуванням гірничих підприємств та застосування заходів щодо попередження й усунення порушень законодавства у сфері надрокористування.

Аналізуючи вищезазначене, необхідно виділити характерні властивості інституту контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування, а саме: 1) комплексний зміст, що включає сукупність правових норм, які стосуються правової охорони та використання надр та діяльності гірничих підприємств; 2) регулятивний характер (комплекс юридичних норм впливає на відносини у сфері надрокористування, у сфері гірничої діяльності); 3) взаємозв'язок з іншими нормами права, що належать до різних правових інститутів (адміністративного, земельного, водного, цивільного); 4) наявність юридичних засобів впливу; 5) внутрішня організація (наявність кола суб'єктів, їхній правовий статус, права і обов'язки); 6) предметний характер; 7) галузевий сутнісний зміст, іншими словами, створюється з норм, які належать лише до певної галузі права.

Висновки. Контроль і нагляд є одним із найактуальних інститутів, завдяки діяльності якого забезпечується розвиток системи державного управління в Україні.

Процес інтеграції України до ЄС потребує правового визначення сутності державного контролю та нагляду в системі державного управління.

Особливого значення контрольно-наглядова діяльність набуває в контексті охорони та раціонального використання природних ресурсів, у тому числі й надр. Здійснення державними органами контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування дозволить забезпечити додержання вимог законодавства, спрямованих на раціональне використання корисних копалин, охорону надр та забезпечення екологічної безпеки.

Для забезпечення раціонального використання й охорони надр контрольно-наглядові функції мають бути здійснені на всіх стадіях використання надр, а саме: геологічного вивчення надр, відкриття, діяльності та консервації гірничих підприємств та забезпечення безпеки під час розроблення та експлуатації родовищ корисних копалин.

Отже, інститут права – це конкретизована правовим режимом цілісність правових норм, за допомогою яких здійснюється регулювання групи суспільних відносин через застосування галузевого методу регулювання для досягнення спільної мети [22, с. 135]. Таким чином, інститут права є відображенням нормативності в праві, який визначається як регламентована та конкретизована правовим режимом цілісна сукупність однорідних юридичних норм, за допомогою яких здійснюється регулювання певної групи суспільних відносин через застосування відповідного методу правового регулювання з метою досягнення відповідної цілі. Тому правовий інститут, як системно-структурна складова частина права, впорядковує такі суспільні відносини, що підлягають нормативній регламентації правовими приписами, які входять до нього.

Інститут контрольно-наглядової діяльності у сфері надрокористування являє собою сукупність відокремлених, взаємопов'язаних правових норм щодо правової охорони та використання надр, що утворюють частину галузі адміністративного та екологічного права та регулюють певну групу однорідних суспільних відносин.

ЛІТЕРАТУРА

1. Горбова Н.А. Природа державного контролю (нагляду) та генезис його законодавчого визначення. *Право та державне управління.* 2019. № 1 (34). Т. 1. С. 34–42.

2. Курило В.І., Світличний О.П. До питання діяльності органів публічної влади у сфері контролю за використанням та охороною земельних ресурсів. *Землеустрій, кадастр і моніторинг земель.* 2013. № 1–2. С. 47–52.

3. Бондар О.Г. Контрольно-наглядова діяльність у сільському господарстві України: аграрно-правовий аспект : дис. … на здобуття наукового ступеня докт. юридичних наук : 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» ; 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Київ, 2015. 504 с.

4. Заморська Л.І. Інститут права як вираження правової нормативності та його властивості. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/6367/%D0%97%D0%B0%D0%BC%D0%BE%D1%80%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y

5. Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академ. курс : підручн. Київ : Юринком Інтер. 2006. 688 с.

6. Сучасний словник іншомовних слів: близько 20 тис. слів і словосполучень / Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні ; уклад. : О.І Скопненко, Т.В. Цимбалюк. Київ : Довіра, 2006. 789 с.

7. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2008. 336 с.

8. Киримова Е.А. Правовой институт: теоретико-правовое исследование : автореф. дисс. … на соискание уч. степени канд. юрид. наук : 12.00.01. 1998. 23 с.

9. Колодій А.М., Копєйчиков В.В., Лисенков С.Л. Теорія держави і права : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 368 с.

10. Гаврилюк А.М. Правовий інститут: передумови, підстави та шляхи формування. *Актуальні проблеми держави і права.* 2004. С. 101–106.

11. Івчук Ю.Ю. Інститут трудового права. *Право і безпека.* С. 81–84.

12. Луць Л.А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник. Київ : Атіка, 2007. 412 с.

13. Левицька Н.О. Галузеві нормативно-правові інститути: теоретичні питання. *Вісник Львівського університету. Серія юридична.* 2013. Випуск 57. С. 53–59.

14. Піголкин А.С. Общая теория права : учебник для юридических вузов. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1996. 384 с.

15. Настасяк І. Загальнотеоретичний аналіз правової діяльності, в контексті дослідження функційної частини правової системи. *Національний юридичний журнал: теорія і практика.* 2018. № 1. С. 24–28.

16. Гусарев С.Д., Тихоміров О.Д. Юридична деонтологія. Основи юридичної діяльності : навч. посіб. Київ : Знання, 2008. 495 с.

17. Бондар О.Г. Контрольно-наглядова діяльність у сільському господарстві України: аграрно-правовий аспект : дис. … на здобуття наукового ступеня докт. юридичних наук : 12.00.06 ; 12.00.07. Київ, 2015. 504 с.

18. Колпаков В.К. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 736 с.

19. Шемчук В. Співвідношення понять «контроль» та «нагляд» у діяльності прокуратури. *Право України*. 2007. № 7. С. 34–37.

20. Мачуська І.Б. Екологічне право : навчальний посібник. Київ : КНЕУ. 2009. 301 с.

21. Про надра : Кодекс України від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР).* 1994. № 36. Ст. 340.

22. Оборотов Ю.Н. Общетеоретическая юриспруденция. Учебный курс : учебник. Одесса : Феникс, 2011. 436 с.

УДК 38.334
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/77

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНЕ ПІДПРИЄМНИЦТВО У ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ УКРАЇНИ

INTELLECTUAL ENTREPRENEURSHIP IN THE UKRAINIAN LEGAL SPACES

Петренко В.О, д.т.н., заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри інтелектуальної власності та управління проєктами
Національна металургійна академія України

Рудченко О.В., приватний нотаріус
Київський міський нотаріальний округ

Маймур Є.Ф., студентка III курсу
Інститут права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Древнов І.Д., магістрант V курсу
механіко-машинобудівного факультету
Національна металургійна академія України

Джурко М.Г., магістрант V курсу
механіко-машинобудівного факультету
Національна металургійна академія України

Стаття присвячена аналітичним дослідженням питань інтелектуального підприємництва у правовому просторі України. У сучасних умовах трансформаційних перетворень постає питання впровадження результатів інтелектуальної діяльності людей. Дослідники інтелектуального підприємництва, серед яких Г.Б. Тимохова, О.Б. Бутнік-Сіверський, уважають, що сфера послуг інтелектуального підприємництва активно розвивається, тому межі сектора швидко змінюються, часто наявні класифікації не встигають до цього адаптуватися, але вимагають від підприємств нових підходів у їхній діяльності. Вимогою часу постає поява розробників інтелектуальних послуг. Підтримуємо позицію О.Б. Бутнік-Сіверського, проте треба наголосити, що сутність інтелектуального підприємництва визначає необхідність наявності набуття майнових прав інтелектуальної власності. Майнові права на об'єкти інтелектуальної власності є, серед іншого, товаром у відносинах та діяльності інтелектуального підприємництва. Ігнорування правових вимог спричиняє ризикові ситуації та призводить до збитків у господарській діяльності підприємців. І.Д. Падерін, Ю.Г. Горященко, О.В. Романов обґрунтовують, що «ринок новацій, конкуренції і капіталів створює сферу інтелектуальної діяльності, яку визначають як колективу діяльність людей щодо забезпечення доведення науково-технічних ідей, винаходів до результату, придатного до практичного застосування, та їх реалізації на ринку з метою задоволення потреб суспільства у конкурентоспроможних товарах та послугах. У цьому аналітичному доробку обґрунтовуються питання життєвого циклу інтелектуального продукту, який визначається як період, що починається з фундаментальних та прикладних досліджень і включає всі етапи до моменту, коли нововведення потребує заміни його якісно новим, сучаснішим». Автори П.В. Пашко, Л.Л. Лазебник, Ю.В. Кіндзерський та інші підкреслюють важливість «недержавних форм господарювання, які забезпечили історичну тяглість підприємництва, відтворення неформальних інститутів економічної ініціативи, ризиковості, відповідальності, солідарності, самоорганізації». В.В. Зянько декларує, що «інноваційний ринок товарів включає: науково-технічну продукцію, проєктно-конструкторську продукцію, інформаційні послуги, техніко-технологічну продукцію. Якщо інноваційний товар не приносить прибутку, то не може бути мови про ринкові відносини». П.М. Цибульов стверджує, що інноваційна продукція, яку випускають підприємницькі структури, загалом використовується для внутрішнього застосування. Ті підприємства, які виготовляють інноваційну продукцію з використанням винаходів, отримують прибуток. В епоху трансформаційних перетворень, які відбуваються в суспільстві, реформуванням основних сфер його життєдіяльності необхідне теоретичне переосмислення сутності, значення та природи правозастосовної діяльності. Виникають абсолютно нові суб'єкти правозастосування, а також трансформуються відносини між учасниками. Тому необхідно теоретичне обґрунтування шляхів удосконалення правореалізаційного процесу, особливо правозастосовного супроводження впровадження інноваційного підприємництва, що слугуватиме підґрунтям для правової захищеності громадян та юридичних осіб.

Ключові слова: об'єкти права інтелектуальної власності, підприємництво, інтелектуальні послуги, інноваційний ринок товарів, комерціалізація.

An article devoted to the analytical study of intellectual entrepreneurship in the legal space of Ukraine. In modern conditions of transformational inversions there is a question of introduction of results of intellectual activity of people. Researchers of intellectual entrepreneurship, including G.B. Timokhova, O.B. Butnik-Siversky believe that the field of intellectual entrepreneurship services is actively developing, so the boundaries of the sector are changing rapidly, and often the existing classifications do not indicate this accession, but require new approaches to enterprises in their activities. The developer of intelligent services is a requirement of time. Supporting the position of O.B. Butnik-Siversky it should be emphasized that the essence of intellectual entrepreneurship determines the need for the acquisition of intellectual property rights. Property rights to intellectual property are, however, several goods in the relations and activities of intellectual entrepreneurship. Ignoring legal requirements creates risky situations and leads to losses in the economic activity of entrepreneurs. I.D. Paderin, Y.G. Goryashchenko, O.V. Romanov substantiate that "the market of innovations, competition and capital creates a sphere of intellectual activity, which is defined as a collective activity of people to ensure the bringing of scientific and technical ideas, inventions to a result suitable for practical application and their implementation in the market to meet the needs of society in competitive goods and services. This analytical work substantiates the issues of the life cycle of an intellectual product, which is defined as a period that begins with basic and applied research and includes all stages until the moment when the innovation needs to be replaced by a qualitatively new, more modern". Authors P.V. Pashko, L.L. Lazebnyk, Yu.V. Kindzersky and others emphasize the importance of "non-state forms of management that have ensured the historical longevity of entrepreneurship, the reproduction of informal institutions of economic initiative, risk, responsibility, solidarity, self-organization". V.V. Zyanko declares that "the innovative market of goods includes: scientific and technical products, design and engineering products, information services, technical and technological products. If an innovative product does not make a profit, then there can be no question of market relations". P.M. Tsibulov argues that innovative products produced by business entities are generally used for domestic use. Those companies that produce innovative products using inventions make

a profit. In the era of transformational inversions taking place in society, the reform of the main spheres of its life requires a theoretical rethinking of the essence, meaning and nature of law enforcement. Brand new law enforcement agencies are emerging, and the relationship between the participants is being transformed. Therefore, it is necessary to theoretically substantiate the ways to improve the law enforcement process, especially law enforcement support for the introduction of innovative entrepreneurship, which will serve as a basis for legal protection of citizens and legal entities.

Key words: intellectual property rights, entrepreneurship, intellectual services, innovative goods market, commercialization.

У сучасних умовах трансформаційних перетворень постає питання впровадження результатів інтелектуальної діяльності людей. З'являються нові об'єкти інтелектуальної власності, відбуваються зміни у виробничій сфері, змінюється ринок інноваційної продукції.

Як зазначає автор [1], «за всієї наукової і практичної значущості, дослідження сектора інтелектуального бізнесу в літературі досить фрагментарні і мають переважно емпіричний характер, теорія ж перебуває в зародковому стані, що значною мірою пояснюється тим, що це порівняно новий економічний об'єкт, досить складний для аналізу. Сфера послуг активно розвивається, тому межі сектора швидко змінюються, і часто наявні класифікації не встигають до цього адаптуватися, але вимагають від підприємств нових підходів у їхній діяльності» [1, с. 75]. Отже, вимогою часу постає поява розробників інтелектуальних послуг. Ці послуги характеризуються в кожному разі ексклюзивністю, оригінальністю, неповторністю, можуть бути використаними лише для одного конкретного замовника.

У дослідженні [2] говориться, що «головною складовою частиною інноваційного підприємництва повинно стати набуття майнових прав інтелектуальної власності, що є суттєвим для розуміння інтересів підприємництва, яке за ігнорування цих правових вимог може призводити до значних збитків, втрати матеріальних цінностей та до кабальної залежності від власників об'єктів права інтелектуальної власності, які зареєстрували свої права раніше тих, хто намагався набути ці права. Результати інтелектуальної діяльності стають об'єктами прав інтелектуальної власності лише за умови, що вони визнані законом України такими, а залучення їх у господарський обіг істотно підвищує ефективність функціонування виробничої системи загалом. Право на використання майнових прав інтелектуальної власності означає юридичну можливість вилучати із цього об´єкта його корисні якості, ті прибутки, які він може приносити в результаті його використання, та інший корисний ефект» [2, с. 54].

У нових умовах господарювання підприємства стикаються з низкою проблем, пов'язаних із використанням та впровадженням об'єктів інтелектуальної власності, з необхідністю патентування своєї інноваційної продукції, з отриманням торговельних марок, із захистом прав інтелектуальної власності.

Підприємці повинні виявляти у продукції своїх підприємств об'єкти інтелектуальної власності, а також забезпечувати їх захист в Україні та за кордоном.

З урахуванням нестабільності вітчизняної економіки, загроз та ризиків, державі необхідно стимулювати розвиток малого та середнього підприємництва, який забезпечує стабільний розвиток економіки та поліпшує рівень життя громадян.

Ринок новацій, конкурентної боротьби і капіталів стимулює створення сфери інтелектуального підприємництва, яку визначають як комерційну діяльність у напрямі інноваційних перетворень та конкурентоспроможності підприємства.

У дослідженні авторів [3] відзначено, що «основою інтелектуального процесу є процес створення, упровадження і поширення інтелектуальної продукції, необхідними властивостями якої є науково-технічна новизна, практичне застосування та комерційна реалізованість. Інтелектуальний продукт – результати інтелектуальної, розумової, духовної та творчої діяльності, втілені у відкриттях, винаходах, патентах, наукових звітах і доповідях, проєктах, раціоналізаторських пропозиціях, творах літератури, мистецтва, музики та інше» [3, с. 69].

Життєвий цикл інтелектуальної продукції визначається як період, що починається з фундаментальних та прикладних досліджень і включає всі етапи до моменту, коли нововведення потребує заміни його якісно новим, сучаснішим.

Як зазначають автори [3, с. 70], «підприємству, що прагне створити комерційно привабливий товар, доцільно дотримуватися такої схеми у своїй діяльності: розробка стратегічних цілей; виявлення потреб ринку в нових виробах та генерування ідей нових товарів; визначення можливостей фірми для створення виробів; проведення досліджень із метою реалізації цих можливостей; розроблення нового виробу; проєктування, конструювання виробу; випуск дослідного зразка; пробний маркетинг (випробування дослідного зразка в умовах ринку); запуск виробу в серійне виробництво».

Тепер розглянемо визначення терміна «підприємництво». А. Маршал у своїй праці «Принципы экономической науки» наводить таке визначення: «Спеціалізований прошарок підприємців як «висококваліфікована категорія учасників виробництва», які поєднують необхідний для виробництва капітал і працю; вони складають або «конструюють» його загальний план, здійснюють контроль за його другорядними деталями» [4, с. 377]. Й.А. Шумпетер у «Теории экономического развития» дає таке визначення: «Підприємництво – це блискуче, творче, сміливе, винахідливе новаторство». На думку Й.А. Шумпетера, підприємець є драйвером економічної трансформації. Саме він здійснює «проведення нових комбінацій», це означає, що саме він запроваджує інновації на кшталт нового винаходу, нового процесу виробництва, технологічних змін у «старому» процесі виробництва, відкриття нових ринків або джерел постачання, тейлоризації робіт, поліпшення поводження з матеріалами, створення нових бізнес-організацій – тобто будь-які інновації в економічному житті» [5]. І. Кирцнер у праці «Конкуренция и предпринимательство» зазначає: «Чистий підприємець» не був власником: «Важливий момент <…> полягає в тому, що необхідно розмежувати власність і підприємництво як цілковито окремі функції. Як тільки ми прийняли гіпотезу щодо концентрації всіх елементів підприємництва в руках чистих підприємців, ми автоматично позбавили власника активу підприємницької ролі» [6].

Автори [7] звернули увагу на «недержавні форми господарювання, які забезпечили історичну тяглість підприємництва, відтворення неформальних інститутів економічної ініціативи, ризиковості, відповідальності, солідарності, самоорганізації. Спроби держави повністю витіснити приватне підприємництво були невдалими, насамперед через неможливість забезпечити населення необхідними товарами та послугами <…>» [7, с. 41].

Автори [7, с. 46] зазначили роль держави в розвитку інноваційного підприємництва, пов'язану з модернізацією економіки, але вказали на негативні риси, які призводять до «монополізації нових перспективних галузей економіки». Вказано на соціально-психологічні, формально-правові та ресурсні бар'єри розвитку підприємництва.

Для отримання конкурентних переваг на ринку необхідно забезпечити інноваційний розвиток підприємства. Для сталого розвитку підприємств потрібно сформувати інноваційне середовище, засноване на економіці інновацій та знаннях. Створення економіки інноваційного типу можливе, якщо створити національну інноваційну сис-

тему, а це: знання, технології, інноваційна інфраструктура за відповідної маркетингової підтримки підприємницької діяльності суб'єктів господарювання [8, с. 38–39].

На думку авторів [9, с. 33], натепер «зростає частка винаходів та нововведень, що стосуються нових товарів народного споживання. Але досягти успіху можна за умови розвитку базисних інновацій та винаходів революційного типу».

У дослідженні [9, с. 33–34] автори надають прогноз щодо формування ринку інновацій, «об'єктами якого стануть товари у вигляді науково-технічної, проєктно-конструкторської, техніко-технологічної продукції, інформаційні послуги, а суб'єктами – дослідники, конструктори, винахідники, підприємці-новатори». Натепер підприємництво потребує державної підтримки, оновлення законодавчої бази, пільгового фінансування тощо.

Інноваційний ринок товарів включає: науково-технічну продукцію, проєктно-конструкторську продукцію, інформаційні послуги, техніко-технологічну продукцію.

В.В. Зянько декларує, що «інноваційний ринок товарів включає: науково-технічну продукцію, проєктно-конструкторську продукцію, інформаційні послуги, техніко-технологічну продукцію. Якщо інноваційний товар не приносить прибутку, то не може бути мови про ринкові відносини».

Ринок інновацій в Україні обмежений, тому що існує монополізм та не набула належного розвитку конкуренція. Потрібно створювати технопарки, інжинірингові біржі, бізнес-інкубатори, систему державних комерційних посередників.

П.М. Цибульов стверджує, що інноваційна продукція, яку випускають підприємницькі структури, загалом використовується для внутрішнього застосування. Ті підприємства, які виготовляють інноваційну продукцію з використанням винаходів, отримують прибуток [10, с. 23].

Для розроблення інновації потрібна ідея. Ідеї народжуються у винахідників, працівників науково-дослідних інститутів, відділів, лабораторій тощо. Якщо інноваційний товар не може бути використаний у власному виробництві, його можна передати іншим на основі ліцензійного договору.

На етапі маркетингових досліджень потрібно провести аналіз аналогічних товарів на ринку, вивчити питання конкурентоспроможності інноваційного товару, перспективність його реалізації.

Для визначення конкурентоспроможності інноваційного товару проводять патентні дослідження: «вивчають технічний рівень, відповідність тенденціям розвитку ринку продукції даного виду, умови конкуренції на ринку даної продукції, виробничі фактори, умови поставки і збуту продукції, цінові фактори та рекламу продукції» [10, с. 75].

Стадія науково-дослідних робіт характеризується аналізом результатів маркетингових та патентних досліджень, а також ризиків, пов'язаних із випуском нової продукції й ухваленням позитивного чи негативного рішення про розроблення інновації. Якщо ухвалене позитивне рішення, то розглядаються різні ідеї товарів, від задуму до втілення задуму в товар. На цій стадії виконуються роботи зі створення конструкції, розроблення технічної документації, виготовлення, випробування та доопрацювання різних варіантів дослідного зразка товару, а також вирішується питання рентабельності та комерціалізації.

Створити інновацію – це добре, але потрібно досягти кінцевого результату – просування інновації на ринку. «Факт наявності прав інтелектуальної власності – недостатня умова для отримання власником комерційних результатів. Як стверджують експерти, не більше 1% запатентованих технічних рішень доходить до етапу введення в господарський обіг» [11].

У сучасних умовах комерціалізація постає як стратегічний ресурс позитивних якостей інноваційного продукту, що забезпечує конкурентоспроможність підприємства.

За визначенням Й.А. Шумпетера, «інновації як комерціалізація чогось нового можуть бути: Т – новою технологією (Technology); А – новим застосуванням у формі нових товарів, послуг або процесів (Application); М – новим ринком або ринковим сегментом (Market); О – новою організаційною формою або новим підходом до менеджменту, а також комбінацією двох або більше складових частин (Organization)» [12].

Комерціалізація може набувати трьох основних форм, як-от: запуск нового бізнес-проєкту для комерційного використання технології; продаж ліцензії на використання технології бізнесу, що працює; експлуатація технології шляхом надання послуг, нові ринки збуту, нові зони прибутку.

У найзагальнішому вигляді комерціалізацію розглядають як підпорядкування діяльності підприємства, установи або організації меті отримання прибутку [13].

У первинному значенні категорія «комерціалізація» розглядалася як процес проникнення інтересів бізнесу в нові сфери діяльності, де до цього ринкові відносини не існували, це процес формування ринків у тих напрямах діяльності людини, які раніше були неприбутковими, а завдяки інноваціям стали ефективними, прибутковими.

Комерціалізація має ринкову природу, що в подальшому визначає її маркетинговий зміст. Якщо недостатньо розроблений маркетинговий підхід до комерціалізації, стримується розвиток інноваційних процесів. Тому комерціалізацію потрібно розглядати як самостійну сферу маркетингової діяльності суб'єктів інноваційного ринку.

У дослідженні [14, с. 275] проблема комерціалізації інновацій вирішується розробленням методології організації процесу комерціалізації, яка за використання маркетингової концепції дозволяє робити цей процес керованим і проєктованим.

У комплекс маркетингу інтелектуальної власності включають інструменти, якими можуть оперувати підприємницькі структури для отримання конкурентоспроможної продукції.

Рівень інноваційної діяльності підприємства є важливим показником його конкурентоспроможності та напряму залежить від упровадження в його господарський обіг об'єктів інтелектуальної власності.

Автор [15, с. 164] стверджує, що «організація дієвої системи правозастосування у процесі створення та використання об'єктів інтелектуальної власності прямо впливає на розбудову національних науково-технологічних та науково-технічних сфер життя держави, підвищення їхнього інвестиційного іміджу, запровадження сприятливого інноваційного клімату».

Висновки. Використанням нематеріальних активів підприємства забезпечать зростання власного доходу, що підвищить ринкову активність, конкурентоспроможність підприємства й ефективність інноваційної діяльності. В епоху трансформаційних перетворень, які відбуваються в суспільстві, реформуванням основних сфер його життєдіяльності необхідне теоретичне переосмислення сутності, значення та природи правозастосовної діяльності. Виникають абсолютно нові суб'єкти правозастосування, а також трансформуються відносини між учасниками. Тому необхідно теоретичне обґрунтування шляхів удосконалення правореалізаційного процесу, особливо правозастосовного супроводження впровадження інноваційного підприємництва, що слугуватиме підґрунтям для правової захищеності громадян та юридичних осіб.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тимохова Г.Б. Особливості реалізації стратегій розвитку інтелектуального бізнесу. *Вісник Одеського національного університету імені І.І. Мечнікова.* 2017. Т. 22. Вип. 12 (65). С. 74–78.

2. Бутнік-Сіверський О.Б. Майнові права інтелектуальної власності в сфері інтересів підприємництва. *Інтелект – XXI*. 2016. № 4. С. 46–54.

3. Падерін І.Д., Горященко Ю.Г., Романов О.В. Інтелектуальний бізнес як важливий напрям інноваційного розвитку підприємств. *Вісник економічної науки України*. 2017. № 1. С. 68–72.

4. Маршалл А. Принципы экономической науки. Пер. с англ. Москва : Издательская группа «Прогресс», 1993. Т. 1. С. 377.

5. Шумпетер Й.А. Теория экономического развития. Москва : Прогресс, 1982. 456 с.

6. Кирцнер И. Конкуренция и предпринимательство (Competition and Entrepreneurship. 1973). Москва : Социум, 2010. С. 47.

7. Підприємництво в епоху глобальних трансформацій: виклики та перспективи розвитку : монографія / П.В. Пашко та ін. ; за ред. П.В. Пашка, Л.Л. Лазебник ; Університет державної фіскальної служби України. Ірпінь, 2019. 476 с.

8. Формування конкурентного, інтелектуального і маркетингового потенціалу інноваційного підприємництва / П.Г. Перерва та ін. *Вісник Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут».* 2018. № 20 (1296). С. 36–40.

9. Зянько В.В. Інноваційне підприємництво: сутність, механізми і форми розвитку : монографія. Вінниця : Універсум, 2008. 397 с.

10. Цыбулев П.Н. Маркетинг интеллектуальной собственности. Киев : Ин-т интел. собств. и права, 2004. 184 с.

11. Солощук М.М., Капінос М.М., Лерантович Е.Т. Економічні аспекти комерціалізації інтелектуальної власності. *Інтелектуальна власність.* 2008. № 12. С. 50–60.

12. Шумпетер Й.А. Капитализм, социализм и демократия / общ. ред., предисл. В.С. Автономова. Пер. с англ. Москва : Экономика, 1995. 541 с.

13. Економічна енциклопедія : у 3-х т. / ред. рада : Б.Д. Гаврилишин (гол.) та ін. Київ : Академія ; Т. : Акад. нар. госп-ва, 2000. Т. 1 : А (абандон) – К (концентрація виробництва) / редкол. : С.В. Мочерний (відп. ред.) та ін. 2000. 864 с.

14. Інновації і маркетинг – рушійні сили економічного розвитку : монографія / за ред. С.М. Ілляшенка. Суми : ТОВ «Друкарський дім «Папірус», 2012. 536 с.

15. Бошицький Ю.Л. Шляхи модернізації та оптимізації правового регулювання інтелектуальної власності в Україні. *Часопис Київського університету права*, 2014. № 4. С. 164–170.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/78

ПРАВОВА ПРИРОДА КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

LEGAL NATURE OF CASSATION PROCEEDINGS IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OF UKRAINE

Стафійчук К.В., аспірантка кафедри адміністративного та фінансового права
Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена дослідженню правової природи касаційного провадження в адміністративному судочинстві України. У праці проаналізовано поняття та ознаки касації, касаційного оскарження, касаційного провадження в адміністративному судочинстві. Розкрито основні підходи науковців до поняття «касаційне провадження». У статті наведено досвід організації касаційного провадження в окремих державах Європейського Союзу.

Обґрунтовано, що касаційний перегляд судових рішень є одним із найважливіших елементів судового захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб. Однаковий підхід Верховного Суду до вирішення судових справ, що відображається в його правових висновках, сприяє єдності судової практики, спільному підходу до вирішення судових справ судами усіх інстанцій. На жаль, це не завжди досягається на практиці, адже суди часто повністю не враховують правові висновки, які містяться у постановах Верховного Суду. Тому доступ до касаційного суду є важливою гарантією того, що порушене право особи може бути відновлене найвищою судовою інстанцією. Нині створюється все більше передумов для запровадження так званих «касаційних фільтрів», які обмежують можливість доступу до розгляду та вирішення судової справи на стадії касаційного провадження.

У статті наголошено, що суд касаційної інстанції за своїм характером перевіряє лише законність рішень судів попередніх інстанцій, однак у випадку неправильного застосування норм матеріального чи процесуального права, що унеможливлює встановлення фактів справи, він може направити справу для подальшого розгляду або перегляду. Це ж стосується і суттєвих недоліків рішень судів першої та апеляційної інстанцій, що вказує на дуже важливу функцію суду касаційної інстанції щодо процесуального контролю за судами нижчих інстанцій.

Ключові слова: касаційне провадження, касація, касаційне оскарження, адміністративне судочинство, Верховний Суд.

The article is devoted to the study of the legal nature of cassation proceedings in the administrative proceedings of Ukraine. The concept and signs of cassation, cassation appeal, cassation proceedings in administrative proceedings are analyzed in the work. The main approaches of scientists to the concept of “cassation proceedings” are revealed. The article presents the experience of organizing cassation proceedings in some countries of the European Union.

It is grounded that cassation review of court decisions is one of the most important elements of judicial protection of the rights, freedoms and legitimate interests of individuals. The same position of the Supreme Court, formulated in its legal conclusions, promotes the unity of judicial practice, a common approach to resolving court cases in all courts. Unfortunately, this is not always achieved in practice, courts do not always take full account of the legal conclusions of the Supreme Court. Therefore, access to a court of cassation is an important guarantee that the violated right of a person can be restored by the highest court. At the same time, today more and more preconditions are being created for the introduction of so-called “cassation filters”, which limit the possibility of considering and resolving a court case at the stage of cassation proceedings.

The court of cassation by its nature checks only the legality of the decisions of the courts of previous instances, however, in case of misapplication of substantive or procedural law, which made it impossible to establish the facts of the case, it may refer the case for further consideration or reconsideration. and significant shortcomings of decisions of courts of first and appellate instances. This indicates a very important function performed by the court of cassation for procedural supervision of lower courts.

Key words: cassation proceedings, cassation, cassation appeal, administrative proceedings, Supreme Court.

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень. Одним із найважливіших елементів механізму захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та законних інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб’єктів владних повноважень є судовий контроль. Адміністративне судочинство насамперед стоїть на сторожі захисту прав та свобод осіб приватного права від зловживань з боку органів державної влади, місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб.

Нині запит на самостійність, безсторонність судової влади у суспільстві є украй великим. Тому єдність судової практики, спільний підхід до застосування норм матеріального та процесуального права всіма судовими інстанціями є важливою проблематикою. Особливу роль у цьому процесі відіграє Верховний Суд, який розпочав свою процесуальну діяльність у грудні 2017 року. Цей суд є єдиним органом касаційної інстанції, тому розгляд і вирішення справ у ньому є вирішальними. Питання порядку здійснення провадження в адміністративних судах за оновленими правилами адміністративного процесу потребують ґрунтовних пошуків і досліджень.

Конституцією України як Основним Законом нашої держави передбачено, що кожен громадянин має право звертатися до суду з метою оскарження дій чи бездіяльності органів державної влади та оскаржувати судові рішення в касаційному порядку у випадках, визначених законом. Перелічені вище права мають ефективно захищатися та дотримуватися, оскільки ефективне процесуальне законодавство є фундаментом для здійснення справедливого судочинства. Особливе місце в механізмі захисту прав і свобод приватних осіб має закріплена в адміністративному процесуальному законодавстві процедура з перевірки законності судових рішень у касаційному порядку.

Питання касаційного провадження в адміністративному судочинстві, а також роль і значення адміністративних судів у захисті прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб були предметом досліджень таких вітчизняних науковців і практиків: В.Б. Авер’янова, Ю.П. Битяка, В.М. Бевзенка, І.П. Голосніченка, О.В. Кузьменко, В.К. Колпакова, Т.О. Коломоєць, А.Т. Комзюка, С.В. Ківалова, І.Б. Коліушка, Р.О. Куйбіди, Р.С. Мельника, О.І. Миколенка, О.М. Пасенюка, Ю.С. Педька, В.Г. Перепелюка, А.О. Селіванова, В.С. Стефанюка, М.М. Тищенка, М.М. Ульмера, В.І. Шишкіна та інших.

Метою статті є дослідити питання правової природи касаційного провадження в адміністративному судочинстві України, його особливості та значення в захисті суб’єктивних публічних прав осіб приватного права.

Виклад основного матеріалу. Касаційний перегляд судових рішень є одним із найважливіших елементів судового захисту прав, свобод та законних інтересів осіб. Однакова позиція Верховного Суду, сформульована

у його правових висновках, сприяє єдності судової практики, спільному підходу до вирішення судових справ в усіх судових інстанціях. На жаль, не завжди це досягається на практиці, не завжди суди повністю враховують правові висновки Верховного Суду. Тому доступ до суду касаційної інстанції є важливою гарантією, що порушене право особи може бути відновлене найвищою судовою інстанцією.

Нині створюється все більше передумов до введення так званих «касаційних фільтрів», які обмежують можливість розгляду та вирішення судової справи на стадії касаційного провадження. Це не суперечить приписам сучасного процесуального законодавства, адже згідно з п. 7 ч. 3 ст. 2 КАС України однією із засад (принципів) адміністративного судочинства є право на касаційне оскарження судового рішення у випадках, визначених законом. Тому таке оскарження можливе, якщо закон це прямо передбачає. Це обмежує можливість усіх учасників адміністративного процесу на звернення до суду касаційної інстанції, дозволяє розвантажити Верховний Суд та сприяє якості судового процесу. Тому важливим є дотримання судами нижчих інстанцій правових позицій Верховного Суду, зразкових рішень з метою однакового підходу до вирішення типових адміністративних справ.

Суд касаційної інстанції за своєю природою перевіряє лише законність рішень судів попередніх інстанцій, проте у випадку виявлення неправильного застосування норм матеріального чи процесуального права, що унеможливлює встановлення фактичних обставин справи, він може направити справу для продовження розгляду або на новий розгляд, що дозволяє усунути помилки та суттєві недоліки рішень судів першої та апеляційної інстанцій. Це вказує на дуже важливу функцію, яку виконує суд касаційної інстанції з процесуального нагляду за судами нижчих інстанцій.

Конституція України однією з основних засад судочинства визначила забезпечення права на апеляційний перегляд справи, а у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Тому право на касаційне оскарження судового рішення у встановлених законом випадках гарантоване державою на конституційному рівні.

З метою проведення ґрунтованих досліджень касаційного перегляду судових рішень в адміністративних справах потрібно дослідити та з'ясувати основні поняття у цій сфері. Юридична енциклопедія визначає термін «касація» (пізньолат. cassatio – відміна скасування) як форму процесуальної реалізації права касаційного оскарження вироків і рішень суду першої інстанції, які не набули законної сили [1, с. 59]. Проте таке визначення зроблено на основі тогочасного законодавства, яке під касацією розуміло те, що нині визначається як «апеляція», адже перегляд судового рішення суду першої інстанції здійснюється в апеляційному порядку. Тому воно не зовсім відповідає сучасному законодавству.

Касаційний перегляд судових рішень визначають як «один із національних засобів судового захисту прав особи в публічно-правовій царині» [2, с. 260]. Не менш важливим є з'ясування терміну «касаційне провадження», адже саме при здійсненні касаційного провадження відбувається розгляд і вирішення адміністративної справи, її проходження по всіх етапах, передбачених процесуальним законодавством.

М.М. Ульмер у своєму дослідженні вказує, що касаційне провадження в адміністративному судочинстві – це факультативна процесуальна стадія, яка становить сукупність адміністративно-процесуальних норм, що регулюють процесуальні відносини, пов'язані зі здійсненням перевірки законності судових рішень суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку, а також судових рішень суду апеляційної інстанції повністю або частково [3, с. 169]. Факультативність цієї стадії адміністративного процесу зумовлює те, що вона не є обов'язковою, а тому особа не зобов'язана оскаржувати судове рішення в апеляційному чи касаційному порядку. Касаційне провадження можливе лише у випадках, передбачених законом.

Іншою важливою ознакою з цього визначення випливає, що під час касаційного перегляду здійснюється перегляд законності судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій, адже Верховний Суд здійснює перевірку судового рішення на відповідність норм матеріального та процесуального права. При цьому фактичні обставини судом не досліджуються, хоча суд може оцінити їх повноту та необхідність з'ясування деяких обставин у справі.

У науковій літературі також висловлюється думка, що касаційне провадження – це врегульована нормами адміністративного процесуального права діяльність суду касаційної інстанції щодо перевірки законності судових рішень, які набрали законної сили, у зв'язку з неправильним застосуванням судами першої або (та) апеляційної інстанцій норм матеріального права чи порушення норм процесуального права [4, с. 318–322]. Із таким визначенням також можемо погодитися, адже воно вказує на основне завдання касаційного перегляду – оцінку судового рішення з точки зору його відповідності законодавству.

Автори підручника «Адміністративне судочинство» за редакцією колишнього голови Вищого адміністративного суду України О.М. Пасенюка висловлюють позицію, що касаційне провадження в адміністративному судочинстві – це перегляд судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій у межах встановлених законом повноважень судом касаційної інстанції після перегляду їх у порядку апеляційного провадження за касаційними скаргами сторін та інших осіб, які брали участь у справі, а також осіб, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та обов'язки [5, с. 237]. Важливістю цього визначення є те, що у ньому додатково вказується й на суб'єктів звернення до касаційної інстанції – учасників справи, а також інших осіб, які хоча й не брали участі в розгляді справи, проте їхні права та свободи чи законні інтереси є порушеними, тому вони також можуть звертатися в суд для касаційного перегляду судового рішення в касаційному порядку.

Узагальнюючи вказані вище підходи, можемо запропонувати визначити касаційне провадження в адміністративному судочинстві як одну зі стадій адміністративного процесу, яка полягає у перегляді Верховним Судом рішень, а також окремих ухвал суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи, постанов чи деяких ухвал суду апеляційної інстанції повністю або частково щодо неправильного застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права у випадках, встановлених законом. Можна виокремити такі ознаки касаційного провадження:

– є факультативною стадією адміністративного процесу;
– здійснюється виключно Верховним Судом;
– переглядаються судові рішення виключно після їх перегляду в апеляційному порядку;
– предметом перегляду є рішення суду першої інстанції, постанови апеляційного суду, а також деякі ухвали, визначені процесуальним законом;
– касаційний перегляд здійснюється щодо неправильного застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права;
– КАС України визначає виключні випадки, у яких можливе касаційне оскарження судових рішень.

Зокрема, до таких виключних випадків касаційного оскарження рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи, а також постанов суду апеляційної інстанції за ст. 328 КАС України відносять такі ситуації:

1) якщо не враховано висновок щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладений у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності

постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку;

2) якщо скаржник зміг вмотивовано обґрунтувати необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, який викладений у постанові Верховного Суду раніше;

3) якщо взагалі відсутній правовий висновок Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах.

У наукових працях, опублікованих до набрання чинності нової редакції КАС України, не могло бути враховано усі новели адміністративного процесуального законодавства. Проте їхнє порівняння дає змогу зробити чіткий висновок про суттєві зміни інституту касаційного перегляду судових рішень, що потребує ґрунтовних наукових досліджень.

Цікавим є також питання організації касаційного провадження в інших державах. Так, вважають, що касаційний перегляд виник у Франції, а пізніше був впроваджений у багатьох європейських країнах (у деяких державах він має назву «ревізійний порядок») [6]. Касаційне провадження України має досить багато схожих рис із касаційним провадженням у Франції. Так, Державна Рада Франції (фр. Conseil d'État) є судом касаційної інстанції, хоча й має повноваження на розгляд справ як суд першої чи апеляційної інстанцій.

Крім класичної касації, існують окремі її різновиди або схожі інститути процесуального права. Так, у Великій Британії існує інститут судового контролю за рішеннями судів та адміністративних трибуналів. Цей інститут не замінює апеляційний перегляд судового рішення, може здійснюватися і без нього. В Англії та Уельсі ці функції покладено на Адміністративний суд Відділення Королівської лави Високого Суду. Здійснюючи функції контролю, він видає судові накази, обов'язкові для виконання органами публічної адміністрації та адміністративним трибуналам. Судовий контроль в Англії розглядається як різновид судового провадження, в якому суддя переглядає законність рішення чи дії «публічного органу».

Апеляційний перегляд рішень може бути швидшим та ефективнішим, ніж судовий контроль [7, с. 77–80]. Апеляційний суд може повністю переглянути рішення нижчого суду, у той час як у процесі судового контролю суд перевіряє лише законність прийнятого рішення, а не те, чи таке рішення є загалом правильним. У Німеччині та Австрії існує ревізійне провадження, яке передбачає можливість перегляду рішень вищих адміністративних судів, а в окремих випадках і судів першої інстанції щодо порушень цими судами питань права, тому фактичні обставини справи ними не переглядаються.

На відміну від ревізії, завданням якої є сформувати єдину судову практику, метою касаційного перегляду справи є перевірка законності судового рішення щодо дотримання норм матеріального та процесуального права, а також захист прав та інтересів касатора (особи, яка подала касаційну скаргу) [8, с. 254]. Проте метою вітчизняної моделі касації є і забезпечення єдності судової практики, на відміну від інших форм перегляду судових рішень, які набрали законної сили.

Висновки. Отже, інститут касаційного оскарження в адміністративному судочинстві України відіграє важливу роль у захисті прав та свобод людини у взаємовідносинах із суб'єктами владних повноважень. Касаційний перегляд судових рішень є останньою інстанцією національного механізму захисту прав, на якій переглядається правильність дотримання та застосування норм матеріального та процесуального права судами першої та апеляційної інстанцій.

Нова редакція Кодексу адміністративного судочинства України багато в чому оновила сутність і порядок здійснення касаційного провадження в адміністративних справах. Так, введено так звані «фільтри касаційного оскарження», що дає змогу особі звернутися до Верховного Суду як єдиного суду касаційної інстанції лише у випадках, прямо визначених у законі. Варто зауважити, що ці та інші питання потребують подальших наукових пошуків і розвідок.

ЛІТЕРАТУРА

1. Касація. *Юридична енциклопедія*: [у 6 т.] / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3. К.-М., С. 59.
2. Адміністративне судочинство : навч. посіб. / І.М. Балакарєва, І.В. Бойко, Я.С. Зелінська та ін.; за заг. ред. Н.Б. Писаренко. Харків : Право, 2016. С. 260.
3. Ульмер М.М. Касаційне провадження в адміністративному судочинстві України : дис. канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2014. 236 с.
4. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та інші. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.
5. Адміністративна юстиція в Україні: проблеми теорії і практики : настільна книга судді / за заг. ред. О.М. Пасенюка. К. : Істина, 2007. 608 с.
6. Ємельянова І.І. Теоретичні та практичні аспекти апеляційного і касаційного перегляду судових рішень у цивільному судочинстві. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_1699 (дата звернення: 20.10.2020).
7. Решота В.В. Англосаксонська модель адміністративної юстиції : монографія. Львів : СПОЛОМ, 2020. 180 с.
8. Гусаров К.В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках : монографія. Харків : Право, 2010. 352 с.

УДК 336.71:330
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/79

ЗАХИСТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ІНТЕРНЕТІ

PROTECTION OF PERSONAL NON-PROPERTY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE INTERNET

Тімашов В.О., д.ю.н., доцент,
професор кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права
Київський національний торговельно-економічний університет

Лисенко В.С., студент І курсу
факультету міжнародної торгівлі та права
Київський національний торговельно-економічний університет

Стаття присвячена розгляду питання правового регулювання, охорони та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті. Досліджено та проаналізовано погляди вчених, які досліджували це питання. Розглянуто низку аспектів, пов'язаних із розвитком сучасного інформаційного простору. Проведено аналіз наукових підходів до визначень понять «інтернет», «інтелектуальна власність», «особисті немайнові права інтелектуальної власності». Проаналізовано історичні засади виникнення та становлення особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Досліджено вітчизняні та міжнародні нормативно-правові акти та закріплені на законодавчому рівні способи захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності.

Визначені зміст і сутність особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті, стан їх правової визначеності та забезпечення їх захисту цивільно-правовими способами. Визначені правові норми, які регулюють захист особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті. Визначено перелік особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті. Охарактеризовано основні види немайнових прав особи. Висвітлено основні ознаки порушення особистих немайнових прав. З'ясовано особливості порушення немайнових прав в інтернеті, зроблено висновки щодо їх характерних особливостей.

Висвітлено основні ознаки та особливості порушення особистих немайнових прав в інтернеті. Виділено проблемні питання, прогалини у цивільному законодавстві та колізії правових норм. Досліджено судову практику та позиції вищих судових інстанцій. Проаналізовано чинне законодавство України та запропоновано низку змін і доповнень до нього з метою удосконалення правового регулювання.

Шляхом аналізу чинного законодавства, наукових статей та інших ресурсів були визначено та викладено недоліки й позитивні аспекти правового регулювання питання особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті, досліджено тенденцію державного законодавчого регулювання, запропоновано можливі правки до нормативно-правових актів. Визначено, що нині в законодавстві основні поняття сфери захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті не є чітко визначеними, що значно ускладнює режим їх правової охорони та негативно впливає на формування договірних відносин у сфері реалізації авторських прав в інтернеті. Встановлено, що законодавство України має знаходитися в постійній динаміці та відповідати міжнародно-правовим актам у сфері інтелектуальної власності.

На основі досліджених матеріалів сформульовано висновки та пропозиції щодо вдосконалення сфери захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті та зазначено можливі способи вирішення найбільш актуальних питань щодо вдосконалення цієї сфери з метою забезпечення охорони та захисту основних прав суб'єктів інтелектуальної власності.

Ключові слова: інтернет, інтелектуальна власність, особисті немайнові права інтелектуальної власності.

This article is devoted to consideration of the issue of legal regulation, protection and protection of personal non-property intellectual property rights on the Internet. The views of scientists who investigated this issue are investigated and analyzed. A number of aspects related to the development of modern information space are considered. The analysis of scientific approaches to the definitions of the concepts of "Internet", "intellectual property", "personal non-property rights of intellectual property". The historical foundations of the emergence and formation of personal non-property rights of intellectual property are analyzed. Determined the main types of moral rights of individuals. The main signs of moral rights. The features of moral rights infringement on the Internet.

The content and essence of personal non-property intellectual property rights on the Internet, the state of their legal certainty and ensuring their protection in civil law are determined. Studied domestic and international normative legal acts and enshrined at the legislative level ways to protect personal non-property intellectual property rights. The legal provisions governing the protection of personal non-property intellectual property rights on the Internet have been determined.

The list of personal non-property intellectual property rights on the Internet has been determined. Conclusions are drawn regarding their characteristic features. The main signs and features of violation of personal moral rights on the Internet are highlighted. The problematic issues, gaps in civil legislation and conflicts of law regarding the chosen topic are highlighted. Investigated the judicial practice and the positions of the highest courts. It is determined that today in the legislative sphere the basic concepts in the field of protection of personal non-property intellectual property rights on the Internet are not clearly defined, which significantly complicates their legal protection and negatively affects the formation of contractual relations in the field of copyright and the Internet.

It is established that the legislation of Ukraine should be in constant dynamics and comply with international legal acts in the field of intellectual property. The current legislation of Ukraine has been analyzed and a number of amendments and additions have been proposed in order to improve legal regulation. Based on current and newly introduced legislation, scientific articles and other resources, the shortcomings and positive aspects of legal regulation of personal non-property intellectual property rights on the Internet were identified and presented, the trend of state legislation was studied, possible amendments to regulations were proposed.

On the basis of the materials studied, conclusions and proposals are formulated to improve the sphere of protection of personal non-property intellectual property rights on the Internet, and possible ways of solving the most pressing issues of improving this sphere are indicated in order to ensure the protection and protection of the fundamental rights of subjects of intellectual property rights.

Key words: Internet, intellectual property, personal non-property intellectual property rights.

Постановка проблеми. Питання правового регулювання та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті стає з кожним роком все актуальнішим, оскільки кількість правопорушень, пов'язаних із використанням об'єктів права інтелектуальної власності, невпинно зростає, а рівень правового регулювання та захисту цих прав не змінюється. XI століття – вік цифрової революції, швидкого і невпинного

розвитку інформаційних технологій в мережі Інтернет, який потребує належної юридичної охорони усіх суб'єктів правовідносин.

Особисті немайнові права є невід'ємною частиною кожної особи, її індивідуальністю, особливим показником, характеристикою особистості автора. Саме тому порушення цих прав є неприпустимим з точки зору поваги до честі і гідності особи, її ділової репутації та інших немайнових прав, які визнаються на міжнародному рівні у всіх правозахисних документах.

Так, останні кілька років характеризуються розвитком інтернет-технологій, які дозволяють завантажувати, зберігати та поширювати різні види інформації у соціальних та інших мережах, на різних носіях і пристроях. Об'єкти, які охороняються авторським правом, підпадають під це як законне, так і незаконне, а іноді навіть свавільне поширення, тому недостатня захищеність особистих прав особи в інтернеті та невизначене правове поле захисту можуть завдавати шкоди правам людини, що є неприпустимим у сучасному світі. Саме тому важливо знати правила, які охороняють нас від протиправних посягань з боку інших осіб та повинні гарантувати достатню регламентацію цього питання на національному рівні, оскільки нині інтернет став найважливішим джерелом інформації, популярнішим від будь-яких друкованих джерел і видань.

На нашу думку, у зв'язку з тим, що режим правового регулювання суб'єктів у мережі Інтернет не є чітко визначеним, а виявити правопорушника і притягнути його до відповідальності – не досить просте завдання, то питання захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет є одним із найскладніших і найактуальніших питань сьогодення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемами правового регулювання, охорони та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті займалися вчені-правники Ч.Н. Азімов, Г.О. Андрощук, С.С. Алексєєв, С.А. Бабкін, В.І. Бобрик, М.М. Богуславський, В.М. Брижко, С.М. Братуся, Е.П. Гаврилов, Л.О. Глухівський, Д.В. Горбась, О.В. Дзера, А.С. Довгогерт, О.А. Дмитренко, К.В. Жудра, В.Я. Іонас, О.С. Йоффе, А.В. Кирилюк, Н.С. Кузнецова, Д.Д. Луспеник, Л.В. Малюга, О.М. Пастухов, І.В. Саприкіна, О.В. Синєгубов, Р.О. Стефанчук, Н.В. Устименко, А.О. Церковна, М.Е. Черкес та інші.

Вказані вище науковці неодноразово звертали увагу на окремі проблеми порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет у своїх публікаціях. Проте, незважаючи на змістовну та комплексну наукову та теоретичну базу, чимало питань у сфері правового регулювання, охорони та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті в Україні залишаються дискусійними і потребують значної уваги.

Метою статті є визначення змісту та сутності особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті, стану їх правової визначеності та забезпечення їх захисту цивільно-правовими способами.

Виклад основного матеріалу. Основну частину статті почнемо з визначення поняття «інтернет» відповідно до чинного законодавства, щоб визначити режим правового регулювання суб'єктів у цьому просторі, механізми захисту особистих немайнових прав та інтересів. Відповідно до ч. 16 ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» поняття «інтернет» визначається як всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно пов'язана глобальним адресним простором та базується на інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами [1].

Говорячи про законодавчу охорону особистих немайнових прав інтелектуальної власності, потрібно зазначити, що визначення поняття «особисті немайнові права інтелектуальної власності в інтернеті» є наріжним каменем у сучасному національному законодавстві, що негативно впливає на рівень охорони авторських прав на об'єкти інтелектуальної власності, а також на ефективність їх правового захисту. Цивільний кодекс України як основний загальний документ, який визначає правове регулювання інтелектуальної власності в Україні, жодним чином про інтернет навіть не згадує.

Проконтролювати неправомірне використання та розповсюдження інформації в інтернеті є досить складним завданням, враховуючи його безмежні можливості, розвиток сучасних технологій приховування правопорушень, а також зловживання правом недобросовісних користувачів. Такі порушення руйнують систему захищеності особистих немайнових прав осіб в інтернеті, які є надзвичайно вразливими. Можна констатувати той факт, що нині у правовій системі нашої держави відсутні дієві системи захисту від неправомірного використання об'єктів авторського права та способи контролю, механізми притягнення до відповідальності суб'єктів порушення прав інтелектуальної власності.

Датою «народження» законодавчої уніфікації інституту інтелектуальної власності можна вважати 7 лютого 1991 року, коли було прийнято Закон України «Про власність» (далі – Закон). Відповідно до ч. 2 ст. 13 цього Закону результати інтелектуальної власності вперше були визнані об'єктами права власності [2]. Так, для цього правового інституту був сформований окремий розділ шостий «Право інтелектуальної власності», який у ст.ст. 40-42 визначав правовий статус суб'єктів та об'єктів права інтелектуальної власності та законодавство України про інтелектуальну власність, вказавши, що відносини щодо створення і використання об'єктів права інтелектуальної власності регулюються Цивільним кодексом України та спеціальним законодавством України [2]. На той час це був Цивільний кодекс Української РСР, який втратив чинність на підставі Цивільного кодексу, прийнятого від 16.01.2003. Можна зробити висновок, що з часу прийняття першої редакції Цивільного кодексу України він став загальним правовстановлюючим нормативно-правовим актом у сфері інтелектуальної власності, ним залишається і нині. Тому далі аналізуватимемо його положення.

Так, ст. 423 Цивільного кодексу України визначає перелік особистих немайнових прав інтелектуальної власності, визначених законом [3]. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 423 ЦКУ особистим немайновим правом суб'єкта інтелектуальної власності є право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником) об'єкта права інтелектуальної власності [3]. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 423 ЦКУ до особистих немайнових прав також відноситься право перешкоджати будь-якому посяганню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця об'єкта права інтелектуальної власності [3].

Варто зазначити, що цей перелік прав не є вичерпним, що підтверджує положення п. 3 ч. 1 ст. 423 ЦКУ, вказуючи на інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Зокрема, це стосується права автора вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо, право забороняти зазначення свого імені або ж обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору та право на недоторканність твору відповідно до положення ст. 438 ЦКУ [3]. Загалом ця норма показує максимальну захищеність свободи вибору автора «іменувати» твір на свою честь чи ні.

Розкриття псевдоніма або аноніма, крім як за особистого бажання автора, можливе лише на вимогу слідчих органів чи суду, у тому разі, коли він порушив права третіх осіб або посягає на честь та гідність іншої особи. Право на недоторканність твору захищає індивідуальність автора, гарантує захист від спотворення та перекручення змісту, ідеї та інших елементів інтелектуального доробку особи.

На нашу думку, кожний об'єкт права інтелектуальної власності є індивідуальним, таким, що відображає світо-

сприйняття автора, бачення його реальності, характеризує його особистісні якості. Саме тому твір не може бути так чи інакше спотворений, змінений і перекручений, оскільки будь-яка видозміна оригінальності обезцінює все значення цього інтелектуального доробку і повністю позбавляє його унікальності.

Частина 2 ст. 423 ЦКУ вказує, що особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві об'єкта права інтелектуальної власності, але у випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам [3]. Крім того, ч. 3 ст. 423 ЦКУ визначає, що особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності [3]. Відповідно до ч. 4 ст. 423 ЦКУ особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом [3]. Говорячи про строк дії, то відповідно до ч. 1 ст. 425 ЦКУ особисті немайнові права інтелектуальної власності є чинними безстроково, якщо інше не встановлено законом [3].

Окремий правовий статус особистих немайнових прав інтелектуальної власності поширюється на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, та на об'єкт, створений на замовлення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 429 ЦКУ особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт [3]. У випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати юридичній або фізичній особі, де або у якої працює працівник. Відповідно до ч. 1 ст. 430 ЦКУ особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений на замовлення, належать творцеві цього об'єкта [3].

Саме стосовно цих об'єктів особливо актуально говорити про порушення особистих немайнових, а з ними і майнових прав, оскільки фактично автор є лише виконавцем послуг зі створення інтелектуальної роботи, яка в подальшому буде використовуватися в тих рамках, які будуть визначені сторонами при її створенні. Йдеться про договір авторського замовлення та службовий твір, обидва з яких передбачають, крім авторської винагороди, дотримання виключних прав особи.

Варто сказати, що чимало порушень у майбутній реалізації та використанні таких робіт залишаються без належного правового регулювання внаслідок того, що договорами нечітко визначаються межі практичного застосування майнових прав автора, що призводить до неможливості їх захисту у суді. Хоча неналежне регулювання правових меж майнового складника результатів інтелектуальної власності не означає будь-якого обмеження особистих немайнових прав особи, вони дуже часто порушуються і не можуть бути належно захищеними. Йдеться про те, щоб незалежно від правових аспектів створення об'єктів інтелектульної власності та правового режиму їх використання захист особистих немайнових прав авторів мав гарантовано бути захищеним відповідно до національних і міжнародних стандартів.

В ч. 1 ст. 41 Конституції України також передбачено право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю та результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності [4]. Відповідно до положення ч. 1 ст. 54 Конституції України громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, які виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Зокрема, кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом, що визначає ч. 2 ст. 54 Конституції [4]. Це положення гарантує захист основних немайнових прав інтелектуальної власності особи, наголошує на важливості їх захисту, але не виключає положення про їх поширення за згоди автора.

Окремим є питання морального складника порушення немайнових прав інтелектуальної власності. Компенсація моральної шкоди використовується лише внаслідок порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності, що відрізняє їх від майнових прав, які не мають такої можливості захисту. Так, у випадку порушення немайнових прав інтелектуальної власності, зокрема приниження честі, гідності автора або завдання шкоди діловій репутації власника прав, така моральна шкода відшкодовується грішми, іншим майном або в інший спосіб відповідно до ч. 3 ст. 23 ЦКУ [3].

Далі хотілося б дослідити судову практику у справах із порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті. Почнемо із міжнародного досвіду, зокрема практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), багато з остаточних рішень якого останніми роками компрометують правові заключення українських судів. Хоча в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) не закріплене право інтелектуальної власності, але їх захист розглядається як правомірна підстава обмеження свободи вираження поглядів, а за державою визнається широка свобода розсуду [5].

ЄСПЛ дійшов висновку, що ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, яка стосується захисту власності, поширюється й на право інтелектуальної власності [6, с. 49]. Так, за практикою ЄСПЛ воно включає в себе захист від свавільного втручання з боку державної влади, позитивний обов'язок держави впровадити механізм забезпечення права інтелектуальної власності, а також забезпечення мінімальних і максимальних стандартів захисту права інтелектуальної власності [6, с. 51].

У рішенні по справі Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden [7] ЄСПЛ визнав правомірним втручання у свободу вираження поглядів осіб. Зокрема, до засновників сайту обміну файлами "Pirate Bay" був застосовний штраф за порушення авторських прав з урахуванням типу інформації та її особливого значення, природи та тяжкості покарань, покладених на заявників. Крім того, до уваги взяли той факт, що заявники не вжили жодних заходів по видаленню файлів і залишилися байдужими до фактів поширення файлів, захищених авторським правом, а також порушення особистих немайнових прав суб'єктів.

У справі Ashby Donald and Others v. France [8] ЄСПЛ визнав відсутнім порушення ст. 10 Конвенції при накладенні штрафу за розміщення на веб-сайті фотографії, захищеної авторським правом, без дозволу її власників. Суд зазначив, що звичайна публікація фотографій із показу мод не свідчить про те, що заявники брали участь у дебатах з питань, які є предметом суспільного інтересу, хоча вони були зображені на цих фото.

Далі продовжимо аналізувати практику національних судів у справах щодо порушення особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті. Почнемо з того, що при вирішенні справ, пов'язаних із порушенням немайнових прав інтелектуальної власності, судам необхідно враховувати роз'яснення Постанови Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 № 4 «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди», яку можна вважати спеціально прийнятим актом для цього правового інституту [9].

У справі № 201/8337/20 від 11.11.2020 Жовтневим районним судом м. Дніпропетровська було відмовлено у задоволенні позову про захист честі, гідності і ділової репутації, визнання інформації недостовірною, зобов'язання вчинити певні дії і стягнення моральної шкоди, оскільки позовна заява по суті була спробою під-

твердити певні обставини в іншій справі при розгляді іншого спору та жодним чином не стосувалася статусу позивача в ній [10]. Зокрема, позивач у позовній заяві посилався на низку обставин, які не були підтверджені жодними доказами і не мають значення для предмету спору, а дії позивача щодо не надання документів та замовчування фактів є ознакою безпідставності та необґрунтованості поданого позову.

У справі № 524/782/20 Автозаводський районний суд м. Кременчука частково задовольнив позов про захист честі, гідності, ділової репутації та стягнення моральної шкоди, зобов'язавши відповідачів спростувати зазначену недостовірну інформацію в той же спосіб, у який ними її було поширено у найближчому випуску власної газети шляхом розміщення спростування інформації на їх інтернет-сторінці [11].

Рішенням Ківерцівського районного суду Волинської області від 28.07.2017 у справі № 158/1265/17 були задоволені в повному обсязі вимоги позивача щодо захисту честі, гідності, ділової репутації та спростування і заборону розповсюдження недостовірної інформації [12]. Так, при вирішенні питання достовірності джерела необхідно визначити характер такої інформації, зокрема довести юридичний факт, що поширена недостовірна інформація завдає шкоди відповідним особистим немайновим правам особи, інакше це буде лише оціночним судженням. У цій справі позивачем було доведено факт поширення недостовірної інформації відповідачем, а також те, що внаслідок цього було порушено його особисті немайнові права.

Висновки і пропозиції. Отже, у зв'язку зі зростанням кількості правопорушень у мережі Інтернет, де будь-яка людина в будь-який час має можливість отримати інформацію, простежити виникнення правопорушення та виявити особу, яка його здійснила, дуже важко. Нині стрімкий розвиток технічних механізмів та ІТ-технологій поступово дозволяють убезпечити доступ і передачу об'єктів інтелектуальної власності та доповнити правову охорону, передбачену законом і договорами, ефективним технічним захистом.

Зазначені проблеми щодо правового регулювання, охорони та захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті потребують подальшої розробки в законодавстві України. На нашу думку, нині ще чітко не визначені діючим законодавством деякі основні поняття в сфері захисту особистих немайнових прав інтелектуальної власності в інтернеті, що значно ускладнює режим їх правової охорони та негативно впливає на формування договірних відносин у сфері реалізації авторських прав в інтернеті.

Ми пропонуємо запровадити більш чіткі та суворі правила щодо використання об'єктів інтелектуальної власності в інтернеті та встановити жорсткі засоби покарання в разі порушення прав їх використання з метою забезпечення охорони особистих немайнових прав особи. Вважаємо за необхідне також створення та запровадження меж використання об'єктів інтелектуальної власності в інтернеті, які були зроблені без отримання згоди особи, але в межах існуючого законодавства.

Враховуючи стрімкий розвиток нових технологій і постійне підвищення рівня можливостей для комерційної та некомерційної діяльності приватних і публічних осіб в мережі Інтернет було б доцільно створити комітет спеціального призначення при Міністерстві цифрової трансформації України або Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації України, який би займався розробкою відповідного програмного забезпечення та формуванням механізму захисту прав інтелектуальної власності в інтернеті, зокрема в соціальних мережах. Необхідним є і постійне вдосконалення існуючих охоронних систем та створення нових, оскільки періодично в мережі з'являються нові типи правопорушень, неправомірні схеми та випадки кіберзлочинності, які потребують відповідної протидії у їх практичній реалізації.

Хочемо зауважити, що надзвичайно важливо бути готовим до швидкого реагування та усунення наслідків правопорушень у сфері інтелектуальної власності в мережі Інтернет, а також постійно розробляти нові механізми запобігання їх повторному виникненню з метою охорони та захисту гарантованих Конституцією України особистих немайнових прав суб'єктів інтелектуальної власності. Тому законодавство України має знаходитися в постійній динаміці та відповідати міжнародно-правовим актам у сфері інтелектуальної власності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про телекомунікації : Закон України № 1280-IV від 18.11.2003 в редакції від 24.10.2020. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1280-15#Text (дата звернення: 26.11.2020).

2. Про власність : Закон України № 697-XII від 07.02.1991 (втрата чинності від 20.06.2007). [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/697-12#Text (дата звернення: 26.11.2020).

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV в редакції від 16.10.2020. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 26.11.2020).

4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96 ВР в редакції від 01.01.2020. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 26.11.2020).

5. Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App. № 73049/01. Judgment, 11/01/2007. [Електронний ресурс]. URL: http://hudoc.echr.coe.int/engi=001-78981 (дата звернення: 26.11.2020).

6. Червяцова А.О. Свобода вираження поглядів та інтернет: аналіз практики Європейського суду з прав людини. *Вісник* Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія: Право. 2014. № 1106. Вип. 17. С. 44–48.

7. Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, App. № 40397/12, Decision, 19/02/2013. [Електронний ресурс]. URL: http://hudoc.echr.coe.int/engi=001-117513 (дата звернення: 26.11.2020).

8. Ashby Donald and Others v. France, App. № 36769/08, Decision, 10/01/2013. [Електронний ресурс]. URL: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-7393 (дата звернення: 26.11.2020).

9. Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995 в редакції від 27.02.2009. [Електронний ресурс]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text (дата звернення: 26.11.2020).

10. Рішення Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська у справі № 201/8337/20 від 11 листопада 2020 року. [Електронний ресурс]. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92805964.

11. Рішення Автозаводського районного суд м. Кременчука у справі № 524/782/20 від 09 листопада 2020 року. [Електронний ресурс]. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92742327.

12. Рішення Ківерцівського районного суду Волинської області у справі № 158/1265/1 від 28 липня 2017 року. [Електронний ресурс]. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/68015785.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/80

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ В УКРАЇНІ

THE FEATURES OF THE LEGAL STATUS OF THE STATE OF EMERGENCY

Шкурська І.С., студентка ІІ курсу
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті досліджується правовий режим надзвичайного стану як необхідний інструмент у системі захисту національної безпеки держави. Звертається увага на актуальність інституту, який є предметом розгляду, зокрема висвітлюється стан досліджуваного питання у працях науковців. Аргументовано, що правовий режим надзвичайного стану є механізмом, який має на меті захист прав, свобод, законних інтересів людини і громадянина, забезпечення конституційного правопорядку держави.

У науковому дослідженні автором розглянуто порядок, підстави введення в Україні надзвичайного стану. Аналізуються положення чинних нормативно-правових актів, які регламентують особливості впровадження правового режиму, – Конституції України, Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану». Наголошується на особливостях діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування під час функціонування особливого правового режиму.

На основі аналізу спеціального закону встановлено підстави, за яких інститут надзвичайного стану може мати місце. Розкрито значення реальної загрози, яка є важливою умовою для настання в державі досліджуваного явища. У статті проведено аналіз особливостей видання Президентом відповідного Указу, зокрема акцентується увага на його імперативному характері. Виявлено, що охорона конституційного ладу, національної безпеки України під час введення надзвичайного стану може здійснюватися шляхом обмеження прав і свобод населення.

Досліджено положення Загальної Декларації з прав людини стосовно встановлення певних обмежень для ефективного функціонування демократичної держави. Автором вказано, що окремі права звуженню не підлягають. З огляду на аналіз спеціального законодавства в галузі правового режиму надзвичайного стану, наголошено на допоміжних заходах у випадку надзвичайних ситуацій техногенного, природного характеру, а також у разі порушень громадського порядку.

У правовому дослідженні інституту надзвичайного стану акцентується увага на деяких проблемних питаннях, які потребують детальнішої правової регламентації. Зазначено, що з метою забезпечення стабільного розвитку України, нормалізації становища в державі і ліквідації загрози для населення вводиться саме надзвичайний стан.

Ключові слова: надзвичайний стан, обмеження прав і свобод людини, правовий режим, громадська безпека, правопорядок, надзвичайні заходи.

The article examines the legal status of the state of emergency as a necessary tool in the system of national security protection. It was marked actuality of the institute, which is the subject of consideration, in particular, the article highlights the research issues in the works of scientists. It is argued that the legal status of the state of emergency is a mechanism pursuant protecting the rights, freedoms, legal interests of citizens and the constitutional order of the state.

In the scientific research the author considers the procedure, the grounds for the imposition of the state of emergency in Ukraine. In the article are analyzed the current normative legal acts that regulate the peculiarities of the implementation of the legal status – the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine “On the Legal Status of the State of Emergency”. It is emphasis on the features of the activities of public authorities, local governments during the functioning of a special legal status.

According to the analysis of the special law, the grounds in which existence the state of emergency can take place are established. The significance of the real threat, which is an important condition for the occurrence of the phenomenon researches legal institute in the state. The study reveals the importance of the real threat, which is an important condition for the occurrence of such a phenomenon in the state. The article analyzes the peculiarities of the President’s publication of the relevant Decree, in particular, emphasizes its imperative nature.

It was revealed that the protection of the constitutional order, the national security of Ukraine during the state of emergency, can be carried out by restricting the rights and freedoms of the population. The scientific article examines the provisions of the Universal Declaration of Human Rights on the establishment of certain restrictions to the effective functioning of a democratic state. However, the author notes that certain rights are not subject to restriction. Analyzing the special legislation in the field of legal status of the state of emergency, it is emphasis on support measures in case of emergencies of natural and man-made nature, and also in the case of violations of public order.

The legal research of the institute of the state of emergency focuses on some problematic issues that require detailed legal regulation. The author notes that in order to ensure the stable development of Ukraine, normalize the situation in the country and eliminate the threat to the population, a state of emergency is imposed.

Key words: an emergency state, the limitation of human rights and freedoms, the legal status, a public security, the legal order, an emergency measures.

Постановка проблеми. У зв’язку із загостренням соціально-політичної ситуації все частіше перед державою постає загроза для її національної безпеки. Причиною цього насамперед є зниження рівня ефективності державного управління і зменшення контролю з боку держави за соціальною сферою життя суспільства. Надзвичайні ситуації, які виникають на території країни або окремих її місцевостей, можуть досягати свого кризового рівня, відвернути їх можливо виключно за допомогою спеціальних правових заходів. Тому з’являється нагальна потреба розширити сферу діяльності органів державної влади, обмеживши певні права населення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правового режиму надзвичайного стану стало предметом аналізу багатьох праць науковців. До цієї тематики у своїх роботах зверталися Ю.П. Битяк, С.С. Засунько, К.М. Пасинчук, В.І. Олефір, О.М. Бандурка, Г.П. Ситник, А.І. Семенченко, А.С. Васильєв, Н.Р. Нижник та інші. Значна кількість публікацій свідчить про те, що питання не втрачає своєї актуальності і має окремі аспекти дослідження.

Метою цієї статті є розкриття сутності, порядку, підстав, особливостей впровадження і функціонування надзвичайного стану в Україні.

Виклад основного матеріалу. В умовах нестабільної економічної і політичної ситуації в сучасному світі необхідним є врегулювання конфліктів, які мають місце у ньому. Надзвичайні ситуації різноманітного характеру, які виникають у державі, так чи інакше впливають на безпеку населення, суспільства й держави, становлять загрозу для людей, можуть підірвати соціальну систему суспільства. Складні умови потребують вжиття заходів особливого характеру.

Одним із них є правовий режим надзвичайного стану, який знаходить свій вияв у положеннях статті 1 спеціаль-

ного Закону «Про правовий режим надзвичайного стану». Йдеться про особливий правовий стан, який полягає у покладенні на органи державної влади, органи місцевого самоврядування, а також військове командування відповідної компетенції з метою запобігти виникненню загрози і забезпечити безпеку й здоров'я громадян, а також належного функціонування органів публічної влади в Україні, економіки, захисту конституційного ладу тощо [1]. Він є важливим інструментом у системі державно-правового регулювання.

У Законі України «Про правовий режим надзвичайного стану» закріплено сутність цього правового явища, порядок впровадження і припинення, особливості здійснення своїх обов'язків державними органами, органами муніципальної влади тощо протягом часу, на який встановлено надзвичайний стан, а також регламентуються права, свободи, інтереси населення, юридичних осіб і встановлюється відповідальність у разі порушення чи недотримання заходів впровадженого режиму.

Правовий режим надзвичайного стану є не лише одним із видів особливого правового режиму діяльності суб'єктів владних повноважень під час виняткових обставин, а й інструментом, головним завданням якого є захист прав, свобод, законних інтересів людини і громадянина, забезпечення конституційного правопорядку держави і нормалізація суспільного життя.

Аналізуючи законодавчі акти, вітчизняний і зарубіжний досвід, важливим аспектом у процесі дослідження правового явища є виявлення підстав, за яких він може бути введений у дію:

1) наявність дійсно критичної ситуації;

2) законодавство має містити відповідні норми стосовно правового режиму заздалегідь, тобто насамперед йдеться про закріплення у нормативно-правових актах таких положень до моменту впровадження надзвичайного стану;

3) припинення такого режиму породжує поновлення усіх прав і свобод, які зазнали певних обмежень [2, с. 181].

Порядок встановлення особливого правового режиму регламентується нормами Конституції України [3] та Законом України «Про правовий режим надзвичайного стану» [1]. Згідно зі статтею 4 останнього передбачено умови, за наявності яких режим надзвичайного стану може бути застосований. Він має місце за:

1) тяжких надзвичайних ситуацій, які мають техногенний чи природний характер і становлять небезпеку життю і здоров'ю значної кількості населення;

2) масових терактів, за яких гинуть люди чи руйнуються важливі об'єкти забезпечення життєдіяльності;

3) міжнаціональних і міжконфесійних конфліктів, які несуть пряму загрозу громадянам і порушують нормальне функціонування органів державної влади, місцевого самоврядування;

4) масових безладів, яким притаманне насильство, що обмежує права і свободи громадян;

5) спроб захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу держави з використанням насильства;

6) масового переходу кордону України з території суміжних держав;

7) потреби відновлення конституційного правопорядку і належного функціонування органів державної влади [1].

Надзвичайний стан не може вступати в дію без особливих на те умов, тобто повинна існувати реальна загроза, яка посягає на безпеку громадян чи конституційний лад відповідного державного утворення. Згідно з нормами статті 5 спеціального Закону в нашій державі Президент України має видати Указ, який закріплює введення в дію надзвичайного стану [1]. Указ глави держави носить імперативний характер, а тому має в обов'язковому порядку виконуватися органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх органами, посадовими особами і громадянами України.

Забезпечення виконання Указу Президента здійснюється за допомогою примусової сили держави [4, с. 76]. Верховна Рада України у дводенний строк з часу звернення глави держави має його затвердити. Президент України шляхом звернення до засобів масової інформації або будь-яким іншим способом може вимагати, щоб групи осіб, організації та установи, які є ініціаторами чи учасниками дій, припинили дії протиправного характеру, попередити про можливість введення правового режиму надзвичайного стану на певній території. У разі, якщо ситуація, яка склалася, потребує термінових заходів, пов'язаних із порятунком чи недопущенням загибелі населення, то такий режим може вводитися без попередження [1].

Рада національної безпеки і оборони України як координаційний орган може виступати ініціатором пропозиції, яка надходить до Президента, про введення надзвичайного стану в Україні або її окремих місцевостях. Кабінет Міністрів України як вищий орган виконавчої влади подає пропозицію до глави держави, якщо мають місце надзвичайні ситуації техногенного чи природного характеру, внаслідок яких виникає серйозна загроза для життя людства. Президент має саме право, а не обов'язок запровадити на всій території держави або окремих її місцевостях правовий режим надзвичайного стану. З цього випливає, що якщо навіть і є умови для впровадження його в дію, Президент може не видавати відповідний Указ у разі можливості усунути небезпеку шляхом інших засобів.

Аналізуючи положення статті 11 чинного спеціального закону, можна встановити, що протягом функціонування надзвичайного стану повноваження глави держави, парламенту, уряду, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, міністерств, інших центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, судів, органів прокуратури, органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, не можуть припинятися або обмежуватися [1]. Якщо звернутися до норм Основного Закону нашої держави, то маємо змогу простежити абсолютну відповідність ст. 11 Закону «Про правовий режим надзвичайного стану» ст. 83 Конституції України, де закріплено, що протягом дії правового режиму у випадку завершення повноважень парламенту їх строк продовжується до проведення першої сесії новообраної після скасування правового стану Верховної Ради України [3].

З огляду на недоцільність проведення виборів під час дії особливого правового стану, який знаходить своє відображення у положеннях частини 1 статті 21 спеціального закону [1], жоден нормативно-правовий акт не закріплює відповідних чітко встановлених норм, які б могли анулювати призначений виборчий процес. Також у законодавстві немає будь-яких положень щодо поновлення чи призначення інших виборів після скасування надзвичайного стану. Це означає, що в такому випадку наявна прогалина у законодавстві.

Аналізуючи положення статті 14 зазначеного закону, можна простежити, що регламентується покладення обов'язків на органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування та відповідні військові командування щодо реалізації заходів із впровадження та функціонування надзвичайного стану [1], але нічого не йдеться про відповідальність і завдання вказаних органів. Цей аспект потребує детальнішого законодавчого урегулювання.

Доцільно зазначити, що при введенні в дію надзвичайного стану в Україні певним чином може відбуватися обмеження прав і свобод громадян, оскільки це є необхідною умовою для здійснення охорони конституційного

ладу та національної безпеки, які визнаються правомірними [5, с. 276]. Частина 2 статті 29 Загальної Декларації прав людини і громадянина визначає, що «при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги до прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [6].

Стаття 22 спеціального закону регламентує положення, відповідно до якого правовий статус та обмеження прав і свобод громадян та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах надзвичайного стану визначаються відповідно до Конституції України, цього закону та інших законів України [1]. У випадку запровадження надзвичайного стану обмеження можуть встановлюватися стосовно свободи пересування, обмеження руху транспорту, проведення зборів, мітингів, походів, демонстрацій, заходів з великою кількістю присутніх людей.

На підставі ст. 64 Конституції України обмеженню не підлягають права і свободи, які містяться у ст.ст. 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 Основного Закону [3]. Це означає, що під час встановлення надзвичайного державно-правового режиму вони не можуть звужуватися. Зазначена норма Конституції України відповідає статті 4 Міжнародного Пакта про громадянські і політичні права, в якій зазначено, що держави можуть відступати від своїх зобов'язань, проте лише за умови, якщо це диктується гостротою становища, в якому опинилася держава, і якщо такі заходи не дискримінують особу за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження [7].

У разі надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру відповідно до статті 17 Закону «Про правовий режим надзвичайного стану» в якості допоміжних заходів можуть бути застосовані евакуація населення; запровадження для юридичних осіб квартирної повинності; встановлення заборони стосовно будівництва або розширення підприємств; введення в дію карантинних заходів; застосування спеціального порядку щодо розподілення продуктів харчування і предметів першої необхідності; мобілізація; зміна графіків роботи підприємств, установ чи організацій.

Як допоміжні на підставі статті 18 спеціального закону через масові порушення громадського порядку можуть бути застосовані такі заходи:

1) комендантська година;

2) перевірка документів чи особистий огляд речей, транспорту, житлових приміщень, вантажу, багажу громадян;

3) тимчасова заборона на продаж зброї, отруйних або сильнодіючих речовин, а також алкоголю;

4) тимчасове вилучення у громадян зареєстрованої вогнепальної і холодної зброї, а у підприємств, установ і організацій – навчальної техніки, вибухових, радіоактивних речовин тощо;

5) особи, які порушують громадський порядок, можуть бути вислані з місця проживання за особистий рахунок.

Крім того, поліція в зазначений період має право за невідкладних умов проникнути до житла чи іншого володіння громадян без наявності рішення судового органу і вимагати від людей на деякий час покинути певний об'єкт чи, наприклад, обмежити доступ до нього [1].

Незважаючи на умови, які склалися, на органи публічної влади покладені обов'язки діяти виключно в межах та у спосіб, закріплені в Конституції і законах. При цьому утвердження прав, свобод людини і громадянина має залишатися провідним обов'язком їх діяльності. Режим надзвичайного стану, введений Указом Президента (який є обов'язковим для реалізації), може призупиняти дію окремих законодавчих актів держави і покладати на державні органи зобов'язання вживати заходи, які передбачає встановлений стан [2, с. 185]. Проте відповідно до статті 157 Конституції України за функціонування таких умов Основний Закон не може бути змінений.

Висновки. Можна зробити висновок про те, що надзвичайний стан є необхідним інструментом для усунення небезпеки, яка стоїть перед державою, забезпечення ефективного функціонування суспільних відносин і національної безпеки України. Впровадження особливого правового режиму надзвичайного стану на території України полягає в обмеженні деяких конституційних прав і свобод громадян, у встановленні певних заходів, які мають на меті подолати надзвичайні обставини, що склалися в соціально-політичній сфері життя суспільства, та гарантує захист політичних, економічних і соціальних прав громадян.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 28.12.2015 № 1550-III. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14#Text.

2. М.В. Ковалів, А.І. Рутар, Ю.В. Павлишин. Порядок і підстави введення правового режиму надзвичайного стану // *Науковий* вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2015. № 6. С. 180–188.

3. Конституція України : Закон України від 01.01.2020 № 254к/96-ВР. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text.

4. Басов А.В. Адміністративно-правовий режим надзвичайного стану : дис. канд. юрид. наук: 12.00.07 / Басов Андрій Віталійович. Х., 2006. 201 с.

5. Адміністративна діяльність : навч. посібник / М.В. Ковалів, З.Р. Кісіль, Д.П. Калаянов та ін. К. : Правова єдність, 2009. 432 с.

6. Загальна Декларація прав людини від 10.12.1948 № 995_015. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text.

7. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 19.10.1973 № 995_043. [Електронний ресурс]. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/81

РОЛЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У ПРОЦЕСІ ДЕТІНІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

ROLE OF STATE REGULATION IN PROCESS UNSHADOWING ECONOMY OF UKRAINE: THEORETICAL AND LEGAL ASPECT

Шолкова Т.Б., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри фінансового права
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Кобзар В.А., студент ІІІ курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті досліджено теоретичні засади детінізації економіки України, розкрито сутність і передумови тіньової економіки, розглянуто основні причини її зростання, запропоновано напрями детінізації економіки в аспекті державного регулювання та змін до законодавства, що сприяло б виведенню економіки з тіні. Визначено роль і значення процесу детінізації в подальшому розвитку реального сектора економіки та зміцненні економічної безпеки держави.

Встановлено, що на зростання тіньової економіки впливає надмірне оподаткування доходів підприємств, високий рівень безробіття, зубожіння значної частини населення, недосконалість чинного законодавства, відсутність сприятливого інвестиційного клімату. У вітчизняному законодавстві існує безліч прогалин, які дають змогу здійснювати неофіційну та незаконну діяльність. Проблемою є і незначна відповідальність за скоєння як дрібних правопорушень, так і економічних злочинів, ухиляння від сплати податків, що дає змогу мінімізувати ризики під час здійснення тіньової діяльності.

Збільшення масштабів тінізації не контрольованим шляхом стимулюють деструктивні процеси в усіх галузях і сферах економіки, які сприяють викривленню соціально-економічних результатів, суттєво перешкоджаючи проведенню якісних реформ. Масштаби тіньової економіки величезні, проте виміряти її точно досить складно. Тіньова економіка виникає через прагнення уникнути вимірювання, тому деякі вчені використовують опосередковані методи, які дають змогу дати їй відносну оцінку. Виокремлюють такі методи розрахунку рівня тіньової економіки: за збитковістю підприємств, «витрати населення – роздрібний товарооборот», фінансовий, електричний, монетарний методи.

Для подолання «тіньової економіки» та поліпшення соціально-економічного становища в Україні потрібно створити умови для розвитку малого та середнього бізнесу, усунути обмеження щодо нього; встановити на законодавчому рівні мінімальний обсяг статутного капіталу та суму, яка має бути сплачена у грошовій формі для компаній; підвищити оплату праці; створити державний орган, який буде контролювати цю сферу.

Ключові слова: тіньова економіка, специфіка та причини тіньової економіки, тінізація, детінізація, державне регулювання.

The article investigates the theoretical principles of de-shadowing of Ukraine's economy, reveals the essence and prerequisites of the shadow economy, considers the main reasons for its growth, proposes priority areas for de-shadowing of the economy in terms of state regulation. The role and importance of the process of de-shadowing in the further development of the real sector of the economy and strengthening the economic security of the state are determined.

It is established that the growth of the shadow economy is influenced by excessive taxation of corporate income, high unemployment, impoverishment of a large part of the population, imperfection of current legislation, lack of favorable investment climate. There are many gaps in domestic legislation that allow for informal and illegal activities. Another problem is the insignificant responsibility for committing both petty offenses and economic crimes, tax evasion. This allows you to minimize the risks when performing shadow activities.

Increasing the scale of shadowing in an uncontrolled way stimulates destructive processes in all sectors and areas of the economy, contributes to the distortion of socio-economic results, significantly hindering the implementation of qualitative reforms. The scale of the shadow economy is huge. However, it is difficult to measure it accurately. The shadow economy arises from the desire to avoid measurement, so a number of scientists use indirect methods that allow it to give a relative estimate.

There are the following methods of calculating the level of the shadow economy: the loss of enterprises, "population costs ⊢ retail trade", the financial method, the electric method and the monetary method. To overcome the "shadow economy" and improve the socio-economic situation in Ukraine, it is necessary to create conditions for the development of small and medium-sized businesses, remove restrictions on it; to establish at the legislative level the minimum amount of authorized capital and the amount to be paid in cash for companies; increase wages; create a State body that will control this area.

Key words: shadow economy, specificity and causes of the shadow economy, shadowing, government regulation.

Постановка проблеми. Забезпечення високого рівня розвитку вітчизняного суспільства та побудова в Україні конкурентоспроможної економіки європейського зразка не можливі без зниження рівня показників тінізації української економіки. Високі показники тінізації економіки країни формують передумови впровадження послідовної та ефективної державної політики, що дасть змогу зменшити масштаби тіньових фінансових операцій в економічному секторі. Саме тому особливо актуальними є питання ефективного державного регулювання в аспекті детінізації економіки країни.

Аналіз останніх наукових публікацій. Дослідження тіньових процесів економічної діяльності знайшло своє відображення у роботах широкого кола як зарубіжних, так і вітчизняних вчених, зокрема С. Бейкера, Б. Вейсрода, М. Герке, Ф. Кагана, З. Варналія, В. Гейця, Є. Іоніна, Ю. Кіржецького, М. Крупки, О. Каліберда, О. Кауфмана та інших.

Мета статті полягає в дослідженні механізмів державного регулювання у сфері детінізації економічних відносин в України та відшуканні шляхів виведення фінансових операцій з тіні шляхом внесення змін до фінансового законодавства.

Виклад основного матеріалу дослідження. Державне регулювання детінізації національної економіки є складником загального процесу державного регулювання економіки країни. Зростання рівня тіньової економіки блокує ефективне державне регулювання економіки та деформує

ринкові механізми функціонування усіх видів економічної політики.

Тіньова економіка – складне явище, яке вивчається різними галузями наук, у тому числі філософією, політологією, економікою, державним управлінням. Тіньова економіка як явище – не тільки надзвичайно актуальна і гостра проблема для української економіки, вона негативно впливає на всі соціально-економічні процеси, які відбуваються у суспільстві.

Тіньова економічна діяльність – це багатогранне явище, яке при будь-яких суспільно-політичних умовах існує та розвивається, є наслідком державного контролю, регулювання в економічній сфері. Як свідчить практика, тіньова економіка буде зберігатися до тих пір, доки існуватиме державна форма організації суспільного життя, а держава в певній правовій формі впливатиме на економічний розвиток шляхом впровадження бюджетної, податкової, грошово-кредитної, валютної політики.

Враховуючи те, що державне регулювання детінізації економіки є складником державного регулювання економіки, що є функцією державного управління, доцільно проаналізувати сутність механізму державного управління. Механізм державного управління вітчизняні вчені визначають так:

– практичні заходи, засоби, важелі, стимули, за допомогою яких органи державної влади впливають на будь-які суспільні відносини для досягнення поставлених цілей [1];

– сукупність засобів організації управлінських процесів і способів впливу на розвиток керованих об'єктів із використанням відповідних методів управління, спрямованих на реалізацію цілей державного управління [1];

–комплексна система державного управління, до складу якої входять конкретні механізми управління (економічний, мотиваційний, політичний, правовий), які у сукупності здатні забезпечити збалансоване та ефективне функціонування єдиного державного механізму [4].

Ключовою метою державного регулювання економіки можна визначити формування сприятливих умов для економічного зростання, підвищення рівня конкурентоспроможності країни та досягнення соціальної стабільності. Основними завданнями державного регулювання економіки є:

– забезпечення стабільного економічного розвитку;
– формування умов для економічного зростання;
– підвищення економічної ефективності в країні;
– нарощування трудового потенціалу та досягнення повної ефективної зайнятості;
– збалансування зовнішньоторговельного балансу країни;
– справедливий перерозподіл доходів населення та зменшення соціальної напруженості у суспільстві;
– стабілізація національної грошової одиниці;
– забезпечення цінової стабільності;
– раціоналізація природокористування та подальший інституційний розвиток.

Державне регулювання економіки забезпечується реалізацією низки функцій. Нині до функцій державного регулювання економіки вчені відносять:

– цільову – визначення цілей і напрямів розвитку економіки;
– стимулюючу – формування важелів впливу на ефективну діяльність суб'єктів господарювання;
– регламентуючу – нормативно-правове визначення правил діяльності для суб'єктів господарювання;
– коригуючу – внесення змін у процес реалізації економічної політики з метою усунення негативних екстерналій;
– контролюючу – нагляд і контроль за додержанням та виконанням нормативно-правових актів [4].

Отже, державне регулювання детінізації національної економіки необхідно розуміти як сукупність напрямів, форм і методів цілеспрямованого впливу суб'єктів державного управління на поведінку економічних суб'єктів з метою забезпечення реалізації державної політики, спрямованої на зниження рівня тіньової економіки, а організаційно-правовий механізм державного регулювання детінізації національної економіки – як спосіб організації взаємодії органів державної влади на основі використання комплексу взаємопов'язаних структурних та юридичних засобів, який дає можливість забезпечити зниження рівня тіньової економіки [4].

Враховуючи загальновживаність поняття «тіньова економіка» в сучасних умовах, розглянемо детальніше це поняття з різних позицій:

1. Юридичний (правовий) підхід: головним критерієм є незаконний характер діяльності, тобто він перебуває поза межами офіційного законодавства. Специфіка цього підходу не передбачає кількісного вимірювання обсягів тіньової економіки, а також того, що в тіньову економіку включаються документально оформлені фіктивні операції домогосподарств.

2. Економічний підхід: тіньова економіка визначається як виробництво, приховане від сплати податків, тобто ухиляння від оподаткування або операції, спрямовані на мінімізацію податків.

3. Статистичний підхід передбачає неврахування господарської діяльності органами статистики, не включення до складу ВВП.

4. Соціологічний підхід: характерною особливістю цього підходу є підвищена увага до соціальних моментів, неекономічної мотивації, суспільного статусу учасників тіньової економіки [9; 10].

5. Комплексний підхід полягає у симбіозі та логічному узагальненні всіх розглянутих підходів. З цієї точки зору «тіньова економіка» є соціально-економічними відносинами з приводу не контрольованого суспільством виробництва, розподілу, обміну і споживання товарно-матеріальних цінностей, а також використанням майна або прав власності в корисливих особистих і групових інтересах, які приховуються від органів державного управління, самоврядування та громадськості, учасниками яких є окремі громадяни чи соціальні групи [2].

Таким чином, тіньова економіка охоплює не тільки корисливі економічні злочини, але й незлочинні корисливі економічні правопорушення, які залишаються неврахованими або непідконтрольними державі. У таблиці 1 розглянемо структуру тіньової економіки, яка є досить складною та різноплановою.

У великій кількості публікацій відбувається ототожнення двох наведених понять, відбувається підміна термінів, якими називають різні за змістом і при цьому взаємопов'язані родові явища – тіньова економіка й тінізація економіки. Необхідність усвідомлення різного змісту вказаних понять має методологічне та практичне значення. Тіньова економіка, як наголосив швейцарський економіст Д. Кассел, виконує три позитивні функції у ринковій системі господарювання:

1) функція «економічного мастила», яка дає змогу згладжувати перепади в економічному розвитку шляхом перерозподілу ресурсів між офіційною економікою та її тіньовим складником (у періоди кризи економіки держави, коли обсяги виробництва знижуються, виробничі ресурси не зникають, а перерозподіляються до тіньової економіки та повертаються до легальної після закінчення такої кризи);

2) функція «соціального амортизатора», яка дає можливість пом'якшити небажані соціальні суперечності у суспільстві між різними верствами населення, оскільки неформальна зайнятість полегшує матеріальний стан малозабезпечених верств;

3) функція «вбудованого стабілізатора», оскільки її ресурси поступово переміщуються до легальної еконо-

Таблиця 1

Структура тіньової економіки відповідно до економіко-статистичного підходу

Вид	Сутність	Суб'єкти
Прихована	– законна економічна діяльність, яка приховується або применшується з метою ухиляння від сплати податків; – легальне виробництво та продаж необлікованих товарів і послуг	тіньовики-господарники, тобто підприємці, комерсанти, фінансисти, банкіри, промисловці
Неформальна	– діяльність із виробництва продукції у домашніх господарствах, яка не реєструється, не підлягає оподаткуванню; – утворюють нерегламентовані виробництво товарів і надання послуг; – незареєстрована діяльність осіб, яка є такою внаслідок економічних і правових обставин у країні	дрібні власники, наймані робітники, дрібні та середні державні службовці
Нелегальна (кримінальна, підпільна)	– заборонені законом види діяльності (корупція, наркоторгівля, торгівля зброєю тощо)	кримінальні особи, діяльність яких пов'язана з використанням їхнього офіційного статусу (службового становища)

Джерело: [14]

міки. Тіньові доходи використовуються для закупівлі товарів, продуктів, робіт і послуг не тільки в тіньовому, а й у легальному секторі економіки, після цього тіньові капітали важко відділити від легальних, оскільки вони оподатковуються та інвестуються у виробництво або фінансову сферу діяльності [6, с. 23]. Схожі функції також виділяють і вітчизняні вчені.

Власне «тіньова економіка» не визнається загрозою для національних інтересів, на відміну від «тінізації економіки». Однак, характеризуючи останню, часто вказують на збільшення маси саме тіньової економіки, при чому критичною її визначають у випадку, коли її співвідношення до економіки досягло 30% бар'єру. Таке співвідношення встановлюється відповідно до Методичних рекомендацій щодо розрахунку рівня економічної безпеки України (затверджених Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 29.10.2013 № 1277) і засвідчує посилення її негативного, руйнівного впливу на економічну систему. Тому індикатором загрози в цьому випадку є збільшення маси тіньової економіки вище за допустиме значення, вочевидь, унаслідок тінізації [13].

За розрахунками експертів Світового банку на початковому етапі становлення України як незалежної держави її тіньова економіка становила близько 10% від ВВП. Однак недосконалість процесів державотворення створили оптимальні умови для подальшого розвитку тіньового сектору [5]. Згідно даних Міністерства розвитку економіки рівень тіньової економіки у січні-березні 2020 року склав 31% від обсягу офіційного ВВП, що на 1 відсотковий пункт менше за показник січня-березня 2019 року. Вказані дані наведені на рисунку 1.

Проаналізувавши дані, відображені на графіку, слід зробити висновок, що збереження тенденції до зниження тіньової економіки відбулося, незважаючи на поширення негативних наслідків пандемії COVID-19 і зниження рівня реального ВВП на 1,3% за підсумком I кварталу 2020 року до відповідного кварталу 2019 року.

Аналізуючи досвід попередніх криз, очікуваним було збільшення рівня тіньової економіки, адже в умовах зна-

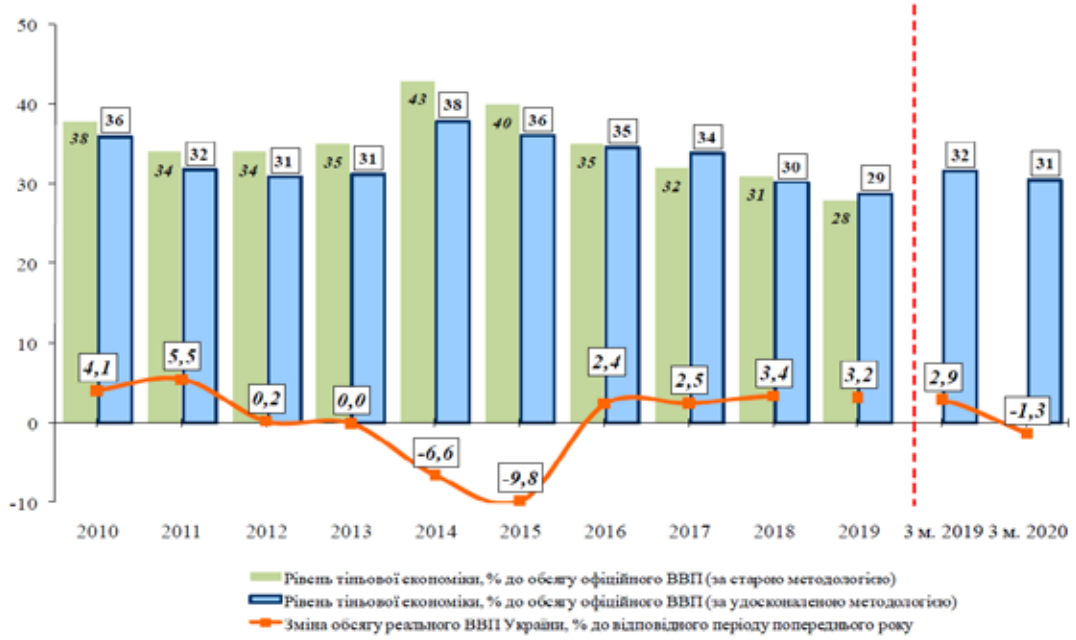

Рис. 1. Інтегральний показник рівня тіньової економіки в Україні (у % від обсягу офіційного ВВП) і темпи приросту / зниження рівня реального ВВП (у % до відповідного періоду попереднього року)

Джерело: [3; 7]

чної невизначеності бізнес прагне зменшити ризики втрати ресурсів. Так, відбулося очікуване зменшення ділової та інвестиційної активності (як всередині країни, так і за її межами), суттєво зросли збитки в економіці. Але саме незвичний характер кризи, спричиненої поширенням пандемії та запровадженням карантинних заходів, визначив нетиповий характер динаміки тіньової економіки із так званими секторальними особливостями. Так, три із чотирьох методів, з використанням яких здійснюється оцінка рівня тіньової економіки, зафіксували зменшення рівня порівняно з відповідним періодом 2019 року.

Так, згідно з методом «витрати населення – роздрібний товарооборот і послуги» відбувається зменшення на 4 відсоткові пункти (до 27% від обсягу офіційного ВВП); електричний метод демонструє спад на 3 відсоткові пункти (до 27% від обсягу офіційного ВВП), монетарний метод показує спад у 2 відсоткові пункти (до 29% від обсягу офіційного ВВП).

Також на графіку продемонстровані розрахунки за методом збитковості підприємств, який демонструє збільшення рівня тіньової економіки порівняно з минулим роком на 15 відсоткових пунктів. Згідно цього методу обсяг тіньової економіки станом на березень 2020 року склав 38% від обсягу офіційного ВВП. Такий показник зумовлений суттєвим погіршенням фінансового становища підприємств в умовах дії обмежень, запроваджених з метою запобігання стрімкому поширенню пандемії коронавірусу у світі та в Україні, а також утворених у період логістичних проблем.

Так, усі без виключення ВЕД (види економічної діяльності) показали тенденцію до збільшення рівня тіньової економіки на тлі зростання обсягу збитків підприємств цих ВЕД за результатами січня-березня 2020 року порівняно з відповідним періодом 2019 року, що наведено на рисунку 3.

Проаналізувавши рисунок 3, потрібно зробити висновок, що найбільше частка тіньового сектору зросла у добувній промисловості – на 21 відсотковий пункт, у ВЕД «Транспорт, складське господарство, поштова та кур'єрська діяльність» зафіксовано зростання на 18 відсоткових пунктів, у переробній промисловості, в оптовій та роздрібній торгівлі – на 16 відсоткових пунктів у кожному із цих ВЕД. При цьому перелік найбільш тінізованих ВЕД очолив ВЕД «Транспорт, складське господарство, поштова та кур'єрська діяльність» (54% від обсягу ВДВ (валової доданої вартості) у ВЕД).

Уникаючи сплати податків, підприємці максимізують свій прибуток, мінімізуючи витрати, до яких природно віднесені і податки, зберігаючи попит на товар. Класичний механізм впливу рівня оподаткування на рівень тіньової економіки наведено на рисунку 4.

На зростання «тіньової економіки» впливають прийняті ситуативно, на нашу думку, економічно необґрунтовані нормативно-правові акти в сфері оподаткування, які і так при складній економічній ситуації посилюють фіскалізацію, необґрунтовано виводячи об'єкти оподаткування з-під дії спрощеної системи оподаткування. Це стосується, наприклад, здачі в оренду нерухомості ФОПами. Так, згідно з пунктом 291.5.3. статті 291 Податкового кодексу України «не можуть бути платниками єдиного податку першої-третьої груп фізичні особи-підприємці, які надають в оренду земельні ділянки, загальна площа яких перевищує 0,2 гектара, житлові приміщення та/або їх частини, загальна площа яких перевищує 100 квадратних метрів, нежитлові приміщення (споруди, будівлі) та/або їх частини, загальна площа яких перевищує 300 квадратних метрів» [8], що стосується і діяльності щодо управління нежитловою нерухомістю.

Проте незрозуміло, з яких розрахунків чи логіки виходив законодавець, встановлюючи такі мінімальні параметри, адже за здачу в оренду двокімнатної квартири загальною площею 110 м^2 у м. Києві, не говорячи про інші міста країни, плата становить 14 000-15 000 грн на місяць, тобто за рік така сума складатиме максимально 180 000 грн отриманого доходу, а ще в цій сумі видатки, які не враховуються при визначенні бази оподаткування.

Згідно останніх змін до Податкового кодексу України від 16.01.2020 № 466-IX 3 група платників може мати дохід не більше 7 000 000 грн [12]. Постає питання: чому фізична особа-підприємець не може здавати таке житло або інші об'єкти нерухомості, які становили хоча б половину визначеної граничної суми доходу? Така ситуація

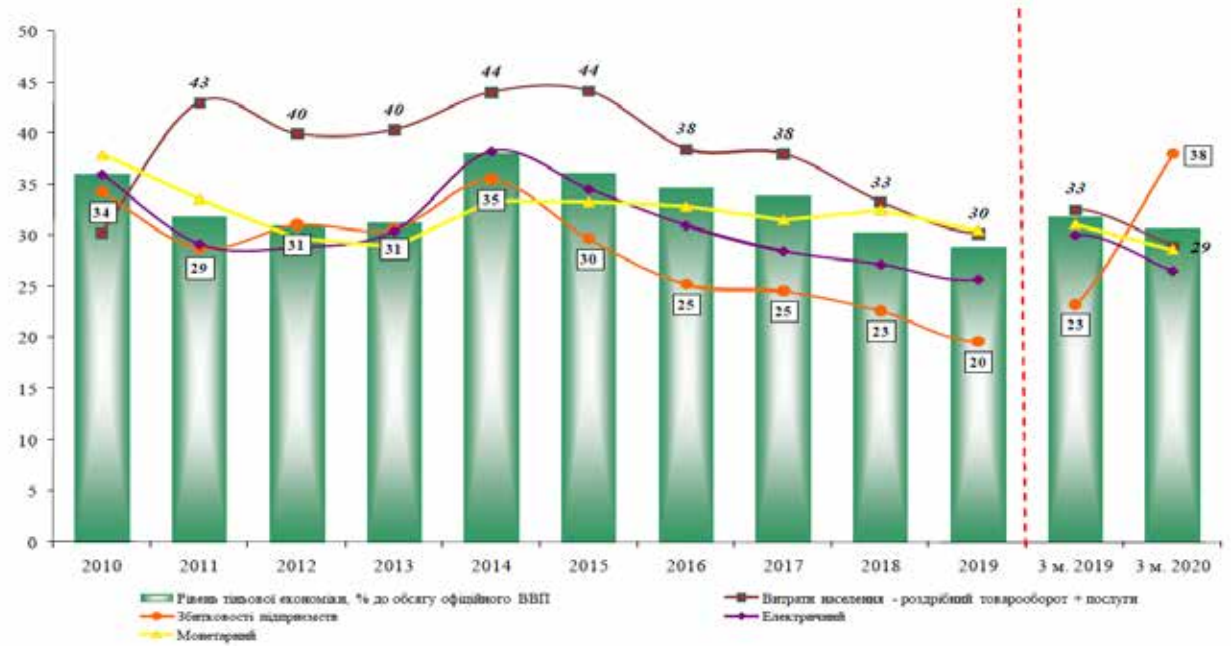

Рис. 2. Динаміка рівня тіньової економіки за окремими методами, % від обсягу офіційного ВВП

Джерело: [7]

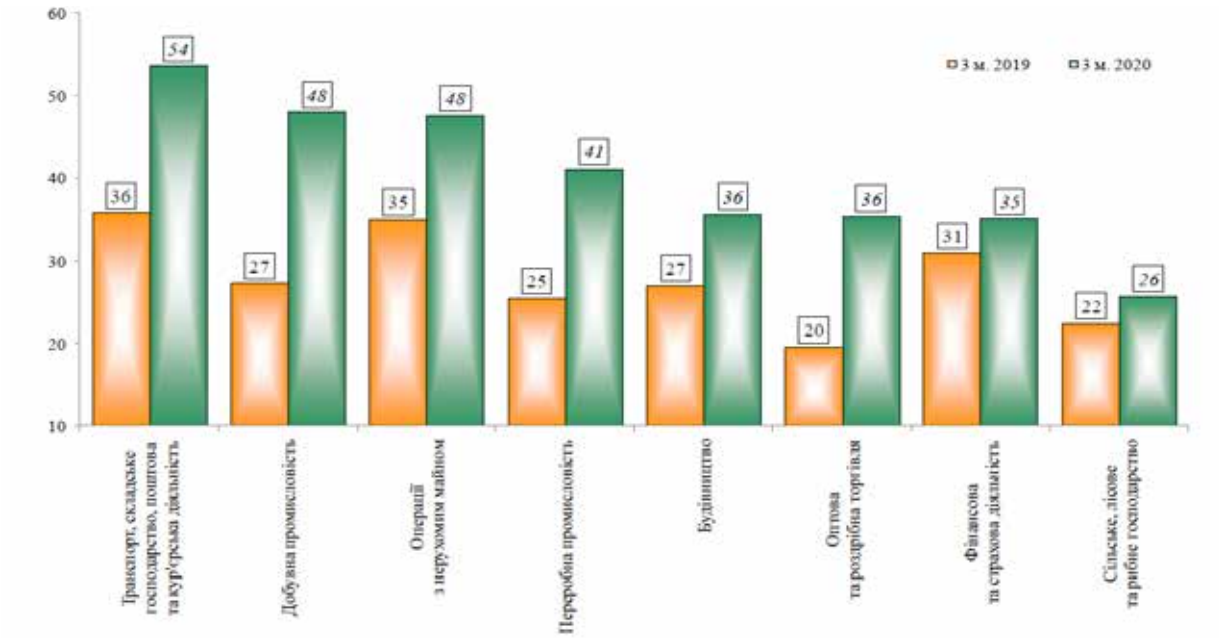

Рис. 3. Рівень тіньової економіки за видами економічної діяльності, % від обсягу офіційного ВДВ відповідного ВЕД

Джерело: [7]

Рис. 4. Механізм впливу рівня оподаткування на рівень тіньової економіки [9]

призводить як мінімум до двох негативних наслідків. По-перше, власники квартир перестають оформляти офіційні договори оренди і взагалі державі не платять податки, що посилює процеси формування «тіньового сектору»; по-друге, орендарі наражаються на небезпеку бути обманутими чи незахищеними від неправомірних дій орендодавців, оскільки договір ніде не реєструється, а часто і не оформляється, щоб не мати проблем із податковою, отже доказів перебування у правовідносинах у такому випадку немає і в будь-який момент людей можуть виселити на вулицю. Отже, від таких рішень не виграє ніхто.

Другий приклад – це вимога мати касові апарати і первинну документацію суб'єктам малого підприємництва 2-4 групи спрощеної системи оподаткування. Так, згідно Закону України від 17 березня 2020 року № 533-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» з 1 квітня 2021 року використання РРО стає обов'язковим для усіх ФОП – платників єдиного податку 2-4 групи незалежно від того, який дохід отримано фізичною особою-підприємцем [11].

Це значно ускладнює процес звітування, збільшить витрати підприємців на апарати РРО чи програмне забезпечення та їх обслуговування, ведення бухгалтерії, що змусить закритися велику кількість малих підприємців і вести незареєстровану підприємницьку діяльність. Фахівці зазначають, що надмірна фіскалізація і агресивна податкова політика особливо в сторону малого бізнесу впливає на збільшення розміру «тіньо-

вої економіки» і призводить до значних фінансових втрат бюджету.

Міністерство економіки у 2019 році оцінює розмір тіньової економіки у 28% ВВП, оцінки деяких зарубіжних експертів говорять про 40-42% ВВП. При цьому структура національної неформальної економіки є нетиповою. Третій звіт, опублікований у жовтні 2020 року, дозволяє оцінити потенційні втрати бюджету у 2019 році від схем уникнення податків в Україні у сумі 179,8-345,6 млрд грн або 4,5-8,7% ВВП [15].

Отже, приймаючи відповідні нормативно-правові акти, законодавець повинен керуватися не тільки бажанням максимально наповнити бюджет за рахунок посилення фіскалізації, а й розуміти наслідки таких рішень, їх вплив на спроможність підприємців вести малий бізнес, сплачувати податки та далі розвивати свою діяльність, в тому числі враховуючи умови пандемії. Тобто процес збалансування публічного і приватного інтересу в оподаткуванні повинен бути пріоритетним для держави.

Приватний інтерес полягає в отриманні прибутку, який залишається у підприємця після сплати усіх податків і обов'язкових платежів, достатнього розміру для нормальної можливості продовжувати бізнес, розвиватися, вдосконалюватися і отримувати від держави задоволення в належній якості і кількості публічних потреб, публічний же інтерес держави полягає у наповненні своєчасно і в повному обсязі бюджетів усіх рівнів фінансовими ресурсами.

Як було зазначено раніше, детінізація економіки – це досить складний комплекс регулятивних заходів у різних галузях економіки, а головними суб'єктами детінізації є державні органи, тому необхідно визначити принципи державного регулювання детінізації національної економіки, відповідно до яких повинна відбуватися розробка заходів і механізмів їх реалізації. Такими принципами повинні бути:

– верховенство закону – заходи державного регулювання повинні реалізовуватися відповідно до чинного законодавства;

– баланс інтересів особи, суспільства та держави – пріоритетом визначення заходів і меж державного регулювання повинно бути гармонійне та ефективне узгодження інтересів всіх учасників;

– інтеграція у міжнародну систему протидії тінізаційним процесам – міжнародна співпраця країни щодо протидії факторам підвищення рівня тінізації національної та світової економічної систем;

– обґрунтованість – заходи державного регулювання детінізації економіки повинні бути належно обґрунтованими та базуватися на реальних показниках економічного розвитку;

– системність – заходи державного регулювання детінізації економіки повинні бути спрямовані на обмеження джерел і факторів її зростання, що походять з усіх сфер суспільства;

– збалансування публічного і приватного інтересу в оподаткуванні.

Висновки. Внаслідок існування тіньової економіки зменшуються доходи бюджету, зростає зовнішній і внутрішній борги, збільшується тіньовий капітал, зменшується інвестиційна привабливість держави, втрачаються можливості активної участі у глобалізаційних процесах. Нині існує нагальна необхідність у конкретних заходах законодавчої і виконавчої влади, які б сприяли удосконаленню організаційно-правового забезпечення формування та впровадження комплексного механізму державного регулювання детінізації національної економіки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бакуменко В.Д. Виявлення комплексу проблем державного управління процесами європейської та євроатлантичної інтеграції України, розробка пропозицій щодо вдосконалення системи державного управління цими процесами / В.Д. Бакуменко. URL: http://www.napaeurostudies.org.ua/2-2.rtf (дата звернення: 15.11.2020).
2. Варналій З.С. Тіньова економіка: сутність, особливості та шляхи легалізації : монографія / З.С. Варналія. К. : НІСД, 2006. 576 с.
3. Економічна діяльність: діяльність підприємств / Державна служба статистики України // Офіційний сайт. URL: http://www.ukrstat.gov.ua (дата звернення: 15.11.2020).
4. Кравченко О.М. Теоретичні підходи до визначення поняття «механізм державного управління» / О.М. Кравченко // Державне управління: удосконалення та розвиток : електронне наукове фахове видання. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/index.php?operation=1&iid=56 (дата звернення: 15.11.2020).
5. Кузнецова М.І. У пошуку шляхів детінізації економіки України / М.І. Кузнецова, О.О. Дубровіна // Інноваційна економіка. 2017. № 1. С. 46–54.
6. Мациевский Н.С. Теневая экономика: анализ и оценки. Известия Томского политехнического университета. 2010. № 6. С. 22–29.
7. Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України // Офіційний сайт. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&id=057fcaa4-6bd0-42e6-bef0-646f99518baf&tag=PosilanniaNaBazoviNormativnopravoviAkti (дата звернення: 15.11.2020).
8. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text (дата звернення: 15.11.2020).
9. Подмазко О.М. Організаційно-економічні засади детінізації економіки України : дис. кан. економ. наук / О.М. Подмазко. Одеса, 2015. 225 с.
10. Попович В.М. Економіко-кримінологічна теорія детінізації економіки : монографія / В.М. Попович. Ірпінь : Академія державної податкової служби України, 2001. 546 с.
11. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 17 березня 2020 року № 533-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-20#Text (дата звернення: 15.11.2020).
12. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних і логічних неузгодженостей у податковому законодавстві : Закон України від 16.01.2020 № 466-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-20#Text (дата звернення: 15.11.2020).
13. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо розрахунку рівня економічної безпеки України : наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 29.10.2013 № 1277 / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1277731-13 (дата звернення: 15.11.2020).
14. Тіньова економіка в Україні: стан, тенденції, шляхи подолання : аналіт. огляд / упоряд.: С.С. Чернявський, В.А. Некрасов, А.В. Титко та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2017. 152 с.
15. Черкашин В. Скільки втрачає бюджет від тіньової економіки і як із цим боротися (11.11.2020). URL: http://chp.com.ua/all-news/item/70343-chomu-zrostayut-tempi-uniknennya-splati-podatkiv (дата звернення: 15.11.2020).

УДК 342.413+342.415
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/82

ДЕКОМУНІЗАЦІЯ В КОНТЕКСТІ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ

DECOMMUNIZATION IN THE CONTEXT OF INFORMATION SECURITY

Юринець Ю.Л., д.ю.н., професор,
професор кафедри конституційного і адміністративного права
Національний авіаційний університет

Сопілко І.М., д.ю.н., професор,
декан юридичного факультету
Національний авіаційний університет

Бєлкін Л.М., к.т.н., старший науковий співробітник,
адвокат

У статті розглядається проблема декомунізації як чинник інформаційної безпеки суспільства і держави. Згадується, що створення правових засад декомунізації в України започатковано Законом України «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» (від 17.04.1991 № 962-XII; сучасна назва «Про реабілітацію жертв репресій комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років»).

У подальшому був прийнятий Закон «Про Голодомор 1932-1933 років в Україні» (від 28.11.2006 № 376-V). 09.04.2015 прийнятий пакет із 4 декомунізаційних законів, центральним із яких є Закон «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» (№ 317-VIII) (далі – Закон). Хоча Конституційний Суд України визнав цей Закон конституційним (16.07.2019), критичні випади проти нього і декомунізації загалом не припиняються.

Автори статті наголошують, що дискусія про «декомунізацію» – це не про свободу слова та право на самовираження. Декомунізацію необхідно розглядати крізь призму інформаційної війни. Ключовим інструментом інформаційної війни є інформаційно-психологічний вплив, який може викликати зрушення у цінностях, життєвих позиціях, орієнтирах, світогляді особистості, і є центральним механізмом цілеспрямованої пропаганди.

Наголошується, що прорадянський / проросійський вплив здійснювався і продовжує здійснюватися через радянську міфотворчість. Міфи радянського періоду безпосередньо формують ідеологічний і психологічний стан пострадянської людини. Артефакти комуністичного минулого (пам'ятники, топоніміка, героїка, свята) покликані створювати міф про безальтернативність комуністичного розвитку, сакральності рішень комуністичних вождів. Засилля ідеологічно навантажених радянських артефактів в Україні зумовило б збереження дуалізму в політичній культурі українців.

Ключові слова: інформаційна безпека, інформаційна війна, інформаційно-психологічний вплив, декомунізація, міфотворчість, прорадянські артефакти.

The article considers the problem of decommunization as a factor of information security of society and the state. It is mentioned that the creation of legal bases for decommunization in Ukraine was initiated by the Law of Ukraine

"On Rehabilitation of Victims of Political Repression in Ukraine" (of 17.04.1991 № 962-XII; modern name "On Rehabilitation of Victims of Repression of the Communist Totalitarian Regime 1917-1991").

Subsequently, the Law "On the Holodomor of 1932-1933 in Ukraine" was adopted (of 28.11.2006 № 376-V). On 09.04.2015, a package of 4 decommunization laws was adopted, the central of which is the Law "On Condemnation of Communist and National Socialist (Nazi) Totalitarian Regimes in Ukraine and Prohibition of Propaganda of Their Symbols" (№ 317-VIII). And although the Constitutional Court of Ukraine has recognized this Law as constitutional (16.07.2019), critical attacks against this Law and decommunization in general do not stop.

In this article, the authors emphasize that the discussion of "decommunization" is not about freedom of speech and the right to self-expression. Decommunization must be viewed through the prism of information warfare. The key tool of information warfare is informational and psychological influence, which can cause changes in values, life positions, landmarks, worldview of the individual, and is the central mechanism of purposeful propaganda.

It is noted that pro-Soviet / pro-Russian influence has been and continues to be exercised through Soviet myth-making. Myths of the Soviet period directly shape the ideological and psychological state of the post-Soviet man. Artifacts of the communist past (monuments, toponymy, heroics, holidays) are designed to create a myth about the inevitability of communist development, the sacredness of the decisions of communist leaders. The dominance of ideologically charged Soviet artifacts in Ukraine would lead to the preservation of dualism in the political culture of Ukrainians.

Key words: information security, information war, information-psychological influence, decommunization, myth-making, pro-Soviet artifacts.

Актуальність проблеми. В загальнотеоретичному розумінні декомунізація є теоретичною і практичною діяльністю, спрямованою на відмову від комуністичних ідеалів, на усунення комуністичної ідеології з усіх сфер життя суспільства [1].

Початок створення правових засад декомунізації в України слід відраховувати від прийняття Закону України (далі – ЗУ) «Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні» (від 17.04.1991 № 962-XII; сучасна назва «Про реабілітацію жертв репресій комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років»). У подальшому був прийнятий ЗУ «Про Голодомор 1932-1933 років в Україні» (від 28.11.2006 № 376-V), а 09.04.2015 – пакет чотирьох декомунізаційних Законів: «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» (№ 317-VIII); «Про правовий статус та вшанування пам'яті борців за незалежність України у XX столітті (№ 314-VIII); «Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939-1945 років (№ 315-VIII), «Про доступ до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років» (№ 316-VIII).

Центральним законом української декомунізації слід вважати ЗУ № 317-VIII [2]. Саме проти цього Закону було спрямоване звернення до Конституційного Суду України (далі – КСУ). Хоча КСУ визнав Закон таким, що відповідає Конституції України (є конституційним) (16.07.2019), критичні випади проти нього і декомунізації загалом не припиняються. Так, український політичний експерт О. Якубін у той же день в інтерв'ю на «Радіо Свобода» заявив: «Я не вважаю, що є коректним порівнювати так[1]… Цей закон має бути переглянутий. Краще – скасований».

Кандидат філософських наук В.М. Циба [3], загалом критично ставлячись до декомунізації, зазначає, що прийняття декомунізаційних законів стало можливим внаслідок трансформації політичної системи, ідеологічний вектор якої набув відверто консервативно-націоналістичної форми [3, с. 155]; що уподібнювати комунізм і нацизм лише на основі поверхової генералізації механізмів управління суспільством є непрофесійним і навіть ризикованим наміром [3, с. 164]. Сучасні інформаційні війни вимагають по-іншому подивитися на декомунізацію як на чинник інформаційної безпеки суспільства і держави [4, 5]. Отже, запропонована тема статті є актуальною.

Аналіз наукових джерел і публікацій. В українській науковій літературі проблеми декомунізації досліджуються украй обмежено. Як це не парадоксально виглядає, але багато критичних видань вийшло в Росії, щоправда, у період її відносної демократичності [6-8 та інші]. В Україні обговорення тривають здебільшого на рівні експертів, публіцистів і громадськості.

Як повідомляє С. Грабовський[2], 13-14 травня 2015 року в низку наукових структур «зверху» надійшли директиви негайно (в той же день) дати відповідь, наскільки обґрунтовані претензії до «законів про декомунізацію» у «листі 63-х[3]». Це фактично означає, що до прийняття законів належного наукового аналізу не було.

Професор Квебекського університету Канади Р. Сербин вважає, що «проблемою України є те, що за більш ніж 20 років українська еліта не зуміла правильно осмислити радянський період і не змогла передати це українському населенню, особливо дітям[4]». В умовах такої невизначеності українські вчені висловлювалися щодо радянського тоталітаризму дуже обережно. У статтях [9-12] розглядаються практичні проблеми декомунізації (перейменувань). Правові аспекти декомунізаційних законів розглянуті у статтях співавторів [2; 13–15].

Мета роботи – дослідження впливу декомунізації на вирішення проблем інформаційної безпеки країни.

Результати досліджень. Як зазначає професор В.Ю. Богданович, найпотужнішим впливом на забезпечення воєнної безпеки України є інформаційний; значна частина зовнішніх інформаційних загроз фактично є різновидом воєнних загроз, саме вони є одними із найнебезпечніших для воєнної безпеки держави [16, с. 47]. Отже, інформаційні відносини виходять за межі суто інформаційних і стають чинником спеціальних ворожих операцій та інформаційних воєн.

В інформаційній війні під «інформацією» розуміється результат відображення та обробки в людській свідомості різноманіття навколишнього світу, відомостей про предмети, які оточують людину, явища природи, діяльність інших людей тощо [17]. Інформація формує у свідомості людини систему знань, поглядів, смислів, якими людина керується у своїх вчинках, не тільки лояльних щодо оточення, суспільства, держави, але й ворожих до них. Інформація може змінювати поведінку людей, нав'язувати їм цілі, які об'єктивно не входять до їх інтересів.

Поширеним засобом використання інформації з метою цілеспрямованого впливу на свідомість людей і соціуму є пропаганда. Пропаганда – це контроль свідомості мас шляхом спотворення інформації та нав'язування односторонніх, суб'єктивних, а часом і відверто неправдивих суджень із використанням засобів масової інформації або будь-яким іншим способом масового впливу [18, с. 52]. Метою негативної пропаганди є розпалювання соціальної ворожнечі, загострення соціальних конфліктів, суперечностей у суспільстві, пробудження у людей низьких інстинктів тощо. Це дозволяє розділити людей, зробити їх слухняними волі пропагандиста [18, с. 24].

Як зазначає професор В.А. Ліпкан, з урахуванням сучасних інформаційних заходів і засобів сучасна пропаганда є формою систематичного цілеспрямованого переконування, яке намагається вплинути на емоції, погляди, думки й дії визначеної цільової аудиторії з політичною, ідеологічною або іншою метою через контрольовану передачу односторонніх повідомлень, які можуть узгоджуватися із фактами або ні безпосередньо чи каналами мас-медіа[5].

Найбільш небезпечним складником пропаганди є інформаційно-психологічний вплив (часто його називають інформаційно-пропагандистським, ідеологічним) – це вплив словом, інформацією. За висновками В.Г. Криська, психологічний вплив такого виду ставить за основну мету формування певних ідеологічних (соціальних) ідей, поглядів, уявлень, переконань, одночасно викликаючи в людей позитивні чи негативні емоції, почуття і навіть бурхливі масові реакції.

Цілями психологічної війни може бути ослаблення морального духу особового складу збройних сил і цивільного населення противника; схиляння їх до відмови від участі в бойових діях; створення передумов для досягнення окреслених військово-політичних цілей з мінімальними людськими і матеріальними втратами [19]. Професор М.В. Маркова зазначає, що інформаційно-психологічний вплив може викликати зрушення в цінностях, життєвих позиціях, орієнтирах, світогляді особистості. Такі зміни зумовлюють вияви девіантної антисоціальної поведінки й становлять небезпеку вже для суспільства й держави [20, с. 7].

Інформаційний вплив існував завжди. У давні часи в якості перших інформаційних атак використовувалися, зокрема, міфи. Єдиною відмінністю цих впливів від сучасних було те, що на той період вони не називалися війною, що пояснювалося нерозвиненістю технічних засобів передачі інформації. Збільшення швидкості дії і широке поширення інформаційних мереж дуже збільшило потужність інформаційної зброї [18, с. 15].

Міфотворчість – найважливіше явище в культурній історії людства. Людині в усі часи було необхідно певне розуміння навколишнього світу і свого положення в ньому. Вона не могла жити і діяти без внесення твердого порядку у свої уявлення про реальність. Це рятівне «знання» давала і дає загальновизнана версія міфу, з якої трансформувалися необхідні соціальні установки, правила поведінки і обряди, норми моралі.

Виступаючи в якості свого роду усного «священного писання» і кодексу зразка поведінки, міфи безпосередньо впливали і продовжують впливати на життя і долі людей, сприяючи стабілізації й розвитку відносин суспільства у національних інтересах, в тому числі в інтересах безпеки [18, с. 11]. Будь-яка дійсність виражає дійсність міфів, які існують у суспільстві [21]. Фактично ідеологічні міфи визначали не тільки суспільне, а й повсякденне життя радянської людини [22].

Г. Почепцов звертає увагу на те, що виробництво символів на душу населення напевно було найвищим у СРСР. Радянський Союз освоював сакральний простір як цілину або космос. Йому вдавалося перетворювати фізичну подію в сакральну, коли це було потрібно. Громадяни СРСР жили в цьому символічному, а не реальному світі, у них ніби-то було атрофовано індивідуальне мислення і розуміння, воно було замінено колективним, створеним інформаційним і віртуальним просторами [23].

Міфи, в тому числі міфи радянського періоду, безпосередньо формують ідеологічний і психологічний стан

[1] Комуністичний і нацистський тоталітарні режими.

[2] http://inosmi.ru/sngbaltia/20150519/228115313.html.

[3] Звернення міжнародних науковців і експертів до Президента і голови Верховної Ради України з проханням не підписувати законопроекти про «декомунізацію». Джерела: https://blogs.pravda.com.ua/authors/kurina/5537c31b54584/ – укр.; https://krytyka.com/en/articles/open-letter-scholars-and-experts-ukraine-re-so-called-anti-communist-law#footnote1_6ka0tda – англ.

[4] https://www.radiosvoboda.org/a/26973605.html.

[5] http://goal-int.org/zmist-propagandi-na-suchasnomu-etapi/.

людини, в тому числі пострадянської. Тому руйнування цих міфів у процесі декомунізації означає подолання радянського і пострадянського ідеологічного впливу. Отже, декомунізацію необхідно розглядати крізь призму інформаційно-психологічної війни. Артефакти комуністичного минулого (пам'ятники, топоніміка, героїка, свята) були покликані створювати міф про безальтернативність комуністичного розвитку, правильності «єдино вірного» вчення Маркса-Енгельса-Леніна-Сталіна, сакральності рішень комуністичних вождів.

Відомий радянський та американський скульптор Ернст Неізвестний наголошував: «Ленін не був дурнем, коли радянська влада здійснювала план монументальної пропаганди. Він намагався створити радянську міфологію, у чому був великим розумником. Ще до приходу Гітлера до влади було створено найпотужнішу, нехай диявольську, міфотворчість, яка включала знаки, обряди, ходи, жести, вчинки[6]».

Член ради Реанімаційного пакету реформ Я. Ясиневич вважає, що відмова від декомунізації, якби вона відбулася, несла б загрозу використання пропаганди радянського тоталітарного режиму в сучасній політичній боротьбі і у воєнних діях. «Це як маркер. Люди використовують комуністичні символи для того, щоб позначати, хто свої. У цьому випадку позначання «хто свої» – це позначання ворога. Заборона присутності у публічному просторі тих символів означає питання безпеки, у тому числі безпеки нас і наших дітей на наших вулицях, у парках»[7].

Г. Почепцов зазначає, що гібридна війна проти України в її інформаційному варіанті також була покликана ***активувати радянську ідентичність***, яка успішно відновлена і утримується Росією у себе. В рамках цієї ідентичності Росія ніяк не могла бути ворогом України, оскільки в ній Росія і Україна завжди подавалися як народи-брати. Тому в рамках України було виділено неправильний блок (фашисти, хунта), на який і був спрямований удар пропаганди. Така модель дозволяє вибудувати пропаганду у вигляді захисту українського народу як «правильних» українців проти українців «неправильних» [24].

У резолюції ПАРЄ № 1652 (2009) від 29.01.2009 підкреслюється, що для того, щоб дозволити окремим державам-членам Ради Європи покласти край суперечностям щодо свого недавнього минулого, Європа повинна однозначно відкинути і беззастережно засудити усі форми диктаторських режимів (націонал-соціалізм, фашизм, тоталітарний комунізм). При цьому в резолюції Асамблея «вважає за необхідне» провести відмінність між військовими похованнями і пам'ятниками перемоги, зведеними для прославлення тоталітарних режимів або колишніх окупаційних сил або які так сприймаються більшістю населення[8].

Польський історик М. Волос, коментуючи польський закон про декомунізацію від 22.06.2017, наголошує, що до 1939 року Польща була незалежною державою, а після 1944-1945 років вона залежала від Москви. З огляду на цю обставину. Пам'ятники червоноармійцям для поляків залишаються насамперед символом підпорядкування[9].

У дисертації [25] наголошується, що між пам'ятниками і суспільством постійно існує не завжди видимий зв'язок. Пам'ятники, будучи частиною історико-культурного середовища, в якому живе і розвивається людина як соціальна особистість, вже фактом свого фізичного існування впливають на її знання про минулу історію і культуру, на формування її світогляду. Уже в далекій давнині влада прекрасно усвідомлювала велику емоційну силу ідеологічного впливу історичних реліквій і монументальних споруд на психіку та свідомість людей. На зорі цивілізації в ранніх державах історичні реліквії були оголошені святинями і використовувалися владою з метою згуртування суспільства навколо культивованих нею ідей. На монументальну пропаганду не шкодували коштів. Тому наявність пам'ятників тоталітарної доби антиукраїнського змісту гальмує звільнення від тоталітарної ідеології та перешкоджає зміцненню проукраїнської ідеології.

Аналогічно і з топонімічними назвами. Так, у публікації [26] сказано, що ім'я – це доля, тобто «ім'я» вулиці, на якій людина живе, певним чином також зумовлює її життя. Характерною у цьому сенсі є назва публікації «Народився на вулиці Леніна – таким і будеш». Зауважимо, що в період відносно демократичного розвитку Росія також, незважаючи на витрати, змінювала назви досить великих міст: Ленінград – на Санкт-Петербург, Горький – на Нижній Новгород, Куйбишев – на Самару, Свердловськ – на Єкатеринбург.

Як зазначає В. Пахолок, у політичному дискурсі використання топонімів традиційно виконує функцію ідеологічно навантажених знаків [27, с. 234]. Станом на 2015 рік чи не в кожному населеному пункті України були назви локальних топонімів, пов'язані з комуністичною ідеологією. Згідно із даними моніторингу Українського інституту національної пам'яті, станом на 10.06.2015 зміні назв в Україні підлягав 871 населений пункт. Серед найбільш поширених назв населених пунктів, пов'язаних з іменами комуністичних діячів в Україні, були такі: теоретика комунізму Леніна – 72; лідера радянських більшовиків Кірова – 46; підписанта від УСРР Договору про утворення СРСР Петровського – 67 [27, с. 239].

Варто мати на увазі, що формування і підтримка особливої ідеологізованої мови є ефективним засобом пропаганди, що дозволяє створити певну картину соціальної дійсності. Мова може бути використана для спотворення інформації з метою контролю за свідомістю і поведінкою людей. Маніпулювання мовою стає найважливішим засобом впливу на суспільну свідомість [28, с. 8]. Необхідно також враховувати, що вчені в області нейролінгвістичного програмування довели вплив вимовлених слів і буквосполучень на психологічне самопочуття людини. Якщо одній людині весь час говорити «темно», а іншій – «світло», вони абсолютно по-різному будуть сприймати світ. Так і люди, які повторюють: «Я живу на вулиці Радісній» або «Мій будинок на вулиці Безіменній», будуть відчувати різні почуття [26].

Засилля ідеологічно навантажених радянських топонімічних назв в Україні, яка декларує демократичний розвиток і подолання радянського минулого, зумовило б збереження дуалізму в політичній культурі українців. Сприяти подоланню мовної спадщини тоталітарного минулого – означає сприяти звільненню людини від психологічної ролі гвинтика державної машини і радянсько-тоталітарної політичної системи.

О. Чорний повідомляє про виступ одного з учасників дискусії з приводу перейменування міста Кіровограда у «Єлісаветград»: «Я, чесно кажучи, жахнувся тому, що відбувається. Я послухав Вас, на рейтинги подивився, оці всі мальчики ходять, які пропонують нам імперську російську назву, граються у політику. Я цим мальчикам напомню, що в Донецьку теж гралися. І догралися. Зараз там їхні міста горять, а де ті мальчики? В могилах. Я це хочу сказати нашим мальчикам. Просто це – жах, коли люди виступають за проросійську назву, коли люди за «руський мір», і наші священики працюють проти України» [29, с. 220].

Активним засобом інформаційно-психологічного впливу є культивування почуттів ностальгії за радянським минулим: радянське кіно, в тому числі про «Червону Армію» та «Велику Перемогу», радянські пісні

[6] https://aif.ru/archive/1642919.

[7] https://www.radiosvoboda.org/a/30058713.html.

[8] http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2009%5D/%5BJan2009%5D/Res1652_rus.asp.

[9] https://www.golos-ameriki.ru/a/ai-polish-law-on-decommnization/3952025.html.

Таблиця 1

Показник	Засуджено по видах каральних органів					
	Суд		Позасуд. органи		Орган невідомий	
	кількість	%	кількість	%	кількість	%
1. Кількість осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності: усього – 4 308 487 осіб,						
у тому числі:	1 324 517	30,7	2 156 278	50,0	827 692	19,3
2. Засуджені до розстрілу та розстріляні: усього – 835 194 осіб,						
у тому числі:	132 665	15,9	701 401	84,0	1128	0,1

та концерти, «радянську науку» тощо. Т. Хітрова зазначає, що «ностальгування» є основною формування сучасного прорадянського / проросійського наративу й головною комунікаційною технологією противників «історичних[10] законів», власне джерелом культивування опозиційного дискурсу [30, с. 64].

Я. Калакура вказує, що «ностальгію» за «совєтським проектом» всіляко підживлюють ідеологи «руского міра» та їх прислужники в Україні [31, с. 12]. Як наголосив у одному із своїх виступів польський та американський юрист Р. Лемкін[11], «доки Україна зберігає свою національну єдність, доки її народ продовжує думати про себе як про українців і домагається незалежності, доти вона становить серйозну загрозу для самої суті совєтизму»[12]. Цю тезу необхідно розуміти і у зворотному напрямі: ностальгування за «совєтизмом» загрожує українському курсу на незалежність від імперського / російського дискурсу.

Ефективним засобом протидії ностальгії за радянським минулим є правда про злочини радянського режиму. Так, у таблиці узагальнені дані щодо позасудових переслідувань громадян сталінськими органами ВЧК-ДПУ-ОДПУ-НКВС-МДБ-КДБ і засуджених до вищої міри покарання [7].

Отже, позасудові органи СРСР покарали 2 156 278 осіб, у тому числі засудили до страти 701 401 особу (84,0%). При цьому у нацистській Німеччині позасудовий орган (так званий «Народний суд») засудив до страти 13 000 осіб [32], тобто у 166 разів менше.

Як написав російський опозиційний громадський діяч О. Широпаев[13] про українську декомунізацію, «це її[14] гігантський крок від Росії в бік Європи. Україна неухильно виходить з поля смислового тяжіння Росії. Смисли так званого «руского міра» не монтуються з Україною, яка активно переналаштовує, переналагоджує себе для подальшої інтеграції у Європу».

Висновки. Викладене дослідження дозволяє дійти певних висновків:

1. Дискусія про «декомунізацію» – це не про свободу слова та право на самовираження. Декомунізацію необхідно розглядати крізь призму інформаційної війни. Ключовим інструментом інформаційної війни є інформаційно-психологічний вплив, який може викликати зрушення в цінностях, життєвих позиціях, орієнтирах, світогляді особистості. Такі зміни зумовлюють вияви девіантної антисоціальної поведінки і становлять небезпеку вже для суспільства і держави.

Артефакти комуністичного минулого (пам'ятники, топоніміка, героїка, свята) були покликані створювати міф про безальтернативність комуністичного розвитку, правильності «єдино вірного» вчення Маркса-Енгельса-Леніна-Сталіна, сакральності рішень комуністичних вождів. З цього міфу вже трансформувалися необхідні соціальні установки, правила поведінки і обряди, норми моралі. Громадяни СРСР жили у цьому символічному, а не реальному світі, у них ніби-то було атрофовано індивідуальне мислення і розуміння, воно було замінено колективним, створеним інформаційним і віртуальним просторами. Засилля ідеологічно навантажених радянських топонімічних назв в Україні, яка декларує демократичний розвиток і подолання радянського минулого, зумовило б збереження дуалізму в політичній культурі українців.

2. Ухвалення пакету декомунізаційних законів відновлює історичну справедливість щодо правомірної оцінки тоталітарного комуністичного режиму, який приніс незліченні біди українському народу, як і іншим народам СРСР, слугує інтересам відновлення історичної пам'яті народів, які зазнали совєтізації, а також сприяє відмові від неправових практик, зміцненню законності і дотриманню прав людини у посткомуністичних державах. Твердження про якісь особливі привілеї тоталітарного соціалізму (комунізму) не відповідають позиціям європейських демократичних організацій правозахисної спрямованості, що неодноразово висловлено ними в резолюціях колегіальних органів – ПАРЄ, ОБСЄ, Європейського парламенту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Яценко Н.Е. Толковый словарь обществоведческих терминов. Санкт-Петербург : Лань, 1999. 524 с. (Учебники для вузов).
2. Белкин Л.М. Правовые основы декоммунизации в Украине : Закон об осуждении коммунистического и национал-социалистического (нацистского) режимов в Украине как центральный закон украинской декоммунизации. *Юридические науки и образование*. Журнал № 52. Баку, 2017. III кв. С. 21–50.
3. Циба В.М. «Декомунізація» і легітимація правлячої еліти в Україні. *Вісник Дніпропетровського університету. Серія: Філософія. Соціологія. Політологія*. 2017. № 1. С. 152–171.
4. Почепцов Г. СССР – страна, созданная пропагандой. К. : Фолио. 2019. 464 с.
5. Почепцов Г. Смисли і війни: Україна і Росія в інформаційній і смисловій війнах. К. : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія». 2016. 316 с.
6. Полян П.М. Не по своей воле. История и география принудительных миграций в СССР. М. : О.Г.И. – Мемориал. 2001. URL: http://demoscope.ru/weekly/knigi/polian/polian.html.
7. Мозохин О.Б. Право на репрессии: внесудебные полномочия органов государственной безопасности (1918-1953). Судьбы. События. Документы. Версии. М. : Кучково поле. 2006. 480 с. URL: http://www.e-reading.club/bookreader.php/1010006/Mozohin_-_Pravo_na_repressii.html.
8. Шлотгауэр В.О. Карательные органы Советского государства и нацистской Германии в 30-е годы (сравнительно-правовой анализ) : автореф. дисс. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01«Теория и история права и государства; история учений о праве и государ-

[10] Декомунізаційних.

[11] Автор терміну «геноцид» як правового поняття, розробник і фундатор Конвенції ООН про попередження злочину геноциду і покарання за нього (12.01.1951), був першим із фахівців міжнародного права, який визначив злочини сталінського комуністичного режиму проти українців як геноцид і проаналізував геноцид в Україні в контексті міжнародного права. 20.11.2015 стаття Лемкіна «Радянський геноцид в Україні» у Росії була внесена у Федеральний список екстремістських матеріалів.

[12] https://old.uinp.gov.ua/news/lyudi-pravdi-rafael-lemkin.

[13] https://volnodum.livejournal.com/1270657.html; https://rufabula.com/articles/2015/04/11/ukraine-stalin-hitler.

[14] України

стве». Краснодар, 2010. 35 с. URL: http://kubsau.ru/upload/iblock/37b/37b454cf5aba6cebac9c9ea01170e802.pdf.

9. Старенький І., Зайшлюк Я. Комунізація та декомунізація топонімії Кам'янця-Подільського. *Місто: історія, культура, суспільство*. 2017. № 1. С. 112–118.

10. Водотика С., Савенок Л. Міський простір, декомунізація і проблеми історичної пам'яті. *Місто: історія, культура, суспільство*. 2017. № 1. С. 119–133.

11. Майоров М., Короленко Б., Каретніков І. Декомунізація назв населених пунктів і районів України: підстави, процес, підсумки. *Місто: історія, культура, суспільство*. 2017. № 1. С. 134–141.

12. Дрогушевська І.Л. Декомунізація топонімії: концепція повернення історичних назв на карту України. *Проблеми безперервної географічної освіти і картографії*. 2017. Вип. 26. С. 22–27.

13. Белкин Л.М. Законы Украины от 9 апреля 2015 года о декоммунизации как фактор восстановления исторической справедливости. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8, № 2. С. 9–24.

14. Белкин Л. Закон про декомунізацію та Венеціанська комісія: чи справді сталінський режим не злочинний? *Юридична газета*. 19.01.2016. №№ 1-2 (499-500). С. 36–38.

15. Юринець Ю.Л. *Закон України № 316-VIII щодо доступу до архівів репресивних органів комуністичного тоталітарного режиму в контексті демократичних західних традицій*. *Адміністративне право і процес*. 2015. № 2(12). С. 6–15.

16. Богданович В.Ю., Ворович Б.О., Марко Є.І. Інформаційна безпека як основа воєнної безпеки держави та суспільства. *Збірник наукових праць Центру воєнно-стратегічних досліджень Національного університету оборони України імені Івана Черняховського*. 2018. № 3. С. 44–48.

17. Фролов В.С., Колесніков В.О. Інформаційна безпека у воєнній сфері. *Збірник наукових праць Центру воєнно-стратегічних досліджень Національного університету оборони України імені Івана Черняховського*. 2015. № 1. С. 12–17.

18. Сулейманова Ш.С., Назарова Е.А. Информационные войны: история и современность : учебное пособие. М. : Международный издательский центр «Этносоциум». 2017. 90 с.

19. Крысько В.Г. Секреты психологической войны (цели, задачи, методы, формы, опыт). Минск, 1999. 86 с.

20. Маркова М.В. Інформаційно-психологічна війна: медико-психологічні наслідки та стратегії протидії. *Проблеми безперервної медичної освіти та науки*. 2016. № 4. С. 6–10.

21. Богданов К.А. Повседневность и мифология: исследования по семиотике фольклорной действительности. СПб., 2001.

22. Куляпин А.И., Скубач О.А. В стране советской жить: мифология повседневной жизни 1920-1950 гг. Критика и семиотика. 2007. Вып. 11. С. 280–352.

23. Почепцов Г. Государственный контроль сакрального: от пространства и времени до коммуникаций. *MediaSapiens*. 03.04.2016. URL: https://ms.detector.media/mediaanalitika/post/16362/2016-04-03-gosudarstvennyi-kontrol-sakralnogo-ot-prostranstva-i-vremeni-do-kommunikatsii/.

24. Почепцов Г. Гибридно-информационная война: основные характеристики. *MediaSapiens*. 03.04.2016. URL: https://ms.detector.media/mediaanalitika/post/16826/2016-06-19-gibridno-informatsionnaya-voina-osnovnye-kharakteristiki/.

25. Кулемзин А.М. Охрана памятников в России как историко-культурное явление : дисс. д-ра культурол. наук. Томск, 2001. 403 с. URL: http://www.dissercat.com/content/okhrana-pamyatnikov-v-rossii-kak-istoriko-kulturnoe-yavlenie.

26. Идрисова А. Родился на улице Ленина – таким и будешь. *Симбирский курьер*. 17.03.2001. №№ 38-39. URL: http://sm-k.narod.ru/archives/2001/mar/38-39/16.htm.

27. Пахолок В.М. Декомунізація топонімів у стратегії формування політичних цінностей і зміцненні гуманітарної безпеки України. *Держава і право*. Юридичні і політичні науки. 2020. Вип. 87. С. 233–243.

28. Купина Н.А. Тоталитарный язык: словарь и речевые реакции. 2-е изд., испр. и доп. Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2015. 143 с.

29. Чорний О. Декомунізація, Єлисаветград та загроза національній безпеці. *Місто: історія, культура, суспільство*. 2017. № 1. С. 207–225.

30. Хітрова Т. «Декомунізація» як риторичний дискурс та джерело формування амбівалентних смислів у сучасному інформаційному просторі України. *Образ*. 2015. Вип. 3. С. 60–67.

31. Калакура Я.С. Пострадянське архівознавство в Україні: декомунізація і тенденції розвитку. *Сумський історико-архівний журнал*. 2016. № 26. С. 5–15.

32. Випперман В. Европейский фашизм в сравнении. 1922-1982 / Пер. с нем. А.И. Федорова. Новосибирск : Сибирский хронограф. 2000. URL: http://www.e-reading.org.ua/book.php?book=11543.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/83

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МИТНИХ ОРГАНІВ І МИТНИХ РЕЖИМІВ В УКРАЇНІ

THE HISTORY OF ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION OF CUSTOMS AUTHORITIES AND CUSTOMS REGIMES IN UKRAINE

Яковенко І.Л., студент VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Шолкова Т.Б., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри фінансового права
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті здійснюється звернення до історії становлення митної справи України, а саме аналіз змін в організаційній структурі митних органів того чи іншого періоду. Також розглядається історія становлення митних режимів в Україні за часів незалежності. Обґрунтовано актуальність звернення до історії становлення митної справи в Україні, потрібність звернення до історії та її аналіз.

На основі праць науковців, звернення до енциклопедій виділено етапи розвитку митної справи від найдавніших часів донині. Детально розглядається історичний розвиток митної справи у часи незалежності України: виокремлено етапи розвитку часів незалежності України, деталізовано їх значення та висвітлено зміни у складі митних органів у кожен із періодів. Зазначено, як ті чи інші зміни в організаційній структурі органів митної служби, у нормативно-правовому регулюванні впливали на здійснення митної справи в Україні у кожен із періодів. Зазначено про проблеми, які поставали перед митною справою у кожен із виділених періодів незалежності України, та те, як вони у свій час були вирішені.

Окремо проаналізовано становлення митних режимів в українському законодавстві, зміни у їх правовому регулюванні за часів незалежності України, а саме перехід від регулювання підзаконними актами України до головного законодавчого акту у митній справі – Митного кодексу України. Описане правове регулювання режиму реекспорту в історичному аспекті та визначено деякі проблеми його регулювання, обґрунтовано необхідність у запровадженні нормативно-правового акту, який би містив у собі норми стосовно реекспорту, якими б здійснювалося розширене та детальніше регулювання цього митного режиму.

Запропоновано шляхи вирішення деяких проблем, наявних у правовому регулюванні реекспорту. Визначено проблеми у регулюванні митної справи загалом, запропоновано шляхи їх вирішення на основі історичного аналізу, обґрунтовано необхідність звернення до історії становлення митної справи для виявлення помилок попередніх періодів для аналізу цих помилок і спроб недопущення їх здійснення на практиці й надалі.

Ключові слова: становлення та розвиток митної справи, історія, митні режими, митні органи, реекспорт.

The article refers to the history of the formation of the customs of Ukraine, namely the analysis of changes in the organizational structure of the customs authorities of a particular period. The history of the formation of customs regimes in Ukraine since independence is also considered. The urgency of turning to the history of customs in Ukraine, the need to turn to history and its analysis are substantiated.

Based on the works of scientists, appeals to encyclopedias, the stages of development of customs from ancient times to the present are highlighted. The historical development of customs during the independence of Ukraine is considered in detail: the stages of development of the independence of Ukraine are highlighted, their significance is detailed and changes in the composition of customs authorities in each of the periods are highlighted. It is noted how certain changes in the organizational structure of the customs service, in the regulatory framework, affected the implementation of customs in Ukraine in each of the periods.

It is mentioned about the problems that faced the customs case in each of our selected periods of independence of Ukraine, and how they were solved in due time. In addition, the formation of customs regimes in Ukrainian legislation, changes in their legal regulation during Ukraine's independence, namely the transition from regulation by bylaws of Ukraine to the main legislative act in customs – the Customs Code of Ukraine – are analyzed separately. The legal regulation of the re-export regime in the historical aspect is described and some problems of its regulation are identified, the necessity of introduction of the normative-legal act containing the norms concerning re-export by which the expanded and more detailed regulation of this customs regime is carried out is substantiated.

The ways of the decision of some problems which are available in legal regulation of re-export are offered. Problems in customs regulation in general are identified and ways to solve them are proposed, based on historical analysis, the need to refer to the history of customs formation to identify errors of previous periods, to analyze these errors and try to prevent their implementation in practice and further.

Key words: formation and development of customs affairs, history, customs regimes, customs authorities, re-export.

Актуальність дослідження. За часів незалежності України становлення та розвиток митної справи пройшли багато етапів. Методами постійної оптимізації органів, об'єднання та роз'єднання Державної митної служби та Державної податкової служби, перейняття позитивного досвіду зарубіжних держав в Україні будувалася своя нова структура органів митної служби, які б ефективно реалізовували завдання митної справи в Україні.

Дослідження історії митної справи України, становлення митних режимів України є важливим етапом на шляху подальшого вдосконалення сучасного стану митної справи, на якому можливо виявити помилки попередніх періодів, пов'язаних із застосуванням тих чи інших реформ в Україні. Враховуючи попередній досвід, наслідки введення тих чи інших реформ, можна побачити, як змінювався стан зовнішньої торгівлі, ефективність здійснення митного контролю, виявлення випадків неправомірного переміщення через митний кордон товарів тощо.

Не можна оминути увагою і те, що митна справа забезпечує як фінансову, так і загальну безпеку держави, від її функціонування держава отримує величезні доходи, шляхом її ефективного здійснення захищаються інтереси виробників, суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та громадян. У зв'язку з цим вивчення історії становлення митної справи є актуальним і розумним інструментом аналізу помилок і проблем попередніх періодів та формулювання шляхів вирішення наявних проблем у цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. Історія становлення митної справи в Україні тягнеться з найдавніших часів, ще з докиївського періоду (V століття до нашої

ери). Розвиток митної справи науковці умовно поділяють на 6 етапів: «І етап – докиївський період (V ст. до н.е. – VIII ст. н.е.); ІІ етап – період Київської Русі та монголо-татарського панування (XI – XVII ст.); ІІІ етап – період запорізького козацтва та Гетьманщини (XVI ст. – перша половина XVIII ст.); IV етап – період входження українських земель до Російської імперії (кінець XVIII ст. – початок XX ст.); V етап – період перебування України у структурі СРСР (1917-1991 рр.); VI етап – період становлення незалежності України та розвитку суверенної держави (1991 рік – донині)» [1, с. 11].

У контексті цієї роботи буде розглянуто шостий період, а саме період незалежності України, які зміни відбувалися у митній справі в цей час і як відбувалося становлення сучасної митної справи за часів незалежної України.

Колектив авторів О.Г. Мельник, М.Є. Адамів, А.В. Тодощук зазначають, що історія української митниці в незалежній Україні розпочинається із реорганізації Управління державного митного контролю при Раді Міністрів УРСР та утворення на його основі Державного комітету митного контролю України відповідно до Постанови Кабінету Міністрів Української РСР «Про порядок реалізації Закону УРСР «Про перелік міністерств та інші центральні органи державного управління Української УРСР» № 12 від 24 травня 1991 року [2, с. 5]. Першим центральним органом державної виконавчої влади у митній сфері став Державний митний комітет України, створений Указом Президента України № 1 від 11 грудня 1991 року. До завдань Державного митного комітету України насамперед було віднесено забезпечення економічної безпеки країни, розвиток міжнародного співробітництва, активізацію зовнішньоекономічної діяльності, боротьбу із контрабандою, удосконалення митних процедур, захист населення, контроль за дотриманням законодавства [3].

25 червня 1991 року Верховною Радою України був прийнятий Закон «Про митну справу в Україні», в якому містилося положення, що «Україна як суверенна держава самостійно створює власну митну систему і здійснює митну справу». Вже 12 грудня 1991 року Верховною Радою України була прийнята Постанова «Про введення в дію Митного кодексу України», яка має законну чинність і нині [1, с. 19]. У той період митною справою в Україні керувала Верховна Рада УРСР і Кабінет Міністрів УРСР, митна служба тоді була виведена з підпорядкування союзних органів. 11 грудня 1991 року було утворено Державний митний комітет України на основі Указу № 1 першого Президента України та прийняття 12 грудня 1991 року ВРУ Митного кодексу України. Одним із головних завдань митних органів є захист економічних інтересів України [4, с. 104]. Ієрархію митних органів складали Державний митний комітет України, митниці України, митні пости.

В той час існувала проблема відсутності мережі внутрішніх митниць, яка стримувала процес зовнішньої торгівлі. Тому вже у незалежній Україні виникла гостра необхідність у «масштабній розбудові національної митної системи, яка б сприяла становленню ринкової економіки у державі, зміцнювала її економічну конкурентоспроможність на державному та міжнародному рівнях, забезпечувала національну безпеку та територіальну цілісність» [2, с. 6].

Для виправлення ситуації за рік (з 1 січня 1992 року до 1 січня 1993 року) кількість митниць зросла з 26 до 52. Того ж року Указом Президента України була затверджена «Комплексна програма розбудови державного кордону України», яка передбачала системний комплекс організаційних, правових і матеріально-технічних заходів з розвитку мережі пунктів пропуску через державний кордон [4, с. 104].

Протягом 1994 року відбувалися істотні зміни в організаційній структурі управління митних органів, які відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України № 465 від 8 липня 1994 року [5] ґрунтувалися на утворенні 8 територіальних митних управлінь, які підпорядковувалися Державному митному комітету України. Кожне територіальне управління було окремою юридичною особою та здійснювало контроль за діяльністю від 5 до 15 митниць. Така реорганізація слугувала способом удосконалення ієрархії рівнів управління митних органів (територіальні митні управління перебували у підпорядкуванні Державного митного комітету України, а митниці були підконтрольні митним управлінням), оптимізації розподілу функціонального навантаження між митними органами різних рівнів, покращення управління роботою митниць і пунктів пропуску на місцях [2, с. 6; 4, с. 104].

Наступний етап пов'язується з Указом Президента України від 29 листопада 1996 року. Держаний митний комітет України було реформовано у Державну митну службу України, а територіальні митні управління – у регіональні митниці, створювалися спеціалізовані митні установи та організації. Найважливішою відмінністю регіональної митниці від територіального митного управління стало те, що вона, як і підпорядковані їй митниці, у встановленому порядку отримала функцію безпосереднього здійснення митного контролю та митного оформлення у відповідній зоні діяльності. Тоді система організаційної ієрархії почала виглядати так: Державна митна служба України; регіональні митниці, митниці прямого підпорядкування і спеціалізовані митні організації та установи на одному рівні; митні пости.

Вже на цьому етапі можна помітити, ця система поступово ускладнювалася, розширювалася та удосконалювалася. Така система проіснувала до 2005 року, коли усі митниці у зв'язку з припиненням діяльності регіональних перейшли у пряме підпорядкування Державній митній службі України. За цей етап сталася також така велика подія як прийняття 11 липня 2002 року Митного кодексу України.

У 2006 році на основі Наказу Державної митної служби України від 15.09.2006 № 785 «Про створення регіональних митниць та ліквідацію деяких митниць» відновилася робота регіональних митниць. Організаційна структура стала виглядати так: Державна митна служба, регіональні митниці, митниці. Головним елементом цієї структури було визначено регіональні митниці, в яких діяли «служби координації та контролю діяльності підпорядкованих митних органів» [4, с. 105].

У 2009-2012 роках продовжувалися удосконалення та зміна системи митних органів України, враховуючи принципи дотримання балансу між ефективністю митного контролю та сприяння зовнішній торгівлі. У 2010 році структура митних органів України була підлаштована під адміністративно-територіальний устрій держави, було побудовано просту й ефективну модель діяльності митної служби, яка виглядала так: Державна митна служба України (Центральний апарат) – митниці (регіональна митниця, обласні митниці, митниці, митні пости)» [4, с. 106].

Митне оформлення стало ефективнішим, що сприяло пришвидшенню здійснення митних процедур. У березні 2012 року була прийнята нова редакція Митного кодексу України з урахуванням вимог міжнародних стандартів і конвенцій. Серед нововведень було запровадження інституту уповноважених економічних операторів, спрощення митних процедур, скорочення часу митного оформлення із 24 до 4 годин, введення поняття «компромісу у митній справі». Для суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності стало можливим здійснювати митне оформлення товарів у будь-якому митному органі, здійснювати електронне декларування товарів [4, с. 106].

У грудні 2012 року був виданий Указ Президента України, за яким шляхом об'єднання Державної митної служби та Державної податкової служби було утворено Міністерство доходів і зборів України (далі – Міністерство). До

складу Міністерства увійшов центральний апарат Державної митної служби України. У ньому було створено Департамент митної справи, який складався із 5 управлінь [2, с. 7]. Як зазначає колектив авторів О.Г. Мельник, М.Є. Адамів, А.В. Тодощук, практика об'єднання та успішного функціонування митної та податкової служби була наслідком запозиченням позитивного досвіду європейських держав, але в Україні таке нововведення призвело до системної кризи [2, с. 7].

Метою об'єднання митної та податкової служб у Міністерство доходів і зборів України було зміцнення фіскальної функції, однак таке завдання взялися реалізовувати шляхом посилення фіскального тиску на платників податків. «Це підтверджують результати дослідження Європейської бізнес-асоціації (ЕВА) вкінці 2012 – І кварталі 2013 року, який ознаменувався зниженням податкового індексу України» [2, с. 8].

Міністерство доходів і зборів України припинило свою діяльність із прийняттям постанови Кабінету Міністрів України № 160 від 21 травня 2014 року [7]. Цією постановою Міністерство фінансів було перетворено у Державну фіскальну службу України. Варто зазначити, що така реформа не означала кардинальних змін, але статус Міністерства був змінений на статус служби [2, с. 8].

Державна фіскальна служба, об'єднуючи у собі функції Державної податкової служби та Державної митної служби, проіснувала до прийняття постанови «Про утворення Державної податкової служби України та Державної митної служби України» 18 грудня 2018 року з метою інституціонального, структурного і функціонального відновлення центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну податкову політику. Постановою передбачено, що податкова і митна служби – це окремі центральні органи виконавчої влади, а Кабінет Міністрів України спрямовує та координує їх діяльність через Міністерство фінансів України. Обидві служби є правонаступниками реорганізованої Державної фіскальної служби України.

Вже 8 грудня 2019 року Державна митна служба України почала свою роботу. Кількість митниць в Україні скоротилася із 26 до 16 (Постанова КМУ від 2 жовтня 2019 року № 858 «Про утворення територіальних органів Державної митної служби»). Такі зміни були здійснені для відходу від вже сформованих порядків на митницях, де на кожній були свої правила, для обмеження впливу на митниці керівництва обласних державних адміністрацій, прокуратури тощо. Зусилля Державної митної служби спрямовувалися на боротьбу з корупцією, підвищення якості послуг на митницях, перехід митниці від органу примусу до органу сервісу для громадян і бізнесу [8].

Говорячи саме про митні режими в Україні, насамперед варто зазначити, що до прийняття Митного кодексу України 2002 року діяв Митний кодекс 1991 року, в якому не було статті про визначення митних режимів, їх переліку чи характеристики. Система митних режимів була визначена у підзаконних нормативно-правових актах, у класифікаторі із позначенням цифрових кодів митних режимів. Тоді їх було 15, але не всі з них застосовувалися на практиці. Також у цьому кодексі була норма про встановлення спеціальних митних режимів, яка передбачала, що це встановлені на умовах договорів взаємні умови для здійснення зовнішньоекономічної діяльності. Нині такої норми у Митному кодексі України немає [9, с. 115].

Митний кодекс 2002 року вже містить визначення поняття «митний режим» і визначає його як «сукупність норм, встановлених законами України з питань митної справи, що залежно від заявленої мети переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України визначають порядок такого переміщення та обсяг митних процедур, які при цьому здійснюються» [10]. Ця редакція Митного кодексу містить перелік із 13 митних режимів, в той час як у сучасній редакції Митного кодексу України міститься 14 режимів.

Відмінність полягає у тому, що в сучасній редакції Митного кодексу режим тимчасового вивезення і тимчасового ввезення – це два різні митні режими, у старій же редакції він визначається як один митний режим. У старій редакції положення щодо цього митного режиму стислі, немає різниці між ввезенням і вивезенням, товари проходять однакові митні процедури. У сучасній редакції Митного кодексу тимчасове ввезення та тимчасове вивезення – два різні митні режими, які мають різні умови оподаткування та закінчуються поміщенням у різні режими: вивезення – у режим реімпорту, тимчасове ввезення – у режим реекспорту. На наш погляд, сучасна редакція краще відповідає вимогам сучасного стану, адже конкретно та детально врегульовує кожен із митних режимів. Можна прослідкувати, що в сучасному митному режимі «безмитну торгівлю» зі старої редакції визначено як «магазин безмитної торгівлі».

Стосовно режиму реекспорту, то за часів чинності Митного кодексу України 2002 року був виданий Наказ Державної митної служби України «Про затвердження Порядку застосування митного режиму реекспорту до товарів, які переміщуються через митний кордон України» [11], який деталізував положення Митного кодексу України щодо митного режиму реекспорту. Цей наказ втратив чинність із прийняттям іншого наказу Міністерства фінансів України «Про виконання митних формальностей відповідно до заявленого митного режиму», у якому немає окремої норми щодо регулювання митного режиму реекспорту [12]. На нашу думку, наказ втратив чинність через те, що у Митному кодексі України вже описаний порядок реалізації цього митного режиму, але у положеннях Митного кодексу не містяться норми про те, коли митний орган відмовляє у митному оформленні товарів. Для нас є не зрозумілим, чому ця норма була виключена. Припускаємо, що для реалізації принципу законодавчої економії.

Становлення сучасної системи митної справи в Україні пройшло багато етапів із найдавніших часів донині. Методами постійної оптимізації органів, об'єднання та роз'єднання Державної митної служби та Державної податкової служби, перейняття позитивного досвіду зарубіжних держав вітчизняна митна справа набула сучасного вигляду.

Дослідження історії митної справи України, становлення митних режимів України є важливим етапом на шляху подальшого вдосконалення сучасного стану митної справи, етапом, на якому можливо виявити помилки попередніх періодів, пов'язані із застосуванням тих чи інших реформ в Україні. Враховуючи попередній досвід, наслідки введення тих чи інших реформ, можна побачити, як змінювався стан зовнішньої торгівлі, ефективність здійснення митного контролю, виявлення випадків неправомірного переміщення через митний кордон товарів тощо.

Доцільним було б доповнити положення Митного кодексу України стосовно реекспорту статтями, які б містили умови, за яких митний орган може відмовити у митному оформленні товарів, статтями про відповідальність за порушення правил поміщення у митний режим експорту та реекспорту, адже нині деталізованого регулювання відповідальності за порушення правил того чи іншого митного режиму немає.

Варто згадати, що ще донедавна у Митному кодексі України по всьому тексту було згадування органу доходів і зборів як відсил до Міністерства доходів і зборів, якого вже давно не існувало. На щастя, ця проблема вирішена і орган доходів і зборів по всьому тексту замінили на митний орган, що є позитивним кроком і свідченням того, що наше законодавство постійно трансформується в кращу сторону.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дубініна А.А. *Митна справа*. Підручник. Центр учбової літератури, 2010. 320 с. URL: https://amsu.at.ua/_ld/0/21_258524.pdf.
2. О.Г. Мельник, М.Є. Адамів, А.В. Тодощук. Історія розвитку митної системи України: ключові проблеми та здобутки в умовах Європейської інтеграції. Економічна наука. Економіка та держава. № 10. 2018. С. 4–9. URL: http://www.economy.in.ua/pdf/10_2018/3.pdf.
3. Про утворення Державного митного комітету України : Указ Президента України № 1 від 11 грудня 1991 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1/91 (дата звернення: 22.11.2020).
4. І.Г. Бережнюк, А.А. Мельник та ін. Митна енциклопедія: другий том. *Митна справа* в Україні. 2013. 536 с. URL: http://posek.km.ua/biblioteka/%D0%9C/%D0%9C%D0%B8%D1%82%D0%BD%D0%B0%20%D0%B5%D0%BD%D1%86%D0%B8%D0%BA%D0%BB%D0%BE%D0%BF%D0%B5%D0%B4%D1%96%D1%8F%20%20%D1%82.%202%20%D0%91%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B6%D0%BD%D1%8E%D0%BA%20%D0%86.%D0%93.pdf.
5. Про створення територіальних митних управлінь : постанова Кабінету Міністрів України № 465 від 8 липня 1994 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/465-94-%D0%BF (дата звернення: 22.11.2020).
6. Офіційний сайт Європейської бізнес-асоціації (ЕВА) в Україні. URL: https://eba.com.ua/.
7. Про утворення Державної фіскальної служби : постанова Кабінету Міністрів України № 160 від 21 травня 2014 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/160-2014-%-D0%BF (дата звернення: 23.11.2020).
8. ДФС – прощавай? Чого очікує бізнес від податкової та митної служб. URL: https://eba.com.ua/dfs-proshhavaj-chogo-ochikuye-biznes-vid-podatkovoyi-ta-mytnoyi-sluzhb/.
9. Мароха В., Олійник М., Омельченко О. Митне регулювання в ЄС та Україні: порівняльно-правове дослідження. Науково-практичний посібник. Ніка-Прінт. 2005. 832 с. URL: https://rivnejust.gov.ua/media/documents/diyalnist/yevrointeg/2019/9/%D0%BC%D0%B8%D1%82%D0%BD%D0%B5_%D1%80%D0%B5%D0%B3.pdf.
10. Митний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР), 2002, №№ 38-39, ст. 288). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92-15#Text (дата звернення: 23.11.2020).
11. Про затвердження Порядку застосування митного режиму реекспорту до товарів, якы переміщуються через митний кордон України : наказ Державної митної служби України від 07.10.2003 № 661. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0983-03#Txt (дата звернення: 23.11.2020).
12. Про виконання митних формальностей відповідно до заявленого митного режиму. Міністерство фінансів України : наказ від 31.05.2012 № 657. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1669-12#Text (дата звернення: 24.11.2020).

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/84

ПРАВОВИЙ СТАТУС НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ: ПАРАДИГМАЛЬНИЙ АНАЛІЗ

LEGAL STATUS OF THE NATIONAL BANK OF UKRAINE: PARADIGM ANALYSIS

Ярошенко А.С., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Загоровська І.О., курсант IV курсу
факультету підготовки фахівців для органів досудового розслідування
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Пономарьова В.Р., курсант IV курсу
факультету підготовки фахівців для органів досудового розслідування
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового статусу Національного банку України. Констатується, що нині банківська система нашої держави вимагає прийняття комплексних заходів щодо її зміцнення, а також підтримки фінансової стійкості банків. Важливу роль у здійсненні зазначених заходів має відігравати Національний банк України як орган державної влади, що здійснює контроль і нагляд за діяльністю комерційних банків.

Розуміння правового статусу Національного банку України (далі – НБУ), його місця та ролі в системі органів державної влади є досить актуальною проблемою. Відсутність чіткого визначення правового статусу НБУ в теорії і в Конституції України, а також проблема взаємодії з органами виконавчої влади ускладнюють функціонування грошово-кредитної системи та розвиток економіки держави загалом.

Мета статті – на основі аналізу законодавства та практики його реалізації визначити правове становище Національного банку України в банківській системі нашої держави.

У статті стверджується, що застосування парадигмального підходу до дослідження правового статусу Національного банку України дозволяє здійснити аналіз теоретичних положень в окресленій сфері, проблематизувати значення і місце правових норм, що визначають правову природу НБУ в системі права.

Робиться висновок, що Національний банк України є сучасною незалежною державною інституцією, яка покликана забезпечувати цінову та фінансову стабільність у державі та сприяти економічному зростанню України. Особливий статус і незалежність Національного банку України зумовлені необхідністю здійснювати ефективне банківське і грошово-кредитне регулювання, проте можна говорити лише про певний ступінь незалежності Національного банку України. Автономність і самостійність НБУ підкріплюються створеним механізмом його підзвітності Верховній Раді України, що є важливою умовою забезпечення ефективності та прозорості політики, яку провадить Національний банк України. Монопольно реалізуючи свої законодавчо закріплені повноваження, НБУ повинен виходити з інтересів держави, враховувати діяльність інших органів державної влади, координувати з ними свою діяльність.

Ключові слова: Національний банк України, банківська система, парадигмальний аналіз, правовий статус, контроль і нагляд.

The article is devoted to the study of the features of the legal status of the National Bank of Ukraine. It is stated that currently the banking system of our state requires the adoption of comprehensive measures to strengthen it, as well as support the financial stability of banks. An important role in the implementation of these measures should be played by the National Bank of Ukraine as a state authority that exercises control and supervision over the activities of commercial banks.

Understanding the legal status of the National Bank of Ukraine, its place and role in the system of public authorities is a very urgent problem. After all, the lack of a clear definition of the legal status of the NBU in theory and in the Constitution of Ukraine, as well as the problem of interaction with executive authorities, complicate the functioning of the monetary system and the development of the state economy as a whole.

The purpose of the article is to determine the legal status of the National Bank of Ukraine in the banking system of our state based on the analysis of legislation and practice of its implementation.

The article states that the application of a paradigmatic approach to the study of the legal status of the National Bank of Ukraine allows us to analyze theoretical provisions in this area, problematize the meaning and place of legal norms that determine the legal nature of the NBU in the legal system.

It is concluded that the National Bank of Ukraine is a modern independent state institution that is designed to ensure price and financial stability in the state and contribute to the economic growth of Ukraine. The special status and independence of the National Bank of Ukraine are due to the need to implement effective banking and monetary regulation. However, we can only talk about a certain degree of independence of the National Bank of Ukraine. The autonomy and independence of the NBU is supported by the established mechanism of its accountability to the Verkhovna Rada of Ukraine, which is an important condition for ensuring the effectiveness and transparency of the policy pursued by the National Bank of Ukraine. Monopolistically exercising its legally established powers, the NBU should proceed from the interests of the state, take into account the activities of other state authorities, and coordinate its activities with them.

Key words: National Bank of Ukraine, banking system, paradigm analysis, legal status, control and supervision.

Постановка проблем. Сучасний стан банківської системи нашої держави вимагає прийняття комплексних заходів щодо її зміцнення, а також підтримки фінансової стійкості банків. Ключову роль у здійсненні зазначених заходів має відігравати Національний банк України як орган державної влади, що здійснює контроль і нагляд за діяльністю комерційних банків. Банки є одним із головних джерел інвестування фінансових ресурсів в економіку країни.

Нині в Україні продовжується реформування фінансового сектору держави. Суттєвого поштовху реформам надало підписання Угоди про асоціацію з ЄС і взяття відповідних зобов'язань нашою державою перед міжнародними партнерами. Була прийнята Комплексна програма розвитку фінансового сектору України до 2020 року, основною метою якої є розбудова в Україні повноцінного, дієвого та ефективного фінансового ринку, збалансування усіх його сегментів, розбудова інфраструктури та зміцнення стійкості до загроз. У рамках зазначеної концепції Національний банк України провадить політику розбудови інституційної незалежності та спроможності вирішувати накопичені проблеми банківського сектору, спри-

яти побудові фундаменту стабільної та гнучкої фінансової системи [1].

Нині досить актуальною проблемою є розуміння правового статусу Національного банку України, його місця та ролі в системі органів державної влади. Відсутність чіткого визначення правового статусу НБУ в теорії і в Конституції України, а також проблема взаємодії з органами виконавчої влади ускладнюють функціонування грошово-кредитної системи та розвиток економіки держави загалом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченням цього питання у своїх роботах займалися В. Авер'янов, О. Анісімов, М.М. Агарков, Ю.В. Ващенко, В. Гейць, С.В. Глібко, А. Гриценко, Ю.М. Дмитренко, Г. Тосунян, М.М. Коваленко, А. Монаєнко, А. Олефір, О. Орлюк, О. Подцерковний, В.Г. Савенкова, М. Старинський, Ю. Тополя. Проте, з огляду на реформування системи органів державної влади та перетворення в банківському секторі економіки, питання дослідження правового статусу Національного банку України є актуальним і потребує подальшого дослідження.

Мета роботи полягає у тому, щоб на основі аналізу законодавства та практики його реалізації визначити правове становище Національного банку України в банківській системі нашої держави.

Виклад основного матеріалу. Під парадигмою традиційно розуміють науково-концептуальна схему, яка виступає в якості нормативно-методологічної основи для теоретичної та практичної діяльності науковців. Як слушно зазначає М.С. Письменна, парадигма є комплексом взаємопов'язаних, але не систематизованих уявлень [2, с. 196]. Застосування парадигмального підходу до дослідження правового статусу Національного банку України дозволяє здійснити аналіз теоретичних положень в окресленій сфері, проблематизувати значення і місце правових норм, що визначають правову природу НБУ в системі права.

В Україні єдиним органом, який здійснює банківське регулювання та контроль у зазначеній сфері, є Національний банк України. Така ситуація зумовлена особливостями створення в нашій країні дворівневої банківської системи і формуванням механізму нагляду за діяльністю комерційних банків.

Правовий статус Національного банку України нині є відображенням тих процесів, які відбуваються в економіці, рівня розвитку її політичних інститутів, демократичних традицій суспільства, його економічної культури. Відповідно до ст. 4 Закону України «Про банки і банківську діяльність» наведено визначення банківської системи України, яка складається з Національного банку України та інших банків, а також філій іноземних банків, що створені і діють на території України [3]. Варто зазначити, що банківська система відіграє важливу роль у державі і стає інструментом впливу як у внутрішній, так і в зовнішній політиці.

Заслуговує на увагу думка Ю.М. Дмитренко про те, що діяльність Національного банку України насамперед є публічною, її сутність полягає у тому, що це – фінансова діяльність, яка регулюється фінансово-правовими нормами щодо формування та проведення грошово-кредитної і валютної політики в державі, будови, функціонування та контролю банківської системи з метою стабільної й ефективної організації використання публічних грошових фондів і створення сприятливих умов для розвитку грошового ринку України [4, с. 86].

Під банківським контролем розуміють сукупність дій, які здійснюються органом банківського нагляду в межах своєї компетенції і відповідно до процедурних норм, з метою забезпечення стабільності функціонування банківської системи та захисту інтересів її кредиторів, а також клієнтів. Банківський контроль як окремий вид державного контролю повинен мати можливість прямого оперативного втручання в діяльність підконтрольного об'єкта. Він виступає не в якості самоцілі, а як невід'ємна частина механізму державного регулювання банківського сектору, метою якого є виявлення відхилень від прийнятих стандартів, порушень принципів законності та ефективності на ранній стадії для того, щоб мати можливість прийняти коригувальні заходи, притягнути до відповідальності, запобігти чи скоротити такі порушення в майбутньому [5].

Останніми роками спостерігається тенденція, і Національний банк України тут не є винятком, за якої основною задачею контролюючих органів стає виявлення більшої кількості порушень для покращення свого рейтингу в системі органів фінансового контролю. Однак за такого підходу до справи виникає низка небезпек, однією з яких є поверхневий підхід до питань [6, с. 121].

Нині існує необхідність у постійному вдосконаленні роботи органів державної влади шляхом системного моніторингу й аналізу їх роботи з метою виявлення випадків, коли певні функції є зайвими, спричиняють надмірну зарегульованість, що погіршує стан відповідного сектору економіки, спричиняє недостатню врегульованість того чи іншого аспекту, усунення суперечностей у питанні розподілу повноважень між різними суб'єктами регулювання [7; 8].

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про Національний банк України» Національний банк України є центральним банком України, особливим центральним органом державного управління, юридичний статус, завдання, функції, повноваження і принципи організації якого визначаються Конституцією України, Законом «Про Національний банк України» та іншими законами України [9]. Відповідно до ст. 8 Закону «Про банки і банківську систему» Національний банк України є:

– центральним банком України, який проводить єдину державну політику в сфері грошового обігу, кредиту та забезпечення стабільності національної грошової одиниці;
– емісійним центром;
– валютним органом;
– органом банківського нагляду;
– банком банків;
– державним банком;
– організатором міжбанківських розрахунків [3].

Саме Національний банк України проводить єдину державну грошово-кредитну політику з метою забезпечення стабільності національної грошової одиниці (ст. 99 Конституції України) [10]. Діяльність НБУ є пов'язаною з економічним розвитком України.

Функціональною особливістю Національного банку України є практична реалізація його функцій, під якою розуміється не тільки нормативно-контрольна (нормативна база, інспекційні заходи, дистанційний нагляд), а й оперативна участь, яка полягає у поточному регулюванні ринкової кон'юнктури. Національний банк України належить до державних органів, які у процесі державного управління економікою застосовують не лише адміністративні, а й суто економічні, ринкові методи. Основною юридичною формою зазначених ринкових методів державного управління є цивільно-правові угоди, які здійснює НБУ з іншими особами.

Важливим завданням НБУ є надання комерційним банкам кредитів, що має на меті підтримку стабільності банківської системи та розширення її кредитних можливостей. Відповідно до законодавства України НБУ не забороняється відкривати свої установи, філії та представництва в Україні та за її межами. Національний банк України ставить перед собою такі задачі: забезпечення стабільності грошової одиниці; контроль розрахунків і валютних відносин; сприяння розвитку економіки, створення єдиного ринку України і його інтеграція у світову економіку; захист інтересів кредиторів і вкладників, інше.

Правовий статус Національного банку України насамперед визначений Конституцією України та Законом України «Про Національний банк України». Статус центрального банку України – не лише найважливіший елемент становлення цього інституту в економіці, а й фактор, що має велике політичне та економічне значення для розвитку ринкової інфраструктури. Положення, які регламентують діяльність Національного банку, є відображеннями тих процесів, що відбуваються в економіці, рівня розвитку її політичних інститутів, демократичних традицій суспільства, його економічної культури.

Правовий статус НБУ характеризується подвійною правовою природою: це і орган державної влади, уповноважений здійснювати управління у сфері банківської діяльності, і банківська установа, яка виступає кредитором для інших банків, а також державним інвестором, депозитарієм тощо [11]. Варто зазначити, що правовий статус центральних банків характеризується і такими основними чинниками: рівень нормативно-правового закріплення; ступінь самостійності (незалежності в системі органів державної влади); характер взаємовідносин з іншими банками та фінансово-кредитними установами.

З огляду на зазначене, можна зробити висновок щодо правового статусу центрального банку – це державний орган управління з покладеними на нього особливими функціями у сфері грошово-кредитних відносин і банківської діяльності. Саме для реалізації цих функцій центральний банк наділяється відповідними державно-владними й цивільно-правовими повноваженнями. Він є самостійною юридичною особою, його майно відокремлене від майна держави, центральний банк може ним розпоряджатися як власник. Він не є комерційною організацією.

Варто зазначити, що особливістю правового статусу Національного банку України є те, що він є органом зі спеціальним статусом. Це означає, що він не належить до жодної гілки влади. Відповідна характерна особливість правової природи НБУ насамперед зумовлена його головною функцією – забезпеченням стабільності гривні. Саме для виконання цієї функції Національний банк повинен бути наділений певною самостійністю та незалежністю від інших органів державної влади.

Хоча Національному банку України властиві ознаки органу державної виконавчої влади (про що свідчать його функції), але він має і суттєву відмінність – не входить до системи органів, яку очолює Кабінет Міністрів України, не підпорядкований йому. Згідно зі ст. 52 Закону України «Про Національний банк України» Національний банк України та Кабінет Міністрів України (далі – КМУ) проводять взаємні консультації з питань грошово-кредитної політики, розробки та здійснення загальнодержавної програми економічного і соціального розвитку. У п. 4 ст. 52 зазначеного закону зафіксовано, що НБУ підтримує економічну політику КМУ, якщо вона не суперечить забезпеченню стабільності грошової одиниці України. Так, в законі йдеться про взаємодію двох органів держави, а не про підпорядкування НБУ уряду країни [12].

Висновки. Отже, Національний банк України – це сучасна незалежна державна інституція, покликана забезпечувати цінову та фінансову стабільність у державі та сприяти економічному зростанню України. Особливий статус і незалежність Національного банку України зумовлені необхідністю здійснювати ефективне банківське і грошово-кредитне регулювання, однак можна говорити лише про певний ступінь незалежності Національного банку України. Автономність і самостійність НБУ підкріплюється створеним механізмом його підзвітності Верховній Раді України, що є важливою умовою забезпечення ефективності та прозорості політики, яку провадить Національний банк України. Монопольно реалізуючи свої законодавчо закріплені повноваження, НБУ повинен виходити з інтересів держави, враховувати при цьому діяльність інших органів державної влади, координувати з ними свою діяльність.

Центральний банк будь-якої держави посідає особливе місце в банківській системі. Національний банк України має автономний статус, діє самостійно і не залежить від органів виконавчої влади у розв'язанні питань, що належать до виняткової компетенції центрального банку країни. НБУ має особливий правовий статус і є специфічним органом держави з широким колом прав та обов'язків. Характеристика завдань, функцій і повноважень дають змогу стверджувати, що Національний банк України є контрольно-наглядовим органом у банківській системі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Національний банк звітує про два роки реформ: від вирішення проблем минулого до розвитку фінансових ринків майбутнього. URL: https://bank.gov.ua/ua/news/all/nbu-zvitue-pro-dva-roky-reform (дата звернення: 24.11.2020).
2. Письменна М.С. Парадигмальний підхід до контролю в сфері державних (публічних) закупівель. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Економічні науки*. 2017. Вип. 25(1). С. 194–198.
3. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 №№ 5-6. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text (дата звернення: 24.11.2020).
4. Дмитренко Ю.М. Фінансово-правові засади діяльності Національного банку України : дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2012. 224 с.
5. Коваленко М.М. Банківський контроль – необхідна умова успішного розвитку банківського сектору України. *Актуальні проблеми державного управління.* 2012. № 1. С. 156–167.
6. Костенко О.М. Проблемні питання здійснення моніторингу публічних закупівель Державною аудиторською службою України. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 119–124.
7. Ярошенко А.С. Світовий досвід і перспективні напрями реформування адміністративно-правового регулювання в галузі насінництва та розсадництва в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: «Юридичні науки»*. 2015. Вип. 5. С. 100–103.
8. Ярошенко А.С., Лактіонова В.В., Буряк А.С. Ефективність антикорупційної політики: позитивний досвід зарубіжних країн. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 2(31) С. 143–146. DOI: https://doi.org/10.32837/pyuv.v0i2(31).582.
9. Про Національний банк України : Закон України від 20.05.1999 № 29. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/679-14/ed20201016#Text (дата звернення: 24.11.2020).
10. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
11. Тополь Ю.О. Конституційно-правовий статус Національного банку України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 3. С. 47–50.
12. Савенкова В.Г. Деякі питання правового статусу центрального банку в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2016. Вип. 37(3). С. 15–19.

РОЗДІЛ 8
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.3/7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/85

ХАРАКТЕРИСТИКА ОБ'ЄКТА ПРИМУШУВАННЯ ДО ВИКОНАННЯ ЧИ НЕВИКОНАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

CHARACTERISTICS OF THE OBJECT OF COERCION TO FULFILL OR NON-FULFILLMENT OF CIVIL LAW OBLIGATIONS

Мудряк Т.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Університет державної фіскальної служби України

Мостович Ю.С., студентка VI курсу
юридичного факультету
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті схарактеризовано об'єкт як необхідний складовий елемент кримінального правопорушення, без визначення якого неможливо правильно здійснити кваліфікацію, адже об'єкт є одним з обов'язкових елементів складу кримінального правопорушення.

Проведено порівняльний аналіз вітчизняного кримінального законодавства шляхом дослідження назви розділу Особливої частини Кримінального кодексу України, у якому розміщується стаття, що передбачає відповідальність за вчинення примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, та шляхом виділення окремих груп кримінальних правопорушень у межах усього розділу від 1960 року. Шляхом даного аналізу встановлюється родовий об'єкт складу кримінального правопорушення, яким є авторитет органів державної влади. Розглядаються думки щодо визначення безпосереднього об'єкта розглядуваного кримінального правопорушення в юридичній літературі та додаткового безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення. Шляхом аналізу встановлюється, що основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого статтею 355 Кримінального кодексу України, є порядок суспільних відносин, урегульований у законі та спрямований на забезпечення законної службової діяльності осіб, які представляють авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування або об'єднань громадян.

Здійснюється зіставлення предмета й об'єкта кримінального правопорушення. Порушено питання, чи є ці два порівнюваних поняття самостійними та підлягають дослідженню як окремі явища, чи предмет розглядається як складова частина об'єкта, тобто в такому разі усувається необхідність у самостійному дослідженні предмета злочину як явища, що лежить за межами об'єкта і веде самостійне стосовно нього існування.

Зазначається, що в юридичній літературі предметом кримінального правопорушення за примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань є саме цивільно-правове зобов'язання. Відзначено, що головним критерієм правомірності кваліфікації за статтею 355 Кримінального кодексу України є законність зобов'язання, тобто виникнення його на підставах, передбачених чинним законодавством.

Ключові слова: родовий об'єкт, безпосередній об'єкт, додатковий об'єкт, предмет, зобов'язання, цивільно-правові зобов'язання, законність.

This article describes the object as a necessary component of the element of a criminal offense, without which it is impossible to properly qualify, because the object is one of the mandatory elements of the criminal offense.

A comparative analysis of domestic criminal legislation is carried out by analyzing the title of the section of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, which contains an article that provides for liability for coercion or non-compliance with civil and legal obligations. separation from 1960. Through this analysis, the generic object of the criminal offense is established, which is the authority of public authorities. The points of view concerning the definition of the unscrupulous object of the considered criminal offense in the legal literature and the additional unspecified object of this criminal offense are considered. By analysis it is established that the main direct object of the criminal offense provided by Article 355 of the Criminal Code of Ukraine is the order of public relations, regulated by law and aimed at ensuring the lawful service of persons who represent the authority of public authorities, local governments or associations of citizens.

The subject and object of the criminal offense are compared. The question arises whether these two comparable concepts are independent and subject to study as separate phenomena, whether the subject is considered as an integral part of the object, i.e. in this case eliminates the need for independent study of the crime as a phenomenon outside the object and conducts independent in relation to its existence.

It is noted that in the legal literature, the subject of a criminal offense for coercion to perform or non-performance of civil law obligations is the civil law obligation. It is noted that the main criterion for the legality of qualification under Article 355 of the Criminal code of Ukraine there is a legality of the obligation, i.e. its occurrence on the bases provided by the current legislation.

Key words: generic object, direct object, additional object, subject, obligations, civil obligations, legality.

Кожне суспільно небезпечне кримінально каране посягання, спрямоване на певний об'єкт, завдає йому шкоди або ставить під загрозу завдання такої шкоди. Кримінальне правопорушення неможливе без об'єкта, проти якого воно спрямоване.

Проблема характеристики об'єкта примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань уже висвітлювалася вченими у сфері кримінального права, була предметом досліджень І.В. Лисак, І.В. Тарасова, М.Г. Арманова, І.Б. Газдайка-Василишин, О.А. Гринчишин, А.М. Соловйової, І.В. Суботіна, Д.М. Федоренко, І.В. Шишко й інших. Незважаючи на деякі положення, які досліджені й обґрунтовані названими й іншими авторами і мають велике теоретичне і практичне значення, позначена тема дослідження залишається досить актуальною.

Традиційно в теорії кримінального права об'єкт злочинного посягання встановлюється шляхом аналізу назви розділу Особливої частини Кримінального кодексу (далі – КК) України, у якому розміщується стаття, що передбачає відповідальність за його вчинення, та шляхом виділення певних груп кримінальних правопорушень у межах усього розділу. Стаття, яка передбачала відповідальність за примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, у КК України 1960 р. була закріплена у главі «Злочини проти порядку управління». Тому цілком зрозуміло, що родовий об'єкт визначався як порядок управління, який полягає в нормальному функціонуванні будь-яких органів управління. У КК України 2001 р. відповідальність за вчинення цього кримінального правопорушення передбачена у ст. 355 розд. XV Особливої частини «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян» [1].

Пізніше в назву розділу було внесено зміни щодо посилення гарантій законної професійної діяльності журналістів, що передбачає встановлення на законодавчому рівні додаткових гарантій безпеки діяльності журналістів, зокрема шляхом посилення кримінальної відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень проти журналістів у зв'язку зі здійсненням ними законної професійної діяльності. Кримінальні правопорушення проти журналістів були включені до розд. XV Особливої частини, у зв'язку із чим назва розділу змінилася. У редакції КК України від 1 липня 2020 р. розділ має назву «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів» [2]. Отже, родовим об'єктом складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 355 КК, є авторитет органів державної влади.

М.Х. Сулейманов характеризує суспільну небезпеку кримінальних правопорушень, що посягають на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, і влучно зазначив, що їх учинення перешкоджає нормальній діяльності органів державної влади, може спричинити шкоду їхньому авторитету, престижу, заважає представникам влади ухвалювати рішення, необхідні для присікання правопорушень і затримання винуватих, а також спричиняє шкоду здоров'ю та гідності цих осіб або створює загрозу безпосереднього завдання такої шкоди [3, с. 26].

Безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого у ст. 355 КК України, є встановлений порядок реалізації права суб'єкта на судовий захист порушеного цивільного права, що виникло на підставі цивільно-правового зобов'язання, що реально об'єктивно існує. Проте в юридичній літературі є й інші думки щодо визначення безпосереднього об'єкта розглядуваного кримінального правопорушення.

На думку М.В. Довгаля, основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, що досліджується, є порядок суспільних відносин, урегульований у законі та спрямований на забезпечення законної службової діяльності осіб, які представляють авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування або об'єднань громадян. Окрім того, кримінальні правопорушення, що досліджуються, посягають на особу, яка представляє такий авторитет, на її найважливіші блага (зокрема, життя, здоров'я, особисту свободу, власність). Саме вони виступають додатковим безпосереднім об'єктом кримінальних правопорушень, які посягають на авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян, а також їхніх близьких осіб. Отже, підвищена суспільна небезпека кримінальних правопорушень, що посягають на осіб, які представляють авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян, саме і пов'язана з тим, що вони порушують як основний, так і безпосередній об'єкти кримінальних правопорушень, що зумовлює встановлення відповідних кримінально-правових санкцій [4].

Так, Л.В. Дорош зазначає, що примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань посягає на суспільні відносини, що забезпечують дотримання встановленого порядку виконання цивільно-правових зобов'язань [5, с. 956]. І.Б. Газдайка-Василишин зазначає, що основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення є встановлений порядок виконання цивільно-правових зобов'язань [6]. Деякі науковці визначають його як «суспільні відносини, що регламентують порядок виконання цивільно-правових зобов'язань» [7, с. 592]. В юридичній літературі зазначається, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 355 КК України, є «встановлений порядок виконання цивільно-правових зобов'язань» [8, с. 325].

Тому виправданим, як видається, є розміщення норми, що формулює склад кримінального правопорушення примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, саме в розділі «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів» [2].

Додатковим безпосереднім об'єктом примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань є здоров'я, воля, власність, свобода господарської діяльності потерпілого чи його близьких родичів. У літературі є й інші думки щодо додаткового безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення [7].

І.Б. Газдайка-Василишин зазначає, що додатковими об'єктами виступають психічна чи тілесна недоторканість, воля, здоров'я людини, право власності (залежно від конкретного способу, яким учиняється примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань) [6].

На збіг понять об'єкта і предмета вказували і вказують чимало вчених. Так, О.Ф. Кістяковський відзначав, що «об'єктом злочину називається предмет, на який спрямовано або над яким вчинено злочин» [9, с. 280], Л.С. Бєлогріц-Котляревський указував: «Загальні ознаки злочину такі: 1) особа, яка чинить злочинне діяння, або суб'єкт злочину; 2) предмет, на який направляється таке діяння, або об'єкт; і 3) сама злочинна дія та її наслідок» [10, с. 105], а Б.С. Нікіфоров розглядав предмет як складову частину об'єкта, дійшов висновку, що проблема предмета злочину в її теперішньому вигляді, по суті, знімається, тому що усувається необхідність у самостійному дослідженні предмета злочину як явища, що лежить за межами об'єкта і веде самостійне стосовно нього існування [11, с. 130–132].

У юридичній літературі зазначається, що предметом кримінального правопорушення, відповідальність за який передбачена ст. 355 КК України, є саме цивільно-правове зобов'язання [8]. Так, наприклад, Н.М. Ярмиш предметом кримінального правопорушення примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань називає цивільно-правові зобов'язання [12, с. 380]. В.О. Навроцький предметом даного кримінального правопорушення називає майно, право на майно, дії майнового характеру, особисті немайнові права, на одержання яких винний (чи той, в інтересах кого він діє) має право за договором, угодою чи іншим цивільно-правовим зобов'язанням, укладеними в установленому законом порядку [13, с. 591].

Науковці стверджують, що сфера, у якій застосовується термін «зобов'язання», натепер поступово розширюється, тому зобов'язання як цивільні правовідносини необхідно відрізняти від правовідносин, що регулюються іншими галузями права [14, с. 287]. У ст. 355 КК України встановлено відповідальність за примушування до виконання чи невиконання лише цивільно-правових, а не будь-яких зобов'язань, обов'язок виконання яких встановлюється іншими нормами права. Так, примушування повнолітніх

дітей, які згідно із законом зобов'язані утримувати непрацездатних батьків, які потребують матеріальної допомоги, і піклуватися про них, не утворює складу цього кримінального правопорушення, оскільки згідно із чинним законодавством це зобов'язання не є цивільно-правовим. Примушування до виконання чи невиконання будь-яких інших (крім цивільно-правових) зобов'язань, якщо для цього є підстави, може кваліфікуватися як самоправство чи інше кримінальне правопорушення [15, с. 703].

Згідно з п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. № 10 (далі – ППВСУ № 10), «<…> відповідальність за ст. 355 КК України може наставати лише тоді, коли особу примушують до виконання (невиконання) існуючого зобов'язання, що виникло на підставах, передбачених чинним законодавством». Отже, можна зробити простий висновок, що вимога виконати зобов'язання завжди має правомірний характер, оскільки ґрунтується на законному зобов'язанні [16]. Зобов'язання як теоретико-правова категорія – це урегульовані нормами права суспільні відносини між правосуб'єктними суб'єктами, які виникають, змінюються і припиняються щодо як майнових, так і немайнових об'єктів, унаслідок чого в однієї зі сторін виникає обов'язок вчинити певні дії чи утриматись від їх учинення, невиконання якого є підставою для застосування засобів юридичної відповідальності [17, с. 30]. Отже, зобов'язання можна вважати законним, якщо воно виникло на підставах, передбачених чинним законодавством.

Ж.В. Завальна у своїй праці зазначала, що зобов'язання, як і деякі інші явища правової дійсності, спрямовані на виникнення, зміну, припинення прав і обов'язків суб'єктів, які врегульовані нормами права, виникають з обставин дійсності, яким закон надає силу юридичних фактів. Закон не є єдиною підставою для виникнення зобов'язань, оскільки лише наявність життєвих обставин, які сприйняті та зафіксовані законодавцем як юридичний факт, та відповідна вказівка законодавця на це є підставою для виникнення зобов'язання [18, с. 149]. Ще Г.Ф. Шершеневич зазначав, що для виникнення зобов'язання завжди потрібен юридичний факт, з настанням якого закон пов'язував би такий наслідок. І хоча прямим джерелом зобов'язання іноді визнається закон, проте основою зобов'язання може бути лише юридичний факт, а не закон, який становить загальну основу всіх правовідносин, а тому й не може бути названий джерелом зобов'язання [19, с. 351]. Отже, тільки закон, без наявності юридичного факту, не створює зобов'язання. Під час кваліфікації кримінального правопорушення за ст. 355 КК України важливо установити, чи таке зобов'язання виникло на законних підставах і чи взагалі воно існує [20].

Отже, для притягнення конкретної особи до кримінальної відповідальності і визнання її винною за чинним кримінальним законодавством необхідно обов'язково встановити, що в учиненому ним суспільно небезпечному діянні має місце склад визначеного, конкретного кримінального правопорушення, передбаченого Особливою частиною КК України. Установлення в діях особи визначеного, конкретного складу кримінального правопорушення є, за чинним кримінальним законодавством, єдиною підставою для кримінальної відповідальності. Об'єкт є одним з обов'язкових елементів складу кримінального правопорушення, без якого неможливо здійснювати кваліфікацію. Існує необхідність у правильному визначенні родового та безпосереднього об'єкта кримінального правопорушення, крім того, додатковий об'єкт має велике значення під час кваліфікації. На нашу думку, основним безпосереднім об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 355 КК України, є порядок суспільних відносин, урегульований у законі та спрямований на забезпечення законної службової діяльності осіб, які представляють авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування або об'єднань громадян. Крім того, деякі науковці зіставляють предмет і об'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 355 КК України, та розглядають предмет як складову частину об'єкта. У результаті проведеного аналізу ми дійшли висновку, що ці два порівнюваних поняття є самостійними та підлягають дослідженню як окремі явища.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лисак І.В., Тарасова І.В. Характеристика об'єктивних і суб'єктивних ознак примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань. URL: https://www.inter-nauka.com/uploads/public/15735567402024.pdf.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341–III / *Верховна Рада України*. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text
3. Сулайманов М.Х. Уголовно-правовая борьба с преступлениями, посягающими на деятельность представителей власти и общественности по охране общественного порядка : дис. … канд. юрид. наук. Ташкент, 1984. 204 с.
4. Довгаль М.В. Поняття злочинів, що посягають на осіб, які представляють авторитет органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. С. 96–108. URL: http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/ua/pdf/10-2016/01/dovgal.pdf.
5. Кримінальний кодекс України : Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін та ін. ; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ, 2003. 1196 с.
6. Газдайка-Василишин І.Б. Кримінально-правова характеристика примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2014. С. 184–199.
7. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / О.І. Мотлях та ін. Київ : Центр учбової літератури, 2014. 696 с.
8. Кримінальне право України. Особлива частина : навчальний посібник (схематичний збірник лекцій) / Г.В. Дідківська та ін. Вінниця : ТОВ «Твори», 2019. 444 с.
9. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Общая часть. Киев, 1891. 850 с.
10. Белогриц-Котляревский Л.С. Учебник русского уголовного права. Общая и Особенная части. Киев ; Петербург ; Харьков, 1903. 618 с.
11. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. Москва, 1960. 230 с.
12. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / за ред. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. Київ ; Харків, 2001. 496 с.
13. Навроцький В.О. Кримінальне право України. Особлива частина : курс лекцій. Київ : Т-во «Знання», 2000. 771 с.
14. Парасюк В.М., Парасюк Н.М. Забезпечення порядку виконання зобов'язань : проблемні аспекти єдності цивільно-правового та кримінально-правового регулювання. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. С. 285–299.
15. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відпов. ред. С.С. Яценко. Київ : А.С.К., 2005. 848 с.
16. 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: 12.10.2020).
17. Сінянський К.П. Зобов'язання як теоретико-правова категорія. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2016. С. 25–31.
18. Завальна Ж.В. Щодо питання про юридичну природу зобов'язання. *Часопис Київського університету права*. 2012. С. 147–150.
19. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права : автограф. Тула, 2001. 720 с.
20. Мостович Ю.С., Мудряк Т.О. Окремі аспекти визначення предмета кримінального правопорушення, передбаченого ст. 355 Кримінального кодексу України. *Актуальні проблеми держави і права.* 2020. № 88.

УДК 343.59(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/86

СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ НА ОБ'ЄКТІ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ, ЗНИЩЕННЯ, РУЙНУВАННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ

SOCIAL CONDITIONALITY OF LIABILITY FOR ILLEGAL SEARCHES ON THE ARCHEOLOGICAL HERITAGE OBJECT, DESTRUCTION, DEMOLITION OR DAMAGE OF CULTURAL HERITAGE OBJECT

Базелюк В.В., к.ю.н.,
асистент кафедри кримінального права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Коваленко Є.С., студентка IV курсу
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено питанням соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК). Кожен закон відповідає реальним потребам суспільства у правовій охороні, однак він може адекватно відображати суспільну необхідність або недостатньо відповідати їй, досягати або не досягати поставленої законодавцем мети. Щоб закон працював і був дієвішим за інші правові норми у боротьбі з тими чи іншими суспільно небезпечними діяннями, кримінально-правова заборона повинна бути соціально і кримінологічно зумовленою. Тому важливим є встановлення відповідності кримінально-правової норми суспільним потребам, тобто її соціальної зумовленості, під якою розуміють процес встановлення суспільно небезпечних форм поведінки індивідів, визнання допустимості, доцільності та можливості кримінально-правової боротьби з такою поведінкою. При встановленні соціальної зумовленості відповідальності за кримінальні правопорушення, передбачені ст. 298 КК України, доцільно зосередитися на дослідженні соціально-економічних, нормативних і кримінологічних факторів. Соціально-економічні фактори полягають у тому, що культурна спадщина має величезне значення для розвитку науки, мистецтва, господарства країни та інших сфер соціального життя. Серед нормативних факторів автор виділяє наявність значної кількості як міжнародних, так і національних нормативно-правових актів у сфері охорони культурних цінностей. Загальні положення стосовно правової охорони археологічної та культурної спадщини містяться у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Кримінологічним фактором встановлення кримінальної відповідальності за ті чи інші діяння виступає насамперед їхня суспільна небезпечність і відносна поширеність. Суспільна небезпечність кримінальних протиправних посягань на культурні цінності полягає у їх особливій значимості для суспільства, значній поширеності та зв'язку з іншими кримінальними правопорушеннями. Протягом 2002–2019 рр. було зареєстровано 893 кримінальні правопорушення за ст. 298 КК.

Ключові слова: культурні цінності, суспільна небезпечність, соціально-економічні фактори, нормативні фактори, кримінологічні фактори.

The article is devoted to the issues of social conditionality of criminal liability for illegal searches on the archeological heritage object, destruction, demolition or damage of cultural heritage objects (art. 298 of the Criminal Code). Each law meets the real needs of society in legal protection, but it may adequately reflect the public need or insufficiently meet it, to achieve or not to achieve the goal set by the legislator. For the law to work and be more effective than other legal norms in the fight against certain socially dangerous acts, the criminal law prohibition must be socially and criminologically conditioned. Therefore, it is important to establish the conformity of the criminal law to social needs, ie its social conditionality. Social conditionality should be understood as the process of identifying socially dangerous forms of individual behavior, recognizing the admissibility, possibility and expediency of criminal law struggle against them. In establishing the social conditionality of liability for criminal offenses under Art. 298 of the Criminal Code of Ukraine, it is advisable to focus on the study of socio-economic, regulatory and criminological factors. Socio-economic factors are that cultural heritage is of great importance for the development of science, art, economy and other spheres of social life. Among the regulatory factors, the author highlights the presence of a significant number of both international and national normative legal acts in the sphere of protection of cultural values. General provisions on the legal protection of archaeological and cultural heritage are contained in section II "Rights, freedoms and duties of man and citizen". The criminological factors of establishing criminal liability for certain acts include, first of all, their social danger and relative prevalence. The public danger of criminal encroachments on cultural values lies in their special significance for society, the high prevalence of such encroachments, their connection with other criminal offenses. In addition, during 2002–2019, 893 criminal offenses were registered under Art. 298 of the Criminal Code.

Key words: cultural values, social danger, socio-economic factors, normative factors, criminological factors.

Постановка проблеми. Кожен закон відповідає реальним потребам суспільства у правовій охороні, однак він може адекватно відображати суспільну необхідність або недостатньо відповідати їй, досягати або не досягати поставленої законодавцем мети. Щоб закон працював і був дієвішим за інші правові норми у боротьбі з тими чи іншими суспільно небезпечними діяннями, кримінально-правова заборона повинна бути соціально і кримінологічно зумовленою. Тому важливим є встановлення відповідності кримінально-правової норми суспільним потребам, тобто її соціальної зумовленості.

Аналіз останніх досліджень. Вагомий внесок у дослідження кримінальних правопорушень, що посягають на об'єкти культурної та археологічної спадщини, зробили такі вчені, як В.І. Акуленко, Є.П. Гайворонський, Т.Б. Герелюк, Т.Г. Каткова, О.С. Кофанова, В.В. Кузнецов, Є.І. Кузьменко, Н.В. Кулакова, Т.В. Курило, Л.А. Литовченко, І.Е. Мартиненко, О.М. Мартишева, П.С. Матишевський, Н.В. Медведєва, М.С. Міщенко, В.О. Навроцький, Б.М. Одайник, І.Г. Поплавський, Т.Р. Сабітов, А.П. Сергеєва, О.С. Сотула, В.М. Тертишник, П.О. Ткачук, О.В. Усенко та ін. Незважаючи на чималу кількість наукових розробок стосовно посягань на культурні цінності, проблема соціальної зумовленості таких кримінальних правопорушень ще остаточно не вирішена.

Метою статті є дослідження соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, зни-

щення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК) та виявлення факторів такої криміналізації.

Виклад основного матеріалу. Під соціальною зумовленістю розуміють процес встановлення суспільно небезпечних форм поведінки індивідів, визнання допустимості, доцільності та можливості кримінально-правової боротьби з такою поведінкою [6, с. 29].

При встановленні соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за посягання на об'єкти археологічної та культурної спадщини доцільно зосередитися на дослідженні соціально-економічних, нормативних і кримінологічних факторів.

Соціально-економічні фактори. Соціальні фактори існування кримінальної відповідальності за посягання на об'єкти археологічної та культурної спадщини показують суспільну необхідність і політичну доцільність встановлення такої відповідальності, а також принципи, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації та її допустимість із погляду процесів суспільного розвитку й основних характеристик соціальних систем і відповідність кримінально-правової норми стану громадської думки, характеру та рівню суспільної свідомості [10, с. 210].

Культурній спадщині належить особлива роль у житті будь-якого суспільства. Вона відіграє велике значення для розвитку не лише мистецтва, а й науки, господарства держави й інших сфер соціального життя. Різні комплекси, споруди, їхні частини, створені людиною, або природно-антропогенні об'єкти, які мають мистецьку, художню, історичну, наукову або іншу цінність, дають можливість більше дізнатися про життя попередніх поколінь, дослідити основні етапи розвитку країни та сприяють збереженню спадкоємності культурних традицій народу [7, с. 23].

Одним із головних напрямів політики більшості держав у сфері культури є збереження та примноження культурних цінностей. Охорона об'єктів археологічної та культурної спадщини належить до міжнародно-правових зобов'язань нашої держави перед світовою спільнотою [5].

Археологи України одностайно виступають за необхідність впровадження жорстких методів забезпечення схоронності національного культурного надбання усіх держав СНД, де після розпаду Радянського Союзу об'єкти археологічної та культурної спадщини стали предметом збагачення певних осіб, котрі прагнуть не зберегти їх, а отримати вигоду. У нашій державі пограбування археологічних пам'яток нині досягло значних масштабів.

Важливим для доведення необхідності існування кримінальної відповідальності за посягання на об'єкти археологічної та культурної спадщини є також фактор наявності в Україні значної кількості об'єктів такої спадщини. Наша держава за кількістю пам'яток археології посідає одне з провідних місць серед країн Європи. На державному обліку в Україні перебуває більше 130 тис. нерухомих об'єктів археологічної спадщини [14].

Нормативні фактори. Правовою основою регулювання охоронюваних суспільних відносин у нашій державі є Конституція України. В Основному Законі передбачено, що держава сприяє розвитку та консолідації української нації, її культури, традицій та історичної свідомості, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України (ст. 11). Загальні положення стосовно правової охорони археологічної та культурної спадщини містяться у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Серед інших прав людини та громадянина закріплене право на культурні цінності та культурну спадщину. У ст. 54 Конституції України зазначено, що культурна спадщина перебуває під охороною закону, також передбачений обов'язок держави щодо забезпечення збереження як історичних пам'яток, так і інших об'єктів, які мають культурну цінність, і вжиття заходів для повернення до України культурних цінностей, що знаходяться за її межами. Основний Закон передбачає обов'язок людини та громадянина не заподіювати шкоди культурній спадщині (ст. 66). Визначені й основні засади діяльності державних органів щодо використання й охорони пам'яток історії, а також галузі культурного будівництва (ст. 85, 116, 119, 138, 143).

Існування кримінальної відповідальності за посягання на об'єкти археологічної та культурної спадщини (ст. 298 КК України) виступає своєрідною юридичною гарантією реалізації передбачених Конституцією прав і обов'язків людини та громадянина щодо культурних цінностей. Для характеристики соціальної зумовленості велике значення має встановлення відсутності суперечностей між положеннями Конституції та кримінально-правової норми. Тому важливим є дослідження відповідності положень Основного Закону та статей Кримінального кодексу. У КК України має відображатися реалізація передбачених Конституцією принципів і положень [2, с. 6–7]. Ретельне вивчення диспозиції ст. 298 КК України дає можливість стверджувати, що вона не суперечить Основному Закону і цілком обґрунтовано доповнює норми останнього стосовно охорони археологічної та культурної спадщини.

Важливе значення серед нормативних факторів мають міжнародні нормативно-правові акти. У Конституції України передбачений їх пріоритет над національним законодавством.

Конвенція про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 р., прийнята під егідою ЮНЕСКО, стала першим універсальним міжнародним документом у сфері охорони культурних цінностей. Цей нормативно-правовий акт поклав початок кодифікації міжнародного права стосовно охорони та збереження культурних цінностей. Як влучно зазначив В.І. Акуленко, ця Конвенція зробила частиною міжнародних відносин проблеми культури та ввела в обіг дефініцію «культурна спадщина людства» [1, с. 59–63].

Тенденція стосовно розширення обсягу регулювання відносин між країнами у сфері використання й охорони культурних цінностей, вивезення, ввезення та повернення незаконно вивезених об'єктів культурної та археологічної спадщини, поваги прав людини і громадянина на культурне надбання відображена в таких універсальних міжнародних актах ЮНЕСКО, як Конвенція про заходи, спрямовані на заборону і запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності, від 14 листопада 1970 р. та Конвенція про охорону всесвітньої культурної та природної спадщини від 16 листопада 1972 р., які були ратифіковані СРСР у 1988 р. Зазначені конвенції виступають як кодифіковані договори, підготовлені міжнародною організацією. Вони є офіційною систематизацією чинних міжнародних норм. Це важливий фундамент для розвитку міжнародного права загалом, а також міжнародного права у сфері охорони культурних цінностей і культурної спадщини зокрема. У них було відображено розробку нових норм відповідно до предмету міжнародно-правового регулювання з метою побудови внутрішньо узгоджених нормативних актів і навіть їхніх комплексів [9, с. 109].

Вищеназвані Конвенції також передбачають пряму вказівку на необхідність юридичної відповідальності за посягання на об'єкти археологічної та культурної спадщини, зокрема адміністративної та кримінальної.

З метою розвитку та конкретизації засад, передбачених міжнародними договорами (ратифікованими Верховною Радою України) та Конституцією України, були прийняті Закони України «Про музеї і музейну справу»

від 29 червня 1995 р., «Про вивезення, ввезення та повернення культурних цінностей» від 21 вересня 1999 р., «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р., «Про охорону археологічної спадщини» від 18 березня 2004 р.

Кримінологічні фактори. На думку більшості вчених, основними чинниками криміналізації діянь є їхня суспільна небезпечність і поширеність [8, с. 180; 10, с. 218].

Суспільна небезпечність будь-якого діяння визначається насамперед значущістю та важливістю об'єкта, тобто суспільних відносин, на які це діяння посягає, а також наслідками (збитком, шкодою), що настають [11, с. 40]. Внаслідок вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ст. 298 КК, шкода заподіюється суспільним відносинам у сфері моральності, тобто основним принципам морального (духовного) життя суспільства.

Окрім того, зазнають шкоди і відносини власності. Нерідко внаслідок складної економічної ситуації винні особи проводять незаконні розкопки на об'єкті археологічної спадщини, маючи на меті надалі реалізувати знайдені предмети, а також знищують, руйнують чи пошкоджують об'єкти культурної спадщини, щоб отримати кольорові та чорні метали для здачі на металобрухт.

Проте при кваліфікації діянь, передбачених ст. 298 КК, вартість культурних цінностей повинна враховуватися лише як додаткова умова. Це пояснюється тим, що культурні цінності мають особливі морально-духовні властивості, які неможливо оцінити на підставі виключно вартісного критерію. Значна частина вчених підтримує думку, за якою внаслідок посягань на культурні цінності не слід враховувати виключно балансову вартість об'єкта, оскільки внаслідок вчинення кримінального правопорушення культурна спадщина зазнає непоправної шкоди [15, с. 466].

Досліджуючи наслідки кримінального правопорушення, передбаченого ст. 298 КК, у вигляді знищення, руйнування чи пошкодження об'єктів культурної спадщини, слід зазначити, що завдана ним шкода може бути усунена лише частково. Незважаючи на те, що пошкоджена чи зруйнована пам'ятка може бути реставрована, вона все таки певною мірою втрачає свою історичну та культурну цінність. Це зумовлено тим, що об'єкти культурної спадщини здебільшого створюються попередніми поколіннями та є втіленням виключних фізичних та інтелектуальних здібностей особистості свого творця, його індивідуальної майстерності. Реставрація може відтворити тільки схожість зовнішніх форм, подібність пам'ятки культури. Що стосується знищених об'єктів культурної спадщини, то вони взагалі не підлягають відновленню. Якщо ж такі об'єкти і будуть відтворені, то вони будуть лише копією пам'ятки та не матимуть для сучасного покоління будь-якої історичної цінності.

Той факт, що незаконне проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на об'єкті археологічної спадщини передбачене законодавцем як кримінальне правопорушення із формальним складом, також свідчить про підвищену суспільну небезпечність зазначених діянь. Уже саме по собі посягання на об'єкти археологічної спадщини є кримінально караним незалежно від настання наслідків.

Вищенаведене є свідченням достатнього рівня соціальної цінності суспільних відносин у сфері охорони об'єктів археологічної та культурної спадщини. Проте соціальна цінність як явище об'єктивної дійсності, будучи позитивною властивістю, підкреслює міру шкідливості посягання, знижуючи її чи підвищуючи [3, с. 94], але не є достатнім аргументом криміналізації того чи іншого діяння. Тільки певна сукупність факторів є свідченням доцільності кримінально-правової охорони конкретних суспільних відносин. У зв'язку з цим також необхідно досліджувати динаміку вчинення та відносну поширеність посягань на об'єкти археологічної та культурної цінності.

Виходячи зі статистичної інформації, наданої Міністерством внутрішніх справ і Генеральною прокуратурою України, за період дії Кримінального кодексу України за ознаками кримінальних правопорушень, передбачених ст. 298 КК, у 2002 р. було відкрито 41 кримінальне провадження, у 2003 р. – 42, у 2004 р. – 32, у 2005 р. – 50, у 2006 р. – 30, у 2007 р. – 54, у 2008 р. – 47, у 2009 р. – 33, у 2010 р. – 44, у 2011 р. – 37, у 2012 р. – 25, у 2013 р. – 67, у 2014 р. – 52, у 2015 р. – 57, у 2016 р. – 65, у 2017 р. – 78, у 2018 р. – 77, у 2019 – 62[1].

Наведені дані свідчать про відсутність у цій сфері суспільних відносин стійкої тенденції до зростання злочинності. Проте вся картина пограбування культурної спадщини не відображена у статистиці Міністерства внутрішніх справ і Генеральної прокуратури України, тому робити висновки ще зарано.

Латентність досліджуваних кримінальних правопорушень пояснюється і недосконалістю чинних кримінально-правових норм. Ст. 298 КК встановлює відповідальність за незаконне проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на об'єкті археологічної спадщини, а також знищення, руйнування чи пошкодження об'єктів культурної спадщини, але кримінально-правовій охороні не підлягають ті об'єкти, які об'єктивно належать до археологічної спадщини, проте не мають такого юридичного статусу та не включені до державного реєстру, оскільки, наприклад, органи охорони культурної спадщини не знають про їхнє існування [13]. Окрім того, сьогодні процес занесення нещодавно відкритих археологічних пам'яток триває понад три місяці, протягом яких «чорні археологи» можуть зруйнувати об'єкт і привласнити знайдені предмети [12].

Слід відзначити, що більшість кримінальних проваджень за ст. 298 КК України не передаються до суду або закінчуються виправдовувальними вироками. Так, протягом 2002–2019 рр. зареєстровано 893 кримінальні правопорушення за ст. 298 КК. Тоді було засуджено тільки 92 особи, тобто лише близько 10% кримінальних проваджень передаються до суду і закінчуються обвинувальними вироками. Подібну ситуацію можна пояснити тим, що деколи не вдається знайти винних осіб, а деколи виявляється, що пам'ятка археології не має охоронного знаку чи не занесена до державного реєстру, внаслідок чого дії правопорушників не містять складу кримінального правопорушення [4, с. 174].

Висновки. Підсумовуючи викладені у статті положення, зазначимо, що під соціальною зумовленістю слід розуміти процес встановлення суспільно небезпечних форм поведінки індивідів, визнання допустимості, доцільності та можливості кримінально-правової боротьби з такою поведінкою. Основними факторами криміналізації діянь, передбачених ст. 298 КК України, є соціально-економічні, нормативні та кримінологічні. Соціально-економічні фактори полягають у тому, що культурна спадщина має величезне значення для розвитку науки, мистецтва, господарства країни та інших сфер соціального життя. До нормативних факторів слід віднести наявність значної кількості як міжнародних, так і національних нормативно-правових актів у сфері охорони культурних цінностей. До кримінологічних факторів встановлення кримінальної відповідальності за ті чи інші діяння відносять насамперед їхню суспільну небезпечність і відносну поширеність.

[1] Наведені дані взяті із щорічних звітів Департаменту інформаційних технологій МВС України та Генеральної прокуратури України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Акуленко В.І. Не повинні гинути! (Реалізація норм міжнародного гуманітарного права в законодавстві України про захист культурних цінностей). *Політика і час.* 1995. № 9. С. 59–63.

2. Борисов В.І. Відповідність кримінального закону конституційним принципам здійснення правосуддя в Україні. *Юридичний вісник України*. 2009. № 48 (752). С. 6–7.

3. Борисов В.И. Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины : дис. … докт. юрид. наук : 12.00.08. Харьков, 1993. 399 с.

4. Гайворонський Є.П. Незаконні археологічні розкопки та їх зв'язок з контрабандою культурних цінностей. *Проблеми законності.* 2007. Вип. 88. С. 171–176.

5. Загальнодержавна програма збереження та використання об'єктів культурної спадщини на 2004–2010 роки : Закон України від 20 квітня 2004 р. № 692-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 32. Ст. 390.

6. Коробеев А.И. Уголовная наказуемость общественно опасных деяний (основания установления, характер и реализация в деятельности органов внутренних дел) : учебное пособие. Хабаровск : Хабаровская высшая школа МВД СССР, 1986. 80 с.

7. Кузьменко Є.І. Предмет злочинного посягання на пам'ятки – об'єкти культурної спадщини. *Адвокат.* 2009. № 3 (102). С. 23–25.

8. Кузьменко Є.І. Суспільна небезпечність злочинного посягання на пам'ятки культурної спадщини як підстава криміналізації. *Митна справа.* 2009. № 5 (65). Ч. 2. С. 178–183.

9. Литовченко Л.А. Становлення міжнародного права охорони культурних цінностей (кінець XIX – середина XX століть. *Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ.* 2002. № 2 (8). С. 95–110.

10. Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация). Москва : Наука, 1982. 302 с.

11. Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права. Харьков : Юрид. Харьков, 2001. Кн. 1 : О преступлении. 289 с.

12. Сафонова Л. Изящная контрабанда: все по закону. *Еженедельник 2000*. 2003. № 13 (165).

13. Сафонова Л. Кому потрібен давній громофон. *Дзеркало тижня.* 2003. № 21.

14. Чупрій Л.В. Стан та проблеми музейної справи в Україні. URL: http://narodna.pravda.com.ua/culture/4c0133b629439/.

15. Шилин Д.В. Система норм о преступлениях против культурного наследия: действующий подход и перспективы регламентации. *Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань* : тези доп. та повід. учасників міжнар. Симпозіуму (м. Львів, 23–24 верес. 2001 р.). Львів : Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2011. С. 465–468.

УДК 343.85
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/87

ОКРЕМІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ ЗА ВЧИНЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ В УКРАЇНІ

CERTAIN ASPECTS OF CRIMINAL LIABILITY OF JUDGES FOR COMMITTING CORRUPTION OFFENSES IN UKRAINE

Барегамян С.Х., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри права та публічного адміністрування
Маріупольський державний університет

Доброс А.С., студент ІІІ курсу
економіко-правового факультету
Маріупольський державний університет

У статті досліджено окремі аспекти притягнення суддів до кримінальної відповідальності за вчинення корупційних правопорушень. Зокрема, розглянуто рівень недовіри громадян до судової системи у зв'язку із корупцією. Зазначається, що в Україні судді несуть кримінальну відповідальність на загальних підставах. Особливий статус суддів зумовлює особливу процедуру притягнення їх до відповідальності за вчинення корупційного діяння. У зв'язку з існуванням суддівської недоторканності притягнути суддю до кримінальної відповідальності за корупційне правопорушення дуже важко через неможливість швидкого застосування заходів процесуального примусу. Тривалість розслідування кримінальних справ щодо суддів зростає через значний рівень латентності корупційних правопорушень.

За результатами аналізу рішень Вищої ради правосуддя узагальнено підстави застосування до судді заходів забезпечення кримінального провадження у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності за корупційне правопорушення.

Встановлено, що за вчинення корупційних правопорушень до судді застосовується покарання, передбачене кримінальним законодавством, у т. ч. й позбавлення волі на певний строк. Тяжкість злочину оцінюється, зокрема, відповідно до принципу пропорційності. Очевидно, що адекватні кримінальні стягнення за корупційну поведінку судді та жорсткі реальні санкції, застосовані до корумпованих суддів, можуть бути сильним стримуючим чинником і, як наслідок, матимуть превентивний ефект.

Проаналізовано рішення Конституційного Суду України щодо визнання неконституційною ст. 366-1 Кримінального кодексу України та на підставі одержаних результатів сформульовано пропозиції щодо внесення змін до кримінального законодавства.

Ключові слова: корупційне правопорушення, кримінальний злочин, кримінальна відповідальність суддів, суддівська недоторканність, тимчасове відсторонення від здійснення правосуддя.

The presented article examines some aspects of bringing judges to criminal responsibility for committing corruption offences, and, particularly, scrutinises the level of public distrust in the judiciary due to corruption.

It has to be highlighted that in Ukraine, judges can be found to be criminally liable on general grounds. However, when it comes to their liability for committing corruption offences, a special status of judges has to be taken into account, since such status establishes a specific procedure for bringing the judges to justice for the commission of the acts of corruption. Indeed, due to the existence of judicial immunity, it is extremely difficult to prosecute a judge for a crime of corruption, as it is impossible to rapidly apply coercive measures to judges. Furthermore, there is a significant degree of latency of corruption offences, which unfavourably influences the length of criminal investigations against judges by delaying the process even further.

By examining the decisions of the Supreme Council of Justice, the grounds for application of measures ensuring the criminal proceedings in connection with prosecution for corruption of a judge were summarised.

It has been established that, for committing corruption offences, a judge can be subject to punishment stipulated in the criminal law legislation, which includes an imprisonment for a definite term. The gravity of the crime is assessed, specifically, in accordance with the principle of proportionality. Undoubtedly, the application of adequate criminal penalties for a judge's corrupt behaviour as well as stringent sanctions towards corrupt judges, can be a strong deterrent and, as a consequence, can have a preventive effect.

In addition, the decision of the Constitutional Court of Ukraine on declaring Article 366-1 of the Criminal Code of Ukraine to be unconstitutional was analysed and, as a result, the proposals on the amendments to the criminal law legislation were formulated.

Key words: corruption offence, criminal offence, criminal liability of judges, judicial immunity, temporary suspension from administration of justice.

Постановка проблеми. Зовнішньополітичний курс України, спрямований на європейську інтеграцію, зобов'язує нашу державу взяти на себе низку зобов'язань, зокрема щодо проведення судової реформи, одним із першорядних елементів якої є вироблення і запровадження чітких та ефективних механізмів притягнення суддів до юридичної відповідальності.

Прийняття змін до Конституції України та динамічне оновлення законодавства за останні роки значною мірою наближує Україну до європейських стандартів функціонування судової гілки влади, однак ще існує багато невідкладних питань у судовій системі України, зокрема в частині кримінальної відповідальності суддів, яка є одним із правових засобів подолання високого рівня корупції в судах і відновлення довіри громадян до судової гілки влади. Не можна стверджувати, що нині практика притягнення суддів до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення є чіткою, точною й однозначною. Питання притягнення суддів до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення потребує серйозного осмислення з метою підвищення її дієвості (результативності).

Теоретичне підґрунтя сучасних наукових досліджень із вибраної проблематики створили у своїх працях такі відомі вчені, як Н.М. Ахтинська, Р.Ш. Бабанли, А.В. Боровик, В.М. Бурдін, А.В. Виговська, І.С. Ганенко, В.В. Городовенко, О.П. Горох, Г.К. Кожевніков, М.І. Козюбра, О.М. Овчаренко, В.В. Паришкура, М.С. Пономарьова, А.В. Савченко, Р.А. Сербин, Ю.І. Стецовський, Н.К. Шаптала, Ю.В. Шинкарьов та ін.

Мета полягає у дослідженні окремих аспектів притягнення суддів до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення; встановленні підстав застосування тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності за корупційне правопорушення; розробленні пропозицій щодо внесення змін до кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Корумпованість в українських судах – досить поширена проблема, яка вимагає першочергового вирішення, адже щороку набуває нових масштабів [1, с. 196]. Пригадаймо, що Парламентська асамблея Ради Європи в резолюції «Корупція в судовій системі» № 1703 (2010) відзначає, що корумпованість судової системи підриває верховенство права, яке є наріжним каменем плюралістичної демократії; вона ставить під сумнів рівність перед законом і право на справедливий судовий розгляд, підриває легітимність всіх органів державної влади [2].

Згідно з результатами соціологічних опитувань судові органи не користуються довірою громадян, не здатні забезпечити ефективну протидію злочинності внаслідок політичної заангажованості, корумпованості, відсутності результативних системних реформ, різкого зниження рівня професіоналізму кадрів [1, с. 196].

Так, серед українських інституцій громадяни найбільше не довіряють судовій системі. За результатами дослідження служби Центру Разумкова у 2019 р., баланс довіри-недовіри до суду становить -62% (місцевих судів (-53%), Верховного суду (-42%), Антикорупційного суду (-42%), Конституційного Суду України (-36%)). Також встановлено, що 37,2% громадян повністю не довіряють судам і лише 2,3% повністю довіряють [3].

Експерти Європейської Бізнес-Асоціації до топ-факторів, які негативно впливають на довіру до судової гілки влади в Україні, віднесли корупцію та хабарництво в рамках судового процесу [4]. Аналіз виконання рекомендацій Transparency International Ukraine на 2019 р. дає підстави вважати судову реформу в Україні провальною [5].

Отже, вчинення суддями корупційних правопорушень шкодить суспільству на багатьох рівнях: підриває принцип верховенства права, сприяє безкарності, ставить під сумнів рівність перед законом і право на справедливий судовий розгляд, підриває легітимність всіх органів державної влади, є перешкодою для іноземних інвестицій.

Слід зазначити, що Кримінальний кодекс України (далі – ККУ) не містить визначення поняття корупційного правопорушення. Перше згадування «корупційного кримінального правопорушення» на законодавчому рівні міститься у ст. 45 ККУ, де воно розкривається шляхом перерахування усіх діянь, що можуть бути віднесені до корупційних. Так, відповідно до ст. 45 ККУ до корупційних правопорушень належать кримінальні правопорушення, передбачені ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у разі їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також перелічені у ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3-369, 369-2, 369-3 цього Кодексу [6].

За вчинення корупційних правопорушень до судді застосовується покарання, передбачене кримінальним законодавством, у т. ч. й позбавлення волі на певний строк. Тяжкість злочину оцінюється, зокрема, за принципом пропорційності.

Очевидно, що адекватна кримінальна відповідальність за корупційну поведінку судді та жорсткі реальні санкції, застосовані до корумпованих суддів, можуть бути сильним чинником, який стримуватиме і, як наслідок, матиме превентивний ефект.

За результатами звіту Міністерства внутрішніх справ України про стан протидії корупції за формою №-КОР, в Україні невелика кількість суддів притягується до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення (рис. 1) [7].

В Україні судді несуть кримінальну відповідальність на загальних підставах. Особливий статус суддів зумовлює особливу процедуру притягнення їх до відповідальності за вчинення корупційного діяння. У зв'язку з існуванням суддівської недоторканності притягнути суддю до кримінальної відповідальності за корупційне правопорушення дуже важко через неможливість швидкого застосування заходів процесуального примусу. Тривалість розслідування кримінальних справ щодо суддів зростає через значний рівень латентності корупційних правопорушень.

Група держав проти корупції Ради Європи (GRECO) рекомендувала проаналізувати практику застосування нових конституційних і законодавчих положень про суддівські імунітети та, якщо це необхідно для ефективного виконання вимог закону, вжити необхідних заходів для подальшого обмеження суддівського імунітету. Однак Вища рада правосуддя в Україні (далі – ВРП), проаналізувавши застосування законодавства щодо імунітету суддів, дійшла висновку, що процесуальний імунітет, який вимагає згоди на затримання судді (за винятком затримання під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину), утримування під вартою чи арешт, необхідно зберегти для уникнення тиску на суддів [8].

Погоджуємося із думкою ВРП про недоцільність обмеження суддівського імунітету, оскільки однією зі складових частин правового статусу судді є його незалежність і недоторканність, і це зумовлює віднесення судді до окремої категорії осіб, кримінальне провадження щодо яких здійснюється в особливому порядку; імунітет судді має публічно-правове призначення та служить засобом

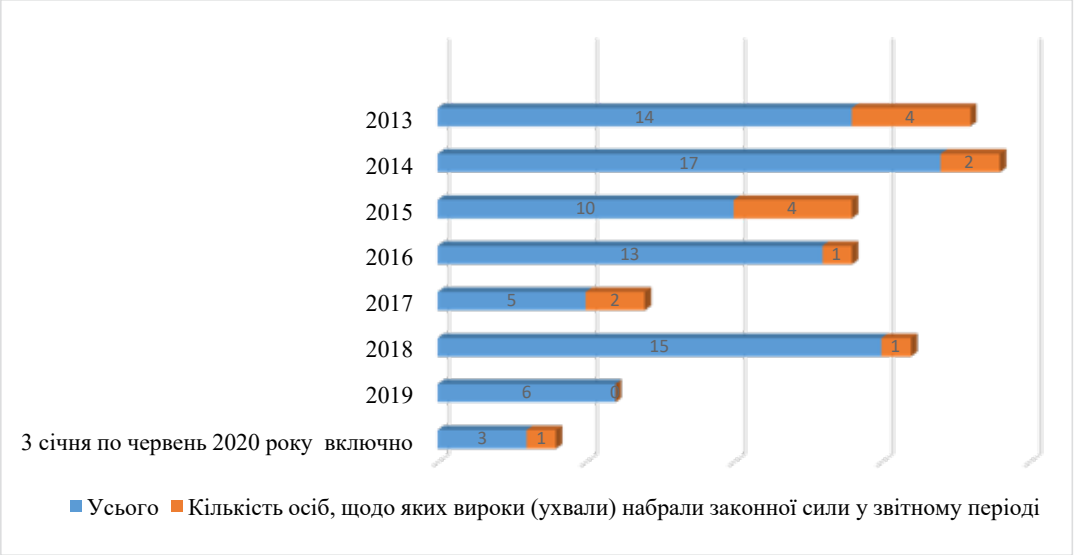

Рис. 1. Кількість суддів, які вчинили кримінальні корупційні правопорушення

захисту від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності, політичної репресії, примусового усунення від виконання посадових і професійних обов'язків [9].

Аналіз ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [10] дозволяє визначити, що недоторканість суддів полягає у: неможливості затримання судді або утримання під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину; звільненні затриманого судді після з'ясування його особи, за винятком надання згоди ВРП на затримання та затримання судді під час або відразу після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину; неможливості застосування приводу до постановлення щодо нього обвинувального вироку без згоди ВРУ; повідомленні про підозру лише Генеральним прокурором або його заступником; тимчасовому відстороненні судді від посади у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності, що здійснюється ВРП на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора України або його заступника; проведенні стосовно судді оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, які можуть проводитися лише з дозволу суду на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора або його заступника, керівника регіональної прокуратури або його заступника.

Зупинімося докладніше на тимчасовому відстороненні судді від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності.

Згідно із ч. 1 ст. 63 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності здійснюється Вищою радою правосуддя на строк не більше двох місяців на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника, а стосовно судді Вищого антикорупційного суду – на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора (виконувача обов'язків Генерального прокурора). На стадії судового провадження строк відсторонення встановлюється до набрання законної сили вироком суду або закриття кримінального провадження [11].

Ч. 3 ст. 155-1 Кримінально-процесуального кодексу України передбачено, що клопотання про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності повинно бути вмотивованим і відповідати вимогам ч. 2 ст. 155 КПК України [12].

Таким чином, вирішуючи питання про застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, ВРП перевіряє повідомлення про підозру в частині обґрунтованості підозри. Саме такого висновку дійшла Велика Палата Верховного Суду України у постанові від 8 листопада 2018 р., ухваленій у справі № 800/536/17 [13].

Норми Кримінально-процесуального кодексу України не містять визначення поняття «обґрунтованість підозри» [12]. Згідно із прецедентною практикою Європейського суду з прав людини термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення (рішення у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21 квітня 2011 р., § 175) [14].

При вирішенні питання про існування обґрунтованої підозри в аспекті наявності підстав для застосування заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності за корупційне правопорушення, оцінка доказів, на які покликається сторона обвинувачення, здійснюється виключно з погляду вірогідності та достатності підстав для переконливого твердження щодо причетності особи до вчинення інкримінованих їй злочинів, а також того, чи є підозра достатньо обґрунтованою, щоб бути підставою для застосування до такої особи вказаного вище заходу забезпечення кримінального провадження [15].

Аналіз рішень ВРП про задоволення клопотань про відсторонення суддів від здійснення правосуддя у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення або продовження такого строку показав, що необхідність тимчасового відсторонення суддів від здійснення правосуддя обґрунтовується наявністю обставин, які дають підстави вважати, що продовження здійснення суддею правосуддя на посаді судді може призвести до настання негативних наслідків. Зокрема, існує ризик того, що суддя:

– шляхом використання зумовлених посадою владних повноважень чи службового становища може знищити чи підробити речі й документи, які можуть бути доказами вчинення кримінального правопорушення і мають істотне значення для кримінального провадження, чи схилити до вчинення таких дій підпорядкованих йому працівників суду [15];

– може здійснювати незаконний вплив на свідків або інших учасників кримінального провадження, наприклад, працівників суду, котрі ще не допитані, що свідчить про загрозу тиску та підбурювання вказаних осіб до давання неправдивих показань, зміни показань або відмови від їх надання;

– використовувати свої зв'язки, застосовуючи обіцянки чи погрози, з метою впливу на експерта для схиляння його до надання неправдивого експертного висновку [16];

– може створити документи, які би штучно надавали видимість законності діям судді щодо отримання грошових коштів [17].

Крім того, клопотання про тимчасове відсторонення судді від займаної посади обґрунтовано тим, що продовження здійснення ним правосуддя суперечитиме морально-етичним принципам, закріпленим у Кодексі суддівської етики, що, у свою чергу, може викликати сумніви у безсторонності судді під час розгляду ним справ та істотно зашкодити авторитету правосуддя [15].

Розглянувши підстави для застосування тимчасового відсторонення судді від посади у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності за вчинення корупційних діянь, перейдімо до з'ясування позиції Конституційного Суду України (далі – КСУ) щодо притягнення до кримінальної відповідальності суддів за корупційні правопорушення.

Специфічність діяльності КСУ полягає у тому, що він має піддавати судовому конституційному контролю закони, які регулюють питання боротьби з організованою злочинністю та корупцією, на предмет відповідності принципам організації життєдіяльності суспільства, визначеним Основним Законом демократичної, правової та соціальної держави – України (онтологічний вимір) [18, с. 250]. Так, зокрема, КСУ у Рішенні від 27 жовтня 2020 р. № 13-р/2020 визнав неконституційними ст. 366-1 Кримінального кодексу України (далі – КК України). В обґрунтування такої юридичної позиції КСУ послався: на ст. 55 Основного Закону України («будь-яке зниження рівня гарантій незалежності суддів суперечить конституційній вимозі неухильного забезпечення незалежного правосуддя та права громадян на захист прав і свобод незалежним судом» [19]); ч. 1 ст. 8 Основного Закону України («в Україні визнається і діє принцип верховенства права» [19]). Крім того, КСУ послався на низку положень чинних міжнародних нормативно-правових актів.

Слід зазначити, що згідно з результатами Єдиного звіту Генеральної прокуратури України про кримінальні правопорушення по державі за січень-жовтень 2020 р. за

ст. 366-1 ККУ було відкрито 621 справу, із яких 432 закрито [20] через відсутність складу правопорушення, тому що формулювання диспозиції статті фактично унеможливлювало притягнення особи до кримінальної відповідальності через складність відмежування умисного зазначення суб'єктом декларування тих чи інших відомостей або неподання декларації від неумисного.

На нашу думку, надійна система декларування доходів може сприяти виявленню та запобіганню вчинення корупційних правопорушень суддями, що таким чином призведе до підвищення прозорості судової влади та сприятиме посиленню клімату суддівської доброчесності. Можна погодитися з думкою судді КСУ І.Д. Сліденком щодо необхідності відновлення ст. 366-1 ККУ за умови її викладення у новій редакції: «Подання суб'єктом декларування недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», або неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації» замість «Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації» [21].

Висновки. На підставі проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1. Особливий порядок притягнення суддів до кримінальної відповідальності за вчинення корупційного діяння зумовлений наявністю у них недоторканності, адже без згоди Вищої ради правосуддя суддя не може бути затриманий або утримуваний під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

2. При вирішенні питання щодо застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження, як тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, Вища рада правосуддя перевіряє повідомлення про підозру в частині обґрунтованості підозри. Проаналізовано питання обґрунтованості підозри судді крізь призму кримінального законодавства та практики Європейського суду з прав людини.

3. Тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя зумовлюється необхідністю попередження ризиків використання суддею владних повноважень, особистих зв'язків і службового становища для перешкоджання кримінальному провадженню.

4. З метою виявлення та запобігання вчинення корупційних правопорушень суддями, підвищення прозорості судової влади та посилення суддівської доброчесності пропонуємо внести зміни до ст. 366-1 ККУ, а саме відновити кримінальну відповідальність за декларування недостовірної інформації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сербин Р.А. Аспекти іноземного досвіду протидії одержанню неправомірної вигоди суддями. *Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі* : матеріали IV міжнародної наук.-практ. конф. (Київ, 12 грудня 2019 р.). Київ, 2019. С. 196–197.
2. Резолюція 1703 (2010) Парламентської асамблеї Ради Європи «Корупція в судовій системі». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/mpz2/docs/1044_rez_1703.htm.
3. Підсумки-2019: громадська думка (соціологія). URL: https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/pidsumky2019-gromadska-dumka.
4. Бізнесу все ще бракує довіри у взаємодії з судами. URL: https://eba.com.ua/biznesu-vse-shhe-brakuye-doviry-u-vzayemodiyi-z-sudamy/.
5. Аналіз результатів Індексу сприйняття корупції-2019. Transparency International Ukraine. URL: http://cpi.ti-ukraine.org/#/.
6. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 20.11.2020)
7. Єдиний портал органів системи МВС України. Звіти про стан протидії корупції за формою № 1-КОР 2013–2020 рр. URL: https://mvs.gov.ua/ua/pages/274_Statistika.htm/.
8. Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Compliance report Ukraine. GRECO, 2020. URL: https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/16809d768c.
9. Постанова Верховного суду України від 11 грудня 2019 р. № 536/2475/14. URL: https://zib.com.ua/ua/141611-vp_vs_viznala_scho_genprokuror_ne_buv_zobovyazaniy_vruchati_.html.
10. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19 (дата звернення:10.11.2020).
11. Про Вищу раду правосуддя : Закон України від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7–8. Ст. 50. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#Text (дата звернення: 20.11.2020).
12. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 20.11.2020).
13. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 08 листопада 2018 р. у справі № 800/536/17. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vp_vs_vid_08_11_2018_roku_u_spravi_800_536_17_1/.
14. Рішення Європейського суду з прав людини від 21 квітня 2011 р. у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (Заява № 42310/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683#Text (дата звернення: 10.11.2020).
15. Про часткове задоволення клопотання виконувача обов'язків Генерального прокурора про тимчасове відсторонення судді Харківського окружного адміністративного суду від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності : рішення Вищої ради правосуддя від 13 жовтня 2020 р. № 2820/0/15-20 URL: https://hcj.gov.ua/acts?page=20.
16. Про продовження строку тимчасового відсторонення судді Володимирецького районного суду Рівненської області від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності : рішення Вищої ради правосуддя від 04 серпня 2020 р. № 2352/0/15-20. URL: https://hcj.gov.ua/acts?page=44.
17. Про задоволення клопотання заступника Генерального прокурора – керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури про тимчасове відсторонення судді Зарічного районного суду міста Сум від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності : рішення Вищої ради правосуддя від 27 лютого 2020 р. № 619/0/15-20. URL: https://hcj.gov.ua/acts?page=130.
18. Шаптала Н.К. Роль і місце Конституційного суду України в реалізації вітчизняного антикорупційного законодавства. *Реалізація державної антикорупційної політики в міжнародному вимірі :* матеріали IV міжнародної наук.-практ. конф. (Київ, 12 грудня 2019 р.). Київ, 2019. С. 249–252.
19. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text
20. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/statinfo.html.
21. Суддя КСУ Ігор Сліденко: електронному декларуванню нічого не загрожує, якщо влада внесе зміни у закон. Інтерв'ю Судово-юридичній газеті (02.11.2020). URL: http://www.ccu.gov.ua/publikaciya/suddya-ksu-igor-slidenko-elektronnomu-deklaruvannyu-nichogo-ne-zagrozhuye-yakshcho-vlada.

УДК 343.2/.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/88

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ ЩОДО ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

ON THE ISSUE OF MEASURES OF CRIMINAL LAW NATURE AGAINST LEGAL ENTITIES

Бодунова О.М., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Університет державної фіскальної служби України

Щербакова В.А., студентка III курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Стаття присвячена дослідженню питань заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. Розкрито проблеми регламентації таких заходів у законодавстві України, проаналізовано досвід зарубіжних країн, акцетовано увагу на найкращих закордонних практиках запровадження такого інституту, які могли б мати місце і в нашій державі. Запропоновано шляхи вирішення цих проблем, зокрема наведено пропозиції внесення змін до розділу XIV-1 Кримінального кодексу України.

Норми українського кримінального законодавства, що закріплюють вищезгадані заходи, майже повністю неузгоджені з нормами цивільного законодавства та загалом законодавства приватно-правового циклу, яке регулює діяльність юридичних осіб. Навіть виконання примусових заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, його порядок врегульовано переважно приписами цивільного або господарського законодавства України. Натомість ці положення є доволі сумнівними, оскільки регулюють цивільно-правову ліквідацію, що застосовується добровільно, і злочин не є підставою. Наголошено на важливості законодавчо її подолати, власне запропоновано шляхи такого подолання.

У ході аналізу наведено співставлення такого інституту українського кримінального законодавства, як «заходи кримінально-правової відповідальності щодо юридичних осіб» із новелами законодавства про кримінальну відповідальність. Так, кримінальним проступком визнається передбачене Кримінальним кодексом України діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі. Відповідно до змін, які вносить цей Закон, стане можливим застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру у разі вчинення її уповноваженою особою не тільки злочину, а й проступку.

Загально викладено погляди юристів-науковців щодо цієї проблематики, розглягуто найбільш ґрунтовні пропозиції, вироблені в ході наукової дискусії.

Ключові слова: заходи кримінально-правового характеру, юридична особа, кримінальне законодавство, кримінальна відповідальність.

The article is devoted to the analyze of criminal law measures against legal entities. The problems of regulation of such measures in the legislation of Ukraine are revealed, the experience of foreign countries is analyzed, attention is paid to the most foreign practices of introduction of such institute which could take place in our country. In particular, ways to solve these problems are proposed, in particular at the legislative level – proposals for amendments to Section XIV-1 of the Criminal Code of Ukraine are given.

The norms of the Ukrainian criminal legislation, which enshrine the above-mentioned measures, are almost in complete inconsistency with the norms of the civil legislation and in general the legislation of the private-law cycle, which regulates the activity of legal entities. Here, even the same execution of coercive measures of criminal-legal character concerning legal entities, its order is regulated mainly by instructions of the civil or economic legislation of Ukraine. Instead, these provisions are rather dubious, as they regulate civil law liquidation, which is applied both voluntarily and, of course, where the crime is not a ground. That is why the importance of overcoming it by law is emphasized, the ways of such overcoming are actually suggested.

In the course of this analysis, the comparison of such an institution of Ukrainian criminal law as "measures of criminal liability for legal entities" with the novelties of the legislation on criminal liability. Thus, a criminal offense is an act (action or inaction) provided by the Criminal Code of Ukraine, for which the main punishment is a fine of not more than three thousand non-taxable minimum incomes or other punishment not related to imprisonment. In accordance with the changes introduced by this Law, it will be possible to apply to a legal entity measures of a criminal nature in the event that its authorized person commits not only a crime but also a misdemeanor, etc.

In general, the views of legal scholars on the vision of this issue, due to the most thorough proposals made during the scientific discussion.

Key words: measures of criminal-legal character, legal entity, criminal legislation, criminal liability.

У 2014 р. відбулася визначна подія реформування кримінального законодавства України: згідно із Законом № 314-VII від 23 травня 2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» Кримінальний кодекс України було доповнено XIV-1 Розділом «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Таким чином, наша держава прагнула підлаштувати своє національне законодавство до міжнародних стандартів, пронести крізь нього світло євроінтеграційних ідеалів, намагалася виконати покладені на неї обов'язки. Дійсно, сучасний розвиток світових економічних відносин вимагав переосмислення загалом сутності юридичних осіб в Україні, закріплення цього переосмислення на законодавчому рівні, і це потягнуло за собою появу якісно нового для нашої пострадянської держави, де практично уся власність була державною, механізму санкцій щодо юридичних осіб у кримінально-правовому полі, появу так званої «квазікримінальної» відповідальності. Безперечно, ця реформа була доволі радикальною і прямо суперечила традиційним правовим поглядам, тож повинна була б мати доволі проблемний початок як на нормативному, теоретичному, так і на практичному рівнях. Відтоді минуло близько 6 років – досить тривалий проміжок часу, однак, спираючись на поодинокість ухвал вироків національними судами за цим розділом, можна визнати, що існують певні перепони для застосування цих норм, а наявні ще відтоді проблеми неподолані.

До вивчення зазначеної проблематики і розгорнення щодо неї дискусії вдавалися такі вчені, як М.І. Панов, О.Ф. Пасєка, А.М. Ященко, С.Я. Лихова, Ю.В. Шинкарьов, О.В. Панченко.

Мета статті полягає у дослідженні заходів кримінально-правового характеру в України, з'ясуванні проблем правового поля й аналізі досвіду зарубіжних країн.

Як зазначає Ю.В. Шинкарьов, новелізація чинного законодавства в ракурсі встановлення заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб спричинила більше запитань, ніж відповідей [10]. Насамперед, на нашу думку, доцільно було б охарактеризувати види цих заходів, визначити їх загальну проблематику. Перелік таких заходів визначений у ст. 96-6 КК України, серед яких основними є штраф, ліквідація, а конфіскація майна визнається виключно додатковим. Як ліквідація, так і конфіскація майна застосовуються лише у разі вчинення уповноваженою особою юридичної особи окремих визначених злочинів, передбачених КК України. Штраф же застосовується в усіх інших випадках і, за твердженням деяких вчених-юристів, є відступом від принципів індивідуалізації, доцільності та диференціації кримінальної відповідальності. У ході пошуку розв'язків цієї проблеми на доктринальному рівні акцентується увага на пропозиції доповнення ч. 1 ст. 96-6 КК України розширеним переліком заходів кримінально-правового характеру. Зокрема, пропонується ввести заборону заняття певними видами діяльності. Таке було передбачено у проєкті Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження заходів кримінально-правового характеру стосовно юридичних осіб» від 17 січня 2013 р. № 2032. Передбачалося, що «заборона заняття певним видом діяльності» буде як основним, так і додатковим заходом і стосуватиметься саме тих видів діяльності юридичної особи, які визначені у її установчих документах. Однак, на жаль, незважаючи на визнання в науковому колі цього заходу одним із найоптимальніших, на чому наголошували О.Ф. Пасєка, О.П. Провоторов, В.К. Грищук та ін., його не було запроваджено.

Загалом, на нашу думку, позиція законодавця у цьому питанні є незрозумілою від самого початку. До прикладу, ми не маємо визначення заходів кримінально-правового характеру ні на рівні норм, ні на рівні доктрини. Чи то є відгалуженим видом кримінальної відповідальності, її окремою ретроспективною формою реалізації, чи якимось іншим впливом, який є абсолютно окремим правовим явищем, – ми, на жаль, чітко визначити не можемо. Окрім того, визначити це поняття неможливо у зв'язку з майже повною відсутністю практичного застосування цих норм.

Серед проблем таких «заходів» ми вбачаємо:

1. Ст. 96-3 передбачає один спірний момент, а саме: підставою застосування «заходів» є вчинення уповноваженою особою юридичної особи та від імені тієї ж юридичної особи будь-якого зі злочинів, передбачених у статтях, що зазначаються у цій же статті КК України. Проблемою є те, що, коли злочин вчинила уповноважена особа юридичної особи, повноваження якої визначені її установчими документами, він буде визнаватися діянням юридичної особи, проте не враховано, що юридичні особи можуть діяти не лише через своє керівництво й уповноважених осіб. Серед усіх діянь злочинами вбачаються тільки ті, що передбачені ст. 96-3. Незрозуміло, чим саме керувався законодавець. Перелічені злочини зводяться до корупційних і терористичних, не враховуються злочини торгівлі людьми, торгівлі зброєю, наркотиками, злочини проти довкілля. Це можна визнати великим недоліком, адже злочини проти довкілля є доволі розповсюдженими, годі вже й говорити про великі заводи, фабрики і т. п., власниками яких є саме юридичні особи, діяльність котрих іноді може суперечити нормам як внутрішньодержавного, так і міжнародного законодавства. Думка про важливість запровадження достатніх кримінальних санкцій до юридичних осіб, які вчинили екологічні злочини, не повинна викликати жодних контраргументів, оскільки розмір збитків, що завдаються злочинною діяльністю юридичних осіб, не можна навіть порівняти зі збитками, які можуть бути заподіяні окремою фізичною особою [7]. Злочини у господарській діяльності, у якій юридичні особи прямо опосередковані також через їх незакріплення у ст. 96-3, залишаються безкарними, тоді як «процвітає» фіктивне банкрутство, фіктивне підприємництво, підробка документів, грошей і цінних паперів.

2. Проблемною залишається ст. 96-4 КК України, яка за підставу застосування таких заходів вбачає вчинення злочину підприємством, установою чи організацією. Натомість доцільніше було б застосувати загальне поняття «юридична особа», яке б, по-перше, дало би змогу застосовувати цю норму до юридичних осіб, вид яких невідомий (іноземних юридичних осіб, котрі діють на території України); по-друге, привело б положення КК України до єдиної термінології.

3. Некоректною є сформульована назва ст. 96-5 «Підстави для звільнення юридичної особи від застосування заходів кримінально-правового характеру», оскільки ця норма передбачає перелік підстав звільнення, а характеризує лише одну підставу звільнення – завершення строків давності. Тут, ми вважаємо, доцільним було би включення й інших підстав. Доволі ефективною, на нашу думку, була б підстава примирення винної юридичної особи з потерпілим і відшкодування завданих збитків та/чи усунення заподіяної шкоди. Також цілком могли б мати місце звільнення від застосування заходів кримінально-правового характеру у разі вчинення вперше злочину невеликої або середньої тяжкості.

4. Потребує вирішення питання щодо застосування кримінально-правових заходів до юридичних осіб під час поділу, виділу, злиття, приєднання, перетворення, відповідь на яке має бути закріплена у КК України.

5. Також варто було б закріпити застосування цих заходів до юридичної особи-співучасниці, що була не виконавцем, а пособником, підбурювачем чи організатором.

6. Ст. 96-7 КК також є доволі неоднозначною. Неоднозначність ця певним чином викликана розміром штрафу. У певних випадках, якщо виходити з положень ст. 53, яка визначає розміри штрафу для фізичних осіб, можна дійти висновку, що на практиці розмір штрафу фізичної особи може перевищити розмір штрафу для юридичної особи. Натомість, на нашу думку, розмір штрафу для юридичних осіб повинен перевищувати розмір загального штрафу принаймні у декілька разів. Також незрозуміло, яку санкцію за собою тягне несплата штрафу юридичною особою.

7. За ст. 96-9 КК України ліквідація юридичної особи як захід кримінально-правового характеру безальтернативно застосовується у разі вчинення її уповноваженою особою будь-якого зі злочинів, передбачених ст. 109, 110, 113, 146, 147, 160, 260, 262, 258–258-5, 436, 437, 438, 442, 444, 447 [1]. Це положення можна було б доповнити можливістю застосування такого заходу кримінально-правового характеру лише до філії (представництва) юридичної особи.

8. Назва ст. 96-11 «Застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру за сукупністю злочинів» є також некоректною, адже її ч. 2 передбачає застосування таких заходів за сукупністю вироків, тому назва повинна бути комплексною.

Доцільно також проаналізувати новели українського кримінального законодавства, що передбачають санкції стосовно юридичних осіб. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» № 2617-VIII від 22 листопада 2018 р. (далі – Закон) передбачено введення кримінальних проступків. Кримінальним проступком визнається передбачене Кримінальним кодексом України діяння (дія чи

бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі. Відповідно до змін, які вносить цей Закон, стане можливим застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру у разі вчинення її уповноваженою особою не тільки злочину, а й проступку. Внесені також зміни до ст. 96-7 КК України: штраф як один із видів заходів кримінально-правового характеру встановлюється в розмірі від п'яти до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Беручи до уваги те, що держава, керуючись принципами кримінального права, має по-різному реагувати на кримінальні правопорушення залежно від їхньої тяжкості, видається недоцільним застосування конфіскації майна та ліквідації юридичної особи у разі вчинення кримінального проступку [6]. Бажано зазначити у ст. 96-6 КК України, які з наведених заходів застосовуватимуться за вчинення кримінальних проступків, а які – за злочини. Проте, на нашу думку, ці новели так і залишаться лише на теоретичному рівні, адже для перетворення їх на ефективний механізм необхідно хоча б певною мірою подолати вищезазначені проблеми, розпочавши комплексне реформування.

Питання застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, загалом їх існування, розгорнуло бурхливу дискусію, яка й триває дотепер. З огляду на те, що в сучасній науковій літературі з права чинна система заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб неабияк критикується, на нашу думку, необхідно буде проаналізувати досвід кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб зарубіжних країн. Необхідно звернути увагу на те, що, до прикладу, європейське законодавство відрізняється різноманітністю у виборі заходів кримінально-правового впливу щодо юридичних осіб. Зокрема, призупинення деяких прав (Голландія, Фінляндія, Литва); заборона певної діяльності (Польща, Фінляндія, ЄС, Литва); регулювання випуску продукції (Голландія); призначення довірчого керуючого (Голландія, Фінляндія); позбавлення ліцензії, заборона виконання певних дій, таких як участь у публічних заявках на підряд, випуск конкретних товарів, укладення контрактів, рекламна діяльність тощо; позбавлення наданих пільг, зокрема субсидій або податкових переваг (Франція, Голландія); закриття діяльності підприємства чи його окремих підрозділів (ЄС, Голландія, Литва) [2]. Однак раніше переважна більшість кримінальних кодексів європейських держав містили принцип особистої відповідальності винної особи, який є класичним, тому так само відповідальність юридичних осіб була ідеєю, що доволі тривалий час залишалася без підтримки. Проте дещо під іншим кутом такий механізм став сприйматися із 1929 р., коли у м. Бухарест відбувся Міжнародний конгрес із кримінального права (AIDP), на якому розглянули кримінальну відповідальність юридичних осіб відповідно до принципу справедливості. Тоді ж було визначено умови притягнення до відповідальності юридичної особи:

– працівник виконує рішення, яке було ухвалено загальними зборами;
– працівник діє із власної ініціативи, однак в інтересі юридичної особи;
– працівник виконує завдання юридичної особи.

Якщо ж брати, до прикладу, Францію – країну, де передбачений один із найбільш ефективних механізмів притягнення до відповідальності юридичних осіб, то шлях його розробки та встановлення був доволі тривалим. Проєкт оновленого Кримінального кодексу Франції, який закріплював такий механізм, існував ще у 1934 р., однак був прийнятий лише у другій половині XX ст. Причиною обурень стала популярна тоді французька теорія фікції, що заперечувала існування юридичної особи як окремого самостійного суб'єкта. Проте вже в 1992 р. у Кримінальному кодексі була передбачена можливість притягнення до відповідальності будь-якої особи, окрім держави. Зауважимо, що французьке кримінальне законодавство містить спеціальну систему покарань, яка передбачає заборону звертатися до населення за отриманням вкладів чи розміщенням цінних паперів, спеціальну конфіскацію, надзвичайно великі штрафи, ліквідацію, заборону здійснення певного виду діяльності, поміщення під судовий нагляд, заборону укладати договори. Саме тому, на нашу думку, Україна має проаналізувати місцями недооцінений досвід Французької Республіки, однак використання такого досвіду не повинно стати механічним копіюванням на українській ниві. Воно повинне насамперед бути осягнуто з погляду критичного ставлення, всебічного врахування специфіки історичних традицій і національних особливостей, ретельного відбору досягнень у державотворчій сфері. Так, Кримінальний кодекс Франції містить усталену систему спеціальних покарань, які можуть застосовуватися до юридичної особи. Такі санкції передбачено у розділі 2 глави 1 титулу III Кримінального кодексу Франції. Вони поділяються на три основні групи: санкції кримінальні (peines criminelles) – за вчинення злочину; виправні (peines correctionelles) – за вчинення проступку, санкції за вчинення порушення (peines contreventionelles) [3]. Ми переконані, що обмеженість української системи заходів кримінально-правового характеру суперечить принципу співмірності та індивідуалізації покарання, тому ще раз наголошуємо на доцільності розгалуження системи, яка існує як дієвий механізм у Франції.

Якщо ж брати до уваги інші країни, то, наприклад, Кримінальний кодекс Ізраїлю передбачає, що корпорація підлягає кримінальній відповідальності, коли злочин вчинено особою під час виконання нею своїх службових повноважень [5]. Цікавою також є ст. 197 Кримінального кодексу Італії, у якій зазначається, що установи та підприємства, які мають права юридичної особи і мають засудженого за провину адміністратора, представника або особу, котра є залежною у службовому плані від цієї організації, якщо провина є наслідком невиконаних обов'язків, пов'язаних зі службовим становищем винного, зобов'язані сплатити штраф, коли фізичні особи є неплатоспроможними. Таке положення закріплює субсидіарну кримінальну відповідальність юридичних осіб поряд із фізичними особами – представниками їхніх інтересів. У законодавстві Бельгії існує, наприклад, норма, відповідно до якої визнається кримінальна відповідальність службовця компанії як фізичної особи, але, оскільки останній діяв у межах корпорації, санкція (штраф) накладається саме на корпорацію (ст. 5 (1) КК Бельгії) [9].

Норми Швейцарського кримінального законодавства до 2003 р. суб'єктом злочину юридичну особу не вважали, однак до Кримінального кодексу було включено Федеральним законом від 21 березня 2003 р. Розділ 6 «Відповідальність підприємств», ст. 100 якого закріплює, що злочини або проступки, вчинені за час здійснення комерційної діяльності на підприємстві, ставляться у провину всьому підприємству, якщо провина не може бути поставлена якійсь окремій фізичній особі, яка визначається з урахуванням організації підприємства.

Також, на нашу думку, норми українського кримінального законодавства, що закріплюють вищезгадані заходи, майже повністю неузгоджені з нормами цивільного законодавства та загалом законодавства приватно-правового циклу, яке регулює діяльність особи. Одразу ж стає зрозуміло, що ефективності механізм застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру не матиме. Виконання примусових заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, його порядок врегульовано переважно приписами цивільного або господарського законодавства України. Натомість ці положення

є доволі сумнівними, оскільки регулюють цивільно-правову ліквідацію, яка застосовується водночас добровільно, і злочин не є підставою. Місцями ми можемо натрапити не просто на неузгодженість, а навіть на суперечність норм кримінального і цивільно-правового циклу, наприклад, ст. 25 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» та окремих положень Порядку державної реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань, що не мають статусу юридичної особи, положення яких засвідчують, що юридична особа приватного і публічного права ліквідується на підставі будь-якого рішення суду, але не того, в якому ухвалюється владно-державне веління щодо застосування стосовно юридичної особи примусових заходів кримінально-правового характеру. Тому для ефективності таких заходів варто займатися не «підміною» норм, а їх творенням, яке буде якісним і дієвим. На цей аспект звертає увагу й О.В. Панченко, котра зазначає, що зі змісту ст. 96-9 КК України незрозуміло, в якому порядку здійснюється ліквідація юридичної особи у разі застосування до неї цього заходу кримінально-правового характеру. Крім того, може виникнути ситуація, коли поряд із ліквідацією суд застосує такий додатковий вид заходу, як конфіскація майна юридичної особи. У цьому разі все її майно стане власністю держави. Інакше кажучи, кредитори цієї юридичної особи «залишаться ні з чим» [11]. У зв'язку з цим, на думку дослідниці, Кабінету Міністрів України необхідно запровадити спеціальний порядок ліквідації юридичної особи у разі застосування до неї заходу кримінально-правового характеру – ліквідації – та доповнити ст. 96-9 КК України абзацом другим у такій редакції: «Порядок ліквідації юридичної особи, щодо якої здійснювалося кримінальне провадження, визначається Кабінетом Міністрів України» [8]. З.А. Загиней вважає, що доцільно у тексті ст. 96-9 КК України вказати, що ліквідація застосовується щодо юридичної особи у порядку, визначеному ЦК України [4]. Така вказівка, до речі, раніше вже була регламентована законом, хоча чомусь згодом законодавець від неї відмовився.

Висновки. Питання застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб стало предметом дискусії як на науковому, так і на законодавчому рівні, адже ще до вступу у дію цих заходів, до Закону, який їх запроваджував було внесено низку змін. Звичайно, успішні країни світу, які знаходяться у розквіті капіталізму, не змогли б не закріпити кримінальної відповідальності юридичних осіб. Це було зумовлено часом і обстановкою, вони дійшли до цього поступово. Однак щодо нашої держави… Так, безперечно ми маємо також підлаштовуватися до політики розвинених країн ЄС, головним чином правової. Маємо враховувати досвід успішних країн, але слід пам'ятати, що кожна країна має свої правові традиції, тож завідомо революційний підхід стане, на нашу думку, не найкращим. Оцінючи досвід зарубіжжя, ми маємо критично аналізувати, а не копіювати його. З урахуванням усього вищезазначеного, можна дійти висновку, що до юридичних осіб на наших теренах можуть і навіть мають бути застосовані певні кримінально-правові санкції. Проте наскільки потрібно і реально ввести стосовно юридичних осіб саме кримінальну відповідальність у класичному розумінні,, важко стверджувати. Водночас з урахуванням усіх «за» і «проти», правильної розстановки пріоритетів Україна зможе досягти своїх цілей, забезпечити своє існування ефективними правовими механізмами і саме тоді, коли це станеться, зможе на міжнародній арені отримати визнання правової держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення 12.11.2020).
2. Актуальні проблеми кримінального права : навчальний посібник / В.М. Попович, П.А. Трачук, А.В. Андрушко, С.В. Логін. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 256 с.
3. Бирюков П.Н. Уголовная ответственность юридических лиц за преступления в сфере экономики (опыт иностранных государств). Москва : Юрлитинформ, 2008. 136 с.
4. Загиней З.А. Основні недоліки нормотворчої техніки інституту застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 4. С. 73.
5. Закон об уголовном праве Израиля / Постатейный перевод с иврита на русский язык, перев. Марат Дрофман. 2010. 261 с.
6. Книженко О.О. Новели кримінального законодавства України в частині застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб у разі вчинення проступку. *Застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб* : Матеріали міжнародного круглого столу. Київ : Національна академія прокуратури України, 2019. 94 с.
7. Лихова С.Я. Юридичні особи як суб'єкти кримінальної відповідальності за КК України. *Юридичний вісник*. 2014. № 2. С. 97–101.
8. Панченко О.В. Кримінальне провадження щодо юридичної особи : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2018. С. 156–158.
9. Уголовный кодекс Бельгии / науч. ред. Н.И. Мацнева. Санкт-Петербург : Юрид. центр Пресс, 2004. 561 с.
10. Шинкарьов Ю.В. Правовий аналіз окремих новел законодавства про кримінальну відповідальність. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного ун-ту імені Г.С. Сковороди. Серія «Право»*. Вип. 21. 2014. С. 96–100.
11. Ященко А.М., Крижановський М.В. Застосування примусових заходів кримінальноправового характеру щодо юридичних осіб: теоретико-прикладний аспект. Сучасні теоретичні та прикладні проблеми кримінального права. *Харків: Вісник кримінологічної асоціації України*. 2020. № 1 (22).

УДК 343.36:343
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/89

АНАЛІЗ ҐЕНЕЗИ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОКРЕМИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ

ANALYSIS OF THE GENESIS OF LEGISLATION ON CERTAIN CRIMINAL OFFENSES COMMITTED BY OFFICIALS IN THE FIELD OF JUSTICE

Воронцов А.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
факультету підготовки фахівців для органів досудового розслідування
Одеський державний університет внутрішніх справ

Статтю присвячено ґенезі вітчизняного кримінального законодавства, яке передбачає захист конституційних прав і свобод людини у сфері кримінального судочинства, шляхом встановлення кола кримінальної відповідальності за зловживання правами й обов'язками його представників та історичним питанням розвитку кримінального законодавства за вчинення окремих кримінальних правопорушень проти правосуддя, зокрема: завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою (ст. 371 КК), притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності (ст. 372 КК), примушування давати показання (ст. 373 КК). Слід зазначити, що з цими кримінальними правопорушеннями органічно поєднане і порушення права на захист (ст. 374 КК), однак воно не є предметом нашого обговорення.

Становлення і розвиток кримінальної відповідальності за вчинення таких проявів не можна розглянути у відриві від історичного минулого. Історично-правове дослідження зазначених явищ має принципово важливе значення для формулювання наукових положень. Питання кримінального та кримінального процесуального положення осіб, які здійснюють правосуддя, а також потерпілого від кримінального правопорушення було і є предметом обговорення науковцями всіх часів. Щодо кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за вчинення таких проявів, то вони пройшли досить тривалий шлях своєї ґенези у національній кримінальній законодавчій спадщині. Кожний етап цього розвитку є відображенням соціально-економічних, ідеологічних, культурних, політичних, суспільних та інших відносин, які існували у державі. Водночас аналіз і використання накопиченого досвіду історично-правової спадщини дозволяє окреслити шляхи вдосконалення й ефективного реформування інституту кримінальної відповідальності за посягання у сфері правосуддя і протягом його здійснення. Вдосконалення ж норм кримінального процесуального законодавства на цьому підґрунті дає можливість захищати права і свободи людини та громадянина не тільки в такому аспекті, а також у кримінально-правовому, що є суттєвим і важливим для проведення чіткої кримінально-правової політики України.

Ключові слова: історичні аспекти ґенези, кримінальні правопорушення проти правосуддя, досудове розслідування, кримінальне провадження, вдосконалення норм процесуального законодавства.

The article is devoted to the genesis of domestic criminal law, which provides for the protection of constitutional human rights and freedoms in criminal justice, by establishing the scope of criminal liability for abuse of rights and responsibilities of its representatives and the historical development of criminal law for certain criminal offenses against justice, including: knowingly illegal detention, pretext, house arrest or detention (Article 371 of the Criminal Code), bringing an innocent person to criminal responsibility (Article 372 of the Criminal Code), forcing him to testify (Article 373 of the Criminal Code). Along with this, it should be noted that these criminal offenses are organically combined with the violation of the right to defense (Article 374 of the Criminal Code), but is not the subject of our discussion.

The formation and development of criminal liability for committing such acts can not be considered in isolation from the historical past. Historical and legal study of these phenomena is of fundamental importance for the formulation of scientific statements. The issue of criminal and criminal procedural status of persons administering justice, as well as the victim of a criminal offense has been and is the subject of discussion by scientists of all times. As for the criminal law norms that establish responsibility for committing such acts, before having a modern appearance, they have come a long way in their genesis in the national criminal legislative heritage. Each stage of this development is a reflection of socio-economic, ideological, cultural, political, social and other relations that existed at that time in the state. At the same time, the analysis and use of the accumulated experience of historical and legal heritage allows further ways to improve and effectively reform the institution of criminal liability for encroachment in the field of justice and during its implementation. Improving the rules of criminal procedure legislation on this basis provides an opportunity to protect the rights and freedoms of man and citizen not only in this aspect, but also in criminal law, which is essential and important for a clear criminal law policy of Ukraine.

Key words: historical aspects of genesis, criminal offenses against justice, pre-trial investigation, criminal proceedings, improvement of procedural legislation.

Історично-правові питання зазначених явищ мають принципово важливе значення для формулювання наукових положень. Доречним, на наш погляд, є висловлювання М.С. Таганцева, що «метою такого вивчення має бути не тільки догматичне з'ясування і формулювання (описання) витоків чинного права, але й критична їх оцінка на підставі відомостей практики, витоків (начал) науки і положень вітчизняної історії права» [18, с. 30].

У національній юридичній літературі питання ґенези кримінального законодавства щодо кримінальних правопорушень (злочинів) проти правосуддя комплексно досліджувалися здебільшого ще за радянських часів (М. Бажанов, Л. Гаухман, О. Піонтковський, В. Меньшагін, Ш. Рашковська, М. Таганцев, І. Тихенко). Серед сучасних дослідників виділимо вченого В. Мульченка, котрий вивчав історію розвитку поглядів суспільства на систему кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за вчинення кримінальних правопорушень проти правосуддя [6, с. 116].

Упродовж усієї ґенези (розвитку) вітчизняне кримінальне законодавство передбачало захист відповідних прав та інтересів людини, пов'язаних із кримінальним провадженням, шляхом встановлення кола кримінальної відповідальності за зловживання правами й обов'язками його представників [14, с. 124–125].

Яскравим прикладом такого захисту є закони Хатського царства, що існували 3 600 років тому. Так, у цих законах діяла норма: «Якщо хтось спричинив шкоду людині та зробив її хворою, то він повинен за нею доглядати. Він зобов'язаний дати замість неї людину, а та повинна працювати в домі постраждалої особи доти, доки вона не одужає. Коли ж вона одужає, винний має дати їй 6 мін сріблом, а також сам заплатити лікареві» [3, с. 6].

У IX–X ст. на Русі існувала система норм усного звичаєвого права. Окремі норми звичаєвого права були відображені у «Правді Ярослава» – давній частині Короткої редакції «Руської Правди», яка ґрунтувалася на звичаях слов'ян [13, с. 70].

«Руська Правда» – найважливіша пам'ятка феодального права. Вона мала потужний вплив і на становлення подальших пам'яток вітчизняного права. «Щодо значення «Руської Правди» в історії національного права, то вона є головним твором, де зібрані правові погляди українського народу в першу добу, є немовби підручником пізнання цілої правової системи, яка панувала у Київській державі», – писав дослідник історії українського права М. Чубатий [21, с. 32]. «Руська Правда» була княжим судебником і, розділяючи людей на класи, встановлювала відповідальність за порушення судової процедури проти осіб, які її реалізують: «Убогого не можна помилувати, тому що зло має бути відплачене злом, а тому суддям належить вникати в суть справи, оскільки мають право осудити без слідства і без тортур. Будь-який справедливий вирок людина не скоро сприйме, хай не осудять неповинного, не убивають» [16, с. 47–62]. У цій законодавчій пам'ятці злочини називали «образою», під якою слід розуміти спричинення потерпілому матеріальних і моральних збитків. Багато уваги приділялося захисту майна, особливо феодалів, однак існували і первісні засади щодо захисту громадян у процесі здійснення кримінального провадження (справи) та досудового розслідування. Наприклад, відведення хибного обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення [15, с. 175].

У Київській Русі упродовж досудового розслідування домінував обвинувально-змагальний процес і не було характерним встановлення відповідальності за різні зловживання представників судових органів. Для нього характерна була активна участь осіб, зацікавлених у вирішенні «образи» (справи). Суд виконував функції посередника в судовому провадженні. В обвинувально-змагальному процесі сторони називалися чолобитником (позивачем і відповідачем). Особливо активну роль відігравав позивач, за його заявою звичайно починалося судочинство. Активність чолобитника проявлялася і тоді, коли розшукувався злочинець («звід», «гоніння сліду» – таку мала назву ця процедура). Отже, у тогочасному законодавстві положення, які б захищали правосуддя, були відсутні [15, с. 27]. Водночас у давньоруському законодавстві почали з'являтися норми, спрямовані на забезпечення здійснення справедливого правосуддя. Зокрема, ст. 20 «Руської Правди» передбачала покарання за завідомо неправдивий донос [14, с. 65].

У XIV ст., коли переважна більшість українських земель опинилися у складі кількох сусідніх держав, правові джерела характеризувалися строкатістю та різноманітністю. Проте особлива роль серед джерел права в Україні і надалі належала «Руській Правді», яка відчутно вплинула на розвиток правових систем Великого князівства Литовського і Польського королівства.

Велику увагу польсько-литовське законодавство, норми якого діяли на українських землях, приділяло визначенню кримінальних правопорушень і покарань. Так, польські статути Казимира Великого середини XIV ст. розглядали їх у понад половині статей. Значне місце вони займали у Судебнику 1468 р., а також у всіх трьох статутах Великого князівства Литовського. Вони регулювали здебільшого питання кримінального права та процесу. Посилено захищалося життя, майно та гідність шляхти. Перелічені правові пам'ятки відносили до найбільш тяжких кримінальних правопорушень вбивство на суді або у присутності пана, які містилися у розділі «Злочини проти особи» [5, с. 187].

Кримінально-правові норми цього періоду мали відверто класовий характер. Життя, майно, честь і гідність представників панівних верств, насамперед шляхти захищалися посиленими санкціями. Оскільки суддями, замковими, війтами могли бути тільки шляхтичі, то необхідності особливого захисту органів правосуддя не виникало.

У Судебниках 1497 р. (Судебнику Івана III або Великокнязівському судебнику) і 1550 р. (Царському судебнику, складеному за завданням Івана Грозного) кримінальні правопорушення, які посягають на нормальне функціонування кримінального провадження та досудового розслідування, були першими складами посадових. У них вперше закріплена відповідальність за неправдивий донос та обмову з метою засудження невинного (ябедництво). Окремо регулювалися лжесвідчення, лжеприсяга, злісний наклеп з метою засудження невинного тощо. Це стосувалося будь-якої особи [16, с. 47–62, 64–78]. Як покарання у Судебнику 1497 р. передбачалася смертна кара [11, с. 660–665]. Відповідно, можна стверджувати, що початкова ґенеза кримінальних правопорушень проти правосуддя відбувалася дещо суперечливо і не відображала їх сутності.

Водночас норми як зразок таких положень щодо відповідальності за притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності були сформульовані лише у Вироку про губні справи 1555 р. Зокрема, у ст. 15 цього документа зазначено: «А почне староста… робити обшук в розбійних і тайних справах завідомо неправдиво, не за государевим наказом, або почне до государя… на сім'ї неправдиво відписувати, і старосту стратити» [17, с. 22]. Захист правосуддя регламентував і Литовський статут 1588 р. (розділ 4 «Про суддів і про суд») [6, с. 116–123].

Національно-визвольна війна в Україні (1648–1654 рр.) та розбудова української держави вплинула не тільки на суспільне життя, а й на формування кримінального законодавства та права загалом. Тоді зберігали свою силу основні джерела права (Литовські статути та Магдебурзьке право), однак зростав вплив «Козацького права» (звичаєвого права), яке склалося відповідно до стародавніх звичаїв, а також згідно зі «словесним правом і здоровим глуздом». Між тим ця система була більш демократична, бо встановлювала певну рівність суб'єктів перед законом, однак ця рівність не була позбавлена і зловживань. Також названа система передбачала більш суворе покарання, що, на думку Д. Яворницького, зумовлювалося перебуванням на Січі людей високої моралі й тим, що Запорозьке військо не знало пом'якшуючого впливу жінок. Козаки майже постійно вели воєнні дії, і тому підтримання порядку у війську потребувало суворих заходів [23, с. 188–196].

Діяльність козацьких судів базувалася винятково на нормах звичаєвого права, які були широко відомі українському населенню завдяки простоті, принциповості, справедливості рішень, відсутності тяганини і мали розпорядчий характер актів вищої влади. Проте питань щодо завідомо незаконного затримання, приводу, арешту (сьогодні – домашнього арешту) або тримання під вартою, притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності, примушування давати показання як кримінальних правопорушень у процесі здійснення кримінального судочинства не торкалися.

Беззаперечно, судовий устрій Запорізької Січі відігравав важливу роль у розвитку судової системи на українських землях і формуванні справедливого правосуддя взагалі [2, с. 27].

Вагомий внесок у ґенезу кримінального законодавства у сфері охорони правосуддя було зроблено Соборним Уложенням 1649 р. (царя Олексія Михайловича), в якому викладена глава X «Про суд» і передбачена відповідальність у сфері злочинів проти правосуддя, вчинених як особами, покликаними його здійснювати (винесення неправосудного рішення, відмова під виконання функцій зі здійснення правосуддя тощо), так й іншими особами (вимагання шляхом пред'явлення «поклепного»

позову, що має на меті хибне, корисливе обвинувачення кого-небудь у його вчиненні). Ця глава, крім норм матеріального права, містила положення процесуального характеру, які регулювали діяльність у сфері правосуддя. Така конструкція була дещо громіздкою і незручною для застосування.

Надалі в Україні («Малоросії», «Окраїні») починає формуватися судова система, визнана також царським урядом Росії. Згідно з царською грамотою від 27 березня 1654 р. за Україною визнавалося право мати власні суди та судитися за своїми старими правилами [12, с. 238; 17, с. 22].

Спочатку судові функції виконували служби різних рівнів. Надалі з їхнього складу почали виділятися колегії, а також службовці, яким доручалося постійно виконувати ці функції. Окреслений процес свідчить про поступову диференціацію органів публічної влади в Україні, що випереджав розвиток судової системи як самостійного інституту в Росії та й у Речі Посполитій, де вищим судовим органом був Генеральний військовий суд, до складу якого входили генеральний суддя (у 1654 р. їх було 3, потім 2 і відповідно 1), а також генеральна старшина.

В останній чверті XVII ст. діяли норми права польсько-литовського періоду. Найвідомішим був Статут Великого князівства Литовського у редакції 1588 р. і Магдебурзьке право. Значна кількість положень цих нормативно-правових актів суперечили одним одному і вже не відповідали тогочасним соціально-економічним умовам.

Водночас їх застосування у судовій практиці забезпечувало самостійний розвиток української правової системи, де до кримінальних правопорушень проти порядку управління і суду були віднесені фальшивомонетництво, підробка печаток, документів, лжеприсяга, лжесвідчення у суді та непокора адміністрації. Також кримінальним правопорушенням проти суспільного порядку слід вважати приховування кримінальних правопорушень, порушення громадського порядку, бійку тощо [5, с. 116–123; 11, с. 660–665].

Загальні правові норми Російської держави на території України – Гетьманщини до кінця XVII ст. не застосовувалися. Мали силу тільки правові акти, які спеціально видавалися російською владою для застосування в Україні, проте у Слобідській Україні російське законодавство застосовувалося активно, витісняючи таким чином норми звичаєвого права.

Після смерті гетьмана Б. Хмельницького (1657 р.) в Україні, як і раніше, діяло звичаєве право, але згодом його було витіснено законодавством Московської держави, і наприкінці XVIII ст. відбулася кодифікація українського права. Так, 22 серпня 1728 р. Петро II видав «Решительные пункты гетьману Даниле Апостолу», в яких наказав скласти єдиний звід загальних законів. Відповідно до цього було створено кодифікаційну комісію, а через 15 років з'явився збірник «Права, за якими судиться малоросійський народ» російською мовою [3, с. 6–139].

У 1840–1842 рр. на території України, що входила до складу Росії, було введено в дію Звід законів Російської імперії. Упродовж XIX ст. в Україні відбувався процес становлення капіталізму, це зумовило суперечливість норм права. Тоді ж завершився процес виокремлення в самостійні галузі кримінально-процесуального (сьогодні – кримінального процесуального) і цивільно-процесуального права та відповідно до цього було прийнято низку судових статутів. Замість інквізиційного розшукового процесу (притягнення невинних, катування та знущання над потерпілим, «вибивання» зізнань у вчиненні злочину) з'явився змагальний процес, який базувався на вільній оцінці судом доказів для притягнення лише винного у вчиненні кримінального правопорушення й усуненні безпідставних затримань або тримання під вартою.

На початку XIX ст. у процесі формування Зводу законів Російської імперії вперше зроблено спробу розмежування норм матеріального і процесуального характеру (до 1 квітня 1830 р. було надруковано 46 томів Повного зібрання законів Російської імперії). Наслідком таких зусиль стало видання у серпні 1845 р. і введення у дію з 1 травня 1846 р. Уложення про покарання кримінальні і виправні, де правосуддя розглядалося як об'єкт кримінально-правової охорони.

Новелою названого нормативно-правого акта стало поняття та зміст правосуддя, оскільки останнє пов'язувалося з діяльністю його представників, які безпосередньо приймали рішення у кримінальних або цивільних провадженнях, а також здійснювали нагляд за обґрунтованістю і законністю їх винесення. Внаслідок цього процесу умисне винесення неправосудного вироку, незаконне звільнення від покарання або призначення необґрунтовано м'якого покарання та інші норми були об'єднані у главу V (розділ V) «Про неправосуддя». Водночас законодавець не відносив до числа названих злочинів порушення правил кримінального провадження, застосування недозволених методів слідства, невжиття належних заходів щодо своєчасного розслідування. Усі ці суспільно небезпечні посягання були об'єднані в окремий розділ I (глава XI) «Про злочини і проступки чиновників при слідстві і суді» [5, с. 116–123].

У 1885 р. була видано нову редакцію «Уложення», яке відрізнялося своїм складом. У ній відбилися тюремна реформа, зміни в системі місць позбавлення волі, з'явилися нові склади державних злочинів, розширилася відповідальність за страйки. Однак більш структурної систематизації норм, які визначали кримінальну відповідальність за вчинення кримінальних правопорушень проти правосуддя, зазнав підготовлений в 1895 р. та затверджений 22 березня 1903 р. імператором Миколою II проект Кримінального уложення, який складався із Загальної частини (1 глава, 72 статті) й Особливої частини (36 глав, 615 статей). У зазначеному законі ці кримінально-правові норми були зосереджені у главі VII «Про протидію правосуддю». Воно було введено в дію не повністю: діяли загальні постанови про злочини та покарання, статті про релігійні та державні злочини, про протидію правосуддю та деякі інші. Нове Уложення повинно було замінити й Уложення і Устав про покарання, що накладаються мировими суддями [4, с. 357]. Кримінальне уложення містило кримінально-правові норми про тяжкі злочини, які підлягають розгляду загальними судовими місцями. Статут, напроти, повинен був застосовуватися одноосібно мировими суддями [20, с. 278–339].

У перших редакціях КК радянської епохи (1922 і 1927 рр.) суспільно небезпечні посягання у сфері правосуддя входили не в окрему главу (розділ) із самостійним родовим об'єктом, а до інших глав: контрреволюційні злочини; злочини проти порядку управління; посадові злочини та злочини проти особи [3, с. 444–453; 9, с. 8–9; 17]. Таким чином, можна зробити висновок про невизначеність родового об'єкта злочинів, які посягають на правосуддя, а однорідні суспільні відносини (цінності, блага) і значне розпорошення цих складів злочинів зумовлювало додаткові труднощі на практиці, що негативно впливало на загальний рівень дотримання законності в державі.

Для більш сучасного етапу ґенези кримінального законодавства характерна тенденція до більш ефективної кримінально-правової охорони суспільних відносин у сфері правосуддя й упродовж його здійснення. Ідея виокремлення кримінальних правопорушень проти правосуддя в єдину главу КК виникла у проекті КК СРСР 1946 р. і була втілена у нормах КК України 1960 р. У КК УРСР 1960 р. законодавець пішов шляхом більш чіткої систематизації кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти правосуддя, а також більш змістовного опису злочинів і їх ознак, встановивши кримінальну відповідальність за такі, які раніше взагалі не були перед-

бачені попередніми редакціями КК. Так, уперше надано поняття родового об'єкта посягань, передбачених главою VIII «Злочини проти правосуддя» КК УРСР, більш чітко описано ознаки складів злочинів, декриміналізовані діяння, які не становили суспільної небезпеки, та запроваджено відповідальність за окремі суспільно небезпечні діяння, зокрема главу доповнено злочинами, пов'язаними з неналежним здійсненням правосуддя його представників (притягнення невинного до кримінальної відповідальності; незаконний арешт; примушування до дачі показань тощо) [17, с. 26].

Глава налічувала п'ятнадцять складів злочинів і розміщувалася між посадовими злочинами (глава VII ОЧ КК) і злочинами проти порядку управління (глава IX ОЧ КК), що цілком виправдано суспільною небезпечністю посягань на відносини, які забезпечують нормальне функціонування органів правосуддя.

Юридичний аналіз злочинів свідчить, що поняття правосуддя не зводиться лише до діяльності суду з розгляду та вирішення справ, а є набагато ширшим за змістом. Саме тому у цій главі дії представників органу дізнання, слідства, суду, виправно-трудових установ, організацій та окремих осіб, від яких залежить виконання завдань правосуддя, зведені до єдиного об'єкта посягання – правосуддя в розумінні досудової діяльності, судового розгляду справ і діяльності, пов'язаної з реалізацією судових рішень. Критерієм розташування складів злочинів безпосередньо у главі VIII ОЧ КК «Злочини проти правосуддя» є їх суспільна небезпечність за ознакою соціальної цінності (блага) безпосереднього об'єкта злочину. Так, перше місце посідають діяння, пов'язані з неналежним здійсненням правосуддя його представників: притягнення невинного до кримінальної відповідальності; винесення неправосудного вироку, незаконний арешт; примушування до дачі показань; далі – діяння, не пов'язані з виконанням винним посадових обов'язків щодо здійснення правосуддя: завідомо неправдивий донос, завідомо неправдиві показання, відмова від дачі показань свідком або відмова експерта від дачі висновку, невиконання судового рішення, втеча з місця позбавлення волі або з-під варти тощо.

Аналізуючи кримінально-правові норми цієї глави з позиції кримінальної процесуальної науки, помічаємо, що вони також розташовані у певній послідовності стадій виконання завдань і функцій правосуддя.

Започаткована в Україні реформування кримінальної юстиції вимагає додаткових кримінально-правових гарантій незалежності уповноважених на те органів, що далося взнаки у подальшому вдосконаленні національного законодавства [8, с. 18].

Зміни до глави VIII та IX ОЧ КК УРСР, кримінально-правовими норми, які регламентували захист життя, здоров'я, особисту безпеку, честь і гідність суддів і працівників правоохоронних органів, що виконують завдання правосуддя, мали на меті підвищити рівень правового захисту учасників і суб'єктів досудового розслідування та судового провадження.

У чинному КК України збережено систему злочинів проти правосуддя, проте розміщення розділу XVIII ОЧ КК України «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» (згідно з останніми змінами до КК України) між злочинами у сфері службової діяльності та військовими злочинами. Дотримуємося думки Н. Квасневської [6, с. 116–123] та А. Мартіросяна [10, с. 268–273] щодо невиправданого розташування об'єкта кримінально-правової охорони залежно від його соціальної цінності. Хоча система і була збережена у попередньому вигляді, норми, які визначають кримінальну відповідальність за вчинення кримінальних правопорушень проти правосуддя, зазнали значних змін і доповнень, пов'язаних із прагненням законодавця забезпечити максимальну кримінально-правову охорону осіб, котрі здійснюють правосуддя, та інших учасників кримінального судочинства, а також стабільність виконання вироків, рішень і інших судових актів. Ця мета була досягнута за рахунок доповнення системи кримінальних правопорушень проти правосуддя новими складами, розширення меж кримінальної відповідальності та її диференціації, введення додаткових кваліфікуючих ознак і їх конкретизації (тлумачення) тощо.

Що стосується кримінально-правових норм про відповідальність за завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою; притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності; примушування давати показання, то законодавцем до них теж були внесені зміни. Редакційних змін зазнали як основні, так і кваліфіковані склади цих кримінальних правопорушень, а також санкції за їх вчинення [1].

Питання кримінального та процесуального положення осіб, які здійснюють правосуддя, а також потерпілого від кримінального правопорушення було і є предметом обговорення в юридичній літературі всіх часів. Щодо кримінально-правових норм, що встановлюють відповідальність за вчинення таких правопорушень, то вони пройшли тривалий шлях своєї ґенези у національному кримінальному законодавстві. Кожний етап цього розвитку відображає соціально-економічні, ідеологічні, культурні, політичні та суспільні відносини, які існували тоді у державі. Водночас аналіз і використання накопиченого досвіду історично-правової спадщини дозволяє надалі висунути шляхи вдосконалення й ефективне реформування інституту кримінальної відповідальності за посягання у сфері правосуддя й у процесі його здійснення. Вдосконалення ж норм процесуального законодавства надає можливість захищати права і свободи людини та громадянина не тільки в процесуальному, а також у кримінальному праві, що є суттєвим і важливим для розвитку та становлення національного кримінального законодавства [7; 13, с. 70; 17, с. 33–34; 22, с. 80–87].

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс. URL: http://zakon.rada.gov.ua.
2. Грозовський І. Судовий устрій нової Січі (1734–1775 рр.). *Актуальні проблеми розвитку суспільної думки і практики управління.* 1997. № 3. С. 27.
3. Дришлюк И.А. История развития законодательства об ответственности за преступления против правосудия (УК УССР 1922 и 1927 годов). *Актуальні проблеми політики*. 2003. № 16. С. 444–453.
4. Історія держави і права України : підручник : в 2 ч. / за ред. А.Й. Рогожина. Київ : Ін Юре, 1996. Ч. 1. 368 с.
5. История государства и права России : учебник / под ред. Ю.П. Титова. Москва : Проспект, 2000. 544 с.
6. Квасневська Н. Кримінальне законодавство України про злочини проти правосуддя : історичні аспекти формування. *Вісник прокуратури.* 2009. № 4. С. 116–123.
7. Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка. URL: http://artshamardin.narod.ru/files/students/mainacts/11.doc.
8. Концепція судово-правової реформи в Україні. *Законодавство України, що регулює діяльність судів та визначає статус суддів судів України.* Київ, 1994. С. 18.
9. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. Москва : Госюриздат, 1972. 352 с.
10. Мартіросян А.Г. Проблеми визначення поняття правосуддя як родового об'єкта злочинів, передбачених статтями 376–379 КК України. *Часопис Київського університету права.* № 1. С. 268–273.
11. Падох Я. Історія українського карного права. *Енциклопедія українознавства.* Київ, 1995. С. 660–665.

12. Пашук А. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII ст. (1648–1782). Львів : ЛДУ, 1967. 180 с.
13. Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. / под общ. ред. О.И. Чистякова. Москва : Юрид. лит., 1984. Т. 1 : Законодательство Древней Руси. 432 с.
14. Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. / под общ. ред. О.И. Чистякова. Москва : Юрид. лит., 1984. Т. 6 : Законодательство первой половины XIX века. 1988. 432 с.
15. Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Т. 8 / под ред. О.Н. Чистякова. Москва : Юрид. лит., 1991. 495 с.
16. Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. Москва : Юрид. лит., 1991. Т. 1 : Законодательство Древней Руси. 1994. 432 с.
17. Сийплокі М.В. Кримінально-правова характеристика притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2009. 251 с.
18. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть общая : в 2 т. Москва : Наука, 1994. Т. 1. 380 с.
19. Уголовное право. Общая часть : учебник / под ред. В.Н. Петрашева. Москва : ПРИОР, 1999. 544 с.
20. Уголовное уложение от 22 марта 1903 г. Санкт-Петербург : Изд. Н.С. Таганцева, 1904. 1122 с.
21. Чубатий М. Огляд історії українського права. *Український діловий журнал.* 1994. № 2/4. С. 32.
22. Шаповалов О.В. Кому працювати в міліції. *Злочинність в Україні.* 1994. № 2. С. 80–87.
23. Яворницький Д.І. Історія Запорозьких козаків : в 3 т. Київ : Наук. думка, 1990. Т. 1. 578 с.

УДК 343
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/90

ЗАПОБІГАННЯ ПЕРЕШКОДЖАННЮ ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТА

PREVENTION OF INTERFERENCE WITH THE JOURNALIST'S PROFESSIONAL ACTIVITY

Гомля І.А., студентка ІІ курсу магістратури
Слідчо-криміналістичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті проведено аналіз норм кримінального законодавства, яке передбачає відповідальність за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів, окремих норм законів, а також теоретичних аспектів кримінальної відповідальності за вказаний злочин. Розглянуто основні структурні елементи кримінологічної характеристики перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Зокрема, була проаналізована статика Генеральної прокуратури України за ст. 171 Кримінального кодексу України за останні 5 років, визначена особливість осіб, які перешкоджають злочинній діяльності журналістів відповідно до судової практики України 2019–2020 років, встановлена проблема правильного визначення потерпілого від кримінального правопорушення у злочинах щодо законної професійної діяльності журналістів та визначення способу вчинення названого кримінального правопорушення.

Здійснено аналіз віктимологічної профілактики в контексті кримінального проступку, передбаченого ст. 171 Кримінального кодексу України. Виокремлено форми перешкоджання законній професійній діяльності журналістів : відмова в наданні інформації, примус до відмови від поширення інформації, примушення до поширення інформації тощо (наприклад, надання неправдивої інформації).

Визначено економічні, політичні, психологічні причини вчинення перешкоджання діяльності журналістів, наприклад, деформація моральної свідомості чиновників і населення, правовий нігілізм дорослого населення, вкорінена у свідомість населення думка про неможливість боротьби з «бюрократичною машиною» і корумпованістю правоохоронних органів, відсторонення населення від реальних важелів влади, від правотворчості і правозастосування, що сприяє дедалі більшому зростанню залежності населення від чиновників, проникнення в державні органи злочинних елементів, корупції та розробка рекомендацій щодо запобігання кримінальному правопорушенню.

Особлива увага акцентована на характеристиці потерпілого від вказаного злочину. Здійснено комплексне дослідження судової практики застосування ст. 171 Кримінального кодексу України. Зроблено висновок про те, що недосконалість ст. 171 Кримінального кодексу України відбивається на судовій практиці застосування цієї статті. Доведено необхідність більш чіткого визначення переліку осіб, які підпадають під поняття потерпілого від злочину. Запропоновані заходи, спрямовані на запобігання перешкоджанню професійній діяльності журналістів.

Ключові слова: журналіст, інформація, свобода думки, свобода слова, свобода друку, законна професійна діяльність, потерпілий, засоби масової інформації, перешкоджання професійній діяльності журналіста.

The article analyzes the norms of criminal law, which provides for liability for obstructing the legitimate professional activities of journalists, certain provisions of the law, as well as theoretical aspects of criminal liability for this crime. The main structural elements of criminological characteristics of obstruction of lawful professional activity of journalists are considered.

In particular, the statics of the Prosecutor General's Office of Ukraine under Article 171 of the Criminal Code of Ukraine for the last 5 years was analyzed, the peculiarities of persons obstructing the criminal activity of journalists in accordance with the jurisprudence of Ukraine 2019-2020 were determined, the problem of correctly identifying victims of criminal offenses legal professional activity of journalists and determination of the manner of committing the said criminal offense. Analysis of victimological prevention in the context of a criminal offense under Article 171 of the Criminal Code of Ukraine. The following forms of obstruction of the legitimate professional activity of journalists have been identified: refusal to provide information, coercion to refuse to disseminate information; coercion to disseminate information, other (for example, providing false information).

The economic, political, psychological reasons for obstructing journalists have been identified, for example, the deformation of the moral consciousness of officials and the population; legal nihilism of the adult population; ingrained in the minds of the population the idea of the impossibility of combating the "bureaucratic machine" and corruption of law enforcement agencies, the removal of the population from the real levers of power, from lawmaking and law enforcement, which contributes to increasing dependence on officials; penetration of criminal elements into state bodies, corruption and development of recommendations for the prevention of criminal offenses.

Particular attention is paid to the characteristics of the victim of this crime. A comprehensive study of judicial practice in the application of Art. 171 of the Criminal code of Ukraine. It is concluded that the imperfection of Art. 171 of the Criminal code of Ukraine is reflected in judicial practice of application of this article. The need for a clearer definition of the list of persons who fall under the concept of a victim of a crime has been proved. Proposed measures aimed at preventing interference with the professional activities of journalists.

Key words: journalist, information, freedom of thought, freedom of speech, freedom of the press, legal professional activity, victim, mass media, obstruction of a journalist's professional activity.

Постановка проблеми. Становлення загальносвітового інформаційного співтовариства є складовою частиною процесу глобалізації. На рубежі постіндустріальної епохи дедалі більшу роль відіграє обмін інформацією. У суспільстві, в якому обмежене право людей обмінюватися думками і судженнями, неможлива жодна свобода: ні інтелектуальна, ні політична, ні економічна. Сучасна цивілізація заснована на вільному обігу ідей, і, чим ширше буде представлена інформація, тим ефективніше розвиватиметься цивілізація.

Зміни, що відбуваються в суспільно-політичному житті української держави, висунули на передній план ідею свободи преси і журналістської діяльності. Діяльність журналістів покликана надати людині змогу своєчасно отримувати повну і всебічну інформацію про навколишній світ. Таким чином, гарантії свободи журналістської діяльності забезпечують, насамперед, свободу обігу інформації в суспільстві, а захист діяльності журналістів варто розглядати як міру охорони права людини на інформацію. Причому розвинене саморегулювання преси є однією з найважливіших гарантій плюралізму, децентралізації і свободи засобів масової інформації. Навпаки, підпорядкування державному тиску є кроком на шляху до тоталітаризму.

Прийнята в 1996 р. Конституція України в ст. 34 гарантувала право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань [10, с. 141]. Безпосередній захист законної професійної діяльності журналіста передбачено в низці статей Кримінального кодексу України (далі – КК України): ст. 171 КК України «Перешко-

джання законній професійній діяльності журналістів», ст. 345-1 КК України «Погроза або насильство щодо журналіста», ст. 347-1 «Умисне знищення або пошкодження майна журналіста», ст. 348-1 «Посягання на життя журналіста», ст. 349-1 «Захоплення журналіста як заручника» [11, с. 131] тощо.

За даними Міністерства внутрішніх справ України, упродовж 2020 р. правоохоронними органами зареєстровано 148 кримінальних проваджень, пов'язаних із перешкоджанням законній професійній діяльності журналістів, з яких 111 за ст. 171 (перешкоджання законній професійній діяльності журналістів), 37 – ст. 345-1 (погроза або насильство щодо журналіста) КК України. За наслідками досудового розслідування до суду скеровано обвинувальні акти в 10 кримінальних провадженнях [18].

Наведене свідчить, що факти перешкоджання законній професійній діяльності журналіста є досить поширеними, при цьому до суду скеровано незначну кількість обвинувальних актів. Ця статистика вказує на відсутність в органів державної влади розуміння необхідності захисту засобів масової інформації, а також на недосконалість закону, що не дає змоги ефективно притягувати до кримінальної відповідальності осіб, які вчиняють вказані дії. Вищевикладене свідчить про актуальність окреслених проблем, що передбачає їх наукове осмислення, а також розробку пропозицій щодо підвищення ефективності застосування норм про кримінальну відповідальність за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів у діяльності правозастосовних органів.

Ступінь наукової розробки. Проблематика запобігання перешкоджанню законній професійній діяльності журналістів досліджувалася низкою вчених (М.І. Бажанов, О.М. Бандурка, О.І. Богатирьова, К.М. Буряк, І.М. Даньшин, М.Й. Коржанський та ін.).

Мета і завдання дослідження. Метою статті є аналіз основних напрямів запобігання перешкоджанню законній професійній діяльності журналістів.

Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі завдання:

1) здійснити кримінологічну характеристику кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, акцентувавши на основних її елементах;

2) на підставі аналізу судової практики виявити проблеми у правозастосуванні ст. 171 КК України;

3) розробити пропозиції щодо запобігання перешкоджанню законній професійній діяльності журналістів.

Виклад основного матеріалу. На думку О.Г. Кальмана, кримінологічна характеристика будь-яких груп (видів) злочинів не може бути однаковою і залежить від їхніх особливостей, а тому сукупність показників її елементів може бути різною [9, с. 48]. Під час розроблення кримінологічної характеристики кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, доцільно вибрати такі елементи: 1) характеристика осіб, які їх вчиняють, потерпілих; 2) причинний комплекс; 3) запобігання вчиненню кримінальних правопорушень.

Відповідно до інформації, оприлюдненої в Єдиному звіті про кримінальні правопорушення (форма № 1), затвердженому наказом Генеральної прокуратури України за погодженням із Держкомстатом України 23.10.2012 р., за 2015–2019 рр. обліковано кількість кримінальних правопорушень, передбачених ст. 171 КК України: 2015 р. – 72, 2016 р. – 102, 2017 р. – 129, 2018 р. – 106, 2019 р. – 143, за 9 місяців 2020 р. – 148 [7]. Як бачимо, спостерігається ріст кримінальних правопорушень щодо перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Своєю чергою є підстави вважати, що насправді кількість вчинення злочинів у цій сфері значно вища, тобто присутня латентність. Науковець В.Ф. Оболенцев вважає, що в кримінологічному значенні під нею варто розуміти «діяння, що не були заявлені чи зареєстровані правоохоронними органами чи діяння, щодо яких з боку кримінального правосуддя не було здійснено жодних дій» [13, с. 13]. На нашу думку, це відбувається тому, що журналісти не повідомляють про випадки перешкоджання їхній професійної діяльності, зокрема через змогу втратити роботу, авторитет та велику кількість закриття на ранніх етапах кримінальних проваджень.

Вивченням Єдиного державного реєстру судових рішень встановлено, що упродовж 2019–2020 рр. винесено лише 8 вироків за ст. 171 КК України, з яких 2 виправдувальні.

Із викладеного слідує, що лише незначна кількість кримінальних проваджень скеровується до суду, при цьому не виключено ухвалення виправдувальних вироків. Вищезазначене свідчить про наявність проблем у доказуванні обставин, які підлягають встановленню під час досудового розслідування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України. Особливістю цього кримінального правопорушення є відсильний характер положень диспозитивної частини цієї статті, оскільки для розуміння певного складу злочину необхідно дослідити положення інших нормативно-правових актів. Відповідне відсилання до нормативних документів, які не охоплюються галузями кримінального та кримінального процесуального права, здійснюється з метою окреслення професійних обов'язків журналіста, виконанню яких було перешкоджено, а також дослідження інших понятійних категорій, пов'язаних із його діяльністю, що мають значення в з'ясуванні предмета доказування в цій категорії кримінальних проваджень.

Також варто зосередити увагу на особах, які перешкоджають злочинній діяльності журналістів. Насамперед, на думку Б.М. Головкіна, злочинці розраховують на раптовість посягання, неможливість упізнати нападників, а також відсутність досвіду поведінки у жертв у криміногенних ситуаціях [6, с. 164]. Тобто злочинцем може виявитися будь-хто. Стосовно осіб, які обвинувачуються в перешкоджанні законній професійній діяльності журналістів, то здебільшого, за даними Єдиного державного реєстру судових рішень, це звичайні особи. При цьому, за даними ЗМІ, найчастіше суб'єктами цього кримінального правопорушення виступають представники влади, посадові та службові особи. Необхідно мати на увазі, що особливий статус вказаних осіб перешкоджає ефективному виявленню та притягненню їх до кримінальної відповідальності. Так, упродовж 2019–2020 рр. лише одну посадову особу засуджено за ст. 171 КК України, а саме: вироком Токмацького районного суду Запорізької області від 03.07.2020 р. ОСОБА_1, яка обіймала посаду міського голови м. Дніпрорудне, засуджено за ст. 171 КК України, оскільки вона вчинила активні дії та перешкодила журналістській діяльності ОСОБА_3 в приміщенні міської ради, завадивши застосуванню журналістом відеофіксації [5].

Мотиви і цілі перешкоджання законній професійній діяльності журналістів вельми різноманітні: особистісні неприязні стосунки, кар'єризм, помилково зрозумілі інтереси служби, страх втратити посаду, небажання оприлюднювати інформацію щодо роботи очолюваного закладу тощо. Зокрема, ОСОБА_1 засуджено за ст. 171 КК України, у зв'язку з тим, що вона протиправно створила перепони щодо одержання інформації журналістом із приводу встановлення чи спростування факту жорстокого поводження з тваринами на території очолюваного КП «Швидкісний трамвай», чим вчинив перешкоджання законній діяльності журналіста [3].

Важливим елементом для правильної кваліфікації дій винуватих осіб за ст. 171 КК України виступає потерпіла особа цього кримінального правопорушення. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів», журналіст – це творчий працівник, який професійно збирає, одержує, створює і займається підготовкою інформації

для ЗМІ, виконує редакційно-посадові службові обов'язки в ЗМІ (в штаті або на позаштатних засадах) відповідно до професійних назв посад (роботи) журналіста, які зазначаються в державному класифікаторі професій України [15, с. 302]. Відповідно до примітки до ст. 345-1 КК України під професійною діяльністю журналіста в ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1 КК України варто розуміти систематичну діяльність особи, пов'язану зі збиранням, одержанням, створенням, поширенням, зберіганням або іншим використанням інформації з метою її поширення на невизначене коло осіб через друковані ЗМІ, телерадіоорганізації, інформаційні агентства, мережу Інтернет. Статус журналіста або його приналежність до ЗМІ підтверджується редакційним або службовим посвідченням чи іншим документом, виданим ЗМІ, його редакцією або професійною чи творчою спілкою журналістів [11, с. 131].

Правильне визначення потерпілого від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, становить суттєву проблему у процесі правозастосування. Вказане питання стало предметом розгляду Верховного Суду, який у постанові від 19.08.2020 р., проаналізувавши два вищенаведені визначення поняття «журналіст», зробив висновок, що поняття, вказане в примітці до ст. 345-1 КК України, значно ширше, ніж те, що сформульоване в згаданому Законі України.

По-перше, законодавець поклав в основу визначення цього поняття в КК України функціональний аспект професії журналіста, тобто статус журналіста пов'язується з діяльністю, яка має ознаки, зазначені в примітці до ст. 345-1 КК України, а не з обійманою посадою. По-друге, законодавець у примітці до ст. 345-1 КК України не обмежився поширенням інформації тільки через ЗМІ, до яких належать друковані ЗМІ (преса) (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні), аудіовізуальні (електронні) ЗМІ (ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»), інформаційні агентства (ст. 1 Закону України «Про інформаційні агентства»), але і включив у зазначений перелік мережу Інтернет.

Висновок, що для досягнення цілей кримінального закону необхідно застосовувати поняття, вказане в примітці до ст. 345-1 КК України, Верховний Суд зробив, враховуючи рішення Конституційного Суду України від 18.04.2012 р. в справі № 1-13/2012 стосовно офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 364 КК України (справа про застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби): поняття «працівник правоохоронного органу» необхідно визначати відповідно до розуміння ознак цього суб'єкта злочину лише за змістом його застосування в КК України [14].

Нині також ухвалюються обвинувальні вироки, в яких потерпілими визнаються журналісти онлайн-видань, у тому числі їх оператори та фотокореспонденти [1; 2].

Аналізуючи особистість потерпілого в рамках попередження цього виду злочину, доцільно проаналізувати таку правову категорію, як віктимологічна профілактика, під якою розуміється діяльність різних суб'єктів щодо попередження злочинів шляхом реалізації спільних і індивідуальних заходів, спрямованих на зниження в населення й окремих громадян ризику стати жертвами злочинних посягань [8, с. 24]. Віктимологічна профілактика в контексті кримінального проступку, передбаченого ст. 171 КК України, може включати в себе: виявлення, усунення або нейтралізацію чинників, ситуацій і обставин, які формують віктимну поведінку журналістів і зумовлюють вчинення щодо них кримінального правопорушення; проведення заходів, спрямованих на дотримання журналістами вимог професійної етики; виявлення груп ризику і конкретних осіб із підвищеною віктимністю для проведення профілактичних бесід; розробку або вдосконалення взаємодії між правоохоронними органами та журналістами.

З метою правильного розуміння кваліфікації протиправного діяння у вигляді перешкоджання законній професійній діяльності журналістів важливе значення має оцінка способу його вчинення, що зумовлює значну кількість суперечок серед науковців і практиків, попри те, що окреслений елемент складу злочину відображає сутність дії, засвідчує ступінь його суспільної небезпечності та є об'єктивною підставою кримінальної відповідальності.

Термін «перешкоджання» охоплює дії, визначені ст. 24 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII: обмеження, перешкоди, заборона законних операцій з інформацією [16, с. 650]. Наприклад, це прохання, звернене посадовою особою до уповноваженої особи, відкрити кримінальне провадження щодо журналіста, здійснити перевірку діяльності ЗМІ, заборона суддею журналістам бути присутніми в залі судового засідання (крім випадків, визначених пп. 1–5 ч. 2 ст. 27 КПК України). Окреслені дії мають обов'язково характеризуватися вольовою ознакою – свідомим бажанням перешкодити законній професійній діяльності журналіста [8, с. 21].

Журналісти зазначали такі форми перешкоджання їхній законній професійній діяльності: відмова в наданні інформації – 53%; примус до відмови від поширення інформації – 35%; примушення до поширення інформації – 6%; інше (наприклад, надання неправдивої інформації) – 6% [17].

Вивченням судової практики встановлено, що вірне визначення способу вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, впливає на правильність кваліфікації дій винуватої особи. Так, вироком Свалявського районного суду Закарпатської області від 20.09.2019 р. виправдано голову Полянської сільської ради за ст. 171 КК України. Встановлено, що останній не організував належний розгляд шести інформаційних запитів головного редактора та журналіста газети «Сила Народного Контролю», які ОСОБА_4 надіслала супровідним листом голові Полянської сільської ради. Виправдовуючи особу, суд зазначив, що обвинувачення в ненаданні доступу журналіста до інформації є неконкретним, оскільки склад злочину становлять дії, що полягають у незаконній відмові в доступі до інформації, а не дії, що полягають у ненаданні доступу до інформації [4].

Звернемося до причинного комплексу досліджуваного кримінального правопорушення. Економічними причинами скоєння кримінального проступку, передбаченого ст. 171 КК України, є нестабільність, що виявляється, перш за все, в безробітті і тривалому зростанні бюрократичного апарату, який має високий соціальний і матеріальний статус. Політичними причинами скоєння кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, є: відсторонення населення від реальних важелів влади, від правотворчості і правозастосування, що сприяє дедалі більшому зростанню залежності населення від чиновників; проникнення в державні органи злочинних елементів; корупція. Психологічними причинами скоєння кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, є: деформація моральної свідомості чиновників і населення; правовий нігілізм дорослого населення; вкорінена у свідомість населення думка про неможливість боротьби з «бюрократичною машиною» і корумпованістю правоохоронних органів. Вважаємо, що причинами вчинення цього кримінального правопорушення також можуть бути негативне ставлення до засобів масової інформації, вкорінене у всіх шарах українського суспільства, велика кількість «жовтої преси», основною метою якої є розвага користувача інформації, низькі моральні стандарти в суспільстві і неправильне розуміння термінів «корпоративна етика», «корпоративна солідарність».

Умовами ж, що сприяють вчиненню кримінального правопорушення, виступають ті явища і факти, які безпо-

середньо кримінальних правопорушень не викликають, але наявність яких може сприяти виникненню в особи наміру їх вчинити. Варто зазначити, що «класичні» умови вчинення злочинів (алкоголізм, наркоманія, бродяжництво, проституція, бідність) не характерні для перешкоджання законній професійній діяльності журналіста. Найчастіше виникає своєрідний «конфлікт інтересів» між винним і потерпілим, які мають схожі соціально-демографічні характеристики.

Заключною частиною кримінологічної характеристики служить розробка рекомендацій щодо запобігання кримінального правопорушення, передбаченого ст. 171 КК України, яке має складатися з якісного навчання і підбору співробітників правоохоронних органів для ефективної боротьби з даним видом кримінальних правопорушень, розробки специфічних заходів з оперативного реагування та розслідування зазначених кримінальних правопорушень, інформування журналістів та інших співробітників ЗМІ про форми і заходи захисту їхніх прав у рамках чинного законодавства. Є чимало способів їх втілити. Але, на нашу думку, на окрему увагу заслуговує саме думка С.Ю. Лукашевича, який зазначає, що реалізація заходів із запобігання злочинності, насамперед, можлива за допомогою різноманітного набору інструментів держаного управління, зокрема шляхом застосування програмно-цільового підходу на різних рівнях за масштабом дії [12, с. 44–45].

Висновки. У цьому дослідженні здійснено аналіз окремих проблем, пов'язаних із встановленням і розвитком гарантій свободи масової інформації, а також заходів, спрямованих на захист свободи слова загалом і діяльності журналістів зокрема. Необхідність встановлення надійних гарантій свободи слова для розвитку демократичного процвітаючого суспільства не піддається сумніву. Центральним об'єктом дослідження стала ст. 171 Кримінального кодексу України, що встановлює відповідальність за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Не ставлячи під сумнів необхідність наявності такої норми в кримінальному законодавстві, ми з'ясували, що її недосконале формулювання не дає змоги ефективно захищати журналістів від посягань на їхню професійну діяльність. Вивченням судової практики з'ясовано, що, незважаючи на значну кількість заяв та повідомлень, які надходять до правоохоронних органів про перешкоджання законній професійній діяльності журналістів, лише незначна кількість знаходить своє логічне завершення шляхом постановлення обвинувального вироку суду. Серед основних проблем доцільно виокремити неоднозначне трактування потерпілих від цього кримінального правопорушення, способи його вчинення тощо. Вирішення питання належної охорони свободи масової інформації неможливе без комплексної реформи законодавства, як кримінального, так і законодавства про засоби масової інформації, а також правозастосовної практики з урахуванням, у тому числі, вимог міжнародних стандартів. Захист професійної діяльності журналістів і права громадян на своєчасне отримання важливої інформації можливий лише на основі системи взаємопов'язаних норм кримінального законодавства, законодавства про засоби масової інформації і законів, що регламентують доступ громадян до інформації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вирок Богунського районного суду Житомирської області від 21.09.2016 року в справі 295/1778/16-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/61482835. (дата звернення 27.10.2020)
2. Вирок Мелітопольського міськрайонного суду Запорізької області в справі від 27.11.2017 року в справі № 320/8278/16-к. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70512232#(дата звернення 27.10.2020)
3. Вирок Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 29.03.2019 року в справі № 214/4970/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80823666. (дата звернення 27.10.2020)
4. Вирок Свалявського районного суду Закарпатської області від 20.09.2019 року № 306/1018/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84433914. (дата звернення 27.10.2020)
5. Вирок Токмацького районного суду Запорізької області від 03.07.2020 року в справі № 311/884/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90179586. (дата звернення 27.10.2020)
6. Головкін Б.М. Як стають жертвами злочинів. *Проблеми законності.* 2017. Вип. 136. С. 161–172.
7. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення (форма № 1), затверджений наказом Генеральної прокуратури України за погодженням з Держкомстатом України 23.10.2012 р., за 2015–2020 рр. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html. (дата звернення 27.10.2020)
8. Заєць І.С., Марко С.І. Особливості кримінальної відповідальності за перешкоджання професійній діяльності журналістів. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України*. 2020. № 1 (114). С. 19–30.
9. Кальман О. Г. Стан і головні напрямки попередження економічної злочинності в Україні: теоретичні та прикладні проблеми: монографія / за ред. О.Г. Кальмана. Харків : Гімназія, 2003. С. 48–49.
10. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. 141 с.
11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2011 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. 131 с.
12. Лукашевич С.Ю. Програмування і планування заходів запобігання злочинності та корупції. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. № 5. С. 41–46.
13. *Оболенцев* В.Ф. *Латентна злочинність: проблеми теорії* та *практики попередження.* Харків : Видавець СПД ФО, 2005. 128 с.
14. Постанова Верховного Суду від 19.08.2020 р. в справі № 214/4970/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/91089431. (дата звернення 27.10.2020)
15. Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України від 23.09.1997 р. № 540/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 50. 302 с.
16. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. 650 с.
17. Центр інформації про права людини. URL: https://humanrights.org.ua/material/zlochini_proti_zhurnalistiv_policijia_navela_cogorichnu_statistiku_pravzahisniki_rozkazali_shho_z_nejiu_ne_tak. (дата звернення 27.10.2020)
18. Цьогоріч в МВС нарахували майже 150 випадків перешкоджання діяльності журналістів. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3100321-cogoric-v-mvs-narahuvali-majze-150-vipadkiv-pereskodzanna-dialnosti-zurnalistiv.html. (дата звернення 27.10.2020)

УДК 343.2./7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/91

КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ДОВІЧНЕ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

CORRUPT CRIMINAL OFFENSES AND LIFE IMPRISONMENT

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

Наукову статтю присвячено проблемі боротьби з корупцією в Україні кримінально-правовими засобами. Проаналізовано поняття «корупційне правопорушення», яке зазначене в Законі Україні «Про запобігання корупції», також визначено перелік правопорушень, що зараховані кримінальним законодавством до корупційних. Презентовано додаткову аргументацію щодо юридичної підстави притягнення особи до кримінальної відповідальності, лише виходячи з наявності в її діянні складу відповідного правопорушення, передбаченого Кримінальним кодексом (далі – КК) України. У статті наведено перелік загальних обов'язкових ознак складу правопорушення, що визнані корупційними кримінальними.

До того ж стаття містить аналіз такого виду покарання, як довічне позбавлення волі. Автори наводять статистичні дані щодо кількості кримінальних правопорушень, санкції яких передбачають такий вид покарання. Сформульовано висновок щодо можливості реалізації загальних аспектів мети кримінального покарання в довічному позбавленні волі.

З огляду на те, що довічне позбавлення волі є найсуворішим видом покарання, акцентовано на обмеженості його призначення, а саме на тому, що суд має його застосовувати лише після встановлення всіх обставин справи та недостатності застосування позбавлення волі на певний строк. Вказано на помилування як реальну можливість «трансформації» довічного позбавлення волі.

Визнається доречність довічного позбавлення волі за вчинення корупційних кримінальних правопорушень. Обґрунтовано доцільність подальшого дослідження вибраної теми з мотивів превенції корупції в Україні. Автори вказують, що покарання – це лише один із багатьох аспектів боротьби з корупцією. Перспективним визнається вивчення питання виховання особи для запобігання вчинення нею корупційних кримінальних правопорушень.

Ключові слова: корупція, кримінальне покарання, довічне позбавлення волі, протидія корупційним кримінальним правопорушенням, профілактика вчинення кримінальних правопорушень.

The scientific article is devoted to the problem of combating corruption in Ukraine by criminal law. The concept of «corruption offense», which is specified in the Law of Ukraine On Prevention of Corruption», is also analyzed, as well as a list of offenses that are classified by the criminal law as corruption. Additional arguments are presented regarding the legal basis for bringing a person to criminal responsibility, only on the basis of the presence in its actions of the relevant offense under the Criminal Code (hereinafter – the Criminal Code) of Ukraine. The article lists the general mandatory features of the offense, which are recognized as criminal corruption.

In addition, the article contains an analysis of this type of punishment as life imprisonment. The authors provide statistics on the number of criminal offenses, the sanctions of which provide for this type of punishment. Also the conclusion is formulated about possibility of realization of the general aspects of the purpose of criminal punishment in life imprisonment is formulated.

Life imprisonment is the most severe type of punishment, it is noted that its purpose is limited, namely that the court should apply it only after establishing all the circumstances of the case and the inadequacy of imprisonment for a certain period. Oblivion is, pointed out, a real possibility of «transformation» of life imprisonment.

The appropriateness of life imprisonment for committing corruption offenses is recognized. The expediency of further research of the chosen topic on the grounds of corruption prevention in Ukraine is substantiated. The authors point out that punishment is just one of many aspects of the fight against corruption. It is considered promising to study the issue of educating a person to prevent him from committing corruption offenses.

Key words: corruption, criminal punishment, life imprisonment, counteraction to corruption criminal offenses, prevention of committing criminal offenses.

Постановка проблеми. У сучасний період розвитку нашої держави система кримінальних покарань знаходиться на шляху вдосконалення. Та з огляду на поширення корупційних правопорушень, які відрізняються підвищеним ступенем суспільної небезпечності та латентним характером, питання удосконалення кримінальної відповідальності за їх вчинення є актуальним. Це підтверджується опитуванням, проведеним медіаканалом BBC (Велика Британія) [1]. Більшістю рецензентів визначено, що корупція вважається найбільш обговорюваною проблемою у світі.

Масштаби корупційної складової частини в діяльності владних структур в Україні, приватного сектора економіки вражають. За даними міжнародної організації Transparency International «Індекс сприйняття корупції-2019», Україна посідає 126 місце з 180 країн [2], тому в нашій країні потрібно запроваджувати кардинальні заходи для досягнення належної ефективності в боротьбі з корупцією. Основним аргументом для превенції вчинення корупційних правопорушень є кримінальна відповідальність за вчинені корупційні правопорушення. Чи дійсно суворість покарання є визначним елементом для боротьби з корупцією?

Мета статті. У цій науковій праці аналізується поняття «корупційне кримінальне правопорушення» та покарання у вигляді довічного позбавлення волі за вчинення таких правопорушень.

Питання боротьби з корупційними кримінальними правопорушеннями кримінально-правовими засобами розглядалися багатьма науковцями. Зазначеним питанням приділяли увагу такі дослідники, як І. Морозова, М. Хавронюк, В. Куц, Я. Триньова, А. Виговська, Л. Мостепанюк, М. Мороз, Н. Малярчук та інші. Їхні дослідження є цінними для продовження наукових пошуків.

Поняття «корупційне кримінальне правопорушення» наведено в ч. 1 ст. 1 Закону Україні «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII [3], де таким визнається діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 наведеного вище Закону, за яке встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або

цивільно-правову відповідальність. Своєю чергою корупції визначається як використання особою, зазначеною у ч. 1 ст. 3 цього Закону, 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, відповідно, обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам із метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей. Враховуючи мету цієї статті, зазначимо: *корупційним є лише те кримінальне правопорушення, яке містить обов'язкові ознаки корупції, а за його вчинення передбачені певні кримінально-правові санкції*.

Як відомо, обов'язковими ознаками будь-якого кримінального правопорушення, зокрема корупційного, є такі типові визначальні ознаки, за відсутності хоча б однієї з яких його не можна вважати таким правопорушенням. Так, серед таких ознак виділяємо: наявність ознак корупції, зокрема спеціальний суб'єкт (особа, зазначена в ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII ТУ) або загальний суб'єкт, який вчиняє корупційне кримінальне правопорушення; встановлення законом кримінальної відповідальності за його вчинення.

Визначення терміна корупційного кримінального правопорушення в українському законодавстві досі відсутнє. На думку В.М. Трепака, непросто віднайти єдиний термін, який би вмістив та уніфікував усі пов'язані з корупцією діяння [4, с. 182]. Тому законодавцем було застосовано досить неординарний підхід: визначення корупційних злочинів наведено у примітці до ст. 45 «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям» у розділі IX «Звільнення від кримінальної відповідальності» Загальної частини КК України. А підставою для такого те, що саме в цій статті вперше згадується термін «корупційні злочини» [5, с. 16]. Уточнимо, що в чинній редакції ст. 45 зазначеного кодексу згадується поняття «корупційне кримінальне правопорушення».

Згідно з приміткою до ст. 45 КК України корупційними кримінальними правопорушеннями вважаються кримінальні правопорушення, передбачені ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у разі їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також кримінальні правопорушення, передбачені ст.ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368, 368-3-369, 369-2, 369-3 цього Кодексу [6].

Як бачимо, ознаки корупційних кримінальних правопорушень законодавцем не зазначено, проте перелік їх обмежений. Визнання конкретних кримінальних правопорушень корупційними значно облегшує діяльність правоохоронних та судових органів під час розслідування відповідних діянь. Відомо, що обґрунтована кваліфікація діяння як кримінального правопорушення (кримінального проступку або злочину) і притягнення винної особи до кримінальної відповідальності потребує доведення наявності складу кримінального правопорушення, передбаченого в КК України, у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні відповідно до ч. 1 ст. 2 КК України. Отже, склад кримінального правопорушення має важливе значення для законності й обґрунтованості кримінальної відповідальності: тільки сукупність усіх передбачених законом ознак складу кримінального правопорушення може бути підставою для кримінальної відповідальності. Елементами складу корупційного корупційному правопорушення є об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єктивна сторона, суб'єкт кримінального правопорушення (кримінального проступку або злочину) [7, с. 107].

Визначити єдиний склад корупційних кримінальних правопорушень неможливо, на це звертається увага в юридичній літературі. Дослідники підкреслюють, що види об'єкта та об'єктивної сторони корупційних кримінальних правопорушень особливі, адже вказати спільний родовий об'єкт усіх корупційних кримінальних правопорушень складно. Це спричинено тим, що вони за об'єктом посягання можуть бути зараховані до кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг проти власності, військових кримінальних правопорушень, кримінальних правопорушень у сфері господарської діяльності тощо. Тобто ознака спільного родового об'єкта не є обов'язковою для групи корупційних кримінальних правопорушень [8, с. 36].

Питання щодо предмета корупційних кримінальних правопорушень є дискусійним. Це підтверджується результатами цього дослідження. Деякі вчені вважають, що таким предметом є неправомірна вигода. Вона, на думку В.І. Тютюгіна, своєю чергою може бути як матеріальною (гроші, матеріальні цінності, документи, які надають право отримати майно, будь-які дії майнового характеру, та ін.), так і нематеріальною (переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи тощо) [9], проте якщо брати до уваги дослідження інших вчених, то неправомірна вигода може бути визнана і не річчю (тілесною та безтілесною) [10].

Аналіз визначення неправомірної вигоди відповідно до Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII, а також примітки до ст. 354 КК України, де «під неправомірною вигодою слід розуміти грошові кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав» є підґрунтям для такого твердження: різновидом неправомірної вигоди може бути така вигода нематеріального та негрошового характеру, яка не є річчю. На погляд В.Я. Тація, предметом злочину як самостійної ознаки його складу є будь-які речі матеріального світу, з певними якостями яких закон пов'язує наявність у діях особи ознак складу злочину. Тому до предмета злочину необхідно зараховувати лише визначені речі, оскільки законодавець, описуючи той чи інший злочин, вказує саме на ознаки і якості визначених речей. Через те, що предметом злочину може бути лише визначена річ, він завжди є речовою (матеріальною) ознакою злочину [11, с. 100]. Наприклад, якщо йдеться про ділову репутацію. Враховуючи наведене в юридичних публікаціях щодо тілесних і безтілесних речей, необхідно зробити висновок, що неправомірна вигода може бути як у вигляді тілесних, так і безтілесних речей, і не завжди вона у вигляді безтілесної речі може вважатися предметом кримінального правопорушення. Отже, визнати неправомірну вигоду предметом корупційного кримінального правопорушення (кримінального правопорушення) можна не завжди.

Суб'єкт вчинення корупційного кримінального правопорушення може бути як спеціальним, так і загальним. Щодо першого – то це особи, які володіють службовими повноваженнями державного органу, органу місцевого самоврядування та службові особи юридичних осіб приватного права тощо. Загальні суб'єкти вчиняють такі корупційні кримінальні правопорушення: підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми, підкуп особи, яка надає публічні послуги, пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі, зловживання впливом.

Ретельний розгляд елементів складу корупційного кримінального правопорушення виходить за межі цієї статті, тому варт перейти до альтернативних кримінальних покарань, які в перспективі можуть призначатись за вчинення таких кримінальних правопорушень. У межах дослідження покарання важливо наголосити на тому, що його основна мета – це забезпечення захисту сус-

пільних відносин, які поставлені під охорону нормами кримінального права, а також запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень засудженими або іншими особами. Скоєння особливо тяжких правопорушень вимагає застосування відповідного ступеня суворості покарання, найвищу міру якого становить довічне позбавлення волі.

Варто наголосити, що серед наявних видів кримінальних покарань довічне позбавлення волі є найменш дослідженим і потребує ґрунтовного вивчення. Основним елементом реалізації кримінального покарання у виді довічного позбавлення волі є ізоляція особи від соціального середовища. Воно зводиться до позбавлення волі особи, обмеження спілкування засуджених як між собою, так і з іншими громадянами. Враховуючи, що метою покарання є виправлення особи, постає питання: «Чи можливе виправлення засудженого до довічного позбавлення волі, якщо він змушений провести решту свого життя за ґратами?».

Як показує аналіз практики, таке перебування в умовах тюремної ізоляції веде скоріше до вимушеної адаптації засудженого в умовах відповідного клімату зі своїми особливостями субкультури та деградації особи суспільно корисного суб'єкта.

Кримінальний кодекс України 1960 р. встановлював довічне позбавлення волі за 5 загальнокримінальних правопорушень, пов'язаних, як правило, з умисним посяганням на життя особи, і за 18 військових злочинів, учинюваних у воєнний час або у бойовій обстановці, чи пов'язаних з умисним убивством. У КК України 2001 р. передбачено, що довічне позбавлення волі може призначатися лише за вчинення 11 злочинів, що становить 1,57% від загальної кількості кримінальних правопорушень [12]. Тому можна наголосити, що законодавець поступово зменшує кількість кримінальних правопорушень за вчинення яких як покарання можна призначити довічне позбавлення волі. Відповідний напрям гуманізації кримінального закону має місце в кримінальній політиці України, метою якої є докорінна перебудова кримінального законодавства, що полягає в узгодженні його з новими суспільними відносинами.

Однією із нагальних проблем, на яку нині звертають увагу наукові та практичні працівники, є те, що, на відміну від усіх інших видів покарання, довічне позбавлення волі має властиву тільки йому особливість – тенденцію до невпинного збільшення кількості засуджених. Так, якщо на початок 2001 р. загальна кількість засуджених становила 730 осіб, то на 1 грудня 2018 р. – 1538 людей. Україна займає друге місце в Європі за кількістю засуджених, що відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі (станом на 31 грудня 2018 р.). Як зазначають у «Донецькому меморіалі», щороку до довічного позбавлення волі засуджується 20–30 осіб. До того ж Україна – єдина серед колишніх радянських республік, в якій довічне позбавлення волі також застосовується до жінок. Нині в Україні цей вид покарання відбувають лише 24 жінки, ця кількість залишається сталою вже впродовж тривалого часу [13].

Відповідно до ч. 1 ст. 64 КК України довічне позбавлення волі встановлюється за вчинення особливо тяжких злочинів і застосовується лише у випадках, спеціально передбачених цим Кодексом, якщо суд не вважає за можливе застосовувати позбавлення волі на певний строк.

На думку Л.О. Мостепанюк, довічне позбавлення волі – це найтяжчий вид основних покарань, що полягає в довічній ізоляції особи, визнаної судом винною у вчиненні особливо тяжкого злочину, від суспільства у спеціальних кримінально-виконавчих установах [12, с. 11].

Найсуворіший характер покарання у виді довічного позбавлення волі визначається істотністю і тривалістю позбавлень та обмежень прав і свобод особи, засудженої до цього покарання, та позначається на порядку і умовах його встановлення, застосування і відбування.

Кожна санкція, яка передбачає застосування такого виду покарання, як довічне позбавлення волі, визначає також й альтернативне покарання – позбавлення волі на певний строк, причому останній вид покарання завжди вказаний перед довічним позбавленням волі. Відповідну конструкцію варто трактувати як вказівку, що закон розглядає як «звичне» покарання за відповідні правопорушення саме позбавлення волі на певний строк, вважаючи довічне позбавлення волі «винятковим» заходом впливу на винного. Рішення про призначення покарання у виді довічного позбавлення волі, а у зв'язку з цим і висновок про неможливість застосування покарання у виді позбавлення волі на певний строк, у кожному окремому випадку мають бути належно мотивовані в судовому вироку.

Довічний характер такого кримінального покарання не є абсолютним, тому що українське законодавство передбачає, що засудженого до довічного позбавлення волі може бути помилувано мінімум через 20 років відбування покарання із заміною на певний строк позбавлення волі, який не може бути менше 25 років (ч. 2 ст. 87 КК України).

Досвід європейських країн визначає таку мінімальну кількість років, яку необхідно відбути у в'язниці для отримання змоги бути звільненим від довічного позбавлення волі: Австрія (15), Чехія (20), Данія (12), Франція (зазвичай 18), Німеччина (15), Греція (20), Італія (26), Латвія (25), Польща (25), Швеція (10) [14]. Таку тенденцію варто пояснювати поступовим скасуванням довічного ув'язнення. До того ж ці країни зазвичай визначають можливість саме умовно-дострокового звільнення, а не помилування, адже перше є більш об'єктивним, уможливлює індивідуальний підхід, розгляд усіх деталей кожної окремої справи і знижує ризик випадкової неправильної оцінки ступеня суспільної небезпечності правопорушника.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), має бути встановлено відповідність між механізмом звільнення від довічного позбавлення волі та ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), яка передбачає, що нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню. Суд вважає, що порушення ст. 3 Конвенції відсутнє, якщо надія на перспективу звільнення для осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, є реальною та є прогрес у процесі виправлення засудженого [15].

Доречним буде вказати на рішення ЄСПЛ від 12.02.2008 р. у справі «Kafkaris v. Cyprus» (Grand Chamber, no. 21906/04), де Суд чітко виклав свою позицію щодо аналізованої проблеми. У п. 98 йдеться про те, що в процесі вирішення питання, чи можна в конкретному випадку вважати довічне ув'язнення нескоротним, Суд прагнув визначити, чи були в довічно засудженого перспективи звільнення. Аналіз практики ЄСПЛ із цього питання свідчить: якщо національне законодавство передбачає можливість перегляду довічного ув'язнення з метою його пом'якшення, скорочення, припинення або умовно-дострокового звільнення арештанта, цього вистачає, щоб задовольнити вимоги ст. 3 Конвенції.

Довічне позбавлення волі без реальної можливості звільнення від відбування покарання порушує цілу низку інших міжнародних стандартів. Враховуючи перспективи такого звільнення шляхом помилування, важко наголошувати саме на «реальній» можливості до скорочення такого виду покарання, оскільки навіть статистика звернень осіб, засуджених до позбавлення волі, вказує, що з 1584 клопотань про помилування, що були подані за 10 перших місяців 2013 р., Комісією з питань помилування було задоволено лише 8, що становить 0,43% від загальної кількості [16]. Це свідчить про те, що особи, які відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі, хоча й мають формальну можливість звернутись за помилуванням,

питання, чи зможуть вони розраховувати на скорочення строку, поки що залишається без відповіді.

Можна прогнозувати, що питання безперспективності звільнення від покарання у виді довічного позбавлення волі продовжуватиме бути предметом дискусій між теоретиками, практиками та суспільством загалом.

Нині правоохоронним органам надана змога реагувати на корупційні прояви завдяки наявності відповідних законодавчих актів, проте нормативно-правова база потребує подальшого вдосконалення у сфері регулювання порядку державної служби та юридичної відповідальності за корупційні правопорушення. Не можна зводити боротьбу з корупційними кримінальними правопорушеннями лише до юридичних методів, бо це сукупність ідеологічних, політичних та організаційних заходів.

Висновки. Корупційні кримінальні правопорушення виступають каталізатором складного становища в нашій державі. Ефективність сучасної антикорупційної політики незначна, про що свідчить стрімке зростання кількості вироків за корупційні кримінальні правопорушення.

Корупційним є те кримінальне правопорушення, яке містить обов'язкові ознаки корупції, а за його вчинення передбачені певні кримінально-правові санкції.

Склад корупційного кримінального правопорушення має важливе значення для законності й обґрунтованості кримінальної відповідальності за його вчинення: тільки сукупність усіх передбачених законом ознак складу кримінального правопорушення може бути підставою для кримінальної відповідальності.

Довічне позбавлення волі без реальної можливості звільнення від відбування покарання порушує цілу низку міжнародних стандартів, передбачених міжнародно-правовими актами.

В Україні має бути створене законодавче підґрунтя для звільнення осіб, що відбувають покарання у виді довічного позбавлення волі. Ця проблема потребує розв'язання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Міфтахутдінов В. Кримінальна відповідальність за корупційні правопорушення. *Юридична газета*. 2017. № 25 (575). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/kriminalna-vidpovidalnist-za-korupciyni-pravoporushennya.html (дата звернення: 17.11.2020).
2. Індекс сприйняття корупції-2019. *Трансперенсі Інтернешнл Україна* : вебсайт. URL: http://cpi.ti-ukraine.org/#/ (дата звернення: 17.11.2020).
3. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text (дата звернення: 17.11.2020).
4. Трепак В.М. Особливості дефініції поняття «корупція». *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 4. С. 181–196. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2015_4_17 (дата звернення: 17.11.2020).
5. Савченко А.В. Корупційні злочини в Україні: проблеми кримінально-правового розуміння. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 3. С. 14–24. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2015_3_4 (дата звернення: 17.11.2020).
6. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 17.11.2020).
7. Панов М.І. Проблеми складу злочину та його функцій у доктрині кримінального права. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1. С. 103–125. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/6114 (дата звернення: 17.11.2020).
8. Захарчук О.З. Нормативне закріплення корупційних злочинів за законодавством України та їх класифікація. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2015. № 813. С. 33–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_813_8 (дата звернення: 17.11.2020).
9. Тютюгін В.І. Новели кримінального законодавства щодо посилення кримінальної відповідальності за корупційні злочини: вирішення проблеми чи проблеми для вирішення. *Юридичний вісник України*. 2010. № 6. URL: http://www.yurincom.com/ua/legal_bulletin_of_Ukraine/archive/?aid=5364&jid=361 (дата звернення: 17.11.2020).
10. Демидова Л. Майно як предмет злочину. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 3. С. 267–275. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2010_3_26 (дата звернення: 17.11.2020).
11. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-те вид., переробл. і допов. Харків : Право. 2010. 455 с.
12. Мостепанюк Л.О. Довічне позбавлення волі як вид кримінального покарання : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Національна академія внутрішніх справ України. Київ, 2005. 18 с.
13. Кримінально-виконавча система України в грудні 2018 року. Статистичний огляд. «Донецький меморіал». *Тюремний портал* : вебсайт. URL: http://ukrprison.org.ua/news/1545999995?fbclid=IwAR3yspxEvuk2zu5c-frYZSzirv8C6z_GTDs1P3KbBRv0WVks8Ukye762KVw (дата звернення: 17.11.2020).
14. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Вінтер та інші проти Сполученого Королівства» від 17 січня 2012 року. URL: http://khpg.org/index.php?id=1408522184 (дата звернення: 17.11.2020).
15. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : з поправками, внесен. відповідно до положень Протоколів № 11 та № 14 з Протоколами №№ 1, 4, 6, 7, 12 та 13). *Право України.* 2010. № 10. С. 215–233.
16. Човган В. Довічне відбування життя, або життя після смерті в Україні. Права Людини в Україні. *Інформаційний портал Харківської Правозахисної Групи.* 2017. URL: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KHQv7TxGQ5oJ:khpg.org/index.php%3Fid%3D1392728858+&cd=4&hl=uk&ct=clnk&gl=ua (дата звернення: 17.11.2020).

УДК 34.343
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/92

ДОСЛІДЖЕННЯ ПЕРЕДУМОВ, НАСЛІДКІВ ТА АНАЛІЗУ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ)

INVESTIGATION OF PREREQUISITES, CONSEQUENCES AND ANALYSIS OF CRIMINAL PROCEEDINGS OF AVOIDANCE OF PAYMENT OF TAXES, FEES (COMPULSORY PAYMENTS)

Лугіна Н.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Університет державної фіскальної служби України

Горбань С.Ю., студент магістратури
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті визначено та узагальнено перелік схем з ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), які тісно пов'язані з корупцією та тіньовою економікою. Наведено рейтинг схем, що завдають найбільше збитків державі в грошовому еквіваленті, адже частка податків (включно із соціальними внесками) у ВВП нашої держави становить 32,5%, а із цього випливає, що правопорушення у сфері ухилення від сплати податків становлять 50–80% від «тіньової» частки. Виявлено, що на даний час досить розповсюдженими в Україні є схеми з ФОП, коли наймають працівника на роботу як фізичну-особу підприємця, яка заключає договір з надання певних послуг приватній установі, і таким чином компанія платить доволі менше податків, тим самим частково ухиляючись від їх сплати.

У роботі зазначено випадки, в яких платник податку може бути притягнутий до відповідальності в разі ухилення від сплати податків. Визначено, що відповідно до статті 111 Податкового кодексу України застосовуються такі види юридичної відповідальності: фінансова; адміністративна; кримінальна. Фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафів або пені, адміністративна відповідальність – у вигляді адміністративного впливу за допомогою адміністративно-правових норм. А кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів передбачена статтею 212 Кримінального кодексу України. У таблиці узагальнено розміри штрафів неоподаткованого мінімуму доходів громадян і строк позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю за певні неправомірні дії.

Наведено та узагальнено в порівняльній таблиці розміри порогів для притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 212 ККУ за 2018–2020 роки та фактори, які безпосередньо на це вплинули. Відповідно, за даними статистики Генеральної прокуратури України щодо розпочатих кримінальних проваджень за 6 місяців 2020 року зареєстровано 480 кримінальних правопорушень за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). Декілька років поспіль спостерігається стабільне уповільнення тенденції відкриття кримінальних проваджень.

У висновках статті пропонуються шляхи протидії ухиленню від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) як з боку держави так і з боку громадян.

Ключові слова: ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), тіньова економіка, кримінальна відповідальність, Кримінальний кодекс України, кримінальне провадження, кримінальне правопорушення.

The article identifies and summarizes a list of schemes for tax evasion, fees (compulsory payments), which are closely related to corruption and the shadow economy. The rating of the schemes that cause the most damage to the state in monetary terms is given, because the share of taxes (including social contributions) in the GDP of our state is 32.5%, it follows that offenses in the field of tax evasion are 50–80% of «shadow» share. It was found that currently quite common in Ukraine are schemes with self-employment, when hiring an employee as an individual entrepreneur who enters into a contract for certain services to a private institution, and thus the company pays much less taxes, thus partially evading their payment. The International Association of Chartered Certified Accountants also conducted a study which found that Ukraine's shadow economy accounts for almost 46% of official GDP. Although the government estimates that the share of the shadow economy in Ukraine is slightly smaller, at about 35%, this figure is quite high.

The paper identifies cases in which tax payers can be prosecuted in case of tax evasion. It is determined that in accordance with Article 111 of the Tax Code of Ukraine, the following types of legal liability are applied: financial; administrative; criminal. Financial liability is applied in the form of fines. Administrative liability – in the form of administrative influence through administrative law. And criminal liability for evasion of taxes, fees and other mandatory payments is provided by Article 212 of the Criminal Code of Ukraine. The table summarizes the amount of fines and the period of deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities for certain illegal actions.

The conclusions of the article suggest ways to combat tax evasion, fees (mandatory payments) both by the state and by citizens.

Key words: tax evasion, fees (compulsory payments), shadow economy, criminal liability, Criminal Code of Ukraine, criminal proceedings, criminal offense.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших елементів економіки будь якої країни є податкова система. Але, на жаль, на даний час не всі суб'єкти господарювання сплачують податки, збори (обов'язкові платежі) в повному обсязі, а деякі повністю ухиляються від оподаткування. Деякою мірою ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) стало нормальним явищем для багатьох платників податків. Дана проблема є дуже важливою з огляду на необхідність мобілізації коштів до державного бюджету України в достатньому обсязі. Питання щодо ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) вирішується на міжнародному рівні фінансовими та правовими впливовими організаціями.

Аналіз останніх досліджень. Багато вітчизняних юристів та науковців дискутують над проблемою ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) суб'єктами господарської діяльності. Деякі аспекти проблем оподаткування висвітлені в наукових працях М.Д. Андрущенко, Н.І. Главацької, Т.К. Германчук, С.Л. Василечко, В.А. Дедекаєва, Ю.Ю. Якимчука, І.М. Таранової та інших вчених.

Мета статті полягає у визначенні способів і наслідків ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) та дослідженні статистики кримінальних проваджень за статтею 212 Кримінального кодексу України за перше півріччя 2020 року.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи розміри тіньового сектору економіки та викликані ним проблеми, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) натепер є дуже актуальним явищем. В Україні 40–50% ВВП не оподатковується, а входить у тіньовий сектор, що значно перевищує цей показник у країнах Європи.

Варто зазначити, що є певний перелік схем з ухилення від сплати податків, які тісно пов'язані з корупцією та тіньовою економікою:

– офшорні схеми;
– контрабанда;
– конвертаційні центи;
– контрафакт;
– ФОП замість найму.

Офшорні компанії офіційно не заборонені законодавством, їх використовує бізнес у всьому світі але також вони можуть бути платформою для ухилення від сплати податків. Під контрабандою розуміють незаконне переміщення товарів через державний кордон, унаслідок чого виникає несплата податків. Наприклад, приватні медичні установи незаконно переміщають через державний кордон медичні препарати, ухиляючись при цьому від сплати податків. Також у «відмиванні грошей» чи ухиленні від сплати податків допомагають фіктивні фірми, так звані конвертаційні центри. Досить розповсюдженими в Україні є схеми з ФОП, коли наймають працівника на роботу як фізичну-особу підприємця (далі – ФОП), яка заключає договір з надання певних послуг приватній установі, і таким чином компанія платить доволі менше податків, тим самим частково ухиляючись від їх сплати.

Міжнародна Асоціація присяжних сертифікованих бухгалтерів також проводила дослідження, в результаті якого було виявлено, що тіньова економіка України становить майже 46% від офіційного ВВП. Хоча за оцінкою уряду частина тіньової економіки в Україні дещо менша та становить близько 35%, але і цей показник досить великий.

Варто відмітити, що українська версія «тіньової економіки» дуже відрізняться від класичного опису Ернандо де Сото. Але справа не лише в тому, що більша частина «тіньової економіки» в Україні не є суто неформальною і становить частку діяльності юридично зареєстрованих суб'єктів, а ще й у тому, що зазвичай у ній задіяно більшість великих компаній.

Це пов'язано з деякими факторами. По-перше, фізичну особу-підприємця дуже просто зареєструвати, при цьому можна використовувати спрощену систему оподаткування (далі – ССО), яка передбачає сплату єдиного податку, фіксованого або з обороту, й вимагає ведення обліку тільки продажів, а не бухгалтерського обліку. Отже, бар'єри для входу до офіційного сектору зазвичай низькі, за винятком випадків, коли потрібне отримання ліцензії. По-друге, лише декілька транснаціональних корпорацій є прозорими державними компаніями, решта – це «олігархічні» фірми, які завдяки зв'язкам із державною владою можуть дозволити собі масове уникнення податків та шахрайство. В українській економіці переважають великі й надвеликі компанії та бізнес-групи (конгломерати), тоді як справді малий бізнес (який має право на використання ССО) становить лише 7,1% від загального обороту сектору підприємств [1].

На жаль, в Україні існує досить великий неофіційний сектор, який зростає, коли влада хоче урізати спрощену систему оподаткування, яка слугує так званим «інструментом компромісної детінізації» та захищає малий бізнес від корумпованих податкових інспекторів, що у свою чергу переслідують офіційний бізнес. Наприклад, на початку 2017 року понад 300 000 приватних підприємців скасували реєстрацію після внесення поправок до закону, запропонованих Міністерством соціальної політики. Згідно з поправками приватні підприємці мають сплачувати «мінімальний соціальний внесок» незалежно від того, чи здійснюють вони діяльність, чи ні, причому навіть у випадку, якщо цей внесок за них було сплачено на іншому робочому місці. У 2011 році, коли Податковий кодекс уряду передбачав підвищення зобов'язань для платників єдиного податку й спробу скасування ключових положень ССО, втрати були ще більшими – понад два мільйони робочих місць у малих підприємствах. Швидше за все, значна частина підприємців назавжди перейшла до суто неформального сектора [2].

Варто звернути увагу на основні схеми, що завдають збитків на суму приблизно 6–10% від офіційного ВВП в Україні. Частка податків (включно із соціальними внесками) у ВВП нашої держави становить 32,5%, а з цього випливає, що правопорушення у сфері ухилення від сплати податків становлять 50–80% від «тіньової» частки. Решта, мабуть, пов'язана з цілком неофіційною діяльністю, яку набагато важче дослідити. У таблиці 1 наведений рейтинг схем ухилення від сплати податків в Україні.

В усьому світі ухиляються від сплати податків за допомогою податкових гаваней, втім Україна – не виняток. Але через аномально високу концентрацію власності та «олігархічний» характер статків Україна опинилася серед лідерів дослідження організації Global Financial Integrity «Незаконний вивіз капіталу», проведеного з використанням статистики світової торгівлі: протягом 2010–2018 років відтік капіталу становив від 3 до 10%. Скоригувавши дані авторів звіту й додавши 65 млрд грн, сплачених у 2019 році у вигляді відсотків афілійованим компаніям (розташованим здебільшого в податкових гаванях) або за вкрай високими ставками, ми оцінили загальний відтік капіталу в приблизно 10% від ВВП. Це вражаюча цифра, однак вона узгоджується з даними НБУ та заявою чільного працівника Державної податкової служби про те, що майже ¾ експортних контрактів України є «непрямими», тобто проходять через офшори [4].

Таблиця 1

Порівняльний аналіз податкового ефекту схем уникнення оподаткування в Україні

Схема	Обіг (млрд грн. на рік)	Умовні втрати доходів бюджету (млрд грн. на рік)
офшорні схеми	260 – 320	50 – 65
конвертаційні центри	40 – 50	12 – 15
«скрутки»	50 – 60	10 – 12
«сірий імпорт», контрабанда	80 – 230	25 – 70
контрафакт		10
виведення прибутку через псевдопідприємництво фізичних осіб	15 – 16	до 2,5
ФОП замість найму	10	2,5 – 5
заниження оборотів	18	1 – 1,5

Джерело: створено автором за даними [3]

Згідно з таблицею 1 друге місце займають три схеми уникнення від оподаткування. Збитки, яка приносить кожна, становлять 1–3% ВВП, із них: порушення митних правил («сірий» імпорт та контрабанда), незаконне виробництво та індустрія «конвертаційних центрів».

Порушення митних правил можна оцінювати за торгівельною статистикою. Обсяги зловживань після Революції гідності значно зменшилися. Оборот «конвертаційних центрів», які декілька років назад були провідною схемою уникнення від сплати податків, зменшився в кілька разів. Мабуть, цьому сприяло запровадження електронних рахунків ПДВ, які дещо ускладнили шахрайство з даним податком, але повністю його не усунули.

З наведеного вище рейтингу видно, що попри високу видимість, дрібні, але масові порушення, які пов'язані зі спрощеним оподаткуванням, відіграють невелику роль, майже пропорційну частці платників за ССО в приватному секторі. Їхній сумарний умовний податковий ефект у декілька разів менший, ніж податковий ефект самого лише агресивного податкового планування. Він є вкрай умовним через високу еластичність, а також серйозні побічні ефекти від можливих обмежень користування ССО.

Платник податку в разі ухилення від сплати податків може бути притягнутий до відповідальності у випадках:

– ухилення від сплати податку, іншого обов'язкового платежу;
– заниження об'єкта оподаткування;
– несвоєчасність сплати податку, іншого обов'язкового платежу;
– неподання (несвоєчасного подання) податкових декларацій, розрахунків, інших документів, необхідних для обчислення податків, обов'язкових платежів до податкових органів;
– неподання (несвоєчасного подання) до банку платіжних доручень на сплату податків, інших обов'язкових платежів;
– недопущення перевіряючих для обстеження приміщень, що використовуються для отримання доходів, тощо [5, с. 80].

Відповідно до статті 111 Податкового кодексу України, за «порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, застосовуються такі види юридичної відповідальності: фінансова; адміністративна; кримінальна. Фінансова відповідальність застосовується у вигляді штрафних (фінансових) санкцій (штрафів) та/або пені» [6]. «Адміністративна відповідальність – це засоби адміністративного впливу за допомогою адміністративно-правових норм, які містять осудження винного та його діяння і передбачають негативні наслідки для правопорушника» [5, с. 80]. «За ухилення від сплати податків, інших обов'язкових платежів у значних розмірах платники можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності. Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів передбачена статтею 212 Кримінального кодексу України» [3], про що зазначено в Табл. 2.

У даному випадку встановлений законодавством порядок оподаткування юридичних та фізичних осіб постає об'єктом злочину, відповідно, податки, збори та інші обов'язкові платежі є предметом.

На розміри порогів для притягнення до кримінальної відповідальності за ст. 212 ККУ, на відміну від попередніх років, у 2020 році вплинули одночасно два фактори. По-перше, Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес» № 101-IX від 18 вересня 2019 року [8] було суттєво підвищено мінімальні показники ухилення від сплати податків у значних, великих та особливо великих розмірах: відповідно 3000, 5000 і 7000 розмірів неоподаткованого мінімуму доходів громадян (далі – НДМГ). По-друге, Законом України «Про державний бюджет України на 2020 рік» № 294-IX від 14 листопада 2019 року було традиційно збільшено розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, який з 01 січня 2020 року становить 2102 грн, а з 01 липня 2020 року – 2197 грн. [9]. Саме даний показник вважається визначальним для визначення розміру порогів кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, що передбачена ст. 212 ККУ. Відповідно до п. 5 підрозділу 1 Розділу XX та п.п. 169.1.1 Податкового кодексу України [6], НМДГ дорівнює 50% розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи.

На 01 липня 2020 р. НДМГ становить 1098,50 грн (50% від 2197,00 грн). Отже, у 2020 році кваліфікація правопорушення за ст. 212 ККУ буде здійснюватися за пороговими показниками, як наведені в таблиці 3, у порівнянні з минулими роками.

Таблиця 2

Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)

Дія	Штраф, НМДГ	Позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, строк
Умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять у систему оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, що займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи, чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах.	від 3000 до 5000	до трьох років
Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах.	від 5000 до 7000	до трьох років
Діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах.	від 15 000 до 25 000	до трьох років з конфіскацією майна
Особа, яка вчинила діяння, передбачені частинами першою, другою, або діяння, передбачені частиною третьою (якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах) цієї статті, звільняється від кримінальної відповідальності, якщо вона до притягнення до кримінальної відповідальності сплатила податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодувала шкоду, завдану державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня).		

Джерело: узагальнено автором на основі Кримінального Кодексу України [7]

Таблиця 3

Порогові показники у 2020 році, за якими здійснюється кваліфікація правопорушення за ст. 212 ККУ

ГРН	2018 рік	2019 рік		2020 рік	
		до 25.09.19 р.	з 25.09.19 р.	до 01.07.20 р.	з 01.07.20 р.
Прожитковий мінімум для працездатної особи	1762	1921	1921	2102	2197
Податкова соціальна пільга	881	960,50	960,50	1051	1098,50
Кваліфікація за ч. 1 ст. 212 ККУ	881 000 (1000*881)	960 500 (1000*960,50)	2 881 500 (3000*960,50)	3 153 000 (3000*1051)	3 295 000 (3000*1098,50)
Кваліфікація за ч. 2 ст. 212 ККУ	2 643 000 (3000*881)	2 881 500 (3000*960,50)	4 802 500 (5000*960,50)	5 255 000 (5000*1051)	5 492 500 (5000*1098,50)
Кваліфікація за ч. 3 ст. 212 ККУ	4 405 000 (5000*881)	4 802 500 (5000*960,50)	6 723 500 (7000*960,50	7 357 000 (7000*1051)	7 689 500 (7000*1098,50)

Джерело: складено та розраховано автором на основі [10]

Отже, порівняно з 2019 роком поріг притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 212 Кримінального кодексу України зріс у більш ніж у 3 рази. Але з 1 січня 2020 року ухилення від сплати податків на суму до 3 153 000 грн не становитиме кримінального порушення.

Коронавірус у 2020 році змінив звичне життя у всіх сферах діяльності. Деякі сфери, такі як правоохоронна діяльність, напевно, мають стійкий імунітет до COVID-19. Отже, статистику фактових кримінальних проваджень за І півріччя карантин особливо не змінив. Відповідно, за даними статистики Генеральної прокуратури України [11] щодо розпочатих кримінальних проваджень за 6 місяців 2020 року зареєстровано 480 кримінальних правопорушень за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). Декілька років поспіль спостерігається стабільне уповільнення тенденції відкриття кримінальних проваджень (рис. 1).

Під час порівняння показників І півріччя 2020 року з показниками даного періоду у 2019 році видно, що на 29,6% зменшилася кількість розпочатих кримінальних проваджень. Зменшення, мабуть, відбулося через призупинення бізнесу та відстрочення проведень документальних податкових перевірок.

«Якщо ж говорити про результати досудового розслідування за перші 6 місяців 2020 року, то бачимо, що вивільнений час жодним чином не відобразився на якісній результативності досудового розслідування, адже, як і раніше, статистика не підтверджує значну кількість проваджень, які б завершились направленням до суду обвинувального акту» [12]. На рис. 2 відображено показники досудового розслідування за І півріччя 2020 року.

Отже, кількість закритих кримінальних проваджень суттєво зменшилась (21 проти 28 у 2019 році), як і кількість повідомлень про підозру (17 проти 68).

На період карантину провести досудове розслідування не було змоги, але ніщо не заважало податковій міліції завершити досудове розслідування у провадженнях з обґрунтованою підозрою. Складається таке враження, що бюджетні кошти вкотре витрачаються «на вітер». «Найбільше пандемія все ж вплинула на справляння судочинства, адже на рівні судового розгляду кримінальних проваджень кількість підтверджених ухилень від сплати податків ще менша» [12]. «Так, за даними Єдиного державного реєстру судових рішень за перше півріччя 2020 року було постановлено всього лише 2 вироки, й ті обвинувальні» [13]. «При цьому, що цікаво, обидва вироки стосувались осіб, які, як фізичні особи-підприємці, зловживали спрощеною системою оподаткування, ухилились від сплати єдиного податку, податку на доходи фізичних осіб, податку на додану вартість та військового збору. Зокрема, у справах судами було встановлено, що особи свідомо занизили та не відобразили оподаткований дохід з метою залишитись платниками єдиного податку та, як наслідок, не оподаткували суму перевищення лімітів для фізичних осіб-підприємців за ставкою 15%, не подали заяви на відмову від спрощеної системи оподаткування та не перейшли на загальну систему оподаткування, не подали декларацію про майновий стан і доходи, не задекларували такі доходи та не оподаткували їх за ставкою 18%. Крім того, такі особи, попри законодавчу вимогу, не зареєструвались платниками ПДВ і, як наслідок, ухилились від сплати ПДВ» [12].

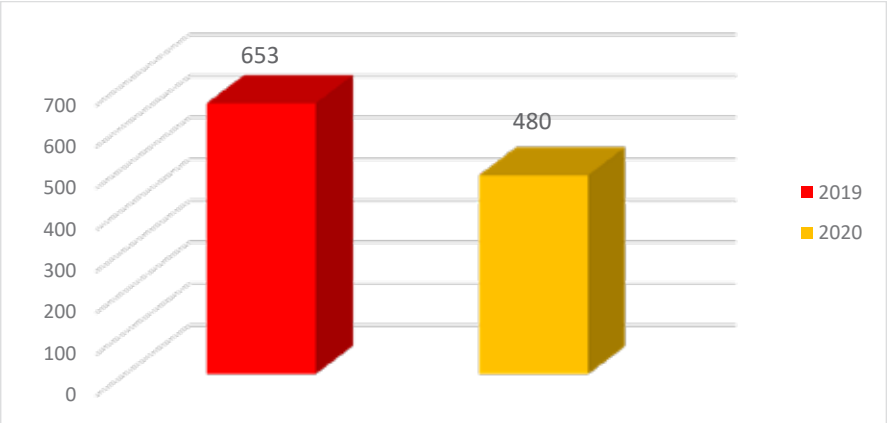

Рис. 1. Відкриті провадження за ст. 212 ККУ за І півріччя 2019–2020 років

Джерело: створено автором за даними [11]

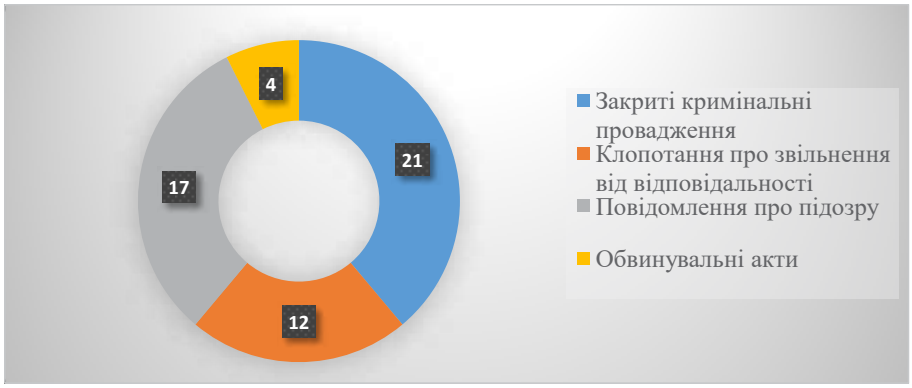

Рис. 2. Результати досудового розслідування (перше півріччя 2020 року)

Джерело: створено автором за даними [11]

Висновки. Отже, з одного боку, Україна повинна агресивними методами боротися за сплату податків, а з іншого – потрібно обрати шлях зменшення податкових ставок, спростити правила адміністрування податків та зборів, щоб у нашій країні було б дійсно вигідно платити їх. Для того щоб запобігти ухиленню від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), необхідно діяти як з боку держави, так і з боку громадянина. З боку держави потрібно створити в Україні гідні умови для ведення бізнесу, здійснювати посилену боротьбу з корупцією, прийняти антиофшорне законодавство, а замість податку на прибуток ввести податок на виведений капітал. З боку громадянина важливо бути свідомим та вчасно і в повному обсязі сплачувати податки. Від того, чи сплачуєте ви податки, залежать надходження до державного бюджету, які пізніше держава витрачає на добробут. А якщо держава не виконує свої функції, або ж виконує їх погано, якщо деякі державні службовці розкрадають державні кошти, громадяни мають повне право висувати претензії. Адже державні гроші – це гроші всіх громадян, вони формують бюджет, коли сплачують податки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ухилення від оподаткування. URL: https://acwalks.com.ua/knowledgebase (дата звернення: 02.11.2020).
2. Як податківці викривають схеми ухилення від сплати податків. URL: https://biz.ligazakon.net/ua/news (дата звернення: 02.11.2020).
3. Рейтинг схем ухилення від податків: на чому український бюджет «втрачає» найбільше. URL: https://voxukraine.org/uk (дата звернення: 03.11.2020).
4. Бублик Є.О. Особливості втечі капіталу в транзитних економіках. *Ефективна економіка.* 2020. № 2. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/2_2020/54.pdf (дата звернення: 03.11.2020).
5. Главацька Н.І. Визначення передумов та наслідків ухилення від сплати податків. *Управління розвитком.* 2016. № 21. С. 79–81.
6. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. Дата оновлення: 14.10.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 04.11.2020).
7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення : 16.10.2020 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 04.11.2020).
8. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо зменшення тиску на бізнес : Закон України від 18.09.2019 р. № 101-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/101-20 (дата звернення: 05.11.2020).
9. Про державний бюджет України на 2020 рік : Закон України від 14.11.2019 р. № 294-IX. Дата оновлення : 04.10.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/294-IX (дата звернення: 05.11.2020).
10. Розміри прожиткового мінімуму в Україні. URL: https://services.dtkt.ua/catalogues/indexes/1 (дата звернення: 07.11.2020).
11. Офіс Генерального прокурора. URL: https://www.gp.gov.ua (дата звернення: 09.11.2020).
12. Статистика кримінальних проваджень за ст. 212 КК України («Ухилення від сплати податків») за перше півріччя 2020 року. URL: http://kmp.ua/uk/analytics/infoletters/statistics-of-criminal-proceedings-under-article-212-of-the-criminal-code-of-ukraine-tax-evasion-for-the-first-half-of-2020/#_ftn1 (дата звернення: 09.11.2020).
13. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua (дата звернення: 09.11.2020).

УДК 343.9.01
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/93

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

HISTORY OF RECURRENCE CRIME

Лугіна Н.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Університет державної фіскальної служби України

Кравченко А.О., студентка VI курсу
юридичного факультету
Університет державної фіскальної служби України

Кубишина А.С., студентка VI курсу
юридичного факультету
Університет державної фіскальної служби України

Статтю присвячено висвітленню одного з актуальних питань кримінології щодо питання класифікації історії виникнення рецидивної злочинності як загалом, так і в Україні. Кримінологічне поняття «рецидивна злочинність» пов'язано з кримінально-правовим поняттям «рецидив злочину». Термін «рецидив» походить від латинського слова «recidivus» і визначає те, що повертається, повторюється, тобто повторний прояв чогось. Так, закордонні науковці досліджували тюрми, після чого надали змогу внести корективи до законодавства. У статті розглянуто деякі наукові праці зі спостереження виникнення рецидивної злочинності, а також проблеми і умови виникнення жіночої рецидивності. Проаналізовано виникнення рецидивної злочинності за часів Російської Імперії; виявлений факт, що неоднаковий рівень первинної та рецидивної злочинності пов'язаний з економічними факторами. Розглянуто історію рецидивної злочинності після набуття Україною незалежності, досліджено наукові розробки В.І. Шакуна, який протягом 1990–1996 рр. здійснив тридцять дев'ять фундаментальних досліджень, присвячених проблемам рецидивної злочинності. Серед багатьох корисних результатів і висновків учений навів дані, які ми розглянули в статті. Протягом 2001–2018 рр. систематично аналізувалися дані щодо регіональної структури рецидивної злочинності в Україні, згідно з якими кожний десятий злочин у країні стабільно вчиняється в Причорноморському регіоні. На основі узагальнення результатів досліджень учених минулих століть зроблено висновок, що вже за тих часів науковці звертали увагу й намагалися пояснити наявність суттєвих регіональних, а також статевих відмінностей у кількісних та якісних показниках рецидивної злочинності. Ці відмінності пов'язані з відмінностями в умовах життя населення, специфікою психофізіологічних якостей певних категорій людей, особливостями соціально-демографічних та економічних параметрів країн, а також її території, особливості клімату та географічного розташування тощо.

Ключові слова: виникнення рецидивної злочинності, термін «рецидив», жіноча рецидивна злочинність, регіональна рецидивність.

The article is devoted to the consideration of one of the current issues of criminology on the classification of the history of recidivism both in general and in Ukraine. The criminological concept of "recidivism" is related to the criminal law concept of "recidivism". The term "relapse" comes from the Latin word "recidivus" and determines what is returned, repeated, that is, a repeated manifestation of something. So foreign scientists studied prisons, after which they provided the opportunity to make adjustments to the legislation. The article considers some scientific works on observing the occurrence of relapse crime. Also, the problem of female recurrence, under what conditions it arises. Recurrence of crime during the Russian province, identification of the fact that the uneven level of primary and recurrence of crime is associated with economic factors. The history of recidivism during the acquisition of independence was considered, then they drew attention to the scientific developments of V.I. Shakun, during 1990–1996 years. carried out a number of basic thirty-nine studies on the problems of recidivism. Among many useful findings and conclusions, the scientist cited the data we reviewed in the paper. During 2001–2018 years. Systematically analysed data on the regional structure of recidivism in Ukraine, according to which every tenth crime in the country is steadily committed in the Black Sea region. Based on the synthesis of the research results of scientists of past centuries, it was concluded that already in those days scientists paid attention and tried to explain the presence of significant regional, as well as sexual differences in the quantitative and qualitative indicators of relapse crime. These differences are related to differences in the living conditions of the population, the specificity of the psychophysiological qualities of certain categories of people, the peculiarities of the socio-demographic and economic parameters of countries, as well as its territory, features of climate and geographical location, and the like.

Key words: recurrence of crime, term "relapse", Female recidivism, regional recurrence.

Серед усіх видів множинності злочинів велике і важливе місце займає рецидив. Суспільна небезпечність рецидиву полягає в тому, що повторними злочинами рецидивісти примножують заподіяну шкоду, а також запроваджують звичаї та традиції, які набувають під час відбування покарання. Тому держава завжди розглядає боротьбу з рецидивною злочинністю як один з важливих аспектів діяльності правоохоронних органів.

Ю.І. Битко стверджує, що рецидив розглядається як пробний камінь від кримінальних законів та пенітенціарних систем [1, ст. 7].

Одним із перших наших вітчизняних науковців, хто зайнявся питанням дослідження історії рецидивних злочинів та відповідальності за неї, був Н.С. Таганцев. Якщо розглядати розвиток рецидивної злочинності за кордоном, то це питання досліджував британський кримінолог Дж. Говард, який дослідив умови утримання засуджених у понад 300 європейських тюрмах, за результатами чого видав ґрунтовну працю під назвою «Стан тюрем в Англії та Уельсі». На основі цієї інформації вчений запропонував внести зміни до законів «Про виконання 32-х покарань», що були прийняті урядом його країни в період з 1778 по 1782 роки [2, с. 68].

Кримінологічне поняття «рецидивна злочинність» пов'язано з кримінально-правовим поняттям «рецидив злочину». Термін «рецидив» походить від латинського слова «recidivus» і визначає те, що повертається, повторюється, тобто повторний прояв чогось. Поняття «рецидив злочинів» використовується як у кримінально-правовій теорії, так і в кримінології. Чинне кримінальне законодавство України не містить поняття рецидиву злочинів, але стаття 26 Кримінального кодексу України регулює підстави і порядок визнання злочинця лише особливо небезпечним рецидивістом.

Розгляд рецидивної злочинності як одного цілого передбачає необхідність виявлення загальних її кількісно-

якісних тенденцій, криміногенних детермінант, заходів попередження.

За статистичними даними, кількість злочинів, учинених особами, які раніше вже вчинили злочини, збільшилася за останні 25 років (1973–1998) більше як у 2,8 разів. Стрімке зростання рецидивної злочинності було відмічене у 1974, 1978–1983, 1987, 1989 роках, значно зменшився її рівень у 1977 і 1988 роках. У 1989–1993 роках кількість рецидивних злочинів зростала не так стрімко, як загальний рівень зареєстрованої злочинності. У зв'язку з цим їх частка в зареєстрованих злочинах у 1988–1993 роках коливалась у межах 18–21%. У 1995–1998 роках питома вага рецидиву до числа розслідуваних кримінальних справ становила у середньому близько 19%. Щодо абсолютних показників рівня рецидивної злочинності, то вони такі: 1995 рік – 60 406; 1996 рік – 72 140; 1997 рік – 74 406 і 1998 рік – 81 410. Тому можна дійти висновку, що зі зниженням рівня зареєстрованої злочинності за ці роки різко зростає рівень рецидивної злочинності. З урахуванням латентної злочинності видно, що рівень рецидивної злочинності в Україні набагато вищий, ніж у наведених даних кримінально-правової статистики [3].

Підвищена небезпека рецидивних злочинів визначається і характером злочинів, і ступенем їх суспільної небезпеки, а також стійкими антисуспільними установками злочинців. Як вважає І.М. Даньшин, ця форма є своєрідним «ядром» всієї злочинності, тому що її суб'єкти становлять контингент тих осіб, які найбільш наполегливо протиставляють себе усталеним моральним цінностям та правопорядку, завдаючи тим самим суттєву шкоду суспільству [4, с. 76].

В історії права існували різні підходи щодо визначення напрямків та цілей дослідження у сфері взаємовідносин між статями їх відмінностей та значенням для правового регулювання. У суспільстві роль жінки визначається як домінуюча, а нормальне існування родини, психічний та фізичний розвиток дітей відноситься до ролі жінки-матері. Разом із цим у політиці та правових концепціях чоловіки розглядаються як основна діюча особа в державному та суспільному житті. Цілком доцільно вказує В.О. Меркулова, що драма жінки полягає в тому, щоб довести свою самодостатність, тому що жінка має власні самостійні функції, самостійний сенс існування, однакові з чоловіком права на відмінність [5, с. 1].

Жіночу рецидивну злочинність одним із перших досліджував А. Кетле. Він дійшов висновку, що намір здійснити злочин зумовлюється такими особливостями, як вік, стать, професія особи, пора року тощо. Він вказує, що порівняно невелика кількість злочинів, учинених жінками, пояснюється відстороненістю їх від вирішення соціальних справ у державі, спілкуванням у власній родині, тягарем сімейних обов'язків, який у свою чергу знижує ступінь реалізації жінками всього комплексу прав та обов'язків, які у повній мірі можуть використати чоловіки. А. Кетле вважає, що така низька соціальна активність жінок має наслідком їхню невисоку кримінальну активність [6, с. 126].

Тому рецидивність здійснення злочинів розглядалась ще з минулих часів. Наприклад, протягом XIX – на початку XX ст. набула поширення теорія моральності, яка базувалась на тому, що жінка є глибоко моральною істотою. Тому, на думку Н. Зеланда, який вивчав дані щодо рецидивної злочинності жінок та чоловіків, жіноча злочинність є меншою в порівняні з чоловічою. За даними вченого, частка жінок-рецидивісток за одноразового рецидиву становить близько 2,7 відсотки, за триразового – 2 відсотки, за чотириразового – 0,9 відсотків. Враховуючи ці дані, Н. Зеланд дійшов висновку, що між рецидивістами відсоток жінок менший порівняно з особами, які вчинили злочин вперше, а відсоток жінок зменшується по мірі повторення злочинів [7, с. 34].

Кримінологічні дослідження вказують на те, що серед рецидивістів також зросла частка осіб, які переорієнтовують свою кримінальну активність відповідно до змін, що відбуваються в соціальних, економічних і політичних відносинах у країні. Спостерігається інтенсивна інтеграція деякої частини рецидивістів з лідерами економічної злочинності, їх активна участь у сфері приватизації, контрабанди, контролю над торговельними об'єктами, шахрайстві у підприємницькій і банківській діяльності, підробці грошей та ін. За цих обставин, як зазначається в публікаціях і досить драматично зображується в літературі й кінофільмах, рецидивісти вносять у цю діяльність злодійські норми поведінки і традиції, використовують найбільш витончені й жорстокі методи залякування, погроз і розправи [3].

Також під час досліджень Є.М. Тарновським були помічені суттєві відмінності в стані злочинності та її відновлення за рахунок рецидивних злочинів на різних територіях губерній Російської Імперії в XIX ст. [8, с. 102]. Вивчивши динаміку повторних майнових і насильницьких злочинів, науковець довів їх залежність від коливань урожаїв та цін на хліб у тих чи інших губерніях. Це дало підстави помітити, що неоднаковий рівень первинної та рецидивної злочинності пов'язаний з економічними факторами: «Де вище коливаються ціни на пшеницю, там більше коливається злочинність», – вважав учений [9, с. 26; 8, с. 102].

У 1970 році у м. Києві було видано ґрунтовну монографію П.П. Михайленка та Й.А. Гельфанда «Рецидивна злочинність і її запобігання органами внутрішніх справ». У даній роботі розглянуті питання поняття та ознак рецидиву злочинів, його різновидів [10, с. 32–48]; надано характеристику особи злочинця-рецидивіста [10, с. 68–88]; представлено кількісно-якісні характеристики рецидивної злочинності [10, с. 122–140]; охарактеризовано особливості рецидиву в місцях позбавлення волі [10, с. 174–178]; запропоновано шляхи запобігання рецидивній злочинності різними суб'єктами правоохоронної діяльності: оперативно-розшуковими міліцейськими підрозділами, установами з виконання кримінальних покарань, трудовими колективами та громадськістю [10, с. 188–374]. Особливістю цього дослідження виявилося те, що в той час монографія мала обмежений доступ до використання, була видана невеликим тиражом і надійшла у вільний обіг лише після набуття Україною незалежності. Разом із цим проведено регіональне дослідження щодо прояву рецидивної злочинності [10, с. 143–240].

Якщо розглядати історію рецидивної злочинності після набуття незалежності, то варто звернути увагу на наукові розробки В.І. Шакуна, який протягом 1990–1996 рр. здійснив тридцять дев'ять фундаментальних досліджень, присвячених проблемам рецидивної злочинності. Серед багатьох корисних результатів і висновків учений наводить дані про те, що: а) велика кількість виправних закладів у регіонах зумовлює більш високу кримінальну активність осіб, які відбули покарання за попередні злочини [11, с. 90]; б) у містах у 3–4 рази більше, ніж у сільських районах, перебуває осіб, які відбули покарання; в) відсоток осіб, які знову стають на злочинний шлях, у міських поселеннях є набагато більшим, ніж у сільській місцевості; г) у містах майже кожен третій звільнений із місць позбавлення волі знов учиняє злочин у період активної адаптації – протягом першого року після звільнення з місць позбавлення волі [11, с. 102].

Протягом 2001–2018 рр. ми систематично аналізували дані щодо регіональної структури рецидивної злочинності в Україні, згідно з якими кожний десятий злочин у країні стабільно вчиняється в Причорноморському регіоні: в Одеській області – 4,67%, у Миколаївській – 3,06%, у Херсонській – 2,19% рецидивних злочинів від усіх зафіксованих у країні злочинів [9, с. 190].

Узагальнюючи результати досліджень учених минулих століть, можна дійти висновку, що вже за тих часів науковці звертали увагу й намагалися пояснити наявність суттєвих регіональних, а також статевих відмінностей у кількісних та якісних показниках рецидивної злочинності. Ці відмінності пов'язані з відмінностями в умовах життя населення, зі специфікою психофізіологічних якостей певних категорій людей, особливостями соціально-демографічних та економічних параметрів країн, а також її території, особливостями клімату та географічного розташування тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Битков Ю.И. Учение о рецидивной преступности в российском уголовном праве : дисс. … доктора юр. наук : 12.00.08. Саратов, 1998. 303 с.
2. Шнайдер Г. Й. Криминология ; под общ. ред. и с предлож. Л.О. Иванова. Москва : Изд. группа «Прогресс-Универс», 1994. 504 с.
3. Даньшин І.М., Голіна В.В., Кальман О.Г. Кримінологія. Особлива частина. Харків : «Право», 1999. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/410/1/084.html# (дата звернення: 19.11.2020).
4. Даньшин І.М. Усталені форми злочинності : кримінологічний нарис. Харків : Акта, 2002. 109 с.
5. Меркулова В.О. Жінка як суб'єкт кримінальної відповідальності : автореф. дис. … доктора юрид. наук : 12.00.08 ; Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2003. 33 с.
6. Кетле А. Социальная система и законы ею управляющие. 2-е изд. Москва : Книжный дом «Либроком», 2012. 311 с.
7. Зеланд Н.Л. Женская преступность. Санкт-Петербург : Типография А.А. Пороховщикова, 1899. 389 с.
8. Тарновский Е.Н. Движение преступности в Европейской части России за 1874–1894 гг. *Журнал Министерства юстиции.* 1899. № 3. С. 123–124.
9. Бабенко А.М. Регіональна злочинність в Україні: закономірності, детермінація та запобігання : дис. … д-ра юрид наук : 12.00.08 ; Харк. ун-т внутр. справ. Харків, 2015. 515 с.
10. Михайленко П.П., Гельфанд И.А. Рецидивная преступность и ее предупреждение органами внутренних дел. Киев : МВД УССР, 1970. 444 с.
11. Шакун В.І. Урбанізація і злочинність : монографія. Київ : Вид. Укр. акад. внутр. справ, 1996. 256 с.

УДК 343
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/94

ЗАХИСТ ІНФОРМАЦІЇ ТА КІБЕРБЕЗПЕКА ЯК СКЛАДОВА ЧАСТИНА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

INFORMATION PROTECTION AND CYBER SECURITY AS A COMPONENT OF UKRAINE'S NATIONAL SECURITY

Микитенко Д.О., студент II курсу магістратури
Слідчо-криміналістичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуті актуальні питання забезпечення кібербезпеки в сучасних умовах, які торкаються широкого кола не лише приватних, але й корпоративних і навіть державних інтересів, та які мають широке розповсюдження і набувають загрозливого характеру. Наведено правовий аспект питань забезпечення кібербезпеки в Україні. Проаналізовано значення таких термінів, як «безпека», «національна безпека України», «інформація», «відомості», «дані», «кібербезпека» не тільки на побутовому, а й на доктринально-правовому і законодавчому рівнях тощо. Виокремлено пріоритетний напрям забезпечення національної безпеки – інформаційна безпека. Проаналізовано два основні підходи до захисту від загроз, що виходять із глобального інформаційного простору, а саме кібербезпека та інформаційна безпека. Проведено аналіз міжнародно-правових актів у сфері кібербезпеки та протидії кіберзлочинності, наприклад, Конвенції ООН про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки, Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 року, Конвенції про кіберзлочинність. Досліджено діяльність Міжнародного союзу електрозв'язку та Європейської ради, Центру національної кібербезпеки, групи координації безпеки електронної пошти (ESCG). Досліджено принципи забезпечення міжнародної інформаційної безпеки відповідно до Конвенції ООН про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки. Виокремлені основні тенденції розвитку кіберзагроз у сучасному інформаційному просторі та заходи, необхідні для їх нейтралізації. Визначені основні проблеми, що виникають у міжнародному регулюванні боротьби з кіберзлочинністю, та основні загрози міжнародному миру і безпеці в інформаційному просторі. Відмічено наявність міждержавних угод Генеральної прокуратури України з головними органами прокуратури інших держав, наприклад, Угоди про співробітництво між Генеральною прокуратурою України та Федеральною прокуратурою Королівства Бельгія у боротьбі з кіберзлочинністю, організованою злочинністю, корупцією і тероризмом. Досліджені такі спеціалізовані органи, як Європейський центр з боротьби з кіберзлочинністю. Створено рекомендації для політики України у сфері забезпечення інформаційної безпеки та кібербезпеки на національному та міжнародному рівні.

Ключові слова: інформаційна безпека, кібербезпека, інформація, кіберпростір, національна безпека, кіберзлочинність, міжнародна інформаційна безпека, міжнародне регулювання боротьби з кіберзлочинністю.

The article considers topical issues of cybersecurity in modern conditions, which affect a wide range of not only private but also corporate and public interests, are widespread and threatening. The legal aspect of cybersecurity issues in Ukraine is presented. The meanings of such terms as "security", "national security of Ukraine", "information", "information", "data", "cybersecurity", etc. are analyzed. The meanings of such terms as "security", "national security of Ukraine", "information", "information", "data", "cybersecurity" are analyzed not only at the domestic, but also at the doctrinal-legal and legislative levels, etc. Information security has been identified as a priority for national security. There are two main approaches to protection against threats emanating from the global information space, cybersecurity and information security. An analysis of international legal acts in the field of cybersecurity and combating cybercrime, for example, the UN Convention on International Information Security, the UN Convention against Transnational Organized Crime of 15.11.2000, the Convention on Cybercrime. Study of the activities of the International Telecommunication Union and the European Council, the Center for National Cyber Security, the ESCG. An analysis of international legal acts in the field of cybersecurity and combating cybercrime. The main trends in the development of cyber threats in the modern information space and the measures needed to neutralize them are highlighted. The main problems that arise in the international regulation of the fight against cybercrime and the main threats to international peace and security in the information space are identified. There are interstate agreements between the Prosecutor General's Office of Ukraine and the main prosecutor's offices of other countries, such as the Agreement on Cooperation between the Prosecutor General's Office of Ukraine and the Federal Prosecutor's Office of the Kingdom of Belgium in combating cybercrime, organized crime, corruption and terrorism. The study includes specialized bodies such as the European Center for Combating Cybercrime. Recommendations for Ukraine's policy in the field of information security and cybersecurity at the national and international levels have been created.

Key words: information security, cybersecurity, information, cyberspace, national security, cybercrime, international information security, international regulation in the fight against cybercrime.

Постановка проблеми. Глобальна інформатизація сьогодні активно впливає на існування і життєдіяльність держав світової спільноти, інформаційні технології застосовуються у вирішенні завдань забезпечення національної, військової, економічної безпеки тощо. Разом із тим одним із фундаментальних наслідків глобальної інформатизації державних і військових структур стало виникнення принципово нового середовища протиборства конкуруючих держав – кіберпростору, яке не є географічним у загальноприйнятому сенсі цього слова, але, тим не менш, у повній мірі є міжнародним. І якщо сьогодні між провідними у військовому та економічному відношенні світовими державами склався в тій чи іншій мірі певний паритет у галузі застосування звичайних озброєнь і зброї масового ураження, а в міжнародному праві зафіксовані основні принципи взаємовідносин цих держав у межах таких просторів, як наземне, морське, повітряне, космічне, то питання про міждержавний паритет і взаємини в кіберпросторі натепер продовжують залишатися відкритим.

Вказане питання стало предметом дослідження таких науковців, як С.А. Буяджи, А.В. Войціховський, І.В. Гринчак, О.О. Грицун та інших.

Мета і завдання дослідження. Метою даної роботи є комплексний аналіз проблем захисту інформації та кібербезпеки як складової частини національної безпеки України.

Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі завдання:

1) розкрити сутність основних понять у сфері захисту інформації та кібербезпеки;

2) проаналізувати національне та міжнародне законодавство з питань кібербезпеки та протидії кіберзлочинності.

Виклад основного матеріалу. Поняття «безпека» в сучасному світі відіграє чи не найголовнішу роль у всіх життєвих процесах: біологічних, політичних, економічних, соціальних, технічних, територіальних тощо. Тому важливо не тільки коректно визначати це поняття і його

похідні, а й правильно застосовувати їх за призначенням. Натепер вітчизняне законодавство не містить загальної дефініції поняття «безпека». В юридичній літературі під безпекою розуміється рівень захищеності життєво важливих інтересів людини, а також суспільства, держави, навколишнього природного середовища від реальних або потенційних загроз, що їх створюють антропогенні чи природні фактори. При цьому виокремлюють воєнну, екологічну, економічну, інформаційну, пожежну політичну, продовольчу, радіаційну, соціальну, технічну, транспортну, фінансову, ядерну безпеку. Ключовим чинником політики будь-якої держави виступає національна безпека [6, с. 385].

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» національною безпекою України визнається захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз [16, с. 241].

Вивченням теоретичних підходів до інтерпретації поняття «національна безпека» з'ясовано, що існують різні підходи до сутності та змісту даної категорії, проте загалом вони відповідають легальній дефініції.

Одним із пріоритетних напрямів забезпечення національної безпеки є інформаційна безпека, оскільки сьогодні важливим стратегічним пріоритетом України є розвиток інформаційного суспільства та впровадження новітніх інформаційно-комунікаційних технологій в усі сфери суспільного життя і в діяльність органів державної влади.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про інформацію» під інформацією розуміються будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [15, с. 650]. У ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» вказано, що інформація являє собою відомості в будь-якій формі й вигляді, збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості [14, с. 64].

Аналіз вітчизняної правової доктрини свідчить, що більшість науковців дублюють законодавче визначення «інформація» через поняття «відомості», «дані»: зокрема, під інформацією розуміють: 1) відомості, що передаються усним, письмовим або іншим способом, зокрема за допомогою умовних сигналів, технічних засобів і т.п. [19, с. 24]; 2) відомості (а не дані) про події та явища, які можуть бути пізнані особою та передані іншій особі у вигляді, придатному для сприйняття [12, с. 9]; 3) відомості про об'єктивно існуючі явища, які використовуються більш ніж однією особою, незалежно від форми та способу надання в суспільних відносинах [13, с. 7] тощо.

Таким чином, поняття «інформація», «дані», «відомості», «повідомлення», «знання» не тільки на побутовому, а й на доктринально-правовому і законодавчому рівнях визначаються одне через одного та є синонімами.

Особливістю поняття «інформація» є його універсальність. Воно використовується в усіх без винятку сферах людської діяльності, водночас визначення категорії «інформація» передусім залежить від конкретної галузі знань, в якій ведеться дослідження. Виходячи з наведених вище визначень, ми можемо говорити про те, що з правової точки зору інформація – це дані, які є об'єктом комунікації, і посягання на інформацію слід розглядати у двох площинах: як посягання безпосередньо на інформацію і як посягання на можливості її безперешкодної передачі (комунікації). Таким чином, інформація, будучи засобом комунікації, стає об'єктом правового захисту вже в момент її появи, незалежно від того, в якій формі вона надана і незалежно від її подальшого поширення.

Упродовж останніх десятиліть інформація набуває властивостей потужного засобу впливу на суспільно-політичні, ідеологічні та соціально-економічні процеси, стає свого роду зброєю, яке вимагає створення системи протидії, захисту інформаційних ресурсів, що належать державним органам і становлять державну, лікарську, особисту таємницю.

Існує два основні підходи до захисту від загроз, що виходять із глобального інформаційного простору, – кібербезпека та інформаційна безпека. Ці підходи не є взаємовиключними. Проте вони відображають соціально-культурні, економічні та політичні особливості держав і спрямовані на реалізацію відповідних національних інтересів.

У звіті «Global Digital 2018» від We Are Social і Hootsuite повідомлялося, що в жовтні 2018 р. у світі налічувалось майже 4,2 мільярда користувачів Інтернету (зростання за рік – 7%), біля 3,4 мільярда осіб по всьому світу використовували соціальні мережі (зростання за рік – 10%), більше 5,1 мільярда чоловік користувалися мобільним телефоном, більшість з яких – смартфон [23].

Нині визначення поняття «кібербезпека» закріплено на законодавчому рівні, а саме у ст. 1 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», де під кібербезпекою розуміється захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних і потенційних загроз національній безпеці України в кіберпросторі [17, с. 103]. У цій же статті надається визначення поняттю «кіберпростір», яким визнається середовище (віртуальний простір), яке надає можливості для здійснення комунікацій та/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем та забезпечення електронних комунікацій з використанням мережі Інтернет та/або інших глобальних мереж передачі даних.

Із зазначених вище дефініцій убачається, що інформаційна безпека ширше кібербезпеки і крім питань, пов'язаних з технічним забезпеченням безпеки інфраструктури та безпеки інформації, розглядає проблеми захисту особистості й суспільства від деструктивного інформаційного впливу. У свою чергу визначення терміна «кібербезпека» базується на понятті «кіберпростір» та являє собою сукупність умов, за яких всі складники кіберпростору захищені від максимально можливої кількості загроз і впливів з негативними наслідками.

Натепер сформована правова основа у сфері кібербезпеки України, яка, крім Законів України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», «Про національну безпеку України», «Про інформацію», включає також Доктрину інформаційної безпеки України (введена в дію 25.02.2017 року) [18], а також інші законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти.

Вивчення даних законодавчих актів з'ясувало, що кібербезпека та інформаційна безпека визначаються як одні з головних пріоритетів у протидії загрозам національній безпеці.

Надзвичайно важливу роль у сфері захисту інформації та кібербезпеки відіграє міжнародно-правове регулювання [1, с. 78]. Міжнародне співтовариство на різних рівнях виробило ряд актів, що мають значення для захисту інформації та кібербезпеки, причому особливу роль відіграють регіональні акти, оскільки універсальний документ натепер створити важко. Разом із тим не можна не відзначити спроби держав поширити норми глобальних міжнародних договорів на боротьбу з кіберзлочинністю або укласти нові договори. Наприклад, оскільки в кіберпросторі поряд з окремими особами можуть діяти й орга-

нізовані злочинні групи, існує можливість застосування до них міжнародних договорів, спрямованих на боротьбу з організованою злочинністю, зокрема Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 року [9, с. 1056].

Крім того, розроблено концепцію Конвенції ООН про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки [8]. У ст. 4 Конвенції закріплені основні загрози міжнародному миру і безпеці в інформаційному просторі, з яких виділено 11 базових і 4 додаткових. Серед базових названі, наприклад, використання інформаційних технологій і засобів для здійснення ворожих дій і актів агресії; цілеспрямований деструктивний вплив у інформаційному просторі на критично важливі структури іншої держави; транскордонне поширення інформації, яка суперечить принципам і нормам міжнародного права, а також національним законодавствам держав. Знову ж у документі не вказані такі реальні загрози міжнародній безпеці, як вчинення кіберзлочинів, розповсюдження наркотичних і психотропних засобів, їхніх аналогів, а також порнографії, в тому числі й дитячої.

Крім цього, концепція Конвенції містить ст. 5, присвячену основним принципам забезпечення міжнародної інформаційної безпеки. Аналіз представлених принципів дозволяє зробити висновок про те, що їх можна розділити на чотири групи: принципи участі держави в системі міжнародної інформаційної безпеки як члена міжнародного співтовариства; принципи, які дозволяють державі зберегти свій суверенітет у процесі міжнародного співробітництва в боротьбі з кіберзлочинністю; принципи забезпечення вільного інформаційного обміну між країнами. Четверта група принципів установлює характер взаємодії держави і приватних суб'єктів у розглядуваних відносинах. Разом із тим знову ж доводиться констатувати, що в концепції Конвенції детально не прописані принципи міжнародного співробітництва в боротьбі з кіберзлочинами, крім спрямованого проти дій терористичного характеру [8].

Таким чином, положення концепції Конвенції ООН про забезпечення міжнародної інформаційної безпеки носять достатній, але компромісний характер і орієнтовані насамперед на попередження інформаційних війн, тероризму.

Важливі питання співробітництва держав у боротьбі зі злочинним використанням інформаційно-комунікаційних технологій було покладено на Міжнародний союз електрозв'язку. Результатом діяльності стало прийняття вказаним суб'єктом Глобальної програми кібербезпеки [3, с. 174], яка визначила цілі, принципи і стратегії розробки моделей законодавства у сфері боротьби з комп'ютерною злочинністю.

Не можна не відзначити, що більшу частину спеціалізованих актів з боротьби з кіберзлочинами становлять акти Європейського союзу, який має одну з найбільш розвинених у світі систем забезпечення інформаційної безпеки. Так, у жовтні 1999 року в ході Тамперської наради Європейської ради ЄС було прийнято рішення про доцільність включення злочинів у сфері високих технологій (high-tech crime) у число злочинів, за якими необхідне вироблення загального європейського підходу в частині криміналізації і санкцій [21, с. 267].

У 2001 році Європейська комісія представила спеціальне повідомлення «Створення безпечного інформаційного суспільства за допомогою підвищення захищеності інформаційної інфраструктури і боротьби зі злочинами з використанням комп'ютерних засобів», у якому містилися пропозиції правового та організаційного характеру щодо боротьби з кіберзлочинністю в Європейському союзі.

Як для Європейського союзу, так і для всієї світової спільноти принципове значення має Конвенція про кіберзлочинність, яка регламентує глобальні заходи боротьби з кіберзлочинністю й була прийнята Радою Європи у 2001 році (ратифікована Україною 07.09.2005 року) [10].

У Конвенції про кіберзлочинність кіберзлочини класифікуються так:

1) злочини проти конфіденційності, цілісності й доступності комп'ютерних даних і систем (offences against the confii dentiality, integrity and availability of computer data and systems): протизаконний доступ (illegal access); неправомірне перехоплення (Illegal interception); вплив на дані (data interference); вплив на функціонування системи (system interference); протизаконне використання пристроїв (Misuse of devices);

2) правопорушення, пов'язані з використанням комп'ютерних засобів (Computer-related offences): фальсифікація з використанням комп'ютерних технологій (computer-related forgery); шахрайство з використанням комп'ютерних технологій (computerrelated fraud);

3) злочини, пов'язані з утримуванням даних (content-related offences); злочини, пов'язані з дитячою порнографією (Offences related to child pornography);

4) правопорушення, пов'язані з порушенням авторського права і суміжних прав (offences related to infringements of copyright and related rights) [10].

Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність включає в зазначений перелік такі види злочинів: 1) поширення расистських і ксенофобських матеріалів за допомогою комп'ютерних систем (dissemination of racist and xenophobic material through computer systems); 2) мотивована загроза расизму і ксенофобії (racist and xenophobic motivated threat); 3) расистська і ксенофобська мотивована образа (Racist and xenophobic motivated insult); 4) невизнання, надзвичайна мінімізація, схвалення або виправдання геноциду чи злочинів проти людства (denial, gross minimisation, approval or justifii cation of genocide or crimes against humanity) [4].

Конвенція передбачає також і розвиток кримінального процесуального законодавства, наприклад, необхідність законодавчого закріплення оперативного забезпечення збереження накопичених комп'ютерних даних, процедури проведення обшуку і виїмки збережених комп'ютерних даних.

Основні проблеми, що виникають у міжнародному регулюванні боротьби з кіберзлочинністю, полягають у відмінності національних стандартів у сфері кібербезпеки; відсутності чіткого уніфікованого категоріального апарату; недостатньому рівні координації діяльності правоохоронних органів під час розслідування кіберзлочинів, низькому рівні обміну інформацією про кіберінциденти між державами; недостатньому рівні державно-приватного співробітництва [20, с. 99].

Також варто відмітити наявність міждержавних угод Генеральної прокуратури України з головними органами прокуратури інших держав. Зокрема, у 2015 році було укладено Угоду про співробітництво між Генеральною прокуратурою України та Федеральною прокуратурою Королівства Бельгія в боротьбі з кіберзлочинністю, організованою злочинністю, корупцією і тероризмом [22]. Подібні угоди були укладені, зокрема, і з Національною прокуратурою Королівства Нідерланди [11] та державами пострадянського простору.

На міжнародному рівні з метою захисту інформації та кібербезпеки створюються також спеціалізовані органи. Оскільки інформаційна безпека держави пов'язана з її суверенітетом, то створення єдиного органу, який би координував взаємодію держав щодо боротьби з кіберзлочинами, ускладнено, проте створюються допоміжні органи, які додержуються єдиних стандартів діяльності, узагальнюють практику різних країн з питань боротьби з кіберзлочинами [5, с. 65].

Велике значення у взаємодії держав – учасників Європейського союзу має діяльність Європолу та Євроюсту,

які беруть безпосередню участь у боротьбі з кіберзлочинністю на просторі Європейського союзу [21, с. 268]. У роботі Європолу використовується система аналітичних робочих картотек (analys work fiiles), що формуються шляхом зосередження в його інформаційних системах даних з метою аналізу, що визначається як обробка або використання даних для підтримки кримінальних розслідувань. Система діючих аналітичних картотек включає картотеки з кіберзлочинності Cyborg і дитячої порнографії Twins [2, с. 110].

Крім зазначених органів, які мають юрисдикційну компетенцію в розглядуваній сфері, Європейським союзом створюються і допоміжні органи. Так, 18.01.2013 року в Гаазі офіційно відкритий Європейський центр з боротьби з кіберзлочинністю. Цілями його створення є збір і обробка даних стосовно кіберзлочинів, проведення експертних оцінок інтернет-загроз, розроблення і впровадження передових методів профілактики і розслідування кіберзлочинів, підготовка нових кадрів, надання допомоги правоохоронним і судовим органам, а також координація спільних дій зацікавлених сторін, спрямованих на підвищення рівня безпеки в європейському кіберпросторі [7, с. 85].

Особливої уваги заслуговують системи протидії кіберзлочинам на рівні окремих держав. Наприклад, у США поряд з уже функціонуючим Центром національної кібербезпеки (National Cyber Security Center) у складі Збройних сил сформовано Об'єднане кібернетичне командування (Unified US Cyber Command), яке в глобальному масштабі має координувати зусилля всіх структур Пентагону в ході ведення бойових дій, надавати відповідну підтримку цивільним федеральним установам, а також взаємодіяти з аналогічними за завданнями відомствами інших країн.

У Великобританії реалізуються програми зі створення кіберзброї, які забезпечать здатність влади протистояти зростаючим загрозам з кіберпростору. В Австралії створено групу координації безпеки електронної пошти (ESCG). Основним завданням цієї групи є створення безпечного і надійного електронного оперативного простору як для суспільного, так і для приватного секторів [3, с. 36].

Висновки. Наслідком активного використання інформації у всіх сферах людської діяльності є виникнення залежності особистості, суспільства і держави від безперебійного і надійного функціонування інформаційно-комунікаційних систем. Залежність у свою чергу призводить до появи якісно нових загроз, заснованих на використанні властивих інформаційно-комунікативним системам вразливостей, що в ряді випадків є несумісним із завданнями підтримки національної і міжнародної стабільності і безпеки. На міжнародному рівні визнано, що джерелами загроз можуть бути терористи, кіберзлочинці, а також держави.

Існує два основні підходи до захисту від загроз, що виходять із глобального інформаційного простору – кібербезпека та інформаційна безпека. Ці підходи не є взаємовиключними. Проте вони відображають соціально-культурні, економічні та політичні особливості держав і спрямовані на реалізацію відповідних національних інтересів. Інформаційна безпека ширше кібербезпеки і крім питань, пов'язаних з технічним забезпеченням безпеки інфраструктури та безпеки інформації, розглядає проблеми захисту особистості й суспільства від деструктивного інформаційного впливу.

Аналіз міжнародних нормативно-правових актів, законодавства України й ряду зарубіжних держав показує, що багато законів уже включають елементи, необхідні для обмеження деструктивного інформаційного впливу на особистість, суспільство і державу. Зокрема, у багатьох державах існують закони, що дозволяють здійснювати фільтрацію шкідливого контенту. Інтернет повинен, безсумнівно, залишатися простором свободи і загальнолюдським надбанням; кожен повинен мати право на доступ до інформації та право на свободу самовираження. Водночас не можна заперечувати той факт, що свобода не має на увазі вседозволеність, а навпаки, має на увазі відповідальність за свої дії як у фізичному світі, так і у віртуальному просторі.

У числі рекомендацій для політики України у сфері забезпечення інформаційної безпеки та кібербезпеки на національному та міжнародному рівні необхідно продовжити і розширити діяльність зі створення умов для формування системи міжнародної інформаційної безпеки на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. Важливо розвивати співробітництво в цій сфері. На рівні ООН необхідно підготувати й ухвалити міжнародно-правові акти, що регламентують застосування принципів і норм міжнародного гуманітарного права у сфері використання інформаційних та комунікаційних технологій.

З урахуванням усієї складності й небезпеки кіберзлочинів необхідне вироблення спільних дій учених-юристів, передусім законодавців і, звичайно ж, фахівців у галузі комп'ютерних інформаційних технологій, спрямованих на боротьбу зі злочинами в глобальних інформаційних мережах. Оскільки впровадження нормативних актів як національного, так і міжнародного характеру – недостатній крок на шляху вирішення проблеми боротьби з кіберзлочинністю, в даному випадку необхідні спеціальні знання у сфері інформаційних технологій і програмного забезпечення. Єдиного глобального акта, який регламентує порядок протидії кіберзлочинам, не вироблено, проте міжнародне співтовариство в межах регіонального співробітництва вживає заходів стосовно законодавчого врегулювання дій суб'єктів у кіберпросторі й боротьби з кіберзлочинами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Буяджи С.А. Правове регулювання боротьби з кіберзлочинністю: теоретико-правовий аспект : дис. … здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук. 12.00.01. Київ, 2018. 203 с.
2. Войціховський А.В. Міжнародне співробітництво в боротьбі з кіберзлочинністю. *Право і безпека*. 2011. № 4 (41). С. 107–112.
3. Грицун О.О. Регулювання питань міжнародної інформаційної безпеки в межах міжнародних організацій. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2014. № 4 (1). С. 172–180.
4. Демедюк С.В. Міжнародний досвід протидії кіберзлочинності. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ: збірник наукових праць.* Харків. 2014. № 4 (67). С. 65–75.
5. Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, який стосується криміналізації дій расистського та ксенофобного характеру, вчинених через комп'ютерні системи: міжнародний документ від 28.01.2003 р. *Офіційний вісник України* 2010. № 56 ;. 2006. № 31. Ст. 2202. С. 73. 1920 с.
6. Енциклопедія сучасної України. Київ, 2003. Т. 2. 695 с.
7. Кобилянська Л. Правові засади міжнародного співробітництва у сфері боротьби з кіберзлочинністю. *Матеріали регіональної науково-практичної конференції «Європейські та міжнародні підходи до захисту прав людини»*, Київ. С. 83–88.
8. Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция). URL: http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.htm (дата обращения: 28.10.2020).
9. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності: міжнародний документ від 15.11.2000 р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 14. 1056 с.
10. Конвенція про кіберзлочинність: міжнародний документ від 23.11.2001 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575 (дата звернення: 28.10.2020).

11. Меморандум про співробітництво між Генеральною прокуратурою України та Національною прокуратурою Королівства Нідерланди у боротьбі з кіберзлочинністю, організованою злочинністю та відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом: Міжнародний документ від 09.09.2009 р. *Офіційний вісник України.* 2009. № 76. 2601 с.

12. Петров Є.В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин : автореф. дис. … канд. юрид. наук. 12.00.03. Харків, 2003. 19 с.

13. Правова охорона як складова інформаційної безпеки цивільної авіації : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03 ; Держ. НДІ МВС України. Київ, 2010. 20 с.

14. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 року № 2210-III**.** *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. 64 с.

15. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 року № 2657-XII. */Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. 650 с.

16. Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 року № 2469-VIII/ *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 31. 241 с.

17. Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 05.10.2017 року № 2163-VIII/*Відомості Верховної Ради*. 2017. № 45. 403 с.

18. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 25.02.2017 року № 47/2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/47/2017#Text (дата звернення: 28.10.2020).

19. Синєокий О.В. Інформаційне право України та електронне право високих технологій : електронний курс лекцій українською мовою. Запоріжжя : ЗНУ, 2010. 215 с.

20. Скулиш Є.Д. Міжнародно-правове співробітництво у сфері подолання кіберзлочинності. *Інформація і право*. 2014. № 1 (10). С. 93–100.

21. Смирнов А.А. Система борьбы с киберпреступностью в Европейском Союзе. *Библиотека криминалиста*. 2012. № 2 (3). С. 262–274.

22. Угода про співробітництво між Генеральною прокуратурою України та Федеральною прокуратурою Королівства Бельгія у боротьбі з кіберзлочинністю, організованою злочинністю, корупцією і тероризмом: міжнародний документ від 15.10.2015 р. *Офіційний вісник України.* 2015. № 90. С. 443. 3083 с.

23. Internet World Stats (IWS). URL: https://www.internetworldstats.com/stats.htm (дата звернення: 28.10.2020).

УДК 343.535
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/95

ОНОВЛЕННЯ СТАТТІ 203–2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЯК НАСЛІДОК СКАСУВАННЯ ЗАБОРОНИ ГРАЛЬНОГО БІЗНЕСУ: АНАЛІЗ НА ПРЕДМЕТ ВІДПОВІДНОСТІ ПРИНЦИПУ СУСПІЛЬНОЇ НЕБЕЗПЕКИ

UPDATE OF ARTICLE 203–2 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE AS A CONSEQUENCE OF THE ABOLITION OF THE BAN ON GAMBLING: AN ANALYSIS OF COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF PUBLIC DANGER

Мовчан Р.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Драчевський Є.Ю., аспірант кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

У статті здійснено спробу вирішити питання про те, чи відповідає скасування заборони грального бізнесу в Україні та здійснене після цього оновлення редакції статті 203–2 Кримінального кодексу України такому принципу криміналізації (декриміналізації), як принцип суспільної небезпеки. Звернення до відповідної проблематики пояснюється недослідженістю останньої у вітчизняній кримінально-правовій науці, а також відсутністю уніфікованої позиції щодо неї.

За результатами дослідження суспільної небезпеки грального бізнесу (азартних ігор) виділено одразу два основні напрями загроз, за якими гральний бізнес визначається таким, що може завдати істотної шкоди, а саме: 1) економічна безпека держави та системи господарювання; 2) морально-етична складова частина життєдіяльності людини та її психічне здоров'я. Зважаючи на це, констатується, що аналізований вид діяльності необхідно вважати суспільно небезпечним. Водночас робиться висновок про те, що характер та ступінь цієї суспільної небезпеки є такими, які вимагають не абсолютної заборони цього виду діяльності та, відповідно, встановлення кримінальної відповідальності за будь-які прояви порушення цієї заборони, як це було і зроблено згідно із Законом України від 15 травня 2009 року «Про заборону грального бізнесу в Україні», а його належного державного регулювання зі встановленням кримінальної відповідальності лише за найбільш небезпечні порушення встановленого порядку провадження відповідної діяльності, що й було задекларовано метою ухвалення Закону України від 14 липня 2020 року «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор». З огляду на сказане резюмується, що розглядуване рішення вітчизняних парламентаріїв, зокрема й у частині викладення статті 203–2 Кримінального кодексу України в її новій редакції, необхідно вважати цілком виправданим та соціально зумовленим.

Ключові слова: гральний бізнес, азартні ігри, лотереї, криміналізація, суспільна небезпека, державне регулювання.

The article attempts to resolve the question of whether the lifting of the ban on gambling in Ukraine and the subsequent update of Article 203–2 of the Criminal Code of Ukraine comply with the principle of criminalization (decriminalization) as a principle of public danger. The appeal to the relevant issues is explained by the lack of research of the latter in the domestic criminal law science, as well as the lack of a unified position on it.

According to the results of the study of the public danger of the gambling business (gambling), two main areas of threats have been identified, in which the gambling business is determined to cause significant harm: 1) economic security of the state and the economic system; 2) the moral and ethical component of human life and mental health. Based on this, it is stated that the type of activity in question must be considered socially dangerous. At the same time, it is concluded that the nature and degree of this public danger is one that does not require an absolute ban on this type of activity and, accordingly, the establishment of criminal liability for any violations of this ban – as it was done under the Law of Ukraine May 15, 2009 "On the prohibition of the gambling business in Ukraine" – and its proper state regulation with criminal liability only for the most dangerous violations of the established procedure for carrying out relevant activities – which was declared the purpose of the Law of Ukraine of 14 July 2020 regulation of activities for the organization and conduct of gambling. Given the above, it is summarized that the decision of the domestic parliamentarians, including the wording of Article 203–2 of the Criminal Code of Ukraine in its new version, must be considered quite justified and socially conditioned.

Key words: gambling business, gambling, lotteries, criminalization, social danger, government regulation.

14 липня 2020 р. Верховною Радою України ухвалено Закон «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (далі – Закон від 14 липня 2020 р.). Головним наслідком ухвалення цього Закону стало скасування (з урахуванням обмежень, передбачених у Прикінцевих та Перехідних положеннях) наявної в нашій державі із 2009 р. абсолютної заборони на зайняття гральним бізнесом, що, своєю чергою, зумовило внесення одночасних змін і до ст. 203–2 Кримінального кодексу України (далі – КК України), в оновленій редакції якої, що логічно, уже вказується не на легалізоване нині «зайняття гральним бізнесом», а лише на «незаконну діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей».

Водночас маємо зазначити, що відповідна законодавча ініціатива не отримала одностайної підтримки ні серед народних депутатів України, ні у фаховому середовищі, ні в суспільстві загалом, а дискусії щодо цього активно тривають і донині. За таких умов своє вагоме слово мають сказати представники кримінально-правової доктрини, які мають надати науково обґрунтовану відповідь на питання, що хвилюють суспільство, пов'язані з ухваленням Закону від 14 липня 2020 р.

У вітчизняній юридичній літературі проблема суспільної небезпеки грального бізнесу / азартних ігор була предметом наукових розвідок таких учених, як: В.В. Висоцька, А.А. Вознюк, О.З. Гладун, О.О. Дудоров, Д.В. Каменський, Н.О. Петричко, А.С. Політова, С.В. Рябчук, А.В. Савченко, З.М. Топорецька, В.С. Філютович-Герасименко й інші. Незважаючи на позначену доктринальну активність, мусимо констатувати, що роботи названих авторів виконувалися ще до ухвалення аналізованих змін до законодавства, через що не враховують специфіки останніх. Своєчасність звернення до обраної кримінально-правової проблематики посилюється й у зв'язку із роботою над проєктом нового КК України, що триває.

У зв'язку із цим **метою** пропонованої увазі читача статті є детальний аналіз суспільної небезпеки азартних ігор[1], за результатом чого має бути зроблений науково обґрунтований висновок про виправданість легаліза-

ції цього виду діяльності та пов'язане із цим оновлення редакції ст. 203–2 КК України.

Як зазначала Л.М. Кривоченко, лише оцінка всієї сукупності об'єктивних та суб'єктивних ознак злочину[2] може розкрити об'єктивну, реальну небезпечність злочину – тяжкість [1, с. 75]. У такому руслі розмірковував і П.А. Фефєлов, який підкреслював, що суспільну небезпеку важливо розглядати в тісному зв'язку не лише з об'єктивною, але і із суб'єктивною стороною, а також з об'єктом та суб'єктом злочину [2, с. 135].

Однак, навіть за підтримки такого комплексного підходу, усе ж маємо зауважити, що у кримінально-правовій доктрині вже тривалий час панівною залишається позиція, зміст якої полягає в тому, що «першим критерієм суспільної небезпеки як сутнісної властивості злочинного діяння є об'єкт посягання» [3, с. 73–74]. Пояснюється це тим, що віднесення певного суспільно небезпечного діяння особи до категорії злочинів є прерогативою законодавця, а тому він зобов'язаний визнавати кримінально протиправним діянням лише такий учинок, який посягає на найцінніші **об'єкти**, завдає їм істотної шкоди, отже, має відповідний *характер* (якісний показник, який визначається передусім тією або іншою **групою суспільних відносин, на які посягає злочин**) і *ступінь* (спосіб, форма вини, мотив та мета злочину, обставини та стадії його вчинення, тяжкість наслідків тощо [4, с. 77]) *суспільної небезпеки*.

Відповідно до чинної редакції ст. 203–2 КК України, можна констатувати, що основним безпосереднім об'єктом передбаченого нею кримінального правопорушення (далі – к. пр.) є встановлений законом порядок зайняття таким видом діяльності, як організація та проведення азартних ігор і лотерей. У процесі проведення аналізу «економічного» складника суспільної небезпеки грального бізнесу деякі фахівці звертають увагу і на його тісний зв'язок із легалізацією (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, через що його деякою мірою можна вважати виявом організованої економічної злочинності [5, с. 9]. Зокрема, Н.А. Сперкач і А.П. Китун зазначають, що контролювати потоки коштів із грального закладу та від нього досить складно, що і стане чудовою знахідкою для злочинців та злочинних організацій [6, с. 163].

Водночас уважаємо, що більш глибоке розуміння суспільної небезпеки розглядуваного к. пр. може бути досягнуто виокремленням не лише згаданої вище «економічної», а й інших складових частин антисуспільної спрямованості грального бізнесу. Зокрема, О.З. Гладун звертає увагу на те, що в наукових дослідженнях традиційно виділяють два основні напрями загроз, за якими гральний бізнес визначається таким, що може завдати істотної шкоди, як-от: 1) економічна безпека держави та системи господарювання; 2) морально-етична складова частина життєдіяльності людини та її психічне здоров'я [7, с. 82].

І справді, якщо ми уважно проаналізуємо юридичну літературу, то побачимо, що більшість дослідників розглядуваної проблематики фактично одностайні в тому, що, крім шкоди встановленому порядку зайняття господарською діяльністю, характер суспільної небезпечності зайняття азартними іграми визначається і способом та формою вчинення цього к. пр., наявністю корисливої мотивації, руйнівним впливом на суспільну моральність, здатністю викликати в особи психічну хворобу (ігроманія) тощо [8, с. 4; 9, с. 3; 10, с. 97; 11, с. 191; 12, с. 40; 13, с. 1].

Вочевидь, саме з урахуванням наведених вище положень О.О. Дудоров висновує, що додатковими об'єктами аналізованого к. пр. можуть бути визнані, зокрема, власність, моральність (залежність від азартних ігор призводить до складнощів у міжособистісних стосунках, виникнення думок про суїцид, зловживань алкоголем, розлучень, учинення правопорушень тощо), громадська безпека (організація азартних ігор нерідко перебуває у сфері впливу організованої злочинності), здоров'я населення, нормальний розвиток неповнолітніх [14, с. 565].

З'ясувавши основний та додатковий безпосередні об'єкти досліджуваного посягання, можна констатувати, що під час ухвалення Закону України від 15 травня 2009 р. «Про заборону грального бізнесу в Україні» (далі – Закон від 15 травня 2009 р.) вітчизняні парламентарі (услід за розробниками згаданого Закону) передусім «піклувалися» не про основний (умовно «економічна» складова частина), а саме про його додатковий безпосередній об'єкт, тобто другу з виділених О.З. Гладуном складових частин шкоди, якої завдає гральний бізнес, – морально-етичну життєдіяльність людини та її психічне здоров'я. На це, серед іншого, також вказує і задекларована мета аналізованого законопроєкту – захист прав і свобод громадян, моральності та здоров'я населення, використання власності в інтересах людини і суспільства. Про господарську ж діяльність у цьому супровідному документі взагалі не згадується.

Однак, хоча не заперечуємо, а більшою мірою навіть підтримуємо таке «піклування», усе ж зазначимо, що, на нашу думку, головна та принципова помилка народних депутатів України полягала саме в неправильному обранні інструментарію досягнення зазначеної мети. Пояснимо свою позицію.

Справді, з урахуванням самого характеру діяльності щодо організації або проведення азартних ігор, а також наведеної авторами проєкту закону від 26 березня 2009 р. інформації про «різке зростання кількості суб'єктів та об'єктів грального бізнесу, ускладнення криміногенної ситуації на вказаних об'єктах, зростання кількості гральних автоматів, розміщених не у відведених для цього місцях, та залів гральних автоматів, які, незважаючи на законодавчу заборону, відвідувалися неповнолітніми», навряд чи можна ставити під сумнів справедливість твердження про те, що в той час (2009 р.) Україна потребувала сучасного законодавства, покликаного **врегулювати** сферу азартних ігор, дотримання положень якого мають забезпечувати відповідні, зокрема і спеціальні, кримінально-правові заборони.

Однак, коли писали попередні рядки, ми недаремно виділили і тим самим звернули особливу увагу саме на формулювання «урегулювати» сферу азартних ігор. Цей крок пояснюється нашим переконанням у тому, що, незважаючи на свою напруженість, наявна у 2009 р. ситуація потребувала саме належного державного регулювання, «завданням якого, на відміну від інших сфер економіки, є не стимулювання його розвитку, а задоволення мінімального попиту громадян на гру шляхом дозволу ігор на гроші в обмеженому і суворо контрольованому державою обсязі» [14, с. 564], а не абсолютної заборони грального бізнесу в Україні, яка, за резонним зауваженням О.З. Гладуна, не може бути надійною перепоною для останнього [15, с. 78].

Безумовно, такий вид діяльності, як гральний бізнес, спричиняє досить значну шкоду відносинам моральності. Але ж необхідно бути відвертими та визнати, що деякі види легалізованої в Україні господарської діяльності спричиняють шкоду тим самим цінностям, про які вели мову розробники проєкту закону від 26 березня 2009 р. Це передусім виробництво і реалізація алкогольних напоїв

[1] Незважаючи на те, що у ст. 203–2 КК України згадуються не лише азартні ігри, а й лотереї, у цій статті насамперед буде аналізуватися саме суспільна небезпека азартних ігор, що пояснюється як назвою Закону від 14 липня 2020 р., так і істотною відмінністю в характері суспільної небезпеки зазначених видів діяльності. Водночас інколи, особливо в разі посилання на праці інших науковців, нами паралельно як рівнозначний поняттю «азартні ігри» буде вживатися термін «гральний бізнес».

[2] Як відомо, з 1 липня 2020 р. у системі кримінального законодавства України запроваджено двочленну класифікацію кримінальних правопорушень із поділом їх на злочини та кримінальні проступки. Однак у цій статті під час посилання на раніше опубліковані роботи інколи буде вживатися поняття «злочин», яким до набрання чинності відповідних змін позначалися будь-які кримінальні протиправні діяння.

і тютюнових виробів, негативний вплив яких на моральність населення, на здоров'я і поготів, та використання власності в інтересах людини і суспільства істотно переважає ту шкоду, яка завдається згаданим цінностям функціонуванням грального бізнесу. Але ж, зважаючи на гіркий досвід багатьох країн, українська влада не намагається цілком заборонити ні виробництво, ні споживання алкогольних напоїв і тютюнових виробів. Натомість, «примирившись» із неможливістю подолання цих негативних явищ на сьогоднішньому етапі розвитку суспільства і створивши більш-менш чіткі правові рамки такої діяльності, держава, по-перше, отримала одне з основних джерел надходжень до бюджету, по-друге, домоглася істотної детінізації цієї сфери господарської діяльності. Натомість Закон від 15 травня 2009 р., нагадуючи в цьому сенсі сумнозвісний «сухий закон», став потужним криміногенним чинником. Вказаному Закону, як відомо, підкорилися далеко не всі суб'єкти грального бізнесу, одна частина з яких продовжила свою діяльність у завуальованих формах (віртуальні казино, інтернет-кафе, покерні клуби, зали електронних розваг і атракціонів тощо), а інша – у тих же формах, що і раніше, але перейшовши під «патронат» одного з так званих «кришувальних» органів (передусім органів внутрішніх справ). Зважаючи саме на наведену інформацію, один з авторів цієї статті (у співавторстві з О.О. Дудоровим) свого часу зазначав, що внаслідок непрофесійних дій державної влади фактично цілий сектор економіки опинився в тіні [16, с. 228–229].

Співзвучно висловлюється й О.З. Гладун. Фахівець погоджується з тим, що вільний доступ до азартних ігор є надзвичайно сприятливою умовою поширення згубного впливу на психічне здоров'я особи, особливо дитини, а заборона грального бізнесу, безперечно, є ефективним засобом запобігання залученню широкого кола населення до участі в азартних іграх, адже з метою приховування грального бізнесу злочинці використовують широке розмаїття конспіративних заходів, зокрема, режим роботи закладу обмежується вечірнім або нічним періодом доби, вхід до нього відкритий лише для «перевірених» клієнтів чи за попередньою домовленістю, встановлюється особливий порядок отримання та видачі грошей, посилена охорона, зовнішнє та внутрішнє відеоспостереження. Та водночас, як і ми, О.З. Гладун резонно звертає увагу на те, що аналіз закордонного досвіду засвідчує, що такі особливості функціонування гральних закладів (віковий та майновий ценз для відвідувачів, розташування у спеціально призначених зонах тощо) є звичайною діловою практикою або навіть обов'язковою нормативною вимогою у країнах, де гральний бізнес перебуває під дією державно-правового регулювання. «Таким чином, – резюмує правник, – не лише законодавча заборона, але й належний державний контроль грального бізнесу, що передбачає визначення спеціальних обмежень та вимог до суб'єктів, які організовують і проводять азартні ігри, може слугувати надійним бар'єром для зростання існуючої загрози моральності, індивідуальному та громадському здоров'ю» [7, с. 83–84].

А вже далі О.З. Гладун послідовно спростовує й інші «складові» частини суспільної небезпеки грального бізнесу, про які вели мову згадані раніше вітчизняні криміналісти. Зокрема, учений зауважує, що:

– по-перше, з урахуванням вимог чинного (ідеться про 2014 р.) законодавства сумнівним видається твердження про нерозривний зв'язок грального бізнесу в Україні з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом, адже злочинні кошти, залучені в індустрію грального бізнесу, не можуть бути легалізовані у виді прибутку грального закладу чи виграшу від участі в азартних іграх через законодавчу заборону останніх;

– по-друге, не можна погодитись і з тим, що гральний бізнес завдає істотної шкоди економіці держави через ухилення від сплати податків – останнє можливе лише за умови легального статусу грального бізнесу, а не його юридичної заборони. «Значні фінансові втрати держави у виді ненадходження в бюджет відповідних податків і зборів, вартості ліцензій і патентів, спричинені саме офіційною забороною грального бізнесу, а не його нелегальним функціонуванням»;

– по-третє, дієвим компенсаційним засобом впливу на суб'єктів господарювання, які організовують і проводять на території України азартні ігри, є передбачені законодавством фінансові санкцій у вигляді штрафу;

– по-четверте, надзвичайно низький показник реєстрації злочинів за ст. 203–3 КК України, учинених організованими злочинними угрупованнями, як мінімум ставить під сумнів твердження про те, що азартні ігри є пріоритетним напрямом діяльності організованих злочинних угруповань [7, с. 83–84].

Критично оцінюючи суспільну небезпеку як принцип криміналізації «зайняття гральним бізнесом», водночас ми погоджуємось із фахівцями, які обґрунтовують суспільну небезпеку саме **незаконного** грального бізнесу, одним із проявів якого і можна вважати діяння, відповідальність за які передбачена в новій редакції ст. 203–2 КК України. Як зазначає В.С. Філютович-Герасименко, така суспільна небезпека пояснюється такими складовими частинами, деякі з яких є аналогічними тим, що притаманні і гральному бізнесу загалом, як:

1) психічна (медична);

2) правова;

3) економічна (фінансова). На відміну від попереднього, у такому разі справді варто погодитись із наявністю цього чинника, адже здійснення саме незаконного грального бізнесу підриває засади підприємницької діяльності, негативно позначається на економічних показниках і зовсім не сприяє наповненню державного бюджету;

4) кримінологічна – знову ж таки саме **незаконні** азартні ігри, набувши масового характеру, традиційно перебувають під суворим контролем організованої злочинності, детермінують учинення інших посягань (наприклад, легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність тощо), сприяють поширенню антисоціальних явищ (зокрема, у гральних закладах часто практикують оплатне надання сексуальних послуг і вживання наркотичних засобів, психотропних речовин, їхніх аналогів);

5) моральна;

6) політична (корупційна) – кошти, отримані від здійснення незаконного грального бізнесу, можуть використовуватися як неправомірна вигода для лобіювання інтересів організаторів грального бізнесу [17, с. 29–30].

Отже, у **висновках** можна констатувати, що гральний бізнес порушує важливі соціальні цінності, а тому його потрібно вважати суспільно небезпечним видом діяльності. Однак характер та ступінь цієї суспільної небезпеки є такими, які вимагають не абсолютної заборони цього виду діяльності та, відповідно, встановлення кримінальної відповідальності за будь-які прояви порушення цієї заборони – як це було і зроблено згідно із законами від 15 травня 2009 р. та від 22 грудня 2010 р., – а його належного державного регулювання зі встановленням кримінальної відповідальності лише за найбільш небезпечні порушення встановленого порядку провадження відповідної діяльності, що й було задекларовано метою ухвалення Закону від 14 липня 2020 р., з огляду на що це рішення вітчизняних парламентаріїв, зокрема й викладення ст. 203–2 КК України в її новій редакції, необхідно вважати цілком соціально зумовленим. «Функція держави щодо грального бізнесу – не забороняти, а дозволяти та регулювати» [18].

Водночас у зв'язку з викладенням ст. 203–2 КК України в її чинній редакції постає і низка інших взаємопов'язаних,

таких, що випливають одне з одного, не менш важливих питань, які так чи інакше стосуються суспільної небезпеки описаних у ній діянь:

1) чому із 34 видів діяльності, які підлягають ліцензуванню відповідно до чинних нині приписів Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» (ч. 1 ст. 7), кримінально караним визнається провадження без ліцензії саме тих видів діяльності, про які йдеться у ст. 203–2 КК України (звичайно, поруч із деякими іншими видами діяльності, передбаченими КК України (ст. ст. 138, 204 тощо)), тоді як зайняття без ліцензії більшістю іншими «підліцензійними» видами діяльності призводить лише до адміністративної відповідальності за ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) «Порушення порядку провадження господарської діяльності». У цьому контексті хотілося б навести інформацію й про те, що, наприклад, грузинські парламентарії поруч із загальною нормою про незаконну підприємницьку діяльність передбачили кримінальну відповідальність за незаконні освітню та виховну діяльність (ст. ст. 192–1 та 192–2 Кримінального кодексу Грузії), а у кримінальних кодексах багатьох інших країн виділено спеціальні норми про незаконну фінансову, зокрема й банківську, діяльність;

2) у зв'язку з попереднім постає і питання про доцільність відмови від вказівки у ст. 203–2 КК України на дохід у великих розмірах (або інший подібний показник) як на характеристику забороненого діяння і критерій розмежування кримінально- й адміністративно-караної поведінки – вказівки, яка мала місце в чинній раніше ст. 202 КК України і наявність якої, на думку О.О. Дудорова, мала б дозволити зосередити зусилля правоохоронців на справді суспільно небезпечних формах нелегального бізнесу і не відволікати їхню увагу на дії дрібних «вимушених підприємців» [19, с. 439–440]. Водночас на окрему увагу заслуговує той факт, що відповідна обставина («пов'язаність з отриманням доходу у великих розмірах») нині виступає підставою для посилення адміністративної відповідальності за порушення порядку провадження господарської діяльності (ч. 2 ст. 164 КУпАП). Отже, сьогодні ми спостерігаємо ситуацію, коли незаконна організація або проведення азартних ігор, лотерей призводять до кримінальної відповідальності незалежно від масштабів такої діяльності, тоді як здійснення, наприклад, без ліцензії інших видів діяльності, про які йдеться в ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», – навіть якщо вони пов'язані з отриманням доходу у великих розмірах, – знову ж таки спричиняє лише адміністративну відповідальність за ч. 1 або за ч. 2 ст. 164 КУпАП;

3) чи можна вважати виправданою вказівку у ст. 203–2 КК України лише на здійснення відповідної діяльності без ліцензії і не згадування водночас порушення істотних умов ліцензування (на кшталт передбаченого виключеною нині ст. 202), як-от прийом ставки в особи, яка не може бути гравцем відповідно до Закону, розміщення грального обладнання поза межами гральних закладів, спеціальних гральних зон тощо – діянь, які:

а) тим таки відносинам моральності можуть завдати навіть більшої шкоди, аніж прояви протиправної поведінки, про які йдеться в чинній ст. 203–2 КК України, і потенційна вірогідність яких була чи не головним аргументом прихильників ухвалення Закону від 15 травня 2009 р. та, відповідно, супротивників ухвалення Закону від 14 липня 2020 р.;

б) криміналізовані в багатьох інших країнах, моделі кримінально-правової протидії незаконній діяльності у сфері азартних ігор яких можна вважати подібними до запровадженої нині в Україні (ст. 557 Кримінального кодексу Бельгії, ст. 327 Кримінального кодексу Болгарії, ст. 307 Кримінального кодексу Казахстану, ст. 243-А Кримінального кодексу Перу, ст. 171–2 Кримінального кодексу Росії тощо).

У зв'язку з порушеними значно актуалізуються і два більш загальні питання, подібні до тих, які один з авторів цієї статті свого часу ставив у контексті діяльності щодо створення фінансових пірамід [20, с. 118]: 1) чи потрібна загальна норма (на кшталт наявної раніше ч. 2 ст. 202 КК України) чи спеціальна стаття, присвячена незаконній організації та проведенню азартних ігор і лотерей; 2) який спосіб має бути використаний законодавцем під час конструювання відповідної кримінально-правової заборони – абстрактний (за якого зміст норми розкривається загальними, абстрактними, не індивідуалізованими поняттями через родові особливості) або казуальний (за якого зміст норми розкривається індивідуалізованими поняттями через певні факти, конкретні випадки (казуси), ознаки тощо із широким застосуванням прийому переліків)?

Очевидно, що саме від відповідей на поставлені питання значною мірою і буде залежати загальна оцінка аналізованих змін до кримінального законодавства. Водночас, з огляду на те, що виконання цього завдання вимагає детального дослідження ознак об'єктивної сторони відповідного к. пр., тут ми обмежуємося лише постановкою зазначених питань, спроба вирішення яких буде здійснена в наступних дослідженнях.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальне право України : загальна частина : підручник / Ю.В. Баулін та ін. ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-те вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2010. 456 с.
2. Фефелов П.А. Общественная опасность преступного деяния. *Советское государство и право.* 1977. № 3. С. 135–138.
3. Тоболкин П.С. Социальная обусловленность уголовно-правовых норм. Свердловск : Сред. -Урал. кн. изд-во, 1983. 176 с.
4. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник. Київ : Юрінком-Інтер, 2000. 272 с.
5. Вознюк А.А., Пиняга Р.О. Характеристика осіб, які вчиняють злочини, пов'язані із зайняттям гральним бізнесом. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ.* 2012. № 4 (59). Ч. 1. С. 96–102.
6. Сперкач А.П., Китун А.П. Позитивні та негативні аспекти легалізації грального бізнесу в Україні. *Актуальні питання вітчизняної юриспруденції.* 2019. № 5. С. 161–165.
7. Гладун О.З. Суспільна небезпечність зайняття гральним бізнесом. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.* 2014. № 4. С. 81–85.
8. Лихолетов А.А. Уголовно-правовые и криминологические проблемы противодействия незаконному игорному бизнесу : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2013. 27 с.
9. Петричко Н.О. Незаконні азартні ігри: кримінально-правове та кримінологічне дослідження : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2010. 20 с.
10. Політова А.С. Соціальна обумовленість криміналізації злочину, передбаченого ст. 203–2 КК України щодо зайняття гральним бізнесом. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція».* 2013. № 6–2. Т. 2. С. 95–98.
11. Рябчук С.В. Кримінологічна характеристика та запобігання гральному бізнесу : дис. … канд. юрид. наук. Харків, 2018. 225 с.
12. Савченко А.В. Кримінально-правова кваліфікація незаконних азартних ігор. *Адвокат.* 2010. № 1 (112). С. 40–44.
13. Топорецька З.М. Особливості розслідування зайняття гральним бізнесом : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2012. 19 с.
14. Кримінальне право : Особлива частина : підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Луганськ : Елтон – 2, 2012. Т. 1. 780 с.
15. Гладун О.З. Протидія зайняттю гральним бізнесом в Україні. *Вісник Національної академії прокуратури України.* 2014. № 3. С. 78–85.

16. Дудоров О.О., Мовчан Р.О. *Законодавство України* про кримінальну відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності – час визначитись зі стратегією розвитку. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2015. № 2. С. 215–263.

17. Філютович-Герасименко В.С. Адміністративно-правові засади протидії незаконному гральному бізнесу : дис. … канд. юрид. наук. Харків, 2016. 246 с.

18. Астапов А. Гральний бізнес: функція держави – не забороняти, а дозволяти та регулювати. URL: https://legalhub.online/blogy/gralnyj-biznes-funktsiya-derzhavy-ne-zaboronyaty-a-dozvolyaty-ta-regulyuvaty.

19. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика : монографія. Київ : Юридична практика, 2003. 924 с.

20. Мовчан Р.О., Дудоров О.О., Дацюк В.Б. Кримінально-правова протидія створенню фінансових пірамід в Україні : сучасний стан і перспективи вдосконалення. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2017. № 2. С. 108–127.

УДК 343.412
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/96

АНАЛІЗ ПОКАРАНЬ ТА ЇХ ЕФЕКТИВНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ ПРОТИ ЖУРНАЛІСТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

ANALYSIS OF PUNISHMENTS AND THEIR EFFECTIVENESS IN CRIMINAL OFFENSES AGAINST JOURNALISTIC ACTIVITY

Сподарик Ю.В., аспірантка кафедри кримінального права та кримінології
Львівський державний університет внутрішніх справ

У статті аналізуються окремі проблемні питання призначення покарання за кримінальні правопорушення проти журналістської діяльності. Детально розглянуто усі види покарань, передбачені за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів в Україні. Аналіз вироків, які містяться у Єдиному державному реєстрі судових рішень, засвідчив часте використання вітчизняними судами покарання у виді штрафу за вказане правопорушення.

Здійснено спробу вдосконалення чинного законодавства шляхом внесення відповідних змін до ст. 171 Кримінального кодексу України (далі – КК України), зокрема запропоновано збільшити розмір штрафу у ч.ч. 1, 3 ст. 171 Кримінального кодексу України, що дозволить підвищити ефективність такого покарання. Проаналізовано судову практику застосування покарань у виді арешту та обмеження волі за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів, зроблено висновок про їх нечасте застосування судами і відповідно не високу ефективність. Поряд зі штрафом за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів у санкцію статті запропоновано ввести покарання, не пов'язані із позбавленням волі. Зокрема, розглянуто доцільність застосування покарань у виді громадських робіт і позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю у ст. 171 Кримінального кодексу України.

Досліджено покарання, які містяться у нормах, пов'язаних із посяганням на життя, здоров'я, волю та власність журналіста, які передбачені у ст.ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 Кримінального кодексу України. Простежено їх механічне дублювання із аналогічних норм, пов'язаних із посяганням на права та свободи працівників правоохоронних органів. Безальтернативність санкцій у зазначених статтях, а також різке підвищення нижньої та верхньої межі позбавлення волі порівняно з покаранням, передбаченим у загальних нормах щодо посягання на життя, здоров'я та волю особи, свідчать про необхідність їх перегляду законодавцем та внесення відповідних змін.

Ключові слова: журналіст, покарання, штраф, арешт, громадські роботи, обмеження волі.

The article analyzes some problematic issues of sentencing for criminal offenses against journalistic activity. All types of punishments provided for obstructing the lawful professional activity of journalists in Ukraine are considered in detail. The analysis of the sentences contained in the Unified State Register of Judgments showed that domestic courts most often use punishment in the form of a fine for this offense. An attempt is made to improve the current legislation by making appropriate changes to Art. 171 of the Criminal code of Ukraine, in particular it is offered to increase the size of the fine in p. 1, 3 Art.

171 of the Criminal code of Ukraine that will allow increasing the efficiency of this punishment. The judicial practice of application of punishments in the form of arrest and restriction of liberty for obstruction of lawful professional activity of journalists is analyzed and the conclusion about their infrequent application by courts and, accordingly, not high efficiency is made. At the same time, in addition to a fine for obstructing the lawful professional activity of journalists, in the sanction of article it is offered to enter punishments, which are not connected with imprisonment. In particular, the expediency of applying punishments in the form of community service and deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities in Art. 171 of the Criminal Code of Ukraine is considered.

Punishments, which are contained in the norms, related with infringement on life, health, liberty and property of journalist, set in Art. Art. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 of the Criminal code of Ukraine and their mechanical duplication from the similar norms connected with infringement on rights and freedoms of law enforcement officers is researched. The inevitability of sanctions in these articles and sharp increase of the lower and upper limits of imprisonment compared with the punishment provided that in the general norms on infringement on life, health and liberty of a person indicate the need to review them and make appropriate changes.

Key words: journalist, punishment, fine, arrest, community service, restraint of liberty.

Постановка проблеми. Нині у доктрині кримінального права не вироблено критеріїв визначення виду та обсягу покарання за конкретне діяння. Відсутність чітких критеріїв, які повинні враховуватися суддею при обранні міри покарання, неналежне визначення у Кримінальному кодексі України співвідношення окремих складників призначення покарання, а також суб'єктивізм при вирішенні питань, пов'язаних із обранням виду та розміру покарання, є підставою для неоднакової судової практики, а отже і недостатньої правової визначеності в цій сфері суспільних відносин.

Питання застосування покарань належить до найбільш важливих поряд із правильною кваліфікацією злочину. Досить актуальним є питання обрання виду та розміру покарання за кримінальні правопорушення проти журналістів. Діяльність журналістів в Україні захищається чималою кількістю норм, проте чи є дієвим цей захист, відповісти складно, оскільки перешкоджання діяльності журналістів тривають, а посягання на їх життя, здоров'я не зменшуються. У зв'язку з цим пропонується розглянути зазначені норми більш детально та з'ясувати, чи є вони досить ефективними, чи варто внести відповідні зміни, адже ефективність покарання здебільшого залежить від правильного конструювання кримінально-правових санкцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями покарання в кримінально-правовій науці займалися М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, Я.М. Брайнін, М.І. Панов, Ю.В. Шинкарьов та інші. Проблеми кримінально-правового захисту діяльності засобів масової інформації вивчали П. Берзін, Р. Вереша, С. Лихова, Л. Костенко, О. Красильникова. Однак дослідження вказаних науковців здебільшого стосувалися або загальних питань покарання, або ж лише їх окремих аспектів. З огляду на це можна сказати, що актуальним є проведення аналізу санкцій за посягання на журналістів і перешкоджання їхній діяльності, а також вироблення відповідних пропозицій щодо удосконалення чинного кримінального законодавства у сфері запобігання злочинним посяганням на свободу слова та життя журналіста.

Метою статті є аналіз покарань у кримінальних правопорушеннях проти журналістської діяльності та визначення їх ефективності.

Виклад основного матеріалу. Професійна діяльність журналістів в Україні охороняється сімома статтями Кримінального закону, однак у ст.ст. 163 (ч. 2), 375 (ч. 2) КК України журналісти виступають потерпілими поряд з іншими суб'єктами, а ст.ст. 171, 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України передбачають відповідальність безпо-

середньо за посягання на журналістів. Саме тому пропонується розглянути останні більш детальніше, а саме покарання, які у них передбачені.

У ст. 171 КК України передбачено альтернативні, відносно визначені санкції за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів. Так, санкція ч. 1 ст. 171 КК України як покарання за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів передбачає штраф до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до трьох років. Альтернативність санкцій дає можливість суду при призначенні покарання враховувати різницю в суспільній небезпечності вчиненого, зокрема насильницького і ненасильницького перешкоджання законній професійній діяльності журналістів [1, с. 346].

Частина 2 ст. 171 КК України не є кваліфікованим складом, у ній міститься однорідне, проте інше за змістом правопорушення у сфері свободи слова. Йдеться про вплив у будь-якій формі на журналіста з метою перешкоджання виконанню ним професійних обов'язків або переслідування журналіста у зв'язку з його законною професійною діяльністю. Український законодавець передбачає підвищене покарання за діяння, передбачене ч. 2 ст. 171 КК України, порівняно з ч. 1 ст. 171 КК України, у виді штрафу до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешту на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до чотирьох років.

Оскільки діяння, передбачені ч.ч. 1, 2 ст. 171 КК України, є однорідними, то стає досить важко пояснити таку суттєву різницю в покаранні між ними. Частина 3 ст. 171 КК України містить кваліфікований склад відносно частини 2 ст. 171 КК України і характеризується вчиненням злочину службовою особою з використанням свого службового становища або за попередньою змовою групою осіб. Покарання у цьому випадку передбачає штраф від 200 до 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до п'яти років із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого.

Як показує судова практика, вітчизняними судами за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів найчастіше призначається саме штраф. Так, із проаналізованих за останні 5 років 16 вироків, які містяться в Єдиному державному реєстрі судових рішень, у 9 із них призначено покарання у виді штрафу.

Як кримінальним, так і адміністративним законодавством України штраф передбачено ефективним засобом впливу на правопорушника. Нині існує проблема диференціації відповідальності за кримінальне та адміністративне порушення права на інформацію. Так, аналіз санкцій адміністративних проступків, пов'язаних із порушенням права на інформацію та права на звернення (ст. 2123 КУпАП), підтверджує їх практичну тотожність штрафу, передбаченому ч. 1 ст. 171 КК України.

Ненадання інформації або відповіді на звернення, що є різновидом порушення права на свободу слова та діяльності журналістів, за адміністративним законодавством України карається штрафом від 25 до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Таким чином, потенційно можливе кримінальне покарання у виді штрафу за ч. 1 ст. 171 КК України за своїм розміром повністю співпадає з адміністративним.

Крім того, враховуючи ступінь суспільної небезпеки вчиненого та мізерність розміру неоподатковуваного мінімуму доходів громадян (він встановлений ще у 1996 році і дорівнює 17 грн), зазначений вид покарання в теперішньому його вигляді виключає можливість досягнення цілей, передбачених ст. 50 КК України [2, с. 61]. Враховуючи аналіз вироків, які містяться в Єдиному державному реєстрі судових рішень, максимальна сума штрафу (50 нмдг) у сумі 850 грн за перешкоджання професійній діяльності журналістів призначалася у 5 випадках із 9, ще у двох вироках суду призначався штраф у сумі 680 грн (40 нмдг), в одному– 510 грн (30 нмдг). Наведене свідчить про розуміння судовими органами невідповідності розміру покарання за ч. 1 ст. 171 КК України характеру та ступеню суспільної небезпеки злочинного діяння.

Частина 2 вказаної статті передбачає дещо більший розмір штрафу – до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У цьому випадку максимальний розмір покарання може становити 3400 грн, що є значно вищим за розмір, визначений ч. 1. Однак і в такому разі законодавець встановив тільки верхню межу, залишивши право суду призначати покарання від 30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що суттєво розширює межі розсуду суду.

Частина 3, яка містить норму про кваліфікований склад щодо ч. 2, потребує встановлення більш суворого покарання. Законодавець урахував цю обставину, тому санкція ч. 3 передбачає штраф у розмірі від 200 до 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За останні 5 років у Єдиному державному реєстрі судових рішень є лише один випадок застосування судом санкції ч. 3 ст. 171 КК України у виді штрафу в розмірі 250 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [3].

Напрацьовані теорією кримінального права правила конструювання санкцій за кваліфікованими складами дають підстави стверджувати, що існує певна невідповідність регламентації штрафу в санкціях ч.ч. 2, 3 ст. 171 КК України. Так, максимальний розмір одного і того ж виду покарання за основний склад повинен бути меншим за мінімальний розмір цього кваліфікованого складу. У нашому випадку законодавцем створена ситуація, за якої максимальний розмір штрафу за основним складом (ч. 2 ст. 171 КК України) може дорівнювати мінімальному за кваліфікованим (ч. 3 ст. 171 КК України).

З огляду на це, доцільним кроком було б встановити аналогічний розмір штрафу як за ч. 1 ст. 171 КК України, так і за ч. 2 ст. 171 КК України. Для підвищення ефективності штрафу, його розмір необхідно встановити у розмірі 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян як у ч. 1, так і в ч. 2 ст. 171 КК України. Для уникнення невідповідності регламентації штрафу в санкціях ч.ч. 2, 3 ст. 171 КК України розмір штрафу у ч. 3 ст. 171 КК України повинен бути збільшений від 300 до 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У ст. 171 КК України висвітлено різкий перехід у санкції ч. 1 ст. 171 КК України від штрафу до арешту і обмеження волі, що є не зовсім зрозумілим і ставить перед судом додаткові вимоги в обґрунтуванні відмови від штрафу. Варто підтримати висловлену в науковій літературі позицію проти встановлення штрафу як безальтернативного основного покарання, оскільки це звужує можливості індивідуалізації покарання, а за окремих умов навіть унеможливлює призначення покарання взагалі [4, с. 11].

Встановлення як альтернативи видів покарань, які обмежують свободу людини (арешт та обмеження волі), створює суттєві труднощі у виборі іншого, ніж штраф, покарання винному у перешкоджанні професійній діяльності журналістів. У разі невідповідності штрафу суспільній небезпечності вчиненого або неможливості сплати штрафу суд повинен буде призначити інше покарання, передбачене санкцією статті. В нашому випадку – це арешт або обмеження волі, що означає потрапляння засудженого в кримінально-виконавчу установу.

Суд у багатьох випадках опиняється у ситуації, в якій штраф, враховуючи його мізерний розмір, не відповідає суспільній небезпечності вчиненого, а призначення арешту або обмеження волі є надто суворим покаранням за вчинене. Для вирішення цієї проблеми В.І. Павликівський пропонує ввести в санкцію статті таке покарання

як громадські роботи, що відразу виключить такий розрив між різними за ступенем суворості покараннями. Громадські роботи полягають у виконанні засудженим у вільний від роботи чи навчання час безоплатних суспільно корисних робіт, вид яких визначають органи місцевого самоврядування [5].

Погоджуючись із наведеною думкою, варто зазначити, що громадські роботи більше відповідають ступеню суспільної небезпеки зазначеного злочину і дозволять ефективніше реалізувати превентивну мету покарання. Вибір саме громадських робіт як альтернативи штрафу зумовлений низкою факторів. По-перше, наявністю більш широкого виправного впливу на засудженого, зокрема залученням його до праці. По-друге, враховуючи можливість вчинення такого злочину службовою особою, вибір покарання у виді виправних робіт здається недоцільним, а суспільний резонанс застосування до службової особи безоплатних громадських робіт здійснює додатковий виправний вплив на засудженого. По-третє, громадські роботи не пов'язані з обмеженням свободи засудженого і мають за своїм змістом виконання суспільно-корисної роботи в інтересах громади [1, с. 363].

Аналізуючи усе викладене вище, можна сказати, що така міра кримінальної репресії є вигідною як для держави, так і для суспільства і є ефективним засобом боротьби із посяганням на свободу слова та діяльність журналістів. Щодо встановлення розміру такого виду покарання за перешкоджання професійній діяльності журналістів, то правильним слід визнати підхід, який би враховував співвідношення розміру громадських робіт із розміром штрафу, що призначається за вказаний злочин.

Згідно з ч. 2 ст. 56 КК України громадські роботи встановлюються на строк від 60 до 240 годин і відбуваються не більш як 4 години на день, а ч. 5 ст. 53 КК України визначає, що у разі несплати штрафу в розмірі не більше 3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт із розрахунку 1 година громадських робіт за 1 встановлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Враховуючи обґрунтований розмір штрафу за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів, який визначений у ч. 2 ст. 171 КК України, цілком допустимим є встановлення розміру покарання у виді громадських робіт у максимальних межах.

Як альтернативу штрафу ч.ч. 1, 2, 3 ст. 171 КК України передбачають два види основних покарань: арешт і обмеження волі. Покарання у виді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції і встановлюється на строк від 1 до 6 місяців (ч. 1 ст. 60 КК України), а щодо неповнолітніх у віці з 16 років – від 15 до 45 діб (ст. 101 КК України). Військовослужбовці відбувають арешт на гауптвахті. Арешт не застосовується до осіб віком до 16 років, вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до 7 років [5]. У цього покарання є чимало противників, які переносять на нього негативне сприйняття короткострокового позбавлення волі, але чимало і прихильників використання арешту з метою короткочасного, але інтенсивного «шокового» впливу на засудженого [6, с. 82].

Порівняно короткий термін арешту вказує на доцільність застосування цього покарання щодо засуджених, які не становлять великої суспільної небезпеки і не потребують тривалої ізоляції від суспільства. Однак короткі терміни цього покарання «компенсуються» досить жорстким режимом його відбування – застосуванням умов суворої ізоляції засудженого, які повинні психологічно різко «струснути» його, змусити переоцінити свою поведінку.

Як правильно підкреслює А.В. Наумов: «Арешт є свого роду нагадуванням злочинцеві про те, що значить кримінальне покарання, що за цим видом покарання може слідувати і тривале позбавлення волі. Арешт цілком може застосовуватися щодо осіб, які вперше скоїли нетяжкі злочини і які не потребують позбавлення волі на порівняно тривалі терміни, але яким разом із тим необхідно дати відчути силу кримінального закону» [7, с. 384–385].

Погоджуючись із цим твердженням, варто зауважити, що в ч.ч. 1, 2 ст. 171 КК України вказується лише верхня межа арешту. Таким чином, у випадку застосування цього покарання до осіб, які вчинили злочин у віці понад 18 років, суд може призначити арешт строком від 1 до 6 місяців. Однак, як показує судова практика, такий вид покарання застосовується украй рідко, а якщо вести мову конкретно про ст. 171 КК України, то в Єдиному державному реєстрі судових рішень є лише один вирок за останні 5 років, у якому до винного було застосовано покарання у виді арешту на 3 місяці [8].

В Єдиному державному реєстрі судових рішень за останні 5 років знайдено 6 вироків за злочини, пов'язані з перешкоджанням законній професійній діяльності журналістів із призначенням покарання у виді обмеження волі. Так, Дніпровський апеляційний суд засудив особу до 1 року обмеження волі за перешкоджання законній професійній діяльності журналіста ТОВ «Адвансед Медіа Групп» інтернет-видання «Перший Криворізький», який виконував редакційне завдання, тобто здійснював свою законну професійну журналістську діяльність, шляхом протиправного створення перепон щодо одержання інформації журналістом з приводу встановлення чи спростування факту жорстокого поводження з тваринами на території КП «Швидкісний трамвай». Потерпілому було спричинено легкі тілесні ушкодження, внаслідок чого відеозйомка була перервана [9].

Санкції ч.ч. 1, 2, 3 ст. 171 КК України встановлюють лише максимальну межу обмеження волі: ч. 1 – 3 роки; ч. 2 – 4 роки; ч. 3 – 5 років. Таким чином, мінімальна межа для усіх трьох частин складає 1 рік обмеження волі, що загалом не відповідає диференціації кримінальної відповідальності, надаючи можливість суду призначити за ч. 3 покарання за розміром менше, ніж за ч. 1 або ч. 2 однієї статті.

Незрозумілим є також рішення законодавця стосовно підвищення розміру покарання в ч. 2 порівняно з ч. 1, враховуючи, що той же арешт для зазначених злочинів за терміном є однаковим. Для усунення помилок законодавцю варто у ч.ч. 1, 2 ст. 171 КК України передбачити однаковий розмір покарання у виді обмеження волі. Якби у санкції статті було передбачене більш м'яке покарання, ніж обмеження волі або штраф був не такий мізерний, то цілком ймовірно, що суди застосовували б їх на заміну обмеженню волі.

З огляду на той факт, що перешкоджання законній професійній діяльності журналістів може бути вчинено з використанням службового становища, слід розглянути можливість і необхідність встановлення в санкції статті основного або додаткового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади. Згідно з Кримінальним кодексом України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від 2 до 5 років або як додаткове покарання на строк від 1 до 3 років. Крім того, ст. 55 КК України містить норму, відповідно до якої позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначено й у випадках, коли воно не передбачено в санкції статті Особливої частини КК [5].

На думку М.І. Бажанова, основний каральний зміст такого виду покарання полягає у позбавленні громадянина конкретного суб'єктивного права – певної соціальної можливості [10, с. 205]. Застосування цього покарання спричиняє також судимість, якій властивий комплекс досить істотних правообмежень, на що звертається увага в літературі [11, с. 78].

Аналіз складу перешкоджання законній професійній діяльності журналістів показує високу ймовірність

і небезпечність вчинення зазначеного злочину службовими особами. Саме тому необґрунтованою є відмова законодавця щодо посилення відповідальності за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів у ч. 1 ст. 171 КК України, вчинене з використанням службових повноважень, та врахування цієї обставини при переслідуванні журналістів у ч. 2 ст. 171 КК України.

Так, перешкоджання діяльності журналістів, вчинене службовою особою, залишає кваліфікацію цього злочину незмінною за ч. 1 ст. 171 КК України. Єдиним можливим варіантом застосування такого виду покарання в цьому випадку залишається положення ч. 2 ст. 55 КК України, в якому зазначено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене й у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті Особливої частини КК України. У випадку ж вчинення переслідування з використанням службового становища дії винного слід кваліфікувати за ч. 3 ст. 171 КК України, санкція якої допускає можливість застосування позбавлення права обіймати певні посади на строк до 3 років як факультативне, додаткове покарання до обмеження волі. З огляду на це, такий вид покарання повинен бути передбачений як для ч. 1, так і ч. 2 ст. 171 КК України.

Що стосується вказівки закону на можливість застосування цього виду покарання під час призначення обмеження волі за ч. 3 ст. 171 КК України, то слід зазначити таке. По-перше, суд може призначити цей вид покарання як додатковий незалежно від його вказівки у санкції за умови, що з урахуванням характеру злочину, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. По-друге, вказівка на можливість призначення цього покарання лише при призначенні обмеження волі створює у суду помилкове уявлення про неможливість його застосування при призначенні інших видів покарань. По-третє, вказівка на можливість, а не обов'язковість застосування цього виду покарання також нівелює попереджувальний ефект зазначеного покарання, віддаючи на розсуд суду вирішення такого питання. Вказане свідчить про необхідність внесення відповідних змін до ст. 171 КК України шляхом передбачення як основного виду покарання в ч.ч. 1, 2, 3 ст. 171 КК України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Про дослідження покарань, які містяться у нормах, пов'язаних із посяганням на життя, здоров'я, волю та власність журналіста, слід зазначити, що законодавець підійшов до вирішення зазначеної проблеми шляхом механічного дублювання аналогічних норм, пов'язаних із посяганням на права та свободи працівників правоохоронних органів. Аналіз санкцій ст.ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України дає підстави стверджувати про їх точну відповідність санкціям ст.ст. 345, 347, 348, 349 КК України, які встановлюють відповідальність за посягання на працівника правоохоронних органів.

Варто нагадати, що відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» відповідальність за вчинення злочину проти журналіста у зв'язку з виконанням ним професійних обов'язків або перешкоджання його службовій діяльності прирівнюється до відповідальності за вчинення таких же дій проти працівника правоохоронного органу [12]. Однак зазначена вимога закону не потребує копіювання аналогічних помилок, які існують у цих нормах щодо встановлення виду та розміру покарання.

На відміну від санкції ст. 171 КК України, основним видом покарання за вказані злочини є позбавлення волі на певний строк. Певним чином це зумовлено тяжкістю вказаних злочинних посягань – вбивство, тілесні ушкодження, захоплення заручника. Окремі недоліки пенелізації за вказані посягання знаходяться на поверхні і не потребують спеціального дослідження. Так, ст. 348-1 КК України передбачає покарання за посягання на життя журналіста. Вказана стаття є спеціальною стосовно загальної норми про відповідальність за умисне вбивство і повинна підтверджувати особливе ставлення законодавця до забезпечення охорони життя журналістів. У той же час п. 8 ч. 2 ст. 115 КК України «умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку» містить більш суворе за нижнім розміром покарання, ніж ст. 348-1 КК України. Таким чином, санкція ст. 348-1 КК України ставить під сумнів необхідність виділення окремої норми, надаючи додаткового аргументу в питанні встановлення єдиної кваліфікуючої обставини умисного вбивства потерпілого у зв'язку з виконанням останнім своєї професійної діяльності.

Заперечення викликає і встановлення безальтернативних покарань за вказані посягання, різке підвищення нижньої та верхньої межі позбавлення волі порівняно з покаранням, передбаченим у загальних нормах щодо посягання на життя, здоров'я та волю особи. Зокрема, заподіяння тяжкого тілесного ушкодження журналісту карається на строк від 5 до 12 років позбавлення волі, тоді як посягання на здоров'я інших осіб – лише від 5 до 8 років позбавлення волі. Аналогічне рішення законодавця стосовно захоплення заручників. Якщо потерпілим є журналіст, покарання передбачає позбавлення волі від 8 до 15 років позбавлення волі, стосовно інших осіб – від 5 до 8 років позбавлення волі.

Стосовно погрози знищення майна журналіста або його пошкодження, то у невеликих розмірах зазначені дії є злочином тільки у випадку скоєння їх стосовно журналіста. Викликає заперечення і перехід в санкції ч. 1 ст. 347-1 КК України як альтернативи від штрафу до арешту і обмеження волі, адже куди більш гуманніше було б призначати за майнові збитки журналісту покарання, не пов'язані з позбавленням волі.

Нині, як показує судова практика, позбавлення волі як покарання застосовується досить часто. Цей засіб впливу є, мабуть, найбільш ефективним, однак пошуки альтернативних позбавленню волі покарань не повинні припинятися, навіть коли йдеться про посягання на життя чи здоров'я людини.

Висновки. Можна зробити висновок, що за злочини, які посягають на законну професійну діяльність журналістів, законодавцем передбачено різні за ступенем суворості покарання – від штрафу до позбавлення волі. Аналіз ст. 171 КК України засвідчує, що конструкція санкцій за перешкоджання законній професійній діяльності журналістів побудована таким чином, що альтернативою штрафу є покарання, пов'язані з позбавленням волі засудженого зі строками, які дорівнюють максимуму для таких видів покарань. Законодавцю необхідно переглянути розміри штрафу за вказаний злочин і тим самим підвищити ефективність цього покарання, водночас варто розглянути можливість впровадження інших видів покарань, менш суворих, ніж обмеження волі.

Відсутність таких видів покарань як громадські роботи та позбавлення права обіймати певні посади суттєво ускладнює ситуацію з дотриманням судами принципів справедливості та індивідуалізації покарання при притягненні до кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 171 КК України. Натомість покарання за злочини, передбачені ст.ст. 345-1, 347-1, 348-1, 349-1 КК України викликають значно більше зауважень, оскільки законодавець механічно продублював покарання, передбачені за посягання на права та свободи працівників правоохоронних органів, і помилки, які були допущені при їх розробленні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Павликівський В.І. Кримінально-правове забезпечення свободи слова та професійної діяльності журналістів в Україні : монографія. Харків : Панов, 2016. 488 с.
2. Павликівський В.І. Штраф та його ефективність у попередженні злочинних посягань на свободу журналістської діяльності. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2016. № 3. С. 56–64.
3. Вирок Генічеського районного суду Херсонської області від 14.02.2020, № 653/438/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87849953.
4. Попрас В.О. Штраф як вид покарання за кримінальним правом України : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2008. 20 с.
5. Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2001. №№ 25-26. Ст. 131.
6. Решетников Ф.М. Уголовный кодекс РФ в сопоставлении с уголовным законодательством стран Запада. II Журнал российского права. 1998. № 2. С. 82.
7. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть : курс лекций. Москва : БЕК, 1996. 560 с.
8. Вирок Заводського районного суду м. Запоріжжя від 07.11.2018, № 332/890/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77666438.
9. Вирок Дніпровського апеляційного суду від 30.09.2019, № 214/4970/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84755074.
10. Бажанов М.И. Назначение наказания по советскому уголовному праву. Київ : Вища школа, 1980. 216 с.
11. А.І. Санталов. Теоретичні питання кримінальної відповідальності. Л. : Вид-во Ленінградського ун-ту, 1982. 96 с.
12. Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України від 23.09.1997. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1997. № 50. Ст. 302.

УДК 343.617
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/97

ДО ПИТАННЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ЗАРАЖЕННЯ КОРОНАВІРУСНОЮ ХВОРОБОЮ

TO THE QUESTION ABOUT THE CRIMINALIZATION OF CORONAVIRUS INFECTION

Янішевська К.Д., к.ю.н., доцент,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін та судочинства
Сумський державний університет

Івахнюк Т.В., к.б.н., доцент,
асистент кафедри громадського здоров'я
Сумський державний університет

Савицька І. В., студентка IV курсу
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Стаття присвячена висвітленню досить актуальної теми, яка стосується поширення коронавірусної хвороби як у світі, так і в Україні. Нині, коли стрімко зростає статистика захворюваності, досить важливо чітко регулювати питання поведінки в суспільстві, а також питання відповідальності за зараження COVID-19. Оскільки ще не розроблено ефективну вакцину, яка б могла спростити лікування, то цю хворобу відносять до невиліковної та такої, яка викликає низку серйозних наслідків. Хвороба дуже серйозно впливає на людей із хронічними захворюваннями, часто призводить до летальних випадків.

В умовах таких напружених реалій варто розуміти, що держава обов'язково має сприяти боротьбі з COVID-19. Країни Європи також намагаються активно протистояти поширенню хвороби та впроваджують кримінальну відповідальність за поширення коронавірусної хвороби: у деяких державах притягають за порушення санітарного законодавства, а в інших відносять це питання до зараження інших невиліковною хворобою. Постає питання криміналізації дій, які призводять до зараження людей, зокрема в статті 130 Кримінального кодексу України.

Поки що питання кримінальної відповідальності за поширення COVID-19 розглядається в контексті порушення санітарного законодавства, проте варто переглянути доцільність такого рішення через постійні порушення громадянами правил карантину. Авторами висунуто думку про те, що такі дії варто зараховувати до диспозиції вказаної статті у тому випадку, коли у діях особи прослідковується умисел, що призводить до появи загрози життю і здоров'ю усього суспільства. Однак не можливо заперечувати те, що за умисне поширення COVID-19, особливо за умов такої захворюваності, особа має нести кримінальну відповідальність.

Ключові слова: COVID-19, кримінальна відповідальність, невиліковна хвороба, країни Європи, застосування, умисне зараження.

The article is devoted to the coverage of a very relevant topic today, concerning the spread of coronavirus disease in the world and in Ukraine. Now, when the incidence statistics are growing rapidly, it is important to clearly regulate the issue of behavior in society, as well as the issue of responsibility for the infection with COVID-19. It's a well-known fact that effective vaccine has not yet been developed, what could really simplify treatment. That's why the disease is still considered incurable and has a number of serious consequences.

The coronavirus disease has a very serious effect on people with chronic diseases, often leading to death. Therefore, in the face of such tense realities, it should be understood that the state must contribute to the fight against COVID-19. European countries are also actively trying to counter the spread of the disease and introduce criminal liability for the spread of coronavirus disease: some are prosecuted for violating sanitary legislation, while others attribute the issue to infecting others with an incurable disease. And here the question of the same criminalization of the actions leading to infection of people, particularly in article 130 of the Criminal code of Ukraine, really arises.

So far, the issue of criminal liability for the spread of COVID-19 is considered in the context of violations of sanitary legislation, but it is worth reconsidering the feasibility and validity of such a decision in case of constant violations of quarantine rules by citizens. The authors present an opinion that such actions should be included in the disposition of Article 130 of the Criminal Code in the event that the actions of a person are intentional, which leads to a threat to life and health of society as a whole. However, there is no denying that a person should be held criminally liable for the intentional spread of COVID-19, especially in the context of such a disease.

Key words: COVID-19, criminal liability, incurable disease, European countries, application, intentional infection.

Роль вірусів у виникненні та розвитку інфекційних захворювань органів дихання людини невпинно зростає. Тільки на початку XXI століття з'явилося 11 нових респіраторних вірусів, більшість із яких здатні викликати тяжкі захворювання органів дихання, що нерідко завершуються летально [1]. Серед них велике занепокоєння викликають нові коронавіруси людини, які отримали назву SARS-CoV (від англ. Severe acute respiratory syndrome Coronavirus) і MERS-CoV (від англ. Middle East respiratory syndrome Coronavirus) [2, с. 968]. Обидва віруси спричиняють захворювання органів дихання з високими показниками летальності: вірус SARS-CoV зумовлює розвиток тяжкого гострого респіраторного синдрому (далі – ТГРС), а коронавірус MERS-CoV – близькосхідний респіраторний синдром (далі – БСРС).

Понад рік світ активно бореться проти нововиявленої коронавірусної хвороби COVID-19, яка активно розповсюджується по всіх державах, її збудник є причиною глобальної пандемії. У цьому випадку і Україна не є виключенням. Відповідно до інформації Всесвітньої організації охорони здоров'я (далі – ВООЗ) пандемія COVID-19 (абревіатура від англ. COrona VIrus Disease-2019) – це інфекційне захворювання, спричинене новим коронавірусом 2019 року (SARS-CoV-2, або 2019-nCoV) [3].

У наукових джерелах COVID-19 визначається як хвороба, збудник якої відноситься до емерджентних вірусів (від англ. emergency – раптовість, непередбаченість), які створюють надзвичайні епідемічні ситуації локального або міжнаціонального характеру, спричиняють високу летальність [4, с. 59], спричиняє важкий гострий респіраторний синдром.

Уперше ВООЗ про цей вірус було повідомлено 31 грудня 2019 року, а вже 30 січня 2020 року спалах COVID-19 було оголошено глобальною надзвичайною ситуацією в галузі охорони здоров'я. За рахунок стрімкого зростання кількості заражень по усьому світу, а також відсутності специфічної профілактики, яка б передбачала наявність вакцини, ВООЗ оголосила

COVID-19 глобальною пандемією, що фактично стало першим таким позначенням після останнього проголошення грипу H1N1 пандемією у 2009 році [5]. На думку науковців і працівників сфери охорони здоров'я, пандемія COVID-19, на відміну від подібних спалахів у минулому (2003, 2009 роки), має значно ширший масштаб (медична географія захворювання – близько 200 країн) і створює значно більші загрози для людства. За кількістю померлих COVID-19 наближається до ТОП-20 випадків смерті і вже істотно перевищила показники пандемії грипу A(H1N1) 2009 року.

Механізм проникнення SARS-CoV-2 у клітину, як і патогенез COVID-19, поки вивчено не досить. SARS-CoV-2 передається між людьми дуже ефективно – легше, ніж вірус грипу. Так, у хворих на COVID-19 вірус здебільшого знаходили у змивах із носа, мазках із горла, у слині, виділеннях із легень. Вторинною є передача через контакт із поверхнями, на які ці краплі потрапляють, і подальше доторкання до носа, рота чи очей. Водночас не відкидається можливість передачі вірусу фекально-оральним шляхом і через поцілунки. Згідно з останнім науковим дослідженням ефективне потрапляння SARS-CoV-2 у клітину господаря відбувається у три етапи, а симптоми захворювання на COVID-19 асоційовані з фазами розмноження вірусу у клітинах організму [6, с. 35].

Згідно з даними Центру із контролю та профілактики захворювань США (CDC) 25% хворих на COVID-19 мають легкі симптоми або переносять захворювання безсимптомно [7], а аналіз поширення SARS-CoV-2 у 7 країнах засвідчив, що зараження від людей без виявів захворювання відбувалося у 43% випадків, причому кількість виявлених інфікованих із незначними симптомами захворювання становила 40% [8]. Такі хворі можуть поширювати вірус плюючи, торкаючись різних поверхонь після того, як торкалися свого рота чи носа, гучно розмовляючи чи співаючи. Дослідження показали, що SARS-CoV-2 здатний досить довго зберігатися на різних поверхнях (на міді – до 4 годин, на картоні – до одного дня, на пластику (поліпропілені) та нержавіючій сталі – до трьох днів [6, с. 36], хоча це не означає, що такі вірусні частинки все ще можуть заразити інших людей.

Нині залишається незрозумілим, чому в одних людей інфікування SARS-CoV-2 відбувається безсимптомно, а в інших – викликає важку форму COVID-19 і смерть. Згідно літературних даних, отриманих після аналізу конкретних клінічних ситуацій, перебіг COVID-19 залежить від напруженості імунітету, інфікуючої дози збудника, наявності хронічних захворювань, діабету, серцево-судинних захворювань та низки інших факторів, які не завжди можливо підтвердити шляхом наукових досліджень [6, с. 38–39].

CDC, який є, напевне, найавторитетнішим закладом із боротьби з інфекційними захворюваннями у світі, називає такі три головні симптоми COVID-19: лихоманка (підвищення температури), сухий кашель та ускладнене дихання. Ці симптоми можуть бути як сильно вираженими, так і ні, захворювання може навіть проходити без симптомів. ВООЗ на основі даних аналізу перебігу 56 тисяч випадків захворювання на COVID-19 у КНР наводить такий розподіл симптомів: лихоманка (87,9%), сухий кашель (67,7%), слабкість (38,1%), мокрота (33,4%), ускладнене дихання (18,6%), біль у горлі (13,9%), головний біль (13,6%), біль у м'язах (14,8%), відчуття холоду (11,4%), нудота і блювота (5,0%), нежить (4,8%), діарея (3,7%), кашель із кров'ю (0,9%), почервоніння очей (0,8%). Спостерігаються також втрата відчуття смаку та запаху, потьмарення свідомості, дерматологічні вияви (зокрема кропивниця) та лімфоцитопенія. Втрата відчуття смаку та запаху є специфічним симптомом, який майже однозначно вказує на COVID-19, оскільки він дуже рідко трапляється при інших інфекційних захворюваннях [9].

Учені припускають, що різні ураження при COVID-19 можна пояснити трьох-етапним механізмом дії SARS-CoV-2. Найбільш небезпечними ускладненнями COVID-19, які можуть призвести до смерті, є пневмонія, гострий респіраторний дистрес-синдром, поліорганна недостатність, септичний шок. Нещодавно з'явилося припущення, що COVID-19 спричиняє дихальну недостатність і смерть через пошкодження стовбура мозку, в якому розташований командний центр, що забезпечує процес дихання навіть у непритомному стані [6, с. 40].

Попри узагальнену інформацію стосовно розповсюдження SARS-COV-2, можливості зараження та основні алгоритми дій складно передбачити, в який із можливих моментів може відбутися процес зараження. Так, якщо звернутися до офіційної статистики від Міністерства охорони здоров'я України, то можна помітити активний приріст щоденного засвідчення випадків. Станом на 24 листопада кількість захворілих на COVID-19 в Україні сягає 647,976 тисяч осіб. При цьому, якщо звернутися до порівняльної статистики, захворюваність в Україні за останні три місяці стрімко «б'є» рекордні показники, які мають стабільний приріст. Якщо всередині вересня середній показник був 3 тисячі осіб, то на кінець жовтня можна говорити про цифри у 16 тисяч [10]. У світі статистика також залишає тільки надію на позитивні прогнози. Зафіксовано майже 60 мільйонів випадків з початку пандемії по всьому світу, що підкреслює швидку та виключну дію вірусу, який часто є непередбачуваним [11].

У такому випадку постає питання про те, які наслідки саме з юридичного боку можуть настати при зараженні SARS-CoV-2? Суб'єктом у такому разі постає не той, хто захворів, а фактично джерело інфекції. До цього питання ставляться по-різному, розглядаючи його з різних точок зору: хтось прирівнює це до повноцінного злочину, а інші вважають гарним способом налаштувати дисциплінарні процеси всередині держави. Однак думка про впровадження юридичної відповідальності за зараження SARS-CoV-2 є максимально актуальною та у чомусь навіть радикальною.

Хотілося б розглянути таку точку зору, проглянувши ставлення до цієї норми у Європі, перевірити її популярність і значущість для протиепідемічних заходів. У якийсь момент країни Європейського Союзу закрили кордони з метою більшого контролю над протіканням COVID-19 у суспільстві. При цьому самі громадяни-члени продовжують порушувати правила, які встановлюються з метою зменшення кількості заражених, багато з яких здійснюють конкретно кримінальні правопорушення. Прикладом таких дій може стати ситуація, коли навесні в Боснії та Герцоговині пацієнт у лікарні відмовився повідомити те, що нещодавно повернувся із Італії, коли там почалися рекордні показники захворюваності. З часом він заразив усю лікарню, включаючи лікарів [12].

Хоча кримінальне законодавство Європи має локальні відмінності, однак у деяких країнах знайшлися конкретні норми, які прямо регулюють поведінку людей під час пандемії. Якщо ми говоримо про злочинні діяння, то нині суб'єктом такі дії можуть вчинятися або навмисно, або ж із необережності. При цьому як і з ВІЛ чи іншими невиліковними хворобами необережність розрізняється із недбалістю.

Якщо ж більш детально досліджувати питання саме кримінальної відповідальності, то, наприклад, у Кримінальному кодексі Сербії у статтях 248 і 249 вказується чітко встановлений постулат. Так, якщо хтось під час епідемії не буде діяти відповідно до встановлених рішень, нормативних актів або ж наказів, які урегульовують діяльність щодо придушення або запобігання розповсюдженню хвороби, він може бути покараний у вигляді штрафу або ж позбавлення волі на строк до трьох років. Якщо за таких умов порушення встановлених норм і правил призвело до передачі такої заразної хвороби, то єдиним покаранням встановлюється позбавлення волі строком до трьох років [13].

Схожою за змістом є норма угорського законодавства, яка інкримінує порушення правил боротьби з епідеміями (розділ 361 КК). У нормі вказується, що будь-яка особа, яка порушує правила карантину, епідеміологічного нагляду або контролю, призначені для запобігання ввезенню або розповсюдженню хвороби, на яку поширюється карантин, порушує правила карантину, епідеміологічного нагляду або контролю під час спалаху хвороби та за інших умов порушення буде покарана шляхом тримання під вартою. Болгарський законодавець передбачає, що якщо особою порушено встановлені правила, які були випущені з метою придушення поширення або виникнення заразної хвороби, то покарання для неї передбачено у вигляді штрафу. Якщо такі дії було скоєно під час епідемії та їх можна пов'язати із випадками смерті, то передбачено позбавлення волі [14]. На прикладі таких норм можна говорити про те, що у цьому випадку відповідальність за вчиненні дії більше стосується конкретно порушення встановлених правил і норм щодо запобігання розповсюдженню чи появі епідемічних хвороб. Фактично це зумовлює легке обґрунтування кримінальної відповідальності як дії, спрямованої на порушення санітарного законодавства.

Кримінальний кодекс Швеції у розділі 7 глави 13 передбачає настання кримінальної відповідальності за розповсюдження заразних хвороб. Згідно з цим положенням особа, яка спричиняє суспільну небезпеку для життя чи здоров'я людей через отруєння або зараження їжі, води або чогось іншого, розповсюдження отрути або ж серйозної хвороби, визнається винною у вчиненні таких діянь і засуджується до позбавлення волі строком до шести років. Також надається уточнення, якщо таке правопорушення буде грубим, то позбавлення волі може бути застосовано на термін від 4 до 18 років, можливе навіть довічне ув'язнення. При оцінці таких дій і визнанні, чи є такий злочин грубим, найбільше уваги приділяється дослідженню питання, чи був конкретний намір завдати шкоди життю чи здоров'ю іншої людини, як багато людей зазнало впливу від подібних діянь [15].

У Фінляндії також інкримінується подібна відповідальність у розділі 4 глави 34. Законодавцем визначено, що спричинення загрози здоров'ю людини є досить узагальненим питанням за рахунок того, яким способом буде вчинено замах на такі наслідки. Одним зі способів створення загрози здоров'ю людини є поширення небезпечної хвороби, що тягне за собою позбавлення волі з мінімальним строком від чотирьох місяців до чотирьох років. При цьому прямо вказується на те, що замах також підлягає покаранню. Варто додати, що узагальнення у вигляді «спричинення загрози здоров'ю» розуміється також і у випадку створення загрози здоров'ю або життю великої кількості людей. Тоді суб'єкт буде нести відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від двох до десяти років [16].

Якщо говорити про дві вказані вище норми, то тут можна помітити більше орієнтування безпосередньо на життя та здоров'я людини всередині країни. Вони не виключають питання порушення санітарного законодавства, але більше сконцентровані на об'єкті злочину у вигляді життя та здоров'я людини як окремо, так і у «великих розмірах», коли постраждалими може бути велика кількість людей. Можна сказати, що держави по-різному ставляться до подібних ситуацій і формують своє законодавство таким чином, щоб можна було передбачити конкретні порушення на їх територіях. Це дає вмотивовану підставу для впровадження таких норм, які мають максимальне обґрунтування.

Україна швидко почала підлаштовувати законодавство під умови епідемії. Підставою для внесення змін до нормативно-правових актів, які б могли регулювати вплив SARS-CoV-2 на функціонування та подальший розвиток держави в часи епідемії, став Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» [17]. Кримінальна відповідальність також була передбачена у статті 325 Кримінального кодексу України, зокрема, за порушення санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам і масовим отруєнням. Тобто відповідальність настане за порушення правил і норм, встановлених з метою запобігання епідемічним та іншим інфекційним хворобам, а також масовим неінфекційним захворюванням (отруєнням) і боротьбі з ними, якщо такі дії спричинили або завідомо могли спричинити поширення цих захворювань [18].

У такому випадку можна стверджувати, що держава більше сконцентрована на регулюванні правопорядку у суспільстві та формуванні відповідального ставлення до ситуації, яка склалася у ході поширення коронавірусу. Проте, проаналізувавши законодавство європейських країн, постає питання, наскільки доцільною є залучення статті 325 ККУ до питання поширення коронавірусу? Чи можна у такому випадку застосовувати статтю 130 Кримінального кодексу України та вказувати коронавірусну хворобу у переліку хвороб, вказаних у ній, як таку, що є невиліковною та небезпечною для життя людини?

Якщо переглянути диспозицію статті 130, то можна сказати, що за своєю суттю коронавірусна хвороба є інфекційною, тому прямо підпадає під умови, сформовані законодавством. При цьому постає питання про те, чи є вона виліковною та яка вірогідність того, що процедура лікування буде максимально ефективною та не завдасть шкоди здоров'ю і життю людини. На нашу думку, з огляду на те, як швидко поширюється ця хвороба в сучасних реаліях, наскільки небезпечною вона є для літніх людей і людей із хронічними хворобами, яких в Україні дуже багато, зараження COVID-19 має інкримінуватися саме за статтею 130 ККУ. При цьому варто звернути увагу саме на те, що відповідальність за такі дії буде передбачена за наявності умислу, коли людина знає про наявність у неї хвороби, проте повністю порушує будь-які встановлені протиепідемічні заходи для безпеки суспільства, якщо в результаті таких її дій була заражена людина або група людей.

Нині за умови, коли лікування хвороби відбувається через більш інтуїтивне лікування, така норма має право на існування. Не дивлячись на існуючі протоколи, лікування COVID-19 та її наслідків відбувається через підбір препаратів, які мають потенціал для лікування. Однак це не завжди може бути перший призначений препарат, що у процесі подальшого підбору може спричинити ще більшу шкоду для здоров'я людини і навіть викликати появу хвороб легень, печінки або інших внутрішніх органів. Напевно, і держава, і весь світ сподіваються на швидке отримання вакцини, що полегшило б лікування та змогло вивести COVID-19 із статусу «невиліковна хвороба», проте захворюваність збільшується кожного дня, а її наслідки можуть бути непередбачуваними.

Не дивлячись на такі швидкі процеси, пов'язані із впровадженням кримінальної відповідальності за зараження SARS-COV-2 як в Україні, так і у європейських країнах, хотілося б погодитися із думкою науковців В. Туранянiна та Д. Радуловича. Вони зазначають, що, не дивлячись на бажання врегулювати питання поширення такої інфекційної хвороби як коронавірусна хвороба (COVID-19), багато держав можуть зазнати невдачі, оскільки у багатьох із них кримінальні провадження є досить тривалими і можуть мати труднощі у доказуванні такого злочину, що не омине і випадки з COVID-19. Адже усі проаналізовані у цій статті норми законодавства охоплюють досить широкий спектр злочинних дій, які досить важко швидко сформувати у кримінальне провадження та провести усі необхідні процесуальні дії, які б мали наслідком якісне рішення [19, с. 9]. Однак стверджувати щось конкретне нині досить складно, але рішення, на нашу думку, тут тільки одне – кожен, хто умисно порушив законодавство, яке стосується боротьби із COVID-19, має нести відповідальність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Andrew M.Q. King, Michael J. Adams, Eric B. Carstens, and Elliot J. Lefkowitz. Virus taxonomy, classification and nomenclature of viruses: ninth report of the International Committee on Taxonomy of Viruses. San Diego. CA: Academic Press. 2012. 1327 p.

2. C. Drosten, S. Ginther, W. Preiser. Identification of a novel coronavirus in patients with severe acute respiratory syndrome. *N. Engl. J. Med*. 2003. Vol. 348. P. 967–976.

3. Coronavirus // World Health Organization. URL: https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1.

4. Т.А. Ачкасова, С.В. Цилько, Т.В. Думова, Ю.Н. Ачкасова. Актуальность эмерджентных инфекций. *Ученые записки Таврического нац. ун-та им. В.И. Вернадского. Серия: Биология, химия.* 2012. Т. 25(64), № 1. С. 21–28.

5. D.J Cennimo. Coronavirus Disease 2019 (COVID-2019) // Medscape. [Електронний ресурс]. URL: https://emedicine.medscape.com/article/2500114-overview#a1.

6. С.В. Комісаренко. Полювання вчених на коронавірус SARS-COV-2, що викликає COVID-19: наукові стратегії подолання пандемії. *Вісник НАН України*. 2020. № 8. С. 29–71.

7. Mandavilli A. Infected but Feeling Fine: The Unwitting Coronavirus Spreaders // The New-York Times. URL: https://www.nytimes.com/2020/03/31/health/coronavirus-asymptomatic-transmission.htm.

8. Petri W. Infected with the coronavirus but not showing symptoms? A physician answers 5 questions about asymp-tomatic COVID-19 // The Conversation. URL: https://theconversation.com/infected-with-the-coronavirus-but-not-show-ing-symptoms-a-physician-answers-5-questions-about-asymptomatic-covid-19-137029.

9. Symptoms of Coronavirus // CDC. URL: https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/symptoms-testing/symptoms.html.

10. Аналітичні панелі та відкриті дані // Міністерство охорони здоров'я України. URL: https://covid19.gov.ua/analitichni-paneli-dashbordy.

11. Коронавірус Covid-19: загальна статистика // Мінфін. URL: https://index.minfin.com.ua/ua/reference/coronavirus/.

12. KUM MU SREDIO NA NE ODE NA INFEKTIVNO, ZARAZIO CELU BOLNICU! Skandalčina u MOSTARU, pacijent uz sve to i LAGAO! hospital // Espreso. URL: https://www.espreso.rs/svet/bosna/527491/kum-mu-sredio-na-ne-ode-na-infektivno-zarazio-celu-bolnicu-skandalcina-u-mostaru-pacijent-uz-sve-to-i-lagao.

13. KRIVIČNI ZAKONIK REPUBLIKE SRBIJE // Paragraf. URL: https://www.paragraf.rs/propisi/krivicni-zakonik-2019.html.

14. Criminal Code of the Republic of Hungary (2012) (English version) // Legislationonline. URL: https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/25/Holy%20See/show.

15. Criminal code of the Kingdom of Sweden (amended 2020) (English version) // Legislationonline. URL: https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/1/Spain/show.

16. Criminal Code of the Republic of Finland (amended 2015) (English version) // Legislationonline. URL: https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/32/Estonia/show.

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 18 квітня 2020 року № 530-IX // *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 16. Ст. 100 (дата звернення: 24.03.2020).

18. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III // *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №№ 25-26. Ст. 131.

19. V. TURANJANIN, D. RADULOVIĆ. Coronavirus (COVID-19) and Possibilities for Criminal Law Reaction in Europe: A Review. *Iran Journal of Public Health*. 2020. Vol. 49. Suppl. 1. P. 4–11. DOI: https://doi.org/10.18502/ijph.v49iS1.3664.

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

УДК 343.131
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/98

ЗАХИСТ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS: INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS

Кушпіт В.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

Цилюрик І.І., асистент кафедри кримінального права і процесу
Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

З огляду на важливість завдання щодо неухильного дотримання прав, свобод і законних інтересів особи у кримінальному провадженні законодавцем уперше в окремій главі 2 Кримінального процесуального кодексу України закріплено загальні засади кримінального провадження, які є керівними положеннями, першоосновою всієї системи гарантій забезпечення та реалізації прав осіб, які так чи інакше залучаються до кримінального провадження. Однією із засад кримінального провадження, зміст якої розкривається у статті 16 Кримінального процесуального кодексу України, є недоторканність права власності. Отже, нормативне закріплення недоторканності права власності саме як засади кримінального провадження поставило перед науковцями, юристами, практиками досить нелегке завдання – переосмислити усталені підходи та догматичні уявлення про сутність, значення та процесуальний порядок обмеження й позбавлення права власності під час кримінального провадження, досягнути балансу між приватними та публічними інтересами, адже саме в цій сфері діяльності права і свободи особи піддаються найбільшому обмеженню.

У статті розглянуто питання захисту права власності у кримінальному процесі. Проаналізовано складову частину обов'язків держави перед її народом та створення всіх можливих умов, що сприятимуть максимальному захисту права власності кожної людини і громадянина. Визначено, що право вільного володіння та розпорядження своїм майном у міжнародному публічному праві протягом тривалого часу не знаходить свого законодавчого закріплення. Звернено увагу на те, що специфічний характер відносин суб'єктів у сфері права власності перешкоджає визначенню даної галузі як загальної на міжнародній арені. Утім, унаслідок активного розвитку і поширення процесів глобалізації й інтеграції в усьому світі питання дотримання правових стандартів посідає провідне місце в кожній державі.

Висвітлено питання, що з моменту обрання європейського вектора розвитку нашої держави, намагаючись зайняти поважне місце серед країн Європейського Союзу, органами державної влади України активно впроваджуються та ратифікуються міжнародні норми, спрямовані на врегулювання відносин у сфері недоторканості права власності.

Ключові слова: право власності, кримінальний процес, Європейський суд з прав людини, міжнародні стандарти.

Given the importance of the task of strict observance of the rights, freedoms and legitimate interests of the person in criminal proceedings, the legislator for the first time in a separate chapter 2 of the CPC of Ukraine enshrined the general principles of criminal proceedings, which are guidelines, otherwise involved in criminal proceedings. One of the principles of criminal proceedings, the content of which is disclosed in Art. 16 of the CPC of Ukraine, there is the inviolability of property rights. Thus, the normative consolidation of the inviolability of property rights as the basis of criminal proceedings has posed to scholars, lawyers, practitioners a rather difficult task – to rethink the established approaches and dogmatic phenomena about the nature, meaning and procedural order of restriction and deprivation of property rights in criminal proceedings. and public interests, because it is in this area of activity that the rights and freedoms of the individual are subject to the greatest restrictions.

The article considers the issue of protection of property rights in criminal proceedings. An integral part of the state's responsibilities to its people and the creation of all possible conditions that will contribute to the maximum protection of property rights of every person and citizen are analyzed. It is determined that the right of free possession and disposal of one's property has not been enshrined in international public law for a long time. Attention is drawn to the fact that the specific nature of the relations of subjects in the field of property rights prevents the definition of this industry as common in the international arena. However, due to the active development and spread of globalization and integration around the world, the issue of compliance with legal standards is at the forefront in every country.

The issue is highlighted that since the election of the European vector of development of our state, trying to take a prominent place among the European Union, the Ukrainian authorities are actively implementing and ratifying international norms aimed at regulating relations in the field of property inviolability.

Key words: property rights, criminal proceedings, European Court of Human Rights, international standards.

Дослідження правових стандартів із питань захисту права власності у кримінальному процесі зумовлює виокремлення найбільш важливих міжнародно-правових актів у цій сфері, а саме: Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р. [1]; Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [2] та Першого протоколу до даної Конвенції від 20 березня 1952 р. [3], Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини від 26 травня 1995 р. [4]. Загальноправове значення в регулюванні права власності також має Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р. [5]; Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16 грудня 1966 р. [6]. Уважаємо доцільним розглянути кожний із наведених міжнародних правових актів більш детально.

Передусім варто приділити увагу Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., яка являє собою міжнародний правовий стандарт, що закріплює комплекс основних прав та свобод людини. Текст наведеного нормативного акта проголошує свободу та рівність кожного у своїх правах, створює умови для їх захисту в державних судових уставах [7, с. 10]. Є.Г. Ляхов і К.Ф. Гуценко аналізують текст указаної Декларації та зазначають, що саме цей акт став великим кроком уперед у питаннях законодавчого закріплення прав та свобод людини та громадянина [8, с. 9].

Якщо проаналізувати зміст Загальної декларації прав людини, ми бачимо, що у ст. 17 закріплено право на можливість володіння майном для кожної людини, з позначкою про той факт, що ніхто не може бути позбавлений свого майна без законних на те підстав.

Наступним міжнародно-правовим актом, який спрямований на врегулювання відносин у галузі захисту прав та свобод людини, є Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ратифікований Україною 19 жовтня 1973 р.). Даним правовим актом установлено паритетність людей перед законом та право на захист своїх прав, окрім того, закріплено заборону обмеження законних прав та інтересів особи (ст. ст. 5, 26). До основного тексту Міжнародного пакту існує доповнення у вигляді Факультативного протоколу, що визначає коло громадських та політичних прав з погляду механізму процесуального порядку розгляду позовів від громадян за певних обставин [9]. Окрім даного нормативного акта, у 1966 р. ухвалений Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права [6], що був ратифікований органами державної влади Української РСР 19 жовтня 1973 р. Вищевказані нормативно-правові акти міжнародного характеру закріплюють основні принципи та стандарти правового механізму в питаннях захисту прав та законних інтересів осіб. Зауважимо, що значення Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права полягає, по-перше, у тому, що його норми є неподільними та взаємопов'язаними; по-друге, текстом даного правого акта визначено комплекс правових зобов'язань щодо захисту прав і свобод кожної людини. Отже, держави, що ратифікували даний пакт, зобов'язуються вживати необхідних заходів для реалізації його положень (заходи можуть мати адміністративний чи кримінальний процесуальний характер).

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. була розроблена й ухвалена державами-членами Ради Європи [2]. Уважаємо, що даний нормативний акт становить основу заходів регулювання відносин у галузі захисту прав людини на міжнародній арені. Натепер більш ніж у 47 державах світу в основу національного законодавства закладенні норми Конвенції. Наша країна не стала винятком. Так, 17 липня 1997 р. ратифікацією Конвенції Україна визнала, окрім інших положень, ще й право особи на звернення до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) з метою захисту порушених прав, зокрема і права власності. Відтоді кожен громадянин України отримав можливість у разі порушення права власності та після вичерпання всіх національних правових засобів захисту звернутися до ЄСПЛ. Під «вичерпанням всіх національних правових засобів юридичного захисту» треба розуміти проходження всіх судових інстанцій позивачем і отримання незадовільного результату, що законодавчо закріплено в основному нормативно-правовому акті України – у ст. 55 Конституції.

Окрім основного тексту Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, існує низка протоколів, створених із метою доповнення та розкриття положень основного акта. Так, станом на 2019 р. існує 12 основних протоколів та 4 додаткових, що доповнюють та розширюють комплекс прав і свобод людини, удосконалюють процесуальний порядок розгляду скарг у разі їх порушення.

У контексті нашого дослідження особливу увагу варто звернути на положення Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. (далі – Перший протокол до Конвенції). Протокол ратифіковано Україною 17 липня 1997 р. Ст. 1 Першого протоколу до Конвенції присвячена саме захисту права власності [3]. У результаті проведеного аналізу тексту ст. 1 Першого протоколу до Конвенції Ю.М. Дзера вбачає три окремі положення. У першому реченні даної норми загального характеру зазначено непорушність принципу поваги до права власності, далі норма закріплює, що об'єктом посягання є «позбавлення права власності за певних умов», а третя частина закріплює право держав, що є учасницями міжнародних відносин, на реґламентування за власним розсудом визначення та меж суспільних інтересів у галузі недоторканості права власності. Такі положення перебувають у тісному взаємозв'язку, кожне з них має індивідуальний характер [10, с. 320].

З огляду на важливість для нашого дослідження положень, закріплених у ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, варто детально їх проаналізувати та визначити зміст.

1. У ч. 1. ст. 1 Першого протоколу до Конвенції закріплено положення про непорушність принципу мирного права володіння своїм майном. Дане право має різноманітні форми, а тому можливі випадки втручання у право власності без безпосереднього фізичного впливу. На думку С.В. Шевчука, яку ми підтримуємо, умовно дану норму можна розділити на два основні елементи: перший – матеріальний, що реалізує захисну функцію права власності від незаконних дій із боку держави, а другий – процесуальний, спрямований на створення норм законодавства, що забезпечують уникнення незаконного втручання у право володіння майном [11, с. 700]. Саме завдяки балансу процесуального та матеріального аспектів у вказаній нормі забезпечується справедливе врахування інтересів суспільства та власника майна.

2. У другому реченні ч. 1 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції встановлено заборону на позбавлення права власності. Водночас у вказаному положенні встановлено винятки, за наявності яких можливе правомірне позбавлення права власності: по-перше, таке позбавлення можливе в інтересах суспільства, по-друге, на умовах, визначених законом і загальними принципами міжнародного права. Щодо цього цілком слушно в науковій літературі підкреслюється, що за своєю правовою природою право власності (на мирне володіння майном) не є абсолютним. Воно потребує регулювання з боку держави, яка має право вживати заходів втручання у право власності, зокрема й позбавляти громадян власності. Водночас у таких діях держава повинна дотримуватися усталених принципів, окрім правомірного втручання, також таких, як законність та тривалість обмеження цього права, передбачуваність його відновлення та повернення [12, с. 133].

Окремо варто звернути увагу на правову позицію ЄСПЛ у досліджуваному питанні, яка зводиться до такого: щоби втручання у право власності вважалося допустимим, воно повинно не тільки служити законній меті в інтересах суспільства, але й має існувати розумна сумірність між використовуваними засобами і тією метою, на яку спрямований будь-який захід, що позбавляє особу власності. Розумна рівновага повинна зберігатися між загальними інтересами суспільства та вимогами охорони основних прав особистості, до того ж пошуки збереження такої рівноваги загалом притаманні всій Конвенції. Це головне питання, яке так чи інакше фігурує в більшості рішень ЄСПЛ.

Отже, за умови застосування положень ч. 1 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у кримінальному процесі варто підкреслити, що для законного обмеження або позбавлення права власності недостатньо суто поруше-

ного суспільного інтересу. У вказаній ситуації необхідно встановлювати, чи порушує та чи інша форма втручання у право власності справедливу рівновагу між захистом права власності та вимогами загального інтересу.

С.О. Ковальчук у результаті дослідження практики ЄСПЛ із питань забезпечення права власності зазначив що оцінка законності втручання держави у право власності під час кримінального провадження надається Судом з погляду дотримання національними судами закріплених нормами кримінального процесуального закону підстав і порядку обмеження та позбавлення права власності. Зокрема, предметом оцінки ЄСПЛ у конкретних справах виступали: а) законність вилучення речових доказів під час слідчих дій та їх приєднання до кримінальної справи; б) законність накладення арешту на майно під час кримінального провадження; в) законність накладення арешту на майно під час кримінального провадження та застосування щодо нього спеціальної конфіскації як способу вирішення долі речових доказів; г) законність застосування спеціальної конфіскації як способу вирішення долі належних заявнику речових доказів, зокрема й грошових коштів, які були предметом контрабанди; ґ) законність застосування спеціальної конфіскації як способу вирішення долі речових доказів до майна третіх осіб [13, с. 367–368].

У контексті дослідження правомірності втручання у право власності з погляду його відповідності ст. 1 Першого протоколу до Конвенції варто навести позицію Я.М. Романюка, який правильно зробив висновок, що навіть за умови реалізації втручання у право власності особи, відповідно до норм законодавства держави та з урахуванням інтересів суспільства, дане діяння буде визнано порушенням норм Конвенції в разі недотримання балансу між інтересами суспільства та власника майна [14, с. 12].

Суспільним інтересом як належним обґрунтуванням втручання у право власності під час кримінального провадження може бути той інтерес, який зумовлений проведенням певної процесуальної дії чи процесуального заходу: або слідчої (розшукової) або накладенням арешту на майно, або застосуванням спеціальної конфіскації як способу вирішення долі речових доказів.

3. У ч. 2 ст. 1 Першого протоколу до Конвенції визначено, що попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів. Отже, у наведеній нормі фактично закріплено право держави на створення власного законодавства з метою врегулювання відносин у сфері захисту права власності. За слушним зауваженням О.П. Кучинської, положення, викладені в ч. 2 ст. 1 Протоколу до Конвенції 1950 р., встановили можливість для органу законодавчої влади кожної держави своїми внутрішніми нормативно-правовими актами обмежувати право власності, проголошене в ч. 1 цієї ж статті. До речі, це майже єдиний випадок, коли норми міжнародно-правового документа встановлюють пріоритет над собою норм внутрішньодержавного права, щоправда, лише у сфері регулювання права власності, порушують таким чином традиційну ієрархію нормативно-правових документів [15, с. 40].

Варто акцентувати увагу на тому, що врегулювання відносин у галузі захисту права власності відбувається завдяки правомірному контролю з боку держави. Та, у будь-якому разі такий контроль має бути: по-перше, в інтересах суспільства, або в загальних інтересах; по-друге, виключно на законних підставах, а також перебувати в межах розумного співвідношення пропорційності між метою та заходами.

Дослідники змісту ст. 1 Першого протоколу до Конвенції вказують, що коли ухвалюється рішення про те, що має місце втручання у право власності в контексті однієї із трьох норм ст. 1 Першого протоколу, другим кроком стає вирішення питання про те, чи може таке втручання бути юридично обґрунтовано державою. Якщо воно може бути обґрунтовано (тягар доведення в даному разі лежить на державі), уважається, що порушення ст. 1 Першого протоколу немає [16, с. 6–7]. Якщо застосувати вказані положення до національного законодавства в частині врегулювання забезпечення недоторканності права власності, варто зазначити, що обґрунтоване втручання у вказане право буде лише тоді, коли воно здійснюється на підставі вмотивованого судового рішення (наприклад, на підставі ухвали слідчого судді, суду про арешт майна).

Отже, у процесі проведення аналізу змісту статті 1 Першого протоколу до Конвенції наголосимо, що її положення є найвагомішими з погляду міжнародно-правового регулювання права на власності. Фактично, у ст. 1 Першого протоколу до Конвенції «Захист власності» визначено: по-перше, непорушність права мирного володіння своїм майном; по-друге, заборону на протиправне позбавлення права власності; по-третє; право держави на створення власного законодавства з метою врегулювання відносин у сфері захисту права власності; по-четверте, правомірний контроль із боку держави за правом власності може здійснюватися лише в інтересах суспільства, або в загальних інтересах, виключно на законних підставах, а також перебувати в межах розумного співвідношення пропорційності між метою та заходами.

Особливе місце в системі міжнародних правових актів у сфері захисту права власності належить Конвенції Співдружності Незалежних Держав (далі – СНД) про права й основні свободи людини від 26 травня 1995 р. [4]. Розробники даного міжнародного акта відтворили загальновизнані засади регулювання права власності з деякими уточненнями. У ч. 1 ст. 26 Конвенції СНД закріплено право кожної фізичної або юридичної особи на власність. У цьому ж положенні закріплено і гарантії вказаного права, оскільки визнано непорушність права на позбавлення майна.

Натомість, на відміну від положень ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, у Конвенції СНД дещо розширено перелік підстав, за наявності яких дозволяється позбавлення майна. Підстави, згідно із ч. 1 ст. 26 Конвенції СНД, такі: 1) позбавлення майна дозволяється лише у громадських інтересах та в судовому порядку; 2) таке позбавлення можливе в разі дотримання умов, передбачених національним законодавством і загальновизнаними принципами міжнародного права.

У контексті дослідження варто зазначити позицію О.П. Кучинської, яка зауважила, що укладачі Конвенції СНД до таких підстав віднесли «державні та суспільні інтереси», на відміну від авторів першого Протоколу до Конвенції 1950 р., які свого часу віддали перевагу «інтересам загальним та мотивам забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів». Очевидним є висновок, що, на думку укладачів Конвенції СНД, держава як конструкція, яка існує поряд із суспільством, паралельно та водночас окремо, має свої, окремі від суспільних, інтереси; може «приймати такі закони, які вона вважає необхідними для контролю над використанням предметів, вилучених із загального обігу (фактично – контролю права власності) у державних та суспільних інтересах» [15, с. 41]. Варто підтримати вчену та додати, що, окрім вказаного, Конвенція СНД посилила гарантії права власності, передбачила обов'язковість судового порядку ухвалення рішень про його обмеження чи позбавлення.

Під час проведення аналізу міжнародно-правових стандартів захисту права власності у кримінальному процесі окремо варто розглянути правову позицію ЄСПЛ, викла-

дену в деяких його рішеннях. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., рішення, що ухвалюються ЄСПЛ, є обов'язковими для виконання на всій території України [89]. Крім того, у ч. 5 ст. 9 Кримінального правового кодексу України прямо вказано, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Для національних судів рішення Європейського суду з прав людини є орієнтиром. Їх урахування слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом у практичній діяльності сприяє захисту прав людини, зокрема й забезпеченню права на недоторканність власності. Крім того, у рішеннях ЄСПЛ іноді вирішуються питання, які раніше не мали чіткого законодавчого закріплення, що створює сприятливі умови для розвитку національного законодавства відповідно до сьогоденних реалій.

Європейський суд з прав людини покликаний забезпечувати захист прав та свобод кожної людини, а в разі їх порушення втілювати судовий контроль міжнародного рівня. Результатом діяльності ЄСПЛ є розроблення правових позицій, що відбиваються в рішеннях обов'язкового характеру. Основою створення даного судового органу стала саме Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, з комплексом протоколів до неї. Компетенцією ЄСПЛ передбачено вирішення питань роз'яснення та порядку застосування норм Конвенції та протоколів. Даний судовий орган виконує свої обов'язки на постійній основі, будує свою професійну діяльність відповідно до міжнародних нормативно-правових норм, забезпечує верховенство права, шляхом реалізації захисту прав та свобод людини, що звертається зі скаргою на порушення її законних інтересів. Рішення Європейського суду мають обов'язковий характер та не підлягають оскарженню. Коло питань, що вирішуються ЄСПЛ, чітко окреслено в текстах Конвенції та протоколів до неї.

Варто зауважити, незважаючи на можливість держав самостійно ухвалювати рішення про умови та порядок позбавлення особи права власності, щоб таке позбавлення було законним, необхідне обов'язкове вираховування балансу між інтересами суспільства й інтересами власника, а також між комплексом обмежень, що застосовуються до фізичної чи юридичної особи, та цілями інтересів суспільства. Тому держави, що є учасницями Конвенції, повинні враховувати недоторканість права власності кожного та забезпечувати захист цього права на національному рівні.

Коли заходи, що пов'язані з позбавленням чи обмеженням права власності людини, є непропорційними за своїм змістом, їхній меті, Європейський суд з прав людини фіксує порушення балансу даних явищ та виносить рішення про наявність правопорушення, передбаченого протоколом до Конвенції.

Окремому вивченню підлягає питання щодо визначення змісту поняття «майно». Унаслідок того, що в міжнародних правових актах відсутнє тлумачення даного поняття, загальноприйнятим є вкладення в дане визначення повного спектра економічних інтересів, що виникають у межах інституту права власності. На території нашої держави, як загалом і в більшості країн континентальної системи, об'єктом власності є речі матеріального світу, згідно з текстом Конвенції, до таких об'єктів належать, окрім речей матеріального світу, ціла низка інтересів, що мають економічний характер [17, с. 25]. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод і протоколи до неї містять багато оціночних понять і абстрактних формулювань, а тому поняття «майно» варто розглядати крізь призму рішень Європейського суду з прав людини.

Тлумачення поняття «майно» у рішеннях ЄСПЛ необов'язково повинно збігатися з визначенням, наданим у законодавчих актах держав, оскільки останні наділені правом автономного ухвалення таких рішень.

Варто зазначити, відповідно до тексту Протоколу до Конвенції, не є майном об'єкти, що вилучені з економічного обігу в результаті накладення прямої заборони, на підставі національного чи міжнародного рішення або норми законодавства, незважаючи на те, що дані об'єкти наділені властивостями майна, наприклад, визначений тип зброї, радіоактивні метали тощо. Фактично, держава уповноважена вирішувати, що варто відносити до категорії майна, а що ні, спираючись на можливість порушення законних інтересів суспільства в разі його використання [18].

Загальновизнаним є факт, що зміст поняття «майно» охоплює як нерухоме майно (наприклад, будинки, квартири, земельні ділянки тощо), так і рухоме майно (наприклад, транспортні засоби, грошові кошти, дорогоцінні метали тощо). Утім, поняття «майно», відповідно до правової позиції ЄСПЛ, є досить широким, адже включає у свій склад, окрім традиційного розуміння рухомого та нерухомого майна, й інше, наприклад:

1) «право вимоги», яке може виступати майном за умови наявності достатнього підґрунтя в національному законодавстві (у вигляді рішень суду про віднесення даної категорії відносин до складу майна);

2) «право інтелектуальної власності», яке визнається майном за умови наявності реєстрації, відповідно до чинного законодавства окремої держави;

3) «акції» можна розглядати як різновид майна на підставі того, що, по-перше, власник акцій володіє частиною капіталу акціонерного товариства, а тому автоматично наділений певним обсягом прав та обов'язків, по-друге, завдяки наявності основних прав у власника акції існують і додаткові;

4) «дозвіл на реалізацію комерційної діяльності», що виражається у вигляді надання державою свідоцтва, патентів, ліцензій тощо;

5) «очікування настання певного правомірного явища», що мають майновий характер, за певних обставин можна визначати як категорію майна.

Отже, варто зрозуміти, що поняття «майно» охоплює як речі матеріального світу, так і правові інтереси, що мають економічний характер. Незважаючи на те, що вищевказаний перелік категорій не є вичерпним, фактично він являє собою орієнтир у розумінні сутності майна, відповідно до Конвенції про захист основних прав людини і основоположних свобод.

Натепер прийняття європейських орієнтирів відбувається завдяки інтеграції європейських держав шляхом розширення Ради Європи та Європейського Союзу, що являє собою стратегічний вектор розвитку і для нашої країни [19, с. 12]. Минуло багато часу з моменту першого застосування рішення Європейського суду в судовій практиці нашої країни, а тому натепер можна казати про те, що дані рішення є невід'ємною частиною сучасного українського законодавства. Та далеко не всі суди під час застосування рішень ЄСПЛ правильно оцінюють норми, тому їх розуміння і трактування деякими судами є помилковим.

Основні міжнародно-правові стандарти захисту права власності у кримінальному процесі закріплено в Загальній декларації прав людини від 10 грудня 1948 р.; Першому протоколі до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р., Конвенції СНД про права і основні свободи людини від 26 травня 1995 р. Детальний аналіз ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, присвяченої захисту власності, надав можливість зробити висновок, що існують три основні критерії законності контролю за правом власності: 1) правомірний контроль із боку держави за правом власності може здійснюватися лише в інтересах суспільства, або в загальних інтересах; 2) позбавлення майна дозволяється лише на законних

підставах та в судовому порядку; 3) під час обмеження у праві власності повинно бути дотримано розумне співвідношення інтересів суспільства та мети заходів. У разі відсутності хоча б одного з вищевказаних положень Європейським судом з прав людини ухвалюється рішення про порушення положень Протоколу до Конвенції.

Натепер у нашій державі більшість судових справ потенційно потребують застосування практики ЄСПЛ, а тому надзвичайно актуальним є питання правильного трактування ознак незаконного втручання у право власності відповідно до тексту Першого протоколу до Конвенції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Загальна декларація прав людини : Міжнародний документ ООН від 10 грудня 1948 р. *Офіційний вісник України.* 2008. № 93. Ст. 3103.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ Ради Європи від 4 листопада 1950 р. *Офіційний вісник України.* 2006. № 32. Ст. 2371.
3. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ Ради Європи від 20 березня1952 р. *Офіційний вісник України.* 2006. № 32. Ст. 2372.
4. Конвенція Співдружності незалежних держав про права та основні свободи людини : міжнародний документ СНД від 26 травня 1995 р. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_070.
5. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права : міжнародний документ ООН від 16 грудня 1966 р. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
6. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права : міжнародний документ ООН від 16 грудня 1966 р. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: http:zakon4.rada.gov.ua/laws/show/ 995_042.
7. Права людини і професійні стандарти для працівників правоохоронних органів в документах міжнародних організації. *Міжнародні нормативно-правові акти.* Київ : Сфера, 2002. 413 с.
8. Гуценко К.Ф., Ляхов Є.Г. Статут ООН, його цілі та принципи, а також актуальні проблеми розробки та застосування міжнародних норм, відносно кримінального судочинства. Москва : Норма, 1980. 80 с.
9. Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права : міжнародний документ ООН від 16 грудня 1966 р. *База даних «Законодавство України»* / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_086.
10. Дзера Ю.М. Міжнародні стандарти захисту права власності Європейським Судом з прав людини: проблеми застосування міжнародних стандартів у правовій системі України / за заг. ред. Є.Б. Кубка. Київ : Юридична практика, 2013. 608 с.
11. Шевчук С.В. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. 2-е вид. випр., доп. Київ : Реферат, 2007. 848 с.
12. Матієк Л.Г. Визначеність та доступність закону: необхідність зміни кримінального процесуального кодексу України на прикладі вилученого майна. *Практика Європейського суду з прав людини в діяльності органів прокуратури і суду : виклики та перспективи :* матеріали Першої міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 13 червня 2018 р. Київ : Національна академія прокуратури України, 2018. С. 132–135.
13. 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.
14. Романюк Я.М. Втручання у право власності з точки зору його відповідності ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: критерії Європейського Суду з прав людини та досвід України на окремих прикладах судової практики. *Право власності: європейський досвід та українські реалії :* збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції. Київ, 22–23 жовтня 2015 р. Київ : ВАІТЕ, с. 7–23.
15. Кучинська О.П., Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини : монографія. Ніжин : Аспект-Поліграф, 2013. 228 с.
16. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Ст. 1 Протокола № 1. Право на собственность : учебно-методическое пособие / М. Карсс-Фриск и др. Москва, 2002. 112 с.
17. Кузнєцова Н.С. Власність і право на мирне володіння майном відповідно до ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право власності : європейський досвід та українські реалії :* збірник доповідей та матеріалів Міжнародної конференції, м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р. Київ : ВАІТЕ, 2015. 324 с.
18. Шупінська О.В. Міжнародно-правові механізми захисту права власності : практика Європейського суду з прав людини. *Юридичний журнал.* 2008. № 11. URL: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3060.
19. Хаустова М.Г. Проблема організаційно-правового забезпечення гармонізації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. *Проблеми законності.* 2013. Вип. 121. С. 12–29.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/99

ПОЗИТИВНІ ТА НЕГАТИВНІ СТОРОНИ ВИКОРИСТАННЯ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

POSITIVE AND NEGATIVE SIDES OF USING A VIDEO CONFERENCE DURING CRIMINAL PROCEEDINGS

Пасюк Т.В., студентка І курсу магістратури
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Антонюк А.Б., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Стаття присвячена дослідженню використання режиму відеоконференції у кримінальному провадженні, де розкриваються позитивні та негативні сторони даного явища. У статті авторами з'ясовано зміст поняття відеоконференції, проаналізовано наукові думки процесуалістів щодо пояснення даної інноваційної технології. Досліджено такі умови, коли під час досудового розслідування чи судового розгляду, у разі неможливості особистої присутності деяких осіб у кримінальному процесі, може бути ухвалене рішення про проведення окремих слідчих (розшукових) чи процесуальних дій у такому режимі.

Натепер дана технологія ефективно застосовується у практиці більшості європейських держав та Сполучених Штатів Америки. Прогрес не обійшов стороною і сферу вітчизняного кримінального процесу. Особливу увагу приділено визначенню підстав для проведення дистанційного досудового розслідування та судового провадження.

У статті наведені позитивні сторони застосування режиму відеоконференції, до яких варто віднести доступність та реалізацію права на судовий захист, скорочення строків розгляду справ, економію фінансів тощо.

Якщо говорити про негативні сторони, то вони також мають місце. Сюди можна віднести невідповідний рівень технічного зв'язку для нормального спілкування між судом і установою попереднього ув'язнення; періодичне зникнення зображення та звуку під час відеоконференції; перешкоджання шумів для повного розуміння слів, речень висловлених учасниками процесу; неможливість подання на розгляд суду доказів, письмових клопотань та інших процесуальних документів, які є в учасника процесу, що перебуває в установі попереднього ув'язнення; неможливість для учасника процесу, що перебуває в установі попереднього ув'язнення, таємно порадитись із захисником, який перебуває в залі суду, територіально в іншому місці.

Також висвітлено основні позиції щодо шляхів удосконалення чинного кримінального процесуального законодавства, власні пропозиції стосовно внесення змін до деяких статей Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: відеоконференція, досудове розслідування, слідчі (розшукові) дії, суб'єкти кримінального процесу, електронний цифровий підпис, фіксування.

The article is devoted to the study of the use of videoconferencing in criminal proceedings, it reveals its pros and cons.

The article clarifies the meaning of the concept of video conferencing, explores the different opinions of the authors on the explanation of this innovative technology. Thus, during a pre-trial investigation or trial, in case of impossibility of personal presence of certain persons in the criminal proceedings, a decision may be made to conduct certain investigative or procedural actions by videoconference.

Today, this technology is effectively used in practice in most European countries and the United States. This progress has not bypassed the scope of the domestic criminal process.

Particular attention is paid to determining the grounds for remote pre-trial
investigation and court proceedings.

This article clearly outlines the positive aspects of the use of video conferencing, they should include: availability and exercise of the right to judicial protection, reduction of time for consideration of cases, financial savings, etc.

If we talk about the negative sides, they also exist. These are, first of all: inadequate level of technical communication for normal communication between the court and the pre-trial detention facility; periodic loss of image and sound during video conferencing; noise prevention for full understanding of words, sentences uttered by participants of the process; impossibility to submit to the court evidence, written petitions and other procedural documents that the participant of the process is in the pre-trial detention facility; it is impossible for a participant in a trial in a pre-trial detention facility to secretly consult with a defense counsel who is in a courtroom elsewhere.

It also highlights the main positions on ways to improve the current criminal procedure legislation and own proposals for amendments to some articles of the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: videoconferencing mode, remote pre-trial investigation, interrogation, investigative (search) actions, persons to whom videoconferencing is applied, electronic digital signature, recording, identification.

Постановка проблеми. Режим відеоконференції активно застосовується під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій, а також для здійснення процесуальних дій під час судового провадження. У досудовому розслідуванні режим відеоконференції можливий лише в разі проведення таких слідчих (розшукових) дій, як допит та пред'явлення для впізнання, що зазначено в національному законодавстві. Застосування режиму відеоконференції сприяє повному та всебічному вивченню обставин учинення кримінального правопорушення, однак його застосування на практиці вимагає якісного теоретичного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми. В Україні окремі питання застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі досліджували такі науковці, як: П. Волосюк, Н. Карпов, А. Кофанов, Н. Кушакова-Костицька, В. Маляренко, В. Мурадов, Н. Панько, М. Пашковський, Т. Полякова, А. Сизоненко, М. Смирнов, Б. Стрілець, О. Толочко, О. Тульська, С. Ширіна, В. Шепітько, Л. Щербина, М. Якимчук та інші. Однак це питання породжує низку дискусійних моментів, які потребують теоретичного вивчення.

Мета статті – дослідити і встановити позитивні та негативні аспекти застосування режиму відеоконференції під час досудового розслідування та судового провадження.

Виклад основного матеріалу. У своїй науковій праці Н. Панько зазначала: «Сучасна юридична наука і прак-

тика переходять на якісно новий рівень. Ухвалення нових та внесення змін до чинних нормативно-правових актів, які мають на меті запровадження та використання в юридичній практиці сучасних технологій для більш ефективного вирішення завдань, є необхідним у наш час» [1].

У сфері використання інноваційних технологій теорією і практикою вироблено численні поняття «інноваційних» розробок, що використовуються в побуті між фахівцями.

З розвитком інноваційних технологій виникла можливість проведення допиту, пред'явлення для впізнання під час досудового розслідування і процесуальних дій у суді в режимі відеоконференції, для підвищення ефективності та якості слідчих і судових дій.

У своїй роботі М. Смирнов визначав відеоконференцію як «особливу процедуру провадження, під час якої посадова особа (суддя, прокурор, слідчий) перебуває в місці основного провадження, а учасник процесуальної дії перебуває в іншому місці, спілкування між ними відбувається в режимі реального часу з використанням технічних засобів за допомогою аудіовізуальної взаємодії» [2, с. 97].

У повсякденному житті відеоконференцію використовують як засіб швидкого ухвалення рішення в певній ситуації, з метою скорочення витрат на відрядження до територіально розподілених організацій, а також як один із видів освітнього процесу, який включає в себе елементи технологій дистанційного навчання.

Як зазначають науковці, «велика кількість державних і комерційних організацій застосовують відеоконференцзв'язок, який приносить значні результати і максимальну ефективність, а саме:

1) знижує час на переїзди та пов'язані з ними витрати;

2) прискорює процеси ухвалення рішень в надзвичайних ситуаціях;

3) скорочує час розгляду справ у судах загальної юрисдикції;

4) збільшує продуктивність праці;

5) вирішує кадрові питання та соціально-економічні ситуації;

6) дає можливість ухвалювати більш обґрунтовані рішення завдяки залученню, за необхідності, додаткових експертів тощо» [1].

Сучасне законодавство дає можливість застосовувати цей вид телекомунікаційного зв'язку і під час кримінального провадження. Як зазначала Н. Панько, «під відеоконференцією у кримінальному провадженні слід розуміти особливу процедуру, що виконується за допомогою телекомунікаційних технологій, при якій спілкування у вигляді обміну аудіо- та відеоінформацією між віддаленими учасниками слідчої (розшукової) дії відбувається на відстані (дистанційно), але в режимі реального часу» [1].

Питання регламентації проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час досудового розслідування (дистанційне досудове розслідування) визначено ст. ст. 225–229, 232 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), а під час судового розгляду (дистанційне судове провадження) – ст. 336 КПК України, а також Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р., Інструкцією про порядок роботи з технічними засобами відеозапису ходу і результатів процесуальних дій, проведених у режимі відеоконференції під час судового засідання (кримінального провадження), затвердженою наказом Державної судової адміністрації України від 15 листопада 2012 р., роз'ясненням Міністерства юстиції України «Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження» від 22 липня 2013 р. тощо [3].

У результаті розгляду інформації, зазначеної у ст. ст. 232, 336 КПК України, виявили, що одними з головних умов для ухвалення рішення про проведення досудового розслідування та судового провадження в режимі відеоконференції є:

1) згода особи, щодо якої планується проведення відеоконференції. Але в положеннях КПК України не визначено вимоги до форми та змісту такої згоди. Ми вважаємо, що для забезпечення законності проведення вказаної процесуальної дії така згода повинна мати виключно письмовий характер, у її змісті необхідно обов'язково вказати причини проведення відеоконференції та відповідний орган досудового розслідування або судовий орган, який повинен проводити вказану процесуальну дію;

2) наявність обов'язкових підстав для проведення дистанційного досудового розслідування чи судового провадження, які визначені в ч. 1 ст. 232 та ч. 1 ст. 336 КПК України. Але даний перелік підстав не має виключного характеру, у КПК України передбачена можливість проведення відеоконференції за наявності інших достатніх та вагомих підстав. До них варто віднести сучасну ситуацію у країні, пов'язану з поширенням хвороби коронавірусу (COVID-19).

У КПК України зазначено, що «дистанційне досудове розслідування передбачено лише щодо таких слідчих (розшукових) дій, як допит, пред'явлення для впізнання осіб, впізнання речей, у свою чергу, дистанційне судове провадження може здійснюватися в судах першої, апеляційної, касаційної інстанцій, обмежуючись при цьому виключно можливістю допиту» [4].

У положеннях ст. ст. 232 та 336 КПК України зазначено, що «до основних підстав для проведення дистанційного досудового розслідування та судового провадження, відносять такі:

1) неможливість безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні (учасника провадження у кримінальному провадженні) за станом здоров'я або з інших поважних причин;

2) необхідність забезпечення безпеки осіб;

3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого;

4) необхідність ужиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування (судового провадження);

5) наявність інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею (у разі дистанційного досудового розслідування) або судом (у разі дистанційного судового провадження) достатніми» [4].

Серед науковців існує думка, що такий вузький перелік слідчих та судових дій, що можуть бути проведені в режимі відеоконференції, є невиправданим та потребує законодавчого розширення. Тому що правова заборона дистанційного проведення інших слідчих та судових дій немає об'єктивного пояснення. КПК України від 28 грудня 1960 р. передбачав можливість використання відеоконференції під час допиту свідка, експерта, підозрюваного, обвинуваченого і підсудного, очної ставки, відтворення обстановки й обставин події, а також пред'явлення для впізнання без будь-яких обмежень за видом об'єкта впізнання [5].

Беручи до уваги постійний невпинний розвиток науково-технічного прогресу, було б доцільним закріпити невичерпний перелік слідчих (розшукових) та судових дій, що можуть бути проведені дистанційно.

Деякі науковці зазначають: «Як для досудового розслідування, так і для судового провадження спільним є правило щодо можливості використання режиму відеоконференції, яке залежить від відповідного волевиявлення учасників кримінального провадження, слідчого, прокурора, слідчого судді, суду. Якщо, наприклад, особа проти проведення дистанційного розслідування чи судового розгляду, то воно можливе тільки в разі ухвалення вмотивованого, обґрунтованого рішення слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду. Водночас це правило не діє щодо заперечення підозрюваного (обвинуваченого), яке унеможливлює застосування режиму відеоконференції» [6].

Також одним із невирішених питань щодо застосування режиму відеоконференції залишається відсутність чіткого

врегулювання місцеперебування захисника. Зрозуміло, що визначати місцеперебування адвоката повинен його підзахисний. У такому разі можливі три варіанти: 1) коли адвокат перебуває в залі судового засідання; 2) коли він перебуває разом зі своїм підзахисним за межами судової зали; 3) якщо у справі є двоє чи більше захисників, то один із них може бути поруч із підзахисним, а другий – у судовому засіданні.

Варто звернути увагу на визначення місцеперебування таких учасників кримінального провадження, як педагог, психолог, лікар, законний представник, і закріпити дане питання у відповідних правових нормах, адже їх відсутність ускладнює проведення дистанційного досудового розслідування, судового провадження. З огляду на функції педагога, психолога, лікаря, законного представника, доцільно було б, щоб ці особи перебували поруч із неповнолітніми, недієздатними чи обмежено дієздатними особами, які беруть участь у проведенні процесуальних дій під час кримінального провадження в режимі відеоконференції. У вирішенні цього питання варто враховувати особливості проведення процесуальних дій за участю малолітніх, неповнолітніх, недієздатних чи обмежено дієздатних осіб, що передбачені ст. ст. 44, 59, 226, 227, 354, 491 КПК України [7].

Не вирішено питання: яким способом особа, що допитується із застосуванням режиму відеоконференції, повинна підписати протокол, дати письмову розписку про роз'яснення їй прав, обов'язків та відповідальності за відмову давати показання і за надання завідомо неправдивих показань.

Деякі науковці зазначають, що «вирішенням даного питання може стати застосування електронного протоколу допиту й електронної форми розписки, які каналами зв'язку направлятимуться безпосередньо слідчому чи в зал судового засідання. Електронний цифровий підпис має засвідчуватися посадовими особами, уповноваженими встановлювати особу, яка бере участь у проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції. Водночас докази, отримані у зв'язку із застосуванням режиму відеоконференції, можуть бути прийняті судом лише за умови дотримання належного порядку проведення слідчих (розшукових) і судових дій дистанційно. Спостереження за проведенням процесуальної дії, психічним, фізичним станом особи дає змогу суду переконатися в законності та можливості використання як доказів результатів, отриманих за допомогою відеоконференції» [8].

Варто зазначити, що організовувати відеоконференцію потрібно таким чином, щоби було видно не лише осіб, які безпосередньо беруть у ній участь, але і приміщення, де вони перебувають. Інакше такі докази можуть бути заперечені учасниками кримінального провадження.

Отже, у результаті дослідження питання застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі можемо визначити такі його позитивні сторони:

– по-перше, учинення слідчих (розшукових) та судових дій у режимі відеоконференції є менш затратним порівняно з іншими заходами як щодо часу, так і щодо фінансових затрат, наприклад, на доставку в судове засідання осіб, що тримаються під вартою;

– по-друге, це дає можливість відокремити особу, до якої застосовується відеоконференція, від небезпечного для неї учасника кримінального процесу або ж узагалі залишити таку особу невідомою.

Серед недоліків використання режиму відеоконференції у кримінальному провадженні варто вказати такі:

– невідповідний рівень технічного зв'язку для нормального спілкування між судом та установою попереднього ув'язнення, а також періодичне зникнення зображення та звуку під час відеоконференції, перешкоджання шумів для повного розуміння слів, речень, висловлених учасниками процесу;

– неможливість подання на розгляд суду доказів, письмових клопотань та інших процесуальних документів, які є в учасника процесу, що перебуває в установі попереднього ув'язнення;

– неможливість для учасника процесу, що перебуває в установі попереднього ув'язнення, таємно порадитись із захисником, який перебуває у залі суду, територіально в іншому місці. Якщо, наприклад, адвокат перебуватиме разом зі своїм підзахисним, він не може передати суду клопотання, докази, документи, підготовлені до засідання, але водночас дані документи за законодавством подаються під час судового засідання.

Висновки. Отже, для застосування режиму відеоконференції досудового розслідування та судового провадження характерне забезпечення його доступності та реалізації права на судовий захист, скорочення строків розгляду справ, економія фінансів тощо.

Водночас наявні негативні аспекти застосування дистанційного провадження можуть бути усунені, наприклад, шляхом удосконалення технічного обладнання, законодавчого вирішення питання місцеперебування захисника в разі застосування системи відеоконференції, створення за допомогою технічних засобів умов для конфіденційного спілкування учасників, застосування електронного протоколу допиту, цифрового підпису тощо.

Потрібно зазначити, що у ст. ст. 232, 336 КПК України не врегульовано питання стосовно строку, за який має подаватися клопотання про проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції в рамках кримінального провадження, розгляд якого призначено в загальному порядку на певну дату. Дана проблема нині набула актуальності у зв'язку з поширенням на території України пандемії коронавірусу (COVID-19) та неможливістю забезпечити присутність потерпілих, свідків, підозрюваних, обвинувачених, експертів на визначену дату судового засідання, що, на думку автора, в обов'язковому порядку підлягає законодавчому закріпленню шляхом внесення змін до зазначених статей КПК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Панько Н. Досвід проведення студентської наукової конференції з використанням відеоконференцзв'язку. URL: http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/11997/%CD.

2. Смирнов М. Особливості надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах з використанням методу відеоконференцзв'язку : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2005. 268 с.

3. Князєв В. Дистанційне кримінальне провадження : проблемні питання та перспективи. *Пріоритетні напрями модернізації системи права :* матеріали II Науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 15–16 травня 2020 р. Херсон : *Молодий вчений*, 2020. С. 126–131.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 28 грудня 1960 р. № 1001–05. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/100105.

6. Михальчук Т. Особливості проведення окремих слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції. *Криминалистика и судебная экспертиза*. 2013. Вип. 58 (1). С. 138–144.

7. Кучинська О. Окремі праксеологічні аспекти застосування режиму відеоконференції у кримінальному провадженні в Україні. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2014. № 5. С. 41–49.

8. Білоус В. Дистанційне кримінальне провадження: недоліки законодавчої регламентації і шляхи їх усунення. *Законодавство України : історія розвитку, соціальна обумовленість, якість, застосування та вдосконалення :* тези доповідей Міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 5–6 грудня 2014 р. Запоріжжя, 2014. С. 185–188.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/100

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ РЕЖИМУ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ПІД ЧАС ПАНДЕМІЇ

PROBLEMS OF APPLYING THE VIDEO CONFERENCE REGIME IN THE CRIMINAL PROCESS DURING THE PANDEMIC

Пасюк Т.В., студентка І курсу магістратури
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Цимбал П.В., д.ю.н., професор,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі під час пандемії, що пов'язана з поширенням вірусу COVID-19 на території нашої країни та поза її межами.

Уже більш ніж пів року Україна живе за новими, безпрецедентними правилами з обмеженнями, спрямованими на запобігання поширенню на території України гострого респіраторного захворювання COVID-19, спричиненого коронавірусом SARS-CoV-2, запровадженими постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211, що закономірно спричинило зміни в повсякденному житті кожного громадянина окремо та суспільства загалом.

У ст. 55 Конституції України гарантовано, що права та свободи людини і громадянина захищає суд. Зрозуміло, що доступ до правосуддя та його відправлення має бути забезпечено за будь-яких обставин і подій, однак теперішні події, а саме адаптивний карантин, є складним випробуванням для досудових та судових органів усіх рівнів.

У даній статті сфокусована увага на змінах, які були внесені до національного законодавства з метою запобігання розповсюдженню коронавірусної хвороби. На підставі проведеного дослідження автори зробили висновок, що в період пандемії COVID-19 запровадження обмежень є вимушеною тимчасовою мірою для збереження здоров'я та життя населення держави, але водночас надзвичайні заходи повинні будуватися на принципах верховенства права, законності, правової визначеності та пропорційності, а також бути тимчасовими, достатніми за виниклої небезпеки, супроводжуватися низкою гарантій від свавілля. Україна не заявила про відступ від Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а отже, запроваджені протиепідемічні заходи під час досудового розслідування та судового провадження повинні будуватися на неприпустимості обмеження фундаментальних прав людини, які нею гарантовані.

Ключові слова: відеоконференція, дистанційне провадження, дистанційне досудове розслідування, судове провадження, слідчі (розшукові) дії, пандемія, вірус COVID-19, адаптивний карантин.

The article is devoted to the study of problematic issues of the use of videoconferencing in criminal proceedings during a pandemic related to the spread of COVID-19 virus in our country and abroad.

For more than half a year, Ukraine has been living by new, unprecedented rules with restrictions aimed at preventing the spread of acute respiratory virus COVID-19 caused by the coronavirus SARS-CoV-2 in Ukraine, introduced by the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 11.03.2020, which naturally caused changes in the daily life of each citizen individually and society as a whole.

Article 55 of the Constitution of Ukraine guarantees that the rights and freedoms of man and citizen are protected by the court. It is clear that access to and administration of justice must be ensured in all circumstances and events, but current developments, namely adaptive quarantine, are a difficult test for pre-trial and judicial authorities at all levels.

This article focuses on changes that have been made to national legislation to prevent the spread of coronavirus disease. Based on the study, the authors concluded that during the COVID-19 pandemic, the introduction of certain restrictions is a temporary measure to preserve the health and lives of the population, but at the same time emergency measures should be based on the rule of law, legality, legal certainty and proportionality, as well as to be temporary, sufficient in the event of danger and accompanied by a number of guarantees against arbitrariness. Ukraine has not declared a derogation from the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and therefore the anti-epidemic measures introduced during the pre-trial investigation and court proceedings should be based on the inadmissibility of restrictions on fundamental human rights guaranteed by it.

Key words: videoconference, remote proceedings, remote pre-trial investigation, court proceedings, investigative (search) actions, pandemic, COVID-19 virus, adaptive quarantine.

Постановка проблеми. Пандемія коронавірусу, яка поставила під загрозу життя та здоров'я людства, є й досі непрогнозованою у своєму розвитку та не дає можливості передбачити всі потенційні наслідки, які вона спричиняє, для різних сфер життєдіяльності, як-от економіка, політика, медицина, освіта, наука тощо. Реагування на виклики, які постали перед нашою країною у зв'язку зі складною епідеміологічною ситуацією, є важливою складовою частиною позитивних зобов'язань держави стосовно прав її громадян на життя загалом та повагу до приватного життя зокрема. У рамках забезпечення реалізації позитивних зобов'язань та з урахуванням масштабів пандемії коронавірусної хвороби, на яку захворіли в Україні станом на 28 листопада вже майже 710 тисяч людей [1], наша держава запровадила безпрецедентні заходи, спрямовані на убезпечення населення від масових захворювань: істотно обмежили свободу пересування, заборонили багатолюдні публічні зібрання, передбачили правила щодо соціального дистанціювання, відвідування людей похилого віку, які опинилися у групі ризику, запровадила можливість дистанційної праці та дистанційне навчання для школярів та студентів, постійний температурний скринінг, заборонила чи обмежила роботу закладів харчування та багато інших. Дана ситуація не оминула сферу дистанційного провадження та використання режиму відеоконференції під час досудового слідства та судового розгляду, які також зазнали змін.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даної проблеми. В Україні окремі питання застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі досліджували такі науковці, як: А.Б. Антонюк, Л.М. Алексєєва, Д.Т. Арабулі, К.О. Архіпова, Н.М. Ахтирська, В.Ф. Васюков, П.В. Волосюк, Ф.М. Вяткін, Т.С. Гавриш, Ю.В. Глазов, Є.І. Кокотова, М.О. Колоколов, С.О. Краснопевцев, О.П. Кучинська, П.А. Литвишко, В.В. Мурадов, М.І. Пашковський,

М.А. Погорецький, А.С. Сизоненко, М.І. Смирнов, М.Ф. Сокиран, О.Ю. Татаров, Л.Д. Удалова, А.Є. Федюнін, С.С. Чернявський, Ю.М. Чорноус, В.А. Шиплюк, Н.В. Шульга й інші. Однак дане питання, з огляду на сучасну ситуацію у країні, породжує низку дискусійних моментів та нововведень, які потребують теоретичного вивчення та практичного застосування.

Мета статті – дослідити проблемні питання застосування режиму відеоконференції у кримінальному процесі під час пандемії, яка охопила Україну.

Виклад основного матеріалу. Дистанційне провадження є досить складним не тільки у процесуальному, а й в організаційно-технічному плані [2].

У ч. 3 ст. 232 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) зазначається, що «використання в дистанційному кримінальному провадженні на досудовому розслідуванні технічних засобів і новітніх технологій має забезпечувати належну якість зображення й звуку, а також інформаційну безпеку» [3]. Відповідно до ч. 3 ст. 336 КПК України, «у дистанційному судовому провадженні технічні засоби й технології, окрім перелічених вимог, мають забезпечувати також дотримання принципу гласності та відкритості судового провадження» [3]. Водночас КПК України не дає визначення таких термінів, як «належна якість зображення й звуку» та «інформаційна безпека».

Аналіз норм КПК України, що регулюють порядок проведення слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції, свідчить, що належною якістю зображення є така, яка дозволяє ідентифікувати особу за її зображенням всіма учасниками кримінального судочинства, а також особами, які присутні чи беруть участь у проведенні слідчої (розшукової) дії, та зафіксувати зображення технічними засобами з подальшою можливістю ідентифікації допитуваного. Під належною якістю звуку розуміють його властивості, що дозволяють чітко та розбірливо розрізняти показання, особливості голосу та мовлення допитуваної особи всіма учасниками процесу, а також особами, які присутні чи беруть участь у проведенні слідчої (розшукової) дії, та зафіксувати їх технічними засобами з можливістю подальшої ідентифікації допитуваного за голосом [4, с. 134].

Виходячи із зазначеного, звернемо вашу увагу на те, що в режимі відеоконференції повинні застосовуватись такі технічні засоби, які забезпечують належне її проведення. Дані технічні засоби повинні мати відповідний стан для того, щоб передавати відеоінформацію в режимі реального часу, забезпечити якість звуку та зображення, а також повне сприйняття інформації всіма учасниками слідчої (розшукової) дії.

З урахуванням виділених змістових ознак та властивостей відеоконференції у кримінальному провадженні пропонуємо під нею розуміти «особливий спосіб проведення слідчих (розшукових), судових та інших процесуальних дій, що передбачає використання відповідних телекомунікаційних технологій, за допомогою яких здійснюється спілкування між учасниками процесуальної дії в режимі реального часу, за умови, що хоча б один із них просторово віддалений, з обов'язковою фіксацією технічними засобами проведеної процесуальної дії» [4, с. 29].

Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час досудового розслідування (дистанційне досудове розслідування) нормативно закріплене у ст. ст. 225–229, 232 КПК України, а під час судового розгляду (дистанційне судове провадження) – ст. 336 КПК України.

У результаті дослідження КПК України стає зрозумілим, що рішення про здійснення дистанційного досудового розслідування ухвалюється слідчим, прокурором, а в разі здійснення в режимі відеоконференції допиту згідно зі ст. 225 КПК України – слідчим суддею із власної ініціативи або за клопотанням сторони кримінального провадження чи інших учасників кримінального провадження (ч. 4 ст. 232 КПК України). Рішення про проведення дистанційного судового провадження ухвалює суд за власною ініціативою або за клопотанням сторони чи інших учасників кримінального провадження (ч. 2 ст. 336 КПК України) [3].

Фактичні підстави для проведення дистанційного досудового розслідування/судового провадження, відповідно до ч. 1 ст. 232 та ч. 1 ст. 336 КПК України такі: «1) неможливість безпосередньої участі учасника кримінального провадження у досудовому провадженні/судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; 2) необхідності забезпечення безпеки осіб; 3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; 4) необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування/судового провадження; 5) наявність інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею або судом достатніми» [3].

Стає зрозумілим, що вказаний вище перелік підстав для проведення дистанційного досудового розслідування/судового провадження не має виключного характеру. Законодавством передбачена можливість проведення відеоконференції за наявності інших вагомих підстав. До числа яких можна віднести сучасну ситуацію у країні та світі, а саме поширення хвороби коронавірусу (COVID-19), з урахуванням розпорядження Кабінету Міністрів України «Про переведення єдиної державної системи цивільного захисту у режим надзвичайної ситуації» від 25 березня 2020 р. № 338-р. [5].

Уповноваженим суб'єктам кримінального провадження варто враховувати те, що необхідність ліквідації поширення хвороби коронавірусу (COVID-19), уведення карантину вихідного дня й інших обмежень, стрімке зростання захворюваності серед людей, забезпечення санітарного й епідемічного благополуччя населення суттєво обмежують фізичну можливість учасників кримінального провадження брати участь у проведенні процесуальних дій у рамках кримінального провадження, а їхні рішення в жодному разі не повинні порушувати право особи на справедливий суд, гарантоване ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. [6].

Отже, стає зрозумілим, що уповноваженим суб'єктам кримінального провадження потрібно використовувати можливість проведення досудового розслідування/судового провадження в режимі відеоконференції в умовах поширення хвороби коронавірусу (COVID-19) на території України.

Доцільно буде врахувати, що поширення на території України хвороби коронавірусу COVID-19 як фактичної підстави для проведення дистанційного досудового розслідування/судового провадження не виключає права уповноваженого учасника кримінального провадження, окрім цієї підстави, зазначати у відповідному клопотанні й інші підстави, передбачені п. п. 1–4 ч. 1 ст. 232 та ч. 1 ст. 336 КПК України. Наприклад, особа не може взяти участь у судовому розгляді: 1) за станом здоров'я (п. 1 ч. 1 ст. 232 та ч. 1 ст. 336 КПК України), що повинно обов'язково підтверджуватися конкретними медичними документами [3]; 2) у зв'язку з певними обмеженнями через поширення хвороби коронавірусу COVID-19 на території України. У такому разі у клопотанні зазначаються обидві підстави для проведення дистанційного досудового розслідування/судового провадження, що значно підвищує гарантії його задоволення й ухвалення відповідного рішення слідчим суддею/судом.

У зв'язку із сучасною ситуацією у країні 29 березня 2020 р. у Верховній Раді України зареєстровано проект закону «Про внесення зміни до розд. XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України

щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» [7]. Даний Закон ухвалений набрав чинності 13 квітня 2020 р. У ньому зазначається, що «розгляд питань, віднесених до повноважень слідчого судді, суду (крім розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою) за його рішенням, прийнятим із власної ініціативи або за клопотанням сторони кримінального провадження, може бути проведено в режимі відеоконференції, про що повідомляються сторони кримінального провадження в порядку, визначеному ст. 135 КПК України. Слідчий суддя, суд не має права прийняти рішення про проведення судового засідання щодо розгляду клопотання про продовження строку тримання під вартою в режимі відеоконференції, в якому поза межами приміщення суду перебуває підозрюваний (обвинувачений), якщо він проти цього заперечує.

Проведення судового засідання в режимі відеоконференції, у тому числі під час судового провадження, здійснюється на умовах, визначених абз. 7, з дотриманням правил, передбачених ч. ч. 3–9 ст. 336 КПК України.

Участь захисника в судовому засіданні забезпечується відповідно до вимог КПК України» [8].

Підтримуємо важливу необхідність дотримання даного Закону в умовах поширення хвороби коронавірусу (COVID-19) на території України, не можемо не погодитися з думкою Миколи Погорецького й Олександра Старенького про те, що «деякі його положення є такими, що не відповідають загальним правилам проведення відеоконференції в рамках кримінального провадження, з огляду на таке:

1) у порушення реалізації засади змагальності видається надання виключного права слідчому судді чи суду ініціювати питання про проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції, дана пропозиція не узгоджується із приписами ч. 2 ст. 232 КПК України та ч. 2 ст. 336 КПК України, відповідно до яких таким правом наділені: 1) слідчий суддя/суд; 2) сторони кримінального провадження; 3) інші учасники кримінального провадження;

2) незрозуміла позиція законодавця щодо необхідності повідомлення про проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції виключно сторін кримінального провадження. Ураховуючи вищевказані пропозиції, такий обов'язок слідчого судді чи суду не поширюється на інших учасників кримінального провадження (потерпілий, свідок, експерт, перекладач тощо), які також можуть брати участь у проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції;

3) невизначеним у КПК України залишається питання щодо форми та змісту згоди підозрюваного чи обвинуваченого щодо участі у проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції, а також засобів перевірки їхнього власного волевиявлення при наданні заперечення щодо розгляду клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в режимі відеоконференції, якщо підозрюваний чи обвинувачений перебуває за межами суду. На практиці може скластися ситуація, коли слідчі, прокурори своїми діями будуть незаконно впливати на волевиявлення підозрюваного чи обвинуваченого для отримання від них відповідного заперечення з метою перенесення розгляду поданого клопотання та затягування здійснення досудового розслідування чи судового провадження;

4) невирішеним залишається питання щодо наслідків неприбуття сторони захисту для участі в судовому розгляді в режимі відеоконференції (наприклад, через обмеженість руху залізничних, авіа- та автобусних сполучень між містами й областями України), особливо в тих випадках, коли така участь є обов'язковою (ст. 52 КПК України). Окрім того, поза увагою законодавця також залишилося питання щодо участі у проведенні процесуальних дій у режимі відеоконференції адвоката-представника, який представляє інтереси свідка, потерпілого тощо» [9].

Варто зазначити, що ні положеннями ст. ст. 232, 336 КПК України, ні зазначеним вище Законом не врегульовано питання щодо строку, за який сторони чи інші учасники кримінального провадження зобов'язані подати клопотання про проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції в рамках кримінального провадження, розгляд якого вже призначений у загальному порядку на певну дату. Дане питання особливо актуальне в умовах поширення хвороби коронавірусу (COVID-19) та неможливості забезпечити присутність свідків, потерпілих, експертів, підозрюваних чи обвинувачених на призначену дату судового засідання в деяких справах.

На відміну від КПК України, у нормах Цивільного процесуального та Господарського процесуального кодексів України зазначено, що: «учасник справи подає заяву про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду не пізніше ніж за п'ять днів до судового засідання» (ч. 2 ст. 212 Цивільного процесуального кодексу України; ч. 2 ст. 197 Господарського процесуального кодексу України) [10; 11].

Відповідно до наведеного прикладу правового закріплення варто також врегулювати належним строком ст. ст. 232, 336 КПК України.

Висновки. Отже, у результаті дослідження варто зазначити, що в умовах надзвичайної ситуації на території України та в усьому світі, коли суспільство та держава страждають від поширення хвороби коронавірусу (COVID-19), ухвалення законодавчих актів, спрямованих на забезпечення прав, свобод і законних інтересів осіб, особливо у сфері кримінальної юстиції, повинні належним чином та своєчасно обговорюватися, із залученням авторитетних фахівців у відповідній сфері, зокрема й із застосуванням засобів відеоконференції. Поспішні й належним чином необґрунтовані законодавчі акти можуть призвести лише до порушення прав, свобод і законних інтересів осіб під час здійснення кримінального провадження та затягування процедури досудового розслідування й судового розгляду, що недопустимо в сучасних умовах боротьби із хворобою коронавірусу (COVID-19).

ЛІТЕРАТУРА

1. Пандемія COVID-19 в Україні. Статистика. URL: https://www.pravda.com.ua/cdn/covid-19/cpa/.
2. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. О.В. Капліна, О.Г. Шило. Харків : Право, 2018. 584 с
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text.
4. Шульга Н.В. Проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції у кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2019. 208 с.
5. Про переведення єдиної державної системи цивільного захисту у режим надзвичайної ситуації : розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 березня 2020 р. № 338-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/338-2020-%D1%80#Text.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

7. Про прийняття за основу проєкту України про внесення зміни до розд. XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : постанова Верховної Ради України від 30 березня 2020 р. № 542–IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/542-20#Text.

8. Про внесення зміни до п. 20^{-5} розд. XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України щодо особливостей судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні та розгляду окремих питань під час судового провадження на період дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 13 квітня 2020 р. № 558–IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/558-20#Text.

9. Встановлюємо дистанцію! *Закон і Бізнес.* URL: https://zib.com.ua/ua/142090-distanciyne_kriminalne_provadzhennya_v_umovah_poshirennya_ko.html.

10. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон від 18 березня 2004 р. № 1618–IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.

11. Господарський процесуальний кодекс України : Закон від 6 листопада 1991 р. № 1798–XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/101

КЛЮЧОВІ АСПЕКТИ ПІДТРИМАННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАЧЕННЯ В СУДІ: НАЦІОНАЛЬНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

KEY ASPECTS OF MAINTAINING PUBLIC PROSECUTION IN COURT: NATIONAL AND INTERNATIONAL EXPERIENCE

Антонюк А.Б., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Полчанінова О.В., студентка VI курсу
юридичного факультету
Університет державної фіскальної служби України

У статті розглянуто поняття та суть функції підтримання державного обвинувачення в суді. Висвітлено ключові аспекти забезпечення додержання прав і свобод людини та громадянина при реалізації прокурором його конституційної функції щодо підтримання державного обвинувачення в суді. Проведено аналіз теоретичних і практичних проблемних моментів при здійсненні державного обвинувачення в суді на теренах сучасної України та на прикладах інших зарубіжних країн. У статті порівнюється роль прокурора, уповноваженого на здійснення державного обвинувачення в суді в Україні, із посадовими особами, покликаними виконувати функції прокурорів у країнах із англосаксонською та континентальною формами кримінального процесу. Окреслено ряд вимог до діяльності прокурора, який бере участь у суді як державний обвинувач. Особливу увагу приділено службам, що здійснюють обвинувачення в зарубіжних країнах, і їхнім особливостям. Також проаналізовано правовий статус, повноваження і значення поліції на стадії досудового розслідування в зарубіжних країнах. Стаття присвячена актуальній сьогодні проблемі практичної реалізації такої функції прокурора, як підтримання державного обвинувачення в суді, тому досить важливим є активне використання іноземного досвіду розвитку кримінального судочинства. У статті зроблено висновки щодо суті досліджуваних проблем, пов'язаних із визначенням і загальною характеристикою підтримування державного обвинувачення в суді, що в Україні здійснюється прокурорами, проведено порівняння з державним обвинуваченням на прикладі США та інших країн. Запропоновано шляхи вдосконалення і покращення діяльності прокурорів для успішного та належного виконання функцій, покладених на них, зокрема підтримання державного обвинувачення в суді.

Ключові слова: державне обвинувачення, підтримання державного обвинувачення, кримінальне провадження, національне судочинство, прокурор, функції прокурора.

This article discusses the concept and essence of the function of maintaining public prosecution in court. The key aspects of ensuring the observance of human and civil rights and freedoms in the implementation of the prosecutor's constitutional function to maintain public prosecution in court are highlighted. The analysis of theoretical and practical problematic moments in the implementation of public prosecution in court in modern Ukraine and on the examples of other foreign countries. The article compares the role of the prosecutor authorized to prosecute in court in Ukraine with officials called to perform similar functions to prosecutors in countries with Anglo-Saxon and Continental forms of criminal procedure. A number of requirements for the activities of a prosecutor who participates in court as a public prosecutor are outlined. Particular attention is paid to prosecution services in foreign countries and their features. The legal status, powers and importance of the police at the stage of pre-trial investigation in foreign countries are also analyzed. The article is devoted to the current problem of practical implementation of such a function of the prosecutor as the maintenance of public prosecution in court, so it is important to actively use the rich experience of criminal justice in foreign countries. The article concludes on the essence of the research problems related to the definition and general characteristics of the support of public prosecution in court by prosecutors in Ukraine, and compares it with public prosecution on the example of the United States and other foreign countries. Ways to improve and enhance the work of prosecutors for the successful and proper performance of the functions entrusted to him, including the support of public prosecution in court.

Key words: public prosecution, support of public prosecution, criminal proceedings, national proceedings, prosecutor, functions of prosecutor.

Запровадження і розвиток такого інституту, як підтримання державного обвинувачення в суді відбулося завдяки цивілізаційним процесам у суспільстві та пов'язане із введенням у національне законодавство принципу змагальності судочинства, чому сприяли низка судових реформ і змін у процесі становлення незалежності в Україні.

Згідно зі ст. 121 Конституції України однією з основних функцій прокуратури є підтримання державного обвинувачення в суді [1].

Закріплення на конституційному рівні за прокурором функції підтримання державного обвинувачення у кримінальному процесі визначає його вагому роль у захисті законних прав і свобод людини та громадянина.

За ст. 22 Закону України «Про прокуратуру» в редакції від 03 липня 2020 р. посадовою особою, на яку покладено функцію підтримання державного обвинувачення в судовому провадженні щодо кримінальних правопорушень, є прокурор, котрий користується правами та виконує обов'язки, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) [2].

У ст. 3 КПК України закріплено визначення державного обвинувачення як процесуальної діяльності прокурора, основним завданням якої є доведення перед судом обґрунтованого обвинувачення з метою забезпечення належної та справедливої кримінальної відповідальності особи, що вчинила кримінальне правопорушення [3].

Проблеми державного обвинувачення та питання щодо функцій прокурора в суді першої інстанції у кримінальних провадженнях завжди були в центрі уваги фахівців і досі залишаються предметом дискусій і суперечок. Зумовлюється це, зокрема, особливою складністю і відповідальністю такого виду діяльності. У статті детально розглянемо особливості реалізації цієї функції прокурора. Зазначена тематика є особливо актуальною, оскільки у країні відбувається реформування органів прокуратури та системи їхніх повноважень, зокрема й у кримінальному провадженні.

Дослідженням суті та механізму реалізації інституту підтримання державного обвинувачення присвячено багато уваги у працях учених-процесуалістів М.І. Бажанова, В.І. Вернідубова, М.В. Жогіна, С.А. Альперта, Я.О. Ковальова, В.В. Колодчина, Д.С. Карєва, А.Б. Антонюк, Ю.М. Грошевого, М.В. Косюти, М.С. Строговича, О.В. Мельника, В.М. Юрчишина, П.М. Каркача та ін.

М.С. Строгович вважає, що «функція прокурора-обвинувача в суді полягає в допомозі суду при перевірці

й оцінці всіх даних слідства, всього зібраного у справі доказового матеріалу. Прокурор робить це з погляду обвинувачення – його завданням є обґрунтування перед судом обвинувачення» [4].

М.В. Жогін визначає обвинувачення як сукупність інкримінованих особі протиправних і суспільно небезпечних дій або бездіяльності [5].

Д.С. Карєв розглядає обвинувачення через обвинувальну діяльність, підтримання обвинувачення в суді уповноваженими на те особами, а також сутність і зміст обвинувачення в конкретному злочині [5].

Згідно із поглядами П.М. Давидова, обвинувачення – це доведене твердження органу дізнання, слідчого, прокурора, судді або суду про скоєння злочину відповідною особою, яке має бути закріпленим у процесуальному документі та спрямованим на реалізацію кримінальної відповідальності цієї особи [6].

Ст. 264 КПК України передбачається, що прокурор на стадії судового розгляду підтримує перед судом державне обвинувачення, керуючись вимогами закону та своїм внутрішнім переконанням. Водночас прокурору забезпечується можливість відмовитися від підтримання державного обвинувачення, коли у процесі судового розгляду він переконається, що даними судового слідства обвинувачення, пред'явлене підсудному, підтвердитися не може (ч. 3 ст. 264 КПК). Прокурор має право звернутися до суду із пропозицією про виправдання підсудного або для того, щоб направити справу на додаткове розслідування [3].

У чинному законодавстві акцентується увага на тому, що підтримання державного обвинувачення в суді, дослідження обставин справи на стадіях кримінального провадження повинно відповідати вимогам об'єктивності, спрямовуватися на виявлення обставин, які сприяють викриттю чи виправданню обвинуваченого, пом'якшенню чи обтяженню його відповідальності. Прокурор, котрий бере участь у розгляді кримінальних справ у суді, повинен вживати всі передбачені законодавством заходи для того, щоб постановлений судом вирок був законним, обґрунтованим і справедливим.

Проте із судової практики вбачається, що в діяльності прокурорів, які підтримують державне обвинувачення в суді, все ще трапляються випадки виявлення обвинувального ухилу незалежно від даних судового слідства.

На нашу думку, здійснення прокурором у суді процесуальної функції обвинувачення проявляється у практичній реалізації висновків, зроблених ним внаслідок нагляду за досудовим слідством. Державне обвинувачення ґрунтується на діяльності органів досудового розслідування, завдяки яким обвинувачений, викритий у вчиненні кримінального правопорушення, має відповідати перед судом. Обвинувачення, сформульоване в обвинувальному акті, надійшовши до суду, реалізується за допомогою інших чинників на стадії судового слідства. Тому сукупність форм і методів втілення обвинувальної функції в суді створює поняття «підтримання державного обвинувачення».

Обвинувачення і насамперед державне обвинувачення – це ядро, навколо якого при розгляді справи в суді комбінуються зусилля всіх його учасників. Обвинувачення, сформульоване в обвинувальному акті та подане прокурором до суду, є основним і єдиним предметом судового дослідження. Для перевірки правильності обвинувачення викликаються в суд обвинувачений, потерпілий, свідки, експерти; проводяться необхідні судові дії; заслуховуються думки сторін; забезпечується належний порядок і послідовність у дослідженні доказів [7].

Поряд із тим, що одним із пріоритетних напрямів діяльності прокурора, котрий бере участь у суді як державний обвинувач, є підтримання державного обвинувачення, до нього висувається низка вимог, зокрема:

– чітко дотримуватися Конституції та інших законів України, якими регулюється питання підтримування державного обвинувачення;

– бути гарантом додержання як конституційних, так і процесуальних прав громадян, залучених до кримінального провадження;

– брати безпосередню участь у дослідженні доказів, сприяти усесторонньому дослідженню всіх обставин справи;

– забезпечувати об'єктивність у процесі здійснення функції державного обвинувачення, підтримувати обвинувачення лише в міру його доведеності, що сприятиме прийняттю законного та справедливого судового рішення у кримінальному провадженні;

– своєчасно реагувати на виявлені в суді помилки чи порушення законності під час досудового слідства і дізнання;

– порушувати питання перед судом щодо винесення окремої ухвали (постанови) у випадках виявлення фактів порушення закону [3].

Для успішного здійснення зазначених вище завдань керівникам органів прокуратури слід приділяти окрему увагу стану роботи щодо підтримання державного обвинувачення; спрямовувати діяльність на вдосконалення підготовки державних обвинувачів і на вивчення та впровадження позитивного досвіду роботи; проводити заходи, направлені на підвищення якості участі прокурорів при розгляді кримінальних справ у суді.

Більш широкому розумінню сутності та значення функцій прокурора, зокрема підтримання державного обвинувачення в суді, сприятиме аналіз національного законодавства порівняно із досвідом зарубіжних країн.

Насамперед слід зазначити, що за кордоном кримінальний процес існує у двох формах, а саме у змішаній і змагальній, які мають значні відмінності одна від одної.

Змагальна форма існує у країнах англосаксонського кримінального процесу, зокрема у США, Канаді, Великій Британії, Австралії, Індії, Ізраїлі, Кенії, де функція обвинувачення раніше виконувалася адвокатурою на приватній основі. Пізніше у Великій Британії функцію обвинувачення стала здійснювати Державна (королівська) служба кримінального переслідування й обвинувачення; у Канаді – Федеральна служба обвинувачення; у США – Аторнейська служба. Головним призначенням цих служб є здійснення контролю за збиранням поліцією та іншими органами доказової інформації щодо вчиненого злочину та направлення її (справи) на розгляд суду [8].

Як вбачається, у перелічених країнах відсутня як така владна посада прокурора, притаманна нашій державі. Посадовою особою у Великій Британії, США, Канаді, яка здійснює функції, схожі з функціями прокурорів Європи, є юридичний агент уряду, а не державний представник, що виступає на захисті інтересів суспільства, як у континентальній Європі [9].

У цих країнах відсутні кримінальні процесуальні кодекси. Наприклад, у США аторней (прокурор) порушує кримінальне переслідування, підтримує обвинувачення у суді. Також досить часто функції місцевих аторнеїв у США здійснюють адвокати (аторнеї). Місцеві аторнеї вивчають зібрані поліцією докази та вирішують питання щодо кримінального переслідування. Поряд із кримінальним переслідуванням аторней має право займатися адвокатською приватною практикою, громадською та політичною діяльністю тощо. Аторней наділений правом розслідування злочинів. Крім нього право розслідувати злочини мають ще й інші різні відомства США. Аторней може відмовити у прийнятті висновків поліції чи іншого органу і самостійно провести розслідування злочину [9].

Таким чином, у країнах англосаксонської системи права, де відсутня стадія досудового розслідування, посадова особа органу виконавчої влади, що виконує державно-правові функції, схожі з прокурорськими, під час розслідування злочину діє за межами кримінального процесу і має право: давати дозвіл багатьом органам вико-

навчої влади на розслідування злочину; контролювати хід розслідування злочину; особисто розслідувати злочин; складати подання (обвинувальний акт) і направляти його до суду [8].

Змішана (континентальна) форма кримінального процесу закріпилася після прийняття Францією у 1808 р. Кримінально-процесуального кодексу. Така форма процесу характеризується чітким розподілом на дві частини: попереднє провадження з наявністю деяких елементів розшукового характеру, обмежуючих права обвинуваченого, і кінцевого провадження (судового розгляду) з обов'язковим додержанням принципів безпосередності, гласності, відкритості та змагальності. Цю форму кримінального процесу перейняли Австрія, Німеччина, Іспанія, Італія, Росія та ін. [8].

У країнах англосаксонського права кримінальну справу до судового розгляду готують не посадові особи (дізнавач, слідчий, прокурор, слідчий суддя) на основі чітко визначених законом процедур і повноважень, як це передбачено законодавством України, а самі сторони – обвинувачення та захисту. З огляду на це у країнах англосаксонського права кримінальний процес розпочинається після того, як сформована за межами кримінальної процесуальної діяльності справа надійде у провадження до суду. Провідною формою розслідування злочинів є поліцейське розслідування, покликане на виконання обвинувальних функцій, збирання виключно обвинувальних доказів і застосування запобіжних заходів. З огляду на те, що поліція не зобов'язана розслідувати справу всебічно, повно й об'єктивно, сторона захисту наділена правом самостійного пошуку доказів, які виключають винуватість обвинуваченого або пом'якшують його відповідальність.

Після закінчення розслідування справи поліція передає матеріали до Державної (королівської) служби кримінального переслідування й обвинувачення (Велика Британія), Державної служби обвинувачення (Канада), Аторнейської служби (США). Вказані служби вивчають матеріали справи та приймають рішення закрити справу або направити її до суду з обвинувальним актом, що вже затверджується суддею. Посадові особи зазначених державних органів самостійно вирішують питання щодо підтримання чи не підтримання обвинувального акта під час розгляду судом кримінальної справи по суті [10].

З огляду на зазначене вище можна стверджувати, що через відсутність у кримінальному процесі у країнах із англосаксонською системою права самостійної стадії, пов'язаної з досудовим розслідуванням злочинів і здійсненням їх розслідування відповідно до поліцейських правил, визначати функції посадових осіб, подібних до прокурорів України, неможливо. Це пояснюється тим, що функції вказаних посадових осіб не є суто кримінально-процесуальними, а процедура їх здійснення на практиці не регламентується кримінальними процесуальними кодексами.

Висновок. Сьогодні чинні в Україні органи, наділені повноваженнями на здійснення досудового розслідування кримінальних проваджень, проводять повне, всебічне і неупереджене розслідування всіх обставин кримінальних правопорушень, встановлюючи як обвинувальні, так і виправдувальні докази, та не мають на меті виключно обвинувальну діяльність. Важливо й те, що діяльність із підтримання державного обвинувачення спрямована не на вирішення приватних, особистих інтересів прокурора, а на забезпечення притягнення до кримінальної відповідальності винної у вчиненні кримінального правопорушення особи.

Хоча механізми реалізації підтримання державного обвинувачення очевидно відрізняються від зарубіжних, ознайомлення з іноземним досвідом дає змогу глибше пізнати суть досліджуваних проблем, пов'язаних із визначенням і загальною характеристикою підтримування державного обвинувачення в суді, що в Україні здійснюється прокурорами, по-новому оцінити, з'ясувати слабкі та сильні сторони.

Водночас вважаємо, що буде корисним перейняття позитивного досвіду кримінального судочинства зазначених країн, оскільки їхні особливі підходи сприяють кращому розумінню і вдосконаленню у нашій державі такого складного та важливого інституту, як реалізація функції підтримання державного обвинувачення в суді.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 1996 р., поточна редакція від 01 січня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Tet (дата звернення 10.11.2020).
2. Закон України «Про прокуратуру», поточна редакція від 03 липня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text (дата звернення 10.11.2020).
3. Кримінальний процесуальний кодекс України, поточна редакція від 11 вересня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення 10.11.2020).
4. Строгович М.С. Звинувачення і обвинувачений на попередньому слідстві і в суді / під ред. і з передм. А.Я. Вишинського. 2008.
5. Жогін Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Попереднє слідство у радянському кримінальному процесі. Москва : Юридична література, 2001. 367 с.
6. Давидов П.М. Звинувачення в кримінальному процесі. URL: http://lawlibrary.ru/izdanie23642.html (дата звернення 10.11.2020).
7. Михайленко О.Р. Прокуратура України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 336 с.
8. Михайленко О.Р. Прокуратура Франції, ФРН, Великобританії, США. Київ : Юрінком Інтер, 2010.
9. Олександров О. Аторнейська служба США. *Вісник прокуратури*. 2016. № 4. С. 67–69.
10. Організація і функції прокуратури в зарубіжних країнах. *Законодавство зарубіжних країн*. Москва, 2018.

УДК 477
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/102

ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: НАЦІОНАЛЬНИЙ І МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД

APPLICATION OF PRISON PRECAUTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS: NATIONAL AND INTERNATIONAL EXPERIENCE

Антонюк А.Б., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Тимошенко Д.Ю., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Розглянуто поняття та суть заходу забезпечення кримінального провадження у вигляді тримання під вартою. Висвітлено основні аспекти забезпечення процесуальних гарантій прав, свобод і законних інтересів особи при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у кримінальному провадженні. Досліджено теоретичні та практичні проблемні моменти, що виникають при застосуванні у кримінальному провадженні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою у нашій державі, а також у зарубіжних країнах. У статті порівнюється застосування у кримінальному судочинстві найбільш суворої міри запобіжного заходу – взяття під варту, що є прямим вторгненням держави у сферу захисту прав і свобод людини. У процесі дослідження особливу увагу було приділено результатам діяльності Координаційного центру з надання правової допомоги. У статті також розглянуто судову статистику щодо застосування запобіжних заходів у національному правосудді. Зроблено аналіз специфіки й особливостей застосування запобіжних заходів у зарубіжних країнах. Особливу увагу було приділено збалансованій системі заходів процесуального примусу в США та країнах Європи. Наведено деякі пункти, які можуть призвести до найменших порушень прав і свобод людей у всьому світі. Проблема застосування такого запобіжного заходу, як тримання під вартою сьогодні надзвичайно актуальна, тож необхідно активно використовувати зарубіжний досвід розвитку кримінального судочинства. Тримання під вартою до суду слід розглядати як виняткову міру, до якої вдаються тільки за крайньої необхідності та завжди захищають заходами, покликаними мінімізувати пов'язані з цим ризики або компенсувати їх наслідки.

Ключові слова: тримання під вартою, арешт, покарання, запобіжний захід, кримінальне провадження, правова допомога, порушення прав і свобод, судове провадження, національне правосуддя, особисте зобов'язання, закон.

The concept and essence of the measure of ensuring criminal proceedings in the form of detention are considered. The main aspects of ensuring procedural guarantees of the rights, freedoms and legitimate interests of a person in choosing a measure of restraint in the form of detention in criminal proceedings are highlighted. Theoretical and practical problems that arise in the application of precautionary measures in the form of detention in our country, as well as problems that arise in foreign countries are studied. The article compares the application of the most severe measure of restraint in criminal proceedings – detention, which is a direct intrusion of the state into the protection of human rights and freedoms. In the process of research, special attention was paid to the results of the Coordination Center for Legal Aid. The article also considers judicial statistics on the application of precautionary measures in the field of national justice. The analysis of specifics and features of application of precautionary measures of foreign countries is made. Particular attention was paid to a balanced system of coercive measures in the United States and Europe. Here are some points that can lead to the smallest violations of human rights and freedoms around the world. The article is devoted to the current problem of the application of such a measure of restraint as detention, so it is necessary to actively use the rich experience of criminal proceedings in foreign countries. The article draws some conclusions from the study, namely detention in court should be considered as a very exceptional measure, which is resorted to only in cases of extreme necessity and is always protected by protective measures designed to minimize the risks or compensate for their consequences.

Key words: detention, arrest, punishment, preventive measure, criminal proceedings, legal assistance, violation of rights and freedoms, court proceedings, national justice, personal obligation, law.

Тримання під вартою – це позбавлення обвинуваченого можливості сховатися від досудового розслідування і суду, або перешкоджати встановленню істини у кримінальному провадженні, або займатися злочинною діяльністю, а також забезпечення виконання вироку. Тримання під вартою має схожі риси з арештом і позбавленням волі, що належать до системи кримінальних покарань, оскільки результатом усіх зазначених заходів є ізолювання особи. Відповідно до цієї норми обрання щодо підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та продовження строків тримання під вартою на стадії досудового розслідування віднесено кримінальним процесуальним законом виключно до компетенції суду.

Сфера застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні загалом і тримання під вартою зокрема як найсуворішого з них завжди була і залишається однією з найбільш суперечливих і дискусійних. Зумовлено це тим, що тримання під вартою супроводжується застосуванням примусу і, відповідно, має правообмежувальний характер. У статті розглянемо тримання під вартою як здійснення кримінального провадження.

Взяття під варту – найсуворіший запобіжний захід, який істотно обмежує права і свободи підозрюваних, обвинувачених. Слід взяти до уваги, що цей захід, який за самою своєю природою є примусовим і завдає шкоди, застосовується щодо особи, котра повинна вважатися невинною на певному етапі процедури.

Незважаючи на досить детальне законодавче регулювання цього запобіжного заходу, на практиці все таки трапляються випадки необґрунтованого застосування тримання під вартою, також при розгляді клопотань про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою необхідною умовою законності є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні кримінального правопорушення. Це свідчить про те, що чинне правове регулювання взяття під варту ще далеке від досконалості та потребує наукового аналізу та вивчення. Враховуючи, що взяття під варту суттєво обмежує права і свободи підозрюваних, обвинувачених, тобто осіб, вина яких у вчиненні кримінального правопорушення ще не доведена в судовому порядку, порядок його застосування повинен повністю виключати будь-яке довільне тлумачення і двозначність.

Проблемні питання правової регламентації застосування тримання під вартою були предметом досліджень таких правознавців, як Ю.М. Грошевой, А.Я. Дубинський, В.С. Зеленецький, В.Т. Маляренко, І.Л. Петрухін, М.А. Погорецький, П.П. Пилипчук, В.М. Трофименко, О.Г. Шило та ін. Незважаючи на вагомий внесок указаних вчених у вивчення цих питань, вони залишаються актуальними в аспекті захисту прав людини у сфері кримінального судочинства та забезпечення належної діяльності органів досудового розслідування [1].

Внаслідок неоднозначного вирішення питання про тримання під вартою особи під час підготовчого судового провадження (ч. 3 ст. 315 КПК України) поширеними стали й порушення права на свободу й особисту недоторканність (ст. 29 Конституції України, ст. 12 КПК України). Судді й надалі продовжують практику «автоматичного» продовження цього запобіжного заходу, незважаючи на чітку практику Європейського суду з прав людини у цій сфері та положення КПК про обмеження свободи лише на підставі судового рішення [2; 3].

Результати діяльності Координаційного центру з надання правової допомоги засвідчують, що у процесуальній діяльності сторони обвинувачення законодавча вимога про обов'язкове повідомлення захисників про всі факти затримань реалізується не повністю, не дотримуються строки повідомлень центрів правової допомоги про затримання осіб; викликані захисники не допускаються до затриманих осіб; затриманих осіб примушують до відмови від викликаного захисника; із затриманою особою проводяться процесуальні дії ще до моменту прибуття захисника; не забезпечуються умови конфіденційного спілкування захисника із підозрюваним; час фактичного затримання не збігається із часом, зазначеним у протоколі затримання [4].

Аналізуючи звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019 рік, можна побачити, що тримання під вартою є найбільш застосованим [5].

Для прикладу проаналізуємо кілька країн і специфіку застосування у них запобіжних заходів. У Франції відсутнє досудове слідство, натомість його місце у кримінальному судочинстві відведено поліцейсько-прокурорській підготовці матеріалів для розгляду у суді.

Секретність досудових розслідувань і дізнань насамперед захищає інтереси кожного: захищає докази та свідків, але також і методи розслідування, які, якщо вони будуть розкриті, можуть перешкодити слідчим зробити певні висновки. Також це питання ізоляції свідків, слідчих і суддів. Розкриття інформації, що охороняється законом про секретність, у суспільстві, де громадська думка набуває дедалі більшого значення, може бути небезпечним для необхідної неупередженості тих, хто бере участь у розслідуванні та судовому процесі. Слід мати на увазі, що кінцевою метою досудового розслідування та дізнання є встановлення істини, однак ця лавина інформації та думок не повинна завдавати шкоди необхідній неупередженості свідків, слідчих і суддів [6].

Забезпечення секретності досудових розслідувань і дізнань також означає гарантування дотримання презумпції невинності, щоб будь-який підозрюваний не став жертвою публічного судового розгляду. Презумпція невинності означає, що будь-яка підозрювана особа вважається невинною доти, поки її провина не буде доведена. Порушення таємниці попереднього слідства і дізнання рівносильне позбавленню обвинуваченого одного з найосновніших прав, яке занадто часто порушується, та порушенню права потерпілих сторін зберігати в таємниці злочин, жертвами якого вони стали. Якщо злочин буде розкрито, існує серйозна небезпека того, що деякі постраждалі сторони будуть піддані фізичному або психологічному тиску [7].

Проте у чинному законодавстві країн західної Європи та США застава, як і майнова порука, є найбільш ефективною та частіше за інші запобіжні заходи застосовується в судочинстві, оскільки виконує покладені на неї функції та забезпечує інтереси як кримінального процесу, так і обвинувачених, підсудних.

Слід відзначити, що у США та ряді країн Європи існує збалансована система заходів процесуального примусу, яка базується на економії репресій і повністю відповідає вимогам Міжнародного пакту про громадські та політичні права, відповідно до якого «утримання під вартою осіб, котрі очікують судового розгляду, не повинно бути загальним правилом, але звільнення може залежати від поданих гарантій явки до суду». Аналогічні вимоги містить і ст. 5 Європейської Конвенції щодо захисту прав людини й основних свобод, якою передбачено, що можливість звільнення утримуваних під вартою осіб «залежатиме від поданих гарантій явки до суду» [8; 9].

Диференціація механізму реалізації заходів кримінального процесуального примусу в законодавстві зарубіжних держав зумовлена існуванням у суспільстві про-

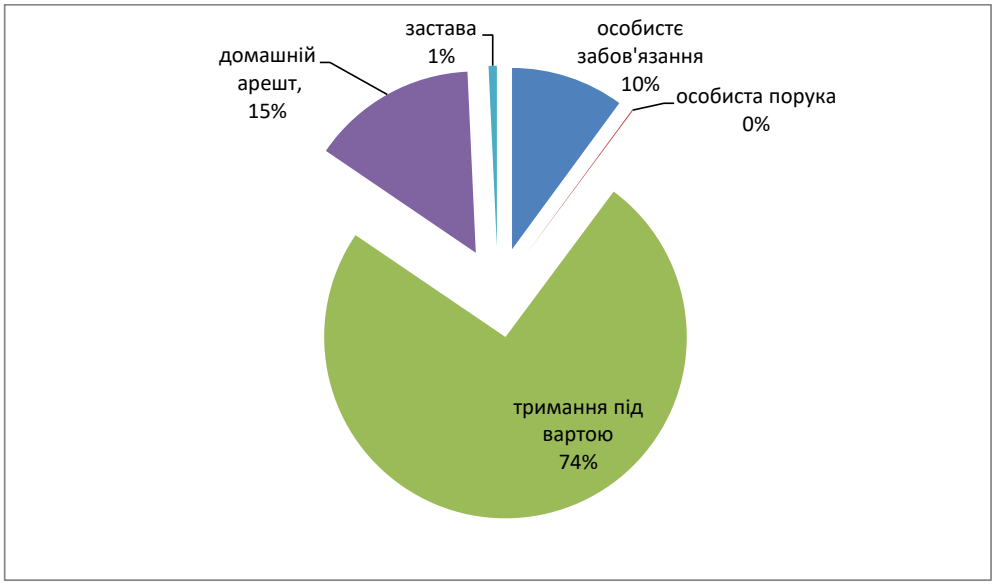

Рис. 1. Види запобіжних заходів

гресивних ідей про єдність системи захисту прав людини на основі міжнародно-правових стандартів правосуддя, а також наявністю різних процесуальних процедур, що забезпечують ефективне досягнення завдань кримінального судочинства.

Аналіз зарубіжного законодавства, яке регламентує механізм реалізації заходів кримінального процесуального примусу, дозволяє виділити низку закономірностей:

1) існування нормативних правил, окремих законів, що регламентують питання, пов'язані з реалізацією заходів кримінального процесуального примусу;

2) відсутність чіткого визначення системи заходів кримінального процесуального примусу та нечітке розмежування затримання й арешту;

3) наявність декількох суб'єктів, уповноважених обґрунтовувати, застосовувати та здійснювати заходи кримінального процесуального примусу;

4) можливість застосовувати заходи кримінального процесуального примусу щодо широкого кола учасників кримінального судочинства;

5) наявність самостійного механізму реалізації заходів кримінального процесуального примусу, залежного від механізму судового контролю. Суттєвою перевагою зарубіжних правових систем є можливість вибору того чи іншого примусового заходу, внаслідок чого сфера дії заходів кримінального процесуального примусу значно розширюється.

Система кримінального правосуддя США давно визнала конституційну важливість надання застави, адже належна судова процедура гарантує, що людина не буде покарана або позбавлена волі доти, як постане перед судом. Тому кожна людина має право бути вільною, поки присяжні не встановлять її провину. Шоста поправка до Конституції США гарантує, що присяжні визначають винність людини після справедливого судового розгляду з доказами. Ці конституційні принципи глибоко вкоренилися в англійському й американському праві та зберігають конституційне право на звільнення під заставу [9].

На підставі вивчених джерел можна зробити висновок, що наступні пункти допоможуть зменшити кількість порушень прав і свобод людей у всьому світі:

– взяття під варту до суду, яке завжди має бути факультативним і розглядатися як виняткове, повинне виноситися тільки в тому разі, якщо розглянутий мінімальний вирок є істотним;

– неповнолітні можуть бути поміщені під варту до суду тільки за крайньої необхідності;

– жоден суд не може призначити взяття під варту, якщо він спочатку не провів розгляд за участю державного обвинувача і відповідної особи (обвинуваченого або підсудного), якому повинен допомагати законний представник;

– нерезиденти та іноземці за жодних обставин не повинні піддаватися дискримінації;

– необхідно розрізняти тюремне ув'язнення й утримання під вартою до суду, зокрема підслідні ув'язнені повинні утримуватися в окремих частинах в'язниці відповідно до тюремних правил, що містяться в рекомендації Комітету міністрів № R (87), щоб дати їм усі можливості для підготовки захисту і не позбавляти їх повністю соціальних і професійних контактів;

– закон повинен встановити верхню межу тривалості тримання під вартою до суду, яка не повинна перевищувати одного року для менш тяжких злочинів і двох років для серйозних злочинів; ці терміни не можуть бути продовжені ні з якої причини; внаслідок цього заходу справи, в яких один або кілька обвинувачених були поміщені під варту, повинні отримати пріоритет і оперативно розслідуватися;

– коли внаслідок остаточного рішення (зняття звинувачення або виправдання) з'ясовується, що утримання під вартою було незаконним, повинна бути присуджена повна компенсація матеріального і нематеріального збитку; держава, заснована на верховенстві закону, таким чином виконує свої найелементарніші зобов'язання перед людьми, несправедливо ув'язненими.

Висновок. За умов глобалізації необхідно активно використовувати багатий досвід розвитку кримінального судочинства в зарубіжних країнах. Кожна країна застосовує для реалізації заходів забезпечення кримінального провадження свої підходи, власні рішення тих чи інших проблем. Тримання під вартою до суду слід розглядати як виняткову міру, до якої вдаються тільки за крайньої необхідності та завжди захищають заходами, покликаними мінімізувати пов'язані з цим ризики або компенсувати їх наслідки.

З метою вдосконалення вітчизняного законодавства необхідно звернути увагу на положення законодавства зарубіжних країн із метою імплементації найбільш позитивних його аспектів. Доцільно відновити й альтернативну можливість застосування підписки про невиїзд як запобіжного заходу, а не тезисно про це згадувати під час застосування особистого зобов'язання як запобіжного заходу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тищенко О.І. Тримання під вартою: окремі питання правозастосовних реалій. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11801/1/Tyshchenko_135_138.pdf (дата звернення 02.11.2020).

2. Кримінальний процесуальний кодекс України, поточна редакція від 11 вересня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення 02.11.2020).

3. Конституція України від 1996 р. поточна редакція від 01 січня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення 02.11.2020).

4. Координаційний центр з надання правової допомоги. URL: http://legalaid.gov.ua/images/Actual/Results_research.pdf (дата звернення 02.11.2020).

5. Судова статистика. Звіт судів першої інстанції про розгляд матеріалів кримінального провадження за 2019 рік. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/ (дата звернення 03.11.2020).

6. Конституція США. URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (дата звернення 02.11.2020).

7. Уголовно-процессуальный кодекс Франции 1958 г. с изменениями и дополнениями на 01 января 1966 г. URL: https://search.rsl.ru/ru/record/01006267653 (дата звернення 02.11.2020).

8. Constitutional Council, decision № 2017-693 QPC of March 2, 2018, *Association de la presse judiciaire*. URL: https://www.theworldlawgroup.com/news/secrecy-of-pre-trial-investigations-and-inquiries-a-fundamental-principal-undermined-by-social-changes (дата звернення 03.11.2020).

9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 17 липня 1997 р. поточна редакція від 02 жовтня 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення 02.11.2020).

УДК 343.982.3
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/103

ЩОДО ПОНЯТТЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

ON THE CONCEPT OF ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Козицька О.Г., к.ю.н.,
заступник начальника І відділення слідчого відділу
Хмельницький відділ поліції
Головного управління Національної поліції в Хмельницькій області

У статті розглянуто основні наукові підходи в теорії кримінального процесуального права та криміналістичній науці щодо доктринального визначення поняття «електронні докази». Наголошено, що нині відсутня єдина позиція щодо розуміння та розмежування таких термінів, як «електронні докази», «електронно-цифрові докази», «цифрові докази», «електронні відображення». Проаналізовано підхід, який застосовується до визначення електронних доказів у кримінальному процесуальному та інших галузях національного процесуального права (господарському, цивільному, адміністративному). Доведено, що з метою уніфікації нормативно-правової термінології доцільно вживати термін саме «електронні докази».

Обґрунтовано, що за своєю суттю електронний доказ – це цифровий об'єкт, який є окремим процесуальним джерелом доказів, поряд із показаннями, речовими доказами та документами. Автором запропоновано розглядати електронні докази як цифрові об'єкти, що були засобом чи знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберегли електронно-цифрові сліди кримінального правопорушення, були предметом або об'єктом вчинення кримінального правопорушення або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. Наведено найбільш значущі ознаки електронних доказів, а також основні їх відмінності від традиційних доказів. Визначено та охарактеризовано місця, де можуть знаходитися електронні докази. Розглянуто різновиди електронних приладів, які мають цифрову пам'ять, зовнішніх носіїв інформації, мережевих пристроїв, в яких можуть міститися електронні докази, а також звернено увагу на особливості хмарних сховищ. Зазначено, що значна кількість інформації, яка може мати орієнтуюче або доказове значення під час розслідування кримінального провадження, міститься в мережі Інтернет.

Визначено, що однією з актуальних проблем, яка потребує нагального вирішення, є відсутність у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України офіційного визначення електронних доказів, а також не врегульовано порядок їх вилучення та фіксації, що зумовлює певні труднощі в практичній діяльності під час використання електронних доказів у кримінальному провадженні.

Ключові слова: електронний доказ, кримінальне провадження, джерело доказів, кіберпростір, Інтернет, електронний пристрій.

The article considers the main scientific approaches in the theory of criminal procedural law and forensic science regarding the doctrinal definition of the concept of "electronic evidence". It is emphasized that at present there is no single position on the understanding and delimitation of such terms as "electronic evidence", "electronic-digital evidence", "digital evidence", "electronic reflections". The approach applied to the definition of electronic evidence in criminal procedural and other areas of national procedural law (economical, civil, administrative) is analyzed. It is proved that in order to unify the legal terminology it is expedient to use the term "electronic evidence".

It is substantiated that, in essence, electronic evidence is a digital object, which is a separate procedural source of evidence, along with testimony, physical evidence and documents. The author proposes to consider electronic evidence as digital objects that were a means or instrument of committing a criminal offense, preserved electronic-digital traces of a criminal offense, were the subject or object of a criminal offense or contain other information that can be used as evidence or circumstances established during criminal proceedings. The most significant features of electronic evidence are presented, as well as their main differences from traditional evidence. The places where electronic evidence can be found have been identified and characterized. Varieties of electronic devices that have digital memory, external storage media, network devices that may contain electronic evidence are considered. Attention is also paid to the features of cloud storage. It is noted that a significant amount of information that may be indicative or evidentiary in the investigation of criminal proceedings is contained on the Internet.

It is determined that one of the urgent problems that needs to be urgently addressed is the lack of official definition of electronic evidence in the current criminal procedure legislation of Ukraine, and the procedure for their seizure and fixation is not regulated, which causes certain difficulties in practice proceedings.

Key words: electronic evidence, criminal proceedings, source of evidence, cyberspace, Internet, electronic device.

Постановка проблеми. Нові інформаційно-цифрові, а також комунікаційні технології нині активно застосовуються в усіх сферах життя людини. Сучасний світ практично неможливо уявити без мобільного зв'язку, електронної пошти, месенджерів, Інтернет-банкінгу, «розумних речей», баз даних та інших корисних ресурсів, які щодня використовуються як у побуті, так і у професійній діяльності. Не оминув цифровий прогрес і сферу кримінальних процесуальних відносин – дедалі частіше місцем або засобом вчинення кримінальних правопорушень стає кіберпростір, дедалі більше інформації, яка має орієнтуюче чи доказове значення для розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, зберігається в електронно-цифровому вигляді. Вказана тенденція дає змогу говорити про те, що в майбутньому основою доказової бази в кримінальних провадженнях стануть саме електронні докази.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню різноманітних теоретичних та практичних аспектів використання електронних доказів у кримінальному провадженні присвятили свої праці такі вітчизняні вчені, як Н.Н. Ахтирська, В.Г. Гавловський, О.В. Корнейко, Ю.Ю. Орлов, О.В. Сіренко, Д.С. Степанець, В.Д. Хахановський, Д.М. Цехан, С.С. Чернявський. Вказану проблематику вивчали також і зарубіжні вчені, зокрема В.Б. Вєхов, А.І. Зазулін, В.О. Мещеряков, Р.І. Оконенко, Brian Carrier, Eoghan Casey, Esther George, Nigel Jones та багато інших. Незважаючи на безсумнівну цінність отриманих наукових здобутків, нині ще залишається низка питань, що потребують ґрунтовного вивчення. Зокрема, невирішеною є проблема доктринального визначення поняття «електронні докази», а також надання йому законодавчого закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві.

Метою нашої статті є аналіз наукових поглядів щодо визначення поняття «електронні докази» в кримінальному провадженні, а також дослідження їхньої сутності.

Виклад основного матеріалу. У 2017 році до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України було внесено зміни, відповідно до яких ще одним процесуальним джерелом доказів визнано електронні докази, а також визначено їх як «інформацію в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи,

графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі» [14].

У зв'язку з необхідністю внесення подібних змін і до Кримінального процесуального кодексу в наукових колах розпочалася дискусія щодо обрання найбільш точної назви таких доказів (пропонуються такі назви, як «електронні докази», «електронно-цифрові докази», «комп'ютерні докази», «цифрові докази», «електронні відображення та ін.) і щодо розуміння їх сутності.

Розглянемо більш детально різні підходи до вирішення окресленої вище проблеми, згрупувавши сформульовані науковцями визначення залежно від запропонованої ними назви доказів.

1. Електронні докази розглядають як:

а) інформацію, що зберігається в електронному вигляді на будь-яких типах електронних носіїв, в електронних пристроях чи електронних інформаційних системах та відповідає вимогам ст. 84 КПК України (А.В. Столітній, І.Г. Каланча) [19, с. 112];

б) будь-які відомості, повідомлення (дані), представлені в електронній формі, на підставі яких суд, прокурор, слідчий, дізнавач у визначеному процесуальним законодавством порядку встановлює наявність чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, а також інших обставин, що мають значення для правильного розгляду та вирішення справи (В.Б. Вєхов) [3, с. 47];

в) дані про обставини, що мають значення для кримінального провадження й існують у нематеріальному вигляді в межах технічного носія чи каналу зв'язку та сприйняття і дослідження яких можливе за допомогою технічних засобів і програмного забезпечення (О.В. Сіренко) [18, с. 211];

г) об'єкт, що несе інформацію, яка має змістове значення та існує лише в електронному середовищі (Т. Е. Кукарнікова) [7, с. 28–29];

ґ) електронний носій інформації, що містить відомості про значущі обставини в конкретному кримінальному провадженні (Р.І. Оконенко) [10, с. 9].

2. Електронно-цифрові або електронні (цифрові) докази визначають як:

а) інформацію, що зберігається або передається в електронній (цифровій) формі, отримана в передбаченому КПК України порядку (М.В. Гуцалюк, В.Д. Гавловський, В.Г. Хахановський та ін.) [4, с. 54];

б) відомості про факти, що мають значення для встановлення обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, закріплені у формі цифрової інформації, читання якої неможливе без використання спеціальних технічних засобів (Н.В. Рачева, Я.В. Скорб) [16, с. 127];

в) документи чи речові докази, що містять цифрову інформацію, представлену на певному електронному носії інформації, й отримані в результаті проведення слідчих чи інших процесуальних дій (О.В. Нікітіна) [8, с. 103].

3. Цифрові докази (в більшості англомовних джерел застосовується термін «digital evidence»):

а) дані, які можуть підтвердити факт скоєння злочину або можуть встановити зв'язок між злочином та його жертвою або злочином та особою, яка його вчинила (Eoghan Casey); цифрові дані, які підтверджують або спростовують гіпотезу про настання цифрових подій або про стан цифрових даних (Brian Carrier) [22, с. 7]:

б) інформація, що зберігається або передається в бінарній формі і яку можна використати в суді (визначення, запропоноване Міжнародною організацією комп'ютерних доказів) [22, с. 7];

в) інтерпретація або інертних (таких, що розміщені на жорсткому диску), або рухомих (мережеві комунікації) даних, або їх комбінації (G.B. Lazetik, O. Koshevaliska) [21, с. 66];

г) фактичні дані, представлені в цифровій (дискретній) формі та зафіксовані на будь-якому типі носія, що стають доступними для сприйняття людиною після обробки електронно-обчислювальною машиною та 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 (Д.М. Цехан) [20, с. 259].

Також цікавим є підхід, запропонований С.В. Калітіним, який розмежовує електронні та цифрові докази та при цьому підкреслює, що їх необхідно поділити на дві самостійні групи, адже електронна частина доказів пов'язана лише з електронними приладами чи, скорочено, електронікою – технікою, що використовує для роботи електрони, а саме електрику, а цифрові докази – це інформація, яка закодована за допомогою двійкової системи; цифровий сигнал не змінюється, змінюється лише носій [6].

Натомість Ю.Ю. Орлов та С.С. Чернявський пропонують законодавчо визначити самостійним джерелом доказів електронні відображення – цілісну систему відомостей та (або) комп'ютерних інструкцій в інформаційній мережі або на технічному носії, яка може бути використана як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження [12, с. 21].

Загалом, говорячи про найбільш точну і доречну назву нового процесуального джерела доказів, ми поділяємо позицію М.П. Полякова та О.Ю. Смоліна, які переконані, що для розуміння концептуальної суті досліджуваного феномена його перша, друга чи третя назва не настільки важливі. Немає суттєвого ідеологічного та технологічного значення, як будуть називатися докази – комп'ютерними, електронними, цифровими, інформаційно-технологічними тощо. Принципово важливим є те, що сучасні види судочинства не можуть ігнорувати тотальне впровадження мікропроцесорних технологій. І це впровадження має сприйматися ними не тільки на утилітарно-інструментальному рівні [13, с. 138].

Враховуючи те, що термін «електронні докази» вже введено в законодавчий обіг в інших галузях права, а також те, що до Верховної Ради України подано проєкт закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю та використання електронних доказів» № 4004 від 01.09.2020 р., в якому визначено, що «електронним доказом є інформація в електронній (цифровій) формі з відомостями, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження» [15], ми дотримуємося думки, що з метою уніфікації нормативно-правової термінології доцільно вживати термін саме «електронні докази».

За своєю суттю електронний доказ є, насамперед, цифровим об'єктом, який:

– був засобом чи знаряддям вчинення кримінального правопорушення (наприклад, вірусна програма, за допомогою якої було здійснено несанкціонований доступ до інформації; телеграм-канал, створений для збуту наркотичних засобів і т.п.);

– зберіг електронно-цифрові сліди кримінального правопорушення (наприклад, відеозапис із цифрової камери відеоспостереження, на якому зафіксовано зображення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення; метадані, в яких зафіксовано час входу ідентифікованого користувача в автоматизовану систему; інформація про електронний переказ коштів, які були надані як неправомірна вигода службовій особі тощо);

– був предметом вчинення кримінального правопорушення (наприклад, вебсайт, на якому розміщені матеріали порнографічного характеру);

– був об'єктом кримінально протиправних дій (об'єкт авторського права, який незаконно поширювався мережею Інтернет; викрадена криптовалюта тощо);

– містить інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження (наприклад, інформація, розміщена на сторінці в соціальній мережі, дає змогу охарактеризувати особу обвинуваченого).

Електронні докази мають спільні риси з традиційними доказами, але водночас мають низку унікальних характеристик:

1) їх не видно неозброєним оком: вилучити їх подекуди може лише спеціаліст;

2) вони є нестійкими, за певних обставин інформація в пам'яті пристрою може бути змінена або втрачена. Наприклад, у разі розрядки пристрою або недостатності пам'яті система накладає (записує) нову інформацію замість попередньої, а це значить, що й докази можуть бути знищені. Комп'ютерна пам'ять може бути пошкоджена або знищена під впливом фізичних факторів (високий рівень вологості, висока температура) та електромагнітних хвиль;

3) їх можна копіювати без втрати якості необмежену кількість разів, і будь-яка наступна копія не буде відрізнятися від оригіналу [2, с. 125];

4) можуть як бути створені людиною, так і бути результатом функціонування інформаційної системи;

5) вільно переміщуються в електронній мережі без технічного носія та не мають нерозривного зв'язку з матеріальним носієм;

6) потребують специфічного порядку збирання, перевірки й оцінки [1, с. 252].

Електронні докази можуть зберігатися в електронних приладах, які мають цифрову пам'ять, на зовнішніх носіях інформації, в мережевих пристроях та хмарних сховищах.

До електронних приладів, які мають цифрову пам'ять, можна зарахувати комп'ютери, моноблоки, смартфони, планшети, відеокамери, принтери, сканери, GPS-прилади, смарт-годинники, а також інші «розумні речі».

«Розумна» річ (від англ. smart thing, або смарт річ) – пристрій або програма, здатна приймати сигнал, обробляти його і/або створювати нові сигнали, продукти або послуги й передавати споживачу, іншій «розумній» речі або людині [11, с. 66]. «Розумні речі» створюють Інтернет речей, який є мережею зв'язаних через Інтернет об'єктів, що здатні збирати дані та обмінюватися ними між собою через IP–підключення без втручання людини. Кожен із цих об'єктів є унікальним, і його легко ідентифікувати [23].

Зовнішніми носіями інформації є жорсткі диски, USB флеш-накопичувачі, карти пам'яті (SD, microSD), смарт-карти (невеликі портативні прилади, які містять мікропроцесор – «чіп» та здатні зберігати ключ шифрування, пароль, цифровий сертифікат тощо [17, с. 65]).

Мережеві пристрої варто розглядати як комп'ютери або інші цифрові пристрої, підключені до мережі в дротовому чи бездротовому режимі. Такі мережеві прилади можуть охоплювати мейнфрейми, сервери, настільні комп'ютери, комутатори, концентратори, маршрутизатори, мобільні прилади, Bluetooth-прилади тощо [5]. На практиці може виникнути ситуація, коли електронні докази можуть знаходитися на різних сервісах і в різних провайдерів (наприклад, міститися в Інтернет-магазині, для реєстрації в якому використовуються аккаунт соціальної мережі Facebook, оплата здійснюється через онлайн-банкінг Приват24, а інформація надсилається користувачам Twitter або SMS-повідомлення [4, с. 36]).

Хмарними сховищами даних є така модель онлайн-сховища, в якому дані зберігаються на численних розподілених у мережі серверах, наданих у користування клієнтам зазвичай третьою стороною. На відміну від моделі збереження даних на власних серверах, дані зберігаються і обробляються в так званій «хмарі», яка, по суті, є одним великим віртуальним сервером. Натомість фізично такі сервери можуть розташовуватися відділено один від одного географічно [9].

Крім того, слід зазначити, що значна кількість інформації, яка може мати орієнтуюче або доказове значення під час розслідування кримінального провадження, міститься в мережі Інтернет на різноманітних рівнях, в тому числі і в невидимому його сегменті – Даркнеті, однак питання характеристики ресурсів, які можуть містити електронні докази, є досить глибоким і потребує окремого дослідження.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, варто зазначити, що проблема доктринального та законодавчого визначення електронних доказів є вкрай актуальною. Проаналізувавши думки науковців із цього приводу, ми дійшли висновку, що за своєю суттю електронний доказ є цифровим об'єктом, який був засобом чи знаряддям вчинення кримінального правопорушення, зберіг електронно-цифрові сліди кримінального правопорушення, був предметом або об'єктом вчинення кримінального правопорушення або містить інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Алєксєєва-Процюк Д.О., Брисковська О.М. Електронні докази в кримінальному судочинстві: поняття, ознаки та проблемні аспекти застосування. *Науковий вісник публічного та приватного права.* 2018. Вип. 2. С. 247–253.
2. Ахтирська Н.М. До питання доказової сили кіберінформації в аспекті міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, *Сер. Право*. 2016. Вип. 36. Т. 2. С. 123–125.
3. Вехов В.Б. Электронные доказательства: проблемы теории и практики. *Правопорядок: История, теория, практика*. 2016. № 4. С. 46–50.
4. Використання електронних (цифрових) доказів у кримінальних провадженнях [Текст] : метод. реком. / [М.В. Гуцалюк, В.Д. Гавловський, В.Г. Хахановський та ін.]; за заг. ред. О.В. Корнейка. Вид. 2-ге, доп. Київ : Вид-во Нац. акад. внутр. справ, 2020. 104 с.
5. ДСТУ ISO/IEC 27037:2017 Інформаційні технології. Методи захисту. Настанови для ідентифікації, збирання, здобуття та збереження цифрових доказів». URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=74978 (дата звернення: 20.11.2020).
6. Калитин С.В. Доказательства электронные и цифровые. *Концепт* : научно-методический электронный журнал. 2014. Т. 20. С. 3586–3590. URL: http://e-koncept.ru/2014/54981.htm (дата звернення: 18.11.2020).
7. Кукарникова Т.Э. Электронный документ в уголовном процессе и криминалистике : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Воронеж, 2003. 204 с.
8. Никитина Е.В. Некоторые вопросы собирания электронно-цифровых доказательств. *Технологии XXI века в юриспруденции* : материалы Всеросс. научн.-практ. конф, 24 мая 2019 г., Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2019. С. 103–107.
9. Облачные базы данных. *Википедия. Свободная энциклопедия* : веб-сайт. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Облачные_базы_данных (дата звернення: 29.11.2020).
10. Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2016. 24 с.
11. Омельченко Ю.О. Концептосфера «Інтернет «розумних» речей» та її філософський смисл. *Мультиверсум. Філософський альманах*. 2015. Вип. 7–8 (145–146). С. 65–74. DOI: 10.35423/2078-8142.2015.7-8.07.

12. Орлов Ю.Ю., Чернявський С.С. Електронне відображення як джерело доказів у кримінальному провадженні. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 1 (13) С. 12–24.

13. Поляков М.П., Смолин А.Ю. Концептологический анализ феномена электронных доказательств. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2019. № 2 (46). С. 135–145. DOI: 10.24411/2078-5356-2019-10222.

14. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовт. 2017 р. № 2147-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19 (дата звернення: 06.11.2020).

15. Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю та використання електронних доказів від 01.09.2020 р. № 4004. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69771 (дата звернення: 28.11.2020).

16. Рачева Н.В., Скорб Я.В. Современные технологии собирания и исследования электронно-цифровых доказательств при расследовании преступлений, связанных с незаконным сбытом наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов. *Технологии XXI века в юриспруденции* : материалы Всеросс. научн.-практ. конф, 24 мая 2019 г., Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2019. С. 125–135.

17. Руководство по вопросам электронных доказательств : базовое руководство для сотрудников правоохранительных органов, прокуроров и судей / Н. Джонс и др. Версия 2.1. Страсбург : Отдел по вопросам противодействия киберпреступности. Генеральная дирекция по правам человека и верховенству права. 2020. 225 с. URL: https://www.coe.int.cybercrime (дата звернення: 26.11.2020).

18. Сіренко О.В. Електронні докази у кримінальному провадженні. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2019. Вип. 14. С. 208–212.

19. Столітній А.В., Каланча І.Г. Формування інституту електронних доказів у кримінальному процесі України. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 146. С. 179–191.

20. Цехан Д.М. Цифрові докази: поняття, особливості та місце у системі доказування. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція.* 2013. Вип. 5. С. 256–260. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2013_5_58 (дата звернення: 22.11.2020).

21. Buzarovska G.B., Koshevaliska O. Digital evidence in Criminal procedures – A comparative approach. *Balkan Social Science Review*. 2013. Vol. 2. P. 63–83.

22. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet / by Eoghan Casey; with contributions from Susan W. Brenner … [et al.]. 3rd ed. London: Elsevier. 837 p. URL: https://booksite.elsevier.com/9780123742681 (дата звернення: 15.10.2020).

23. Internet of Things: Все, что нужно знать об интернете вещей и о будущем современной цивилизации. *Everest innovation integrator* : веб-сайт. URL:https:/www.everest.ua/ru/internet-of-things-vse-chto-nuzhno-znat-ob-ynternete-veshhej-y-o-budushhem-sovremennoj-czyvylyzaczyy (дата звернення: 29.11.2020).

УДК 343.14
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/104

ЩОДО ПИТАННЯ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В РАМКАХ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ПРИ ПРОВЕДЕННІ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ ТА У ПОРЯДКУ ПЕРЕЙНЯТТЯ

SOME PROBLEMS OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS RECEIVED WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL LEGAL AID IN PROCEDURAL PROCEEDINGS AND ORDER

Кошель В.В., студент І курсу магістратури
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Псьота О.В., студент І курсу магістратури
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Досліджено теоретичні та практичні аспекти доказування в кримінальному провадженні України в рамках міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій та у порядку перейняття. Проаналізовано дослідження та публікації деяких науковців із цієї тематики. Наведено перелік джерел, що є елементами механізму надання та отримання міжнародно-правової допомоги в рамках кримінального процесу. Автором статті проведений аналіз положень вітчизняного законодавства та міжнародно-правових актів щодо перейняття кримінального провадження та пов'язаних із цим процесуальних дій. Автор звертає увагу, що дотримання процедури одержання доказової бази в іноземній державі в рамках міжнародного співробітництва необхідне для її подальшого використання в кримінальному провадженні в Україні. Процесуальна форма, порядок і умови проведення процесуальних дій, критерії допустимості доказів в іноземній державі дещо відрізняються, іноді навіть істотно. Для результативної міжнародної співпраці замало наявності чітко регламентованої процедури співробітництва на національному рівні. На таку результативність впливає і якість регламентації цих відносин на міжнародному рівні, особливо між конкретними державами. У статті наголошується на тому, що міжнародні договори закріплюють механізм співробітництва, в результаті якого отримуються докази, що можуть бути використані в кримінальному провадженні. Важливо, щоб такі докази були отримані з дотриманням цієї процедури, в іншому випадку вони не можуть бути включені до доказової бази.

Ключові слова: докази, кримінальне провадження в порядку перейняття, кримінальне судочинство, міжнародно-правова допомога, міжнародне співробітництво.

Theoretical and practical aspects of proving in the criminal proceedings of Ukraine in the framework of international legal assistance in carrying out procedural actions and in the order of adoption are studied. Research and publications on this topic by some scientists are analyzed. The list of sources that are elements of the mechanism of providing and receiving international legal assistance is given. An analysis of the provisions of domestic law and international legal acts on the adoption of criminal proceedings and related proceedings. The author had come to conclusion: by Procedural Criminal Code of Ukraine is defined the common terms of takeover procedure of criminal proceedings, but its implementation depends on the regulation of certain provisions in the Treaty on international legal assistance, because by mentioned provisions can be defined procedure, which is different from the national legislation criminal procedure. It is noted that there are cases of violation of the order of cooperation in the framework of providing international legal assistance by the relevant authorities of Ukraine to the competent authorities of a foreign state and vice versa. The court may not recognize admissible evidence obtained as a result of the execution of a request for international legal assistance, if the request of the competent authority was transmitted to the requested party in violation of the established procedure. It is also stated that in order to comply with the request of the competent authority of a foreign state, it is necessary to carry out a procedural action, the execution of which in Ukraine is possible only with the permission of a prosecutor or court provides.

Key words: evidence, criminal proceedings in the order of adoption, criminal proceedings, international legal assistance, international cooperation.

Постановка проблеми. Дотримання порядку одержання і закріплення доказів в іноземній державі необхідне для їх допустимого використання в кримінальному судочинстві України. Процесуальна форма, порядок і умови проведення процесуальних дій, критерії допустимості доказів в іноземній державі дещо відрізняються, іноді навіть істотно. Таким чином, отримані докази не можуть бути застосовані у вітчизняному кримінальному судочинстві. Проблема полягає в тому, що такі правовідносини деколи належним чином не врегульовані відповідними нормативно-правовими актами. Наприклад, поширеними є випадки, коли вітчизняне та іноземне законодавство по-різному регламентують співробітництво між державами у сфері проведення процесуальних дій, проте між державами або взагалі не укладено двосторонній договір, який би врегульовував такі розбіжності, або мають місце випадки, коли деякі процедури взагалі ним не передбачаються. Попри це, співробітництво з такими державами здійснюється. Тому виникає питання: чи можна визнавати доказами відомості, отримані внаслідок такого співробітництва, що належним чином не врегульоване на міжнародному нормативно-правовому рівні?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням цього питання займалися такі науковці: Т.С. Гавриш, Н.І. Маришева, Н.І. Пашковський, Е.Г. Ляхів, Є.Б. Мельникова, Н.В. Наумов, В.П. Панов, А.С. Сизоненко, А.С. Шагинян та інші. Окремих проблем здійснення перейняття кримінального провадження у своїх роботах торкались М.І. Карпенко, О.М. Толочко, Л.О. Фролова, І.В. Чернишенко, С.С. Чернявський та інші фахівці.

Формулювання цілей статті. Попри велику кількість досліджень із цього питання, предметом дослідження більшості науковців було загальне явище – міжнародно-правове співробітництво в рамках кримінального провадження. Автор статті досліджує більш конкретні питання: деякі проблеми доказування в кримінальному провадженні, одержаних у рамках міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій та у порядку перейняття. Головною метою цієї роботи є системний аналіз положень вітчизняного законодавства та міжнародно-правових актів щодо перейняття кримінального провадження та пов'язаних із цим процесуальних дій, а також можливості обрання щодо особи запобіжного заходу у вигляді взяття під варту до отримання запиту про перейняття кри-

мінального провадження. На підставі такого аналізу пропонуються шляхи удосконалення правової регламентації зазначених правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Україна, як і будь-яка інша держава, є учасником багатьох дво- та багатосторонніх міжнародних договорів. Не виключенням є і участь держави у правовідносинах, що виникають у рамках надання чи одержання міжнародно-правової допомоги при проведенні процесуальних дій та у порядку перейняття. Серед міжнародних договорів України у сфері взаємної допомоги в кримінальному провадженні її компетентні органи найчастіше використовують наступні конвенції, що є складниками універсального механізму співпраці для держав. Це, зокрема, Європейська конвенція про взаємну допомогу в кримінальних справах 1959 року, а також Додатковий протокол 2001 року до цієї Конвенції, Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах 1972 року, Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 року, Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом 1990 року, Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 року, Конвенція ООН проти корупції 2003 року та інші міжнародні акти, що деталізують вищенаведені конвенції.

Безумовно, міжнародна правова допомога в кримінальному провадженні є основним механізмом збирання та перевірки доказів за межами України. У рамках такого співробітництва відбувається проведення компетентними органами однієї держави процесуальних дій, виконання яких необхідне для досудового розслідування, судового розгляду або для виконання вироку, ухваленого судом іншої держави або міжнародною судовою установою. Вважаємо за необхідне зауважити, що не всі види процесуальної взаємодії держав мають за мету отримати власне доказову базу. Наприклад, екстрадиція (видача затриманої особи) є однією з форм міжнародної співпраці держав у рамках боротьби зі злочинністю. Її зміст полягає в арешті і передачі однією державою іншій (за запитом) особи, що підозрюється або обвинувачується в скоєнні злочину, або ж засудженого злочинця.

На вітчизняному рівні порядок міжнародного співробітництва під час кримінального провадження врегульовано розділом IX Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК). Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 541 КПК міжнародна правова допомога – проведення компетентними органами однієї держави процесуальних дій, виконання яких необхідне для досудового розслідування, судового розгляду або для виконання вироку, ухваленого судом іншої держави або міжнародною судовою установою [1]. Погоджуємося з визначенням А.С. Сизоненка, який зазначає, що під міжнародною правовою допомогою необхідно розуміти врегульовану нормами міжнародного і національного права узгоджену діяльність різних держав за конкретною порушеною кримінальною справою щодо захисту інтересів особи, суспільства і держави, яка полягає в підготовці і передачі до іноземних правоохоронних органів та судових установ доручень, а також виконання таких доручень, що передбачено відповідним міжнародним договором України [2, с. 8]. Процес формування такої властивості доказу, як його допустимість, полягає у процесуальній формі збирання та перевірки інформації, визначенні суб'єкта, який збирає, перевіряє та оцінює інформацію, законності джерела отримання доказів тощо. У ч. 2 ст. 550 КПК зазначено, що відомості, які містяться в матеріалах, отриманих у результаті виконання дій, передбачених у запиті про міжнародне співробітництво, органами іноземної держави та за процедурою, передбаченою законодавством запитуваної держави, не потребують легалізації і визнаються судом допустимими, якщо під час їх отримання не було порушено засади справедливого судочинства, права людини і основоположні свободи. А ч. 1 ст. 87 КПК встановлено, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Відповідно до ч. 1 ст. 553 КПК докази та відомості, одержані від запитуваної сторони в результаті виконання запиту про міжнародну правову допомогу, можуть бути використані лише в кримінальному провадженні, якого стосувався запит, крім випадків, коли досягнуто домовленостей про інше із запитуваною стороною [1].

Отже, КПК та вищенаведені міжнародні договори закріплюють механізм такого співробітництва, в результаті якого отримуються докази, що можуть бути використані у кримінальному провадженні. Важливо, щоб такі докази були отримані з дотриманням цієї процедури, в іншому випадку вони не можуть бути включені до доказової бази. Очевидно, що на підставі таких доказів не може бути ухвалене рішення судом. Необхідно визнати, що процес отримання доказів у рамках міжнародного співробітництва має свої особливості, оскільки взаємна правова допомога по кримінальних справах не має однаковості і вимагає детального дослідження з метою теоретичної розробки основ застосування міжнародно-правових норм у кримінальному процесі України.

На жаль, мають місце випадки порушення встановленої процедури співпраці у сфері надання міжнародної правової допомоги відповідними інстанціями України до компетентних органів іноземної держави та навпаки. Суд не має права визнавати належними та допустимими докази, що були отримані в результаті виконання положень запиту про міжнародну правову допомогу, якщо запит відповідного компетентного органу був переданий запитуваній стороні з порушенням встановленого порядку. Наприклад, якщо для виконання запиту відповідного компетентного органу іноземної держави необхідно провести конкретну процесуальну дію, виконання якої в Україні можливе лише з санкції прокурора або суду, така дія здійснюється лише за умови одержання відповідного дозволу в порядку, передбаченому КПК, навіть якщо законодавство Запитуючої Сторони цього не передбачає. Відповідно до ч. 1 ст. 52 КПК підставою для вирішення питання стосовно надання такого дозволу є матеріали звернення компетентного органу іноземної держави. Варто зазначити, що слідчі дії, що потребують спеціального дозволу, проводяться на підставі ухвали слідчого судді або суду [1]. На виконання такої вимоги слідчий зобов'язаний надати суду відповідне клопотання, попередньо погоджене з прокурором та з урахуванням приписів ч. 6 ст. 132, ч. 3 ст. 234, ч. 2 ст. 248 КПК надати витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) із приводу конкретного кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання. З урахуванням того, що відомості про вчинене на території іноземної держави кримінальне правопорушення до ЄРДР не вносяться, звернення до суду із таким клопотанням є досить проблематичним. Випадок із практики: під час виконання клопотання компетентних органів Сполучених Штатів Америки стосовно надання міжнародної правової допомоги у кримінальній справі щодо створення та поширення шкідливих програм виконавцем за погодженням із прокурором до слідчого судді було внесене відповідне клопотання про накладення арешту на майно. У задоволенні вказаного клопотання слідчим суддя відмовив із мотивів ненадання слідчим відповідно до вимог ч. 6 ст. 132 КПК витягу з ЄРДР [3].

Ще одним чітко вираженим прикладом проблем, що мають місце під час застосування ст. 562 КПК, є виконання клопотання компетентних органів Федеративної

Республіки Німеччини про надання міжнародної правової допомоги у кримінальній справі. Так, компетентними органами Німеччини разом із клопотанням надано постанову суду Запитуваної Сторони щодо проведення обшуку на території України. З метою виконання названого запиту виконавцем за погодженням із прокурором до районного суду подане відповідне клопотання про проведення обшуку. Проте слідчий суддя у задоволенні цього клопотання відмовив через те, що слідчий нібито не довів наявність достатніх підстав вважати, що відшукувані речі та документи обвинуваченого знаходяться за адресою, вказаною у клопотанні [3].

Детального вивчення вимагає і процедура кримінального провадження в порядку перейняття. Кримінальне провадження в порядку перейняття являє собою процедуру, яка полягає як у перейнятті кримінального провадження для здійснення його на території України, так і в процесі, пов'язаному з передачею матеріалів кримінального провадження для подальшого розслідування до уповноважених органів іншої держави. У КПК України визначено загальні положення порядку перейняття кримінального провадження. Водночас його реалізація залежить від регламентації окремих положень у Договорі про міжнародну правову допомогу, адже пріоритет окреслених питань належить міжнародним договорам, оскільки ними може бути визначено відмінний від національного порядок здійснення перейняття кримінального провадження. Відповідно до положень ч. 4 ст. 9 КПК України, якщо норми КПК суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана ВРУ, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України [1]. З огляду на це, залежно від держави-запитувача необхідно керуватись багатосторонніми чи двосторонніми договорами, ратифікованими Україною. Так, якщо держава-запитувач є членом Європейського Співтовариства, то порядок здійснення перейняття провадження регламентується Європейською Конвенцією про передачу провадження в кримінальних справах від 15.05.1972 року [4].

За умови здійснення перейняття кримінального провадження із США, варто дотримуватись порядку, закріпленого Договором між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 22.07.1998 року [5], що ратифікований Україною 10.02.2000 року, а в деяких випадках – Конвенцією Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 року [6]. З урахуванням вищенаведеного, предмет доказування фактів, що необхідно встановити у процесі перейняття кримінального провадження, залежить від юридичної регламентації положень у відповідному міжнародному договорі. З аналізу приписів Європейської Конвенції про передачу провадження в кримінальних справах від 15.05.1972 року (далі – ЄКППКС) слідує, що нею передбачено процедуру здійснення перейняття кримінального провадження та можливість застосування тимчасового арешту. Відповідно до ст. 17 ЄКППКС, якщо повноваження запитуваної держави ґрунтуються виключно на ст. 2 цієї Конвенції, така держава інформує підозрювану особу про отримання клопотання про порушення кримінального переслідування з тією метою, щоб така особа могла надати власні аргументи до прийняття цією державою рішення стосовно клопотання. Тобто положення ЄКППКС зобов'язують відповідні органи інформувати особу про те, що компетентними органами вирішується питання про перейняття кримінального провадження відносно неї. Аналіз положень Договору між Україною та США про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 22.07.1998 року, що набрав чинності 27.02.2001 року, свідчить про те, що його приписами не передбачено можливості здійснення перейняття кримінального провадження та, відповідно, застосування тримання під вартою особи до моменту отримання відповідного запиту про перейняття кримінального провадження. З наведених вище документів лише ЄКППКС передбачає можливість здійснення особою захисту та доведення обставин, що унеможливлюють перейняття кримінального провадження, що є запорукою гарантування права на справедливий суд.

Відповідно до положень ст. 597 КПК України за клопотанням компетентного органу іншої держави особа, щодо якої буде направлений запит про перейняття кримінального провадження, може триматися під вартою на території України не більше ніж сорок діб. Тримання під вартою особи здійснюється в порядку та за правилами, передбаченими ст. 583 КПК України. Якщо після закінчення такого строку запит про перейняття кримінального провадження не надійде, зазначена особа звільняється з-під варти. КПК України визначено відмінний порядок застосування запобіжного заходу у вигляді взяття під варту від порядку, передбаченого загальними положеннями про запобіжні заходи та тримання під вартою. З урахуванням викладеного, а також положень ч. 6 ст. 9 КПК України, в процесі застосування тримання під вартою в рамках перейняття кримінального переслідування слід керуватись загальними засадами кримінального провадження, загальними положеннями про запобіжні заходи та ст. 183 КПК України, якою передбачено підстави та порядок обрання тримання під вартою.

Актуальність досліджуваного питання дійсно розкривається саме через обрання такого запобіжного заходу, як тримання під вартою. Аналіз положень КПК України та практики Європейського суду з прав людини дає змогу з'ясувати, що застосування взяття під варту без дослідження в судовому засіданні наявності обґрунтованої підозри викликає занепокоєння, оскільки протягом подальшого розгляду клопотання можуть бути встановлені обставини, які виключають перейняття кримінального провадження. У такому разі обрання запобіжного заходу в розумінні практики ЄСПЛ є порушенням права на справедливий суд та принципу співмірності застосування такого виключного запобіжного заходу. Це підтверджується конкретними рішеннями ЄСПЛ. Наприклад, КПК України встановлює обов'язок розглядати обґрунтованість підозри, що за визначенням ЄСПЛ «є необхідною умовою законності тримання під вартою» (Нечипорук і Йонкало проти України) [7]. Ч. 2 ст. 177 КПК України поширює вимогу «обґрунтованості підозри» також і на інші запобіжні заходи. За визначенням ЄСПЛ, «обґрунтована підозра у вчиненні кримінального злочину передбачає наявність обставин або відомостей, які переконали б неупередженого спостерігача, що ця особа, можливо, вчинила певний злочин» (K. – F. проти Німеччини) [8].

Висновки. Дотримання процедури одержання доказової бази в іноземній державі в рамках міжнародного співробітництва необхідне для їх подальшого використання в кримінальному провадженні в Україні. Процесуальна форма, порядок і умови проведення процесуальних дій, критерії допустимості доказів в іноземній державі дещо відрізняються, іноді навіть істотно. Для результативної міжнародної співпраці замало наявності чітко регламентованої процедури співробітництва на національному рівні. На таку результативність впливає і якість регламентації цих відносин на міжнародному рівні, особливо між конкретними державами. Було з'ясовано, що поширеним є явище, коли вітчизняне та іноземне законодавство по-різному регламентують співробітництво між державами у сфері проведення процесуальних дій у кримінальному провадженні, проте між державами або взагалі не укладено двосторонній договір, який би врегульовував такі розбіжності, або мають місце випадки, коли деякі процедури взагалі ним не передбачаються. Попри це, співробітництво з такими державами здійснюється. Актуальним є питання, чи можна визнавати дока-

зами відомості, отримані внаслідок співробітництва, що належним чином не врегульоване на нормативно-правовому рівні. У статті було наведено приклади, які положення варто застосовувати. Проте, безспірно, державам необхідно не тільки ратифіковувати відповідні конвенції, але й укладати відповідні двосторонні договори між собою, з урахуванням особливостей національних правових систем. Наприклад, Договір між Україною та США про взаємну правову допомогу у кримінальних справах та Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції, на підставі яких могла бути надана міжнародна правова допомога, не передбачають процедури здійснення тимчасового арешту в процесі перейняття кримінального переслідування. Вважаємо, що це неприпустимо. Тому наша пропозиція виступає одним із найдієвіших способів удосконалення правового механізму міжнародного співробітництва. Доказування – невід'ємне явище у кримінальному процесі. Саме тому процес доказування, особливо на міжнародному рівні, має бути детально регламентований.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 29.11.2020).
2. Сизоненко А.С. Деякі особливості використання доказів, отриманих за кордоном. *Підприємництво, господарство і право.* 2002. № 10. С. 112.
3. Фаринник В.І. Особливості формування доказів та доказування в кримінальному судочинстві України. *Фактор*. 2013. № 7. С. 96.
4. Європейська Конвенція про передачу провадження в кримінальних справах від 15.05.1972 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_008 (дата звернення: 29.11.2020).
5. Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про взаємну правову допомогу у кримінальних справах від 22.07.1998 р. URL: http://zakon3.rada. gov.ua/laws/show/840_019 (дата звернення: 29.11.2020).
6. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_c16 (дата звернення: 29.11.2020).
7. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» від 21.04.2011: URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/ show/974_683 (дата звернення: 29.11.2020).
8. Права людини в Україні. Узагальнена доповідь правозахисних організацій. URL: http://khpg.org.index.php?id=1362641775 (дата звернення: 29.11.2020).

УДК 343.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/105

РОЗСЛІДУВАННЯ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ (ВІДМИВАННЯ) ДОХОДІВ, ОТРИМАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ ІЗ ВИКОРИСТАННЯМ ВІРТУАЛЬНИХ ВАЛЮТ (МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ)

INVESTIGATION OF THE LAUNDERING OF CRIME PROCEEDS USING VIRTUAL CURRENCIES (METHODOLOGY)

Кузьменко О.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Карпюк І.С., магістр кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті розглянуто особливості методики розслідування легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом із використанням віртуальних валют. Окремо визначено сучасний стан правового регулювання функціонування криптовалюти в Україні та міжнародні стандарти, до яких адаптовано національні норми права.

Також встановлено взаємозв'язок слідчої практики та положень спеціального законодавства, що стосується ринку віртуальних активів, та значення таких нормативних актів для правоохоронних органів.

Окремим питанням виділено роль віртуальних активів та можливість їх використання в процесі легалізації «брудних» коштів.

Також охарактеризовано характерні особливості вчинення легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом за допомогою криптовалюти, на які необхідно звернути увагу в процесі розслідування, а саме: визначено основні групи критеріїв, які вказують на використання віртуальних валют у таких злочинах. Такі фактори поділено на дві групи: загальні, які застосовуються в багатьох методиках розслідування злочинів у кіберпросторі, та індикатори, що вказують на злочинну діяльність саме провайдерів віртуальних валют.

Досліджено інструменти та специфіку методології розслідування відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом за допомогою віртуальних валют, особливості, які свідчать, що підозрюваний використовував у злочинній діяльності саме віртуальні активи. Особливу увагу приділено даним, що стосуються дослідження програмного забезпечення, яке необхідне для використання віртуальних активів та історії браузера, а також доказам, які можна отримати у процесі дослідження комп'ютера чи мобільного пристрою підозрюваного. Додатково виділено різноманітні категорії доказів, які можна отримати з комп'ютера особи, яка підозрюється в легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом із використанням криптовалюти.

Проаналізовано обставини, які підлягають встановленню в процесі розслідування легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом із використанням криптовалют, та докази, що підтверджують такі обставини.

Ключові слова: розслідування, легалізація (відмивання) доходів отриманих злочинним шляхом, віртуальні валюти, криптовалюта, провайдери віртуальних валют.

The article considers the peculiarities of the methodology of investigation of laundering of crime proceeds using virtual currencies. It draws the current state of legal regulation of cryptocurrency functioning in Ukraine and international standards in accordance with which national legal norms have been adapted.

The relationship between investigative practice and the provisions of special legislation concerning the virtual asset market and the significance of such regulations for law enforcement agencies have also been established.

A separate issue is the analysis the role of virtual assets and the possibility of their use in the process of legalization of "dirty" funds.

Also, the characteristic features of legalization of proceeds from crime with the help of cryptocurrency, which need to be addressed in the investigation process, are described. Namely, the main groups of criteria that indicate the use of virtual currencies in such crimes are identified. Such factors are divided into two groups: general, which are used in many methods of investigating crimes in cyberspace, and indicators that indicate the criminal activity of virtual currency providers.

In this study the investigative tools and methodologies of laundering of crime proceeds using virtual currencies, features that indicate that the suspect used virtual assets in criminal activities are considered. Particular attention is paid to data related to software associated with the use of virtual currencies and browsing history containing virtual currency related websites, as well as evidence that can be obtained during the investigation of a suspect's computer or mobile device.

The circumstances to be established in the course of the investigation of laundering of crime proceeds using virtual currencies and the evidence confirming such circumstances are highlighted.

Key words: investigation, laundering of crime proceeds, virtual currencies, cryptocurrency, virtual currency providers.

Постановка проблеми. Безсумнівно, сучасні технології створюють нові можливості не лише в повсякденному житті, а й в протиправних діях. Так наприклад, нині дедалі більш поширеним стає використання криптовалюти в процесі відмивання злочинних коштів. Оскільки криптовалюта є відмінним платіжним засобом, що дозволяє приховувати джерело доходу, її використання в злочинній діяльності становить серйозні труднощі для правоохоронних органів під час розслідування легалізації (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом.

Стан опрацювання. Роль криптовалюти в злочинах, пов'язаних із легалізацією (відмиванням) доходів, отриманих злочинним шляхом, досліджувалася в тому чи іншому аспекті багатьма науковцями, зокрема такими як В. Білинський, В. Динту, О. Дикий, О. Карапетян, А. Мітрофанов.

Що стосується розслідування легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом із використанням віртуальних валют, із точки зору практичної діяльності працівників слідчих органів, необхідно підкреслити актуальність цієї теми та необхідність здійснення подальших досліджень у цій сфері.

Мета статті полягає в з'ясуванні особливостей методики розслідування легалізації (відмивання) злочинних коштів із використанням криптовалюти, а також дослідженні правового статусу віртуальних активів в Україні.

Виклад основного матеріалу. Міжнародна спільнота, розуміючи весь масштаб нових викликів, пов'язаних із віртуальними активами, прийняла відповідні нормативні акти, щоб забезпечити належне регулювання нових відносин та попередити злочинне використання таких фінансових інструментів.

Так, 21 червня 2019 року Група з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) опублікувала Керівництво з ризик-орієнтованого підходу до віртуальних активів та постачальників послуг із переказу віртуальних активів [1]. Одночасно FATF прийняла Пояснювальну записку до Рекомендації 15 «Нові технології», яка встановлює додаткові вимоги для віртуальних активів і провайдерів послуг у сфері віртуальних активів. Нові вимоги FATF поширюють сферу дії регулювання з протидії відмиванню грошей і фінансуванню тероризму на операції з обміну віртуальними активами і на широке коло провайдерів послуг і продуктів у криптосфері, включаючи зберігачів і біржі. Цей документ призначений для сприяння виконавчим органам країн у розумінні сутності віртуальних активів, а також допомоги у виробленні регулятивних і наглядових заходів щодо діяльності, пов'язаної з віртуальними активами, провайдерами послуг у сфері віртуальних валют [1].

Україна з метою імплементації цих міжнародних стандартів, водночас адаптуючи їх до національних обставин, прийняла відповідні зміни в законодавстві, фактично легалізуючи віртуальні валюти. Так, 28 квітня 2020 року набув чинності Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», в якому вперше на рівні національного законодавства вводиться поняття «віртуальні активи» та визначається «суб'єкт державного фінансового моніторингу в цій сфері – Міністерство цифрової трансформації України» [2].

Крім того, що цей Закон легалізує віртуальні активи, створює основу для їх існування та визнання Україною, також встановлюється «обов'язок постачальників послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, здійснювати верифікацію клієнтів, крім випадків, якщо сума проведення фінансової операції з віртуальними активами не перевищує 30 тисяч гривень» [2]. Також зазначений нормативно-правовий акт виводить із тіні операції, пов'язані з віртуальними валютами, що своєю чергою є превентивними заходами в боротьбі з легалізацією злочинних коштів за допомогою віртуальних валют, та сприяє органам досудового розслідування в розслідуванні таких злочинів, адже дає змогу на початкових етапах зібрати якнайбільше доказової інформації.

Незважаючи на це, деталізація правового регулювання ринку віртуальних активів нині відсутня. Нині у Верховній Раді України перебуває на розгляді проєкт Закону України «Про віртуальні активи» № 3637 [3]. Передбачається, що такий нормативно-правовий акт детально врегульовуватиме поняття та правовий статус віртуального активу, а також питання прав власності та здійснення правочинів із такими активами в Україні.

Таким чином, можна підсумувати, що в Україні лише починає формуватися нормативна основа правового регулювання обігу віртуальних валют. Проте наша держава знаходиться на вірному шляху та поступово впроваджує норми права в цій сфері, що рекомендовані міжнародною спільнотою.

Незважаючи на це, сучасний світ не стоїть на місці і не чекає, поки з'явиться правове регулювання тієї чи іншої сфери, навпаки, недосконалість нормативного регламентування ринку віртуальних активів злочинці використовують на власну користь, під час незаконної діяльності, в тому числі в процесі легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом. А тому слідча практика має пристосовуватися до таких реалій, формувати нові методичні положення та рекомендації розслідування легалізації злочинних коштів із використанням віртуальних активів.

Легкість легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом за допомогою криптовалюти, зумовлює популярність такого платіжного засобу у злочинних колах. На думку О. Карапетян та В. Білинського, «відсутність зв'язку між рахунками у віртуальних валютах і реальними людьми в поєднанні з можливістю володіти необмеженою кількістю рахунків зумовлює сприятливе середовище для створення нових складних моделей, спрямованих на приховування незаконного походження коштів» [4, с. 116].

Тому, на нашу думку, важливість норм Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», що стосуються необхідності верифікації користувачів віртуальних валют, для слідчої практики важко переоцінити.

Одним із перших прикладів використання віртуальної валюти в процесі відмивання злочинних доходів можна назвати компанію Liberty Reserve, засновану в Коста-Ріці А. Будовським, яка працювала «як банк чорного ринку – кримінальний бізнес, що допомагав злочинцям здійснювати незаконні угоди». За сім років Liberty Reserve проведено 55 млн незаконних угод та легалізовано $6 млрд. Компанія свідомо приймала підозрілі депозити, конвертуючи їх у власну цифрову валюту (LR), після чого знову здійснювалася конвертація в чисту валюту після процедури позбавлення коштів будь-яких ознак місця їхнього походження [5, с. 79]. Пройшовши формальну реєстрацію, клієнт переводив справжні кошти у фірми-обмінники третіх країн, в подальшому валюта конвертувалася в LR, після чого надходила на рахунки Liberty Reserve. Звідти вже на віртуальну валюту можна було придбати наркотики, номери викрадених кредитних карток чи інші речі, перевівши потрібну суму LR на рахунок продавця, відкритий також у LR. Непотрібні LR конвертувалися в реальну валюту через ті самі обмінники. Діяльність із відмивання грошей проводилась цілком анонімно. Ця схема була виявлена Службою фінансових розслідувань США [6].

Слід також зазначити, що Управлінням ООН із наркотиків та злочинності (UNODS) в рамках проєкту «Посилення співпраці країн-членів GUAM (Грузія, Україна, Азербайджан та Молдова) на національному та регіональному рівнях у боротьбі з відмиванням коштів, а також у процесі вилучення та конфіскації доходів, отриманих злочинним шляхом» розроблено посібник «Basic Manual on the Detection And Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies» [7]. Метою цього посібника є надання практичної допомоги слідчим та прокурорам у процесі виявлення, розслідування, доказування та вилучення доходів, отриманих злочинним шляхом, легалізованих за допомогою віртуальних валют.

Так, у вказаному дослідженні автори, аналізуючи особливості фінансових інструментів, за допомогою яких відбувається легалізація, надають власні методичні рекомендації щодо розслідування та доказування легалізації злочинних коштів із використанням криптовалюти.

Розглядаючи практичні аспекти виявлення таких злочинів, необхідно дослідити індикатори (фактори), які вказують, що відбулася легалізація злочинних коштів за допомогою віртуальних валют. UNODS виділяє дві групи індикаторів таких злочинів.

«До першої належать наступні:

1) невідповідність між даними, що ідентифікують клієнта, та IP-адресою.

Наприклад, якщо користувач надає інформацію для створення облікового запису із зазначенням адреси у Великобританії, тоді як всі IP-адреси, пов'язані з діяльністю замовника, визначаються як такі, що знаходяться в Японії;

2) підозрілі IP-адреси та підозрілі імена користувачів (прізвиська, псевдоніми, номери ICQ) також можуть свідчити про злочинні грошові потоки;

3) спроби входу з ненадійної IP-адреси або з IP-адреси користувача, раніше визначеної як така, що пов'язана з підозрілою діяльністю» [7].

Ці індикатори є загальними та застосовуються в багатьох методиках розслідування злочинів у кіберпросторі. Тому автори окремо наводять фактори, що вказують на «злочинну діяльність саме провайдерів віртуальних валют:

1) велика кількість банківських рахунків, що знаходяться в одного провайдера віртуальної валюти або компанії з обміну віртуальних валют (можуть знаходитися в різних країнах), очевидно, використовується як поточний рахунок (свідчить про розшарування діяльності), без явної ділової мети такої структури;

2) адміністратор віртуальної валюти або компанія з обміну віртуальних валют, розташована в одній країні, але рахунки відкриті в інших країнах, де вона не має значної клієнтської бази (відсутнє обґрунтування такої діяльності);

3) переміщення коштів між банківськими рахунками, які ведуться різними адміністраторами віртуальної валюти або компаніями, що здійснюють обмін віртуальними валютами, розташованими в різних країнах (може свідчити про розшарування діяльності, бо вона не відповідає типовій бізнес-моделі);

4) обсяг та частота операцій із готівкою (іноді нижче порогової звітності), що проводяться власником провайдера віртуальної валюти або компанії з обміну віртуальними валютами, без економічної вигоди та змісту» [7].

Як відомо, легалізація злочинних коштів може здійснюватися різними способами, злочинці вигадують найрізноманітніші схеми відмивання коштів. Тому, на нашу думку, варто звернути увагу саме на особливості, які свідчать, що підозрюваний використовував у злочинній діяльності віртуальні валюти. Надалі це значно спростить процес розслідування легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, адже слідчий чітко розумітиме, з яким фінансовим інструментом він має справу, як розшукати докази і яким чином працювати з такими доказами.

Деякі віртуальні валюти, особливо децентралізовані, передбачають встановлення спеціального програмного забезпечення. Наявність такого програмного забезпечення на досліджуваному комп'ютері також може свідчити про використання віртуальних валют у злочинній діяльності.

Наведемо приклади програмного забезпечення, що необхідне для використання найвідомішої віртуальної валюти – Bitcoin. Програмне забезпечення, встановлене на комп'ютері для використання мережі Bitcoin, називається біткойн-гаманцем. У мережі доступна безліч різноманітних програмних пакетів біткойн-гаманців, наприклад, BitcoinCore, MultiBit, Hive, BitcoinArmory, Electrum. Деякі з цих програмних пакетів після встановлення завантажують повну копію всього блокчейну Bitcoin. Слід звернути увагу, що це дуже великий розмір – майже 20 гігабайтів. Розуміння слідчим зазначених фактів може бути корисним для ідентифікації каталогу даних, що використовується програмним забезпеченням Bitcoin. Крім того, наявність файлу гаманця, який часто називають «wallet.dat», також свідчить про використання мережі Bitcoin [7].

Слід взяти до уваги, що не всі віртуальні валюти передбачають необхідність встановлення спеціального програмного забезпечення. Наприклад, клієнт Ripple працює як додаток JavaScript у браузері користувача. Деякі віртуальні валюти пропонують або завантажити програмне забезпечення, або здійснювати взаємодію через браузер як варіант використання віртуальної валюти. Крім того, торгівля віртуальними валютами на біржах віртуальних валют, як правило, здійснюється у браузері. Таким чином, закладки, історія перегляду та кеш-пам'ять комп'ютера підозрюваного також потребують ретельного дослідження, а отримані докази можуть надати цінні відомості з приводу використання віртуальних валют [7].

Крім того, програмне забезпечення для віртуальних валют та дані з історії перегляду, що пов'язані з використанням віртуальних валют, також можна знайти на мобільних пристроях. Тому матеріали, зібрані в результаті дослідження мобільних пристроїв, можуть містити важливу інформацію для доказування фактів використання віртуальних валют для відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом [7].

Як і в багатьох випадках, пов'язаних із розслідуванням злочинів у кіберпросторі, комп'ютер підозрюваного є цінним джерелом доказів. Звичайно, таке твердження не обмежується лише комп'ютером як річчю, а також стосується будь-яких інших носіїв інформації (компакт-диски, зовнішні жорсткі диски, флеш-накопичувачі тощо), які знайдені разом із комп'ютером підозрюваного або про які відомо, що використовувалися під час роботи з ним.

Так, автори посібника «Basic Manual on the Detection And Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies» виділяють такі категорії доказів, які можна отримати з комп'ютера підозрюваного:

1) докази у вигляді облікових даних, історії відвідувань вебсайтів, електронних листів тощо, які дають змогу встановити взаємодію підозрюваного з провайдером віртуальної валюти або біржою віртуальних валют;

2) докази, які доводять наявність у підозрюваного певної вартості віртуальної валюти;

3) IP-адреса комп'ютера в певний час може бути пов'язана з відомими підозрілими операціями чи іншою фінансовою діяльністю;

4) докази використання послуг віддаленого зберігання, де може зберігатися вираження вартості віртуальної валюти;

5) паролі та інші облікові дані, які можуть бути використані в процесі розслідування [7].

Отже, під час розслідування легалізації (відмивання) коштів, здобутих незаконним шляхом, яка здійснюється з використанням криптовалюти, необхідно враховувати специфіку віртуальних валют, особливості їх функціонування та обігу, технічні та інформаційні характеристики кіберпростору, в якому здійснюється обмін такими активами. На практиці слідчому для належного розслідування та доведення фактів легалізації злочинних коштів слід враховувати особливості, які вказують на використання в процесі такого злочину віртуальних валют. Індикатори, що свідчать про використання криптовалюти в такій злочинній діяльності, умовно можна поділити на дві групи: загальні фактори, які свідчать, що легалізація злочинних доходів відбулася з використанням технологій глобальної мережі, та дані, що вказують на злочинну діяльність провайдерів віртуальних валют. Також варто зазначити, що найбільшу кількість інформації слідчий під час розслідування отримує за допомогою електронних доказів, саме вони найчастіше використовуються в процесі доказування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. FATF. Paris, 2019. URL: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/Guidance-RBA-virtual-assets.html (дата звернення 11.10.2020).

2. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06.12.2019 р. № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text (дата звернення 11.10.2020).

3. Про віртуальні активи : проєкт Закону № 3637 від 11.06.2020 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110 (дата звернення 11.10.2020).

4. Карапетян О., Білинський В. Злочинні технології збагачення з використанням криптовалют та особливості їх розслідування. *Актуальні проблеми правознавства.* 2018. № 2 (14). С. 115–120.
5. Dyntu V., Dykyi O. Crypto currency in the system of money laundering. *BalticJournal of Economic Studies*, 2018. № 5. С. 75–81.
6. Власти США закрыли крупнейшую независимую электронную платёжную систему Liberty Reserve. URL: https://ru.wikinews.org/wiki/Власти_США_закрыли_крупнейшую_независимую_электронную_платёжную_систему_Liberty_Reserve (дата звернення 11.10.2020).
7. Basic Manual on the Detection And Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies. *United Nations Office on Drugs and Crime*, 2014. URL: https://www.imolin.org/pdf/UNODC_VirtualCurrencies_final_EN_Print.pdf (дата звернення 11.10.2020).

УДК 347.965
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/106

«ГОНОРАР УСПІХУ» В ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА

«SUCCESS FEE» IN THE ACTIVITIES OF A LAWYER

Мільченко Н.С., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Савчук М.В., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Цимбал П.В., д.ю.н., професор,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Дана стаття присвячена дослідженню інституту «гонорару успіху» в діяльності адвоката. Предметом дослідження є норми, які регламентують розмір і порядок виплати винагороди юристу (адвокату) за надані юридичні послуги, а також різні підходи щодо можливості функціонування інституту «гонорару успіху» в Україні.

Метою дослідження виступає аналіз наукових точок зору «за» і «проти» допустимості «гонорару успіху» під час визначення винагороди за надані адвокатом правові послуги.

У статті проаналізовано правову та етичну природу «гонорару успіху», судову практику та тенденції вдосконалення законодавства, що регулює цей вид винагороди адвокатської діяльності. Наводяться особливості, що відрізняють порядок виплати винагороди юристу від порядку виплати винагороди адвокату. Обговорюється законність і обґрунтованість включення подібних умов у договір. Досліджуються особливості як організації діяльності адвокатів у рамках різних адвокатських утворень, так і динаміки відносин між адвокатом з особою, інтереси якої представляються. Вивчено досвід правового регулювання «гонорару успіху» зарубіжних країн.

Досвід зарубіжних країн являє собою цінність для вітчизняної правової системи і може бути запозичений для вдосконалення правозастосовних механізмів у правовому регулюванні конституційного права на кваліфіковану юридичну допомогу та судовий захист.

Висловлена авторська позиція щодо можливості законного закріплення «гонорару успіху» як додаткової виплати до винагороди адвоката. Сформульовано і запропоновано внести зміни в законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність, що стосуються закріплення в договорі про надання правничої допомоги умови, згідно з якою довіритель зобов'язується виплатити стимулюючу винагороду додатково до основної винагороди в залежності від досягнутого результату.

Ключові слова: гонорар успіху, адвокат, правова природа, договір про надання правничої допомоги, винагорода, адвокатська діяльність.

This article is devoted to the research of the Institute of "success fee" in the activity of a lawyer. The subject of the study is the rules governing the amount and procedure for payment of remuneration to a lawyer (lawyer) for legal services rendered, as well as various approaches to the possibility of functioning of the Institute of "success fee" in Ukraine.

The purpose of the study is to analyze the scientific points of view "for" and "against" the admissibility of the "success fee" in determining the remuneration for legal services rendered by a lawyer. In the process of research, both General scientific methods of scientific knowledge (analysis, synthesis) and private methods (comparative legal method) were used.

The article analyzes the concepts of the legal and ethical nature of the "fee of success", as well as judicial practice and trends in improving the legislation governing this type of remuneration for advocacy. The features that distinguish the order of payment of remuneration to a lawyer from the order of payment of remuneration to a lawyer are given. To date, the legality and validity of the inclusion of such conditions in the contract are being discussed. The unresolved issue is the subsequent recovery of the cost of judicial representation.

The peculiarities of the organization of lawyers' activity of attorneys in various legal practices, and the dynamics of the relationship between the lawyer and the person whose interests are represented. The experience of legal regulation of the "success fee" of foreign countries is studied.

The experience of foreign countries is valuable for domestic legal system and could be borrowed in order to improve the mechanisms of constitutional rights to qualified legal assistance and judicial protection guaranteeing.

The author's position on the possibility of legally fixing the "success fee" as an additional payment to the remuneration of a lawyer is expressed. Formulated and proposed to amend the law on advocacy activities relating to the consolidation of the agreement on rendering legal assistance the conditions under which the principal agrees to pay incentive compensation in addition to base compensation, depending on the achieved result.

Key words: "the success fee", advocacy, legal nature, lawyer, provision of legal services, reward, lawyer activity.

Ринок юридичних послуг є досить популярним та водночас агресивним середовищем, де невтомно йде «полювання» на клієнта та боротьба з іншими представниками за вигідні контракти або ж так звані «гонорари успіху». «Гонорар успіху» розглядається як стимул для будь-якого правника, адже нікому не треба доводити чи пояснювати, що результат справи багато в чому залежить від активності сторін, а такий стимул може підвищити подібну активність. Для того щоб досягти приголомшливого успіху під час вирішення певної проблеми, потрібно не просто, наприклад, відвідувати судовий процес, а прагнути робити все можливе для відстоювання позиції клієнта. А тому винагорода у вигляді «гонорару успіху» кооперує інтереси сторін і підштовхує до об'єднання всіх зусиль в єдине ціле з метою досягнення спільного позитивного результату.

Окремі аспекти гонорару успіху адвоката досліджували такі вчені, як М.Ю. Баращевський, Й.Л. Бронз, Є.В. Васьковський, І.О. Горохов, Д. Бакер, С.О. Іваницький, А.Н. Князев, С. Козлов, Де Латхауер, М. Молло, Є.В. Накушнова, І. Рафальська, І.М. Сидорова, О. Угриновська, К. Шмотін, Ю. Шрамко, О.Г. Яновська та інші. Проте натепер дане питання на законодавчому рівні не врегульовано, що зумовлює підвищений інтерес й актуальність дослідження.

Будь-яку працю, фізичну чи розумову, має завжди бути достойно оцінено й оплачено. А якісно виконана робота потребує винагороди. Тому питання оплати праці адвока-

тів за надані юридичні послуги під час вирішення справи є досить неоднозначним як у теорії, так і на практиці.

Сьогодні особливо великого резонансу набуло поняття «гонорару успіху» адвоката, особливо для тих компаній, які надають юридичні послуги. Українське законодавство не містить визначення даного поняття. Однак статтею 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що особливою формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту є гонорар. У встановленні розміру гонорару враховуються: складність справи; кваліфікація, досвід адвоката; фінансовий стан клієнта тощо, що є досить позивним явищем [1].

«Гонорар успіху» адвоката є невід'ємною складовою частиною гонорару захисника та ефективним способом упорядкування всіх фінансових питань, які виникають із клієнтами. Додаткова виплата буде служити мотивацією до більш якісного надання адвокатом юридичних послуг за успішне завершення справи, а також виступатиме гарантією доступності правосуддя. Завдяки такій винагороді знижується ризик надання неякісної послуги. Хоча деякі науковці вважають інакше. Зокрема, трапляються випадки, коли адвокат змушений працювати безкоштовно, не отримуючи нічого в разі програшу. Тому часто в договорах сторонами зазначається мінімальна плата процесу ведення справи, для того щоб покрити хоча б мінімальні витрати адвоката. Також не варто забувати про недоліки недобросовісних адвокатів, які заради збагачення використовують неправомірні способи захисту або навмисно вводять в оману клієнта про «перспективну справу», аби лише отримати для себе певну матеріальну вигоду.

Адвокат не повинен забувати, що він діє в інтересах клієнта, а не у своїх власних. Там, де підготовка документів займає близько трьох годин, він не повинен готувати їх протягом десяти годин. Там, де в судовому засіданні можна обійтись одним представником, не потрібно відправляти до суду аж трьох. Клієнту важко оцінити такі моменти, тому не можна зловживати його довірою. Або ж у випадку коли клієнт, укладаючи договір про надання правової допомоги, з легкістю погоджується на умови виплати гонорару успіху, проте в кінцевому результаті відмовляється від виконання обумовлених домовленостей, посилаючись на скрутне матеріальне становище, і в результаті чого вся робота адвоката була марною.

Відсутність законодавчого закріплення (дозволу або заборони використання) гонорару успіху є причиною виникнення юридичних колізій. Відзначимо, що свою правову позицію з приводу гонорару успіху висловив Верховний Суд у постанові від 12 червня 2018 року по справі № 462/9002/14-ц., відповідно до якої судове рішення не належить до об'єктів цивільних прав, а його ухвалення в конкретній справі не є результатом наданих адвокатами сторін послуг, а тому не може бути предметом договору. Включення в умови договору про надання юридичних послуг пункту про винагороду адвоката за досягнення позитивного рішення суду суперечить основним засадам здійснення правосуддя в Україні, актам цивільного законодавства, у зв'язку з чим та через положення частини першої статті 203, частини першої статті 215 ЦК України підлягає визнанню недійсним за пред'явленим стороною договору позовом [2].

У змагальному судовому процесі результат вирішення справи багато в чому залежить від адвоката: збір доказів, визначення правової позиції, опрацювання практики та розробка стратегії захисту. Не виключається, що на етапі прийняття завдання сторони можуть погодити, що частину гонорару клієнт оплачує в загальному порядку, а іншу частину – вже після настання відповідного очікуваного результату. А тому це не суперечить засадам судочинства, а навпаки, дозволяє клієнту отримати доступ до правової допомоги.

Аналіз іноземних джерел виявив кілька варіантів угод між адвокатом та його клієнтом щодо оплати послуг адвоката, залежно від результату справи: гонорар успіху – угода для адвокатів країн Європейського Співтовариства, гонорар за послуги адвоката, який виплачується тільки в разі успішного вирішення справи або укладення мирової угоди з вигодою для клієнта (імовірний гонорар). Умовний гонорар – заздалегідь прописана сторонами в контракті на надання послуг форма додаткової винагороди, яка виплачується адвокату, крім заздалегідь узгодженого гонорару за послуги, в разі успішного для клієнта вирішення справи [3].

У практиці провідних держав світу, таких як, зокрема, Італія, Греція, Фінляндія тощо, «гонорар успіху» є доволі поширеним явищем. У Німеччині та на Кіпрі гонорари успіху дозволені як додаткова міра винагороди адвоката в разі надання правової допомоги за тарифами, встановленими законом. А у таких країнах, як Франція, Польща, Чехія, гонорар за надані юридичні послуги сплачується за ставкою, але при цьому угодою сторін допускається передбачити додатковий гонорар, обумовлений результатом виконаної роботи. У державах-учасницях Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) (Об'єднане Королівство, Чехія, Словаччина, Польща, Угорщина) подібні угоди, які укладаються між клієнтом і адвокатом, визнаються дійсними і такими, що зобов'язують клієнта. Натомість у Росії розмір гонорару залежить від результату майбутнього судового рішення [4, с. 23].

На нашу думку, слід взяти до уваги досвід правового регулювання «гонорару успіху» тих країн, де цей гонорар розглядається як додаткова виплата. Оскільки якщо в договір включати положення, згідно з яким уся винагорода юриста залежить виключно від результату справи, то юрист ризикує взагалі не отримати винагороду за надані юридичні послуги. Виплата адвокату винагороди за підсумками вдалого для клієнта розгляду справи, так званого «гонорару успіху», поширена в США. Проте у разі програшу справи адвокат залишиться без додаткової оплати.

У деяких штатах США, таких як Каліфорнія, Флорида, Мічиган, Нью-Джерсі, Юта, застосовуються обмеження на використання «ймовірного гонорару» у справах про нанесення шкоди здоров'ю в результаті лікарської помилки. В Австралії угоди про умовний гонорар дозволені на підставі Єдиного закону про юридичну професію, який передбачає, що у разі досягнення позитивного результату справи для позивача на додаток до звичайного гонорару адвоката дозволяється отримання гонорару успіху [3].

Одним з основних прецедентів щодо угод про виплату адвокату гонорару в разі виграшу є справа «Іатрідіс проти Греції» від 19.10.2000 р., в якій ЄСПЛ узагальнив свою минулу практику з цього питання і сформулював основні положення стосовно таких угод. Суд зазначив, що згідно з його прецедентною практикою (справи «Санді Таймс проти Об'єднаного Королівства від 06.11.1980 р.) відшкодування судових витрат передбачає, що встановлена їх реальність – необхідність і, більше того, умова розумності їх розміру. Далі ЄСПЛ визначив, що угода про виплату адвокату частки від виграшу є угодою, в якій клієнт зобов'язується виплатити адвокату як гонорар певний процент від тієї суми, яку суд може присудити йому в разі виграшу. Суд указав, що подібні угоди, якщо вони юридично дійсні, можуть свідчити про те, що у заявника дійсно виник обов'язок виплатити гонорар своєму адвокату [5].

Також як приклад можна навести справу «Тусашвілі проти Росії» від 15.12.2005 року, в якій заявник вимагав відшкодувати витрати на оплату послуг свого представника в ЄСПЛ, за яким він зобов'язався виплатити адвокату гонорар у розмірі 1230 євро на певних умовах, зокрема, якщо представник належним чином виконає

свої обов'язки по договору до прийняття ЄСПЛ кінцевої постанови по скарзі, а також влада Росії виплатить «справедливу компенсацію» заявнику в разі її присудження ЄСПЛ. Влада Росії оскаржила цю вимогу про відшкодування витрат, зазначаючи, що такі витрати не можуть вважатися «реальними», оскільки виплати по договору між заявником і його представником можуть відбутися «у майбутньому». ЄСПЛ зазначив, що в договорі з представником чітко зазначається, що заявник повинен виплатити своєму представнику суму винагороди в розмірі 1230 євро, тому Суд вирішив, що ці витрати є реальними [6]. Разом із тим ЄСПЛ зазначив, що ця справа не була особливо складною, тому вважав розмір вимог заявника про компенсацію судових витрат занадто великим. Заявником не було доведено, що судові витрати були необхідними та обґрунтовано понесеними. З урахуванням наведеного та враховуючи обсяг необхідної юридичної роботи в цій справі, ЄСПЛ вирішив, що розмір суми, яку заявник вимагав як оплату послуг його представника, є надмірним.

Українському законодавцю доцільно було би прописати визначення поняття «гонорар успіху», форму, розмір, умови оплати, а також всі особливості «fair play» для захисників і їх застосування в тих чи інших справах. Вважаємо, що гонорар успіху повинен застосовуватися лише в майнових справах, де очевидний «економічний» успіх справи.

Отже, гонорар успіху – це інструмент, який направлений на захист прав клієнта і служить своєрідним стимулом для адвоката. Законодавець і судова практика рухаються в бік допустимості включення умови про «гонорар успіху» в договір про надання юридичних послуг. Проте якщо «гонорар успіху» виступатиме у формі додаткової винагороди, то процес надання правової допомоги буде більш якісним та кваліфікованим, а отже, клієнт досягне позитивного результату. І чим менше держава встановлюватиме заборон або втручатиметься у відносини між клієнтом і адвокатом, тим більше користі отримає перш за все клієнт.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 року № 5076–VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення: 10.11.2020).

2. Постанова Верховного Суду від 12 червня 2018 року у справі № 462/9002/14-ц, провадження № 61-9880св18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75003682 (дата звернення: 10.11.2020).

3. Козлов С. Чому в Україні досі «не люблять» гонорар успіху адвоката. URL: https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/chomu-v-ukrayini-dosi-ne-lyublyat-gonorar-uspihu-advokata.html (дата звернення: 10.11.2020).

4. Громадська думка про право творення. *Національна бібліотека України імені В. І. Вернадського*. Київ, 2019 № 3 (168). 49 с.

5. Санді Таймс (Sunday Times) проти Об'єднаного Королівства від 06.11.1980 р.: судова влада. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_164#Text (дата звернення: 10.11.2020).

6. Луспеник Д. Гонорар успіху адвоката: практика Європейського суду з прав людини. URL: https://radako.com.ua/news/gonorar-uspihu-advokata-praktika-ievropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini (дата звернення: 10.11.2020).

УДК 343.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/107

ПРОБЛЕМИ УЧАСТІ ПОТЕРПІЛОГО ПІД ЧАС ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

PROBLEMS OF THE VICTIM'S PARTICIPATION DURING IN EVIDENCE OF CRIMINAL PROCEEDING

Омельчук Л.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Герус Н.В., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретично-практичних проблем кримінального процесу України, а саме питанню про проблеми участі потерпілого в доказуванні під час кримінального провадження.

На підставі дослідження відповідних наукових джерел, положень чинного кримінального процесуального законодавства та законів України проведено аналіз поняття доказування, аналіз поняття потерпілого, досліджено проблемні питання, які пов'язані з участю потерпілого в доказуванні під час кримінального провадження.

Вивчено і досліджено поняття збирання доказів шляхом витребування й отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів, а також, що потерпілий відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України має на це право.

Досліджено питання про допустимість доказів, що отримані потерпілим шляхом витребування, оскільки в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України не визначено порядок їх отримання, а також процедуру подання клопотань про ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій потерпілим до прокурора та слідчого, звернуто увагу на проблеми реалізації права потерпілого на отримання доказів шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, вивчено проблеми збирання доказів потерпілим шляхом їх витребування та отримання речей, копій документів.

Здійснено аналіз норм чинного Кримінального процесуального кодексу України, законів України «Про судову експертизу», «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», «Про доступ до публічної інформації», «Про звернення громадян», виявлено, що натепер чинний Кримінальний процесуальний кодекс потребує деяких доповнень.

Ключові слова: потерпілий, доказування, суб'єкт доказування, збирання доказів, перевірка доказів, реалізація права потерпілого.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical and practical problems of the criminal process of Ukraine, namely the question of the problems of the victim's participation in evidence during criminal proceedings.

Based on the study of relevant scientific sources and provisions of current criminal procedure legislation and laws of Ukraine, an analysis of the concept of evidence, analysis of the concept of victim, and investigated issues related to the victim's participation in evidence during criminal proceedings.

The concept of gathering evidence by demanding and receiving from public authorities, local governments, enterprises, institutions, organizations, officials and individuals things, copies of documents, information, expert opinions, audit reports, inspection reports; initiating investigative (investigative) actions, covert investigative (investigative) actions and other procedural actions, as well as by carrying out other actions that can ensure the submission of appropriate and admissible evidence to the court and that the victim has the right to do so under the current Criminal Procedure Code of Ukraine.

The issue of admissibility of evidence obtained by the victim on demand was investigated, as the current Criminal Procedure Code of Ukraine does not specify the procedure for obtaining them, as well as the procedure for filing motions to initiate investigative (search) actions of the victim to the prosecutor and investigator. the victim to obtain evidence by conducting covert investigative (investigative) actions, studied the problems of collecting evidence by the victim by demanding it and obtaining things, copies of documents.

The norms of the current Criminal Procedure Code of Ukraine, the Law of Ukraine "On Forensic Examination", the Law of Ukraine "On Advocacy", the Law of Ukraine "On Access to Public Information", the Law of Ukraine "On Citizens' Appeals" were analyzed and identified. That the current Criminal Procedure Code needs some additions.

Key words: victim, evidence, subject of evidence, collection of evidence, verification of evidence, realization right of victim's.

Ухвалення у 2012 р. Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України зумовило виникнення перед кримінально-процесуальною доктриною нових завдань, пов'язаних з осмисленням змісту нових удосконалених процесуальних норм, аналізом теоретичних засад та практики застосування нових інститутів кримінального процесуального права. Крім того, положення КПК України концептуально змінило порядок здійснення кримінального провадження, що по-новому змушує вивчити деякі питання, які є нині малодослідженими, це стосується участі потерпілої особи в доказуванні під час кримінального провадження України. Про особливу значущість потерпілого в сучасному кримінальному процесі України свідчить те, що у КПК України відведена окрема гл. 3, у якій зазначено поняття, права й обов'язки такої особи [1].

Вагомий внесок у розроблення питань, пов'язаних з особливостями участі потерпілого е кримінальному процесуальному доказуванні, зробили такі науковці? як: С.І. Альперт, В.Д. Берназ, В.П. Божьєв, Л.В. Головко, М.І. Гошовський, Ю.М. Грошевий, Ю.О. Гурджі, К.Ф. Гуценко, Л.Д. Кокорев, О.М. Ларін, В.З. Лукашевич, В.Т. Маляренко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.О. Попелюшко, Т.І. Присяжнюк, М.В. Сенаторов, М.С. Строгович та інші.

На думку Н.І. Тлепової, науковцями було доведено, що «доказування – це не тільки здійснювана у встановлених законом формах діяльність слідчого, прокурора, але й інших учасників (суб'єктів) кримінального процесу, яка полягає в дослідженні фактів про вчинений злочин і пов'язаних з ним обставин із метою досягнення визначених законом завдань кримінального судочинства» [2, с. 130].

Одним з учасників кримінального процесу, який бере участь у доказуванні обставин учинення кримінального правопорушення, є потерпілий. Відповідно до ст. 55 КПК

України, потерпілим може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди [1].

У ст. 92 чинного КПК України потерпілого віднесено до суб'єктів доказування [1]. У правовій літературі під час класифікації суб'єктів доказування Т.В. Лукашкіна відносить потерпілого до декількох груп суб'єктів, на яких покладено обов'язок доказування; суб'єктів, яким надано право брати участь у доказуванні, а також суб'єктів, що надають певну інформацію, яка може бути використана як докази у кримінальному провадженні [3, с. 20].

Відповідно до ч. 2 ст. 91 КПК України, доказування полягає у збиранні, перевірці й оцінці доказів із метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження [1].

Першим елементом процесуального доказування є збирання доказів. Хоча у КПК України визначення поняття збирання доказів немає, але в ч. 1 ст. 93 КПК закріплено: «Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим у порядку, передбаченому КПК» [1], відповідно до ч. 2 ст. 22 КПК України зазначено, що сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, а також на реалізацію інших процесуальних прав, передбачених цим Кодексом [1].

У результаті проведеного аналізу норм КПК України, а саме п. 3 ч. 1 та п. 3 ч. 2 ст. 56 КПК, варто зазначити, що із правом потерпілого на збирання доказів закріплено і право подавати докази, але в тексті далі більше не вживається такий термін стосовно потерпілої особи, а використовується словосполучення «збирати докази», тому з метою забезпечення належної участі потерпілого в доказуванні варто зауважити, що має бути дотримана єдина термінологія, що використовується в чинному законодавстві [1].

Крім того, у ст. 93 КПК України передбачено право потерпілого на збирання доказів шляхом витребування й отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [1].

Збирання доказів потерпілим шляхом витребування й отримання речей, копій документів на практиці, як зазначає С.О. Старенький, є малоефективним. Такий висновок сформувався через два чинники, по-перше, чинний КПК України не визначає сутності витребування й отримання речей, копій документів як засобів отримання доказів у кримінальному провадженні. По-друге, чинним КПК України не передбачений процесуальний механізм реалізації права потерпілого на витребування й отримання речей, копій документів [4, с. 189].

Реально право на витребування й отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб документів потерпілий частково може реалізувати лише за допомогою норм, які зазначені в законах України «Про звернення громадян» [5] та «Про доступ до публічної інформації» [6]. А також частковою реалізацією права витребування й отримання від державних органів документів нині є адвокатський запит, яким потерпілий може скористатися в разі отримання правової допомоги і залучення до кримінального провадження свого представника, тобто такої особи, яка у кримінальних провадженнях має право бути захисником, оскільки адвокат може скористатися своїм правом на адвокатський запит (ч. 2 ст. 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») [7].

Однак у такому разі постає питання про допустимість отриманих доказів. Адже за ст. 81 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, установленому КПК України [1]. Тобто докази, отримані потерпілим шляхом витребування й отримання речей і документів, не можуть визнаватися допустимими, оскільки в чинному КПК України не визначений порядок їх отримання. Отже, необхідно окреслити чіткий порядок збирання доказів потерпілим шляхом витребування й отримання речей та документів.

У процесі розгляду питання про збирання доказів шляхом витребування й отримання речей та документів потрібно зазначити, що в ч. 3 ст. 93 КПК України закріплено за потерпілим право витребувати й отримати лише копії документів [1]. Дана норма не є досконалою, оскільки оригінали документів можуть бути використанні як підтвердження того, що підозрюваний, обвинувачений є винним у вчинені правопорушення, а також оригінали документів необхідні для проведення судових експертиз. На нашу думку, у чинний КПК України необхідно внести доповнення, яке б закріплювало право потерпілого на витребування не тільки копій документів, а й оригіналів.

Варто зазначити, що потерпілий не має права під час збирання доказів проводити слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, адже відповідно до чинного КПК України це виключна компетенція слідчого та прокурора. Але чинне законодавство надає право потерпілому ініціювати проведення таких дій шляхом подання клопотань слідчому, прокурору, які відповідно до ч. 1. ст. 220 КПК України мають бути розглянуті у строк не більше трьох днів із моменту їх подання [1]. Про результати розгляду клопотань має бути повідомлена особа, яка заявила таке клопотання, про часткову чи повну відмову в задоволені клопотання має винестися вмотивована постанова, що вручається або надсилається особі.

Крім того, процедура ініціювання потерпілим подачі клопотання прокурору чи слідчому про проведення слідчих (розшукових) дій, є неефективною, адже слідчі, прокурори не завжди зацікавлені в задоволені клопотань потерпілих про проведення слідчих (розшукових) дій, у зв'язку із чим відмовляють у клопотаннях або ж затягують їх розгляд, чи залишають без розгляду.

Потерпілому також гарантується право на оскарження слідчому судді в разі відмови клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій. Підготовка скарг потребує багато часу, що впливає на швидкість розслідування кримінального правопорушення, адже через втрату часу проведення окремих слідчих (розшукових) дій може бути недоречним і неефективним. Але таке право сприяє захисту прав потерпілого у кримінальному провадженні.

Варто підтримати думку О.С. Старенького про те, що розгляд клопотань про проведення слідчих (розшукових) дій має здійснювати не слідчий чи прокурор, а слідчий суддя, на якого покладається здійснення судового контролю за дотриманням ним прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, відповідно доповнити абз. 2 ч. 3 ст. 93 КПК України таким текстом: ініціювання стороною захисту, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій здійснюється шляхом подання слідчому судді, відповідних клопотань [4, с. 190].

Зазначимо, що окрему увагу варто приділити питанню реалізації права потерпілого на отримання доказів шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, адже, як зауважують деякі науковці, виникають деякі труднощі щодо реалізації даного права потерпілого на етапі погодження слідчим, прокурор клопотань потерпілого про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, оскільки на практиці слідчі, прокурори за результатами розгляду клопотань потерпілих про проведення негласних слідчих (розшукових) дій лише повідомляють їх про те, що від-

повідні клопотання будуть долучені до матеріалів кримінального провадження, не зазначають, чи їхнє клопотання було задоволене, або ж необґрунтовано відмовляють у клопотанні [4, с. 191]. Тому, на нашу думку, потерпілий як ініціатор проведення негласних слідчих (розшукових) дій повинен мати право на повідомлення слідчим чи прокурором про результат розгляду таких клопотань.

Можливо деякі труднощі щодо реалізації права потерпілого на отримання доказів шляхом проведення негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язані з тим, що дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій, як і слідчих розшукових дій, надає слідчий, прокурор, а не слідчий суддя.

Ще одним проблемним питанням є неможливість для потерпілого брати участь у доказуванні шляхом отримання висновку експерта. Відповідно до ст. 243 КПК, правом самостійно залучати експерта наділені тільки сторони обвинувачення і захисту [1]. Але в ч. 4 ст. 15 Закону України «Про судову експертизу» передбачено можливість проведення експертизи у кримінальному провадженні на замовлення не лише підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а й потерпілого і його представника [8].

Отже, у результаті проведеного аналізу принципу законності потрібно зазначити, що чинні закони та нормативно-правові акти України, норми щодо кримінального провадження повинні відповідати чинному КПК України. Адже під час здійснення кримінального провадження не може застосовуватися закон, який суперечить КПК України [1]. Потерпілий не може скористатися своїм правом, яке зазначене в Законі України «Про судову експертизу», адже його норми суперечать чинному Кримінальному процесуальному кодексу України. Тобто дана суперечність у чинних законодавчих актах порушує право потерпілого на збирання доказів шляхом подання висновків експертів.

Отже, потрібно зазначити, що в чинний КПК України необхідно внести додаткові норми, які були б спрямовані на чітке регулювання процедури, за допомогою якої потерпілий реалізував би своє право на отримання висновку експерта, що має значення для розгляду кримінального провадження.

У процесі дослідження цієї проблеми О.П. Кучинська зазначає, що вказані норми КПК України значно ускладнюють можливість використання потерпілим та його представником спеціальних знань для обстоювання своїх інтересів у кримінальному провадженні, свідчать про те, що має місце «відверта диспропорція у правових можливостях потерпілого і сторони захисту в обстоюванні своєї позиції у кримінальному провадженні» [9, с. 231].

М.І Тлепова підтримує таку позицію та зазначає, що необхідно доповнити ч. 2 ст. 243 КПК України положенням щодо можливості потерпілого самостійно залучати експерта на договірних засадах для проведення відповідної експертизи [2, с. 132]. Варто погодитися з думкою даних авторів, оскільки вдосконалення чинного КПК України надасть можливість потерпілому ефективно реалізувати своє право на участь у доказуванні під час кримінального провадження.

Також потрібно звернути увагу на складність забезпечення реальної участі потерпілого у процесі доказування у кримінальному провадженні, яке характеризується проблемою нормативного регулювання перевірки доказів.

М.І. Тлепова зазначає: «Ні визначення поняття «перевірка доказів», ні розкриття його конкретного змісту чинний кримінальний процесуальний закон, як і попередній, не надає» [2, с. 133]. У юридичній літературі термін «перевірка доказів» розглядається як тотожний поняттю «дослідження». Метою перевірки доказів є визначення придатності зібраних доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи [10, с. 223].

Стосовно потерпілого термін «перевірка» використовується в п. 3 ч. 3 ст. 56 КПК України, який передбачає, що під час судового провадження в будь-якій інстанції потерпілий має право брати участь у безпосередній перевірці доказів [1]. Але потрібно значити, що повною мірою не можна говорити про участь потерпілого в безпосередній перевірці доказів, оскільки він, наприклад, відповідно до чинного КПК України, не має права заявляти клопотання суду про проведення слідчих (розшукових) дій для встановлення або перевірки обставин, що мають істотне значення для кримінального провадження. Таке право мають тільки сторони кримінального провадження [1].

Отже, у підсумку варто зауважити, що доказування – це здійснювана у встановлених законом формах діяльність не тільки слідчого, прокурора, але й потерпілого, яка полягає в дослідженні фактів про вчинений злочин і пов'язаних із ним обставин із метою виконання зазначених у законі завдань кримінального судочинства. Тож, незважаючи на визнання потерпілого суб'єктом доказування відповідно до ст. 93 КПК України, його участь у процесі доказування ускладнюється відсутністю нормативних механізмів реалізації його прав. Натепер КПК України містить колізії щодо реалізації права на доказування у кримінальному провадженні, тому потрібно чинний КПК України доповнити нормами про можливість потерпілим самостійно залучати експерта для проведення відповідних експертиз, урегулювати процедуру витребування документів, а також надати можливість витребувати й отримувати оригінали документів, право звертатися потерпілому до слідчого судді із клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, оскільки натепер потерпілий не може ефективно реалізувати право на доказування у кримінальному провадженні. Якщо не доповнити вищевказаними нормами КПК України, потерпілий буде позбавлений ефективної можливості брати участь у збиранні доказів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 16.11.2020).
2. Тлепова М.І. Проблемні питання участі потерпілого в доказуванні. *Юрист України.* 2014. № 4 (29). С. 130–135.
3. Лукашкіна Т.В. Теорія доказів у кримінальному судочинстві : навчальний методичний посібник. Одеса : Фенікс, 2012. 540 с.
4. Старенький О.С. Потерпілий як суб'єкт доказування у кримінальному провадженні: проблеми реалізації засади змагальності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2017. Вип. 6. С. 185–195.
5. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939–VI / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 16.11.2020).
6. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 393/96-ВР / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon2.rada.gov.ua (дата звернення: 16.11.2020).
7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076–VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення: 27.11.2020).
8. Про судову експертизу : Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038–XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text (дата звернення: 16.11.2020).
9. Кучинська О.П. Принципи кримінального провадження в механізмі забезпечення прав його учасників : монографія. Київ : Юрінком-Інтер, 2013. 288 с.
10. Капліна О.В. Збирання доказів сторонами кримінального провадження за КПК України. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні :* матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції, м. Одеса, 27 листопада 2013 р. Одеса, 2013. С. 223–229.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/108

ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ТА МЕЖ ДОКАЗУВАННЯ ПІД ЧАС СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

DETERMINATION OF THE SUBJECT AND LIMITS OF PROOF DURING TRIAL PROCEEDINGS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Омельчук Л.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Федоренко Є.В., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Одними з найважливіших завдань сучасної української держави та суспільства є забезпечення дотримання законності, викорінення будь-яких порушень правопорядку, протидія злочинності й усунення причин та умов, що її породжують і сприяють її розвитку.

Доказовий процес як пізнавально-посвідчувальна діяльність у кримінальному провадженні виступає основою для правильного вирішення кожного провадження по суті та вирішення завдань, що поставлені перед українською державою. У теорії кримінального процесуального доказування предмет доказування є одним із важливіших понять, оскільки це питання про те, що підлягає доказуванню у кримінальному судочинстві, тобто питання про сукупність явищ зовнішнього світу, пізнання яких необхідне для досягнення завдань кримінального судочинства. Поряд із поняттям «доказування» теорія вводить інше поняття, яке нерозривно з ним пов'язане і слугує забезпеченню достовірності встановлення обставин, які мають значення для кримінального провадження, – «межі доказування». Правильне визначення поняття меж доказування сприяє встановленню всіх обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Адже помилка у визначенні меж доказування може спричинити безкінечне чи, навпаки, поверхневе встановлення обставин, які підлягають доказуванню. Від правильного визначення предмета та меж доказування залежить забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду. Незважаючи на важливість цих правових категорій для практики кримінального процесу, поняття «предмет доказування» та «межі доказування» не закріплені на законодавчому рівні. У наведеній статті ставиться завдання розглянути проблему розуміння сутності меж доказування під час здійснення кримінального процесуального доказування як питання, що спричиняє постійні дискусії в доктрині кримінального процесу.

Ключові слова: предмет доказування, межі доказування, доказування, кримінальне провадження.

One of the most important tasks of the modern Ukrainian state and society is to ensure the rule of law, eradicate any violations of law, counteract crime and eliminate the causes and conditions that generate it and contribute to its development.

The evidentiary process as cognitive-verification activity in criminal proceedings is the basis for the correct decision of each proceeding in essence and solving the tasks set before the Ukrainian state. In the theory of criminal procedural proof, the subject of proof is one of the most important concepts, as it is a question of what is subject to proof in criminal proceedings, that is the question of a set of phenomena of the outer world, cognition of which is necessary for achieving the goals of criminal proceedings. Along with the concept of proof, theory introduces another concept, which is inextricably linked to it and which serves to ensure the reliability of determining the circumstances relevant to the criminal proceedings – the "limits of proof". Correct definition of the concept of the limits of proof helps to establish all the circumstances to be proved in criminal proceedings. After all, an error in determining the limits of proof can lead to endless or superficial determination of the circumstances to be proved. Ensuring a prompt, complete and impartial investigation and trial depends on the correct definition of the subject matter and the limits of proof. Despite the importance of these legal categories in the practice of criminal proceedings, the concepts of "subject of proof" and "limits of proof" are not enshrined in legislation. Accordingly, this article aims to address the problem of understanding the limits of proof in the exercise of criminal procedural of proof as questions, that is subject to ongoing discussion in the doctrine of criminal procedure.

Key words: proof, proof limits, proof subject, criminal proceedings.

Актуальність теми. Реформа кримінального процесуального законодавства, яка відбувалась у 2012 р. [1] і не припиняється й дотепер, вимагає не тільки осмислення, а й змін у правосвідомості науковців, правозастосовників та суспільства загалом. Новий правовий вимір, який перебуває на стадії формування в нашій країні, вимагає перегляду догматичних уявлень про сутність окремих кримінальних процесуальних інститутів. Насамперед це стосується кримінального процесуального доказування. Детальне дослідження засад правового регулювання даної сфери, визначення особливостей предмета та меж доказування під час судового розгляду дозволить з'ясувати напрями її вдосконалення, що є важливим і актуальним для правової науки.

Аналіз наукових досліджень. Проблеми доказування у кримінальній процесуальній доктрині свого часу досліджували Р.І. Благута, В.В. Вапнярчук, В.А. Глушков, В.С. Гнатенко, М.В. Дєєв, Ю.В. Задорожко, В.С. Зеленецький, І.М. Коз'язов, Я.Ю. Конюшенко, С.В. Курильов, А.М. Ларін, В.Г. Лукашевич, П.А. Лупінська, А.О. Ляш, Г.М. Міньковський, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, О.Є. Омельченко, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, М.І. Станкович, В.І. Фаринник, Ф.Н. Фаткуллін, І.В. Цюприк, М.М. Яковлев. Проте безпосереднім предметом досліджень здебільшого виступали лише окремі питання кримінального процесуального доказування.

Мета дослідження. Метою роботи є дослідження доказування на стадії судового розгляду, а також формулювання пропозицій щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в даній сфері.

Виклад результатів дослідження. Процес доказування у кримінальному провадженні має за кінцеву мету отримання знань, максимально наближених до об'єктивної реальності. Досягнення такого результату стає можливим лише за умови повного та достовірного встановлення всіх обставин для розкриття вчиненого кримінального правопорушення.

На стадії судового розгляду в доктрині кримінального процесу розрізняють низку особливостей доказування як в аспекті предмета доказування, загальних питань доказування (реалізація принципів кримінального процесу, можливий незбіг меж доказування на стадії судового розгляду зі стадією досудового розслідування), збирання доказів (збирання нових доказів поряд із перевіркою вже

наявних), особливості фіксації зібраних доказів, їх перевірки (адже проведення слідчих та судових дій, які є аналогічними за змістом, мають відмінності порядку їх проведення) і оцінки (основна увага приділяється перевірці й оцінці доказів, що зібрані на стадії досудового розслідування, а вирок обґрунтовується лише тими доказами, які розглянуті в судовому засіданні) [2, с. 16].

Зазвичай предмет доказування співвідносять із сукупністю обставин, які підлягають доказуванню. Питання про функціональне призначення обставин загального предмета доказування активно дискутувалось в юридичній літературі. Деякі процесуалісти підтримували позицію, що їхнім призначенням є встановлення тільки відомостей, які вказують на факт учинення злочину конкретною особою (див., наприклад: [3, с. 89, 90]). Незважаючи на наявність, поряд з обтяжуючими обставинами, законодавчо регламентованого обов'язку встановлення пом'якшуючих обставин, позиція науковців не змінювалась. Оскільки вважалось, що пом'якшуючі обставини для винесення обвинувального вироку мають бути об'єктивно досліджені.

Однак, очевидно, що такий підхід односторонній. Для уникнення такого розуміння функціонального призначення обставин предмета доказування законодавець доповнив ст. 91 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України обставинами, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінального провадження, обставинами, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання. Уважаємо, що такі законодавчі нововведення наштовхують на думку, що функціональним призначенням предмета кримінального процесуального доказування є всебічне, повне і неупереджене дослідження обставин кримінального провадження, які спростовують чи підтверджують наявність головного факту.

У процесі аналізу предмета кримінального процесуального доказування варто зупинитись на ще одному важливому питанні – проблемі «головного факту».

Натепер питання виділення та необхідності існування самого поняття «головний факт» є дискусійним. У кримінальній процесуальній літературі висвітлені різноманітні погляди науковців щодо цього. «Прибічники однієї позиції вважають, що всі обставини, що включаються до предмета доказування, по суті, вважаються головними, які рівною мірою підлягають доказуванню» [4, с. 185]. «Поділ же обставин, які підлягають доказуванню, на головний та інші факти не приносить користі ні теорії, ні практиці кримінального судочинства і є зайвим» [5, с. 20]. «Крім того, якщо визнавати «головний факт», то можна припустити, що існують факти й «неголовні», які не потребують ретельного встановлення» [6, с. 20].

Особливо цінною для дослідження даної тематики є думка Ю.К. Орлова, який розуміє зміст головного факту як «факт учинення кримінального правопорушення певною особою» [7, с. 54]. Таку думку підтримав і А.А. Кухта, який із предмета доказування, який він уважав головним фактом, виділяв «центральний факт – учинення особою суспільно небезпечного діяння, який має бути доказаний абсолютно достовірно» [8, с. 204]. Важлива роль головного факту в такому сенсі порівняно з іншими елементами процесу доказування, а також його специфічні особливості полягають у тому, що:

а) усі інші обставини встановлюються тільки щодо головного факту. Отже, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення, обставини, що є підставою для закриття кримінального провадження тощо, встановлюються лише щодо конкретної особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Адже без встановлення головного факту пізнання всіх інших обставин втрачає сенс;

б) у разі невстановлення головного факту кримінальне правопорушення вважатиметься нерозкритим, а завдання кримінального провадження – невиконаними. Невстановлення інших обставин, хоча і знизить ефективність кримінального провадження, однак не виключить цілком його завершення та виконання завдань, які перед ним стоять. Так, особа може бути засуджена за вчинення кримінального правопорушення без доведення обтяжуючих обставин;

в) встановлення головного факту в негативній формі означає, що відпадає потреба пізнання всіх інших елементів предмета доказування [7, с. 54, 55].

Варто зазначити, що поняття головного факту регламентовано п. п. 1, 2 ч. 1 ст. 91 КПК України.

Отже, уважаємо, що «головний факт – це та частина предмета доказування, яка надає останньому справжнього змагального характеру». Таке виокремлення дозволяє висловити пропозицію про необхідність нормативного регулювання висловлення сторонами на початку судового процесу власного головного тезису доказування, що відображатиме змагальність судового розгляду.

Окремо варто зупинитися на тому, що предмет доказування складається як з матеріально-правових фактів (обставин), так і з фактів, що мають процесуальне значення. Наприклад, результатом невстановлення або ігнорування фактів процесуального характеру, що вказують на існування підстав для зупинення чи закриття кримінального провадження, залишення апеляційної чи касаційної скарги без руху або їх повернення тощо, є ухвалення рішення, що не відповідає вимогам кримінального процесуального законодавства. У такому разі кінцева мета доказування не буде досягнута, адже судом не встановлено факти, що мають значення для кримінального провадження. До фактів, які мають процесуальне значення, також можна віднести такі: поважність причини відсутності особи, яка не з'явилася за викликом суду; відсутність обставин, що виключають участь у кримінальному провадженні певного суб'єкта кримінального провадження тощо.

Необхідно також відзначити, що предмет доказування, передбачений ст. 91 КПК України, під час судового розгляду може мати певну специфіку. Так, якщо судовий розгляд здійснюється в загальному порядку, то суд має встановити всі обставини, визначені у ст. 91 КПК України, та перевірити й оцінити всі докази стосовно них. Водночас межі доказування визначаються предметом доказування й обмежуються нормативними положеннями щодо меж судового розгляду, який проводиться лише стосовно особи, якій висунуто обвинувачення, і в межах відповідно до обвинувального акта, крім випадків, що передбачені ч. 2 та ч. 3 ст. 337 КПК України.

Під час застосування судом процедури «скороченого судового розгляду» межі доказування трансформуються. Згідно із ч. 3 ст. 349 КПК України встановлено, що «суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому разі вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку» [9].

Щоб всебічно та повно розкрити поняття «межі доказування», зупинимося на двох його окремих аспектах: сутності поняття «межі доказування» та критеріях визначення моменту досягнення необхідних меж доказування.

У контексті першого аспекту сутність даного поняття варто визначати як границі доказової діяльності, що забезпечують певний обсяг знань суб'єкта доказування про обставини кримінального правопорушення, щодо якого здійснюється кримінальне провадження, і який є достатнім для закінчення кримінального процесуального доказування або для ухвалення певного процесуального рішення

чи здійснення певної процесуальної дії. Тут ідеться не про границі того, що підлягає доказуванню, а про межі тієї діяльності, яка утворює зміст процесу доказування.

Щодо другого аспекту меж доказування, встановлення моменту досягнення вищезазначених границь доказової діяльності, можна використовувати різні критерії, серед яких можуть бути окремі підходи науковців до розуміння меж доказування.

Зокрема, це:

– кількісний показник доказової діяльності: для висновку про дослідження всіх обставин предмета доказування достатня певна сукупність доказів. Цей показник не має цифрового значення, адже він визначається через термін «сукупність доказів». А це означає, що жоден окремий доказ (наприклад, показання про визнання особою своєї винуватості) не є достатнім для висновку про доведеність тієї чи іншої обставини, бо достатньою може бути лише їх сукупність;

– кількісний характер доказування: дослідження всіх можливих версій; проведення необхідних слідчих (розшукових) і судових дій, однак тут акцент робиться на шляхах, які до них ведуть до отримання доказу;

– якісний показник: ступінь точності знань про обставини, що підлягають доказуванню, їхня достовірність або ймовірність. Такі знання повинні перебувати у взаємозв'язку й давати можливість для формулювання однозначних висновків, а не суперечити одне одному. Доки є суперечливі знання про наявні обставини, висновок про їх доведеність є сумнівним, а це означає, що необхідних меж доказування не досягнено [10, с. 101].

Отже, можна вважати, що «межі доказування» – поняття суб'єктивне, адже їх визначення залежить від певного суб'єкта доказування й обставин, які треба встановити на тому чи іншому етапі кримінального провадження. Однак належне розуміння сутності меж доказування та моменту їх досягнення є досить важливим для доказової діяльності суб'єктів доказування.

Дослідження меж доказування є справді важливим, адже суб'єкти мають розуміти їх правильне визначення. У разі безпідставного звуження цих меж у кримінальному провадженні деякі обставини предмета доказування будуть недостатньо досліджені. А і разі безпідставного розширення відповідних меж матиме місце невиправдана надмірність доказової інформації.

Необхідно також розглянути питання співвідношення меж на таких стадіях, як досудове розслідування й судовий розгляд. На думку О.П. Литвин, «розширення меж доказування, які досягнуті при розслідуванні, – закономірна й необхідна умова судового розгляду» [11, с. 9, 10]. Однак більшість науковців уважають, що закон вимагає повного, об'єктивного і всебічного дослідження всіх обставин кримінального провадження. Оскільки предмет доказування збігається на обох вказаних стадіях, то й межі доказування не повинні відрізнятись як на досудовому розслідуванні, так і на стадії судового розгляду. Проте через пошуковий характер процесуальної діяльності на вказаних стадіях та відсутність чіткого визначення меж доказування ці межі можуть і не збігатися. Вони можуть бути ширшими на стадії досудового розслідування, ніж у судовому розгляді, і навпаки.

На нашу думку, саме такий підхід є виправданим. Оскільки судовий розгляд здійснюється відповідно до таких засад кримінального провадження, як: змагальність (ст. 22 КПК України), безпосередність дослідження доказів (ст. 23 КПК України), гласність і відкритість (ст. 27 КПК України), а також за участю заінтересованих у результатах кримінального провадження осіб, можна говорити про високий рівень доказування. Уважаємо, що це не дає підстав робити висновок про ширші межі доказування на цій стадії, адже вони можуть і не змінюватись. Така незмінність меж доказування під час судового розгляду означає, що досудове розслідування є якісним, якщо ж мають місце відповідні зміни, то це свідчить про зворотне.

Висновки. Під час судового розгляду метою доказування у кримінальному провадженні можна визначити встановлення фактичних обставин кримінального провадження в обсязі, що є необхідним для правильного застосування норм матеріального та процесуального права для постановлення неупередженого та справедливого судового рішення. Характер відомостей щодо вчиненого кримінального правопорушення є об'єктивним та може змінюватись залежно від обставин кримінального правопорушення (що впливає на можливість його розкриття та викриття особи, що його вчинила), юридичних особливостей кримінального провадження (дотримання норм кримінального процесуального законодавства під час збирання та перевірки доказів тощо).

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: http://zaKon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 11.08.2020).

2. Литвин О.В. Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 214 с.

3. Криміналістика : навчальний посібник / О.О. Волобуєва та ін. ; за ред. А.Ф. Волобуєва. Київ : КНТ ; Самміт-Книга, 2011. 504 с.

4. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право. Курс лекцій : навчальний посібник. 2-ге вид. змін. і доп. Київ : Істина, 2008. 488 с.

5. Стахівський С.М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування : монографія. Нац. акад. внутрішн. справ. Київ, 2005. 272 с.

6. Бабанли Р.Ш., Сіроткіна М.В. Доведеність вини поза розумним сумнівом у кримінальному процесі України: особливості розуміння та правозастосування. *Адвокат.* 2013. № 10. С. 19–21.

7. Погорецький М.А., Ленко М.О., Сергєєва Д.Б. Процесуальні та криміналістичні засади початкового етапу розслідування терористичних актів, вчинених з використанням саморобного вибухового пристрою : монографія. Київ : Алерта, 2014. 300 с.

8. Лобойко Л.М., Банчук О.А. Кримінальний процес : навчальний посібник. Київ : Ваіте, 2014. 280 с.

9. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 11.11.2020).

10. Вапнярчук В.В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Харків : Юрайт, 2017. 408 с.

11. Кримінальне процесуальне право України : навчальний посібник / Р.І. Благута та ін. ; за заг. ред. А.Я. Хитри, Р.М. Шехавцова. Львів : ЛьвДУВС, 2017. 774 с.

УДК 343.14053.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/109

ДОПИТ НЕПОВНОЛІТНЬОЇ ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ЙОГО ОСОБЛИВОСТІ

THE INTERROGATION OF A MINOR IN A CRIMINAL PROCEEDING AND ITS SPECIFICITIES

Осипенко І.П., старший викладач кафедри кримінального права та правосуддя
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Калітник О.О., студентка IV курсу юридичного факультету
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Найважливішими та найправдивішими індикаторами розвитку суспільства та країни загалом є стан злочинності неповнолітніх, тенденція її розвитку, наявність системи протидії даній категорії злочинів, тому дотримання прав та законних інтересів дитини залишається нагальною проблемою сьогодення, не є винятком і забезпечення прав та свобод дитини у сфері кримінального судочинства.

Незважаючи на те, що під час складання чинного кримінально процесуального законодавства України були враховані міжнародні стандарти, а саме Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, які стосуються провадження правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), ухвалені Резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй № 40/33 від 10 грудня 1985 року, Конвенція про права дитини 1990 року, зростання кількості кримінальних проваджень за участю неповнолітніх осіб не припинилось.

Як наслідок, велика кількість неповнолітніх проходить через таку важливу процесуальну дію, як допит. Допит неповнолітніх має специфічний характер. Окрім обов'язкового дотримання законодавства та принципів права, під час допиту неповнолітнього слідчий або прокурор повинен враховувати низку психологічних чинників та прийомів, які в майбутньому можуть впливати на кількість отриманої інформації, подальше вирішення справи та бажання допитуваного до діалогу.

Мета допиту полягає в отриманні інформації, правдивих показань про події та факти, що мають значення для встановлення істини у кримінальному провадженні. Допит – це найпоширеніший спосіб отримання доказів, здебільшого саме допит є основним джерелом інформації. Показання свідків та інших учасників процесу часто становлять основу висновку про винність тих чи інших осіб, тому важливість дотримання процесуальної форми допиту є очевидною. Проте судовій практиці відомі випадки, коли слідчі й інші службові особи нехтували правилами допиту, не усвідомлювали рівня важливості та припускались помилок, які в подальшому мали негативні наслідки для розслідування.

Ключові слова: допит, неповнолітні, докази, показання, інформація, психологія людини, тривалість допиту, криміналістичні рекомендації, досудове розслідування, кримінальне правопорушення.

The most important and true indicators of the development of society and the country are: the state of juvenile delinquency, the tendency of their development, the existence of a system to combat this category of crimes, so the respect for the rights and legitimate interests of the childcriminal proceedings.

Despite the fact that the drafting of the current criminal procedure legislation of Ukraine took into account international standards, namely the UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("Beijing Rules"), adopted by UN General Assembly Resolution 40/33 of 10.12.1985, the Convention on the Rights of the Child 1990, the increase in the number of criminal proceedings involving minors has not stopped.

As a result, a large number of juveniles undergo such a necessary procedural action as interrogation. The interrogation of minors is special and special action. In addition to the mandatory adoption of legislation and principles of law, the interrogation of a juvenile investigator or prosecutor should teach a number of psychological factors and techniques that may in the future affect the amount of information received, further resolution of issues and the respondent's desire for dialogue.

The purpose of the interrogation can be obtained in obtaining information, true indicators of divisions and facts that are important for establishing the truth in criminal proceedings. Interrogation is the most common way to obtain indicators, in most cases interrogation is the main source of information. The presentation of testimony and other participants in the process often form the basis of the conclusion about the guilt of those who are other persons, so the importance of obtaining a procedural form of interrogation is obvious. However, the jurisprudence is aware of cases where investigators and other officials require interrogation rules without reporting the level of significance and the assumption of errors, which in the future had negative consequences for the investigation.

Key words: interrogation, juvenile, evidence, testimony, information, human psychology, lenght of interrogation, criminal recommendation, pre-trial investigation, criminal offences.

Важливим етапом кримінального провадження є момент збирання доказової інформації, тому саме допит являє собою окрему слідчу (розшукову) дію, яка безпосередньо вливає на розгляд справи. Без проведення допиту не відбувається майже жодного судового слідства, зазвичай підготовка до проведення допиту та сам допит займають приблизно 80% від усього робочого часу слідчих, який вони зазвичай витрачають на проведення слідчих дій, тому очевидно, що організація та проведення допиту потребують ґрунтовних знань.

Найпоширенішою дефініцією поняття «допит» є визначення В.Ю Шепітько, який уважав, що допит можна визначити як процесуальну дію, що являє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування осіб, які беруть у ньому участь, та спрямована на отримання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини у кримінальному провадженні [3, с. 256]. Оскільки проблема визначення поняття допиту є не новою, у науковців-юристів є багато формулювань даної процесуальної дії. Наприклад, Р.С. Бєлкін визначав допит як процесуальну дію, що полягає в отриманні показань (інформації) про подію, яка стала предметом кримінального судочинства, осіб, які проходять у справі, причини й умови, що сприяли вчиненню й приховуванню злочину [4, с. 63]. М.І. Порубов визначає допит як серію логічно пов'язаних один з одним запитань, що ставляться слідчим у певній послідовності: хронологічній, логічній, тактичній, зворотній, психологічній [5, с. 70].

Окрім цих формулювань, у науковому просторі існують й інші думки, проте в результаті аналізу стає зрозумілим, що вони не суперечать одна одній, а навпаки,

розкривають окремі аспекти більш детально. Спільним та беззаперечним фактом є те, що допит – це насамперед спілкування, яке ґрунтується на певних психологічних і тактичних знаннях. Саме тому обов'язково ще до початку допиту слідчий чи прокурор повинні підготуватися. Підготовка до допиту проходить такі етапи: збирання вихідних даних, тактичне забезпечення допиту, вибір моменту і місця допиту, визначення способу виклику на допит, технічне забезпечення допиту.

Проте, окрім цих нюансів, які і так потребують ретельного розрахунку, під час допиту неповнолітньої особи слідчий повинен ураховувати низку інших психологічних чинників. Допит неповнолітніх уважається одним із найскладніших видів допиту, адже саме він охоплює собою процесуальний, тактичний, організаційний, психологічний, педагогічний та етичний аспекти. Під час досудового розслідування слідчий або прокурор можуть стикатися з неповнолітнім у різних статусах, це може бути як неповнолітній підозрюваний, так і неповнолітній свідок або ж неповнолітній потерпілий. Тому кожний окремий випадок потребує детального вивчення.

Насамперед важливим є визначення неповнолітньої особи. Відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, неповнолітньою є малолітня особа (дитина до досягнення нею чотирнадцяти років), а також дитина віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [6]. Зокрема, допиту малолітніх або неповнолітніх учасників кримінального провадження присвячено такі статті КПК, як ст. 226, що має назву «Особливості допиту малолітньої або неповнолітньої особи»; ст. 227 «Участь законного представника, педагога, психолога або лікаря у слідчих (розшукових) діях за участю малолітньої або неповнолітньої особи», а також ст. 490 «Допит неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого», ст. 491 «Участь законного представника, педагога, психолога або лікаря в допиті неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого».

Від того, наскільки повно та всебічно слідчий або прокурор вивчить особу допитуваного, особливості його психіки, залежить успіх й результативність допиту, тому підготовка до допиту, як уже зазначалось вище, повинна бути ґрунтовною та всебічною.

Слідчий обов'язково повинен з'ясувати такі відомості відповідно до ст. 487 КПК України: 1) вік неповнолітнього (число, місяць, рік народження), стан здоров'я та рівень розвитку, інші соціально-психологічні риси особи, які необхідно враховувати під час індивідуалізації відповідальності чи обранні заходу виховного характеру. За наявності даних про розумову відсталість останнього, не пов'язану із психічною хворобою, має бути також з'ясовано, чи міг він цілком усвідомлювати значення своїх дій, якою мірою міг керувати ними, адже саме від цієї обставини залежить визначення ступеня вини допитуваного; 2) ставлення неповнолітнього до вчиненого ним діяння; 3) умови життя та виховання неповнолітнього; 4) наявність дорослих підбурювачів та інших співучасників злочину [6].

Окрім цього, у ст. 487 КПК України визначені додаткові обставини, що підлягають встановленню, а саме: 1) склад сім'ї неповнолітнього, обстановка в ній, взаємини між дорослими членами сім'ї та дорослими і дітьми, ставлення батьків до виховання неповнолітнього, форми контролю за його поведінкою, морально-побутові умови сім'ї; 2) обстановка у школі, іншому навчальному закладі або на виробництві, його ставлення до навчання чи роботи, взаємини з вихователями, учителями, однолітками, характер і ефективність виховних заходів, які раніше застосовувалися до нього; 3) зв'язки і поведінка неповнолітнього поза домом, навчальним закладом та роботою [6].

Саме після з'ясування цих обставин можна об'єктивно говорити про повноту проведення розслідування злочину, така процесуальна деталізація обставин є індикатором гарантії дотримання й забезпечення прав та свобод неповнолітньої особи. Тактика проведення допиту цієї категорії осіб зумовлюється віковими особливостями її психіки, що впливають на характер сприйняття, запам'ятовування та відтворення допитуваними обставин кримінальної справи.

Отже, відштовхуючись від даної ситуації та дотримуючись норм законодавства, слідчим вдається врахувати та використати в допиті низку чинників, серед яких: макро- і мікросередовище, у якому живе і виховується конкретна неповнолітня особа, загальний рівень її розвитку, що прямо залежить від конкретного життєвого осередка, поведінка, потреби, інтереси, схильності, недостатність життєвого досвіду, особливості логіки мислення тощо [7, с. 34–35].

Окрім цих чинників, у ст. 226 КПК України передбачено й інші відмінні від звичайного допиту фактори. По-перше, час допиту неповнолітньої особи, зокрема неповнолітнього підозрюваного, обмежується, тобто слідчий не має права продовжувати цю процесуальну дію понад одну годину без перерви, а загальна тривалість допиту не може перевищувати двох годин на день, тоді як звичайний допит не може продовжуватися без перерви понад дві години, а загалом – понад вісім годин на день [6]. Такі обмеження сприяють захисту допитуваного неповнолітнього від можливість підписання незаконно складених протоколів, які можуть бути складені та використані проти дитини, з огляду на її перевтому та рівень уваги. Проте в науковому полі існують думки, що критикують дане обмеження, нібито двогодинний допит може впливати на повноту отриманої інформації і в подальшому на об'єктивність розслідуваної справи.

Ми вважаємо, що неможливо розробити єдиний універсальний підхід до такої складної умови, адже кожна справа є унікальною, кожна неповнолітня особа по-різному реагує на критичні ситуації, проте обмеження допиту до двох годин усе ж таки краще, ніж надання слідчому чи прокурору дискреційних повноважень, адже в такому разі, імовірно, будуть наявні зловживання. Можливим шляхом усунення даної проблеми може бути диференціація неповнолітніх за віком, за якої саме від віку особи буде залежати тривалість допиту, проте дане питання потребує детального вивчення та залучення не тільки експертів із права, а й лікарів та психологів.

Наступна особливість допиту неповнолітнього передбачена в ч. 1 ст. 226, а саме те, що допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності – лікаря. Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 52 та ч. 1 ст. 490 КПК України, обов'язковою є участь захисника в допиті неповнолітньої особи віком до 18 років, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину. Захисник залучається у кримінальне провадження з моменту встановлення факту неповноліття або виникнення будь-яких сумнівів у тому, що особа є повнолітньою [6].

Залучення та необхідність присутності лікаря визначаються слідчим з урахуванням розвитку малолітнього, його захворюваності або особливих потреб медичного характеру. У результаті проведеного аналізу криміналістичних рекомендацій та процесуальної практики стає зрозуміло, що присутність батьків має сенс лиш тоді, коли батьки не є приховувачами злочину, не притягуються самі до відповідальності та не можуть негативно вплинути на малолітню або неповнолітню особу, її свідчення та її емоційний стан.

Дана норма дає слідчому значні повноваження, адже питання вибору присутності психолога чи педагога належить вирішувати зазвичай саме слідчому. Відповідно до ч. 2 ст. 227 КПК України, педагог або психолог мають право з дозволу слідчого ставити запитання неповно-

літньому, а після закінчення допиту ознайомлюватися із протоколом і викладати зауваження про правильність і повноту записів у ньому. Ми вважаємо, що така можливість сприяє покращенню емоційного стану допитуваного, звичайно, за умови налагодженого контакту між допитуваним та педагогом або психологом.

Для мінімізації (або унеможливлення) негативного впливу на неповнолітнього слідчому доцільно завчасно обговорювати з особами, які беруть участь у допиті, загальний тактичний план, роль і ступінь їхньої участі в допиті неповнолітнього, зокрема й неприпустимість постановки навідних питань, повчальної інтонації, роздратування тощо [8, с. 156].

Окрім цього, зважаючи на міжнародні стандарти, як-от Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються провадження правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила»), ухвалені Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН № 40/33 від 10 грудня 1985 р. [1], у ч. 3 ст. 227 КПК України прямо передбачена можливість слідчого, прокурора за клопотанням малолітнього або неповнолітнього чи із власної ініціативи обмежити участь законного представника у виконанні окремих слідчих (розшукових) дій або усунути його від участі у кримінальному провадженні та залучити замість нього іншого законного представника у виняткових випадках, коли його участь може завдати шкоди інтересам малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого [6].

Отже, ми вважаємо, що проблема забезпечення прав та свобод неповнолітніх полягає не тільки в законодавчому закріплені, а й у виконанні слідчими та прокурорами всіх процесуальних обов'язків та інструкцій. Водночас важливим є встановлення психологічного контакту, створення невимушеної обстановки допиту, формулювання зрозумілих і чітких конкретних запитань, вибір способів фіксації показань. Окрім цього, у разі допиту неповнолітнього як підозрюваного перед слідчим постає завданням виховання неповнолітнього злочинця на добропорядного громадянина своєї держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мінімальні стандартні правила Організації Об'єднаних Націй, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») ООН від 29 листопада 1985 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_211#Text (дата звернення: 23.11.2020).
2. Конвенція про права дитини ООН від 20 листопада 1989 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 23.11.2020).
3. Шепітько В.Ю. Допит потерпілого : тактико-психологічний підхід. *Питання боротьби зі злочинністю.* 2008. Вип. 15. С. 256–265.
4. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. Москва : БЕК, 1997. 342 с.
5. Порубов Н.И. Тактика допроса на предварительном следствии. Москва : БЕК, 1998. 208 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19 (дата звернення: 23.11.2020).
7. Каневский Л.Л. Криминалистика : экстерн-пособие. Уфа : Восточный университет, 1998. 158 с.
8. Романюк В.В. Деякі особливості допиту неповнолітнього, підозрюваного у кримінальному провадженні. *Право і безпека.* 2016. № 4 (63). С. 81–85.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/110

ПИТАННЯ, ЩО ВИРІШУЮТЬСЯ У ХОДІ ПРОВЕДЕННЯ ТРАСОЛОГІЧНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

ISSUES WHICH ARE COVERED IN THE COURSE OF THE TRASSOLOGICAL EXAMINATION

Осипенко І.П., старший викладач кафедри кримінального права та правосуддя
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Лось А.Ю., студентка IV курсу юридичного факультету
Національний університет «Чернігівська політехніка»

У статті досліджується безпосередньо трасологічна експертиза як теоретична категорія та водночас практична парадигма, що являє собою ідентифікацію або визначення родової (групової) належності індивідуально визначених об'єктів за матеріально фіксованими слідами – відображеннями їх слідоутворювальних поверхонь. З'ясовуються питання, що можуть ставитись перед трасологічною експертизою, зокрема такі, як наявність чи відсутність на предметах обстановки місця події слідів взаємодії з іншими предметами, придатність цих слідів для ідентифікації тощо.

Особлива увага звертається на сліди рук людини, адже саме вони здебільшого виявляються на місці вчинення кримінального правопорушення та можуть стати вирішальним доказом у кримінальному провадженні.

Розглядаються основні завдання, що вирішуються трасологічною експертизою та мають значення для розслідування кримінальних правопорушень.

Висувається думка про те, що трасологічна експертиза покликана встановити факт здійснення правопорушень. А використання встановлених фактів у процесі дослідження становить безпосередньо сутність доказування.

Актуальність теми дослідження зумовлена тим, що вчинення практично всіх кримінальних правопорушень супроводжується утворенням різного роду інформації про сліди. Так, сліди людини, знарядь, механізмів, транспортних засобів, тварин, речова обстановка місця події в натурі або зафіксована на фотознімках і у протоколах огляду і є джерелом інформації, необхідної для вирішення експертних завдань трасологічної експертизи.

У результаті дослідження автори доходять висновку, що трасологія – розділ криміналістики, предметом вивчення якого є теоретичні основи утворення слідів, закономірності виникнення слідів, що мають бути розглянуті у процесі розслідування, механізм їх утворення, методи й засоби їх виявлення, фіксації, вилучення та дослідження з метою встановлення обставин, що мають значення для розкриття, розслідування кримінальних правопорушень, запобігання таким.

Ключові слова: криміналістична техніка, трасологія, трасологічна експертиза, сліди рук, ідентифікація, кримінальне правопорушення.

The article examines the trasological examination as a theoretical category and at the same time a practical paradigm, which is the identification or determination of the generic (group) affiliation of individually identified objects on the materially fixed traces-reflections of their trace-forming surfaces. Issues that may be posed by trasological examination are found out, in particular, such as the presence or absence of traces of interaction with other objects on the items of the scene, suitability of these traces for identification, etc.

Special attention is paid to the handprints because they are mostly found at the scene of a criminal offense and can be decisive evidence in criminal proceedings.

Tasks which are solved by trasological examination are covered in this article. To be exact, they're important for the investigation of crimes.

It is suggested that the trasological examination is designed to establish the fact of committing criminal offenses. So, in turn, the use of established facts is the essence of proof in the study.

The relevance of the research topic is due to the fact that the commission of almost all criminal offenses is accompanied by the formation of various kinds of information about the traces. Thus, traces of people, tools, mechanisms, vehicles, animals, the material situation at the scene in kind or recorded in photographs and inspection reports and are a source of information needed to solve expert problems of trasological examination.

As a result of the study, the authors conclude that trasology – a branch of forensic science, the subject of which is the theoretical basis for the formation of traces, patterns of traces to be considered in the investigation, the mechanism of their formation, methods and means of detection, fixation, removal and study to establish circumstances relevant to detection, investigation and prevention of criminal offenses.

Key words: forensic techniques, trace evidence, trasological examination, handprints, identification, criminal offence.

Трасологічна експертиза згідно з положеннями законодавства, зокрема Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, Науково-методичних рекомендацій із питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень [1], становить один з основних підвидів криміналістичних експертиз.

Під час розгляду трасології як наукової, теоретичної категорії варто вказати на те, що вона становить галузь такої частини системи криміналістики, як криміналістична техніка, і вивчає закономірності і механізм виникнення різних видів слідів, а також розробляє засоби їх збирання, дослідження з метою розкриття, розслідування і попередження кримінальних правопорушень.

До завдань трасології можна віднести:

– вивчення різноманітних видів слідів та їхніх типових властивостей, які можуть мати значення для ідентифікації об'єктів;

– вивчення умов та механізму утворення слідів, які дають змогу встановити обставини події кримінального правопорушення;

– вивчення наявних проблемних аспектів у досліджуваній галузі, а також розроблення нових засобів і методів виявлення, фіксації, вилучення та дослідження слідів тощо [2, с. 36].

Трасологічна експертиза як практична парадигма являє собою ідентифікацію або визначення родової (групової) належності індивідуально визначених об'єктів за матеріально фіксованими слідами – відображеннями їх

слідоутворювальних поверхонь; діагностику об'єктів; ситуалогічні завдання [1].

Законодавцем можуть ставитись такі завдання перед трасологічною експертизою, як визначення наявності чи відсутності на предметах обстановки місця події слідів взаємодії з іншими предметами, придатності цих слідів для ідентифікації або щодо наявності в цих слідах ознак, що орієнтують на пошук зазначених об'єктів.

Завдяки проведенню трасологічної експертизи та безпосередньо вирішенню поставлених перед нею завдань можна встановити чимало вкрай необхідних фактів, що мають значення для розслідування кримінальних правопорушень, а саме тотожність об'єкта, яким утворений слід або кілька слідів на одному або кількох місцях подій; деякі ознаки об'єкта, який утворив слід; окремі обставини події, що відбулася; механізм та умови виникнення слідів загалом тощо.

Як відомо, учинення практично всіх кримінальних правопорушень супроводжується утворенням різного роду інформації про сліди. Так, сліди людини, знарядь, механізмів, транспортних засобів, тварин, речова обстановка місця події в натурі або зафіксована на фотознімках і у протоколах огляду і є джерелом інформації, необхідної для вирішення експертних завдань трасологічної експертизи.

Зазвичай розрізняють чотири основні групи слідів-відображень за ознакою залежності від об'єктів, що їх залишають: сліди людини; сліди тварин; сліди транспортних засобів; сліди знарядь, інструментів, виробничих механізмів.

На нашу думку, особливо важливі для криміналістичної ідентифікації сліди рук людини, адже саме вони здебільшого виявляються на місці вчинення кримінального правопорушення. Зокрема, механізм утворення таких слідів, що зумовлює техніку їх виявлення, може стати визначальним у розслідуванні кримінального діяння.

Варто зауважити, що загалом ідеї використання знань про знаки долоней рук людини неодноразово розвивалися дослідниками протягом багатьох століть. Дослідженню піддавалися теоретичні, методологічні та методичні ресурси з метою встановлення взаємозв'язку анатомічних особливостей будови шкіряних покривів (передусім на долонях людини, ліктях, ногах, голові) з індивідуальними ознаками та психологічними властивостями особи, зокрема особи злочинця [3, с. 55].

Так, з'ясовано, що сліди, виявлені під час огляду місця події, несуть значний обсяг інформації про подію кримінального правопорушення, механізм і особу злочинця. Однак здебільшого ця інформація має латентний (прихований) характер і вимагає дослідження цих слідів для їх оцінки.

Натепер є багато різноманітних засобів та методів виявлення латентних слідів рук. Наприклад, тільки дактилоскопічних порошків налічується більше сотні [4, с. 295].

Так, сліди рук, яким властиві ознаки індивідуальності, незмінності, дозволяють успішно ідентифікувати людину за відображенням папілярних ліній. Це якість вигідно відрізняє їх від більшості інших видів слідів, за якими можна впізнати не самого злочинця, а предмети, що ним використовувались (взуття, одяг, рукавички, знаряддя злому, зброя тощо), або ж встановити лише групову приналежність (сліди крові, слина, волосся тощо) [5, с. 14].

Основне завдання спеціаліста-криміналіста під час виявлення слідів рук на місці вчинення злочину полягає у виборі методів із метою більш якісного й інформативного їх виявлення, фіксації та вилучення. Як свідчать експертна практика та статистичні дані, більш ніж 20% слідів рук, які вилучаються під час огляду місця події, у процесі подальшого проведення експертиз і досліджень визнаються непридатними. У багатьох інших випадках через низьку якість вилучених слідів у подальшому ускладнюється ідентифікація особи [6, с. 4].

Окрім цього, щоб сліди рук могли бути використані у процесі оперативно-розшукової діяльності, а також у доведенні, вони повинні бути виявлені, зафіксовані і вилучені з дотриманням кримінально-процесуальних норм.

Криміналістичною наукою розроблений цілий комплекс засобів і методів виявлення слідів папілярних візерунків, заснованих на обліку закономірностей їх виникнення та виявлення. Для виявлення слідів рук використовуються як візуальні спостереження, так і засоби і методи спеціального впливу (фізичні та хімічні). Фіксація і вилучення слідів рук передбачають, з одного боку, використання техніко-криміналістичних засобів і методів, що гарантують збереження ознак, які мають істотне ідентифікаційне значення під час вилучення об'єкта, його залучення і збереження як доказ, а з іншого – дотримання процесуальних норм, що забезпечують доказову роль вилучених об'єктів у кримінальній справі [5, с. 15].

Тож, у процесі дослідження виявлених слідів експерт має змогу надати безліч украй важливої інформації – про вік, зріст, вагу, стать, фізичні вади та професійні навички особи, яка його залишила, навіть більше, про національність злочинця чи потерпілого. Окрім цього, сліди рук мають значення і як об'єкти для подальшого біологічного дослідження, що дозволяє отримати додаткову інформацію про злочинця.

Крім того, об'єктами трасологічного дослідження є:

а) частини монолітного об'єкта, розділеного механічним шляхом, або ж групи об'єктів;

б) ручні шви, недокурки, вузли, вироби, що відображають рухові можливості та навички особи;

в) замки, механізми й інші вироби, коли ставиться за мету встановлення їхніх властивостей. Дана класифікація ґрунтується на основі представлених законодавцем видів та підвидів трасологічних експертиз, а також об'єктів, що досліджуються під час їх проведення [7, с. 93].

Необхідно зазначити, що, як і в багатьох інших криміналістичних дослідженнях, у трасологічному вирішуються такі завдання, як ідентифікаційні, класифікаційні і діагностичні.

До перших відносять ототожнення об'єкта за залишеними ним слідами, встановлення групової належності, зокрема й загального джерела походження. Класифікаційні вирішують здебільшого завдання стосовно об'єктів масового виробництва. Під час вирішення діагностичних трасологічних завдань визначають передусім механізм утворення слідів, умови і динаміку їх виникнення. Вирішення завдань обох категорій має на меті дослідження механізму здійснення кримінального правопорушення загалом або на конкретних його етапах [8, с. 26–27].

Поняття «механізм злочину» охоплює також такі категорії, як об'єкти, предмети, що були задіяні під час скоєння злочину, методи та способи їх застосування. У деяких ситуаціях доводиться мати справу з відображенням окремих слідів у навколишній матеріальній обстановці. Обґрунтувати правомірність і можливість пізнання минулої події за її відбиттям на предметах навколишнього оточення дозволяє теорія відображення. Відповідно до цієї теорії, подія злочину, як усяке явище об'єктивної дійсності, розглядається загалом як відбивана система. Ця система є досить складною і містить сукупність різних елементів. Такими елементами є: особа, що діє; об'єкти, властивості й ознаки цих об'єктів; явища, що мали місце під час здійснення кримінального правопорушення; взаємозв'язок, що існує між цими елементами. Системою, яка відображає, є об'єкти матеріального світу, які зафіксували результати дій, пов'язаних із подією кримінального правопорушення. Це й обстановка місця події, об'єкти, які застосовувались тощо [9, с. 50].

Роль трасологічної експертизи в такому пізнанні полягає в дослідженні слідів зазначених категорій. Водночас надання допомоги слідству й суду в розкритті способу здійснення кримінального правопорушення і доведенні причетності конкретної особи до скоєного визнається основним призначенням трасологічних досліджень.

Під час вирішення ідентифікаційних трасологічних завдань людина може бути ототожнена за так званими фізіологічними слідами: рук, ніг, зубів, губ тощо. Водночас суб'єктами ототожнення можуть виступати як злочинець, що залишив сліди на місці події, здебільшого на предметах навколишнього оточення, так і потерпілий.

Ідентифікація може бути здійснена за слідами взуття, одягу. На практиці зі слідами одягу доводиться мати справу в разі дорожньо-транспортних пригод, коли під час наїзду на пішохода на лакофарбовому покритті автомобіля можуть утворюватися відбитки одягу потерпілого. Істотне значення у процесі пізнання й доведення події злочину має речова інформація про використані предмети. За допомогою слідів зламу встановлюють, яким знаряддям зроблений злам. Завдяки виявленим слідам транспортного засобу встановлюють його вид, модель тощо [10, с. 7–20].

Ототожнення слідами може здійснюватися у два етапи. На першому встановлюють групову приналежність об'єкта, що залишив слід. Такі дані використовують для розшуку предмета. Одержання оперативної інформації пов'язане з вирішенням діагностичних трасологічних завдань на другому етапі ототожнення, під час якого встановлюють, як, у яких умовах, яким чином взаємодіяли об'єкти: наприклад, у якому напрямку рухався транспортний засіб; яким способом зламаний замок тощо.

Діагностичні трасологічні дослідження дозволяють встановлювати причинно-наслідковий зв'язок між подією і її результатом; вивчати й аналізувати групи слідів, що виникли в певній ситуації, і на підґрунті встановлених обставин простежити динаміку події, яка сталася.

Ідентифікаційні та діагностичні завдання вирішуються здебільшого в сукупності. Встановлення за слідами об'єкта і механізму утворення має велике криміналістичне значення. Вирішення цих питань допомагає встановити знаряддя злочину, дозволяє одержати відомості про суб'єкта кримінального правопорушення, про спосіб учинення злочину, про предмет злочинного посягання [10, с. 7–20].

Надзвичайно важливий той факт, що обставини, які встановлюються або пояснюються за допомогою трасологічного дослідження, мають доказове значення і використовуються у процесі доказування. Головне завдання полягає в тому, щоб довести наявність зв'язку між виявленими слідами і злочинними діями конкретної особи-злочинця.

Трасологічна експертиза покликана встановити виключно факт здійснених у минулому певних діянь, як-от: обставина контактування знаряддя вчинення кримінального правопорушення з поверхнями, на яких залишилися сліди; факт порушення цілісності замка, зіткнення транспортних засобів тощо. Використання встановлених експертом фактів у процесі дослідження становить безпосередньо сутність доказування, під час якого і встановлюється зв'язок між утворенням слідів і злочинним діянням конкретного суб'єкта. Так, завдяки встановленню конкретних обставин кримінального правопорушення експертом вони слугують якнайшвидшому його розкриттю.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5. Дата оновлення: 13.03.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text (дата звернення: 29.10.2020).
2. Плетенець В. Криміналістика : конспект лекцій. Дніпро : Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2018. 173 с.
3. Калюга К. Нетрадиційність криміналістичного методу діагностики ознак і властивостей людини. *Підприємництво, господарство і право.* 2015. № 7. С. 53–56.
4. Рогатюк І. Напрями вдосконалення використання дактилоскопічної інформації в діяльності органів досудового розслідування та прокуратури. *Часопис Київського університету права.* 2014. № 1. С. 292–296.
5. Разумов Э., Молибога Н. Осмотр места происшествия. Киев : РИО МВД Украины, 1994. 672 с.
6. Ковальов К., Кузнєцов В., Щавелєв А. Визначення граничної кількості окремих ознак папілярного візерунку, придатних для ідентифікації особи, за їх якісно-кількісною сукупністю : методичні рекомендації. Київ : ДНДЕКЦ МВС України, 2011. 19 с.
7. Салтевский М. Криміналістика (у сучасному викладі) : підручник. Київ : Кондор, 2005. 588 с.
8. Шевченко Б. Теоретические основы трасологической идентификации в криминалистике. Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1975. 96 с.
9. Кофанов А., Волошин О., Літвінова О. Трасологічні дослідження : курс лекцій. Київ : Київ. нац. ун-т внутр. справ. 2010. 304 с.
10. Кустанович С. Судебно-медицинская трасология. Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1975. 167 с.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/111

РЕЛІГІЙНО-ЕТИЧНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

RELIGIOUS AND ETHICAL ISSUES IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

Паламарчук Д.В., студент IV курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Шовкопляс К.І., студентка IV курсу
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Тітко І.А., завідувач кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено актуальні релігійно-етичні проблеми, які виникають під час здійснення кримінального провадження. Наведено конкретні приклади із судової практики, коли віросповідання бралося до уваги під час проведення слідчих дій, а також під час обрання запобіжного заходу. Висвітлено напрями впливу релігійних уподобань громадян на процес проведення слідчих дій, а саме: як одне з базових прав людини, право сповідувати певну релігію, повинно невід'ємно гарантуватися та забезпечуватися в усіх сферах публічно-правової діяльності держави, але, з іншого боку, такі вірування не повинні перешкоджати досягненню загальносуспільного інтересу та виконанню завдань кримінального провадження. Наведено власні аргументи та пропозиції для встановлення балансу між публічним та приватним інтересом.

Свобода віросповідання гарантується громадянам України й інших країн на рівні Конституції України та міжнародно-правових актів, ратифікованих нашою державою. Сповідування певної релігії впливає на свідомість людини, її принципи та моральні якості, бере участь у процесі формування особистості, і тому для багатьох людей виконання релігійних приписів є важливою частиною життя. Однак, крім приватноправової сфери життя, існує ще й публічно-правова сфера, де держава здійснює певні функції через свої органи й уповноважених осіб. Однією зі складових частин такої діяльності є кримінальна процесуальна діяльність, яка має на меті притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності. Під час здійснення такої діяльності права і свободи індивіда можуть зазнавати найбільшого рівня обмежень для досягнення суспільного інтересу. Деякі слідчі дії можуть прямо чи опосередковано суперечити окремим релігійним приписам представників деяких конфесій. Такі випадки трапляються в актуальній судовій практиці, саме тому вони заслуговують на більш глибоке й докладне дослідження для можливого вдосконалення законодавства та створення рекомендацій для оптимізації правозастосовної практики.

Серед науковців, які в різних ракурсах присвячували увагу тематиці співвідношення права і релігії, варто згадати таких дослідників, як: Д.О. Вовк, С.С. Чернявський, А.А. Вознюк, О.М. Брисковська, Є.П. Бєгалов, Ю.А. Піх, П.М. Рабінович, Є.В. Ткаченко, І.І. Швидченко. Водночас публікацій на тему релігійно-етичних проблем, які можуть виникати під час кримінального провадження, натепер не так багато.

Мета статті полягає у визначенні ступеня впливу релігійних переконань громадян на процес здійснення процесуальних дій та дослідженні спірних ситуацій, які виникають на цьому підґрунті.

Ключові слова: досудове розслідування, релігійні проблеми, етичні проблеми, слідчі дії.

The article examines the current religious and ethical issues that arise during criminal proceedings. The particular examples from the judicial practice when religion was taken into account during the investigative actions, as well as by the judge in characterising the suspect and choosing a measure of restraint, were given. Influence of the citizens' religious preferences on the process of the investigative actions are highlighted, namely: as one of the basic human rights, the right to practice a religion should be inalienably guaranteed and ensured in all spheres of the state public law but on the other hand, such beliefs should not impede the public interest and the process of crimes investigation. Own argumentation and proposals for establishing a balance between the public and private interest were given.

Freedom of religion is guaranteed to the citizens of Ukraine and other countries at the level of the Constitution and international legal acts ratified by our state. Confession of a certain religion affects a person's consciousness, their principles and moral qualities, participates in the process of the personality formation, and therefore for many people the observance of religious precepts is an important part of life. However, in addition to the private law sphere of life, there is also a public law sphere in which the state performs certain functions through its bodies and authorised persons. One of the components of such state activity is the criminal procedure activity, during which the goal is to establish and bring the criminal to criminal responsibility. While carrying out such activities, the rights and freedoms of the individual are being the subject to the greatest level of restrictions in order to achieve the public interest. Some investigative actions may directly or indirectly contradict certain religious precepts of certain denominations.

Such cases are reflected in current case law, that is why they deserve more in-depth and detailed research in order to possibly improve the legislation and create certain recommendations for law enforcement officers in the course of their practice.

Among the scholars who have paid attention to the relationship between law and religion from different angles, it is worth mentioning such researchers as D.O. Vovk, S.S. Cherniavskii, A.A Vozniuk, O.M. Bryskovska, E.P. Behalov, Yu.A. Pih, P.M. Rabinovych, E.V. Tkachenko, I.I. Shvydchenko. At the same time, there are not a lot of publications on religious and ethical issues faced at the stage of pre-trial investigation during the criminal proceedings.

The purpose of the article is to determine the degree of the citizens' religious beliefs influence on the process of the investigative actions by law enforcement agencies and the study of the controversial situations that arise on this basis.

Key words: pre-trial investigation, religious issues, ethical issues, investigative actions.

Постановка проблеми. Свобода віросповідання гарантується громадянам України й інших країн на рівні Конституції України та міжнародно-правових актів, ратифікованих нашою державою. Сповідування певної релігії впливає на свідомість людини, її принципи та моральні якості, бере участь у процесі формування особистості, тому для багатьох людей виконання релігійних приписів є важливою частиною життя. Однак, крім приватноправової сфери життя, існує ще й публічно-правова сфера, де держава здійснює певні функції через свої органи й уповноважених осіб. Однією зі складових частин такої діяльності є кримінальна процесуальна діяльність, яка

має на меті притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності. Під час здійснення такої діяльності права і свободи індивіда можуть зазнавати найбільшого рівня обмежень для досягнення суспільного інтересу. Деякі слідчі дії можуть прямо чи опосередковано суперечити окремим релігійним приписам представників певних конфесій. Такі випадки спостерігаються в актуальній судовій практиці, саме тому вони заслуговують на більш глибоке й докладне дослідження для можливого вдосконалення законодавства та створення рекомендацій для оптимізації правозастосовної практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, які в різних ракурсах присвячували увагу тематиці співвідношення права і релігії, варто згадати таких дослідників, як: Д.О. Вовк, С.С. Чернявський, А.А. Вознюк, О.М. Брисковська, Є.П. Бєгалов, Ю.А. Піх, П.М. Рабінович, Є.В. Ткаченко, І.І. Швидченко. Водночас публікацій на тему релігійно-етичних проблем, які можуть виникати під час кримінального провадження, натепер не так багато.

Мета статті полягає у визначенні ступеня впливу релігійних переконань громадян на процес здійснення процесуальних дій та дослідженні спірних ситуацій, які виникають на цьому підґрунті.

Релігія і віра є важливим елементом формування поведінки соціуму. Їхня роль під час досудового розслідування має принаймні два напрями.

Перший пов'язаний із формуванням портрета особи злочинця, як в рамках судово-психологічної експертизи, так і поза нею. Це допоможе як мінімум з'ясувати, яке місце в соціумі займає ця людина, а як максимум вказати на мотив і мету кримінального правопорушення, зокрема якщо воно мало релігійне підґрунтя. Так, наприклад, Г.М. Гетьман описує метод моделювання особи невідомого злочинця, який здавна використовується під час досудового розслідування. Автором сказано, що під час використання цього методу спеціалісти мають брати до уваги не тільки загальну інформацію, як-от стать, вік, рід занять тощо, а й релігійні переконання [1, с. 246].

Другий напрям пов'язаний із проблемою узгодження окремих процесуальних дій із віросповіданням особи, що наочно можна продемонструвати на прикладах із судової практики.

Одним із таких прикладів може бути ухвала слідчого судді Херсонського міського суду Херсонської області у справі № 766/599/20 від 7 липня 2020 р. стосовно клопотання прокурора щодо продовження строку тримання під вартою. У вказаній справі захисник підозрюваного просив змінити запобіжний захід для підозрюваного мусульманина із тримання під вартою на домашній арешт, бо в умовах тримання в камері разом із вісьмома особами він не міг проводити щоденні ритуали (омивання і молитву наодинці). Це було враховано і суд, який проаналізував усі ризики, відхилив клопотання прокурора щодо продовження тримання під вартою [2].

Схожа ситуація відображена в ухвалі слідчого судді Київського районного суду м. Одеси у справі № 520/19736/19 від 8 листопада 2019 р. У зазначеній справі захист просив, спираючись на ст. 9 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), тимчасово звільнити підозрюваного для отримання можливості додержання релігійних ритуалів на термін, зазначений у заяві. Заява була відхилена, бо Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) не містить можливості подачі до суду заяв про тимчасове звільнення особи [3].

Цікавим прикладом є ухвала Херсонського міського суду Херсонської області у справі № 766/22330/19 від 9 січня 2020 р. щодо примусового відібрання біологічних зразків. Оскільки підозрюваний є мусульманином, захисником було зазначено, що віросповідання особи не дозволяє надавати йому біологічні зразки. Суд взяв зазначені аргументи до уваги і клопотання слідчого щодо примусового відібрання біологічних зразків було відхилене [4].

Ще одним доказом того, що інформація про релігійні переконання особи є важливою, можуть стати науково обґрунтовані методичні рекомендації, які стосуються особливостей розслідування незаконного переправлення осіб через державний кордон України, підготовлені фахівцями Харківського національного університету внутрішніх справ. Науковці розробили тактику проведення допиту з іноземцями, у якій закликають слідчих перед проведенням допиту вивчати відомості щодо особи іноземця, країни його походження, культури та релігійних особливостей. Як один із прикладів було наведено випадок, коли можуть виникнути складнощі із встановленням особи жінки-мусульманки, якій за релігійними приписами заборонено показувати обличчя перед сторонніми чоловіками. За таких умов залучення до процедури слідчого жіночої статі стає необхідністю [5, с. 89].

Схожу ситуацію описував у своїй дисертації Є.П. Бєгалов і зазначав, що багато дружин нелегальних мігрантів не мають права взагалі давати жодних показань без дозволу чоловіка або за його відсутності, тому слідчі мають спочатку допитати чоловіка або ж переконати його в необхідності дачі таких показань його дружиною [6, с. 174].

Ще однією слідчою дією, під час проведення якої можуть виникнути проблеми релігійно-етичного характеру, є ексгумація. Наприклад, у Корані є припис, який говорить про те, що тіло померлого є недоторканим і після поховання воно є таким, що передано Аллаху. Через це в деяких державах, наприклад, у Саудівській Аравії, така норма встановлена на державному рівні. Також суворо забороняє проведення ексгумації іудаїзм, а в законах Мойсея вказано, що такі дії вважаються оскверненням померлих. Неоднозначно ставляться до ексгумації навіть християни, хоча Біблія не містить положень, які однозначно дозволяють чи забороняють проведення ексгумації [7, с. 150].

В українському законодавстві ексгумація є слідчою дією і регулюється КПК України, у якому немає прямої вказівки на те, що для її проведення необхідна згода родичів померлого. Проте деякі суди дотримуються позиції, що ексгумація не є слідчою дією в розумінні ст. 223 КПК України, тому її проведення без згоди родичів небіжчика неможливе, оскільки проведення такого заходу без їхньої згоди може завдати їм моральної травми. Саме така думка була викладена в ухвалі у справі № 221/519/15-к від 1 жовтня 2018 р. Орджонікідзевським районним судом міста Маріуполя Донецької області [8]. Отже, ми можемо бачити, що позиції правозастосовувачів у цій ситуації можуть різнитися.

Варто також звернути увагу на те, що питання ексгумації викликає неоднозначну реакцію навіть серед нерелігійних людей, тому можна розглядати таку проблему не лише з релігійного, а й з етичного боку. Зокрема, цікавим прикладом є справа Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) «Сольська та Рибицька проти Польщі», у якій заявниці вимагали визнати за державою порушення їхнього права на повагу до приватного і сімейного життя. Після того, як чоловіки заявниць загинули в авіакатастрофі під Смоленськом у 2010 р., правоохоронні органи вирішили за доцільне провести процедуру ексгумації, бо вважали, що це допоможе дізнатися про причину аварії. Заявниці активно виступали проти проведення ексгумації, проте вони не мали жодних правових механізмів впливу на ситуацію, тому звернулися до ЄСПЛ [9].

Є досить цікавим питання ролі таємниці сповіді у кримінальному процесі. Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 65 КПК України, священнослужителі не можуть бути допитані як свідки щодо інформації, отриманої ними під час сповіді, а в ч. 8 ст. 224 КПК України зазначено, що особа має право не відповідати на запитання щодо інформації, яка була розголошена під час сповіді.

Сповіддю є відкриття перед Богом своїх гріхів у присутності священника. Водночас священник виступає посередником між особою і Богом у цьому процесі. Під таємницею сповіді розуміється відомості, які стали відомі священнослужителю під час Таїнства Сповіді, які захищені від розголошення законом і внутрішніми законами релігійних об'єднань [10].

Постає питання, чи доречно охороняти таємницю сповіді в сучасному світському суспільстві? З одного боку, Таїнство Сповіді є однією з найдавніших складових частин християнської церкви. Якщо відкрити таємницю сповіді, то вона вже не буде таємницею. З іншого боку, замовчування інформації про злочин є небезпечним для суспільства.

Узагалі питання зняття недоторканності з таємниці сповіді у світі актуалізувалось після розголошення відомостей щодо поширення педофілії серед служителів католицької церкви. Проблема в тому, що священники знали про злочини проти дітей, які були вчинені всередині церкви, але «не могли про це заявити, адже під час сповіді злодій говорив із Богом, а не з ними» [11; 12]. Як наслідок, Ірландія ухвалила Закон «Щодо прав дітей», який в імперативному порядку примушує «уповноважених осіб», якими є і священники католицької церкви, сповіщати про злочини проти дитини. Схожим чином цей механізм застосували і 28 штатів Сполучених Штатів Америки [10]. З огляду на наведений закордонний досвід, на нашу думку, доцільно було б змінити конструкцію п. 5 ч. 2 ст. 65 КПК України на наявність права (проте не обов'язку) надання показань священнослужителем щодо інформації, отриманої під час сповіді.

Наведені вище приклади із судової практики та наукових джерел підтверджують нашу тезу про те, що органам досудового розслідування і суду доводиться зважати на такий чинник, як релігійні переконання особи. Під час пошуку оптимального балансу між повагою до релігійних переконань і забезпеченням загальносуспільного інтересу, який полягає в боротьбі зі злочинністю, подекуди виникає необхідність обмеження права на свободу віросповідання. Зауважимо, що така можливість закладена на рівні чинного законодавства України та міжнародних договорів. Так, у ст. 35 Конституції України передбачено, що здійснення права на свободу світогляду і віросповідання може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей [13]. Схоже положення містить і ч. 2 ст. 9 Конвенції [14].

Тож, як бачимо, Конституція України та Конвенція прямо вказують на можливість держави обмежувати свободу віросповідання для захисту публічних інтересів. Водночас, як було продемонстровано, релігійні переконання особи є тим чинником, який досить часто істотно впливає на ухвалення кримінальних процесуальних рішень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гетьман Г.М. Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення : матеріали постійно діючого науково-практичного семінару, 27 листопада 2015 р., редкол. : С.Є. Кучерина (гол. ред.) та ін. Харків : Право, 2015. № 7. С. 244–246. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11667/1/Dosudove_rozslid_V7_2015.pdf.
2. Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області від 7 липня 2020 р., справа № 766/599/20. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90606948.
3. Ухвала Київського районного суду м. Одеси від 8 листопада 2019 р., справа № 520/19736/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85484791.
4. Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області від 9 січня 2020 р., справа № 766/22330/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87211978.
5. Особливості розслідування незаконного переправлення осіб через державний кордон України : науково-методичні рекомендації / К.Л. Бугайчук та ін. Харків : ХНУВС, 2016. 103 с.
6. Бєгалов Є.П. Розслідування незаконного переправлення осіб через державний кордон України : дис. … докт. філос. наук. Київ, 2020. 278 с.
7. Михайленко И.А. К вопросу о религиозно-этических проблемах производства эксгумации. *Молодой ученый :* научное издание. Материалы V Международной научной конференции, г. Москва, декабрь 2016 г. : сборник статей. Москва : Издательский дом «Буки-Веди», 2016. 200 с.
8. Ухвала Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 1 жовтня 2018 р., справа № 221/519/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76968568.
9. Decision of the European Court of Human Rights "Solska and Rybytska vs. Poland". URL: https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-186135%22].
10. Закон и тайна исповеди: можно ли обязать священников доносить о педофилии? *BBC NEWS.* 2017. URL: https://www.bbc.com/russian/features-40938574.
11. Australia's Catholic Church to keep confessions of pedophilia secret. *Agencia EFE.* 2018. URL: https://www.efe.com/efe/english/world/australia-s-catholic-church-to-keep-confessions-of-pedophilia-secret/50000262-3735410.
12. Шибаев Д.В. Правовой режим тайны исповеди. Соотношение светского и канонического права. URL: https://www.researchgate.net/publication/337683858_Legal_Mode_of_the_Seal_of_Confession_Correlation_of_Secular_and_Canon_Law/fulltext/5de5b4b9a6fdcc28370064aa/Legal-Mode-of-the-Seal-of-Confession-Correlation-of-Secular-and-Canon-Law.pdf.
13. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text.
14. Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms of 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/112

РОЗВИТОК ТЕОРІЇ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ (РАДЯНСЬКИЙ ПЕРІОД)

DEVELOPMENT OF THE THEORY OF COUNTERACTION TO THE INVESTIGATION OF CRIMES (THE SOVIET PERIOD)

Ромців О.І., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри теорії та філософії права, конституційного та міжнародного права
Інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»

Стаття присвячена висвітленню сучасного стану наукових досліджень проблеми протидії розслідування злочинів в радянський період як однієї з найважливіших перешкод діяльності правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю.

Аналіз літературних джерел свідчить, що різні аспекти протидії розслідуванню злочинів були предметом наукових досліджень багатьох українських та зарубіжних вчених, якими проведено важливі теоретичні дослідження, зібрано та проаналізовано велику кількість емпіричного матеріалу. Саме ними заявлено про існування цієї проблеми та обґрунтовано її значення для розслідування злочинів правоохоронними органами. Проте, беручи до уваги важливість та складність досліджуваної проблеми, вона ще залишається дуже актуальною.

Досліджуючи стан правової та наукової розробки основних проблем, пов'язаних з подоланням протидії під час розслідування злочинів, встановлено, що вона вперше стала предметом наукових розвідок вчених і практиків (на рівні посібників, дисертаційних робіт та методичних рекомендацій), починаючи з початку 60-х років XX ст., коли протидія характеризувалася способами «приховування» злочину. Наприкінці XX ст. вказана протидія доповнилася способами фізичного і психологічного впливу на всіх учасників кримінального процесу з використанням корумпованих зв'язків. Крім того, якщо раніше дії злочинців найчастіше зводилися до одиничних актів скоєння злочинів, і для злочинця головним було – не залишити слідів, за якими його могли б встановити та викрити, то в теперішній час злочинність змінилася не лише кількісно, але й якісно, і виявляється не в окремих актах злочинів, а в системі злочинної діяльності.

Критично проаналізувавши думки різних науковців, доходимо висновку, що сьогодні існує досить велика кількість неоднозначних, різних за обсягом і змістом визначень протидії розслідуванню злочинів. Проте, попри деякі відмінності (під час визначення форми діяння, суб'єктивного ставлення особи до своїх дій, їх відповідності закону, часу вчинення, кола суб'єктів протидії) вони збігаються в основній меті протидії – створення перешкод досягненню головної мети розслідування – встановлення істини в кримінальній справі.

Ключові слова: злочинність, протидія розслідуванню, приховування злочину, досудове розслідування.

The article concentrates on the coverage of the current status of research studies on the issue of counteraction to investigation of crimes in the soviet period as one of the most critical obstacles to the crime-fighting law enforcement activities. The analysis of literary sources shows that many Ukrainian and foreign scientists have conducted important theoretical research, collected and analyzed a large amount of empirical material, with different aspects of countering the investigation of crimes being the subject of their scientific studies. It was they who highlighted this problem and justified its importance for the investigation of crimes by law enforcement agencies. However, taking into account the significance and complexity of the problem under study, it still is of great relevance.

Throughout the investigation of the status of legal and scientific development of the fundamental problems involving overriding counteraction to the investigation of crimes, it was established that this topic was for the first time exposed to scientific scrutiny by scientists and practitioners (at the level of manuals, thesis papers and instructional guidelines), starting from the 60's of the 20th century, with counteraction identified as a means of "concealing" a crime. At the end of the 20thcentury, the definition was supplemented by means of physical and psychological effect on all participants in a criminal case through using corrupt ties. Additionally, previously, the actions of criminals were most often limited to single acts of perpetration, and the perpetrator's main point was to leave no trace by which he could be identified and exposed. At the present time, the crime has changed not only quantitatively, but also qualitatively, being exposed not in single acts of crime, but in the criminal activity system.

Having critically analyzed the views of various scholars, we are coming to the conclusion that there is a fairly large number of ambiguous, diverse in scope and content, definitions of the counteraction to the investigation of crimes today. However, regardless some differences (in determining the form of a criminal act, the subjective attitude of an individual to their actions, compliance of these actions with the law, the time of perpetration, the range of actors of the counteraction), they coincide in the main aim of counteraction – creating obstacles to the achievement of key objective of the detection – establishment of the truth in a criminal case.

Key words: crime, counteraction to investigation, conceal a crime, pretrial investigation.

Відповідно до «Тлумачного словника української мови» слово «протидія» означає: чинити опір, противитися, впиратися кому-, чому-небудь [1, с. 511].

Проблеми визначення місця й ролі подолання протидії досудовому розслідуванню в радянську епоху досліджували такі вчені, як О. Баєв, Е. Баранов, Р. Бєлкін, І. Биховський, О. Васильєв, І. Герасимов, Г. Доспулов, Л. Драпкін, А. Дулов, М. Іванов, В. Карагодін, В. Колмаков, В. Лавров, І. Лузгін, Г. Мудьюгін, В. Овечкін, О. Ратінов, Л. Росказов, М. Яблоков, І. Якимов та інші.

Так, М. Іванов визначає юридичне розуміння протидії в кримінальному судочинстві як спосіб ухилення від відповідальності; це повторюваний у різних і в одних і тих же осіб об'єктивно та суб'єктивно детермінований комплекс взаємозв'язаних вербальних, поведінкових і матеріальних актів, які здійснюються свідомо після вчинення злочину з метою повного або часткового ухилення від відповідальності [2, с. 95].

Як свідчать результати вивчення наукових джерел, спочатку вказану проблему досліджували вчені-криміналісти. Особливо плідно у цьому напрямі працював Г. Гросс, який у 1908 р. розробив та опублікував «Настанову для судових слідчих», де міститься спеціальний розділ і подана характеристика різноманітних прийомів протидії, здійснюваних злочинцями під час кримінального судочинства [3, с. 27–63].

На початку радянської епохи ці проблеми доволі активно досліджував криміналіст І. Якимов [4]. У подальшому до вирішення завдань, зумовлених протидією злочинців, долучились і фахівці з інших галузей науки та практики, насамперед учені-процесуалісти.

Не залишались осторонь цієї тематики і суб'єкти нормотворчої діяльності. Зокрема, в історичному контексті заслуговує на увагу Наказ поліції (Російської імперії) про порядок першочергового дослідження злочинів і проступків 1860 р., у п. 36 якого було зазначено: якщо обвинувачений відмовляється від дачі підписки про явку до слідчого і суду, то про його упертість складається при двох свідках протокол, а сам обвинувачений може бути, у випадку потреби, підданий особистому затриманню [4, с. 76].

Перше визначення протидії розслідуванню злочину сформулював Л. Росказов 1945 р. в методичному огляді «Симуляция преступлений» як штучне створення обстановки якого-небудь злочину, щоб замаскувати інший злочин або підготуватись для цього в майбутньому [5, с. 3].

Визначити протидію розслідуванню спробував 1950 р. і В. Колмаков, зазначивши, що це процес пошуку істини й боротьби з протидіючими йому силами та свідомо активних дій злочинців, спрямованих на зрив, зміну цілей слідчої дії [6, с. 5–6].

О. Ратінов (1967 р.) вважає, що протидія розслідуванню злочинів може здійснюватися як в активній, так і в пасивній формах. Під активною протидією він розуміє цілеспрямований вплив на носіїв доказової інформації або перешкоджання доступу до неї: давання неправдивих показань, обман, приховування та знищення речових доказів, створення інсценувань, примушення до давання неправдивих показань, непокора й прямий опір слідчому тощо. Пасивна ж протидія полягає у невиконанні необхідних дій: неповідомленні запитуваних відомостей, ненаданні допомоги, нез'явленні за викликом для провадження слідчої дії, замовчуванні відомих фактів, відмові від давання показань і т. д. [7, с. 167].

На наш погляд, всі способи приховування злочину, за винятком лише пасивних способів приховування, вимагають витрати певного часу. Тим часом у багатьох випадках злочинець здійснює приховування злочину вже після його вчинення і відчуває при цьому природний дефіцит часу. Це позначається на виборі способу приховування злочину, неповноті або недбалості інсценувань, їх розрахунку на тимчасову дію приховування. Тимчасові пасивні способи приховування злочинів, як зазначають О. Васильєв, Г. Мудьюгін та М. Якубович, вимагають значно менше клопоту і часу, ніж активні. Зазвичай таку мету ставлять перед собою злочинці, які нічим не пов'язані з об'єктом їхнього посягання, зокрема, з потерпілим. Щоправда, не можна повністю відкидати можливість застосування способу тимчасового приховування з тією ж метою і особою, тісно пов'язаною з об'єктом злочинного посягання [8, с. 70].

І. Лузгін (1973 р.) на прикладі інсценування крадіжки з метою приховання способу розкрадання показав, що злочинець розраховує на зовнішню відмінність подій, а саме інсценування стає можливим завдяки внутрішній схожості однієї з істотних ознак цих подій, а також розраховує на введення органів розслідування в оману, ускладнення слідства [9, с. 47–48].

У подальшому цю концепцію розвинув Є. Баранов і сформулював більш розгорнуте визначення протидії розслідуванню злочинів. На його думку, протидія – це свідома, умисна діяльність правопорушника, спрямована на приховування злочину або шляхом видозміни обстановки на місці події або в іншому місці з метою замаскувати дійсну подію, створити уявлення про достовірність злочину і тим самим направити слідство на помилковий шлях [10, с. 10–11].

В. Овечкін (1975 р.) встановив способи протидії слідству у формі приховування злочинів і умовно поділив їх на дві групи: а) способи, що виступають у формі перешкод в отриманні органами попереднього розслідування інформації про злочин, і б) способи, які виступають у формі перешкод щодо отримання органами попереднього розслідування інформації про злочин і видачі замість неї помилкової інформації. До першої групи способів він відніс: 1) переміщення матеріальних джерел інформації про злочин; 2) маскування матеріальних джерел інформації про злочин; 3) знищення матеріальних, а в деяких випадках і ідеальних (люди) джерел інформації про злочин; 4) ухилення від явки в орган розслідування; 5) відмова від дачі свідчень; 6) недонесення.

До другої групи дослідник відносить: 1) фальсифікацію; 2) інсценування; 3) свідомо помилкове повідомлення з метою приховання злочину і 4) свідомо помилкове свідчення з метою заховання злочину [11, с. 5].

За твердженням С. Журавльова, протидію розслідуванню слід розглядати як систему дій (чи бездіяльності), які переслідують мету перешкоджати залученню слідів злочину до сфери кримінального судочинства та подальшому їх використанню як судових доказів [12, с. 345].

На наш погляд, запропоноване визначення викликає такі суперечності: 1) протидія розслідуванню – це завжди активна діяльність; її необхідно відрізняти від усіляких перешкод розслідуванню. Тому твердження про те, що протидією може виступати бездіяльність, суперечить логіці; 2) протидія розслідуванню не обмежується тільки перешкоджанням залученню слідів злочину до сфери кримінального судочинства. Це більш широкий спектр дій, які перешкоджають розслідуванню злочинів.

Щодо цього Є. Москвін указує, що протидія розслідуванню може виступати як спосіб діяльності, спрямований не лише на перешкоджання залученню слідів злочину до сфери розслідування, але й на створення слідів неправдивого злочину, інсценування злочинної події. У таких випадках особа, яка протидіє розслідуванню, навпаки, прагне «залучити» сліди неправдивого злочину, інсценованої події до сфери кримінального процесу, щоб вони в подальшому були оцінені як докази [13, с. 138].

А. Дулов розрізняє: 1) дії-перешкоди; 2) протидію. На його думку, протидія – свідома активна діяльність учасника, спрямована на зрив, зміну цілей слідчої дії. Протидія може виявлятися в застосуванні фізичних дій, в умисному спотворенні виконуваної функції (у передачі неправдивої інформації), у свідомому створенні гострокнфліктної ситуації, у створенні перешкод здійсненню функцій іншими особами (навмисне відволікання уваги тощо) [14, с. 284, 285].

В. Карагодін (1992 р.) на основі вчення О. Ратінова удосконалює окремі форми протидії розслідуванню і класифікує на наступні види: дії, що перешкоджають розкриттю злочину; дії, що перешкоджають притягненню до відповідальності винних і сприяють залученню невинних; дії, що перешкоджають встановленню характеру і розміру шкоди; дії, що перешкоджають встановленню обставин, які характеризують особу винного і впливають на ступінь і характер його відповідальності; дії, які спрямовані на перешкоджання встановленню причин та умов, що сприяли вчиненню злочину [15, с. 138–139].

Окрім цього, дослідник класифікує види протидії також за структурою (складні – система дій, операцій, прийомів; прості – одиничні дії, операції, прийоми), щодо часу розслідування (які здійснюються до, в період проведення та після завершення розслідування), і відзначає можливість подальшої диференціації в середині цих класифікаційних груп за іншими підставами [15, с. 21–31].

На думку автора, протидія розслідуванню може бути визначена як діяльність зацікавлених осіб, спрямована на перешкоджання виявленню і розслідуванню злочинів за допомогою створення перешкод на шляху встановлення істини в кримінальному провадженні. При цьому протидія розслідуванню злочинів не є однозначною, вона може виявлятися в різних видах та формах.

Щодо цього Р. Бєлкін зазначає, що відповідно до конкретного злочину слід розрізняти «внутрішню» та «зовнішню» протидію. Під «внутрішньою» розуміється протидія, яка вчиняється тими або іншими особами, у будь-якій формі причетними до розслідування: підозрюваними й обвинуваченими, свідками та потерпілими, спеціалістами й експертами, випадковими особами, які опинилися на місці події, та іншими. Для них усіх характерне володіння якоюсь інформацією про подію і прагнення приховати, змінити або знищити цю інформацію та (або) її носії. «Зовнішня» протидія – це діяльність осіб або не пов'язаних з даною подією та особою, яка проводить роз-

слідування, або пов'язаних зі слідчим процесуальними, службовими чи іншими владними стосунками або іншими залежностями [16, с. 355].

У криміналістичній літературі певному науковому аналізу піддавалися прояви протидії розслідуванню (приховування злочинів, вплив чи посягання на доказову інформацію, неправдиві свідчення окремих категорій осіб та інші). Окремі науковці зверталися лише до аналізу приховування злочинів як форми протидії розслідуванню (І. Ніколайчук) [17, с. 233], О. Коваль виокремлював та характеризував більш широкі прояви таких аспектів протидії, як корупція в правоохоронних органах [18, с. 163–170].

На наш погляд, потрібно наголосити, що основним чинником, який спонукає злочинця вживати заходів щодо приховування злочину, є бажання уникнути викриття і відповідальності за скоєне. Але саме це бажання може бути зумовлене різними причинами. Найчастіше це, зрозуміло, страх перед покаранням, особливо під час вчинення таких злочинів, за які загрожує позбавлення волі на тривалий термін або навіть виняткова міра покарання. Іноді злочинцем керує не тільки і навіть, можливо, не стільки страх перед покаранням, скільки сором, страх ганебного розголосу. В інших випадках прагнення уникнути викриття продиктоване бажанням якомога довше продовжувати злочинну діяльність, що характерно для злочинців-рецидивістів. Нарешті, приховування злочину здійснюється і тоді, коли воно виступає обов'язковим елементом способу вчинення злочину, тобто сам злочин неможливо вчинити без спеціальних завчасних заходів приховування. Таке становище виникає під час здійснення тривалих розкрадань.

Р. Бєлкін ще в XX ст. (1997 р.) зробив висновок: якщо раніше під протидією розслідуванню розуміли переважно різні форми та способи приховування злочинів, то тепер це поняття наповнилося більш широким змістом і може бути визначене як навмисна діяльність з метою перешкоджання вирішенню завдань розслідування й у кінцевому підсумку встановленню істини у кримінальній справі [19, с. 129].

Ми можемо стверджувати, що на основі вивчення досліджень М. Яблокова та О. Головіна сформувалася система теоретичних і практичних знань, пов'язаних із протидією розслідуванню злочинів [20, с. 144], а висновки, зроблені В. Коржом, отримали розвиток у новій окремій криміналістичній теорії – вченні про протидію розслідуванню злочинів та способи її подолання [21, с. 251].

У підсумку потрібно зазначити, що розвиток теорії протидії розслідуванню злочинів у радянський період здійснювався поступово залежно від наукової розробленості проблеми та вдосконалення правових основ кримінального судочинства і характеризується як дії учасників кримінального провадження та інших осіб, які спрямовані на перешкоджання досудовому розслідуванню та встановленню істини у справі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Великий тлумачний словник української мови / упоряд. Т.В. Ковальова. Харків : Фоліо, 2005. 767 с.
2. Иванов Н.Г. Понятие и формы соучастия в советском уголовном праве. Саратов : Юрист, 1991. 176 с.
3. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Москва ; Санкт-Петербург : Юристъ, 1908. 317 с.
4. Якимов И.Н. Криминалистика. Уголовная тактика. Москва : Изд-во НКВД РСФСР, 1929. 412 с.
5. Наказ полиции о порядке первоначального исследования преступлений и проступков / Антология сыска : (в 14 т.). Документи та матеріали з кримінального розшуку (1397–1918 рр.) / упоряд. Ю.І. Римаренко та ін. Київ : Знання України, 2005. Т. 1. 596 с.
6. Колмаков В.П. Некоторые вопросы теории и истории советской криминалистики в свете трудов товарища Сталина. *Криминалистика и судебная экспертиза* : сб. науч. работ. Харьков, 1950. Вып. III. С. 4–14.
7. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. Москва, 1967. 290 с.
8. Васильев А. Н. Планирование расследования преступлений / А.Н. Васильев, Т.Н. Мудьюгин, Н.А. Якубович. Москва : Юрист, 1973. 200 с.
9. Лузгин И. М. Методологические проблемы расследования. Москва : Право, 1973. 215 с.
10. Баранов Е.В. Криминалистическая сущность инсценировок и методы их разоблачения при расследовании преступлений : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Москва : Юрист, 1977. 18 с.
11. Овечкин В.А. Общие положения методики расследования преступлений, скрытых инсценировками. Харьков, 1975. 64 с.
12. Журавлев С.Ю. Нейтрализация противодействия расследованию / Криминалистика: расследование преступлений в сфере экономики : учеб. Н. Новгород, 1995. С. 344–383.
13. Москвин Е.О. Противодействие предварительному расследованию: понятие и классификация / Воронежские криминалистические чтения / под ред. О.Я. Баева. Воронеж, 2002. Вып. 3. С. 137–145.
14. Дулов А.В. Судебная психология : учеб. Изд. 2, испр. и доп. Москва : Высшая школа, 1975. 464 с.
15. Карагодин В. Н. Преодоление противодействия предварительному расследованию. Свердловск, 1992. 176 с.
16. Белкин Р. С. *Курс криминалистики : в 3 т. Т. 3 : Криминалистические средства, приемы и рекомендации.* Москва : Юристъ, 1997. 480 с.
17. Николайчук И.А. Сокрытие преступлений как форма противодействия расследованию. Москва : Мегатрон XXI, 2000. 223 с.
18. Коваль А.В. Противодействие расследованию коррупционной деятельности в правоохранительных органах. *Проблемы современного состояния и пути развития органов предварительного следствия* : сб. матер. Всерос. науч.-практ. конф. : в 3 ч. Москва : Акад. управл. МВД России, 2010. Ч. 2. С. 163–175.
19. Белкин Р.С. Противодействие расследованию и пути его преодоления криминалистическими и оперативно-розыскными средствами и методами / Криминалистическое обеспечение деятельности криминальной милиции и органов предварительного расследования : учеб. / под ред. Т. В. Аверьяновой, Р. С. Белкина. Москва : Новый юрист, 1997. С. 129–149.
20. Головин А.Ю. Криминалистическая систематика : моногр. / под общ. ред. Н.П. Яблокова. Москва : ЛексЭст, 2002. 336 с.
21. Корж В.П. Методика расследования экономических преступлений, совершаемых организованными группами, преступными организациями. Руководство для следователей : науч.-практ. пособие. Харьков, 2002. 279 с.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/113

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ПОТЕРПІЛОГО НА ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

REALIZATION OF THE RIGHT TO COMPENSATION FOR DAMAGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SOME ISSUES

Ситенька О.С., студентка III курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Макарчук Ю.В., студентка III курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуті окремі проблемні питання, пов'язані із відшкодуванням шкоди у кримінальному провадженні, наголошено на важливості цього інституту та актуальності дослідження. Зокрема, оцінено сучасний стан наукової розробки цього питання та резерви для подальшого дослідження проблематики; проаналізовано сучасну нормативну модель відшкодування шкоди у кримінальному провадженні та охарактеризовано окремі проблемні питання, що виникають у правозастосуванні; досліджені існуючі сьогодні законодавчі ініціативи щодо покращення механізмів забезпечення права на відшкодування шкоди. Авторами проаналізовано окремо кожну форму відшкодування шкоди, зроблено висновки щодо їх вдосконалення. У статті досліджено проблемні питання подання цивільного позову у кримінальному провадженні, а саме: визначено коло суб'єктів цивільного позову, часові межі пред'явлення цивільного позову, визначено коло осіб, на яких покладається обов'язок доказування розміру та виду шкоди у кримінальному провадженні, зазначено, що законодавство потребує ряд уточнень з цих питань для ефективної реалізації потерпілим права на відшкодування шкоди у судовому порядку. Авторами наголошено на доречності існування інституту цивільного позову у кримінальному провадженні через наявність ряду переваг. У статті досліджено добровільне відшкодування шкоди у кримінальному проваджені, зазначено, що поширення набуває тенденція відновного правосуддя, яке реалізовується за допомогою процесу «медіації», та визначено його суттєві переваги в кримінальному провадженні. В науковій роботі розглянуто питання відшкодування шкоди за рахунок Державного бюджету, відмічена відсутність процедури реалізації даної форми, враховано досвід зарубіжних країн та наголошено на необхідності створення спеціальних фондів підтримки жертв кримінальних правопорушень в Україні та визначення джерел фінансування останніх. На підставі критичного аналізу кримінального процесуального законодавства зроблено висновок про те, що наявність певних прогалин у правовому регулюванні відшкодування шкоди у кримінальному процесі зменшує ефективність реалізації прав потерпілих, тому сформульовано науково-обґрунтовані пропозиції щодо їх подолання.

Ключові слова: відшкодування шкоди, цивільний позов, добровільне відшкодування, відновне правосуддя, державний фонд.

The article considers some problematic issues related to compensation for damages in criminal proceedings, emphasizes the importance of this institution and the relevance of the study. In particular, the current state of scientific development of this issue and reserves for further research are assessed; the modern normative model of compensation for damage in criminal proceedings is analyzed and some problematic issues that arise in law enforcement are characterized; the current legislative initiatives to improve the mechanisms for ensuring the right to compensation are investigated. The authors analyzed each form of damages separately, made conclusions on their improvement. the obligation to prove the amount and type of damage in criminal proceedings is imposed, it is noted that the legislation needs a number of clarifications on these issues for the effective implementation of the victims' right to compensation in court. The authors emphasize the relevance of the existence of the institution of civil action in criminal proceedings due to a number of advantages. The article examines the voluntary compensation in criminal proceedings, states that the trend of restorative justice, which is implemented through the process of "mediation", is spreading, and identifies its significant advantages in criminal proceedings. The research considers the issue of compensation from the State budget, notes the lack of a procedure for implementing this form, takes into account the experience of foreign countries and emphasizes the need to create special funds to support victims of crime in Ukraine and identify sources of funding for the latter. Based on a critical analysis of the criminal procedure legislation, it was concluded that the existence of certain gaps in the legal regulation of compensation in criminal proceedings reduces the effectiveness of the rights of victims, so formulated scientifically sound proposals to overcome them.

Key words: compensation for damage, civil lawsuit, voluntary reimbursement, restorative justice, state fund.

Постановка проблеми. Основний закон України забезпечує кожному право на захист своїх прав та свобод у судовому порядку. Охорона гарантованих Конституцією прав та інтересів є одним із провідних завдань кримінального провадження. Крім фізичних збитків, дуже часто потерпілим від кримінального правопорушення доводиться зазнавати моральної та майнової шкоди. Інститут відшкодування шкоди у кримінальному провадженні є необхідним для справедливого судового розгляду та відновлення порушених прав. На підставі аналізу нормативного забезпечення та практики його реалізації встановлено, що не в усіх випадках механізм відшкодування шкоди є ефективним. Враховуючи наведене, актуальним є розроблення та запровадження дієвих механізмів, спрямованих на реалізацію права на відшкодування шкоди у кримінальному провадженні.

Стан дослідження. У рамках огляду наукових робіт, присвячених питанню відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, окремо слід зазначити таких вчених, як С.О. Белікова, М.І. Гошовський, О.В. Капліна, А.О. Коваленко, О.П. Кучинська, В.Т. Нор, А.М. Стеблєв, І.І. Татарин, В.М. Тертишник, М.І. Тлепова та інші.

Метою статті є аналіз нормативного регулювання форм та порядку відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, виявлення окремих проблемних питань, які виникають під час правозастосування розглядуваного питання; розробка науково-обґрунтованих пропозицій, спрямованих на удосконалення механізму відшкодування шкоди у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Аналіз ст. 127 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) дає підстави виокремити три форми відшкодування (компенсації) шкоди потерпілому у кримінальному провадженні. Так, ч. 1 ст. 127 КПК України передбачає добровільну форму відшкодування шкоди, тобто право підозрюваного чи обвинуваченого добровільно відшкодувати шкоду потерпілому, завдану кримінальним правопорушенням. Частина 2 закріплює примусову форму

відшкодування шкоди, зокрема, за допомогою подання цивільного позову у кримінальному провадженні, внаслідок чого можливим є стягнення завданої шкоди за рішенням суду. І третя форма – це компенсація шкоди, завданої кримінальним правопорушенням за рахунок Державного бюджету України, про що зазначає частина третя вказаної статті.

Разом з тим у доктрині, крім зазначених вище форм відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, виділяють, наприклад, ще кримінальну процесуальну реституцію як спосіб відновлення майнового стану потерпілого, який полягає у поверненні речей або інших матеріальних цінностей, які були вилучені з його безпосереднього законного володіння або користування у результаті вчинення кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння [1, с. 11].

Щодо самого визначення поняття «шкода», то варто відмітити, що як на доктринальному, так і на законодавчому рівні уніфікованого підходу до його визначення сьогодні немає. Утім, на підставі аналізу та синтезу наявних у літературі наукових позицій можна навести таке визначення: «Шкода – це категорія об'єктивної сторони кримінального правопорушення, що передбачає настання негативних майнових, фізичних, психологічних, моральних наслідків». І.І. Татарин вважає, що право потерпілого на відшкодування шкоди пов'язано з такими правами людини, як право на життя, право на честь та гідність, недоторканість, право на володіння та розпоряджання власністю [2, с. 28], у зв'язку з цим на державу покладається обов'язок створення дієвого механізму відшкодування шкоди потерпілому.

На міжнародному рівні право потерпілого на швидке та повне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, закріплено у Європейській конвенції «Про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів», Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів і зловживання владою, Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо становища потерпілого в рамках кримінального права і кримінального процесу та інших міжнародних документах. На національному рівні нормативне забезпечення відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, також має поліджерельний характер.

Разом із тим низка питань, пов'язаних із реалізацією права на відшкодування шкоди у кримінальному провадженні, сьогодні залишилися неврегульованими. Зокрема, це питання щодо утворення та функціонування громадських та державних фондів підтримки жертв кримінальних правопорушень, визначення джерел їх фінансування, повернення виплачених у зв'язку з вчиненням насильницьких кримінальних правопорушень коштів у дохід держави.

Так, враховуючи досвід зарубіжних країн, зокрема Канади, США, Бельгії, широко розповсюдженими для реалізації права на відшкодування шкоди у кримінальному провадженні є наявність громадських та державних фондів підтримки жертв кримінальних правопорушень. У зв'язку з цим сьогодні зареєстровано декілька законопроєктів, які стосуються досліджуваної проблеми, а саме: «Про відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень» (від 03.03.2020 р. № 3149); «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо механізму фінансового забезпечення відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень» (від 03.03.2020 р. № 3150); «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та КПК України щодо забезпечення механізму відшкодування шкоди потерпілим від насильницьких кримінальних правопорушень» (від 16.07.2020 № 3893).

На нашу думку, запровадження таких установ в Україні забезпечить потерпілому додаткові гарантії та впевненість у можливості відшкодування завданої йому шкоди. Що ж стосується джерел фінансування таких фондів, то це можуть бути: 1) певні добровільні внесення на підтримку потерпілих осіб з боку волонтерів, небайдужих осіб, різних установ, організацій, підприємств незалежно від форми власності та виду діяльності; 2) кошти від реалізації певних стягнень, штрафів від адміністративних та кримінальних правопорушень; 3) надходження від виконання покарань у вигляді виправних робіт, збір коштів на відшкодування шкоди, що була спричинена кримінальним правопорушенням; 4) кошти, що шляхом регресу були повернені на рахунок держави у разі виплати їх потерпілим; 5) запланована урядом сума коштів, що має забезпечуватися щорічно Державним бюджетом України для фінансування фонду. Водночас цікавою є також думка М.І. Тлепової, яка вважає, що такі фонди мають бути не залежними від органів державної влади та виступати адміністратором публічного фонду відшкодування шкоди, у якій особи мали можливість отримати компенсацію, адже їх створення спрямоване на забезпечення прав осіб, яким завдано шкоди та які не змогли отримати ефективного захисту своїх прав від органів, що здійснюють досудове розслідування, та суду [1, с. 185].

Повертаючись до розгляду окремих питань, пов'язаних із відшкодуванням шкоди, розглянемо одну із її форм реалізації, яка зазначалася вище, а саме подання цивільного позову у кримінальному провадженні. У цьому контексті сьогодні залишаються відкритими ряд питань, які неоднозначно врегульовані у законодавстві та у зв'язку з чим є дискусійними, а саме: щодо кола суб'єктів цивільного позову, «дедлайн» подачі цивільного позову та суб'єкти доказування обставин, що стосуються цивільного позову у кримінальному провадженні.

До кола суб'єктів цивільного позову, згідно з законодавством, входять цивільний позивач та цивільний відповідач. Цивільний позивач – це особа, яка бажає в судовому порядку відшкодувати моральну або майнову шкоду, завдану кримінальним правопорушенням їй особисто, іншій особі, державі. Згідно з КПК України такими особами можуть бути: фізичні та юридичні особи, законні представники неповнолітніх, недієздатних та обмежено дієздатних осіб, прокурор. Подання цивільного позову в межах кримінального провадження прокурором є новелою законодавства. Стаття 128 КПК передбачає, що прокурор може подати цивільний позов в інтересах держави, а також в інтересах громадян, які неспроможні захистити свої права самостійно через неповноліття, недієздатність чи обмежену дієздатність. Для здійснення представництва інтересів громадянина, прокурору потрібно пред'явити документ, що засвідчує про неповноліття, недієздатність чи обмежену дієздатність особи, а також письмову згоду законного представника такої особи на представництво громадянина прокурором.

Аналіз наведених статей дозоляє відмітити певну неточність у правовому регулюванні кола осіб, які можуть виступати цивільними позивачами у кримінальному процесі. Відповідно до ст. 61 КПК України цивільним позивачем є особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової або моральної шкоди. Водночас відповідно до ст. 128 КПК України цивільним позивачем може бути також законний представник неповнолітньої, обмежено дієздатної та недієздатної особи, а також прокурор. У зв'язку із цим, на нашу думку, необхідно внести зміни до ст. 61 КПК України для її узгодження з положенням ст. 128 КПК України.

Протилежною стороною у разі пред'явлення цивільного позову є цивільний відповідач. Відповідно до статті 62 КПК України, це особа (може бути як фізична, так і юридична), яка має обов'язок, згідно з положеннями законодавства, нести відповідальність за шкоду, завдану кримінально-протиправним діянням підозрюваного, обви-

нуваченого чи неосудної особи, до якої в порядку, передбаченому законом, пред'явлено цивільний позов. Варто зазначити, що хоча цивільний відповідач користується такими ж правами, що стосуються цивільного позову, як підозрюваний, обвинувачений, проте не завжди ці особи збігаються. Тому для участі цивільного відповідача у кримінальному провадженні потрібно, крім подання позовної заяви, встановлення особи, яка буде відповідачем цивільного позову (такими особами можуть бути, наприклад, батьки, опікуни, навчальна або виховна установа щодо відшкодування збитків, коли кримінальне правопорушення вчинила неповнолітня особа).

Важливим для кримінального провадження є час пред'явлення позову. Відповідно до ч. 1 ст. 128 КПК України особа може пред'явити цивільний позов під час кримінального провадження *до початку судового розгляду*. Утім, КПК України закріплює «судовий розгляд» і як окрему стадію кримінального провадження, і як окремий етап цієї стадії (ст. 347 КПК України). Через різне тлумачення словосполучення «до початку судового розгляду» сформувалося два підходи до визначення часу пред'явлення позову: 1) подання позову має здійснюватися до судового розгляду як стадії кримінального провадження; 2) подання позову має здійснюватися до судового розгляду як окремого етапу стадії судового розгляду. Другий підхід розширює часові межі пред'явлення цивільного позову особою, яка з певних причин не змогла зробити це на стадії досудового розслідування, тому вважаємо його більш ефективним для реалізації потерпілим права на відшкодування шкоди. Для уніфікації правозастосовної практики необхідно внести в законодавство уточнюючі доповнення. М.І. Тлепова пропонує перейменувати окремий етап в стадії судового розгляду на «судове слідство», що сприятиме кращому розумінню закону та доступності правосуддя [1, с. 149].

У доктрині дискусійним також є питання стосовного того, як розподіляється обов'язок та «тягар» доказування під час розгляду цивільного позову у кримінальному провадженні. В.Я. Понарін, дослідивши це питання, поділяє суб'єктів кримінального провадження на тих, хто несе обов'язок доказування, та на тих, на кого покладено «тягар доказування». Він вважає, що реалізація обов'язку доказування полягає в збиранні, оцінці, дослідженні доказів і відносить до цієї категорії суб'єктів прокурора, слідчого, начальника слідчого відділу. До суб'єктів «тягаря доказування» він відносить цивільного позивача, цивільного відповідача, їх представників, а також захисника, та говорить, що їх дії полягають в наданні предметів і документів та аргументуванні клопотань [2, с. 53]. З думкою науковця не можна не погодитись. КПК України відносить до обставин, які підлягають доказуванню, вид та розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та покладає обов'язок доказування на слідчого, прокурора. На нашу думку, саме прояв принципу публічності у кримінальному процесі зумовлює те, що обов'язок доказування повинен покладатися на органи, що провадять кримінальний процес, на відміну від цивільного судочинства, де обов'язок доказування покладається на сторону, що висунула вимоги.

Повертаючись до правової природи цивільного позову, слід наголосити на його міжгалузевому характері. Як зазначає К. Можаровська, цей інститут у КПК України потрібно скасувати через його цивільно-процесуальну природу та суперечність з кримінальним процесом [3, с. 179]. Між тим, хотіли б навести власні контраргументи до цієї думки.

Дійсно, цивільний позов – це обов'язковий складник цивільного судочинства, а в кримінальному йому приділяється менше уваги. Отже, хочемо наголосити на перевагах та важливості цього інституту у кримінальному провадженні. Розгляд цивільного позову в межах кримінального провадження дозволяє зекономити час та швидше відшкодувати майнову та моральну шкоду, завдану кримінальним правопорушенням. Позивачу не потрібно в межах різного судочинства доказувати обставини справи, а також сплачувати судовий збір [4, с. 14]. М.І. Тлепова у своєму дослідженні виділяє ще й такі переваги цивільного позову у кримінальному провадженні, як: активна участь цивільного позивача та відповідача у реалізації цього способу відшкодування шкоди, що сприяє повному дослідженню обставин справи та правильному вирішенню питання про відшкодування шкоди; покладання обов'язку доказування розміру та виду шкоди на прокурора, слідчого, а не на цивільного позивача [1, с. 135]. Ще одним позитивним моментом подання цивільного позову саме у кримінальному провадженні є можливість подання позову в рамках цивільного судочинства у разі його залишення без розгляду у кримінальному провадженні. Враховуючи наведене, закріплення можливості подання цивільного позову у кримінальному провадженні є прогресивним кроком законодавця.

Ще однією формою відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, є добровільне відшкодування, яке часто використовується на практиці. Так, зокрема, підозрюваний, обвинувачений, а також за його згодою будь-яка інша фізична чи юридична особа має право на будь-якій стадії кримінального провадження відшкодувати шкоду, завдану потерпілому, територіальній громаді, державі внаслідок кримінального правопорушення. Одним із позитивних аспектів такої форми відшкодування є те, що згідно із ст. 66 ККУ добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди виступає як обставина, що пом'якшує покарання. До того ж слід зазначити, що у ст. 469 КПК закріплено альтернативну форму врегулювання кримінально-правового конфлікту, а саме: можливість ініціювання та укладення угоди про примирення. Водночас така форма не позбавлена певних недоліків та потребує удосконалення. Саме тому одним із перспективних напрямів сучасної кримінальної політики повинно бути розроблення привабливих для учасників кримінального провадження форм для добровільного відшкодування шкоди та загалом альтернативних способів врегулювання кримінально-правових конфліктів.

Слід зазначити, що добровільне відшкодування шкоди сьогодні часто розглядається в рамках відновного правосуддя. Відновне правосуддя є одним із альтернативних способів вирішення кримінально-правових конфліктів. На думку Н.В. Нестора, відновне правосуддя – це новий підхід до вирішення конфліктів, спрямований на відновлення справедливості та збалансування потреб потерпілого, правопорушника та суспільства громади. Відновне правосуддя виступає однією з форм самого правосуддя та головним завданням вбачає примирення потерпілого з правопорушником, сприяє усуненню негативних наслідків, які були спричинені кримінальним правопорушенням. Головною метою цього процесу вважається примирення сторін, яке відбувається з використанням «медіації», тобто через зустріч та спілкування сторін кримінального провадження з залученням третьої сторони (слідчого або прокурора). У таких випадках вони домовляються про відшкодування шкоди, саме на добровільних засадах, за спільною згодою, урахувавши бажання та інтереси кожної сторони кримінального провадження. Використання такого способу забезпечує відновлення порушеного права [5, с. 331].

Використання «медіації» здійснюється за допомогою медіатора – особа, яка є кваліфікованою не лише у галузі права, а й знає всі тонкощі психології та соціології, виступає незалежною стороною у вирішенні конфлікту. Аналізуючи зміст відновного правосуддя, ми дійшли висновку, що цей спосіб має ряд позитивних аспектів, зокрема: 1) забезпечує швидкий розгляд справи; 2) спрямований на примирення сторін, що своєю чергою знижує рівень

помсти будь-якого учасника конфлікту відносно іншого; 3) заощаджує державний бюджет; 4) сприяє виправленню правопорушника шляхом усвідомлення та визнання ним негативних наслідків свого діяння, як результат, ми можемо спостерігати зниження рівня рецидивізму. Отже, використання такого способу забезпечує відновлення порушеного права та вважається новою тенденцією кримінально-процесуальної політики.

Щодо форми відшкодування шкоди за рахунок Державного бюджету України, то вона закріплена, зокрема, у ст.56 Конституції України, де зазначено, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень [6]. Хоча така можливість забезпечується не лише КПК України, а й іншими нормативно-правовими актами, зокрема Цивільним кодексом, на практиці зазначені у них норми не мають наразі чітко визначеної процедури та принципу застосування та спрямовують нас на використання спеціального закону, що у чинному законодавстві відсутній. Слід звернути увагу на ч. 2 ст. 130 КПК, де зазначено, що держава, відшкодувавши шкоду, завдану слідчим, прокурором, застосовує право зворотної вимоги до цих осіб у разі встановлення в їхніх діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду, який набрав законної сили, або дисциплінарного проступку незалежно від спливу строків застосування та дії дисциплінарного стягнення. У такому разі слід звернути увагу на коло осіб, щодо яких держава застосовує право зворотної вимоги (прокурор та слідчий), а також на умови такого застосування, зокрема наявність у їх діях альтернативного складу: обвинувального вироку суду, що набрав законної сили, або дисциплінарного проступку незалежно від спливу строків застосування. Аналіз цієї норми дозволяє зробити висновок, що держава встановила певні фінансові гарантії та систему захисту від незаконних дій (бездіяльності) слідчих та прокурорів шляхом можливої компенсації. Ця норма виступає своєрідною мотивацією для зазначених працівників органів правопорядку якісно та належно виконувати свої обов'язки.

Висновки. Інститут відшкодування шкоди у кримінальному провадженні є необхідним для всебічного відновлення порушених прав потерпілого. Істотними та необхідними є всі три форми права на відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, які передбачені у чинному КПК України. Утім, сучасна нормативна модель відшкодування шкоди у кримінальному провадженні характеризується неповнотою правового регулювання та в окремих випадках відсутністю правової визначеності, що своєю чергою створює певні перешкоди на шляху до реалізації потерпілим реалізації свого права на відшкодування шкоди у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим перспективним є врахування законодавцем пропозицій, які напрацьовані у сучасній доктрині з урахуванням потреб практики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тлепова М.І. Процесуальне становище потерпілого під час досудового розслідування : дис. … канд. юрид. наук : Харків, 2015. 221 с.

2. Татарин І.І. Забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, на досудовому розслідуванні : дис. … канд. юрид. наук: Львів, 2015.

3. Можаровська К.В. Юридична природа цивільного позову у кримінальному судочинстві. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 56. С. 172–180.

4. Вернидубов І.В., Белікова С.О. Особливості цивільного позову в кримінальному судочинстві. *Наукові записки НаУКМА*. 2019. Вип. 4. С. 14–20.

5. Нестор Н.В. Поняття, принципи та форми відновного правосуддя. *Форум права*. 2010. № 2. С. 330–333. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30

УДК 343.143
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/114

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ СВІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

ENSURING THE RIGHTS OF WITNESSES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Скрябін О.М., д.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Класичний приватний університет

У статті розкрито сутність поняття «свідок у кримінальному процесі», наведені різні підходи науковців до визначення сутності поняття та процесуального статусу свідка при проведенні кримінального провадження. Свідок у кримінальному процесі – це будь-яка особа, яка володіє інформацією щодо обставин вчиненого кримінального правопорушення, в тому разі, коли він став очевидцем події незалежно від його положення та який не зацікавлений у кінцевому результаті кримінального провадження. Свідок є незамінним джерелом інформації щодо фактів, які мають істотне значення для підтвердження або спростування обставин, які є предметом доказування у кримінальній справі.

Важливим аспектом процесуального статусу свідка порівняно з підозрюваним, обвинуваченим і потерпілим є те, що на законодавчому рівні закріплений обов'язок свідка давати правдиві показання по суті справи. Процесуальний статус свідка не може впливати на його ставлення до справи чи відобразитися на інших факторах, які впливають на достовірність показань.

Особливість процесуального положення свідка полягає у відсутності в нього можливостей впливати на хід кримінального провадження, прийняття рішень про його спрямування, оскарження таких рішень. Факторами, які негативно впливають на активну участь свідка у кримінальному провадженні, є матеріальні незручності та витрати, пов'язані з участю у кримінальному провадженні в якості свідка; виконання обов'язку із дачі показань, пов'язане зі значним нервово-психічним напруженням свідка; потенційна можливість тиску на свідка з боку підозрюваного та інших зацікавлених осіб.

Важливою особливістю роз'яснення прав свідка є те, що воно відбувається безпосередньо перед початком його допиту, при цьому особа набуває статусу свідка відразу після її офіційного виклику на допит. Саме з цього моменту свідок отримує права та обов'язки, передбачені чинним кримінальним процесуальним законодавством. Вирішення вказаної проблеми можливе за допомогою уточнення прав, обов'язків і відповідальності свідків у кримінальному процесі, які будуть роз'яснені шляхом включення їх у зміст повістки.

Ключові слова: свідок, забезпечення прав, кримінальний процес, кримінальне правопорушення, правдивість, розслідування.

The article reveals the essence of the concept of witness in criminal proceedings, presents different approaches of scientists to determine the essence of the concept and procedural status of a witness in criminal proceedings. A witness in a criminal proceeding is any person who has information about the circumstances of a criminal offense, if he has witnessed the event, regardless of his position and who is not interested in the final outcome of the criminal proceedings.

A witness is an indispensable source of information on facts that are essential for confirming or refuting the circumstances that are the subject of evidence in criminal cases. An important aspect of the procedural status of a witness in comparison with the suspect, accused and victim is that the obligation of the witness to give truthful testimony on the merits of the case is enshrined in law. The procedural status of a witness may not affect his attitude to the case or reflect on other factors that affect the reliability of the testimony.

The peculiarity of the procedural position of a witness is the lack of opportunities for him to influence the course of criminal proceedings, decisions on its direction, to appeal such decisions. Factors that negatively affect the active participation of a witness in criminal proceedings are material inconveniences and costs associated with participation in criminal proceedings as a witness; the performance of the duty to testify is associated with significant nervous and mental stress of the witness; the potential for pressure on the witness by the suspect and other stakeholders.

An important feature of the explanation of the rights of a witness is that it takes place immediately before the interrogation, and the person acquires the status of a witness immediately after his official summons for questioning, from which moment the witness receives the rights and obligations under current criminal procedure. legislation. The solution to this problem is possible by clarifying the rights, duties and responsibilities of witnesses in criminal proceedings, which will be clarified by including them in the content of the agenda.

Key words: witness, securing rights, criminal proceedings, criminal offense, truthfulness, investigation.

Постановка задачі. Всі учасники кримінального провадження потребують захисту їх прав і свобод на державному рівні незалежно від їх процесуального статусу та позиції, а також зацікавленості в результаті вирішення справи. Свідок є учасником кримінального провадження, який не стоїть під підозрою, не є обвинуваченим у вчиненні злочину, не є постраждалою стороною, при цьому він залучається до кримінального провадження, а від інформації, яку він надасть, залежить перебіг розслідування кримінального правопорушення. Свідок є джерелом унікальної інформації, яку слідчий і прокурор можуть отримати тільки від нього.

Забезпечення прав свідків у кримінальному процесі є необхідним і важливим завданням, оскільки правдиві показання свідків стають основою для перевірки відомостей, отриманих у ході досудового розслідування, а також дозволяють виявити нові докази та встановити належність доказів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню проблематики участі свідків у кримінальному процесі та окремих аспектів забезпечення їх прав присвятили свої роботи В.І. Бояров (дослідження проблематики анонімності свідків) [1], Ф.Г. Григорьєв (процесуальне положення свідка у кримінальному судочинстві) [2], О.П. Кучинська (особливості процесуального статусу свідків) [3], Т.В. Пацалова (забезпечення безпеки свідків у кримінальному процесі) [4], С.В. Слінько (процесуальний статус свідка) [5].

Мета статті – проаналізувати та дослідити проблемні аспекти забезпечення прав свідків у кримінальному процесі України.

Виклад основного матеріалу. В розрізі досліджуваної проблематики доцільно визначити поняття забезпечення безпеки учасників кримінального процесу, яке, на думку В.М. Тертишника, означає здійснення правових, організаційно-технічних та інших заходів, спрямованих на захист життя, здоров'я, житла, майна, честі та гідності цих осіб від протиправних посягань з метою створення необхідних умов для належного здійснення правосуддя [6, с. 87]. У цьому понятті досить вдало вказується на характер застосовуваних заходів, їх завдання та мету, яка полягає у здійсненні правосуддя.

Свідок у кримінальному провадженні – це будь-яка особа, якій відомі обставини здійсненого кримінального правопорушення, якщо вона стала очевидцем події незалежно від її положення та яка не зацікавлена у кінцевому

результаті кримінального провадження. Свідок надає інформацію про обставини здійсненого кримінального правопорушення, які ґрунтуються на безпосередньому сприйнятті, або ті, які сприйняті з інших джерел, але при цьому він в обов'язковому порядку повинен вказати джерело, з якого йому стали відомі факти, про які він розповідає [7, с. 91]. Свідок, на думку Ф.Г. Григорьєва, – це незамінне джерело відомостей про факти, які мають ключове значення для встановлення або спростування обставин, які входять у предмет доказування по кримінальній справі [2, с. 3].

О.П. Кучинська зазначає, що серед учасників кримінального провадження, які сприяють досягненню його завдань, особливе місце займає свідок. Ця особливість визначається його роллю та місцем у процесі доказування по справі з метою повного, всебічного та об'єктивного дослідження обставин справи. Якщо розглядати свідка як суб'єкта, який є джерелом показань, то ключовою особливістю його процесуального статусу порівняно із підозрюваним, обвинуваченим і потерпілим є наявність законодавчо закріпленого обов'язку давати правдиві показання по суті справи [10, с. 164].

Аналізуючи процесуальне положення свідка, М.Л. Якуб говорить, що воно не може вплинути на його ставлення до справи чи відбитися на інших факторах, які впливають на достовірність показань. Це обставина, яка радикально відокремлює показання свідка із таких засобів доказування як показання підозрюваного, обвинуваченого та потерпілого [8, с. 83].

С.М. Стахівський зазначає, що процесуальне становище свідка здебільшого не відображається на його ставленні до справи та достовірності показань. Це не означає, що свідок не може мати певної зацікавленості у вирішенні справи, але ця зацікавленість зумовлена не його процесуальним становищем, а причинами, які знаходяться за межами процесуальних відносин [9, с. 205]. Такої ж думки дотримується і О.П. Кучинська, яка зазначає, що більш коректно було б говорити про відсутність у свідка зацікавленості в результатах вирішення справи, але аж ніяк не про відсутність законного інтересу під час своєї участі у кримінальному провадженні [3, с. 299].

Особливістю процесуального статусу свідка, на думку С.В. Слінько, є відсутність у нього можливостей впливати на хід кримінального провадження, прийняття рішень про його спрямування, оскаржувати такі рішення [5, с. 879–880].

Доцільно визначити фактори, які негативно впливають на активну участь свідка у кримінальному провадженні: 1) матеріальні незручності та витрати, пов'язані з участю у кримінальному провадженні в якості свідка. Виклик свідка на допит до слідчого або в суд відволікає його від повсякденних справ, свідок має відпрошуватися на роботі, пропускати навчання, відволікатися від інших видів повсякденної діяльності; 2) виконання обов'язку із дачі показань пов'язане зі значним нервово-психічним напруженням свідка, загостренням його емоційного стану, що викликано необхідністю пригадати обставини протиправного діяння; 3) в окремих ситуаціях чималу складність у стимулюванні свідка до активної позиції під час дачі показань викликає потенційна можливість тиску на свідка, різного роду погроз з боку підозрюваного, його родичів чи інших зацікавлених осіб з метою спонукання свідка до дачі неправдивих показань [10, с. 164].

Аналізуючи положення свідків у кримінальному процесі, Ю.В. Лисюк говорить, що серед усіх учасників кримінального провадження фігура свідка є найбільш вразливою, а правовідносини між правоохоронними органами та іншими учасниками кримінального провадження у свідків здебільшого складаються досить важко. Це пов'язано з тим, що цей суб'єкт правовідносин у більшості випадків володіє достовірною та украй важливою для здійснення кримінального провадження інформацією. У разі, якщо в процесі кримінального провадження вдалося встановити таку особу, то це може стати ключовим моментом у вирішенні завдань кримінального судочинства. Тому в умовах сучасності найважливішим моментом для свідка повинен стати факт забезпечення його захисту та безпеки, в тому числі за необхідності його родичам чи близьким, оскільки постійно особа свідка найчастіше піддається різного роду погрозам, шантажу та навіть спробам фізичного впливу [7, с. 92].

Так, до кола прав свідка віднесено такі: знати, у зв'язку з чим та в якому кримінальному провадженні його допитують, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд повинні роз'яснити це, а також зробити відмітки у протоколі допиту свідка; користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката; відмовитися давати показання щодо себе, членів сім'ї та близьких родичів; давати показання рідною мовою або іншою мовою, якою він вільно володіє, користуватися допомогою перекладача, при цьому оплата послуг перекладача здійснюється за рахунок держави; користуватися нотатками та документами під час давання показань у випадках, коли вони стосуються будь-яких розрахунків та інших відомостей, які важко утримувати в пам'яті; на відшкодування витрат, пов'язаних із викликом для давання показань, які розраховуються відповідно до середнього заробітку й виплачуються за місцем роботи за час, витрачений на виклик, відшкодування витрат на проїзд до місця й назад, а також витрат, пов'язаних із проживанням за місцем виклику, та добових; ознайомлюватися з протоколом допиту та заявляти клопотання про внесення до нього змін, доповнень і зауважень, а також власноручно робити такі доповнення й зауваження; заявляти клопотання про забезпечення безпеки за наявності підстав, рішення про застосування заходів безпеки приймає слідчий, прокурор, суд, у яких перебувають провадження, а також орган (підрозділ), який здійснює оперативно-розшукову діяльність щодо осіб, які брали участь або сприяли виявленню, запобіганню, припиненню злочинів; заявляти відвід перекладачеві, якщо є обставини, які викликають обґрунтовані сумніви в його неупередженості.

Також варто зазначити, що новим КПК України не передбачено право свідка подавати скарги прокуророві на неправомірні дії та бездіяльність слідчого, що було закріплено старим законодавством [11, с. 144].

Важливою особливістю роз'яснення прав свідка є те, що воно відбувається безпосередньо перед початком його допиту. Однак особа набуває статусу свідка відразу після її офіційного виклику на допит. Саме з цього моменту вона отримує права та на неї покладаються обов'язки, передбачені чинним кримінальним процесуальним законодавством. Не заперечуючи проти необхідності роз'яснення прав допитуваному перед початком слідчої дії, вважаємо правильною позицію тих авторів, які пропонують перенести етап ознайомлення свідка з його правами, обов'язками та відповідальністю з моменту його допиту на момент виклику [12, с. 53].

Зазначена пропозиція може бути реалізована шляхом включення до змісту повістки витягів із КПК України та інших законодавчих актів, які стосуються прав, обов'язків та відповідальності свідків. Це дозволить свідку усвідомити значення своєї участі у кримінальному провадженні, міру відповідальності за невиконання покладених на неї обов'язків, підготуватися до своєї участі у процесуальних діях, отримати у разі необхідності юридичну консультацію адвоката, забезпечити його участь у проведенні допиту тощо [10, с. 165].

При дослідженні нового КПК щодо статусу та забезпечення прав свідків у кримінальному провадженні,

Г.В. Коновалова зазначає, що у новому КПК залишаються невизначеними проблемні питання, які не знайшли свого вирішення у попередньому КПК України щодо обов'язкової перевірки свідчень анонімних свідків у разі виникнення сумнівів щодо їх правдивості (свідок може обмовити підсудного; він може виявитися ненадійним в силу причин, пов'язаних із його минулим: наявність розумових розладів, галюцинацій, тяги до систематичної брехні); в минулому у нього могли бути невиявлені зв'язки з підозрюваним [13, с. 2]

Для усунення відповідних прогалин у законодавстві підтримуємо позицію В.І. Боярова, який стверджує, що в Законі необхідно точно прописати спеціальну перевірочну процедуру, особливо для тих випадків, коли піддаються сумнівам достовірність і надійність показань анонімних свідків. Зокрема, за рішенням судді (суду) інший суддя перевіряє свідка, оскільки надання йому права давати свідчення анонімно завжди є ризикованим, довіра до такої особи не повинна викликати сумнівів [1].

Висновки і пропозиції. Таким чином, свідок у кримінальному процесі є незамінним джерелом відомостей про факти, які мають ключове значення для встановлення або спростування обставин, що входять у предмет доказування по кримінальній справі. Ключовою особливістю процесуального статусу свідка порівняно з іншими учасниками кримінального провадження є наявність законодавчо закріпленого обов'язку давати правдиві показання по суті справи.

Важливою особливістю роз'яснення прав свідка є те, що воно відбувається безпосередньо перед початком його допиту, при цьому особа набуває статусу свідка відразу після її офіційного виклику на допит. Саме з цього моменту свідок отримує права та обов'язки, передбачені чинним кримінальним процесуальним законодавством. Вирішення вказаної проблеми можливе за допомогою уточнення прав, обов'язків і відповідальності свідків у кримінальному процесі, які будуть роз'яснені шляхом включення їх у зміст повістки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бояров В.І., Руденко М.В. Анонімність свідків: «за» і «проти». *Адвокат*, 2001. №№ 4-5. С. 13–15.
2. Григорьев Ф.Г. Процессуальное положение свидетеля в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2008. 28 с.
3. Кучинська О.П. Процесуальний статус свідків: деякі особливості за новим КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*, 2013. № 1. С. 295–300.
4. Пацалова Т.В. Проблеми забезпечення безпеки потерпілих і свідків у кримінальному судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*, 2006. № 9. С. 138–140.
5. Слінько С.В. Процесуальний статус свідка у кримінальному процесі. *Форум права*, 2012. № 1. С. 878–882.
6. Тертышник В.М. Уголовный процесс : учебное пособие. Харьков : Арсис, 1999. 528 с.
7. Лисюк Ю.В. Процесуальна фігура свідка у кримінальному провадженні: сучасний стан і перспективи. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*, 2014. № 4. С. 90–95.
8. Якуб М.Л. Показания свидетелей и потерпевших. М., 1968. 128 с.
9. Стахівський С.М. Кримінальні процесуальні засоби доказування : дис. д-ра. юрид. наук: 12.00.09. К., 2005. 401 с.
10. Кучинська О.П. Деякі питання забезпечення прав свідків у кримінальному процесі України. *Наукові записки Львівського університету бізнесу і права*, 2012. № 9. С. 163–169.
11. Плєва К. Правовий статус свідків за новим кримінальним процесуальним кодексом України. *Юридичний вісник*, 2014. № 6. С. 142–146.
12. Богатырев Н. Как обеспечить явку участников процесса на первое судебное заседание. Российская юстиция, 2002. № 11. С. 53–54.
13. Коновалова Г.В. Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства за новим КПК України. *Часопис Академії адвокатури України*, 2013. № 20. С. 1–3.

УДК 477
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/115

ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ З ІНШИМИ ДЕРЖАВНИМИ ОРГАНАМИ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

PECULIARITIES OF INTERACTION OF THE STATE BUREAU OF INVESTIGATIONS WITH OTHER GOVERNMENT BODIES DURING THE PRE-TRIAL INVESTIGATION

Цимбал П.В., професор,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики
Університет державної фіскальної служби України

Манзюк О.І., студентка VI курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті розглядається взаємодія Державного бюро розслідувань з іншими державними організаціями. Державне бюро розслідувань є центральним органом виконавчої влади, який здійснює правоохоронну діяльність з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття злочинів, скоєних державними службовцями, посадовими особами, у тому числі суддями. Державне бюро розслідувань у своїй діяльності керується Конституцією України, міжнародними договорами України.

Поняття взаємодії, яке є основою цієї роботи, можна сприймати по-різному. Загалом його можна охарактеризувати як процес взаємозумовленого впливу кількох об'єктів один на одного з подальшим створенням системи зв'язків. Таке визначення ми використовуємо під час розгляду вказаного питання, але необхідно розглянути цей процес у більш вузькому контексті.

Можна розглядати взаємодію як узгодження місця, часу і мети роботи співробітників під час розслідування. При цьому при взаємодії може бути присутнім як один елемент, так і всі три. Так само взаємодію оперативних і слідчих підрозділів можна визначити як засноване на нормативних актах співробітництво не підпорядкованих один одному органів, які діють відповідно до поставленої мети, поєднуючи використовувані органами різні методи і засоби. Важливе значення мають використовувані методи і засоби при їх поєднанні. При цьому використовуються процесуальними органами слідчі дії докорінно відрізняються від оперативно розшукових заходів, як правовою регламентацією, так і своєю специфікою виконання і закріплення.

Метою взаємодії є максимальне об'єднання сил і засобів органів слідства і дізнання в боротьбі зі злочинністю за рахунок правильного використання в ході розслідування кримінальних справ процесуальних, адміністративних та оперативно-розшукових функцій, отримання таким шляхом найбільш ефективних результатів під час здійснення завдань кримінального судочинства.

Ключові слова: Державне бюро розслідувань, організація, взаємодія, співпраця, співробітництво, слідчий, оперативний працівник, поліція, розслідування, правоохоронна діяльність.

This article examines the interaction of the State Bureau of Investigation with other state organizations. The state Bureau of Investigation is the central executive authority that carries out law enforcement activities for the purpose of preventing, detecting, suppressing and solving crimes committed by civil servants, officials, including judges. The State Bureau of Investigation is guided in its activities by the Constitution of Ukraine and international treaties of Ukraine.

The concept of interaction that forms the basis of this work can be perceived in different ways. In general, it can be characterized as the process of interdependent influence of several objects on each other, the subsequent creation of a system of connections. This definition is relevant to the issue under consideration, but it is necessary to consider this process in a narrower context. Interaction can be considered as a coordinated place, time, and purpose of work of employees during the investigation. In this case, the interaction can include either one element or all three.

Also, the interaction of operational and investigative units can be defined as cooperation based on regulatory acts of bodies that are not subordinate to each other, acting in accordance with the set goal, combining various methods and means used by the bodies. As can be seen from the above definition, the methods and tools used when combining them are important. At the same time, the investigative actions used by the procedural bodies radically differ from operational search measures, both in their legal regulation and in their specifics of execution and consolidation.

The purpose of cooperation is the maximum combination of forces and means of investigation and inquiry in the fight against crime through the proper use of procedural, administrative and operational-investigative functions in the investigation of criminal cases, thus obtaining the most effective results in the implementation of criminal proceedings.

Key words: State Bureau of investigation, organization, interaction, cooperation, cooperation, investigator, operative, police, investigation, law enforcement.

12.11.2015 був прийнятий Закон «Про Державне бюро розслідувань». Однак окремі практики почали стверджувати, що саме з моменту набрання чинності вводяться в дію положення ч. 4 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК). Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ у роз'ясненні від 02.03.2016 акцентував увагу на тому, що початок дій положень ч. 4 ст. 216 КПК пов'язаний не з моментом набрання чинності законом, який регулюватиме діяльність Державного бюро розслідувань (далі – ДБР), а з початком здійснення останнім функцій органу досудового розслідування.

20.11.2017 закінчився 5-річний термін повноважень органів прокуратури з розслідування злочинів, підслідних органам ДБР, і положення ч. 4 ст. 216 КПК набули чинності. ДБР так і не було створено, хоча конкурсна комісія вже обрала його керівництво. Окремі опитані працівники (44% слідчих і 65% прокурорів) з урахуванням положень ч. 9 розд. XV Конституції необґрунтовано вважають, що після 20.11.2017 слідчі органів прокуратури уповноважені і надалі здійснювати провадження щодо кримінальних злочинів, віднесених до підслідності органів ДБР. Однак ні положення ст. 1311 Конституції, ні положення ст. 2 Закону «Про прокуратуру» нормативно не закріплюють за прокуратурою функції досудового розслідування. Це насамперед зумовлено ідеологією чинного КПК про необхідність чіткого розмежування функцій процесуального керівництва та досудового розслідування для забезпечення належної реалізації основи змагальності в кримінальному процесуальному доказуванні.

Отже, функція попереднього розслідування прокуратури відповідно до п. 9 розд. XV «Перехідні положення»

Конституції має тимчасовий характер. Так, у ч. 4 розд. XIII «Перехідні положення» Закону «Про прокуратуру» визначено, що до початку діяльності ДБР, але не пізніше 5 років після набрання чинності КПК, слідчі органів прокуратури здійснюють досудове розслідування у визначеному цим кодексом порядку.

Аналогічне положення передбачено й у розділі XI «Перехідні положення» КПК. Після введення в дію положень ч. 4 ст. 216 кодексу кримінальні провадження, створені слідчими органів прокуратури, продовжують здійснюватися останніми до закінчення досудового розслідування, але не більше двох років. Після цього в 3-місячний термін вони передаються слідчим органам ДБР. Результати проведеного аналізу положень ч. 9 розд. XV Конституції, приписів ч. 4 розд. XIII Закону «Про прокуратуру» та п. 1 розд. X КПК дають підстави вважати, що між цими нормами існує колізія, пов'язана з моментом закінчення у слідчих органів повноважень із розслідування злочинів, віднесених до підслідності органів ДБР.

Державне бюро розслідувань є центральним органом виконавчої влади, який здійснює правоохоронну діяльність з метою попередження, виявлення, припинення та розкриття злочинів, скоєних державними службовцями, посадовими особами, в тому числі суддями. Державне бюро розслідувань вирішує завдання з попередження, виявлення, припинення, розкриття та розслідування:

1) злочинів, скоєних посадовими особами, які займають особливо відповідальне становище відповідно до ч. 1 ст. 9 Закону України «Про державну службу», особами, посади яких віднесені до першої-третьої категорій посад державної служби, суддями та співробітниками правоохоронних органів, крім випадків, коли ці злочини віднесені до підслідності детективів Національного антикорупційного бюро України;

2) злочинів, скоєних посадовими особами Національного антикорупційного бюро України, заступником Генерального прокурора України-керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури або іншими прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури [1, с. 60].

Поняття взаємодії, яке є основою для цієї роботи, можна сприймати по-різному. Загалом його можна охарактеризувати як процес взаємозумовленого впливу кількох об'єктів один на одного з подальшим створенням системи зв'язків. Необхідно розглянути цей процес у більш вузькому контексті.

Можна розглядати взаємодію як узгодження місця, часу і мети роботи співробітників під час розслідування. При цьому при взаємодії може бути присутнім як один елемент, так і всі три. Так само взаємодію оперативних і слідчих підрозділів можна визначити як засноване на нормативних актах співробітництво не підпорядкованих один одному органів, які діють відповідно до поставленої мети, поєднуючи використовувані органами різні методи і засоби.

Важливе значення мають використовувані методи і засоби при їх поєднанні. При цьому слідчі дії, які використовуються процесуальними органами, докорінно відрізняються від оперативно-розшукових заходів як правовою регламентацією, так і своєю специфікою виконання і закріплення. Необхідність взаємодії між слідчими та оперативними органами зумовлена низкою причин. По-перше, це спільність завдань, які стоять перед співробітниками підрозділів щодо протидії злочинності, ліквідації причин і умов злочинності. По-друге, існує кардинальна відмінність у використовуваних методах, що вимагає об'єднання результатів діяльності для повноцінного виконання завдань, покладених на ОВС, в частині припинення та розкриття злочинів. По-третє, необхідність взаємодії виникає внаслідок самостійності і відсутності підпорядкованості підрозділів один одному [2, с. 8].

При всіх вказаних причинах взаємодія не усуває суттєвих відмінностей як у правовому регулюванні, так і в напрямах роботи, часто створюючи протиріччя. Так, слідчий за своїм процесуальним статусом володіє владними повноваженнями, якими він може скористатися, видавши доручення оперативному співробітнику. Взаємодія є однією з функцій управлінської діяльності, вона забезпечує поділ праці і узгодженість дій, дозволяє економити сили, засоби, час. За допомогою взаємодії реалізуються завдання, які не можливо вирішити розрізненими діями. Одним із завдань взаємодії оперативних підрозділів і слідчого є організація об'єднання людей [3, с. 14].

Метою взаємодії є максимальне об'єднання сил і засобів органів слідства і дізнання в боротьбі зі злочинністю за рахунок правильного використання в ході розслідування кримінальних справ процесуальних, адміністративних і оперативно-розшукових функцій, отримання таким шляхом найбільш ефективних результатів у здійсненні завдань кримінального судочинства.

Взаємодія оперативних співробітників і слідчого має теоретичні та правові підстави. Розробка теоретичних основ взаємодії слідчого та органів дізнання дозволяє відповісти на питання:

1) в яких цілях здійснюється взаємодія;

2) чому вона можлива;

3) чим викликана її необхідність [4, с. 16].

Правовими підставами взаємодії Державного бюро розслідувань та інших державних органів є положення законів і підзаконних нормативних актів, які визначають завдання, принципи і порядок взаємодії, її організацію, права та обов'язки слідчих і органів дізнання при її здійсненні. Ефективність такої взаємодії залежить від безлічі факторів, у тому числі і від вибору форми взаємодії.

Повноваження ДБР визначаються Законом України «Про Державне бюро розслідувань» (далі – Закон). Так, ДБР:

1) бере участь у формуванні та реалізації державної політики у сфері протидії злочинності;

2) здійснює інформаційно-аналітичні заходи щодо встановлення системних причин та умов виявів злочинності, вживає заходів для їх усунення;

3) припиняє і розкриває злочини;

4) здійснює оперативно-розшукову діяльність і попереднє розслідування злочинів;

5) здійснює розшук осіб;

6) використовує гласних і негласних штатних і позаштатних працівників, матеріально і морально заохочує осіб, які надають допомогу;

7) розробляє та затверджує методику розслідування окремих видів злочинів;

8) вживає заходи щодо відшкодування завданих державі збитків і шкоди, забезпечує можливості для конфіскації;

9) вживає заходи для повернення в Україну з-за кордону коштів та іншого майна, отриманих у результаті вчинення злочинів;

10) має доступ до інформаційних систем органів державної влади, самостійно створює інформаційні системи та веде оперативний облік;

11) організовує забезпечення особистої безпеки осіб рядового і начальницького складу, державних службовців ДБР та інших осіб;

12) забезпечує роботу з підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників;

13) здійснює виконання запитів про надання правової допомоги від компетентних органів іноземних держав;

14) розробляє пропозиції до проектів міжнародних договорів України;

15) співпрацює з поліцейськими та іншими відповідними органами іноземних держав;

16) забезпечує дотримання режиму таємниці та іншої інформації з обмеженим доступом;

17) звітує про свою діяльність, інформує товариство про результати роботи;

18) здійснює інші повноваження, передбачені цим Законом.

Серед ситуацій, у яких здійснюється взаємодія ДБР та інших державних органів, необхідно виділити такі:

1. Порушенню кримінальної справи передувало виявлення слідів злочину.

2. У разі, якщо особи, щодо якої порушено кримінальну справу, не знайдено або не виявлено.

3. Якщо слідчий відчуває труднощі при зборі доказів.

Є й інші ситуації, у яких взаємодія слідчого і оперативного співробітника виправдана і дійсно необхідна. Правові основи ДБР та інших державних підрозділів органів внутрішніх справ складають такі нормативні акти як Конституція України, яка безпосередньо не регламентує сам процес взаємодії, але містить основні положення діяльності з охорони прав і законних інтересів громадян. Порядок спільної роботи встановлює Кримінально-процесуальний кодекс України. Процес взаємодії слідчих і оперативних органів повинен будуватися на основі принципів, які характеризують специфіку цієї діяльності:

1. Принцип законності, дотримання прав і законних інтересів громадян, який є основним для всієї правозастосовчої діяльності, відповідає законам та іншим нормативно-правовим актам усього процесу спільної діяльності слідчого і оперативного працівника, визначає правомірність такої діяльності, при відсутності якої вона не має сенсу. Можна сказати, що цей принцип реалізує дію інших принципів.

2. Принцип комплексного використання сил і засобів, який передбачає використання усіх форм взаємодії з урахуванням конкретної слідчої ситуації і оперативної обстановки. До того ж слідчі дії та оперативно-розшукові заходи здійснюються на основі єдиної мети, вони повинні складати єдиний процес розкриття і розслідування злочину. Елементи цієї діяльності взаємодоповнюють один одного і часто випливають один з іншого. Так, на основі результатів ОРД слідчий може порушити кримінальну справу. У свою чергу слідчі дії створюють необхідність проведення оперативно-розшукових заходів, створюючи ланцюг дій, які призводять до досягнення практичного результату розслідування найбільш ефективним шляхом.

3. Принцип самостійності у прийнятті рішень, який випливає із процесуального статусу слідчого і демонструє характер його взаємодії з оперативними співробітниками. Так, слідчий самостійно вирішує питання про проведення тієї чи іншої слідчої дії та несе персональну відповідальність за процес її здійснення та отримані результати, а також докази, в тому числі надані оперативними співробітниками.

4. Узгодженість взаємодії має особливе значення, тому виділяють принцип планування, тобто здійснення роботи на плановій основі. Планування дозволяє ефективно витрачати сили і кошти на проведення розслідування, складати порядок взаємодії. План розслідування може бути єдиним або роздільним у разі конфіденційного використання оперативно-розшукових заходів [5, с. 11].

Роль керівництва в реалізації взаємодії досить помітна. Керівник ДБР здійснює належне керівництво з поставлення цілей взаємодії, відпрацювання тактики і стратегії. Найважливішою функцією керівництва є контроль, який дозволяє виявляти недоліки, встановлені в процесі здійснення взаємодії, і усувати їх шляхом як владних приписів, так і неформального впливу на підлеглих учасників розслідування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аменицька Н.А. Слідчі органи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність у розкритті та розслідуванні злочинів (в ОВС) : дисертація кандидата юридичних наук. Новгород, 2006, 273 с.

2. Арістанбеков М.А. Особливості взаємодії слідчого з оперативно-розшуковими органами. *Актуальні проблеми сучасності*. 2016. № 3(13). С. 6–10.

3. Афанасенко О.М., Ковальов С.М. Актуальні проблеми взаємодії органів попереднього слідства і співробітників оперативних підрозділів. *Алея науки*. 2017. С. 526–529.

4. Дубоносов Є.С. До питання про розвиток вчення про оперативно-розшукове забезпечення розслідування злочинів. *Вісник ННГУ*, 2015. № 2.

5. Журба О.Л. Принципи взаємодії слідчих і оперативних підрозділів при порушенні кримінальних справ людьми. 2015. № 2(28).

УДК 656.081
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/116

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ КООРДИНАТ РОЗТАШУВАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ ВІДНОСНО ЕЛЕМЕНТІВ ДОРОГИ ЗА ДАНИМИ ФОТО- ВІДЕОФІКСАЦІЇ

CERTAIN ASPECTS OF DETERMINATION OF COORDINATES OF LOCATION OF VEHICLES REGARDING ROAD ELEMENTS ACCORDING TO PHOTO-VIDEO FACILITATION

Чернякович Н.А., старший судовий експерт сектору автотехнічних досліджень відділу автотехнічних досліджень та криміналістичного дослідження транспортних засобів
Рівненський науково-дослідний експертно-криміналістичний центр
Міністерства внутрішніх справ України

Стаття присвячена особливостям проведення фототехнічної експертизи у справах, пов'язаних із дорожньо-транспортними пригодами. При проведенні вказаних експертиз серед основних завдань є встановлення координат розташування транспортних засобів відносно меж проїзної частини у різні моменти часу. Із розвитком технічних засобів фіксації дорожніх обставин і збільшенням їх використання водіями з'явилася можливість фіксування дорожніх обставин на всіх стадіях пригоди. В методичній літературі наведені аспекти встановлення розмірних характеристик різних об'єктів за умови, що вони зафіксовані в кадрі фото- чи відеозображення.

У цій статті автором досліджено можливість встановлення координат розташування транспортного засобу відносно меж проїзної частини за даними фото- та відеофіксації методом, який базується на законах побудови лінійних перспективних зображень. З метою підтвердження доцільності застосування цього методу було проведено низку експериментів, в ході яких порівнювалися значення, отримані розрахунковим шляхом у процесі графічних побудов на кадрах фотозображень зі значеннями натурних величин.

Результати проведених експериментальних досліджень підтвердили можливість встановлення координат розташування об'єктиву фотокамери відносно меж проїзної частини за даними виконаних нею фотозображень, застосовуючи закони побудови лінійних перспективних зображень. Похибка між величинами, отриманими розрахунковим шляхом, вказує на точність проведення графічних побудов на фотозображеннях.

Встановлення координат розташування транспортного засобу відносно меж проїзної частини дороги в такому випадку встановлюється за допомогою графічного редактора з урахуванням встановленої відстані розташування об'єктиву відеореєстратора до краю проїзної частини; розташування об'єктиву відеореєстратора відносно повздовжньої осі автомобіля; габаритних розмірів транспортного засобу; розмірних характеристик елементів дороги. Наведена у статті модель наочно показує можливість встановлення координат розташування транспортного засобу відносно меж проїзної частини у випадку, коли в кадрі не зафіксовано габаритних розмірів транспортного засобу.

Ключові слова: перспектива, точка сходу, відеореєстратор, проїзна частина, фотозображення, боковий інтервал, транспортний засіб, кадр.

The article is devoted to the peculiarities of photographic examination in cases related to traffic accidents. When conducting these examinations, among the main tasks is to establish the coordinates of the location of vehicles relative to the boundaries of the roadway at different times. With the development of technical means of capturing road conditions and increasing their use by drivers, it has become possible to record road conditions at all stages of the accident.

The methodological literature presents aspects of establishing the dimensional characteristics of various objects, provided that they are recorded in a photo or video image. In this article, the author explores the possibility of establishing the coordinates of the vehicle, relative to the boundaries of the carriageway, according to photo and video capture by a method based on the laws of construction of linear perspective images. In order to confirm this method, a number of experiments were performed, during which the values obtained by calculation in the process of graphical constructions on the frames of photographic images with the values of field values were compared.

The results of experimental studies confirmed the possibility of establishing the coordinates of the location of the camera lens, relative to the boundaries of the roadway, according to the photos taken by it, using the laws of construction of linear perspective images. The error between the values obtained by calculation and natural values, which was obtained during the research, indicates the accuracy of the graphical constructions on the photographs.

Setting the coordinates of the location of the vehicle relative to the boundaries of the roadway, in this case, is set using a graphics editor, taking into account the following parameters: the set distance of the DVR lens to the edge of the roadway; the location of the DVR lens relative to the longitudinal axis of the vehicle; overall dimensions of the vehicle; dimensional characteristics of road elements. Thus, the model presented in the article clearly shows the possibility of establishing the coordinates of the location of the vehicle relative to the boundaries of the carriageway in the case when the frame does not record the overall dimensions of the vehicle.

Key words: perspective, point of convergence, video recorder, carriageway, photographic image, side spacing, vehicle, frame.

Із розвитком технічних засобів фіксації дорожніх обставин (відеокамери зовнішнього нагляду, автомобільні відеореєстратори) та збільшенням їх використання водіями з'явилася можливість фіксування дорожніх обставин на всіх стадіях пригоди. Такі записи в експертній практиці дозволяють отримати об'єктивні дані про розташування транспортних засобів на дорозі в процесі їх руху.

У процесі проведеного аналізу можливостей встановлення бокових інтервалів транспортних засобів за даними фото- відеофіксації виявлено, що така можливість здебільшого описана для випадків, коли транспортні засоби перебувають у кадрах фото- відеозображень. Можливість встановлення бокового інтервалу руху транспортних засобів за умови, що фото-відеозйомка проводиться із салону автомобіля, є не досить вивченою.

У статті висвітлено можливість встановлення розташування транспортного засобу відносно елементів дороги у випадку, коли відеозапис обставин дорожньо-транспортної пригоди проводиться відеореєстратором, встановленим у салоні автомобіля, тобто таким чином, що сам транспортний засіб не потрапляє у кадр і є необхідність визначення його розташування відносно елементів проїзної частини в певні моменти часу. Для цього розглянемо принцип побудови фотографічних зображень.

Об'єкт зйомки здебільшого є не площиною, а частиною простору, в якому на різній відстані від об'єктиву знаходяться різні за формою і розмірами предмети. Функція фотографічного об'єктиву полягає у тому, щоб зображення предметів, які розташовуються у тривимірному просторі, побудувати в одній площині. Побудова фотографічного

зображення заснована на принципі центрального проектування як одного із методів побудови перспективних зображень за допомогою геометричних елементів (точки, лінії, площини) [2].

Перспектива – система зображення об'ємних тіл на площині або який-небудь іншій поверхні, яка враховує їх просторову структуру і віддаленість окремих їх частин від спостерігача [3]. Сутність побудови лінійної перспективи залежить від положення в просторі точки S (точки зору). Якщо в точку S, де знаходиться око спостерігача, помістити об'єктив фотоапарата, то в площині фотозображення сформується зображення, відповідне до того, яке сприймається зором у передбачуваній прозорій вертикальній площині проекції [2].

Сутність центрального проектування схематично показана на рисунку 1, з якого вбачається, що побудова в певній площині перспективи об'єкта зумовлена співвідношенням (положенням у просторі) точки зору S або центру проекції об'єкта, що підлягає відображенню в перспективі і площині проекції (картинної площини К) [2].

Горизонтальна площина Р, на якій знаходяться об'єкти, які спостерігаються, і сам спостерігач, мають назву предметна. Відрізок S'S визначає висоту точки зору (об'єктива) над рівнем предметної площини. Прямі, які проходять від предмета до картинної площини К або ж від неї до точки зору S, мають назву проектуючі лінії, або ж промені (рисунок 2).

Головний промінь зору (відрізок OS) є віссю конуса світлових променів, які потрапляють в об'єктив. Він спрямований перпендикулярно до картинної площини і в місці перетину з нею утворює головну точку картини. Фронтальні перспективні зображення, які зазвичай утворюються в кадрах фотозображень, можуть бути центральними, кутовими, крайніми, перерваними та похилими [4].

Для перспективи характерне зменшення масштабу зображення по мірі збільшення відстані [2]. Тому паралельні лінії, які віддаляються, наприклад межі проїзної частини, бордюри, тротуари, на перспективному зображенні сходяться в одну точку на лінії горизонту (точку сходу О). Будь-яка горизонтальна лінія, проведена в отриманих трикутниках, буде рівною ширині відповідної смуги руху (рисунки 3, 4).

У загальній теорії перспективних зображень вимірювальній фотографії, а також окремим аспектам вимірювальної фотографії в судовій експертизі присвячено багато наукових робіт. Разом із тим практичне застосування визначення розташування точки проведення зйомки (розташування об'єктиву) відносно перспективного зображення є не досить вивченим. Фактори, які впливають на зміну встановлення розташування об'єктиву відносно меж проїзної частини, залежать від відображеного на фотознімку перспективного зображення.

З метою встановлення можливості визначення координат розташування транспортного засобу відносно елементів дороги на фотозображеннях, виконаних за правилами лінійної перспективи, було проведено низку експериментів. В рамках експерименту використовувалася ділянка дороги двостороннього руху, яка має по одній смузі руху в кожному напрямку. Смуги руху розділені між собою горизонтальною дорожньою розміткою. Вимірами проїзної частини встановлено, що відстань від правого краю проїзної частини до правого краю горизонтальної дорожньої розмітки, яка розділяє смуги руху, становить 400 см. Відстань від лівого краю проїзної частини до лівого краю горизонтальної дорожньої розмітки, яка розділяє смуги руху становить, 400 см.

Далі фотозйомка використовувалася із забезпеченням таких умов:

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 1 м;

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 2 м;

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 3 м.

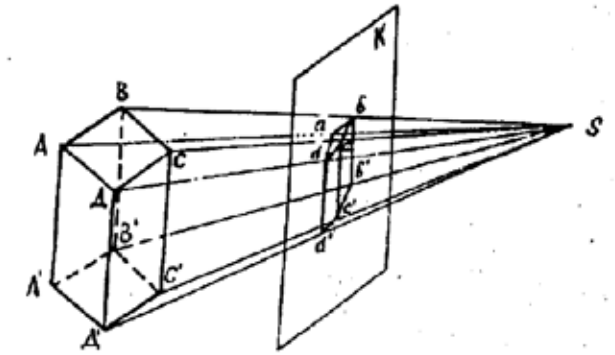

Рис. 1. Побудова перспективного зображення об'єкта у площині

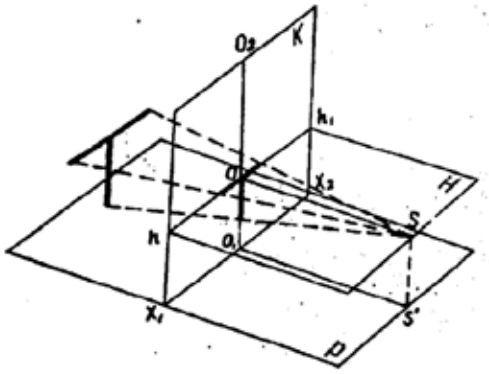

Рис. 2. Побудова зображення при центральному проектуванні

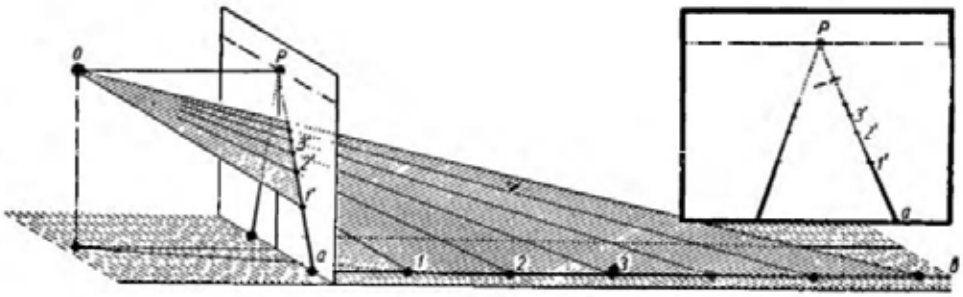

Рис. 3. Побудова перспективи паралельних ліній

Рис. 4. Побудова перспективи на фотозображенні

Рис. 5. Графічні побудови на кадрі фотозображення, де відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 100 см

На отриманих кадрах за допомогою графічного редактора CorelDRAW проводилися графічні побудови в такому порядку:

– на фотозображеннях від осьової дорожньої розмітки до правого краю проїзної частини паралельно лінії горизонту будувалася лінія АБ;

– відносно осьової дорожньої розмітки та правого краю проїзної частини будувалися лінії АО та БО до їх перетину в точці сходу О;

– із точки сходу О опускався перпендикуляр до горизонтальної лінії АБ;

– встановлені числові значення відрізків АБ і БВ на кожному з експериментальних фотозображень.

Метою експерименту була можливість встановлення розташування об'єктиву фотокамери відносно меж проїзної частини в поперечному напрямку. Для встановлення розташування об'єктиву фотокамери відносно меж проїзної частини в поперечному напрямку при проведенні експериментів проводилися розрахунки згідно такого відношення (1):

$$X = \frac{БВ \cdot 400}{АБ}, \qquad (1)$$

де: БВ – відрізок від перпендикуляра, опущеного з точки сходу ліній О до правого краю проїзної частини, см; АБ – відрізок від осьової дорожньої розмітки до правого краю проїзної частини паралельно лінії горизонту, см; 400 – фактичне числове значення ширини правої смуги руху, см.

Підставивши встановлені у процесі графічних побудов числові значення відрізків АБ і БВ у відношення (1) отримаємо:

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становить 100 см (рисунок 5);

$$X = \frac{БВ \cdot 400}{АБ} = \frac{12{,}3 \cdot 400}{51{,}0} = 96{,}5(см)$$

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становить 200 см (рисунок 6);

$$X = \frac{БВ \cdot 400}{АБ} = \frac{22{,}7 \cdot 400}{46{,}1} = 196{,}9(см).$$

– фотокамера встановлена таким чином, що відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становить 300 см (рисунок 7).

$$X = \frac{БВ \cdot 400}{АБ} = \frac{34{,}5 \cdot 400}{46{,}8} = 294{,}9(см)$$

Після отримання експериментальних і розрахункових даних було визначено відносну похибку результатів розрахунків стосовно дійсного значення відстані розташування об'єктиву фотокамери до правого краю проїзної частини. Результати розрахунків наведені у таблиці 1.

У результаті проведеного експерименту встановлено такі закономірності:

– перпендикуляр, опущений із точки сходу горизонтальних ліній на лінії горизонту до нижнього краю фотозображення, відповідає головному променю перспективного зображення та вказує на розташування об'єктиву відносно елементів дороги в поперечному напрямку;

Рис. 6. Графічні побудови на кадрі фотозображення, де відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 200 см

Рис. 7. Графічні побудови на кадрі фотозображення, де відстань від об'єктиву до правого краю проїзної частини становила 300 см

Таблиця 1

Результати експерименту з визначення відстані розташування об'єктиву фотокамери до правого краю проїзної частини

№ експерименту	Дійсне значення, см	Розрахункове значення, см	Відносна похибка вимірювань, %
1	100	96,5	3,6
2	200	196,9	1,6
3	300	294,9	1,7

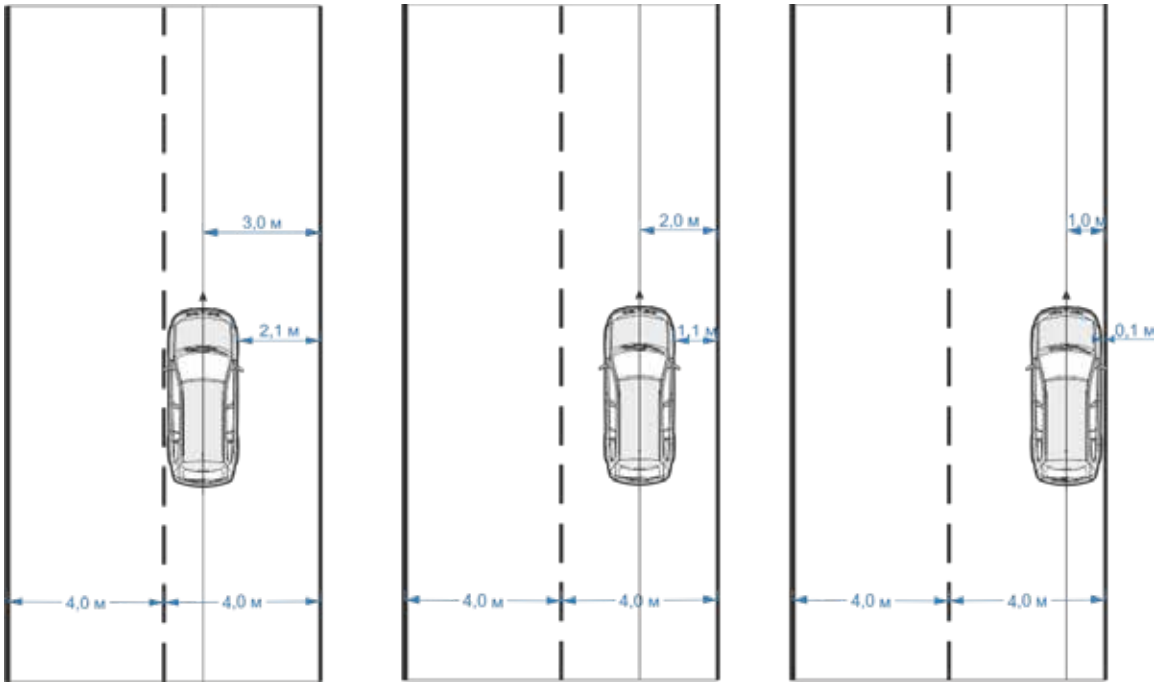

Рис. 8. Графічні побудови для визначення бокового інтервалу автомобіля відповідно до проведених експериментів

– відносна похибка визначення розташування об'єктиву відносно елементів дороги в поперечному напрямку залежить від точності графічних побудов у графічному редакторі та становить 1,6-3,6%.

Проведений експеримент виявив можливість за даними запису відеореєстратора визначити розташування об'єктиву відеореєстратора відносно елементів проїзної частини. Для встановлення розташування транспортного засобу відносно меж проїзної частини необхідно врахувати розмірні характеристики елементів дороги, габаритні розміри транспортного засобу, розташування об'єктиву відеореєстратора відносно повздовжньої осі автомобіля та розташування об'єктиву відеореєстратора відносно елементів проїзної частини.

У подальшому за допомогою графічного редактора побудовано масштабну схему, на якій було відображено елементи проїзної частини в місці проведення експерименту та розташування легкового автомобіля з урахуванням проведених експериментів і за умови, що відеореєстратор встановлений на повздовжній осі транспортного засобу (рисунок 8).

Таким чином, у процесі графічних побудов встановлено, що розташування легкового автомобіля відносно елементів проїзної частини відповідно до експериментів №№ 1-3 становить 0,1 м, 1,1 м, 2,1 м.

Підсумовуючи результати проведеної роботи, варто зауважити, що за наявності запису з відеореєстратора є можливість встановлення розташування транспортного засобу відносно меж проїзної частини. Для цього необхідно знати габарити транспортного засобу, в якому встановлений відеореєстратор, розташування об'єктиву відеореєстратора відносно повздовжньої осі автомобіля та розміри елементів дороги. Експертам при проведенні фототехнічних експертиз (досліджень), завданням яких буде встановлення розташування транспортного засобу відносно елементів дороги за даними записів, виконаних відеореєстраторами, варто враховувати можливу похибку, оскільки вона завжди буде присутня.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бовкун С.А. Лінійна перспектива [Електронний ресурс] : навч. посіб. / С.А. Бовкун. Електрон. дані. Запоріжжя : ЗНТУ, 2017, 1 електрон. опт. диск (DVD-ROM); 12 см. Назва з тит. екрана.

2. Судебная фототехническая экспертиза. Методическое пособие для экспертов. ВНИИСЭ М. 1982. 168 с.

3. Значення терміну «перспектива». [Електронний ресурс]. Доступний із https://uk.wikipedia.org/wiki/Перспектива.

4. Фельдман Я.Д., Курский Л.Д. Техника и технология фотосъемки : учеб. пособие для техникумов / Под ред. Р.Н. Ильина. М. : Легкая и пищевая промышленность, 1981. 240 с., ил.

РОЗДІЛ 10
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 343.163(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/117

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СТАТУСУ МИТНИХ ОРГАНІВ ЯК ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

PROBLEMS IN DETERMINING THE STATUS OF CUSTOMS AUTHORITIES AS LAW ENFORCEMENT AGENCIES AT THE PRESENT STAGE

Трагнюк Р.Р., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються проблеми визначення статусу митних органів як правоохоронних органів згідно з чинним законодавством України. Обґрунтовується, що на сучасному етапі в Україні існує необхідність законодавчого визначення та конкретизації поняття і системи правоохоронних органів. Одним зі складників цього процесу є уточнення правового статусу окремих органів державної влади, що має дискусійний характер з точки зору їх належності до правоохоронних органів. Такими є митні органи, які виконують низку важливих функцій, у зв'язку з реалізацією яких проблема визначення їх статусу як правоохоронних органів набуває особливого значення.

Метою наукової статті є доктринальне вирішення питання про належність митних органів до системи правоохоронних органів України.

Протягом 2019-2020 років в Україні відбувається адміністративна реформа, спрямована на розмежування податкових і митних органів, які до цього моменту розглядалися як єдине ціле – «органи доходів і зборів». При цьому поняття «органи доходів і зборів» було виключене із законодавства України з питань митної справи. Водночас до відповідного законодавства України було запроваджено поняття «митні органи». Аналіз чинного законодавства свідчить, що поняття «митні органи» не є тотожним поняттю «органи доходів і зборів», не є його складником. Тому митні органи (Держмитслужба, митниці та митні пости) не можуть вважатися органами доходів і зборів.

Дослідження законодавства України засвідчує, що воно продовжує розглядати як правоохоронні органи саме органи доходів і зборів. Тому митні органи (Держмитслужба, митниці та митні пости) де-юре не лише не визначаються правоохоронними органами, а й відмежовуються від них. Аналіз покладених на митні органи завдань, функцій і повноважень не дозволяє розглядати їх як правоохоронні органи де-факто. Таким чином, митні органи не є правоохоронними органами.

Ключові слова: митні органи, правоохоронні органи, органи доходів і зборів, адміністративна реформа.

The article examines the problems of determining the status of customs authorities as law enforcement agencies in accordance with the current legislation of Ukraine. It is justified that at the present stage in Ukraine there is a need for a legislative definition and specificity of the concept and system of law enforcement agencies. One of the components of this process is the clarification of the legal status of individual state authorities. This issue is debatable in terms of their belonging to law enforcement agencies. One such authority is the Customs authorities, which perform a number of important functions, in connection with which the problem of determining their status as law enforcement agencies becomes of particular importance.

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.

Within 2019-2020 Ukraine is undergoing administrative reform aimed at distinguishing between tax and customs authorities, which until that moment were considered as a whole – "revenue and collection authorities". At the same time, the concept of "revenue and fees authorities" was excluded from the legislation of Ukraine on customs matters. At the same time, the concept of "customs authorities" was introduced into the relevant legislation of Ukraine. An analysis of existing legislation shows that the concept of "customs authorities" is not identical or synonymous with the concept of "revenue and fee authorities", nor is it an integral part of it. Therefore, customs authorities (State Customs Service, customs and customs posts) cannot be considered revenue and fee authorities.

A study of Ukrainian legislation shows that it continues to be considered as law enforcement agencies by revenue and fees authorities. Therefore, the customs authorities (State Customs Service, customs and customs posts) are de jure not only not defined by law enforcement agencies, but also dissociated from them. An analysis of the tasks, functions and powers assigned to customs authorities does not allow them to be considered as de facto law enforcement agencies. Thus, customs authorities are not law enforcement agencies.

Key words: customs authorities, law enforcement agencies, revenue and fees authorities, administrative reform.

Постановка проблеми. На сучасному етапі в Україні існує необхідність законодавчого визначення та конкретизації поняття і системи правоохоронних органів. Одним зі складників цього процесу є уточнення правового статусу окремих органів державної влади, що має дискусійний характер з точки зору їх належності до правоохоронних органів. Одними з таких органів є митні органи, які виконують низку важливих функцій, у зв'язку із реалізацією яких проблема визначення їх статусу як правоохоронних органів набуває особливого значення.

Проблематикою визначення статусу митних органів займалися дослідники А.Б. Калюта, В.Т. Комзюк, Д.В. Приймаченко, В.В. Прокопенко та інші. Однак на сучасному етапі реформи митних органів питання їх статусу як правоохоронних органів досліджені не досить, що спонукає до проведення цього дослідження.

Метою наукової статті є доктринальне вирішення питання про належність митних органів до системи правоохоронних органів України.

Виклад основного матеріалу. Правовий статус митних органів в Україні визначається Конституцією України, Митним кодексом України від 13 березня 2012 року № 4495-VI (далі – МК України), іншими законами України, міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також нормативно-правовими актами, виданими на основі та на виконання цього Кодексу та інших законодавчих актів, насамперед Положенням про Державну митну службу України, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 року№ 227 (далі – Положення) [1].

За останнє десятиліття статус митних органів у системі адміністративних органів неодноразово змінювався.

Так, згідно із Законом України «Про внесення змін до Митного кодексу України у зв'язку з проведенням адміністративної реформи» № 405-VII від 04.07.2013 поняття «митний орган» в МК України було замінене на поняття «орган доходів і зборів». При цьому поняття «органи доходів і зборів» було визначене як центральний орган виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику, митниці та митні пости (п. 34-1 ч. 1 ст. 4 МК України).

Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України у зв'язку із проведенням адміністративної реформи» № 404-VII від 04.07.2013 відповідні зміни було внесено до Податкового кодексу України щодо державної податкової служби. У результаті відбулося об'єднання функцій і повноважень державної митної служби та державної податкової служби в уніфікований державно-правовий інститут «органів доходів і зборів», який не був тотожний поняттю «митні органи», що використовувалося у законодавстві раніше, оскільки виконував більш широкі завдання й функції, зокрема у сфері формування й реалізації державної податкової політики.

Певний період, а саме з 11.08.2013 (момент набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Митного кодексу України у зв'язку з проведенням адміністративної реформи» № 405-VII від 04.07.2013) до 13.02.2020 (момент набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів у зв'язку із проведенням адміністративної реформи» від 14.01.2020 № 440-IX), центральний орган виконавчої влади, який забезпечував формування та реалізував державну митну політику, митниці та митні пости позначав поняттям «органи доходів і зборів». Крім МК України, це поняття було закріплене й використовувалося в інших законодавчих актах (загалом понад 115 нормативно-правових актів рівня Законів України). У цей період поняття «митні органи» в законодавстві України з питань митної справи не використовувалося.

Протягом 2019-2020 років в Україні відбувалася чергова реформа органів доходів і зборів та митних органів. Так, 6 березня 2019 року Кабінет Міністрів України постановою № 227 затвердив нове Положення про Державну митну службу України, яким Державна митна служба України (Держмитслужба) визначена як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра фінансів, який реалізує державну митну політику, державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань митної справи [1].

Із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів у зв'язку із проведенням адміністративної реформи» від 14.01.2020 № 440-IX (далі – Закон № 440-IX) до законодавства України були внесені системні зміни, спрямовані на забезпечення належного здійснення державної митної та державної податкової політики в частині реалізації концепції однієї юридичної особи для зазначених центральних органів виконавчої влади та визначенням законодавчих умов їх належного функціонування.

Відповідно до Пояснювальної записки до проєкту Закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законів України у зв'язку з проведенням адміністративної реформи» цей проєкт було розроблено з метою приведення у відповідність понятійного апарату в законодавстві України для системи центральних органів виконавчої влади, які реалізують державну митну та державну податкову політики, спрямовані на розмежування функцій Державної митної служби України та Державної податкової служби України [2]. Таким чином, реформа органів доходів і зборів, що відбулася у 2019-2020 роках, була спрямована на розмежування податкових і митних органів, які до цього моменту розглядалися як єдине ціле – «органи доходів і зборів». При цьому поняття «органи доходів і зборів» було виключене із законодавства України з питань митної справи. Водночас до відповідного законодавства України було запроваджено поняття «митні органи».

Так, відповідно до Закону № 440-IX у МК України поняття «орган доходів і зборів» у всіх відмінках і числах було замінено словами «митний орган» у відповідному відмінку та числі. Крім того, цим Законом поняття «орган доходів і зборів» було замінене на поняття «митний орган» та/або «податковий орган» ще у 116 законодавчих актах, зокрема у п. 3-1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування»; ст.ст. 41, 43-1, 232, ч. 2 ст. 259 Кодексу законів про працю України; ст.ст. 163-3, 166-6, 188-23, 234-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення; ч. 2 ст. 91 Кодексу торговельного мореплавства України; ч. 7 ст. 137 Земельного кодексу України; ст.ст. 90, 128, 210, 250, 386 Господарського кодексу України; ст.ст. 111 і 1198 Цивільного кодексу України; ст.ст. 1, 4, 29, 70 Повітряного кодексу України; ч. 3 ст. 144 Господарського процесуального кодексу України; ч. 3 ст. 157 Цивільного процесуального кодексу України; ст. 283 Кодексу адміністративного судочинства України; ст.ст. 25, 35 Закону України «Про Національну поліцію»; ст.ст. 6, 52, 54 Закону України «Про виконавче провадження».

Отже, з 13.02.2020 поняття «органи доходів і зборів» у законодавстві України з питань митної справи не використовується. Легальним поняттям, яке позначає спеціально уповноважених державних суб'єктів, на яких покладається здійснення митної справи, є «митні органи». Їх визначення наведено у п. 34-1 ст. 4 МК України: «Центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну митну політику, митниці та митні пости». Відповідно до п. 1 Положення про Державну митну службу України від 06.03.2019 центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну митну політику, державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань митної справи, є Держмитслужба. Отже, Держмитслужба, митниці та митні пости є митними органами.

При відповіді на питання, чи можуть митні органи на сучасному етапі вважатися органами доходів і зборів, варто виходити із такого. По-перше, у чинному законодавстві немає вказівок на те, що митні органи є органами доходів і зборів, а тому легальна підстава для визначення митних органів органами доходів і зборів відсутня. По-друге, законодавець ніколи не визначав ці поняття одне через інше, що не дає можливості встановити їх співвідношення як частини та цілого.

Так, заміна у законодавстві понять «органи доходів і зборів» на «митні органи» не дає підстав для висновку, що під поняттям «митні органи» в сучасних умовах розуміються ті самі органи, які раніше визначалися законодавцем як «органи доходів і зборів». Порівняльно-правовий аналіз свідчить, що поняття «органи доходів і зборів» є не лише більш широким за обсягом, ніж поняття «митні органи», а й якісно іншим за змістом, оскільки включає таку ознаку як забезпечення формування та реалізації державної податкової політики. Оскільки митні органи не виконують цих завдань, то не можуть вважатися органами доходів і зборів. Отже, поняття «митні органи» не є тотожним чи синонімічним поняттю «органи доходів і зборів», а також не є його складником. З цього випливає, що митні органи (Держмитслужба, митниці та митні пости) не можуть вважатися органами доходів і зборів.

Питання про можливість визначення митних органів як органів доходів і зборів має безпосереднє значення в контексті з'ясування правового статусу цих органів як

правоохоронних. Це зумовлено тим, що однією із ключових характеристик суб'єктів правоохоронної діяльності є те, що вона здійснюється спеціально уповноваженими органами, визначеними законом [3, с. 12]. На рівні Законів України єдиним джерелом визначення переліку правоохоронних органів нині вважається ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», згідно з якою правоохоронні органи – це органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Для визначення можливості віднесення митних органів до правоохоронних необхідно проаналізувати призначення цих органів. Так, відповідно до ст. 544 МК України призначенням митних органів є створення сприятливих умов для розвитку зовнішньоекономічної діяльності, забезпечення безпеки суспільства, захист митних інтересів України. Здійснюючи митну справу, митні органи виконують такі основні завдання: 1) забезпечення правильного застосування, неухильного дотримання та запобігання невиконанню вимог законодавства України з питань митної справи; 2) забезпечення виконання зобов'язань, передбачених міжнародними договорами України з питань митної справи, укладеними відповідно до закону; 3) створення сприятливих умов для полегшення торгівлі, сприяння транзиту, збільшення товарообігу та пасажиропотоку через митний кордон України, здійснення разом з митними органами інших держав заходів щодо удосконалення процедури пропуску товарів, транспортних засобів через митний кордон України, їх митного контролю та митного оформлення; 4) здійснення митного контролю та виконання митних формальностей щодо товарів, транспортних засобів комерційного призначення, які переміщуються через митний кордон України, у тому числі на підставі електронних документів (електронне декларування), за допомогою технічних засобів контролю тощо; 5) аналіз та управління ризиками з метою визначення форм та обсягів митного контролю; 6) забезпечення справляння митних платежів, контроль правильності обчислення, своєчасності та повноти їх сплати, застосування заходів щодо їх примусового стягнення у межах повноважень, визначених цим Кодексом, Податковим кодексом України та іншими актами законодавства України, організація застосування гарантій забезпечення сплати митних платежів, взаємодія з банківськими установами та незалежними фінансовими посередниками, які надають такі гарантії; 7) застосування передбачених законом заходів митно-тарифного та нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, здійснення контролю за дотриманням усіма суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та громадянами встановлених законодавством заборон та обмежень щодо переміщення окремих видів товарів через митний кордон України; здійснення заходів щодо недопущення переміщення через митний кордон України товарів, на які встановлені заборони та/або обмеження щодо переміщення через митний кордон України, а також товарів, які не відповідають вимогам якості та безпеки; 8) здійснення державного експортного контролю в межах повноважень, покладених на митні органи відповідно до цього Кодексу та інших законів України; 9) здійснення контролю за дотриманням правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України; 10) сприяння захисту прав інтелектуальної власності, вжиття заходів щодо запобігання переміщенню через митний кордон України товарів з порушеннями охоронюваних законом прав інтелектуальної власності, недопущення переміщення через митний кордон України контрафактних товарів; 11) запобігання та протидія контрабанді, боротьба з порушеннями митних правил на всій митній території України; 12) здійснення в межах повноважень, визначених цим Кодексом, контролю за діяльністю підприємств, які надають послуги з декларування товарів, перевезення та зберігання товарів, що переміщуються через митний кордон України чи перебувають під митним контролем, здійснюють інші операції з такими товарами, надання дозволів на здійснення зазначених видів діяльності; надання авторизації АЕО; 13) ведення Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності; 14) ведення митної статистики та обмін даними митної статистики з митними органами інших країн; 15) проведення верифікації (встановлення достовірності) сертифікатів про походження товарів з України та видача у випадках, встановлених чинними міжнародними договорами, сертифікатів походження; 16) здійснення обміну документами та інформацією (у тому числі електронною) з іншими державними органами України, митними, правоохоронними та іншими органами іноземних держав; 17) впровадження, розвиток та технічне супроводження інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем і технологій у митній справі, автоматизація митних процедур; 18) здійснення міжнародного співробітництва у сфері митної справи, залучення зовнішніх ресурсів для забезпечення діяльності митних органів; 19) кінологічне забезпечення діяльності митних органів; 20) управління об'єктами інфраструктури митних органів, розбудова митного кордону; 21) здійснення інших визначених законом повноважень, покладених на митні органи.

Згідно зі ст. 546 МК України митниця є митним органом, який у зоні своєї діяльності забезпечує виконання завдань, покладених на митні органи. Вона є територіальним органом центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну митну політику і діє відповідно до Конституції України, цього Кодексу, інших нормативно-правових актів та на підставі положення, яке затверджується наказом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику.

Відповідно до ч. 1 ст. 547 МК України, митний пост є митним органом, який входить до складу митниці як структурний підрозділ і в зоні своєї діяльності забезпечує виконання завдань, покладених на митні органи. Таким чином, закріплений у МК України статус митних органів загалом та митниці і митного поста зокрема жодним чином не передбачає визначення їх як правоохоронних органів чи наявності у них правоохоронних функцій.

У науковій юридичній літературі немає єдності щодо розуміння статусу митних органів як правоохоронних. Так, Д.В. Приймаченко вказує на вирішення митними органами правоохоронних завдань, що досягається шляхом здійснення запобіжних заходів, спрямованих на профілактику митних правопорушень [4, с. 91]. Зокрема, до таких завдань і функцій дослідник відносить дотримання митного законодавства і контроль за його виконанням; сприяння захисту інтелектуальної власності, контроль за дотриманням правил переміщення валютних цінностей через митний кордон України, боротьбу з митними правопорушеннями [5, с. 17–18]. Фахівці зазначають, що юрисдикційна діяльність не є головною і такою, що визначає зміст правозастосовчої роботи органів та підрозділів системи ДМС України [6, с. 87]. Також висловлюється думка, що статус правоохоронного органу повинні мати лише окремі підрозділи митних органів та навчальних закладів, діяльність яких пов'язана з виконанням правоохоронних функцій і підготовкою кадрів за цим напрямом діяльності [7, с. 155].

Нині серед усіх завдань, покладених на митні органи, лише одне (запобігання та протидія контрабанді, боротьба

з порушеннями митних правил на всій митній території України (п. 10 ч. 2 ст. 544 МК України) може розглядатися як таке, що має спрямованість на запобігання та протидію кримінальному правопорушенню, а отже має правоохоронний характер. Однак воно не є головним завданням у комплексі всіх завдань, покладених на митні органи, та не визначає їх призначення.

Відповідно до Розділу XVII МК України митні органи не мають виключних повноважень щодо реалізації заходів щодо запобігання та протидії контрабанді. Такі заходи як контрольовані поставки наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів здійснюються митними органами разом з іншими державними органами, які мають право здійснювати оперативно-розшукову діяльність (ч. 1 ст. 456 МК України); щодо іншого заходу, а саме переміщення товарів під негласним контролем, ст. 457 МК України передбачає його проведення «під негласним контролем та оперативним наглядом правоохоронних органів», тобто вказівка на участь у його здійсненні митних органів відсутня. Таким чином, за функціональним критерієм митні органи не можна вважати правоохоронними органами.

Фактично аналогічної точки зору дотримується законодавець, не передбачаючи статусу митних органів як правоохоронних у жодному із численних законодавчих актів, в яких згадується те чи інше поняття. При цьому варто звернути увагу, що митні органи прямо не вказуються в переліку правоохоронних органів, закріпленому ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» (далі – Закон). Зазначення у цьому переліку «органів доходів і зборів» не означає поширення його дії на митні органи, оскільки вони на сучасному етапі не можуть вважатися органами доходів і зборів. Хоча вказаний перелік є відкритим, критерії віднесення того чи іншого органу до правоохоронного чітко не визначені, про що йшлося вище. Отже, застосування розширювального тлумачення вказаних положень для інших цілей, ніж ті, з якими прийнято розглядати цей Закон, видається недопустимим.

У визначеному на підзаконному рівні переліку правоохоронних органів (Порядку проведення інспектування Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами, затвердженому Постановою КМУ № 550 від 20 квітня 2006 року) до правоохоронних органів віднесено органи прокуратури, служби безпеки, Національної поліції, підрозділи податкової міліції ДФС, Національне антикорупційне бюро, інші утворені відповідно до законодавства органи, які здійснюють правоохоронні функції. Отже, митні органи до переліку правоохоронних органів не віднесено. Максимально чітко позиція законодавця щодо розмежування правоохоронних і митних органів втілена в ч. 11 ст. 91 Закону України «Про державну службу», де поняття «правоохоронні», «митні» та «податкові» органи вжиті нарізно.

Висновки. Дослідження законодавства України засвідчує, що митні органи (Держмитслужба, митниці та митні пости) де-юре не лише не визначаються правоохоронними органами, а й відмежовуються від них. Аналіз покладених на митні органи завдань, функцій і повноважень не дозволяє розглядати їх як правоохоронні органи де-факто. Таким чином, митні органи не є правоохоронними органами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Положення про Державну митну службу України, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 6 березня 2019 року № 227. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2019-%D0%BF#Text.

2. Пояснювальна записка до проєкту Закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законів України у зв'язку з проведенням адміністративної реформи» № 2318-1 від 14.11.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67402.

3. Лапкін А.В. Організація судових і правоохоронних органів України : навч. посіб. у схемах. Вид. 7-ме, змін. і допов. Харків : Право, 2018. 170 с.

4. Приймаченко Д.В. Адміністративна діяльність митних органів у сфері реалізації митної політики держави : дис. докт. юрид. наук: 12.00.07. Дніпропетровськ, 2007. 477 с.

5. Приймаченко Д.В. Правоохоронна діяльність митних органів України: ознаки та поняття. *Митна справа*. 2004. № 6. С. 14–18.

6. Калюта А.Б. Адміністративно-юрисдикційна діяльність митних органів України : дис. канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2007. 203 с.

7. Антонов К.В., Варава В.В. Збільшення правоохоронних повноважень митних органів у контексті розвитку митного та оперативно-розшукового законодавства. *Вісник Академії митної служби України. Серія: Право.* 2010. №. 1. С. 152–157.

УДК 343.241
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/118

КОНЦЕПЦІЯ ОРИГІНАЛЬНИХ СУДОВИХ ВИРОКІВ

THE CONCEPT OF UNUSUAL COURT VERDICTS

Гуртовенко О.Л., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального права
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті аналізуються ключові питання кримінального права, а саме концепція оригінальних судових вироків. Раніше автор цієї статті запропонував виділяти кримінально-правову партикологію – вчення про кримінально-правові залученість, відчуженість і перенасиченість. У цьому контексті привертають увагу оригінальні судові вироки, які ухвалюються в США і низці інших країн, зокрема, creative justice американського судді М.А. Чікконетті. Суддя часто пропонував підсудному вибрати покарання у виді позбавлення волі або винайдений суддею спосіб покарання (наприклад, нестандартний вид громадських робіт), який, на думку судді, полягав у тому, що підсудний опинявся у стані потерпілого, потерпілих тварин або схожому стані. М.А. Чікконетті прагнув утворити якомога кращий зв'язок між злочином і покаранням, щоби запобігти повторному вчиненню злочину, як мінімум, засудженими.

Згідно із звітом Міністерства юстиції США за 2014 р., загальнонаціональний рівень рецидивізму після відбуття покарання у виді позбавлення волі в США становить більше 75%. Понад 50% колишніх ув'язнених протягом року вчиняють новий злочин, який може призвести до їх засудження до позбавлення волі. Водночас М.А. Чікконетті повідомляє, що рівень рецидивізму (тут – повторного вчинення злочину) серед засуджених ним у межах creative justice становить 10%. Чимало потерпілих і засуджених говорили, що суддя допоміг їм істотно змінити їх життя на краще. У цьому зв'язку була би корисною офіційна статистика.

Концепція оригінальних судових вироків є прикладом реалізації судових програм щодо альтернатив позбавленню волі.

Необхідно з'ясувати, як співвідносяться концепція оригінальних судових вироків, конкретні оригінальні судові вироки і, зокрема, таке: 1) характеристики (природа, менталітет, уклад життя) відповідних учасників юридичних процедур і суспільств, до яких вони належать; 2) міжнародне право; 3) завдання кримінального права, включаючи погляд на кримінальне право, як на ліберо у футболі; 4) уявлення про ефективність кримінального права, каяття, виправлення тих, хто вчинив кримінальні правопорушення; 5) уявлення про активні і пасивні явища в суспільстві, зокрема, в кримінальному праві; 6) положення балансології; 7) положення антропологічної партикології як компонента балансології; 8) досить звичні положення юридичної психології і юридичної соціальної психології; 9) кримінально-правові етика та естетика; 10) уявлення про гуманізм, толерантність, доцільність; 11) уявлення про «мінімізацію» кримінального права; 12) уявлення про метод батога та пряника, принцип і метод «доброго і поганого поліцейських», призначення покарань, межі допустимості своєрідного «шантажу», заборона катувань, восьма поправка до Конституції США (розглянуті в цій статті приклади оригінальних рішень не є її порушенням); 13) уявлення про диференціацію та інтеграцію, диференціацію та індивідуалізацію юридичних, зокрема, кримінально-правових заходів впливу; 14) оригінальні підходи в різних галузях права; 15) уявлення про ономастику, епоніми і меметику, зокрема, в юриспруденції, кримінальному праві. Через відповідні часткові невирішеність, недостатній рівень певності потерпають суб'єкти суспільства. Усвідомлення цього не полегшує життя людей, «не цікавить» тих, хто опинився у скрутному становищі, спонукаючи до подальших досліджень, рішень і дій. Така ситуація є спільною для всіх сфер життєдіяльності людини і суспільства.

Ключові слова: концепція оригінальних судових вироків, креативне правосуддя, кримінальне право.

The article analyzes the topical issue of criminal law, namely, the concept of unusual court verdicts. Earlier, the author of this article proposed to develop a criminal law particology as a doctrine of involvement, estrangement, oversaturation in criminal law. In this context, attention is drawn to the unusual court verdicts that could be detected in the United States and a number of other countries, inter alia, creative justice of the American judge M.A. Cicconetti. The Judge often suggested that the defendant choose a sentence of imprisonment or a type of punishment invented by the judge (for example, a creative type of community services), that, in the opinion of the Judge, was that the defendant was in the condition of the victim, or the injured animal, or a similar condition. M.A. Chicconetti sought to establish the best possible connection between certain crime and certain punishment to prevent the recurrence of the crime activity, at least by convicts.

According to The United States Department of Justice report, 2014, the national recidivism rate after serving a prison sentence in the United States is more than 75%. More than 50% of former prisoners commit a new crime within a year that could lead to their imprisonment. At the same time, M.A. Chicconetti reports that the level of recidivism among those convicted within the framework of his creative justice is 10%. Many victims and convicts said that the judge helped them turned their lives around. In this regard, official statistics would be useful.

Unusual court verdicts concept is an example of implementation of Alternative-to-Incarceration Court Programs.

It is necessary to clarify the relationship between the concept of unusual court verdicts, unusual court verdicts in specific cases, and, in particular, the following: 1) characteristics (nature, inter alia, mentality, way of life) of the relevant actors in legal proceedings and their societies; 2) international law; 3) the task of criminal law, including consideration of criminal law as a soccer libero; 4) notions about the efficiency of criminal law, repentance, correction of persones committed criminal wrongdoings; 5) notion about active and passive phenomena in society, inter alia, in criminal law; 6) provisions of balanceology; 7) provisions of anthropological particology as a component of balanceology; 8) quite usual provisions of legal psychology and legal social psychology; 9) criminal law ethics and aesthetics; 10) notion about humanism, tolerance, expediency; 11) notion about criminal law "minimizing"; 12) carrot and stick, the principle and the method of "Officer Friendly and Officer Frosty", notion about sentencing, limits of admissibility of little "blackmail", prohibition of torture, The Eighth Amendment of the United States Constitution (the examples of original decisions considered in this article do not violate it); 13) notion about differentiation and integration, notion about differentiation and individualization of legal, inter alia, measures of criminal law impact; 14) unusual approaches in different fields of law; 15) notion about onomastics, eponyms and memetics, inter alia, in jurisprudence, criminal law. the subjects of society suffer from an insufficient level of certainty due to the relevant partially unresolved issues. Awareness of this does not make people's lives easier, it does not "interest" those who find themselves in a difficult situation, encouraging further research, decisions and actions. This situation is common to all areas of every human life and the life of society.

Key words: the concept of unusual court verdicts, creative justice, criminal law.

Раніше автор цієї статті запропонував виділяти кримінально-правову партикологію – вчення про кримінально-правові залученість, відчуженість і перенасиченість.

У контексті кримінально-правової партикології, принципу і методу кримінально-правової залученості привертають увагу оригінальні судові вироки, які ухвалюються в США і низці інших країн, розгляд яких є метою цієї статті. Найбільш відомими з таких вироків є рішення муніципального судді (вже у відставці) М.А. Чікконетті (Пейнсвілл, округ Лейк, штат Огайо, США), який перед завершенням кар'єри замислився над викладанням кількох курсів у коледжі [1]. Ці рішення прийняті у стилі, який М.А. Чікконетті називає креативним правосуддям, або творчою справедливістю (англ. creative justice). Акту-

альність питання підсилюється завдяки тому, що у вітчизняних дослідницьких роботах із кримінального права як на узагальненому рівні, так і щодо конкретних випадків замало уваги приділяється питанню індивідуалізації кримінально-правових заходів впливу.

На світогляд М.А. Чікконетті вплинуло, зокрема те, що він був скаутом, і заробляв на навчання в коледжі, працюючи на човні з веслами, а також низка художніх фільмів. Рішення, про які йтиметься, є оригінальними, неортодоксальними, іноді унікальними, ексцентричними і дивовижними. М.А. Чікконетті прагнув утворити якомога кращий зв'язок між злочином і покаранням, щоби запобігти, як мінімум, повторному вчиненню злочину засудженими. Суддя піддавав правопорушників впливу, до якого вони вдалися, у «знятому» (символічному, виховному) виді [2]. Підхід судді змінює уявлення про те, якими можуть бути відповідність, належний зв'язок між конкретним правопорушенням і заходом впливу.

Суддя з розчаруванням бачив, що через рік або два засуджені знову вчиняли такі самі злочини. Це спонукало спробувати щось нове. Незвичайні покарання суддя призначав невеликій кількості осіб, які вчинили злочин вперше. При цьому М.А. Чікконетті завжди надавав підсудному право обрати між покаранням у виді позбавлення волі і винайденим суддею незвичайним покаранням (наприклад, нестандартним видом громадських робіт), яке, на думку судді, полягало в тому, що підсудний опинявся у стані потерпілого, потерпілих тварин або схожому стані [3].

М.А. Чікконетті говорив: «Коли ви маєте справу з людьми і хвалите їх за гарну поведінку, це, як і у дітей, підвищує їх самооцінку». Він висловлюється так: «Моя судова філософія насправді не дуже відрізняється від батьківської філософії. У мене п'ятеро дітей. Ви можете вперіщити, відшльопати їх, але що ви отримаєте? Більшість людей хоче бути хорошими, але мають замало звичок. Ми маємо усунути ці перешкоди» [4]. Тих, хто говорить, що його покарання є жорстокими і незвичайними, він запитує: «Що таке жорстоке і незвичайне покарання? Трохи збентеження і приниження?» [2].

М.А. Чікконетті не вірить, що право в тому виді, в якому воно написано, може бути єдиним способом відправлення правосуддя. У процесі застосування права кожен випадок можна розглядати більш індивідуально. Суддя зазначає, що часто все починається з малого, а не з фелоній, і стає дедалі більшим: «Ми маємо зупинити або відвернути це на початковому етапі. Люди потрапляють до в'язниці. Вони стають більш розумними в кримінальному відношенні, а їх злочини стають дедалі тяжчими». Згідно із звітом Міністерства юстиції США за 2014 р., загальнонаціональний рівень рецидивізму після відбуття покарання у виді позбавлення волі в США становить більше 75%, при цьому понад 50% колишніх ув'язнених протягом року вчиняють новий злочин, який може призвести до їх засудження до позбавлення волі. Суддя же повідомляє, що бачив мало рецидивістів (повторних правопорушників) з того часу, як почав застосовувати креативне правосуддя в середині 1990-х років і рівень рецидивізму (тут – повторного вчинення злочину) серед засуджених ним ув межах креативного правосуддя становить 10%. [3; 5]. Це зменшує потенціал критики за можливий популістський характер рішень. У цьому зв'язку була би корисною офіційна статистика.

М.А. Чікконетті приділяє увагу явищу залученості людини, зокрема, в контексті підвищення ефективності діалогу між підсудним і суддею, потерпілим і суддею та профілактики злочинності. Суддя розповів, що одного разу з якоїсь причини не одягнув краватку і розглядав справи про домашнє насильство тільки в мантії. Він помітив, що за таких умов потерпілі були більш розслабленими і менш наляканими. Наступного дня він теж був без краватки. Реакція така сама. Відтоді він не носив краватку, за виключенням випадків, коли головував на засіданні за участю присяжних. М.А. Чікконетті в його роботі більш за все подобається те, що колишній обвинувачений або член його сім'ї приходить до нього через кілька місяців або років і дякує його за те, що суддя врятував їхнє життя або допоміг змінити його. Вони часто розповідають судді про роботу, сім'ю, академічні досягнення. Згідно із словами судді, посмішка на їхніх обличчях, гордість у голосі дуже відрадні [6]. Чимало потерпілих і засуджених казали, що суддя допоміг їм впоратись із складностями [7].

МА. Чікконетті говорить: «Будьте учасниками різних клубів, організацій, волонтерських організацій, відновлюйте дружні стосунки» [7]. Він надає приклад власною поведінкою, беручи активну участь в громадському житті. М.А. Чікконетті любить тварин [8].

Вироки у стилі М.А. Чікконетті з'являються в США дедалі частіше. Ймовірно, діють закономірності меметики.

Ось зміст деяких вироків М.А. Чікконетті, ухвалених у стилі креативного правосуддя:

1) двадцятирічна Даймонд Т. Гастон використала перцевий аерозоль проти чоловіка. Вона обрала таке покарання замість засудження до покарання у виді позбавлення волі на строк тривалістю тридцять днів: три дні громадських робіт і самостійне використання щодо себе перцевого аерозолю. Після використання аерозолю жінка з'ясувала, що в ньому була тільки вода [9];

2) суддя призначав шумним сусідам покарання у виді проведення одного дня в лісі в тиші, а також прослуховування класичної музики тим, хто занадто гучно слухав рок-н-рол [8];

3) чоловік вкрав в «Армії порятунку» 250 доларів США, призначених для безпритульних. Чоловік вибрав покарання у виді перебування просто неба протягом доби [10];

4) двадцятирічний Дж. Брідінг і дев'ятнадцятирічний К. Лайонс обстріляли чужий автомобіль із пейнтбольних рушниць. М.А. Чікконетті замість покарання у виді позбавлення волі на строк тривалістю шістдесят днів кожному запропонував таке: хлопці мали вибачитися перед жертвою, обстріляти власні автомобілі із пейнтбольних рушниць, почистити ці автомобілі, 40 годин присвятити малюванню в благодійницьких цілях і відшкодувати судові витрати. Підсудні погодилися [11];

5) 26-річна домогосподарка М. Мюррей завела 35 кошенят до холодного місця серед дерев і кинула напризволяще. Дев'ять кошенят швидко померли. Ця жінка не тільки сплатила штраф, а й відчула долю кошенят на власній шкірі. Вона мала провести під охороною приставів ніч у холодному лісі в листопаді під час снігопаду без їжі, води і палатки. Суддя запитав, чи хотіла би жінка чути за таких умов навколо себе виття койотів і шурхотіння єнотів, не знати, де зможе поїсти наступного разу і коли її буде врятовано. Він сказав, що жінка не полишить бідних тваринок і що хотів показати приклад їй та будь-кому, хто вирішив би вчинити, як вона. Жінка обрала це покарання, а не покарання у виді позбавлення волі на короткий строк. Оскільки підвечір дуже схолодніло, суддя дозволив жінці розкласти багаття [12];

6) людина вбила собаку. Згідно із вироком засуджений був зобов'язаний кожного свята жертвувати 40 фунтів собачого корму притулку для тварин округу Лейк [13];

7) А. Морроу на тиждень залишила свого семирічного собаку на прізвисько Мус у брудному захаращеному приміщенні, при цьому собака схуд. Це було розцінено як жорстоке поводження із твариною, зневага до неї. Суддя сказав, що хоче, щоби жінка публічно провела вісім годин на міському звалищі сміття, прибираючи його, тобто в найбільш смердючому місці, думаючи про те, як повелася із собакою. Жінка обрала це покарання замість покарання

у виді позбавлення волі на строк тривалістю дев'яносто днів. За її словами, вибране покарання для неї підходило більше, і вона сказала журналістам, що не має на що скаржитися [14; 5]. Таке спілкування з журналістами є проявом кримінально-правової залученості;

8) М.А. Чікконетті запропонував пом'якшити покарання чоловіку, який вистрілив у голову своєму собаці, якщо цей чоловік погодився би одягти захисний костюм для цуценяти і відвідати початкові школи Пейнсвілла [3];

9) суддя запропонував неповнолітньому юнаку вибрати покарання у виді позбавлення волі на строк тривалістю шістдесят днів або вивчити урок про те, як рятувати життя разом із Міжнародним комітетом Червоного Хреста [7];

10) юнак У. Уайт наніс графіті на камбуз, завдавши шкоди власнику цього приміщення. Суддя запропонував підсудному обрати між покаранням у виді позбавлення волі на строк тривалістю десять днів і тим, щоби пофарбувати зубною щіткою перила будівлі муніципального суду. Було вибрано друге. «Це може зайняти деякий час, але це урок, який потрібно засвоїти», – сказав суддя, дістаючи і піднімаючи зубну щітку, яку мав використовувати засуджений. М.А. Чікконетті назвав вибрану роботу чудовим мистецтвом, а графіті оцінив як неякісні і зазначив, що вони є поганим мистецтвом (таким, що навіть не наближується до якісного). На думку судді, У. Уайт більше ніколи не зробить нічого подібного [15];

11) дев'ятнадцятирічний К. Скотт шляхом використання газонокосарки зобразив на тренувальному полі футбольної команди вищої школи літери «FU», які є скороченням позначенням усталеного англомовного непристойного виразу. Суддя запропонував підсудному вибирати між покаранням у виді позбавлення волі на строк тривалістю десять днів або викошуванням вручну зазначеного поля газонокосаркою застарілого зразка. Підсудний вибрав другий варіант [16];

12) чоловік порушив правила дорожнього руху. Він кричав «свині» на співробітників поліції. Чоловік мав дві години стояти в центрі міста на розі вулиці із 350-футовою свинею і табличкою з написом «Це не офіцер поліції» [2];

13) юнак Д. Уолш вкрав велосипед. Замість покарання у виді позбавлення волі строком тривалістю шістдесят днів хлопець десять днів займався громадськими роботами у виді їзди на велосипеді на параді від імені місцевої благодійницької організації. Юнак сказав журналістам, що зазначені роботи – це краще, ніж тюрма, тому що він може показати людям, що здатен працювати якісніше на користь його громади і він не просто ще одна людина, яка припуститься дурної помилки і прийме дурне рішення. Д. Уолш розповів про своє бажання показати громаді, що може досягти більшого і здатен бути кращим [5];

14) жінка вчинила крадіжку в церкві. Ця жінка мала викласти монетами фразу «Я вкрала монети з цієї церкви» і вибачатися перед кожним віруючим, який входив до церкви;

15) студенти сплюснули шини коліс шкільних автобусів. Ці студенти мали влаштувати пікнік для учнів молодших класів, чий відповідний відпочинок не відбувся своєчасно через згаданий інцидент [6];

16) вісімнадцятирічний чоловік вкрав порнографічну продукцію з книжкового магазину для дорослих. Він мав сидіти перед магазином із зав'язаними очима з табличкою із написом «Не бачу зла»;

17) чоловік вчинив сексуальне домагання. Він мав одягнути костюм курчати, стояти на розі вулиці і тримати табличку із написом «У нашому місті немає курячих ранчо». Чоловіку довелося розповісти про те, що сталося, місцевим телевізійним журналістам [2];

18) няня вдарила хлопця ременем. Вона мала прочитати статті про наслідки жорстокого поводження з дітьми, а потім обговорити їх у залі суду із суддею, матір'ю потерпілого і відвідувачами;

19) чоловік володів вогнепальною зброєю, не отримавши відповідної ліцензії. Він мав відвідати морг і оглянути трупи [2; 8]. Останній випадок нагадує відомій підхід про один із шляхів розвитку злочинної діяльності, який часто яскраво ілюструється на прикладі злочинів проти громадської безпеки.

Суддя зазначає, що в його діяльності альтернативою є саме покарання у виді позбавлення волі і штрафів. За словами судді, його практика є такою, що порушення законів про шкільні автобуси може призвести до того, що правопорушник протягом одного дня виконуватиме роль шкільного охоронця, особа, яка повторно завдала шкоди бездомному собаці, прибиратиме притулки для собак, особа, яка вчинила крадіжку в магазині, надасть консерви для продуктового банку, особа, яка залишить сміття в громадському місці, прибиратиме сміття під час сільського ярмарку або на березі озера Ері, особи, які вчинили ненасильницькі правопорушення, спрямовуватимуться до судового саду, щоби посадити там рослини і нагодувати врожаєм нужденних. Згаданий парк є одним із найулюбленіших проектів судді. Суддя зазначає, що, як старий садівник, який дивився на свою кар'єру із саджання насіння і висмикування бур'янів, він сподівається, що всі звинувачені, які вибрали його креативні покарання, пам'ятають, що він просто намагався змінити їхні життя. Суддя підкреслює, що нерозумність часто можна виправити і йому подобається бути інструментом, який це робить.

Майкл А. Чікконетті в кожному випадку намагався надати урок на все життя: «Якщо ви зробили щось нерозумне, і заплатите за це, зробивши щось нерозумне, то, сподіваюсь, буде ефективним». Він розповів, що один його унікальний випадок не потрапив до новин. Ось відомості про цей процес. Ледачий син лихословив, сварив свою матір і кричав на неї, через що матір била сина по обличчю тильною стороною руки. У відповідь син хапав матір і кидав її на підлогу. Матір було визнано невинною, а сина – винним. Раніше син не притягався до відповідальності. Після суворої «лекції» і попередження суддя запропонував вибір: або відбути покарання у виді позбавлення волі строком десять днів і шістдесят днів умовного покарання, або помити рот, проковтнути мило (це повністю натуральне мило суддя придбав заздалегідь, воно було безпечним для людини, мало жахливий смак і було особисто перевірено суддею) і вибачитися перед матір'ю. Підсудний вибрав другий варіант. За словами судді, ковтання мила було кумедним, але коли чоловік повернувся, щоби вибачитися перед матір'ю, у цього чоловіка сильно ринули сльози. До нього було застосовано пробацію, пробаційним інспектором була матір, надано перелік щотижневих домашніх справ, зобов'язано не поводитися неповажливо щодо матері, яка повідомляла би судді про будь-які порушення з боку сина. Суддя зіткнувся із жінкою через пару років (вона нагадала йому про випадок), яка раділа через те, що вирок змінив її сина, якій успішно працевлаштувався, допомагав їй і з тих пір ніколи не порушував закон.

М.А. Чікконетті колись сказав, що інформація про вироки у силі креативного правосуддя завдяки соціальним мережам стає тривалим покаранням, що є несправедливим щодо правопорушника і не відповідає намірам судді у процесі винесення вироку. У тому інтерв'ю суддя зазначив, що в майбутньому це, швидше за все, вплине на його практику [6; 1] Зазначена невимушена стигматизація є складністю кримінального правосуддя загалом.

Як видається, в разі застосування креативного правосуддя домірність, порівнянність, зв'язок між правопорушенням і заходом впливу бувають більшими або меншими. Ось випадки із практики М.А. Чікконетті, які, ймовірно, можна вважати частково сумнівними в зазначеному відношенні (трапляються і ще більш сумнівні випадки у процесі ухвалення оригінальних рішень):

1) вісімнадцятирічна В. Беском відмовилась сплачувати послуги таксиста, який віз її 30 миль. Її зобов'язали пройти 30 миль за 48 годин;

2) чоловік жорстоко поводився з дітьми. Він мав піти до школи в спорядженні для собак і розповідати про безпеку дітей [8];

3) вісімнадцятирічний Б. Тот разом із друзями, зокрема, вчинив вночі у парку кілька актів завдання шкоди (як-от кидання двох рятівних засобів у воду, пошкодження мосту Wi-Fi баскетбольним м'ячем), перекинув біотуалет, чіплявся до перехожих. М.А. Чікконетті сказав, що хлопець поводився, як тварина, тому має познайомитися з тваринами поближче і піклуватися про них. Це мало показати, хто з них більшою мірою є твариною. А саме юнак зобов'язаний 40 годин прибирати кінський гній на місцевому сільськогосподарському ярмарку, а також пройти восени шість «кредитних годин» у коледжі і відшкодувати шкоду в розмірі 284 доларів і 83 центів США. Б. Тоту заборонили відвідувати відповідний парк і поширили на нього режим комендантської години починаючи з 23:00, який планувалося переглянути через шість місяців. Суддя зазначив, що коли юнаку знову захочеться вести себе по-хамськи в публічному місці, він пригадає трудотерапію, після якої навіть душ допомагає не відразу. Це сприятиме тому, щоби засуджений знову став людиною. Хлопець вибрав запропоноване покарання, щоби призупинити відбуття більшої частини покарання у виді позбавлення волі строком на сто двадцять днів [17–19].

Як зазначалось, М.А. Чікконетті застосовував креативне правосуддя не в усіх випадках. Ось приклад. 23-річний М. Шаттон вбив своє цуценя на прізвисько Нокс через те, що цуценя пішло до ванної кімнати по його ліжку. Чоловік викинув собаку через вікно з шостого поверху житлового будинку. Тіло цуценяти знайшли в ущільнювачі для сміття. Вчинок було розцінено як жорстоке поводження із твариною.

Раніше М. Шаттон був засуджений за два злочини у виді застосування домашнього насильства і місдімінор у виді незаконного поводження з вогнепальною зброєю. Підсудному вже було заборонено перебувати у будинку його матері. М. Шаттон зазначив, що дуже співчуває тваринам, під час інциденту перебував під впливом емоцій і не мав змоги прийняти ліки. Суддя сказав підсудному, що той є порочним, огидним, жорстоким і негуманним. Суддя додав: «О, чи хотів би я розмістити Вас в контейнері для сміття? О, так. Я би із задоволенням це зробив». На думку судді, М. Шаттон мав час, щоби спромогтися вжити ліки, втомився від таких відмовок підсудних і не вважає суд установою, яка мала би надавати медичну допомогу. М.А. Чікконетті зазначив, що хотів би застосувати креативний вирок, але не міг, оскільки підсудний вчинив правопорушення не вперше. Суддя зазначив, що має намір призначити покарання у виді шести місяців позбавлення волі, п'яти років умовного засудження і довічної заборони мати тварин. «Хотів би я сказати, що Вам не дозволено знаходитись серед людей. Я гарантую Вам, що після того, як Ви вийдете звідси, буде вчинено ще один злочин», – додав суддя, спонукнувши підсудного кивнути на знак згоди.

М.А. Чікконетті сказав журналістам: «Деяких людей, давайте подивимось правді у вічі, ви ніколи не зупините. Мені також знадобився час, щоби осягнути це. Я не можу бути рятівником всіх, оскільки деякі не хочуть рятуватись» [3]. Складно судити, були зазначені звернення до підсудного та інтерв'ю М.А. Чікконетті проявом його розчаруванням або він замислив їх як приховані заходи, спрямовані, зокрема, на досягнення спеціальної і загальної превенції, які будуть діяти дуже довго. Але підхід М.А. Чікконетті, згідно з яким креативне правосуддя допомагає не завжди, підтверджується на тільки його практикою. Так, П. Хілл зі штату Айова вчинив крадіжку. Замість покарання у виді позбавлення волі він був зобов'язаний суддею Х. Далтон щодня відвідувати церкву протягом двох місяців. П. Хілл виконав обов'язок. Втім через вісім місяців йому було призначено покарання у виді двадцяти років позбавлення волі за непрямоумисне вбивство, розбій, завдання тяжких тілесних ушкоджень і низку інших злочинів [30].

Ось ще низка прикладів оригінальних американських вироків:

1) М.Д. Суіні зі штату Техас кинула двох коней на вулиці без їжі на чотири місяці. Суддя М. Пітерс призначив їй покарання у виді позбавлення волі строком на тридцять днів, перші три з яких засуджена отримувала тільки хліб і воду. Суддя сказав, що це більше, ніж мали коні. Крім того, суддя для нагадування засудженій про її злочин постановив розмістити на стінах камери засудженої великі плакати із зображенням цих голодних коней [20];

2) підрядник Н. Діонісопулос із Клівленда, штат Огайо, побудував десятки об'єктів нерухомості в нетрях із порушенням будівельних норм. Цими об'єктами він керував як орендодавець. Суддя Р. Пьянка призначив покарання у виді штрафу у розмірі 100 000 доларів США і шестимісячного проживання в побудованому хазяїном нетрів житловому приміщенні, яке було напівзруйнованим. Суддя також зобов'язав засудженого повернути гроші, надані йому орендарями для ремонту приміщень. Власнику нерухомості було дозволено залишати відповідне приміщення тільки для відвідування церкви. Через п'ять років справа розглядалася знову. Суддя дійшов висновку, що підрядник не виправив помилок у сфері будівництва, в будинках не було опалення і гарячої води, електрика працювала з перебоями. Суддя призначив покарання у виді штрафу в розмірі 10 000 доларів США і накладення обов'язку чотири дні щотижня протягом двох місяців поспіль ночувати в одному з житлових приміщень, зведених засудженим [21];

2) в 2012 р. у Північній Каліфорнії грабіжнику призначили покарання у виді позбавлення волі і складання детального звіту-книги про вчинення своїх злочинів. У 2017 р. двом дев'ятнадцятирічним особам було призначено покарання у виді 200 годин громадських робіт і написання книги про те, як вони стріляли в сусіда [21];

3) тринадцятирічна К. Лопан і хлопець, які приятелювали, познайомилися з трирічною дівчинкою, завоювали її довіру, а потім відрізали їх волосся ножицями з хуліганських мотивів. Суддя у справах неповнолітніх, штат Юта, спочатку мала намір призначити покарання у виді тридцяти днів перебування у центрі для малолітніх злочинців і 276 годин громадських робіт. Але потім суддя запропонувала вдвічі скоротити кількість годин громадських робіт, якщо мати дівчинки вкоротить її зачіску в залі суду. Мати погодилась, але оскаржила рішення [22; 23];

4) Ш. Хардін об'їхала тротуаром припаркований шкільний автобус, тим самим порушивши правила дорожнього руху. П. Кар, суддя муніципального суду Клівленда, призначила таке покарання: два дні носити картонну табличку із написом «Тільки ідіот буде об'їжджати шкільний автобус тротуаром». М.А. Чікконетті, якого П. Кар вважає своїм вчителем, прокоментував вирок так: «Немає нічого дурного в невеликій дозі приниження» [24]. Як бачимо, тут персональний характер приниження у вироку є згладженим, можливо, зокрема, з міркувань соціальної психології та етики, врахування ризиків у сфері правомірності та ефективності заходу впливу. Персональний характер публічної ганьби у вказаному випадку присутній імпліцитно, завуальовано. Це, за ідеєю судді, спрямовано на досягнення цілей як спеціальної, так і загальної кримінально-правової превенції.

При цьому П. Кар може бути менш делікатною. Р. Демерон у стані алкогольного сп'яніння телефонував за номером 911 і погрожував вбити поліцейського у відставці, якого давно незлюбив. Р. Демерон мав сто-

яти з табличкою з написом «Я вибачаюсь перед офіцером Сімоном та іншими співробітниками поліції за те, що був таким ідіотом і телефонував, погрожуючи вбити вас. Мені шкода, і цього більше ніколи не повториться». Суддя сама складає тексти написів на відповідних табличках і затверджує їх у вироках. У загаданому випадку із Р. Демероном суддя самостійно виготовила плакат [25];

5) американець М. Байрон образив свою колишню жінку у «Фейсбуці». Суддя Д. Стів запропонував підсудному вибрати покарання у виді позбавлення волі на строк тривалістю тридцять днів або тридцять днів поспіль публікувати у «Фейсбуці» один і той самий текст детального вибачення перед колишньою жінкою та їхнім спільним сином. М. Байрон протримався 26 днів, але суд пробачив йому решту [26];

6) студент Е. Вектор слухав хіп-хоп у своєму автомобілі, увімкнувши музику дуже гучно. Суддя С. Форноф-Ліппенкотт із штату Огайо запропонувала зменшити штраф із 150 доларів США до 35 доларів США, якщо підсудний погодиться 20 годин слухати твори Л. ван Бетховена, Й.С. Баха і Ф.Ф. Шопена. Чоловік після 15 хвилин прослуховування творів Бетховена сказав, що «це взагалі не музика», і сплатив штраф в повному обсязі. Навчання в університеті він завершив успішно [27];

7) у Форт-Луптоні, штат Колорадо, суддя П. Сакко став призначати порушникам тиші (вони, як правило, слухають хіп-хоп і рок-н-рол) години прослуховувань музики, увімкненої якомога гучніше. Суддя прагне влаштувати настільки болючий музичний «терор», наскільки це можливо. Порушники мають слухати пісні з дитячого телевізійного серіалу «Барні і друзі», пісні Джоні Мітчелл, Баррі Манілов та ін. Після цього кількість скарг на порушення тиші істотно скоротилася [28].

Ще один показовий приклад, який, можливо, не належить до кримінального переслідування. Д. Брей, штат Флорида, забув про день народження своєї жінки. Суддя Д. Херлі зобов'язав Д. Брея пройти консультування, придбати квіти своїй жінці, одягнутися і взяти жінку із собою на вечерю та в боулінг [20].

В інших юрисдикціях також зустрічаються оригінальні судові вироки. Так, у Великій Британії торгівець марихуаною Т. Беннетт не зміг би відбути покарання, пов'язане із працею, через травму плеча. Тоді суддя Д. Ламберт зобов'язав підсудного написати в певний строк есе із 5000 слів про шкоду наркотичних засобів. Т. Беннетт встиг написати твір і став есеїстом [29].

Наведені вироки є ще однією спробою оновити кримінальне право шляхом створення його чергової підпарадигми для підвищення ефективності кримінального права. Вони є проявом концепції альтернативних (щодо позбавлення волі і штрафу) заходів покарання. Провідна мета – превенція – залишається, а ось засоби її досягнення є іншими. Така концепція існує в чималій кількості юрисдикцій. Зокрема, в США, де одним із чинників її появи стала висока репресивність і сумнівна дієвість кримінального права, і де альтернативні заходи бувають особливо оригінальними. У США згадана концепція певною мірою оформлена, зокрема, керівництвами і заявами щодо політики покарань федеральної Комісії з призначення покарань (англ. guidelines and policy statements issued by the United States Sentencing Commission), федеральними судовими програмами щодо альтернатив позбавленню волі (англ. Federal Alternative-to-Incarceration Court Programs [31]), науковими підходами і правозастосовною практикою.

Необхідно з'ясувати, як співвідносяться концепція оригінальних судових вироків, конкретні оригінальні судові вироки, і, зокрема, таке:

1) характеристики (природа, зокрема, менталітет, уклад життя) відповідних учасників юридичних процедур і суспільств, до яких вони належать;

2) міжнародне право, як те, яке є чинним у відповідних юрисдикціях, так і те, яке не є в них чинним (було, буде, може стати чинним);

3) завдання кримінального права. Креативне правосуддя нагадує про бритву Хайнлайна, бритву Генлона і бритву Оккама, які мали би бути більш відомими юристам і обґрунтовано використовуватися в усіх сферах життєдіяльності людини і суспільства. Досить давньою є ідея, що кримінальне право має бути проявом принципу ultima ratio (regum/regis) – прикладу ідеї про достатність. Д.Г. Михайлено обґрунтував концепцію багаторубіжного механізму правової протидії корупції [32]. Схожий механізм можна застосувати щодо чималої кількості негативних явищ, зокрема, різних кримінальних правопорушень.

Шерлок Холмс, побачивши наприкінці кар'єри розмах глобальної злочинності, вочевидь, засмутився б через те, що його методи не спроможні ефективно протидіяти новим кримінальним явищам. Тому привертає увагу можливість адаптації в контексті кримінального права концепції ліберо, яка з'явилась у волейболі і була сприйнята футболом. Звісно, з розумінням того, що катеначо (у футболі ця модель є застарілою і не використовується в чистому виді) не підлягає механічній екстраполяції, а також того, що тактика має бути варіативною. Згідно із загальною установкою або більш конкретною ситуацією, ліберо (свіпером) може бути як відмінний від воротаря гравець, так і воротар.

З позицій сфери належного гарний рівень життя людини має відгравати значно більшу роль у протидії злочинності, ніж кримінальне право, криміналістика, кримінальний процес, кримінальне виконавче право, пробаційне право, пов'язане з ними адміністративне право і т. ін. З позицій сфери належного фізика, медицина, соціологія, безпека життєдіяльності, кримінологія, віктимологія, психологія, соціальна психологія, педагогіка, відмінні від зазначених галузі права (зокрема, профілактичне право) і т. ін. мають бути більш вагомими засобами профілактики злочинності, ніж кримінальне право, криміналістика, кримінальний процес, кримінальне виконавче право, пробаційне право, пов'язане з ними адміністративне право і т. ін. Можливо, через існування концепції кримінальних правопорушень є потреба у винайденні і використанні слова, яке прийшло би на заміну слову «злочинність». Але поки що будемо використовувати звичне слово з усвідомленням того, що його необхідно розуміти у світлі зазначеної концепції. Як видається, з позицій сфери сущого навіть за умов кримінально-правового терору кримінальне право, криміналістика, кримінальний процес, кримінальне виконавче право, пробаційне право, пов'язане з ними адміністративне право тощо, відіграють меншу роль у профілактиці злочинності, ніж зазначені чинники.

З позицій сфери належного кримінальне право, криміналістика, кримінальний процес, кримінальне виконавче право, пробаційне право, пов'язане із ними адміністративне право тощо мають відігравати роль ліберо. Завдання кримінального права має полягати в тому, щоби вловлювати те, що через ті чи інші чинники «просочилося» крізь більш глобальні і менш репресивні заходи (рубежі) протидії злочинності, включаючи такий чинник, як недосконалість зазначених заходів. Тобто йдеться про «підстраховування», «підчищення», які, образно кажучи, є честю і відповідальністю кримінального права. У футболі помилка ліберо є більш загрозливою, ніж помилка іншого гравця, який виконує захисну роль. Як видається, не можна вважати, що помилка одного рубежу протидії злочинності є більш загрозливою, ніж помилка іншого. Або на нинішньому етапі розвитку людства це неможливо з'ясувати.

Кримінальне право є багатоколійним (В.О. Туляков, М.І. Хавронюк, О.В. Козаченко, І.М. Горбачова та ін.). Тому в межах кримінального кримінальна відповідаль-

ність має відігравати роль ліберо, а в межах кримінальної відповідальності роль ліберо має покладатись на найсуворіше покарання. Зазначений «розподіл праці» є проявом уявлень про баланси.

Викладене стосується, зокрема, загальної і спеціальної превенції злочинності, кримінально-правового попередження злочинності. Відомо, що ефективність такого попередження може бути різною, що залежить від багатьох чинників. Тому відповідні успіхи креативного правосуддя підлягають аналізу і в контексті уявлень про роль кримінального права як ліберо у сфері протидії злочинності.

Отже, є ще один привід звернутися до питання розподілу ролей між засобами впливу в суспільстві. Креативному правосуддю є місце в зазначених випадках, але самотужки воно не є ефективним засобом протидії глобальній і тяжкій злочинності;

4) уявлення про ефективність кримінального права, каяття, виправлення;

5) уявлення про активні і пасивні явища в суспільстві, зокрема, в кримінальному праві;

6) положення балансології. Це, зокрема, принцип і метод збалансованості (пропорційності) кримінально-правових заходів, баланс між диспозитивністю та імперативністю, уявленнями про належне і суще у сфері пошуку і реалізації балансу між формалізованістю і дискрецією, імпровізацією в життєдіяльності людини і суспільства, регуляторних патернах, соціальних (соціально-психологічних) нормах, юриспруденції, кримінальному праві, принцип і метод бамбука, зокрема, в сенсі «гнеться і не ламається»;

7) положення антропологічної партикології (зокрема, принцип і метод атропологічної залученості) як компонента балансології. Ось лише кілька тем, які не претендують на роль найбільш вагомих у цьому питанні. У різних сферах життєдіяльності людини і суспільства ефект «занурювання» в ситуацію може бути проявом як залученості, так і відчуженості з перенасиченістю. Наприклад, художники полюбляють писати картини так, щоби глядач відчував себе учасником зображеної на картині ситуації або, як мінімум, мав враження того, що він не тільки бачить зображене, а й сприймає рух, звук, запах, смак, має відчуття дотику до предметів і т. ін. Те саме стосується кінопродукції і рекламної продукції.

Творче правосуддя в одних випадках постає зазначеним занурюванням, в інших є схожим явищем. З одного боку, креативне правосуддя схоже на практику викликання стану залученості до культур, які використовують ієрогліфи (людей вчать обводити і букви, але практика щодо ієрогліфів є особливо показовою для ілюстрації ідеї про відповідний прояв залученості). Ця практика використовується, зокрема, в процесі навчання і ознайомлення з історією і культурою. Вона полягає в такому. Людина має обводити ієрогліфи (давньоєгипетські, східні), щоби краще перейнятися духом відповідної культури, зокрема, сенсом конкретного вірша. З іншого боку, в процесі виконання розглянутих юридичних заходів може відбуватися як осмислення злочину, яке призведе до каяття, так і негативне вкорінення, закріплення патерна в психіці особи. Неможливо з високим ступенем точності (особливо без допомоги гіпотетичного штучного інтелекту майбутнього) передбачити індивідуальні і колективні наслідки таких заходів без попереднього проведення як широких досліджень, так і індивідуальних експертиз (зокрема, соціально-психологічного характеру), тобто експертиз щодо конкретних осіб. Питання позитивно-правових і правозастосовних експериментів, зокрема в кримінальному праві, залишається малодослідженим. Тому варто активізувати роботу з проведення допустимих кримінологічних і споріднених експериментів;

8) досить звичні положення юридичної психології і юридичної соціальної психології. Замало знати слова з рішень М.А. Чікконетті. Аналізу підлягає і його «терапевтичний» вплив на підсудних у процесі спілкування з ними під час судових засідань. Манеру спілкування, інтонацію судді, побажанням ним успіхів можна побачити і почути завдяки відеозаписам судових засідань. Вони містяться, зокрема, в Інтернеті, як і фотографії осіб під час відбування ними креативних покарань. Зрозуміло, що неможливо достовірно викласти письмово весь обсяг відеоінформації, аудіоінформації і фотоінформації. Загальний доступ до відповідних відеозаписів також є проявом явища кримінально-правової залученості широкого кола суб'єктів суспільства, зокрема, поширювачів кримінально-правової інформації, людей як адресатів кримінально-правової превенції, дослідників і створювачів права, осіб, які займаються правозастосовною діяльністю. Ймовірно, характеристики «установок», «навіювання», «програмування», натиску та емоційності, які властиві спілкуванню М.А. Чікконетті з підсудними, в одних людей (не тільки тих, до кого безпосередньо звертається суддя) можуть викликати сором і каяття, в інших – негативні емоції (обурення, негативний шок і т. ін.) або різноманітну (і позитивну, і негативну) рефлексію. Як видається, це питання пов'язане із запропонованими автором цієї публікації концепціями «снодійне кримінальне право» і «психоделічне кримінальне право» [33], а також такими видами кримінального права, як усвідомлюване і неусвідомлюване кримінальне право.

Можливим є виникнення, зокрема, таких запитань: а) чи здатен розум сучасної людини скільки-небудь глибоко осягнути механізм впливу наведених оригінальних рішень? б) чи не принесе на нинішньому етапі розвитку людства таке осягнення більше шкоди, ніж користі? Це спільні питання щодо впливу різних видів (зокрема, психотерапії і трудотерапії). Соціальна психологія, меметика, інші підходи як загалом, так і щодо безлічі конкретних ситуацій досі не знають, чого більше – користі (виникнення каяття, відрази до негативних явищ тощо) або шкоди (негативного закріплення прикладу, «зараження» тощо) – від того, що реальна й вигадана злочинна поведінка відображується в художніх творах, засобах масової інформації, Інтернеті тощо.

Будь-який кримінальний процес є не тільки проявом науки, порушень її положень, а й тією чи іншою мірою хоча б одного художнього жанру. Часто має місце жанрова багатоплановість. Із позицій юридичної психології, зокрема, в контексті питання ефективності юриспруденції, підлягає аналізу те, що креативне правосуддя (як конкретне провадження, так і концепція в цілому) є досить багатоплановим із позицій таких жанрів, і вони виражені досить яскраво. Це біографія, історичний твір, епопея, роман, повість, притча, пригода, музичний твір, детектив, нуар, трилер, гангстерський фільм, бойовик, драма, твір жахів. Не виключається виникнення, зокрема, політичного жанру і катастрофи. Варто проаналізувати те, що, з одного боку, креативне правосуддя прагне відповідності між правопорушенням і заходом впливу, а, з іншого боку, може скластися враження, що таке правосуддя буває прикладом трагікомедії – жанру, заснованого на невідповідності героя і ситуаціє (трагічний герой опиняється в комічній ситуації, комічний герой опиняться в трагічній ситуації). Звісно, зазначене правосуддя лише нагадує такі жанри, і в процесі розгляду порушеного питання не варто вдаватися до перебільшення;

9) кримінально-правові етика та естетика;

10) уявлення про гуманізм, толерантність, доцільність;

11) уявлення про «мінімізацію» кримінального права;

12) уявлення про метод батога та пряника, принцип і метод «доброго і поганого поліцейських», уявлення про призначення покарань (зокрема, уявлення про таліон, цілі покарання), межі допустимості своєрідного «шантажу».

Зокрема, згідно із розвинутим баченням кримінального права кримінальне покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність. На практиці нерідко зустрічаються такі неправомірні результати призначення покарання, як завдання засудженим шкоди (застосування до засуджених насильства). Зрозуміло, що такі результати в Україні і чималій кількості інших юрисдикцій не визнаються відкрито (на офіційному рівні) як легітимні і правомірні. Законодавець у багатьох юрисдикціях офіційно не прагне їх досягнення.

Катування є забороненим. Втім низка заходів, передбачених оригінальними рішеннями, нагадує такий вид психічного насильства, як катування музикою. Таке катування практикується, зокрема, співробітниками силових відомств низки юрисдикцій, і це явище стає все більш поширеним.

Як бачимо, суди часом ставлять осіб у досить скрутне становище на кшталт «реаліті-підходу», зокрема, для того, щоби вони відчули те саме або майже те саме, що відчули їх жертви, потерпілі тварини, в тому числі на очах інших людей. Оригінальними рішеннями особи часто прирікаються на певні дискомфорт, ганьбу і публічне приниження (таблички, перевдягання і т. ін. які в одних випадках ганьблять ледве помітно, в інших – істотно, викликають різне сприйняття, зокрема, різну коплаентність із боку засуджених, їх близьких інших суб'єктів суспільства), піддаються певному «терапевтичному» біологічному, психічному, соціальному, технологічному стресу. Не виключено, що є сенс зіставити різні пов'язані із вчиненими кримінальним правопорушеннями «реаліті-підходи», включаючи театральні дійства за мотивами вчинку А. Брейвіка. Можливо, це допоможе уникнути як надмірного співчуття тим, хто вдається до вчинення кримінальних правопорушень, надмірної емпатії, адресованої злочинності загалом, так і героїзації, романтизації їх поведінки, злочинності загалом.

Є чимало рішень Європейського суду з прав людини щодо правомірності образ, висловлюваних на адресу деяких видів публічних осіб, зокрема, правомірності шокуючих висловлювань на адресу таких осіб. Надалі варто зіставити концепцію креативного правосуддя і такі рішення.

Восьмою поправкою до Конституції США заборонено, зокрема, вдаватися до жорстоких і незвичайних покарань [34]. Ця поправка була породжена,зокрема, англійською справою Тітуса Оутса (XVII ст.). Щодо нього скасували ганебні заходи кримінального впливу, окрім обов'язку п'ять днів на рік виходити на вулиці Лондона в капелюсі із написом «Тітус Оутс, засуджений за жахливу брехню». Існують наукові підходи і правозастосовна практика США, спрямовані на тлумачення згаданої частини восьмої поправки до Конституції США. Розгляд основних із таких підходів і практики [35] не засвідчує, що аналізовані оригінальні заходи впливу є порушенням зазначеної поправки і принципу пропорційності (домірності) заходів впливу в американському кримінальному праві. Викладене стосується і поглядів тих, хто слово «незвичайний» розуміє як «такий, що не відповідає тривалому використанню», і поглядів тих, хто вважає, що слово «незвичайний» необхідно тлумачити з урахуванням розвитку стандартів пристойності (концепція еволюційності тлумачення).

Йдеться не тільки про наукове обмірковування креативного правосуддя. Водночас, ймовірно, концепцію оригінальних рішень варто дещо трансформувати, зокрема: а) більш детально обґрунтовувати зв'язок між конкретним правопорушенням і конкретним винайденим засобом впливу; б) припинити вдаватися до використання заходів, які надмірно ганьблять людину (треба дивитись правді у вічі: і за відсутності легалізованої мети зганьбити покараного на практиці результатом покарання часто є ганьбою, об'єктивно і суб'єктивно). Такі заходи можуть не суперечити праву тієї чи іншої юрисдикції, але їх ефективність здатна бути меншою, ніж у заходів, які не містять компонентів ганьби; в) припинити вдаватися до використання заходів, які є надмірним «автоматичним» «примірюванням» засудженим, відповідачем «ролі» потерпілого, відповідача. Такі заходи також можуть не суперечити праву тієї чи іншої юрисдикції, але їх ефективність здатна бути меншою, ніж у заходів, які є домірними, зіставними, порівнянними. Крайність, перебільшення є проявом не залученості, а відчуженості і перенасиченості в юриспруденції і будь-якій сфері життєдіяльності людини і суспільства. Креативне бачення спроможне на винайдення ефективних оригінальних підходів;

13) уявлення про диференціацію та інтеграцію, уявлення про диференціацію та індивідуалізацію юридичних, зокрема, кримінально-правових заходів впливу. Зрозуміло, що вплив (серед іншого, виправний) на суб'єктів не має і фізично не здатен бути ані однаковим, ані повністю індивідуальним щодо кожного суб'єкта. Це є підставою для розробки класифікацій видів суб'єктів для цілей індивідуалізації виправного впливу та виправлення відповідних суб'єктів, як і інших видів впливу. У процесі визначення належного впливу, заходів поводження (зокрема, видів кримінально-правових заходів та їх індивідуалізації) необхідно враховувати як характеристики конкретного суб'єкта, характеристики (можливості, умови) ситуації, в якій буде призначатися і реалізовуватися вплив, характеристики подальших ситуацій.

Для визначення належного кримінально-правового впливу на суб'єкта необхідно розробити методику проведення обов'язкової всебічної експертизи. Поки що така експертиза була би здатна надавати досить поверхневі і тому нерідко помилкові висновки, але її наявність була би кращою, ніж відсутність такої експертизи. В майбутньому здатні стати в нагоді досягнення, зокрема, нейрофізіології. Складності таких вишукувань є похідними, зокрема, від «молодості» і тому часто примітивного і помилкового характеру людських уявлень про світобудову, інформаційної гіперінфляції, яка все прискорюється, реальної і уявної доволі високої колізійності інформації, а також рідкісного існування антиномій (майже немає сумніву в тому, що в юриспруденції антиномії здатні бути виявленими хіба що у слабко розвиненому звичаєвому праві). На шляху втілення в життя зазначеної ідеї можуть з'явитися перешкоди у виді нестачі ресурсів (часу, зусиль, грошових коштів, технологій). У проведенні згаданих широких досліджень та індивідуальних експертиз здатен допомогти гіпотетичний штучний інтелект майбутнього. Втім поки що це питання стосується співвідношення між утопізмом і реалізмом;

14) оригінальні підходи в різних галузях права;

15) уявлення про ономастику, епоніми і меметику, зокрема, в юриспруденції, кримінальному праві. Цікаво, яким виявиться меметична сила креативного правосуддя. Зокрема, чи з'являться такі самі яскраві представники напряму, як М.А. Чікконетті (це актуально, зокрема, з огляду на те, що є приклади, коли ув'язнених осіб вдавалося виправити завдяки саме таланту одиничних видатних педагогів, після завершення кар'єри яких про ефективне виправлення вже не йшлося), скільки буде представників такого напряму в тих чи інших юрисдикціях, як довго застосовуватиметься підхід, породжені ним концепції, як він трансформуватиметься тощо.

Широке коло суб'єктів суспільства має змогу побачити судові засідання за участю М.А. Чікконетті і має доступ до змісту рішень М.А. Чікконетті і подібних рішень тільки завдяки засобам масової інформації та Інтернету. Було би цікавим вивчення думок людей, які спостерігають за публічним виконанням обов'язків засудженими, як і вивчення розміщуваних в Інтернеті коментарів рішень, ухвалених у стилі креативного правосуддя представни-

ками всіх видів правосвідомості. Водночас в Інтернеті немає реєстру судових рішень США, судових рішень величезної кількості інших юрисдикцій хоча б англійською мовою. Проєкт Caselaw Access Project школи права при Гарвардському університеті, спрямований на те, щоби розмістити в Інтернеті всі судові рішення США з 1600 року по 2018 рік, відображений на сайті https://case.law/. Але цей проєкт видається неповним, а його пошукові можливості – не дуже ефективними. Є неналежною ситуація, коли доводиться обмежуватися журналістськими репортажами. Отже, в цьому відношенні мають місце як прояви кримінально-правової залученості, так і прояви кримінально-правових відчуженості і перенасиченості.

Чи варто креативне правосуддя і загалом оригінальні кримінально-правові вироки назвати концепцією (доктриною) Чікконетті? Використання епонімів має як загальні відомі і поки що невідомі переваги і недоліки, так і ті, що залежать від виду ситуації і конкретної ситуації. Зараз не йтиметься про всі відповідні відомі переваги і недоліки. Аналізована концепція є брендом М.А. Чікконетті, але його не варто вважати її одноособовим винахідником. Водночас практика засвідчує, що використання епоніма часто призводить до більш інтенсивної популяризації ідеї, ніж користування концепцією, яка не має назви (однієї з назв) у виді епоніма. Особливо в ситуаціях, в яких в адресатів інформації епонім асоціюється із позначеним шляхом його використання сенсом. Тому необхідно вирішити питання про співвідношенні між розглядуваною концепцією і зазначеними вище обставинами, а також спорідненими ідеями та практиками.

Хоча існує чимало уявлень про залученість, відчуженість і перенасиченість, їх обробка і доопрацювання, цілісне осмислення, формування антропологічної партикології (зокрема, юридичної, кримінально-правової партикології) тільки починаються. Тому з позицій такої партикології поки що складно навести критерії оцінки і проаналізувати наведені судові рішення. Тобто рішення у стилі, який дозволив М.А. Чікконетті здобути чимало прихильників серед населення і суддів, досягти популярності, бути обраним суддею двічі, стати президентом Американської асоціації суддів, і який часто виявляється дієвим із позицій спеціальної і, не виключено, загальної превенції злочинності. Бачення М.А. Чікконетті не призвело до отримання ним високої посади. Але чи прагнув він цього, чи зміг би за таких умов продовжувати займатися своєю справою?

Не виключається виникнення такого запитання. Рішення креативного правосуддя видаються простими, прозорими, зрозумілими. Справа триває. Навіщо іншим юристам аналізувати явище в контексті трудомісткого світогляду? Ось відповідь. Відповідні оригінальні рішення є яскравим, але одним із безлічі проявів юридичної партикології, яка спроможна стати ефективним вченням і потребує ґрунтовного осмислення.

Не виключено, що зміст концепції оригінальних судових вироків не є однорідним, тобто в її межах, ймовірно, існують різні підходи. Можливо, не всі компоненти певного оригінального судового вироку підлягають однаковій оцінці: переважно позитивній або переважно негативній. У зв'язку із такою частковою невирішеністю, недостатнім рівнем певності потерпають суб'єкти суспільства. Усвідомлення цього не полегшує життя людей, «не цікавить» тих, хто опинився у скрутному становищі, спонукаючи до подальших досліджень, рішень і дій. Така ситуація є спільною для всіх сфер життєдіяльності людини і суспільства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Shea J. Painesville judge known for creative punishments reflects on memorable career ahead of retirement. URL: https://fox8.com/news/judge-known-for-creative-punishments-oversees-community-garden-one-last-time-before-retirement/.
2. Furman T. Not Your Average Judge! Michael Cicconetti And His 11 Crazy Punishments. URL: https://onedio.co/content/not-your-average-judge-michael-cicconetti-and-his-11-crazy-punishments-16712.
3. Holley P. Judge to puppy killer: 'Would I like to put you in a Dumpster? Oh, yeah. I would love to.' URL: https://www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2016/05/17/judge-to-puppy-killer-would-i-like-to-put-you-in-a-dumpster-oh-yeah-i-would-love-to-do-that/.
4. Michael Cicconetti. URL: https://wikivisually.com/wiki/Michael_Cicconetti.
5. Pinedo A, Brown J, Valiente A. Why an Ohio Judge Is Using Unusual Punishments to Keep People Out of Jail. URL: https://abcnews.go.com/US/ohio-judge-unusual-punishments-people-jail/story?id=33440871.
6. An Interview with Judge Michael A. Cicconetti. URL: https://attorneyatlawmagazine.com/judge-michael-a-cicconetti.
7. Haidet R., Horansky A. Painesville Judge Michael Cicconetti holds final day in court after decades of creative sentences. URL: https://www.wkyc.com/article/features/painesville-judge-cicconetti-final-day-court/95-04bef524-15ac-487b-9e33-6ec5fb11a185.
8. Wikipedia, the free encyclopedia. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Michael_Cicconetti.
9. Steer J. Painesville woman shot with 'pepper spray' as part of judge's unique sentence. URL: https://fox8.com/news/painesville-woman-shot-with-pepper-spray-as-part-of-judges-unique-sentence/.
10. Grinevičius J., Baliūnaitė I. People Are Loving This Ohio Judge Who Gives A Taste Of Their Own Medicine To Animal Abusers. URL: https://www.boredpanda.com/animal-abusers-punishments-ohio-judge-michael-cicconetti/?utm_source=google&utm_medium=organic&utm_campaign=organic.
11. 11. За пейнтбол – в тюрьму. URL: https://www.obozrevatel.com/sport/news/2006/8/8/30125.htm.
12. Woman Ordered to Spend Night in Woods for Abandoning Kittens. URL: https://abcnews.go.com/GMA/LegalCenter/story?id=1322751.
13. Judge Michael Cicconetti. URL: https://ultrafactsblog.com/post/120633093631/some-of-the-unusual-sentences-during-heavy.
14. Наказание за жестокость: судья заставил женщину «на собственной шкуре» прочувствовать то, что она сделала со своей собакой. URL: https://umihelp.com/news/nakazanie-za-zhestokost-sudya-zastavil-zhenschinu-na-sobstvennoy-shkure-prochuvstvovat-to-chto-ona-sdelala-so-svoey-sobakoy.
15. Painesville judge sentences vandal who spray painted caboose to paint courthouse railings with toothbrush. URL: https://www.wkyc.com/article/news/crime/painesville-judge-sentences-vandal-who-spray-painted-caboose-to-paint-courthouse-railings-with-toothbrush/95-6f6abb63-cd89-4b2e-93d8-40819d1c5638.
16. Chris Anderson Painesville judge gets creative, punishes man for mowing obscenity into high school field. URL: https://www.cleveland19.com/2018/09/18/painesville-judge-gets-creative-punishes-man-mowing-obscenity-into-fairport-high-school-field/.
17. Дмитриев Ю. Юного хулигана, который «вёл себя как животное», суд приговорил к чистке навоза. URL: https://www.province.ru/sovet/biznes-press/yunogo-khuligana-kotoryj-vjol-.html.
18. Judge orders Ohio man who knocked over portable toilet to shovel manure. URL: https://www.wptv.com/news/local-news/water-cooler/judge-orders-ohio-man-who-knocked-over-portable-toilet-to-shovel-manure.
19. 'You act like an animal, you're going to take care of animals': Judge orders 18-year-old who knocked over a port-a-potty to shovel manure at fairgrounds in Ohio. URL: https://www.dailymail.co.uk/news/article-6009503/Judge-orders-teen-knocked-toilet-shovel-manure.html.
20. 9 из самых странных приговоров, вынесенных судьями. URL: https://ru.preparer-les-concours.com/9-iz-samyh-strannyh-prigovorov-vynesennyh-sudyami.
21. Топ 10: Самые необычные судебные решения. URL: https://pressa.tv/top/78655-top-10-samye-neobychnye-sudebnye-resheniya.html.
22. Оригинальный обход. URL: https://pravo.ua/articles/originalnyj-obhod/.

23. Как выглядят люди, исполняющие альтернативные наказания (8 из 10). URL: https://pravo.ru/photo_gallery/view/101780/50066/.
24. Почему суды США заставляют людей делать странные вещи. URL: https://pravo.ru/interpravo/practice/view/79927/.
25. Как выглядят люди, исполняющие альтернативные наказания (3 из 10). URL: https://pravo.ru/photo_gallery/view/101780/50069/.
26. Как выглядят люди, исполняющие альтернативные наказания (7 из 10). URL: https://pravo.ru/photo_gallery/view/101780/50065/.
27. Judge orders hip-hop fan to listen to Beethoven. URL: https://www.theguardian.com/music/2008/oct/10/hip-hop-fan-suffers-beethoven.
28. Fort Lupton noise violators must listen to Manilow. URL: https://www.aspentimes.com/news/fort-lupton-noise-violators-must-listen-to-manilow/.
29. Как выглядят люди, исполняющие альтернативные наказания (1 из 10). URL: https://pravo.ru/photo_gallery/view/101780/.
30. Как выглядят люди, исполняющие альтернативные наказания (9 из 10). URL: https://pravo.ru/photo_gallery/view/101780/50068/.
31. United States Sentencing Commission. Federal Alternative-to-Incarceration Court Programs. URL: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20170928_alternatives.pdf.
32. Михайленко Д.Г. Протидія корупційнимзлочинамзасобами кримінального права: концептуальні основи : монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. 582 с.
33. Гуртовенко О.Л. «Снодійне» і «психоделічне» кримінальне право. *Правове життя сучасної України* : мат. Міжнар. наук.-практ. конф., м. Одеса, 17 травня 2019 р. / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 179–183.
34. The Eighth Amendment of the United States Constitution. URL: https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/#:~:text=Excessive%20bail%20shall%20not%20be,cruel%20and%20unusual%20punishments%20inflicted.
35. Eighth Amendment to the United States Constitution. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Eighth_Amendment_to_the_United_States_Constitution.

УДК 347.965:33.012.334(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/119

ПРОБЛЕМА АДВОКАТСЬКОЇ МОНОПОЛІЇ: ЯКІСТЬ ЧИ ДОСТУПНІСТЬ

THE PROBLEM OF THE LAWYER MONOPOLY: QUALITY OR AVAILABILITY

Ковальова Я.О., к.ю.н.,
асистент кафедри адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Якубов Б.В., студент III курсу
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено співвідношення якості та доступності судового представництва під час дії адвокатської монополії та спрогнозовано зміни такої пропорції в разі запровадження конституційних змін, передбачених законопроєктом № 1013 (про скасування адвокатської монополії). Для цього було проаналізовано мотиви законодавця та їхню відповідність реаліям. Також значна увага приділена конституційному баченню проблеми адвокатської монополії, що сформовано у висновках та рішеннях Конституційного Суду України, окремих думках його суддів. Так, обидві конституційні зміни, що виключають одна одну, мають взаємопов'язані переваги та недоліки: встановлення адвокатської монополії передбачало підвищення якості правових послуг, коли в її скасуванні законодавцем убачається розширення доступу до представлення в суді. Головною тезою статті є твердження про те, що якість послуги часто означає її меншу доступність. Саме тому автори намагаються знайти найбільш компромісне вирішення даної дилеми, де буде збережено на гідному рівні як якість, так і доступність представництва в суді. Адже від цього залежить справедливість здійсненого правосуддя, його легітимність в очах громадянського суспільства.

У процесі дослідження розкрито правовий статус адвоката, гарантії його діяльності та відповідальність як представника, чим констатовано його більшу надійність для клієнта порівняно з іншими особами – юристами чи неюристами. Головною перевагою адвоката над іншими потенційно можливими представниками став ширший обсяг його матеріальних та процесуальних можливостей як представника, його відповідальність перед клієнтом та законом. Тобто авторами встановлена проблема ризику надання неякісної правової допомоги в разі скасування адвокатської монополії, водночас визнали фактичну обмеженість деяких категорій населення в доступі до правничої допомоги в умовах адвокатської монополії. Тому замість скасування адвокатської монополії було запропоновано законодавче вдосконалення інституту адвокатури, що буде враховувати проблему доступності зі збереженням високої якості.

Ключові слова: представництво, адвокатська монополія, вторинна правнича допомога, адвокат, юрисконсульт.

The article examines the relationship between the quality and accessibility of judicial representation during the legal monopoly and predicts changes in this proportion in the case of constitutional changes provided by Bill № 1013 (on the abolition of the legal monopoly). For this purpose the motives of the legislator and their correspondence to realities were analyzed. Also, considerable attention is paid to the constitutional vision of the problem of the lawyer's monopoly, which is formed in the conclusions and decisions of the Constitutional Court of Ukraine, some opinions of its judges. Thus, both mutually exclusive constitutional changes have interrelated advantages and disadvantages: the establishment of a lawyer's monopoly provided for an improvement in the quality of legal services, when its abolition was seen by the legislator as expanding access to representation in court. The main thesis of the article is the statement that the quality of service often means less availability. That is why the authors try to find the most compromise solution to this dilemma, which will preserve at a decent level both the quality and accessibility of representation in court. After all, the justice of the administered justice, its legitimacy in the eyes of civil society depends on it.

The study revealed the legal status of a lawyer, guarantees of his activity and responsibility as a representative, which stated his greater reliability for the client compared to other legal or non-legal persons. The main advantage of a lawyer over other potentially possible representatives was the wider scope of his material and procedural capabilities as a representative, his responsibility to the client and the law. That is, the authors identified the problem of the risk of providing poor-quality legal aid in the event of the abolition of the lawyer's monopoly, while acknowledging the actual limited access of some categories of the population to legal aid in a lawyer's monopoly. Therefore, instead of abolishing the bar monopoly, the following legislative improvement of the bar was proposed, which will take into account the problem of accessibility while maintaining high quality.

Key words: representation, legal monopoly, secondary legal aid, lawyer, legal adviser.

Постановка проблеми. У своїх промовах Ф. Плевако казав: «За прокурором стоїть закон, а за адвокатом – людина зі своєю долею, зі своїми сподіваннями, і ця людина покладається на адвоката, шукає в нього захисту, і дуже страшно посковзнутися з такою ношею» [1, с. 229]. І справді, у сучасному світі правові норми змінюються майже не щодня, вони гарантують та захищають права кожної людини, усі люди є рівними у своїх правах. Та чим забезпечується ця рівність, коли не кожна особа здатна правильно розуміти, реалізовувати та захищати свої права? Саме для цього Конституція України закріплює непорушне право кожної особи без винятку на професійну правничу допомогу [2]. Постають логічні запитання: Чи зможе інший суб'єкт, крім адвоката, забезпечити належне представництво особи в суді, допомогти їй повною мірою реалізувати процесуальні гарантії та права? Чи не утворить таке представництво ризиків порушення прав та свобод? Спробуємо відповісти.

Ступінь розроблення проблеми. Праці вітчизняних науковців та практиків містять низку висновків та положень, що прямо або опосередковано стосуються досліджуваної проблеми і створюють методологічні передумови для подальшого її вивчення в нових реаліях. Насамперед це праці М. Бідюка, О. Бойко, Г. Капліна, О. Кривецького, Н. Мамченко, А. Мельниченка, Б. Миколайчука, А. Романюка, К. Хлабистової та інших.

Мета статті полягає в з'ясуванні необхідності скасування адвокатської монополії, визначені наслідків та передбаченні можливих ризиків такого скасування. Для досягнення даної мети будуть проаналізовані історичні витоки адвокатської монополії, її сучасний стан, перспективи розвитку та вдосконалення як альтернатива скасуванню.

Виклад основного матеріалу. Станом натепер у ст. 131–2 Конституції України передбачено, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Тобто закріплено монопольне становище адвокатів у представлені інтересів особи в суді. Водночас законом можуть встановлюватись винятки щодо представництва у трудо-

вих спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб і осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена. Усі ці положення за законопроєктом № 1013 від 29 серпня 2019 р. підлягають скасуванню, адже він визначає такі конституційні зміни до вищенаведеної статті: «Виключно адвокат здійснює захист особи від кримінального обвинувачення» [3]. Із цього випливає, що в усіх інших категоріях справ, крім кримінальних, адвокати втрачають своє виключне становище, тобто права й інтереси осіб зможуть бути захищені в судовому порядку іншими особами без адвокатського свідоцтва.

Перед тим як з'ясовувати, до чого може призвести таке законодавче нововведення, необхідно згадати становлення адвокатської монополії на теренах України. Сам інститут адвокатської монополії укоренився в українській правовій системі відносно недавно та робив це поступово, поетапно. Так, Законом № 1401–VIII від 2 червня 2016 р. були внесені значні зміни до розділу «Правосуддя» (судова реформа 2016 р.) [4], однією з головних змін стало закріплення за адвокатом виключного права на представництво особи в суді, що є чинним і нині. Дане реформування складалося з декількох етапів, у п. 11 «Перехідних положень» Конституції визначено таке: з 1 січня 2017 р. представництво у Верховному Суді та судах касаційної інстанції здійснюється виключно адвокатами та прокурорами, у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 р., у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 р. На цьому процес становлення адвокатської монополії не закінчився, найбільш близькою зміною до сьогодення є встановлення представництва органів державної влади й органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами, яке набрало чинності з 1 січня 2020 р.

Примітним є той факт, що обидва діаметрально протилежні за своїм змістом та наслідками законопроєкти (той, що втілений у конституційних приписах як адвокатська монополія, і той, що в перспективі може скасувати цю монополію) отримали позитивні висновки щодо конституційності. Формально це означає, що ані встановлення, ані скасування адвокатської монополії не звужує обсягу прав людини і громадянина.

Розглянемо детальніше доводи Конституційного Суду України (далі – КСУ), який 20 січня 2016 р. надав висновок щодо конституційності законопроєкту № 1401–VIII (щодо правосуддя). Суд зазначив щодо встановлення адвокатської монополії таке: «Адвокат має необхідний професійний рівень та можливість забезпечити реалізацію права особи на захист від кримінального обвинувачення та представництво її інтересів у суді. Водночас кожна особа є вільною у виборі захисника своїх прав серед адвокатів» [5]. Така позиція прямо суперечить попередньому рішенню КСУ від 16 листопада 2000 у справі Солдатова (про право вільного вибору захисника), де Суд чітко зазначив, що право обирати захисника не обмежується одним лише адвокатом [6]. З іншого боку, така зміна бачення ситуації Судом може обумовлюватись супутніми змінами до ст. 59 Конституції України, де «правова допомога» перетворилася на «професійну правничу допомогу», тобто таку, що може надаватись виключно професіоналом у сфері права, під яким розуміється саме адвокат.

Тепер звернемося до висновку КСУ щодо законопроєкту № 1013, який має на меті скасувати адвокатську монополію та є визначеним Президентом як невідкладний. Конституційний Суд виходив з того, що дані зміни розширюють можливості здійснення представництва в суді, тому і визначив таке: «Поняття «надання професійної правничої допомоги» не тотожне поняттю «представництво особи в суді». Надання професійної правничої допомоги здійснюють адвокати, натомість представництво особи в суді може бути здійснене за вибором особи адвокатом або іншим суб'єктом» [7]. Таке рішення є нічим іншим, як симбіозом висновку у справі Солдатова та висновку про внесення змін щодо правосуддя, а саме Суд погодився із твердженням, що професійна правнича допомога надається адвокатами, та водночас відмежовує «поняття професійної правничої допомоги» від «представництва особи в суді», розширює спектр можливостей особи, що потребує такого представництва в суді. Але потрібно зазначити, що КСУ не наважився доповнити останнє твердження про адвокатів словом «виключно», вірогідно, залишив собі простір для майбутніх рішень.

Щоб остаточно визначити цілі законодавця щодо двох протилежних за своїм змістом законопроєктів, потрібно звернутися до пояснювальних записок, доданих до них. У записці, яка обґрунтовує необхідність запровадження адвокатської монополії, законодавець виходить із такого: «З метою істотного підвищення якості представництва особи в суді, а також встановлення конституційного підґрунтя для створення єдиної правничої професії передбачено, що виключно адвокат здійснюватиме представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Обвинувачений може або самостійно захищати себе від обвинувачення відповідно до ч. 4 ст. 29 Конституції України («кожному заарештованому чи затриманому має бути надано можливість з моменту затримання захищати себе особисто <…>»), або скористатися послугами професійного адвоката» [8]. Тобто законодавець, коли створював і ухвалював цей законопроєкт, прагнув підвищити якість надаваних послуг представлення та захисту особи в суді. Гарантією такої якості став сам адвокат як втілення професіоналізму, високих ділових якостей і особистої відповідальності перед своїм клієнтом. Водночас виникає інституційна єдність адвокатури загалом, що об'єднується одним виключним обов'язком – здійснювати якісне представництво та захист у суді.

Постає питання: тоді чим керувався законодавець, коли прагнув скасувати вищенаведену гарантію якості представництва в суді? Відповідь закономірна і проста – гарантією доступності. З бурхливим розвитком ринкових відносин, зокрема у світі правових послуг, з'явилася нагальна проблема недоступності деяких послуг у зв'язку з їхньою надто високою ціною. У разі недоступності або критично високої вартості конкретної послуги для деяких груп населення одразу знімається питання її якості. Саме тому законодавець починає шукати можливості поширення доступності, що і пояснює у своїй записці до законопроєкту № 1013: «Метою запропонованих законопроєктом змін є забезпечення права кожного на отримання професійної правничої допомоги через скасування адвокатської монополії на надання такої допомоги» [9]. Із цієї мети випливає, що законодавець прагне скасувати виключне право адвоката на представлення на користь доступності цього представлення.

Отже, у результаті проведеного аналізу передумов виникнення адвокатської монополії та з'ясування причин, через які законодавець прагне її скасувати, можемо визначити, що головною проблемою адвокатської монополії є зіставлення якості правової допомоги з її доступністю. Тепер не дивно, що Конституційний Суд визнав обидва проєкти такими, що відповідають Конституції та не звужують обсяг прав і свобод людини. Адже за Конституцією кожен має право на професійну правничу допомогу, першочерговим обов'язком держави є забезпечення як її якості, так і доступності. Обирати щось одне – недоцільно.

Подальший аналіз будемо проводити у двох взаємопов'язаних аспектах, а саме доступності та якості правої допомоги в умовах як залишення адвокатської монополії, так і її скасування.

Звісно, потрібно погодитись, що монополія в будь-якій ринковій сфері вносить своєї корективи, наприклад, виключне право надавати послугу завжди супроводжу-

ється виключним правом диктувати ціну. Нині адвокатська монополія має тенденцію до обмеження вибору асортименту цін, що вже породжує нерівність суб'єктів у представлені їхніх інтересів. Так, одна особа може обрати висококваліфікованого адвоката із «захмарним» гонораром, тоді як інша не зможе дозволити собі й низькооплачуваного адвоката, не отримає реалізації свого права ще на початковій стадії. Для підтримання такої рівноваги державою був залучений інститут безоплатної правової допомоги, як первинної (консультації), так і вторинної («державний адвокат», що представляє інтереси особи в суді). Але потрібно зазначити, що на практиці даний інститут є дійсним лише для невеликого відсотка незахищених верств населення із-за встановлення низку формальних вимог до статусу осіб, що мають право на таку безоплатну допомогу. За цим слідує довготривалий бюрократичний процес, особа повинна мати відповідні довідки, звертатися із заявами до відповідних органів. Знов таки виникає лише формальна видимість такої рівноваги у праві на представлення. Більш глибокою проблемою є проблема фактичної вразливості окремих верств населення, коли їхній місячний дохід перевищує вимоги закону «Про безоплатну правову допомогу» або не підпадає під визначені ним категорії. Наприклад, одним із суб'єктів отримання безоплатної вторинної допомоги є особи, які перебувають під юрисдикцією України, якщо їхній середньомісячний дохід не перевищує двох розмірів прожиткового мінімуму, розрахованого та затвердженого відповідно до закону для осіб, які належать до основних соціальних і демографічних груп населення, а також особи з інвалідністю, які отримують пенсію або допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі, що не перевищує двох прожиткових мінімумів для непрацездатних осіб (тобто станом на січень – липень 2020 р. середньомісячний дохід не має перевищувати 4 204 грн для працездатних осіб та 3 276 грн для непрацездатних осіб) [10]. Саме тут і виявляється фактична незахищеність осіб, які мають дохід усього на декілька одиниць вище, ніж вказаний (наприклад, на 3 000 грн більше), – відповідно до вимог законодавства вони не можуть скористатися правом такої безоплатної допомоги і вимушені шукати собі платного представника. Та який спектр правових послуг їм буде реально доступний і головне – якою буде їхня якість? Питання спірне. Навіть коли знайде доступного для свого обмеженого бюджету адвоката, особа не може бути певна в якості надаваних ним послуг. Альтернативного виходу із цієї ситуації натепер немає. Та чи вирішить цю проблему скасування адвокатської монополії, чи не буде це переходом з одних крайнощів в інші?

З одного боку, держава повинна гарантувати якість, з іншого – який сенс такої якості, якщо вона доступна далеко не для всіх. Який сенс загального доступу до правових послуг, якщо вони втратять якість? Отже, якщо обирати між залишенням адвокатської монополії та її скасуванням, то ми повинні орієнтуватися на такий шлях вирішення проблеми, який забезпечить надійний баланс між двома взаємопов'язаними категоріями – якістю та доступністю. Навіть більше, у реаліях сучасного ринку послуг такі категорії є не тільки взаємопов'язаними, вони є взаємовиключними: чим якісніший товар, тим менший до нього доступ. Попри це, держава повинна забезпечити цей баланс, навіть якщо штучно, то із чітко окресленими межами втручання.

Почнемо з якості представлення та захисту в суді. Станом натепер такі послуги може надавати виключно адвокат, який має не тільки спеціальний правовий статус, а і низку процесуальних гарантій. Відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», до особи, що претендує займатися адвокатською діяльністю, висувається низка таких вимог: наявність повної вищої юридичної освіти, володіння державною мовою, стаж роботи в галузі права не менше двох років, успішне складання кваліфікаційного іспиту, проходження стажування та складення присягу адвоката з наступним отриманням свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю [11]. Тепер розглянемо модель, що пропонується законопроєктом № 1013, – скасування адвокатської монополії. Відповідно до положення законопроєкту, що «виключно адвокат здійснює захист особи від кримінального обвинувачення», можна дійти висновку, що в інших провадженнях (цивільне, адміністративне, господарське) представником, окрім адвоката, може бути інша особа. Оскільки зміни є конституційними і мають загальний характер, немає уточнення щодо вимог та процесуального статусу такої «іншої особи». Наприклад, за допомогою Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) ми можемо визначити вимоги до такої особи через вимоги до представника, окрім адвоката в малозначних справах: «Під час розгляду спорів, що виникають із трудових відносин, а також справ у малозначних спорах (малозначні справи) представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років, має цивільну процесуальну дієздатність» [12].

Тобто замість адвоката, який має стаж у сфері права та склав кваліфікаційний іспит, ми можемо отримати ситуацію, коли представництвом особи в суді зможе займатися вісімнадцятирічна особа, до якої висувається лише одна вимога – цивільно-процесуальна дієздатність, водночас юридична освіта непотрібна. Звісно, це виглядає як певна крайність або утопія, але навіть у ситуації, коли такою діяльністю почнуть займатися інші правники, тобто особи, які мають освітній ступінь «бакалавра» або «магістра» за спеціальністю «право», ризиків значно менше не стає. У реаліях сьогодення наявність в особи диплома про вищу юридичну освіту не дає жодних гарантій, що перед вами опинився спеціаліст у сфері права. Такі чинники, як корупція, нерівномірна якість освіти у вишах, тому сприяють. Але зупинимося на порівнянні юриста й адвоката.

Поширена думка, що наявність адвокатського посвідчення також не гарантує якості. Зокрема, така думка висвітлена як один з аргументів проти адвокатської монополії в роботі К. Хлабистової: «Наявність свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю не свідчить про високий рівень компетенції його власника, такого висновку доходять юристи-практики та науковці у своїх дослідженнях та публікаціях. Не будемо зупинятися на конкретних прикладах чи моделюванні ситуації, адже переваги корпоративних юристів, юристів вузької спеціалізації чи фахівців у відповідній галузі права (науковців) перед особою зі свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю, є очевидними. Крім того, існує проблема професійного рівня тих адвокатів, які роками не практикували або отримали свій статус під час «режимів», тотальної корупції тощо» [13, с. 93]. З такою позицією вкрай складно погодитися, адже вона є констатацією зовсім іншої проблеми – корупції та хиткості державно-наглядних інституцій. Звісно, прояви цієї проблеми вплинули на розвиток адвокатури як інституту, але звернемо увагу на те, що даний інститут в незалежній Україні функціонує ще на стадії свого становлення. І тому не можна вважати доцільним його фактичне та юридичне залишення без передумов для подальшого розвитку. Навіть більше, таке бачення проблеми можна визнати поверхневим і руйнівним: замість боротьби з «отруйними» чинниками, законодавець підриває інститут адвокатури, який, у свою чергу, через свою самобутність і єдність набуває до таких «отруєнь» імунітет.

Що стосується рівня компетенції пересічного адвоката та просто юриста (наприклад, корпоративного), то між ними відсутня виразна прірва. Але має йтися зовсім не про це, а радше про контраст цих статусів, їхніх гарантій та відповідальності. Наприклад, держава гарантує адвокату право на адвокатську таємницю, що водночас транс-

формується в обов'язок перед клієнтом – зберігати його таємницю. Адвокату не просто даються додаткові права для збереження адвокатської таємниці (окрема регламентація обшуків у приміщеннях адвоката, його допитів тощо), він водночас відповідальний за збереження такої таємниці. У разі порушення цього й інших адвокатських зобов'язань адвокат несе дисциплінарну відповідальність аж до позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю. Тепер повернемося до «просто юриста»: які гарантії та правовий статус він має, яку відповідальність він несе? Відповідь така – тотожний будь-якій цілковито дієздатній фізичній особі, що володіє юридичними знаннями. Така особа може відповідати перед своїм клієнтом лише в межах цивільно-правової відповідальності та моралі, фактично без конкретного статусу їй нічого втрачати. Слушно вважати, що за таких умов особа, що потребує правової допомоги в суді, з більшою вірогідністю покладеться на особу зі статусом адвоката, аніж просто на юриста.

Ще декілька зауважень щодо кваліфікації. Отримання адвокатського свідоцтва є досить непростою процедурою, претендент повинен відповідати певним вимогам, серед головних – повна вища юридична освіта та дворічний стаж у сфері права. Кандидат, що відповідає вимогам, складає кваліфікаційний іспит та проходить стажування, тільки після цього він отримує право скласти присягу й отримати адвокатське свідоцтво. Щодо юриста, то це поняття загальне – потрібно лише отримати диплом за спеціальністю «право». Контраст усе ж такий помітний, адже для доступу до професії адвоката юристи проходять скрізь подвійну чи навіть потрійну «фільтрацію». Водночас потрібно згадати, що відповідно до законопроєкту № 1013, право представляти в судах отримують інші особи, окрім адвоката. Якщо до законодавства не буде внесено супутніх змін, до таких осіб буде висунуто лише дві вимоги – процесуальна дієздатність та бажання. Аналогічну позицію у своїй окремій думці до конституційного висновку щодо законопроєкту № 1013 висловлює суддя КСУ В. Городовенко: «Незалежна та професійна діяльність адвоката підкріплюється низкою державних гарантій адвокатської діяльності (зокрема, визначеними законом механізмами доступу адвоката до професії, його дисциплінарної відповідальності, правом на адвокатський запит, адвокатською таємницею). Це зумовлює можливість надання адвокатурою вчасної, доступної, якісної та висококваліфікованої правничої допомоги з метою забезпечення ефективного захисту та відновлення прав і свобод людини і громадянина. У цьому сенсі надання професійної правничої допомоги адвокатом, зокрема і представництво особи в суді, є одним із ключових інструментів реалізації конституційного права на професійну правничу допомогу, гарантованого ст. 59 Конституції України» [14].

Щоби спрогнозувати наслідки скасування адвокатської монополії, потрібно змоделювати її скасування. З одного боку, пошук представника стане легшим, ще й дешевшим – знизяться фінансові витрати на представництво в суді, адже особи зможуть звертатися не лише до адвокатів. Навіть самі адвокати повинні будуть знижати ціни на свої послуги, щоб «вижити» у конкуренції, яка стане набагато жорстокішою. Адвокати припинять диктувати ціни на ринку правових послуг – їхнє монопольне становище скасовано. У результаті ми отримуємо широкий спектр послуг із багатоманітною ціновою політикою. Але що відбудеться з якістю? Є всі підстави вважати, що недобросовісні особи зможуть заманювати низькою ціною вразливі верстви населення та використовувати їхню довіру у своїх корисливих цілях, інакше кажучи, можливий розвиток шахрайства, адже незрозуміло, які гарантії будуть надаватись особі, що звернулась до іншої особи без статусу адвоката, бо остання ні перед ким не відповідає, у разі порушення етики чи дисципліни нічого не втрачає. Окрім цього, можливе перевантаження і без того завантаженої судової системи, оскільки недотримання новими, недосвідченими, а можливо, і зовсім некваліфікованими представниками процесуальних вимог до складання скарг, клопотань, представлення доказів, судових виступів може призвести до сповільнення компетентного розгляду та вирішення справ, що напряму порушує право кожної особи на доступ до правосуддя. І нарешті головне, неправильно обрана тактика чи її цілковита відсутність, нерозуміння чи неправильне тлумачення матеріальних та процесуальних норм права, недотримання своїх зобов'язань перед клієнтом, неетична поведінка під час ведення справ із ним – вусе це призводить до порушення не тільки права на доступ до правосуддя, а і всіх інших прав, які планувалося захистити в судовому порядку.

За такої ситуації в інституті правової допомоги не відбудеться жодної позитивної трансформації, скоріш стануться небезпечні деформації, що підірвуть довіру суспільства до системи права загалом.

З вищезгаданого випливає питання самого підходу до вирішення проблеми доступності правової допомоги. Будь-яка гарантована державою оплатна чи безоплатна послуга повинна виконуватися якісно, адже без відповідної якості її сенс просто втрачається. Щоби послуга була якісною, її повинен надавати кваліфікований фахівець, у нашому контексті – це адвокат. Із цього випливає логічний висновок, що обов'язком держави є забезпечення доступу до послуг адвоката, якщо відповідного доступу через фінансові можливості особа не має.

Замість цього законодавець вирішив піти проти вищенаведеної формули та зменшити якість на користь доступності. Так, з одного боку, кожна особа стає вільною у виборі свого представника, з іншого – дана «свобода вибору» переростає в постійний, неконтрольований ризик для тих осіб, що бажають скористатися послугами такого представника. Проведемо таку аналогію: нині є нагальною проблема доступу до медичної допомоги та її якості. Припустимо, що законодавець піде тим же шляхом і скасує чи зробить винятки з «лікарської монополії», тобто дозволить провадити лікарську діяльність знахарям та студентам медичних училищ на одному рівні із кваліфікованими лікарями. До яких наслідків це може призвести – відповідь зайва, як і твердження про надмірний патерналізм держави під час встановлення адвокатської монополії, адже це реалізація її позитивного обов'язку – гарантувати якість.

Хоча адвокатура є незалежним, самоврядним інститутом, вона все ж таки є частиною більш глобальної системи, зв'язною ланкою громадянського суспільства та судової влади. Про це свідчить сам факт конституційного закріплення адвокатури саме в розд. 8 Конституції під назвою «Правосуддя». Тому на адвокатуру потрібно дивитись значно ширше, ніж просто на інститут, що надає правничу допомогу, – це один із невід'ємних елементів правосуддя та легітимності останнього в суспільстві, перекладати даний тягар на пересічних осіб недоцільно, навіть небезпечно. Втрата якості, розмивання функцій та значення інституту (коли поряд з адвокатами свою діяльність будуть провадити інші фізичні особи) неминуче призведуть до стрімкого зменшення довіри до правосуддя загалом і активного поширення правового нігілізму в суспільстві.

Саме адвокат повинен боронити справедливість, захищати й обстоювати права особи, що йому довірилася. Така довіра напряму залежить від якості та відповідальності адвоката під час надання правових послуг. В Основних положеннях про роль адвокатів, ухвалених VIII Конгресом ООН із запобігання злочинам у серпні 1990 р., зазначено такий обов'язок адвоката: «Адвокати повинні постійно дбати про честь і гідність своєї професії

як важливі учасники здійснення правосуддя» [15]. Із цього положення випливає, що адвокат як учасник здійснення правосуддя деякою мірою відповідає за справедливість та якість його здійснення. Навіть в новому проєкті закону № 1013 законодавець залишив виключне право захищати особу від кримінальних обвинувачень за адвокатом. Це ще раз підкреслює більшу надійність та ефективність такого захисту, бо коли йдеться про захист основоположних прав та свобод, ніхто не наважиться «експериментувати».

Потрібно віднайти компроміс між адвокатами, громадянським суспільством та державою. Наприклад, розширити перелік вразливих груп населення, що зможуть скористатися правом безоплатної вторинної допомоги (матері-одиначки й інші), або ж піти менш витратним для бюджету шляхом та зобов'язати адвокатів, що практикують, безоплатно приймати певну, адекватну їхнім можливостям кількість осіб на рік, що буде заохочуватись «бонусами» від держави у вигляді податкових пільг. Для вирішення проблеми доступності є всі передумови: кількість адвокатів кожного року тільки зростає, в умовах високої конкуренції на ринку відповідних послуг ціни на них будуть знижуватись, коли якість тільки збільшуватиметься. Інакше кажучи, адвокатська монополія не вбиває конкуренцію, вона її, навпаки, підтримує в середині самого інституту. За такої ситуації ми отримуємо більшу доступність та не втрачаємо якості.

Ще одним шляхом вирішення проблеми доступу до правосуддя в контексті представництва є деталізація та конкретизація визначеного в чинній ст. 131–2 Конституції переліку «малозначних справ» у відповідних процесуальних кодексах, можливе навіть розширення такого переліку. Таке рішення може стати компромісом між залишенням та скасуванням адвокатської монополії, коли з виключного права на представництво адвоката будуть визначені винятки, які, у свою чергу, будуть конкретними та нерозпливчастими.

На конституційному рівні також доцільно внести супутні зміни до поточного законодавства, що визначають більш чіткі та розширені вимоги до представників, що не є адвокатами, та найголовніше – встановлять для них спеціальну відповідальність.

Висновки. У процесі дослідження була констатована проблема якості та доступності правової допомоги, що є актуальною для обох варіантів законодавчого розвитку подій. За адвокатської монополії ми стикаємося із проблемою доступності, коли в разі скасування такої монополії гостро постає питання якості. Тому вважаємо, що найбільш компромісним вирішенням цієї дилеми є залишення виключного права на представництво за адвокатурою, яка, безумовно, повинна гарантувати якість, водночас внести до цього законодавства зміни, спрямовані на підвищення доступності отримання правових послуг від адвокатури. Держава повинна сприяти розвитку адвокатури, її самобутності й інституційній єдності, водночас діяльність адвокатури повинна сприяти довірі та впевненості громадськості в судовій владі.

За будь-яких умов законодавець, який ухвалює остаточне рішення, повинен керуватися двома взаємопов'язаними категоріями – якістю та доступністю представництва в суді, адже від цього залежить повнота реалізації прав та свобод всіх, хто цього потребують. Відхилення в одну зі сторін може виявитись руйнівним. Тому перед скасуванням адвокатської монополії законодавець має впевнитись у реальній спроможності інших осіб, що виявлять бажання провадити представництво в судах, гарантувати якість та нести відповідальність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Смолярчук В. *Адвокат* Федор Плевако: очерк о жизни и деятельности адвоката Ф.Н. Плевако. Челябинск : Южно-Уральское книжное издательство, 1989. 229 с.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.*1996. № 30. Ст. 141.
3. Проєкт Закону про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) № 1013 від 29 серпня 2019 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66242&pf35401=4907844.
4. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19#Text.
5. Висновок Конституційного Суду України від 20 січня 2016 р. № 1-в/2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001v710-16#Text.
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00#Text.
7. Висновок Конституційного Суду України від 31 жовтня 2019 р. № 4-в/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004v710-19#Text.
8. Пояснювальна записка від 26 січня 2016 р. до проєкту закону № 1401–VIII. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57209&pf35401=37330.
9. Пояснювальна записка від 29 серпня 2019 р. до проєкту закону № 1013. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66242&pf35401=492774.
10. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text.
11. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text.
12. Цивільний Процесуальний Кодекс від 18 березня 2004 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text.
13. Хлабистова К. Адвокатська монополія в контексті права на доступ до правосуддя і права на працю. *Юридична Україна.* 2017. № № 11–12. С. 91–97.
14. Окрема думка судді Городовенка В.В. стосовно висновку КСУ № 4-в/2019. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_v_2019_1.pdf.
15. Основні положення про роль адвокатів, ухвалені VIII Конгресом ООН із запобігання злочинам у серпні 1990 р., 995_835 від 01.08.1990.

УДК 347.965.12
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/120

КЛЮЧОВІ ЗАГРОЗИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

MAIN THREATS TO THE INDEPENDENCE OF THE UKRAINIAN BAR AT THE PRESENT STAGE

Константиновський С.Г., студент І курсу магістратури факультету адвокатури
Національний юридичний університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено питанню адвокатської незалежності в Україні як одному з основоположних принципів діяльності адвокатури. Розкриваються серйозні проблеми, яких зазнає адвокатура України сучасності у зв'язку із прийняттям змін до окремих законодавчих актів. Адвокатура в Україні існує як незалежний самоврядний інститут, та не допускається втручання органів державної влади та місцевого самоврядування в діяльність адвокатів. Внесення окремих змін до профільного закону, законів України «Про запобігання корупції», «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», а також ініціатива запровадження peer review оцінювання в системі безоплатної вторинної правової допомоги несуть за собою суттєві загрози для незалежності адвокатів, адвокатських бюро та об'єднань, а також органів адвокатського самоврядування.

Аналізуються ризики, які існують не лише для незалежності окремих адвокатів, а й для органів адвокатського самоврядування. Звертається увага на неприпустимість надання повноважень із контролю над адвокатурою окремим органам державної влади та підміну цими органами дисциплінарних органів адвокатури. Зауважується, що законодавець робить окремі спроби обмежити адвокатів у своїй незалежності. Робиться висновок, що намагання законодавця встановити контроль над незалежною адвокатурою суперечать європейському вектору розвитку системи правосуддя в Україні.

У дослідженні зауважується, що перед тим, як закріплювати у вітчизняному законодавстві зарубіжний досвід, варто проаналізувати, як він буде реалізований в українських реаліях. Автор вважає, що адвокатам та органам адвокатського самоврядування в Україні слід давати більше незалежності та можливостей для розвитку, оскільки зазіхання законодавця на незалежність цього інституту можуть призвести до порушення гарантованого права громадян на якісну та професійну правничу допомогу.

Ключові слова: незалежність адвокатури, адвокатське самоврядування, фінансовий моніторинг, peer review, гарантії адвокатської діяльності.

The article is devoted to the issue of lawyer's professional independence in Ukraine as one of the fundamental principles of the Bar. The author analyses serious problems faced by the modern Ukrainian bar resulting from certain amendments of the legislative acts. The Bar in Ukraine is an independent self-governing institution, and any interference by the public authorities or local governments in the lawyers' affairs is prohibited. However, amendments to the subject matter law and the Laws of Ukraine "On Prevention of Corruption," "On Prevention and Counteraction to Legalization (Laundering) of Earnings from Crime, Financing of Terrorism and Financing of Proliferation of Weapons of Mass Destruction," as well as the initiative to introduce peer review evaluation in the Free Secondary Legal Aid system, pose a significant threat to the independence of lawyers, law firms and associations, and bar self-government bodies.

The article analyses the existing risks to the independence of individual lawyers as well as to the bar self-government bodies. Attention is drawn to the inadmissibility of granting powers to control the bar to certain public authorities or putting these bodies in place of the disciplinary bodies of the bar. The article notes the legislator's attempts to restrict lawyers in their independence. The author concludes that the legislator's attempts to establish control over the bar's independence contradict the European vector of development of the Ukrainian justice system.

The research notes that before enshrining foreign experience in domestic legislation, it is necessary to analyze how it would be implemented in the Ukrainian realities. The author believes that lawyers and bar self-government bodies in Ukraine should be given more independence and opportunities for development. Otherwise, the legislator's encroachment on the independence of this institution can lead to a violation of the guaranteed right of the individuals to the qualified and professional legal aid.

Key words: Bar's independence, lawyers' self-governing, financial monitoring, peer review, guarantees of advocacy.

Незалежність адвоката у своїй діяльності є однією з фундаментальних засад функціонування адвокатури як в Україні, так і у світі. Хоча в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» прямо не визначено, що являє собою незалежність адвоката, з аналізу окремих статей можна виокремити її основні риси. Так, адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб (стаття 5); забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності, забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності (стаття 23) [2], та інші складники незалежності. Проте, для реалізації зазначеного принципу недостатньо лише закріпити його в профільному законі.

Останнім часом законодавство про адвокатуру зазнає змін, які іноді посягають на незалежність адвоката та обмежують її. Серед основних ризиків незалежності адвоката нині можна визначити зарахування адвокатів до суб'єктів первинного фінансового моніторингу, запровадження peer review оцінювання в системі безоплатної правової допомоги, закріплення в законі статусу викривачів корупційних злочинів та ін.

Незалежність адвокатів як принцип діяльності адвокатури досліджувалася в роботах Т. Вільчик, В. Заборовського, С. Калинюк та інших вчених. Проте окреслені проблеми лише останнім часом привертають увагу науковців. Серед вітчизняних дослідників вже приділили увагу зазначеним проблемам О. Дроздов, Я. Гвоздій, В. Шкурко. Також ці питання порушувалися головою НААУ Л. Ізовітовою в рамках конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє». Серед іноземних дослідників питанням адвокатської незалежності присвячували наукові праці Е. Вуллі, С. Ревелл, М. Пейкова та інші. Проте зазначені проблеми лише опосередковано були досліджені в сучасних українських реаліях, а тому потребують більш детального вивчення. Таким чином, метою дослідження є аналіз незалежності адвоката як гарантії його діяльності, сучасних викликів, що виникають та посягають на незалежність адвокатури, та її обмеження шляхом застосування правових механізмів.

Адвокатура в демократичному суспільстві функціонує як незалежна інституція, тобто не підпорядкована дер-

жаві, забезпечена від будь-якого втручання та є особливим правозахисним інститутом в Україні. Відповідно до Основних принципів ООН щодо ролі адвокатів, держава має вжити заходів забезпечення, щоб адвокати були спроможними виконувати усі свої професійні обов'язки без примусу, перешкоджання, залякування та неналежного втручання [5]. Ці заходи захисту є надзвичайно важливими для спроможності адвокатів надавати клієнтам дієву правову допомогу.

Основним механізмом зовнішнього контролю адвокатури є невід'ємне право держави створювати законодавчу базу, якої адвокати зобов'язані дотримуватися. На практиці ж часто робляться спроби внесення поправок у законодавство про адвокатуру або прийняття нових дискримінаційних законів, у зв'язку з чим виникає небезпека обмеження незалежності адвокатури.

В опитуванні 104 українських адвокатів, проведеному в 2018 році, 61,5% адвокатів вказали, що в Україні є проблеми реалізації/загрози незалежності адвоката у професійній діяльності, і ще 26% відповіли «скоріше так, чим ні». Серед проблем та загроз незалежності адвокатури респонденти згадували такі: тиск та погрози з боку правоохоронних органів, у тому числі кримінальне переслідування; накладення дисциплінарних стягнень за сфабрикованими справами; створення системних важелів, які впливають на професійний розвиток і подальшу роботу адвокатів; фізичний вплив окремих осіб та громадських формувань на адвокатів; зловживання з боку колег – адвокатів; намагання влади в різних її проявах зарегулювати галузь та отримати дієві інструменти впливу на адвокатів, завдяки застосуванню різних технологій; порушення правоохоронними органами адвокатської таємниці; відсутність дієвого механізму захисту адвокатів від втручання в їхню діяльність [11].

Виходячи з даних цього опитування, можна констатувати, що вітчизняні адвокати незадоволені рівнем реалізації їхньої незалежності. Втручання в діяльність адвокатів із боку органів держави, постійне законодавче встановлення зовнішніх обмежень незалежності адвокатів, відсутність дієвого механізму захисту адвокатської незалежності може призвести до порушення основних засад діяльності адвокатури і, як наслідок, до порушення конституційного права громадян на якісну та професійну правничу допомогу.

Із прийняттям в 2019 році нової редакції Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» з'явилось ще кілька загроз для незалежності адвокатів. Так, законодавець у статті 6 Закону зараховує адвокатські бюро, адвокатські об'єднання та адвокатів, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально, до суб'єктів первинного фінансового моніторингу [4]. Зазначений закон покладає на таких суб'єктів низку обов'язків: забезпечувати моніторинг фінансових операцій клієнта на предмет відповідності таких фінансових операцій наявній у суб'єкта моніторингу інформації про клієнта, його діяльність та ризик; повідомляти Держфінмоніторинг про підозрілі фінансові операції (діяльність) або спроби їх проведення негайно після виникнення підозри або достатніх підстав для підозри, а також надавати обґрунтовані висновки, копії документів та іншу інформацію, на основі яких сформовано підозру, та додаткову інформацію на запити спеціально уповноваженого органу; забезпечувати доступ відповідних суб'єктів державного фінансового моніторингу та правоохоронних органів (за обґрунтованими запитами, здійсненими в межах їхніх повноважень) до документів або інформації, що міститься в них, тощо [4].

Таким чином, цей Закон зобов'язує адвокатів, адвокатські бюро та об'єднання перевіряти під час встановлення контактів із клієнтом походження коштів останнього, а якщо ці кошти пов'язані з тероризмом, поширенням зброї масового знищення та їх фінансуванням, – інформувати про це спеціально уповноважений орган. Також адвокати мають надавати доступ до документів та інформації, якщо Держфінмоніторинг має підозри, що справа пов'язана з фінансуванням тероризму та поширенням зброї масового знищення. За невиконання зазначених обов'язків для суб'єкта первинного фінансового моніторингу передбачена юридична відповідальність. Так, стаття 32 Закону визначає штрафи у розмірі 20 тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян для за неподання / несвоєчасне подання Держфінмоніторингу відповідної інформації щодо своїх клієнтів та за недопущення працівників такого органу або перешкоджання в проведенні перевірки документів [4].

Отже, постає питання, чи є покладення зазначених обов'язків на адвокатів, адвокатські бюро та об'єднання втручанням в їхню діяльність та порушенням адвокатської таємниці.

Стаття 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає адвокатську таємницю як будь-яку інформацію, що стала відома адвокату про клієнта, а також питання, з яких клієнт звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності [2].

Проте у 2014 році Законом № 1702-VII (ще стара редакція) цю статтю було доповнено положенням, згідно з яким подання адвокатом в установленому порядку інформації Держфінмоніторингу не є порушенням адвокатської таємниці. Адвокат не несе за це дисциплінарної, адміністративної, цивільно-правової та кримінальної відповідальності. Тобто законодавець ніби урегулював це питання, зробивши виключення з адвокатської таємниці. В.І. Шкурко вважає, що представники адвокатури не зобов'язані звітувати до Держфінмоніторингу, якщо: 1) відповідна інформація стала їм відома за обставин, що є предметом їх професійної таємниці; 2) така інформація має привілей на збереження службової таємниці; 3) вони виконують свої обов'язки щодо захисту клієнта, представництва його інтересів у судових органах та у справах досудового врегулювання спорів [12, с. 239].

Європейський суд із прав людини у справі «Мішо проти Франції» зауважив, що накладений на адвокатів обов'язок щодо фінансового моніторингу повідомляти про підозру, змушуючи надавати адміністративному органу отриману в процесі спілкування з іншою особою інформацію щодо неї, становить втручання в їхнє право на повагу до «приватного життя», яка включає професійну чи комерційну діяльність. Отже, на думку Суду, обов'язок повідомляти про підозру становить «постійне втручання» у реалізацію заявником як адвоката прав, гарантованих статтею 8, хоча під загрозою опиняється право на повагу до професійного спілкування з клієнтами. Суд констатував, що покладення такого обов'язку на адвокатів є втручанням в їхнє приватне життя, проте з урахуванням передбачення такого втручання законом та необхідності в демократичному суспільстві, ЄСПЛ не встановив порушення статті 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [6, с. 31].

Якщо звернутися до закордонного досвіду вирішення зазначеного питання, то Федерація юридичних товариств Канади оскаржила положення Закону про доходи від злочинства (відмивання грошей) та фінансування тероризму, оскільки вони застосовувались до адвокатів, з огляду на те, що вони порушили норми конституції Канади. Верховний суд Канади постановив, що слід визнати принципом основоположної справедливості неможливість держави

покладати обов'язки на адвокатів, що підривають їхній обов'язок прихильності до своїх клієнтів. Суд наголосив, що обов'язок адвоката дотримуватися сторони клієнта є надзвичайно важливим для підтримання впевненості в доброчесності здійснення правосуддя. Хоча суд підтвердив важливість привілею адвокат-клієнт, він зазначив, що ця привілея не є абсолютною. Адвокат не може ігнорувати дії клієнта, якщо вони є незаконними або слугують заохоченню до незаконних та небезпечних дій [14, с. 20].

Урядами європейських країн та міжнародними організаціями навіть розробляються посібники для адвокатів щодо ідентифікації та подальших дій із клієнтами, залученими до легалізації доходів, здобутих злочинним шляхом та фінансування тероризму, тобто це звичайна практика у цивілізованих європейських країнах [13].

Отже, у світовій практиці віднесення адвокатів до суб'єктів фінансового моніторингу є нормою. Так, суди констатують, що відбувається обмеження адвокатської таємниці та втручання в адвокатську діяльність. Але з огляду на те, що в цих країнах вже вибудований злагоджений механізм реалізації таких положень, діють компетентні спеціалізовані органи з чітко визначеними повноваженнями та дієвий механізм захисту адвокатської незалежності, можна стверджувати, що це є нормальним у демократичному суспільстві.

Однак, якщо повернутись до України, де законодавство не відрізняється стабільністю, можна констатувати наявність загроз для незалежності адвокатів, які встановлюються Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». Так, ще до 2014 року ці відомості про клієнтів становили адвокатську таємницю, а за волею законодавця не вважаються такою. Отже, нічого не заважає надалі вносити до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зміни, якими від адвокатської таємниці «відривати» певні категорії відомостей про клієнтів, зараховуючи їх до інформації, що не становить адвокатську таємницю.

Окрім того, проаналізованим законом на Міністерство юстиції покладений обов'язок бути органом контролю разом із Держфінмоніторингом. Мін'юст при цьому виконує регулюючу та контролюючу функції в усіх процедурах, де залучені адвокати як суб'єкти первинного моніторингу [4]. А це означає, що ми отримали контролюючий орган на тлі незалежності адвокатури. Це досить дискусійна позиція з огляду на те, що адвокатура згідно з Конституцією є саморегульованою, повністю незалежною від держави організацією [1].

Вважаємо, що адвокати в такому законодавчому кліматі стають незахищеними від наступного обмеження законодавцем їхніх прав, що призводить до нівелювання такої гарантії, як незалежність адвоката.

Наступним потенційним ризиком обмеження незалежності адвоката вважаємо ініціативу запровадження системи оцінювання «peer review» для адвокатів системи безоплатної вторинної правової допомоги. Так, проєктом Закону № 2704 від 28.12.2019 року про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення доступу до безоплатної правової допомоги дітей та осіб з інвалідністю та підвищення якості її надання [7] передбачається, зокрема, доповнити Закон України «Про безоплатну правову допомогу» положенням про впровадження механізму оцінювання якості наданої правової допомоги з використанням інструменту рецензування «peer review» комісіями незалежного оцінювання якості надання БВПД та відібраними ними адвокатами-експертами.

Запропоновані законодавчі зміни стали предметом дискусії в адвокатських колах. Взагалі система оцінювання «peer review» вже давно відома у світі і широко застосовується в окремих професійних спільнотах, зокрема, серед лікарів, юристів. В юридичній галузі вона полягає в оцінюванні наданих послуг відповідно до певних критеріїв та результатів роботи незалежним адвокатом, який має значний поточний чи минулий практичний досвід у галузях права, в яких здійснюється оцінювання [15]. Отже, постає питання, в чому недоліки цієї системи для вітчизняної адвокатури, якщо вона поширена у світі.

Проєкт закону передбачає, що склад комісії затверджується Мін'юстом за поданням Координаційного центру з надання правової допомоги; механізм проведення оцінювання, порядок проведення конкурсного відбору адвокатів-експертів для проведення зазначеного оцінювання також затверджуються Мін'юстом. Окрім того, в законопроекті немає чіткого визначення поняття «peer review» і мети його застосування. Отже, залишаються ризики, що поза адвокатурою Мін'юстом може бути створено механізм контролю якості професійної адвокатської діяльності за непрозорими правилами.

Проте найбільше обурення викликало положення, що адвокат зобов'язаний для проведення «peer review» оцінювання надавати, за згодою клієнта, комісії інформацію та документи, пов'язані із наданням БВПД. Тобто адвокати-експерти та інші члени комісії будуть, по-перше, вивчати справу клієнта, з доступом до відомостей, що становлять адвокатську таємницю, а по-друге, вирішувати, чи якісно адвокатом було надано правову допомогу, підібрано засоби захисту клієнта, тим самим втручаючись у формування правової позиції адвокатів, обмежуючи його професійну незалежність.

Такого висновку дійшла і Рада адвокатів України, вказавши у своєму рішенні, що запровадження «peer review» оцінювання для адвокатів суперечить основним гарантіям адвокатської діяльності в частині професійної незалежності та захисту адвокатської таємниці, створює загрозу знищення гарантованого Конституцією права на захист і порушує вимоги КПК України щодо недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування та Закону України «Про захист персональних даних», а перспектива його впровадження не відповідає інтересам незалежної адвокатури та суперечить європейському вектору розбудови сучасного українського правового простору [10].

Оскільки повноваженням розроблення механізму оцінювання законопроєктом наділено Мін'юст, запровадження системи «peer review» викликає низку запитань. Так, залишається незрозумілим: яка передбачається модель кінцевих результатів? Хто зможе звертатися за цим оцінюванням? Чи будуть матеріали справ вивчатися під час виконання доручення? Хто і в якій формі буде брати згоду у клієнта на оцінку адвоката, чи така згода буде автоматичною? Чи буде оцінка впливати на оплату роботи адвоката? Такі намагання створити модель залежності одних адвокатів від інших, які Мін'юстом за власними критеріями будуть визнані експертами, а також підміна дисциплінарних органів адвокатури суб'єктами, які не належать до системи адвокатури та будуть здійснювати «peer review» оцінювання, є недопустимими.

Прийняття наприкінці 2019 року Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції» також сколихнуло юридичну спільноту. Цим законом закріплюється статус викривача корупційних злочинів та механізм і гарантії його захисту [3].

Стосовно досліджуваної проблеми, цей Закон несе за собою кілька загроз адвокатській незалежності. Так, згідно зі статтею 53 Закону Національне агентство з питань запобігання корупції в разі звернення викривача здійснює представництво в суді його інтересів, якщо викривач неспроможний самостійно захистити свої права або реалізувати процесуальні повноваження, а представники або органи, яким законом надано право захищати

права, свободи та інтереси викривача, не здійснюють або неналежним чином здійснюють його захист [3]. Згідно зі статтею 131-2 Конституції України виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена [1].

Як вбачається з аналізу зазначених норм, стаття 53 Закону України «Про запобігання корупції» не узгоджується з положеннями Конституції України, оскільки винятків стосовно викривачів у Конституції не встановлено, а отже, НАЗК перебирає на себе виключне повноваження адвоката на представництво в суді. Окрім того, формулювання «не здійснюють або неналежним чином здійснюють його захист» вважаємо розмитим та оціночним. Незрозуміло, за якими критеріями та хто оцінює, чи належним чином адвокат здійснює захист викривача, а також в якому порядку та який орган має відстороняти від справи адвоката, замінюючи його представником НАЗК. На нашу думку, норму про повноваження НАЗК представляти в суді інтереси викривачів необхідно виключити через її невідповідність Конституції та через те, що вона дає підстави для втручання в адвокатську діяльність із боку держави.

Також цим законом НАЗК наділили повноваженням вносити приписи з вимогою про усунення порушень трудових та інших прав викривачів і притягнення до відповідальності осіб, винних у порушенні їхніх прав, у зв'язку з такими повідомленнями [3]. Постало питання щодо змоги вносити такі приписи органам адвокатського самоврядування, а саме кваліфікаційно-дисциплінарним комісіям адвокатури стосовно притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності.

Резонансним у цьому питанні став випадок, коли до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури надійшов припис Голови НАЗК із вимогою скасувати рішення КДКА Харківської області про притягнення адвоката, який став викривачем, до дисциплінарної відповідальності, позбавлено права на зайняття адвокатською діяльністю. Оскільки адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, постає питання, чи має НАЗК повноваження втручатися в діяльність органів адвокатського самоврядування, вимагаючи від останніх скасовувати прийняті рішення. Вважаємо, що в цьому випадку НАЗК вийшло за межі повноважень та не має права втручатися в діяльність адвокатури.

Згідно з положеннями Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури зараховано до повноважень суду та Вищої КДКА. Окрім того, оскаржити таке рішення може лише адвокат, якого притягнуто до дисциплінарної відповідальності, чи особа, яка ініціювала питання про дисциплінарну відповідальність [2]. Отже, цей вичерпний перелік осіб не містить НАЗК, і в цьому випадку вона вийшла за межі повноважень.

Аналогічний висновок викладений і в Рішенні Ради адвокатів України № 102 від 15 жовтня 2020 року, в якому звернено увагу на виключне повноваження органів адвокатського самоврядування вирішувати питання дисциплінарної відповідальності адвокатів та вказується, що вимога НАЗК є незаконною, оскільки пред'явлена не відповідно до приписів закону [9]. Також, як видається з Єдиного державного реєстру судових рішень, ВКДКА має на меті визнати протиправним та скасувати зазначений припис НАЗК, проте нині позовну заяву залишено без руху, про що свідчить ухвала Окружного адміністративного суду м. Києва від 5 листопада 2020 року [8].

Таким чином, вважаємо, що прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції» негативним чином позначається на незалежності як адвокатів, так і органів адвокатського самоврядування. Суперечливі та розмиті положення цього закону, надання НАЗК повноважень, які не відповідають Конституції, демонструють направленість на звуження незалежності адвокатів, втручання в діяльність адвокатури та намагання взяти адвокатуру під контроль держави. У цьому випадку залишається сподіватися, що суд нагадає законодавцю про неприпустимість втручання в діяльність адвокатури з боку органів державної влади та про те, що незалежність адвокатури гарантується Конституцією.

Таким чином, сучасні тенденції у вітчизняному законодавстві стоять не на боці незалежності адвокатури. Зарахування адвокатів до суб'єктів фінансового моніторингу, надання в цій сфері повноважень Мін'юсту з контролю за адвокатами, їхніми бюро та об'єднаннями є втручанням держави в діяльність адвокатури та призводить до порушення адвокатської таємниці. Запровадження «peer review» оцінювання може призвести до залежності адвокатів, які надають БВПД, від Мін'юсту, який буде підміняти собою дисциплінарні органи адвокатури. Вважаємо, що перед запровадженням такої системи оцінювання необхідно з'ясувати думку адвокатів: розробити критерії оцінювання, механізм відбору експертів та інші питання, які є непрозорими, із залученням до обговорення адвокатського самоврядування та адвокатів, які надають БВПД.

Надання повноважень НАЗК у зв'язку із закріпленням статусу викривачів, які дають їй змогу втручатися в діяльність адвокатури, несе загрозу адвокатській незалежності. Направлення вимог до органів адвокатського самоврядування та повноваження НАЗК із представництва в суді викривачів є неприпустимим та не відповідає Конституції.

Для того, щоб забезпечити громадянам право на професійну правничу допомогу, законодавцю слід розвивати адвокатуру шляхом надання адвокатам та їх об'єднанням більшої свободи та можливостей для розвитку, а не намагаючись «зарегулювати» цей самоврядний інститут, надаючи повноваження з контролю над нею окремим органам. Несистемне та сумбурне намагання перейняти світовий досвід без врахування вітчизняних умов та реалій, із прогалинами та невідповідністю Конституції та принципам адвокатської діяльності призводить не до наближення адвокатури до високих стандартів, а до постійних суперечок у професійному середовищі та нівелювання незалежності як гарантії адвокатської діяльності.

Досягнення правильного балансу між державними цілями, спрямованими на захист суспільства від незаконних дій, таких як відмивання грошей та корупція, та необхідністю захисту принципу законних привілеїв, незалежності адвоката в професійній діяльності є складним завданням. На жаль, українському законодавцю цього балансу поки що досягти не вдається.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 30.11.2020).

2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 лип. 2012 р. 5076-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення: 30.11.2020).

3. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1700-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text (дата звернення: 30.11.2020).

4. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 груд. 2019 р. № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20/conv#Text (дата звернення: 30.11.2020).

5. Основні принципи, що стосуються ролі юристів : Док. ООН № A/CONF.144/28/Rev. 1. Прийняті Восьмим Конгресом ООН з питань запобігання злочинності і поводження з правопорушниками. Гавана, 27 серп. – 7 вер. 1990 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_313#Text (дата звернення: 30.11.2020).

6. Справа «Мішо проти Франції». Заява № 12323/11: Рішення ЄСПЛ від 6 груд. 2012 р. URL: https://cutt.ly/yhl6ggh (дата звернення: 30.11.2020).

7. Про внесення змін до деяких законів України щодо спрощення доступу до безоплатної правової допомоги дітей та осіб з інвалідністю та підвищення якості її надання : Проект Закону від 28 груд. 2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67829 (дата звернення: 30.11.2020).

8. Ухвала від 5 лист. 2020 р. у справі № 640/26894/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92689727 (дата звернення: 30.11.2020).

9. Про розгляд листа Голови ВКДКА Вилкова С.В. щодо припису НАЗК «Про усунення порушень вимог ч. 3 ст. 53-4 Закону України «Про запобігання корупції» : Рішення Ради адвокатів України № 102 від 15 жовт. 2020 р. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-10-15-r-shennya-rau-102_5fa27eac40b76.pdf (дата звернення: 30.11.2020).

10. Щодо проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо спрощення доступу до безоплатної правової допомоги та підвищення якості її надання»: Рішення Ради адвокатів України № 54 від 5 серп. 2020 р. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-08-05-r-shennya-rau-54_5f4638acd85fd.pdf (дата звернення: 30.11.2020).

11. Опитування адвокатів Програми «*Адвокат* Майбутнього» на тему: «Незалежність адвоката у професійній діяльності та професійних асоціаціях». 2018. 68 с. URL: https://cutt.ly/zhzqmXq (дата звернення: 30.11.2020).

12. Шкурко В.І. Правове регулювання фінансового моніторингу в адвокатській діяльності. *Проблеми законності*. 2019. № 147. С. 230–243.

13. Guidance for a Risk-Based Approach for Legal Professionals. Paris : FATF, 2019. URL: http://www.fatf-gafi.org/publications/documents/Guidance-RBA-legal-professionals.html (дата звернення: 30.11.2020).

14. IBA Presidential Task Force – Report on the Independence of the Legal Profession. 2016. 39 p. URL: https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6E688709-2CC3-4F2B-8C8B-3F341705E438 (дата звернення: 30.11.2020).

15. Handbook on Ensuring Quality of Legal Aid Services in Criminal Justice Processes: practical guidance and promising practices. Vienna : UNODC, 2019. 122 p. URL: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Ensuring_Quality_Legal_Aid_Services.pdf (дата звернення: 30.11.2020).

УДК 347.965.7 (477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/121

ОПЛАТА ПОСЛУГ АДВОКАТА «ГОНОРАР УСПІХУ»

PAYMENT FOR ATTORNEY SERVICES "SUCCESS FEE"

Рамазанова С.Р., студентка V курсу
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ця стаття має на меті визначити оптимальність такого виду розрахунку між адвокатом і клієнтом, як «гонорар успіху». Досліджуються проблеми її законодавчого регулювання в Україні, зокрема, питання відшкодування поточних витрат адвоката у процесі надання адвокатських послуг, закріплення переліку позитивного результату вирішення справи для клієнта, визначення оціночних критеріїв розумності та обґрунтованості суми гонорару тощо.

Розглядаються інші наявні види оплати клієнтами адвокатських послуг, а саме фіксована, абонентська, погодинна. Наводиться статистика використання цих видів розрахунку з адвокатами та юридичними фірмами. Виокремлюються певні їх негативні сторони та причини їх наявності.

Крім цього, підіймається проблема сучасного відношення клієнтів до інколи надмірно високих цін на адвокатські послуги, а також проблема формування спотвореного уявлення студентів-правників щодо цінності їх майбутньої професії.

Аналізується іноземний досвід, у тому числі практика Європейського суду з прав людини щодо застосування та визначення поняття «гонорару успіху», що своєю чергою надає можливість вивести особисте бачення зазначеного поняття.

Робиться загальний висновок по практиці українських судів щодо цього питання, зокрема, на прикладі постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. та постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 26.09.2018 року у справі № 754/1513/16-ц, які мають діаметрально протилежні позиції через відсутність визначення «гонорару успіху» в Україні на рівні законодавства. Крім того, досліджуються статті фахівців в сфері права та досвідчених адвокатів щодо зазначеної теми.

У статті наведено власне визначення автора такої новели, як «гонорар успіху», а також висловлюється думка про необхідність обов'язкового використання розрахунку саме у як «гонорару успіху» та запропоновано диференціацію адвокатів щодо обов'язковості застосування до них «гонорару успіху».

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, оплата послуг, види оплати, правова допомога, «гонорар успіху».

This article aims to determine the optimality of such type of settlement between the lawyer and the client as a "success fee". The subjects of the study are the problems of its legislative regulation in Ukraine, in particular, the issue of reimbursement of procedural expenses of a lawyer during the provision of legal services, consolidation of the list of positive results of the case for the client, determination of evaluation criteria of reasonableness and validity of the fee.

Other existing types of payment for legal services by clients are analyzed, such as fixed service, subscription service and hourly service. The article also gives the statistics on the use of these types of settlements by lawyers and law firms, some of their negative sides and the reasons for their existence are singled out.

In addition, the article raises the problem of the current attitude of clients to the often excessively high prices for legal services, as well as the problem of forming a distorted view of law students about the value of their future profession.

Foreign experience is analyzed, including the case law of the European Court of Human Rights on the application and definition of the concept of "success fee", which, in turn, provides an opportunity to derive a personal vision of this concept.

A general conclusion is made on the practice of Ukrainian courts connected with this issue, in particular, on the example of the decision of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court in case № 462 / 9002/14-ts of 12.06.2018 and the decision of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court of 26.09.2018 in the case № 754 / 1513/16-ts, which have diametrically opposed positions due to the lack of definition of "success fee" in Ukraine at the legislative level. In addition, the articles of legal experts and experienced lawyers are studied.

The article gives the authors own definition of such new phenomenon as "success fee", and also expresses the opinion about the need to use the calculation of "success fee" and its probable result, proposes the differentiation of lawyers on the mandatory application of "success fee".

Key words: lawyer, advocacy activity, payment for services, types of payment, legal aid, "success fee".

Питання оплати завжди є суперечливим. Кожного дня ми стикаємося з цінами на ті чи інші товари або послуги і не оминемо зайвий раз подискутувати з родичами чи друзями на тему надмірно високих цін. Кожен з нас чітко уявляє, якою мірою повинен об'єктивно оплачуватися певний вид роботи, особливо якщо покупцями чи клієнтами є ми самі.

Існують види послуг, якими користуються виключно у своє задоволення, вони не мають нагальної необхідності. Однак є питання, в яких пересічна людина не може дати собі раду. До них належать насамперед захворювання, будівництво та правова допомога. Це ті сфери, які доволі складно осягнути і просто неможливо оминути у житті. Саме тому людина потребує в них професіональної допомоги.

За приписами статті 131^2 Конституції України адвокатура діє для надання професійної правничої допомоги в Україні. Це своє основне завдання адвокатура здійснює як незалежна інституція здійснення правосуддя [1, с. 3]. З розвитком інституту адвокатури постійно виникали питання й щодо оплати адвокатських послуг. Г.В. Лейбніц зазначав: «Перш ніж сперечатися, давайте рахувати». Наразі існує декілька видів оплати: фіксована, абонентська, погодинна та преміальний гонорар. Згідно з опитуванням юридичних компаній у 2019 році в Україні погодинну ставку використовують 88% юрфірм, fixed fee (фіксовану плату) назвали 69% юридичних фірм, success fee (гонорар успіху) – 28%, абонентську плату – 24% [2].

Перший вид розуміє під собою чітко визначену суму, яку клієнт повинен заплатити адвокату на початку їх співпраці. Зазначена сума буде вираховуватися відповідно до таких критеріїв, як складність справи, її тривалість тощо. Якщо адвокат працює в юридичній фірмі, то можливий також і відсоток, який візьме сама фірма за зроблену роботу. Цей метод оплати дуже поширений на практиці, проте має свої недоліки. Наприклад, у процесі розгляду справи можуть виникнути обставини, які потребують більше дій та часу адвоката для досягнення позивного результату, або, навпаки, клієнт заплатить надмірно високу суму за справу, яка виявиться дуже простою. Тобто за умов такого виду оплати збитки майже завжди несе одна зі сторін договору про надання правової допомоги.

Другий вид оплати – абонентська. Це комплексне надання юридичних послуг, зазвичай юридичним особам або фізичним особам – підприємцям. Тобто така особа укладає договір з адвокатом або юридичною фірмою про надання

правової допомоги і сплачує обумовлену суму щомісяця. Знову ж таки, існує безліч факторів, які можуть вплинути на перебіг діяльності юридичної особи чи ФОП і внаслідок цього змінити кількість необхідних юридичних послуг.

Третій варіант – погодинна оплата, найбільш розповсюджений варіант Проблема цього способу вбачається в тому, що адвокати, коли бачать критерії, відповідно до яких встановлюється їх гонорар, а саме, згідно з ч. 3 ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [3] (далі – Закон), складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта та інші істотні обставини, вважають, що в кожній їхній справі всі ці показники «на максимумі». Крім того, є певні нормативно-правові акти, які вказують адвокатам ціни на їхні послуги, наприклад, Рекомендації щодо застосування рекомендованих (мінімальних) ставок адвокатського гонорару, які затверджуються рішенням Ради адвокатів певної області України. Слово «мінімальних» вже на підсвідомому рівні значно звужує діапазон адекватних розцінок.

І четвертий спосіб розрахунку між клієнтом та адвокатом – найбільш цікавий і суперечливий – преміальний гонорар чи «гонорар успіху». Але чи передбачає такий вид оплати гонорару лише успішний результат по справі?

Досліджуючи певне явище, першочергово потрібно звернутися до його визначення. Відповідно до п. 3.3.2 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства [4] «гонорар успіху» ("Pactum de quota litis") – це угода, яка укладається між адвокатом і клієнтом до винесення остаточного рішення у справі, що розглядається, в якій клієнт є однією із зацікавлених сторін. Згідно з вищевказаною угодою клієнт зобов'язується у разі винесення рішення на його користь виплатити адвокату винагороду у вигляді грошової суми або в будь-якій іншій формі. Однак це визначення, з огляду на новизну такого явища, як «гонорар успіху», зазнало деяких трансформацій серед різних держав. Проаналізувавши іноземні джерела, можна виділити такі варіанти угод щодо оплати послуг між адвокатом та клієнтом, залежно від результату справи:

1) «*гонорар успіху*» (англ. Success fee або лат. Pactum de quota litis) – угода, як її трактує Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства;

2) «*ймовірний гонорар*» (англ. Contingency fee) – гонорар за послуги адвоката, який виплачується тільки у разі успішного вирішення справи або укладення мирової угоди з вигодою для клієнта і зазвичай становить процентну частку від суми, яку адвокату вдалося отримати або узгодити від імені клієнта;

3) «*умовний гонорар*» (англ. Conditional fee) – заздалегідь прописана сторонами в контракті на надання послуг форма додаткової винагороди, яка виплачується адвокату, крім заздалегідь узгодженого гонорару за послуги у разі успішного для клієнта вирішення справи, включаючи гонорар за умовою «немає виграшу, немає оплати» (англ. no win, no pay), коли адвокат отримує оплату своїх послуг і компенсацію понесених витрат тільки у разі виграшу справи [5].

Порівнявши ці три визначення, можна дійти висновку, що вони майже ідентичні. Тобто поточний хід справи оплачується мінімально або взагалі безкоштовно, а у разі успішного її завершення адвокат отримує гонорар, визначений відповідним відсотком від фінансового результату. Найбільшого поширення «гонорар успіху» набув у США, де він закріплений на законодавчому рівні. Партнер юридичної фірми Magistres Олексій Резніков доповідає: «Постраждалі малозабезпечені громадяни можуть найняти дорогих юристів на умовах великого гонорару за успіх. Юрфірми, по суті, інвестують свій досвід і працю в такого клієнта в очікуванні отримання великого гонорару – зазвичай від 30 до 50% від суми виграшу. Йдеться, зокрема, про позови до великих корпорацій» [6].

З одного боку, «гонорар успіху» – це дійсно дуже корисний інструмент, особливо для людей, які не є платоспроможними. Адвокат Олександр Дроздов зазначає, що аналіз норм законодавства дозволяє зробити висновок, що по своїй суті гонорар успіху виконує перш за все важливу соціальну функцію, оскільки встановлення розміру гонорару успіху як різновиду гонорару та його сплата допускається лише у разі досягнення адвокатом позитивного результату для клієнта, який, до речі, погодив це в договорі про надання правової допомоги. Адже таким чином забезпечується конституційне право кожного на вільний вибір захисника своїх прав серед найкваліфікованіших та найдосвідченіших з можливістю фактичного відстрочення сплати гонорару та лише за умови настання для клієнта позитивного результату. І це зрозуміло. Оскільки за таких умов клієнт не тільки пересвідчиться у фахові та досвідові адвоката, але й матиме реальну можливість розрахуватися за ефективну професійну правничу допомогу [7]. Також деякі фахівці вважають, що здебільшого він є чи не єдиним способом стимулювання залученого фахівця-юриста до максимальної самовіддачі та вирішення питання (завдання), максимально враховуючи інтереси клієнта [5]. Але чи можливо взагалі визнавати людину професіоналом, якщо в неї немає безумовного прагнення успіху? Невже справжній адвокат ставить за мету не допомогу, не боротьбу за справедливість і навіть не успіх, не здобуття своєї репутації, а просто гроші – це вже окреме питання.

З іншого боку, існує велика кількість питань, які потребують чіткого законодавчого регулювання.

По-перше, необхідно прямо встановити, за чиї кошти відбуватимуться поточні витрати адвоката у процесі надання адвокатських послуг, наприклад, витрати, пов'язані з прибуттям до місця зустрічі з клієнтом чи до суду.

По-друге, потрібно зазначити якомога більший перелік «позитивних результатів для клієнта», щоб у майбутньому уникнути безлічі позовів адвокатів до клієнтів про наявність певного успіху у відповідній справі. Такими результатами може вважатися присудження до стягнення та/або фактичне стягнення на користь клієнта грошових коштів; зменшення пред'явленої суми до стягнення з клієнта; зменшення суми незаконно донарахованих обов'язкових платежів, належних до сплати клієнтом у бюджет і відображених у ненормативному правовому акті компетентного державного органу; визнання (або відмова у визнанні) угоди недійсною; встановлення юридично значущої обставини; визнання недійсним ненормативного правового акту або визнання незаконними рішень чи дій державних органів; укладення мирової угоди на користь клієнта тощо [5].

По-третє, важливим є чітке визначення критеріїв, які формують суму гонорару. Розумність та обґрунтованість, якими оперує наразі судова практика, є дуже оціночними. До таких критеріїв можна віднести: складність та новизну певного правового питання, терміновість виконання доручення клієнта, необхідний час та обсяг роботи, який необхідно виконати, наявність перспективи досягнення позитивного економічного ефекту тощо.

По-четверте, потрібно визначити відсотковий діапазон, який може стягатися з клієнта як гонорар, коли результат вирішення справи виражений у грошовому еквіваленті. Наприклад, справи щодо відшкодування шкоди, яким іноді передували неприємні, драматичні і навіть трагічні події у житті клієнта, не повинні передбачати посягання адвоката на більшу частину цієї компенсації.

І останнім, але не за значенням, є момент вирішення питання щодо того, чи до всіх адвокатів може застосовуватися такий вид розрахунку за отриману правову допомогу. Йдеться про адвокатів, які щойно отримали свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю. Таке свідоцтво можна отримати в будь-якому віці, звичайно з урахуванням вимог до кандидатів. Тобто є «новоспечені» адвокати, які мають тільки декілька років юридичної практики, а є правники, які, вже маючи величезний досвід у юридичній сфері,

вирішили перекваліфікуватися на адвоката. Першим, з психологічної точки зору, потребується більше стимулювання та підтримки на новому шляху та за браком навичок, досвіду, можливості проконсультуватися з професіоналами спочатку буде надзвичайно складно довести справу до максимально успішного результату. Звичайно, є геніальні адвокати, одразу здатні перемагати, але це виняткові випадки.

Аналізуючи практику ЄСПЛ, варто зазначити, що він розмежовує угоди про виплату частки від виграшу (коли обов'язок виплати залежить від виграшу справи, а розмір гонорару визначений у процентах від суми виграшу) від інших видів угод про «гонорар успіху» (коли обов'язок виплати гонорару також залежить від виграшу справи, але його розмір визначений у твердій грошовій сумі або він являє собою премію, що додається до основної суми гонорару) [2].

В Україні судова практика з цього питання доволі суперечлива, зокрема тому, що на національному рівні немає чіткого визначення «гонорару успіху». Прикладами діаметрально протилежних позицій стосовно обговорюваного питання є постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. [9] та у справі № 754/1513/16-ц від 26.09.2018 р. [10]. Проте, на мою думку, цей вид оплати адвокатських послуг найбільш оптимальний для України, бо в нас дуже велика ймовірність спекуляцій на цінах за надання правничих послуг, особливо враховуючи появу «адвокатської монополії». Зазначена ймовірність базується на великій кількості абітурієнтів на спеціальність «Право». Лише невеликий відсоток нинішніх студентів-правників дійсно хоче допомагати людям, впевнені, що справедливість є, і плекають надію на те, що вони її встановлять. Більшість же бачить у роботі адвоката лише гроші, мріють нажитися на кожній справі, розуміючи, що клієнт дійсно не зможе впоратися з правовими питаннями самостійно, враховуючи низьку поінформованість суспільства України щодо їхніх юридичних прав та обов'язків. Недоліки законодавства, які дозволяють затягувати судовий процес, обходити законодавчі норми, безліч правових колізій та прогалин – все це дозволяє отримувати великі гроші, використовуючи, наприклад, погодинну оплату послуг адвоката. Доказування надмірності вартості послуг адвоката нерідко обґрунтовується судами середньостатистичними даними щодо оплати праці відповідного виду в певному регіоні, що готуються Державною службою статистики України, та ринковою вартістю юридичних послуг [11].

Таким чином, об'єктивні ціни на свої послуги встановлюють далеко не всі адвокати, тому погодинна оплата, абонентська та навіть фіксована викликають багато питань стосовно формування розміру гонорару.

З огляду на вищезазначене хочемо навести своє визначення «гонорару успіху» – вид розрахунку між клієнтом та адвокатом, за якого лише у разі успішного для клієнта вирішення справи адвокат отримує за свої послуги гонорар у вигляді закріпленого у договорі про надання адвокатських послуг фіксованого відсотку або твердої суми, залежно від результату (матеріального чи нематеріального).

Підводячи підсумок, можна сказати, що «гонорар успіху» – дійсно чудове рішення питання розрахунку між адвокатом та клієнтом. І не стільки для адвокатів, скільки для клієнтів. На жаль, отримання гонорару за результатами успішного вирішення справи за відсутності оплати у процесі її розгляду, дійсно чи не єдиний великий стимул для ефективної роботи адвокатів. Крім цього, цей вид розрахунку є найбільш об'єктивним, бо у разі позитивного фінансового результату по справі гонорар буде визначений у вигляді певного відсотку від компенсації, а якщо результат нематеріальний – у вигляді обговореної фіксованої суми, яка формується конкретно для кожної справи відповідно до критеріїв складності, тривалості, терміновості справи та репутації адвоката.

Для ефективного механізму дії «гонорару успіху» в України необхідно закріпити його визначення у Законі (наприклад, додавши частини до ст. 30 чи взагалі окрему статтю) та чітко прописати всі ключові моменти, які були зазначені вище. Важливим положенням, яке, на мою думку, повинно знайти відображення у Законі, є те, що застосування «гонорару успіху» буде відбуватися відносно адвокатів, які надають адвокатські послуги не менше, ніж протягом 5 років. Причому це буде єдиний можливий варіант розрахунку з ними. Таким чином, новачки в адвокатській діяльності матимуть змогу практикувати, використовуючи будь-який прийнятний для них вид оплати з нині існуючих, а через 5 років, враховуючи те, що оплата послуг відбуватиметься тільки у разі позитивного результату вирішення справи будуть робити власний вибір щодо продовження адвокатської кар'єри. Це забезпечить формування сильного інституту адвокатури, який представлятимуть професіонали, віддані своїй роботі та готові працювати на результат.

Щоб зробити такі зміни у законодавстві, необхідне повне переосмислення цінностей, передусім студентами – майбутніми юристами, бо саме нове покоління повинно втілювати позитивні ідеї, паростки яких зароджуються зараз. Саме вони будуть створювати нові закони, які потім повинні будуть захищати на благо гармонії у суспільстві.

ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»: Науково-практичний коментар / За заг. ред. Чижмарь К.І. Київ : Видавничий дім «Професіонал», 2020. 332 с. URL: https://duan.edu.ua/images/staff/departments/law/Files/ADV.pdf (дата звернення: 11.11.2020).
2. Ставки, знижки, hourly rates. *Юридична газета online*. 2019. № 41-42 (695-696). URL: https://yur-gazeta.com/publications/legal-business-in-ukraine/stavki-znizhki-hourly-rates.html (дата звернення: 11.11.2020)
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076–VI / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. ст.282 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 11.11.2020).
4. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства: ЄС; Кодекс, Міжнародний документ від 01.10.1988 // База даних «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343 (дата звернення: 11.11.2020).
5. Козлов С. Чому в Україні досі «не люблять» гонорар успіху адвоката? *Юридична газета online*. 2020. № 6 (712). URL: https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/chomu-v-ukrayini-dosi-ne-lyublyat-gonorar-uspihu-advokata.html (дата звернення: 11.11.2020).
6. Стоимость «успеха». *Видавництво «Юридична практика»*. 2010. № 42 (669). URL: https://pravo.ua/articles/stoimost-uspeha/ (дата звернення: 11.11.2020).
7. Дроздов О. Гонорару успіху адвоката бути! *Публікації НААУ.* 2020. URL: https://unba.org.ua/publications/5502-gonoraru-uspihu-advokata-buti.html (дата звернення: 11.11.2020).
8. Виды оплаты услуг юриста. *Видавництво «Юридична практика»*. 2003. № 29 (291). URL: https://pravo.ua/articles/vidy-oplaty-uslug-jurista/(дата звернення: 11.11.2020).
9. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. URL: https://protocol.ua/ua/vs_ktss_gonorar_uspihu/ (дата звернення: 11.11.2020).
10. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 754/1513/16-ц від 26.09.2018 р. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_ktss_vp_vid_26_09_2018_roku_u_spravi_754_1513_16_ts/ (дата звернення: 11.11.2020).
11. Ковальова Я.О., Прядко А.О. Відшкодування судових витрат на правову допомогу як елемент доступу до правосуддя. *Порівняльне аналітичне право*. 2019. № 5 URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/17747/1/Kovalova_Pryadko_414-416.pdf (дата звернення: 11.11.2020).

УДК 347.965
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/122

МОРАЛЬНІ ЗАСАДИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

MORAL PRINCIPLES OF ADVOCACY

Шандула О.О., к.ю.н.,
доцент кафедри адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Чубейко В.І., студент І курсу магістратури
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті здійснено теоретико-правовий аналіз моральних засад адвокатської діяльності, їх сутності та значення у професійній діяльності адвоката. Мета дослідження зумовлена тим, що нині у практичній діяльності адвокатів спостерігається моральна спустошеність, байдужість, відсутність будь-яких моральних засад. Традиційне розуміння понять «обов'язок», «честь», «гідність», «совість» нині нехтується певним відсотком представників адвокатської професії.

Авторами визначено, що адвокатська етика є системою науково-обґрунтованих уявлень про морально-етичні аспекти адвокатської діяльності та її оцінок. Адвокатська етика як складник юридичної етики є сукупністю моральних спеціальних вимог і норм, які реалізуються в результаті здійснення адвокатської діяльності. Адвокатська етика є наукою моральною, а не правовою. Тому адвокат при здійсненні своєї професійної діяльності повинен керуватися як етичними, так і моральними принципами.

На основі викладеного сформульовано поняття «моральні основи діяльності інституту адвокатури», під якими пропонується розуміти певні принципи належної поведінки в професійній діяльності адвоката, зокрема систему принципів і норм, їх значення у практичних випадках, коли правові норми не встановлюють конкретних правил поведінки. Вказано, що значення «моральних основ діяльності інституту адвокатури» істотне у випадках, коли правові норми не встановлюють для конкретних правил поведінки, здійснення професійної діяльності відповідно до принципів і цінностей людини та громадянина (верховенство права, законність, незалежність, конфіденційність) та уникнення конфлікту інтересів.

У статті підкреслено, що проблема професійного обов'язку інституту адвокатури є однією з ключових у загальній структурі моральних, в тому числі і деонтологічних, засад діяльності адвокатури. З огляду на це авторами сформульовано поняття «моральні основи діяльності інституту адвокатури», під якими пропонується розуміти певні принципи належної поведінки в професійній діяльності адвоката, зокрема систему принципів і норм, їх значення у практичних випадках, коли правові норми не встановлюють конкретних правил поведінки.

Ключові слова: адвокатська діяльність, моральні засади, адвокатська етика.

The article provides a theoretical and legal analysis of the moral principles of advocacy, their essence and significance in the professional activities of a lawyer. The purpose of the study is outlined by the fact that currently in the practice of lawyers there is moral devastation, indifference, lack of any moral principles. The traditional understanding of the concepts of duty, honor, dignity, conscience is neglected today by a certain percentage of the legal profession.

In view of this, the author determined that lawyer ethics is a system of scientifically sound ideas about the moral and ethical aspects of advocacy and its evaluation. Lawyer ethics, which is an integral part of legal ethics, is a set of moral special requirements and norms that are implemented as a result of advocacy. Lawyer ethics is a moral science, not a legal one. In view of this, a lawyer must be guided by both ethical and moral principles in carrying out his or her professional activities.

Based on the above, the concept of "moral foundations of the bar", which is proposed to understand certain principles of proper conduct in the professional activities of a lawyer, including a system of principles and norms, their meaning in practical cases where legal norms do not establish specific rules of conduct. Thus, it is stated that the importance of "moral foundations of the bar" is essential in cases where legal norms do not establish for specific rules of conduct, professional activities in accordance with the principles and values of man and citizen (rule of law, legality, independence, confidentiality) and avoiding conflicts of interest.

In addition, the article emphasizes that the problem of professional duty of the institute of advocacy is one of the key in the general structure of moral, including deontological, principles of advocacy. In view of this, the author formulates the concept of "moral foundations of the bar", which suggests certain principles of proper conduct in the professional activities of a lawyer, including a system of principles and norms, their significance in practical cases where legal norms do not establish specific rules of conduct.

Key words: advocacy, moral principles, legal ethics.

Постановка проблеми. Забезпечення приведення української адвокатури до міжнародного рівня є необхідною вимогою в побудові громадянського суспільства. Адвокати в силу своїх професійних обов'язків щодня виступають правовими представниками громадян, з яких складається громадянське суспільство. Актуальність теми зумовлена складними процесами правової трансформації українського суспільства в умовах приведення усіх сфер юридичної діяльності у відповідність до стандартів громадянського суспільства.

У соціальному житті відбуваються ціннісні трансформації, які виявляють закономірності та особливості формування моральних основ діяльності інституту адвокатури. Одним із факторів їх формування є пошук підходів до вирішення ціннісних проблем адвоката у практичній (професійній) діяльності, протиріччя та неузгодженості в процесуальному і матеріальному правах. Осмислення і вироблення пропозицій щодо їх попередження і рішення пов'язані зі здійсненням правосуддя, де одну з ключових функцій у відновленні порушеного права людини і досягненні справедливості виконує адвокатура.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання стосовно моральних засад адвокатської діяльності були предметом наукових дискусій у різні часи. Важливо зазначити дослідження М. Молло, А.Ф. Коні, Л. Кокорєва, М. Строговича, П. Елькінд, Т. Зінатуліна, С. Алексєєва, В. Яковлєва, Р. Шмоткіна, М. Барщевського, С. Компанєйцева, О. Бойкова, І. Ревіна та інших. Проте варто констатувати, що у практичній діяльності адвокатів спостерігається моральна спустошеність, байдужість, відсутність будь-яких моральних засад. Традиційне розуміння понять «обов'язок», «честь», «гідність», «совість» нині нехтується певним відсотком представників адвокатської професії.

Метою статті є теоретико-правовий аналіз моральних засад адвокатської діяльності, їх сутності та значення у професійній діяльності адвоката.

Виклад основного матеріалу. Насамперед варто зазначити, що здебільшого межа професійної відповідальності адвоката визначається ним самостійно на основі внутрішнього морального переконання, тобто моральності. Моральні основи розуміються як принципи моралі, на яких ґрунтується діяльність інституту адвокатури. Мораль розуміється адвокатами традиційно як духовність і як форма громадських свідомості і відносин. У той же час мораль – один зі способів регулювання поведінки людини на основі певних правил (моралі).

Поняття «моралі» і «права» здебільшого розрізняють, зазначаючи, що право (зокрема, так зване «позитивне») фіксується у письмовій формі в нормативно-правових актах і забезпечується примусом; у нашому ж розумінні ці поняття можуть бути і пов'язані між собою, адже «право – це мінімум моралі». Моральні вимоги теж можуть формалізуватися і набувати форм моральних норм, хоча можуть характеризуватися і певною невизначеністю. У той же час моральні норми орієнтуються на таке поняття як ідеал, що тісно пов'язано зі вмістом певної «великої ідеї».

Згідно положень Правил адвокатської етики [1] професійна незалежність адвоката, а також переконаність довірителя у порядності, чесності і сумлінності адвоката є необхідними умовами довіри до нього; адвокат повинен уникати дій (бездіяльності), спрямованих на підрив довіри; зловживання довірою несумісне зі званням адвоката. На підставі зазначеного вище можна визначити основні принципи етики адвоката:

1) професійна незалежність;

2) дотримання адвокатської таємниці;

3) обов'язок зберігати честь і гідність незалежно від ситуації;

4) обов'язок сумлінно захищати права і свободи, відстоювати інтереси довірителя;

5) поважати честь і гідність осіб, які звернулися за юридичною допомогою.

Для адвоката повинно бути важливим дотримання принципів етики адвоката і закону. Адвокат, здійснюючи свою діяльність, не повинен звеличувати інтереси довірителя вище за закон і мораль, він не може нехтувати правилами ділового спілкування з довірителем. Дотримання коректних відносин між адвокатом і довірителем зумовлює належний порядок здійснення діяльності адвоката. Тому можна зробити висновок, що адвокат не може перебувати в залежному становищі від довірителя.

Варто зауважити, що усі положення про етику вміщено в одному понятті «Деонтологія» як розділі етики. У 1834 році опубліковано працю відомого правознавця І. Бентама «Деонтологія, або Наука про мораль», у якій він зазначив, що деонтологія формує основу предмета будь-якої науки. Діяльність адвоката не можлива без дотримання дисципліни і професійної етики [2, с. 15]. С. Компанєйцев деонтологічні засади визначає як систему деонтологічних принципів і норм, спрямованих на забезпечення належної професійної поведінки адвокатів при захисті інтересів особи. Під професійним обов'язком розуміють діяльність адвоката, спрямовану на реалізацію завдань і функцій його професійної діяльності [2, с. 18].

Одним із перших дослідників моральних аспектів адвокатської діяльності був М. Кан, який вказував на такі ознаки адвокатської етики:

1) сукупність правил поведінки адвоката, пов'язана зі здійсненням адвокатської діяльності;

2) сукупність норм поведінки;

3) правила, що регулюють такі сторони діяльності адвокатів, які нерозривно пов'язані з честю і гідністю кожного з них окремо і адвокатури загалом [3, с. 28].

На думку З. Зінапуліна, адвокатська етика – наука, покликана вивчати ті моральні критерії, якими повинен керуватися адвокат у своїй службовій діяльності та повсякденному житті, щоб сприяти виробленню правил належної поведінки в тій чи іншій процесуально-правовій ситуації, яка викликає необхідність участі адвоката у її вирішенні.

Предмет адвокатської етики складає «професійна етика адвоката», яка охоплює питання моралі у відносинах із громадянами, державними органами та іншими органами адвокатури [4, с. 76]. Ми вважаємо, що адвокатська етика є системою науково-обґрунтованих уявлень про морально-етичні аспекти адвокатської діяльності та її оцінки. За міжнародними звичаями адвокату слід діяти в інтересах як права загалом, так і тих, чиї права і свободи йому довірено захищати; не тільки виступати в суді від імені довірителя, а й надавати йому юридичну допомогу у вигляді порад і консультацій. У зв'язку з цим на адвоката покладено комплекс зобов'язань як юридичного, так і морального характеру, які умовно поділяються на такі категорії зобов'язань:

1) перед довірителем;

2) перед судом та іншими органами влади, з якими адвокат контактує, будучи довіреною особою довірителя або діючи від його імені;

3) перед іншими адвокатами;

4) перед суспільством, для членів якого існування вільної і незалежної професії поряд із додержанням правових норм є найважливішою гарантією захисту прав людини.

Одним із обов'язків, закріплених у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [5], є обов'язок дотримання адвокатом Правил адвокатської етики [1]. Адвокатська етика як складник юридичної етики є сукупністю моральних спеціальних вимог і норм, які реалізуються в результаті здійснення адвокатської діяльності. Адвокатська етика є наукою моральною, а не правовою.

Адвокат при здійсненні своєї професійної діяльності повинен керуватися як етичними, так і моральними принципами. Адвокат повинен слідувати цим принципам протягом здійснення своєї професійної кар'єри. Він зобов'язаний використовувати усі законні засоби для захисту інтересів клієнта. Однак вимоги моральності ширші за рамки закону, тому необхідно, щоб засоби захисту були не тільки законними, а й морально бездоганними. Адвокат за будь-яких обставин повинен зберігати честь і гідність, оскільки вони є важливими складниками його ділової репутації.

Відносини між адвокатом і довірителем мають ґрунтуватися на довірі. Так, довіритель повинен бути впевнений, що відомості, які становлять професійну таємницю, не будуть розголошені. Правила адвокатської етики визначають професійну таємницю адвоката як імунітет, гарантію довірителя, надану йому Конституцією і законодавством України. Професійна таємниця є безумовним пріоритетом діяльності адвоката, термін зберігання якої не обмежений у часі і колом осіб.

При наданні юридичної допомоги особам адвокат повинен поважати їх права, честь і гідність, дотримуючись ділової дистанції при спілкуванні з довірителем. Адвокат повинен виконувати професійну діяльність сумлінно, чесно, розумно, кваліфіковано, своєчасно виконувати прийняті на себе зобов'язання щодо захисту прав, свобод і законних інтересів довірителя, але тільки законними засобами. У Правилах адвокатської етики зазначено, що закон і моральність вище волі довірителя. Ніякі побажання, прохання чи вказівки довірителя, спрямовані на недотримання закону або порушення вказаних вище правил, не можуть бути виконані адвокатом. Професійні та моральні якості адвоката далеко не вроджені властивості особистості, а придбані в процесі життєдіяльності. Адвокат за допомогою свідомості орієнтується в об'єктивній дійсності, виділяє себе із неї, протиставляє їй себе і регулює свою поведінку відповідно до базових потреб, ціннісних орієнтацій, ціннісних установок, знань, набутих у процесі соціалізації.

Однак вказаних вище моральних принципів не завжди дотримуються. Так, В. Сталовєров у своєму дослідженні вважає, що в адвокатурі існує дуже важлива проблема: порушення адвокатами норм і правил адвокатської етики. Відповіді на такі факти відсутні. Однією з причин В. Сталовєров вважає низький морально-етичний рівень розвитку адвоката загалом, відсутність моральних установок, визначення сенсу людської справедливості [6]. Дійсно, найчастіше громадяни стикаються з несумлінними адвокатами, які виконують свої обов'язки неналежним чином або зовсім не виконують їх. Все частіше адвокати при виконанні своїх професійних обов'язків працюють лише для отримання прибутку, в той час як цільовим призначенням їхньої діяльності є кваліфікована юридична допомога громадянам.

Правила адвокатської етики передбачають дисциплінарну відповідальність за порушення адвокатом вимог законодавства. Вони передбачають низку заходів дисциплінарної відповідальності: зауваження, попередження, припинення статусу адвоката. Найпоширенішими проступками адвокатів визнані факти невиконання рішень органів адвокатського самоврядування та порушення норм професійної етики. При порушенні адвокатом вимог професійної етики адвоката можна говорити про аморальний вчинок, який вступає у протиріччя не тільки з правовими нормами, а й нормами моралі. Аморальними проступками визнаються не лише свідомі порушення адвокатом правових та етичних норм, а й неусвідомлені дії або бездіяльності, зумовлені небажанням адвоката мати високий рівень знань, постійно їх удосконалювати, відсутністю внутрішньої дисципліни.

Усі перераховані вище зміни призвели до метаморфози суспільної свідомості і істотно змінили свідомість окремих адвокатів. Стався надлом і руйнування моральних цінностей, ціннісних орієнтацій адвокатів, у результаті чого професійна діяльність адвокатів почала спрямовуватися на задоволення таких базових потреб як максимальне вилучення матеріальних цінностей при здійсненні своєї професійної діяльності за рахунок клієнта і використання накопичених матеріальних цінностей для створення індивідуального комфорту. Навряд чи такий «адвокат» зможе чесно, розумно, сумлінно, кваліфіковано виконувати свої обов'язки щодо захисту прав і свобод своїх довірителів.

Не можна забувати, що адвокатська діяльність не є підприємницькою, хоча адвокат має право на отримання винагороди за виконувану роботу і на відшкодування понесених ним витрат. Тому вважаємо, що з точки зору суб'єктивної сторони оцінки поведінки адвоката бажання наживи, корислива мотивація свідчать про умисне порушення адвокатом вимог законодавства про адвокатську діяльність і адвокатуру та Правил адвокатської етики. Виконання професійних обов'язків (надання юридичної допомоги) адвокатом повинно мати для адвоката пріоритетне значення над іншою діяльністю (отриманням прибутку).

Використання «адвокатом» важкого фінансового становища свого довірителя і укладення угоди на «кабальних» умовах свідчать про аморальність цієї особи до своїх професійних обов'язків. Здійснення адвокатом своєї діяльності не повинно паплюжити честь і гідність адвоката або завдавати шкоди авторитету адвокатури. Вчинення аморальних проступків несе не тільки громадський осуд, а й залучення до дисциплінарної відповідальності та зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Висновки та пропозиції. На підставі осмислення зазначеного вище ми можемо сформулювати поняття «моральні основи діяльності інституту адвокатури», яке визначається як певні принципи належної поведінки під час здійснення професійної діяльності адвоката. Їх значення істотне у випадках, коли правові норми не встановлюють для конкретних правил поведінки, здійснення професійної діяльності відповідно до принципів і цінностей людини та громадянина (верховенство права, законність, незалежність, конфіденційність) та уникнення конфлікту інтересів.

Що стосується сфери професійної діяльності, то особливу увагу юридична наука приділяє обґрунтуванню певних стандартів і принципів, узагальненню моральних ідеалів, орієнтації поведінки кожної людини, в тому числі і певного професійного інституту загалом. Оскільки діяльність адвокатів має публічно-правовий характер, деонтологічні основи на всіх етапах захисту інтересів осіб, які звернулися за правовою допомогою, пізнання ступеня усвідомлення адвокатом своїх професійних обов'язків слід визнати актуальною проблемою наукового напряму.

Проблема професійного обов'язку інституту адвокатури є однією із ключових у загальній структурі моральних, в тому числі і деонтологічних, засад діяльності адвокатури. Її важливість зумовлена тим, що в діяльності адвоката майже немає контролюючої інстанції, крім його власної свідомості, переконання і моральних принципів або основ, адже під час здійснення прийому громадян, участі в процесі здійснення правосуддя адвокат не звітує ні перед одним із керівників.

Таким чином, нами сформульовано поняття «моральні основи діяльності інституту адвокатури», під якими пропонується розуміти певні принципи належної поведінки в професійній діяльності адвоката, зокрема систему принципів і норм, їх значення у практичних випадках, коли правові норми не встановлюють конкретних правил поведінки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Правила адвокатської етики, затверджені звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 09 червня 2017 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text (дата звернення: 23.11.2020).
2. Лозовой В.О. Професійна етика юриста. Х. : Право, 2015. 39 с.
3. Задорожня Г. Специфіка державного захисту прав і свобод людини та громадянина в Україні. *Право України*. 2008. № 1. С. 28–30.
4. Бралатан В.П. Професійна етика. Навчальний посібник. К. : Центр учбової літератури, 2014. 229 с.
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 27. Ст. 282.
6. Сталовєров В. Проблеми реформування законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. *Young Scientist*. 2017. № 5.1(45.1). С. 127–132.

РОЗДІЛ 11
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/123

ЗАХИСТ ПРАВ ТРУДОВИХ МІГРАНТІВ ЗА УМОВ ПАНДЕМІЇ COVID-19

PROTECTION OF THE RIGHTS OF MIGRANT LABOR DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Андрущенко О.П., студентка І курсу магістратури господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню захисту прав трудових мігрантів за умов пандемії COVID-19. Визначено поняття та зміст трудової міграції, проведено її загальну характеристику, проаналізовано наукові роботи, що досліджують питання порушення прав трудових мігрантів. Визначено, які порушення в цій сфері є найбільш поширеними та які існують тенденції у вдосконаленні прав мігрантів. Досліджено наслідки впровадження карантину для працівників, роботодавців і країн загалом. Визначено сучасний стан захисту прав трудових мігрантів і зосереджено увагу на проблемних питаннях. Проаналізовано вплив міграції на економіку держави та динаміку грошових переказів, які роблять трудові мігранти, їхню роль у розвитку країн. Розглянуто міжнародно-правові акти та національні нормативно-правові джерела, що регулюють захист прав трудових мігрантів. Основний акцент у статті зроблено на аналізі порушень прав працівників у різних країнах за період пандемії. Проаналізовано нормативно-правові акти, прийняті для запобігання поширенню коронавірусу, їхню роль у забезпеченні прав працівників, дієвість і наслідки впровадження ними нових прав та обов'язків. Розглянуто низку ситуацій у різних державах за період COVID-19 із метою з'ясувати, як саме діють карантинні обмеження у сфері трудової міграції, як їх дотримуються роботодавці та працівники, як держави борються з порушенням прав мігрантів, які органи допомагають захищати права працівників і перешкоджають поширенню коронавірусу. З'ясовано вплив запровадження карантину на зміну життя працівників та умов їхньої праці. Розглянуто нові обов'язки держав і роботодавців щодо забезпечення прав трудових мігрантів. Запропоновано шляхи удосконалення, розв'язання та недопущення міграційних проблем.

Ключові слова: трудова міграція, захист прав трудових мігрантів, порушення прав працівників за кордоном, COVID-19, пандемія, карантин.

The article is devoted to the study of the protection of the rights of migrant workers in the context of the COVID-19 pandemic. The author paid attention to the definition of the concept and content of "labor migration", conducted its general characteristics, analyzed scientific works that explore the violation of the rights of migrant workers. It is determined which violations in this area are the most common and which are the trends in improving the rights of migrants. The consequences of quarantine for employees, employers and countries in general have been studied. The current state of protection of the rights of migrant workers is determined and attention is focused on the problematic issues that exist today. The impact of migration on the state economy and the dynamics of remittances made by migrant workers and their role in the development of countries are analyzed. International legal acts and national legal sources regulating the protection of migrant workers' rights are considered. The main emphasis in the article is made on the analysis of violations of workers' rights in different countries during the pandemic period. The regulations adopted to prevent the spread of coronavirus, their role in ensuring the rights of workers, the effectiveness and consequences of their introduction of new rights and responsibilities are analyzed. A number of situations in different countries during COVID-19 have been examined in order to find out exactly how quarantine restrictions apply in the field of labor migration, how employers and workers comply with them, how states combat violations of migrants' rights, which bodies help protect workers' rights and prevent the spread of coronavirus. The impact of quarantine on changing the lives of workers and their working conditions has been clarified. The new responsibilities of states and employers to ensure the rights of migrant workers are considered. Ways to improve, solve and prevent migration problems are suggested.

Key words: labor migration, protection of the rights of migrant workers, violation of workers' rights abroad, COVID-19, pandemic, quarantine.

Постановка проблеми. Коронавірус вплинув практично на всі сфери суспільного життя і, звісно, позначився на трудових міграційних процесах. Пандемія COVID-19 показала економічну та правову незахищеність осіб, порушення трудових прав, що займають особливе місце в системі прав людини та належать до соціальних прав і гарантування яких є завданням кожної соціальної держави. Незважаючи на велику кількість міжнародних нормативно-правових актів, трудові мігранти все одно втратили можливість користуватися своїми трудовими правами через відсутність належних механізмів і колізій у тлумаченні міжнародно-правових договорів. Відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України № 287-р від 14 березня 2020 р. [1] було припинено регулярне міжнародне пасажирське транспортне сполучення повітряного, залізничного, автомобільного та пасажирського транспорту із 17 березня до 13 червня 2020 р. Протягом трьох місяців громадянам України та іноземцям було заборонено перетинати державний кордон України.

Оскільки трудова міграція для України є масовим явищем, адже наша країна одночасно є державою походження, призначення та транзиту працівників-мігрантів, територією різнохарактерних, різноспрямованих і різномасштабних трудових міграційних потоків, пандемія стала великою проблемою. Виникла нагальна потреба у вирішенні питання про захист трудових мігрантів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, які займаються дослідженням проблемних питань, пов'язаних із захистом прав трудових мігрантів, слід згадати таких, як Л. Амелічева [6], Ю.О. Пундор [7], П.С. Кравчук [2], О.А. Трюхан [5] та ін.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Мета статті – дослідити проблеми трудової міграції, зокрема за умов пандемії COVID-19.

Виклад основного матеріалу. Із прийняттям Закону України «Про міжнародне приватне право» Україна отримала одну із найбільш прогресивних кодифікацій правових норм, покликаних врегульовувати приватноправові відносини з іноземним елементом. Традиційно до цієї групи належать і відносини, які складаються у зв'язку з міжнародною трудовою міграцією, різними видами відряджень українських громадян за кордон, роботою в міжнародних організаціях системи ООН, працею на підприємствах з іноземними інвестиціями, а також трудовою діяльністю моряків. Чинне законодавство України та міжнародні договори доволі послідовно врегульову-

ють правовий статус таких працівників, передбачаючи гарантії зайнятості, виконання трудової функції, а також низку гарантій, що стосуються членів сімей таких працівників [2, с. 105].

Право на працю є одним із найбільш важливих соціальних прав і визначає можливість людей займатися працею для забезпечення як свого матеріального добробуту, так і духовного розвитку за умов свободи та гідності, економічної безпеки та рівних можливостей. Зазвичай конституції зарубіжних країн обмежуються проголошенням загальної заборони дискримінації та рівності громадян перед законом, але у деяких західних країнах (у Франції, Португалії, Італії, Данії), у республіках колишнього СРСР, у країнах Центральної та Східної Європи спеціально декларується заборона дискримінації у сфері праці, зокрема при працевлаштуванні [3, с. 209].

Відповідно до юридичної енциклопедичної літератури під трудовою міграцією (лат. migratio – переселення) розуміється соціально-правове явище, яке характеризується переміщенням працездатного населення як усередині країни, так і за її межами під впливом негативних економічних чинників у пошуках роботи на певний термін. Вирізняють зовнішню (міжнародну) та внутрішню трудову міграцію [4, с. 693–694].

Відповідно до Європейської конвенції про правовий статус трудових мігрантів, ратифікованої Верховною Радою України 16 березня 2007 р., термін «трудовий мігрант» означає громадянина Договірної Сторони, котрому інша Договірна Сторона дозволила перебувати на її території для здійснення оплачуваної роботи. До змісту права на трудову міграцію входять: право приймати реально запропоновану роботу; право вільно пересуватися в цих цілях по території держав-членів співтовариства; право перебувати в одній із держав-членів співтовариства, займаючись трудовою діяльністю відповідно до законодавства, що регулює зайнятість громадян цієї держави співтовариства; право залишатися на території однієї з держав-членів співтовариства після завершення трудової діяльності в цій державі на визначених співтовариством умовах [5, с. 178].

Трудові відносини з іноземцями або апатридами в Україні регулюються ст. 26 Конституції України, положеннями ратифікованих нашою державою міжнародних і європейських стандартів праці, таких як: Конвенція ООН «Про захист прав усіх трудящих-мігрантів та членів їх сімей» від 1990 р., Конвенція МОП № 97 «Про працівників-мігрантів» від 1949 р., Конвенція МОП № 143 «Про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення» від 1975 р., Конвенція МОП № 111 «Про дискримінацію в галузі праці та знань» від 1958 р., Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів від 1977 р., Європейська соціальна хартія (переглянута) від 1996 р. та ін. Також відносини із трудової еміграції врегульовані двосторонніми міжнародними договорами між Україною та Польщею, Чехією, Італією, Іспанією, Португалією й ін. Одним із важливих законів, що визначає правові й організаційні засади державного регулювання зовнішньої трудової міграції та соціального захисту громадян України за кордоном і членів їхніх сімей, є Закон України «Про зовнішню трудову міграцію». Також слід назвати деякі підзаконні акти концептуального характеру з питань міграції, зокрема із зовнішньої трудової міграції, а саме: Стратегію державної міграційної політики України на період до 2025 р., Програму гідної праці МОП для України на період 2016–2019 рр. та ін. [6, с. 56]. Метою Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 р. визначено спрямування зусиль держави та суспільства на формування і реалізацію державної міграційної політики, яка б позитивно впливала на консолідацію української нації та безпеку держави, прискорювала соціально-економічний розвиток, сприяла уповільненню темпів депопуляції, стабілізації кількісного та якісного складу населення, задоволенню потреб економіки в робочій силі, відповідала міжнародним стандартам і міжнародним зобов'язанням України [7, с. 100–101].

Головними країнами призначення трудящих-мігрантів з України є Російська Федерація, Польща, Італія, Чехія, Німеччина, Угорщина, Іспанія, Португалія та Білорусь. Умови праці українських трудових мігрантів є причиною для занепокоєння. Згідно з результатами дослідження лише 38% трудових мігрантів уклали письмовий трудовий договір з іноземними роботодавцями. Ця проблема є особливо серйозною у деяких країнах – сусідах України. У Росії тільки 28,9% трудящих-мігрантів формалізували свої домовленості про роботу у письмовому вигляді, у Польщі частка таких – лише 11,7%. Тільки у Чехії, Білорусі та Німеччині письмові трудові договори підписали більше половини українських мігрантів (відповідно 58,1%, 56,9% і 52,9%). Здебільшого письмовий трудовий договір між трудовими мігрантами та роботодавцями був укладений мовою країни працевлаштування, і тільки у 25% випадків його було перекладено українською. Особливо вразливими до порушень своїх трудових прав є ті трудові мігранти, котрі працюють домашніми працівниками. Ця категорія українських мігрантів (переважно жінки) зазвичай не формалізує свої трудові відносини (у 16,5% випадків) у письмовій формі [8, с. 10–11].

Міжнародна організація з міграції у червні 2020 р. [9] зазначила, що в будь-який момент часу за кордоном перебувають близько 3 млн українських трудових мігрантів. Обсяг грошових переказів, які вони перераховують і які становлять більше за 10% у відношенні до ВВП України, за даними Світового банку, зріс на 86% за останні п'ять років, досягнувши 15,8 млрд дол. США у 2019 р. Проте COVID-19 дещо змінив ситуацію. За прогнозами НБУ, пандемія може призвести до зменшення сукупних обсягів грошових переказів на 20% порівняно з минулим роком. Спалах COVID-19 і зумовлене ним закриття бізнесів та уповільнення економіки стали причиною повернення в Україну трудових мігрантів, вимушених шукати нові джерела доходів. На початку квітня 2020 р. Державна служба зайнятості України заявила, що реєструє в середньому по 7 000 безробітних на день, тоді як на ринку праці майже не з'являються нові вакансії.

16 липня 2020 р. Єврокомісія оприлюднила Настанову щодо поводження із сезонними працівниками [10], якою зазначає, що Комісія стежить за належним застосуванням правил Союзу щодо сезонних працівників, а відповідальність за належне застосування норм національного законодавства, що реалізують Директиви ЄС, покладається на національні органи влади. Отже, державам-членам пропонується посилити виїзні інспекції в цьому відношенні, в т. ч. за підтримки Європейського бюро праці (ELA), та повністю забезпечити виконання всіх чинних норм. Комісія закликає держав-членів підвищити обізнаність щодо вимог охорони праці, які стосуються сезонних працівників, і надати роботодавцям практичну інформацію про те, як виконувати відповідні законодавчі вимоги щодо сезонних працівників у всіх секторах. Роботодавці повинні проводити належну оцінку всіх можливих професійних ризиків і встановлювати попереджувальні та захисні заходи, включаючи забезпечення необхідними захисними засобами й адаптацію заходів до нових обставин. Комісія також закликає держав-членів активізувати співпрацю з метою поліпшення умов праці сезонних працівників, зокрема через Консультативний комітет з охорони праці та безпеки праці та Комітет старших інспекторів праці (SLIC). Неясна або відсутня інформація про права й обов'язки сезонних працівників і їхніх роботодавців має прямі наслідки для їхнього захисту.

Регламент (ЄС) № 883/2004 [11] визначає законодавство про соціальне забезпечення, що застосовується до сезонних працівників. Згідно з нею працівники ЄС, котрі реалізують своє право на вільне пересування, підпорядковуються системі соціального забезпечення тільки однієї держави-члена. Внаслідок належності до системи соціального забезпечення компетентної держави-члена сезонні працівники повинні мати доступ до соціального захисту на тому самому рівні, що й інші застраховані особи в цій державі-члені.

Однак відповідно до опитування, проведеного спільно польською компанією EWL із Центром Східної Європи Варшавського університету серед іноземних працівників упродовж 26 серпня – 8 вересня 2020 р., найбільше складнощів в іноземців зараз викликають зменшення годин праці (41,8%) і психологічна напруга (37,4%). Українські працівники у Польщі очікують від польського уряду на продовження терміну дії документів на легальне перебування і працю в Польщі (59,7%), а від працедавців – надання безкоштовних засобів гігієни та противірусного захисту (33,8%), а також безкоштовного житла на час відбуття обов'язкового карантину після перетину кордону (28,9%) [12]. Тобто у Польщі головною проблемою трудових мігрантів під час пандемії виявилися відсутність безкоштовних засобів захисту та житла для відбуття карантину.

Ще один випадок порушення прав трудових мігрантів під час пандемії відбувся в Естонії. 21 липня 2020 р. оплаченим фермерами спецрейсом прибула група сезонних робітників з України в Естонію кількістю понад 150 осіб. Всіх протестували на COVID-19 у Талліннському аеропорту (позитивними виявилися три проби), а потім помістили на карантин на два тижні перед початком роботи, після чого знову протестували. У ході проведеної під час карантину перевірки з'ясувалося, що правила самоізоляції в різному вигляді були порушені 46 разів. Були обґрунтовані підозри, що 17 осіб, яким слід було перебувати на самоізоляції, працювали. Після цього міністр внутрішніх справ Март Хельме заявив, що порушники мають бути покарані за всією суворістю закону. Міністр закордонних справ Урмас Рейнсалу наголосив, що їх слід вислати з країни. Було винесено приписи про депортацію лише 12 заробітчан, обвинувачених у порушенні карантинних вимог, проте фермери запевняли, що українці, яких хочуть депортувати, не працювали на полях, а облаштовували свої житлові приміщення, розташовані під одним дахом з основною будівлею ферми. Однак, за оцінкою департаменту здоров'я Естонії, об'єкт, про який йдеться, все-таки не можна розглядати як житлове приміщення, тому рішення про депортацію є правильним [13]. Тобто були порушені умови проживання й умови обов'язкового карантину трудових мігрантів. Роботодавці не підготували належні умови для забезпечення трудових прав працівників.

Що стосується тих трудових мігрантів, котрі захворіли на COVID-19, то, наприклад, у Чехії 20 липня 2020 р. директор регіональної санепідемстанції Кветослава Котрбова заявила, що в період із 9 по 18 липня в Південночеському краї виявили 10 осіб із коронавірусом, із яких 6 громадян України. Вона заявила, що українці як закордонні працівники є джерелом ризику для Південної Чехії, оскільки їздять до родичів додому та можуть повертатися з позитивними тестами на коронавірус, а тому із 20 липня у працівників, які приїжджають із певних держав ЄС і третіх країн, обов'язково вимагають довідку про негативний тест на COVID-19 [14]. Отже, тільки через півроку після початку карантину в Європі уряд країни почав вимагати негативний тест на коронавірус, аби запобігти поширенню вірусу всередині країни як серед своїх громадян, так і серед іноземців.

В Анголі із січня 2020 р. перебували п'ятеро громадян України, які приїхали туди на запрошення ангольського роботодавця й опинилися у складному становищі без укладених робочих контрактів, без дійсних віз, не отримуючи заробітну плату. У відповідь на звернення громадян до Посольства України українським дипломатам у контакті з МЗС Анголи та місцевими правоохоронними органами вдалося забезпечити повернення громадян в Україну, а також досягти домовленості з ангольським роботодавцем щодо виплати їм зарплати за відповідний період роботи [15]. Отже, громадяни України поїхали в Анголу з порушенням усіх трудових прав і лише завдяки дипломатам і правоохоронним органам Анголи змогли не лише повернутися на батьківщину, а й отримати заслужену заробітну плату.

Висновки. Трудова міграція – це наслідок високого рівня безробіття та низьких заробітних плат. Пандемія та необхідність введення карантину поставили країни перед новими викликами у сфері трудової міграції. COVID-19 поширився по всьому світу з таким темпом, що вмить зупинив і змінив міграцію, і держави в короткий термін повинні були запровадити додаткові заходи захисту ринку праці.

Трудова міграція почала відновлюватися та через скрутне соціально-економічне становище у світі невдовзі досягне небувалого рівня, оскільки саме вона сприяє збільшенню надходження коштів до державного бюджету та відіграє ключову роль у процесах відновлення економіки. Проте правове становище трудових мігрантів викликає занепокоєння, адже, незважаючи на велику кількість нормативно-правових актів, спостерігається багато порушень їхніх прав, відсутність соціальних гарантій вимагає втручання з боку держави.

Отже, проаналізувавши наукові праці, міжнародне та національне законодавство і випадки порушення прав працівників за період COVID-19, можна дійти висновку, що державам слід усунути прогалини в законодавстві про захист прав трудових мігрантів і зробити обов'язковими норми рекомендаційного характеру, спрямовані на запобігання поширенню коронавірусу та впровадження особливих умов праці працівників під час пандемії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про тимчасове обмеження перетинання державного кордону, спрямоване на запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : розпорядження Кабінету міністрів України від 14 березня 2020 р. № 287-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287-2020-р#Text.

2. Кравчук П.С. Сучасний стан трудової міграції та перспективи регламентування трудових відносин. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2016. № 36. С. 105–108.

3. Трюхан О.А., Чанишева Г.І., Лагутіна І.В., Краснов Є.В., Сорочишин М.В., Римар Б.А., Кайтанський О.С., Медвідь А.О. Місце трудових та соціально-забезпечувальних прав у системі прав людини. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. С. 201–232.

4. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 11. Трудове право. Право. 2018. С. 776.

5. Трюхан О.А. Право працівників мігрантів на зайнятість: міжнародні стандарти та законодавство України. *Часопис цивілістики.* 2015. № 19. С. 178–183.

6. Амелічева Л. Право на гідну працю трудових мігрантів в умовах глобалізації. *Підприємство, господарство і право.* 2020. № 1. С. 54–58.

7. Пундор Ю.О. Проблема відтоку кваліфікованих кадрів у контексті міграційної політики України. *Часопис Київського університету права.* 2019. № 2. С. 100–104.

8. Програма гідної праці МОП для України на період 2016–2019 рр. від 07 квітня 2016 р. С. 28. URL: https:// goo-gl.su/6sXCiOqP.

9. Подолання наслідків впливу COVID-19 на мобільність населення. Червень 2020 р. МОМ ООН міграція. URL: https://iom.org.ua/sites/default/files/iom_ukraine_covid-19_migration_messages_ukr.pdf.

10. Guidelines on seasonal workers in the EU in the context of the COVID-19 outbreak of 16 July 2020. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/guidelines_on_seasonal_workers_in_the_eu_in_the_context_of_the_covid-19_outbreak_en.pdf.

11. Regulation (EC) № 883/2004 of the European Parliament and of the council of 29 April 2004. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0883.

12. Близько 40% українців у Польщі змінили роботу через COVID-19. *УКРІНФОРМ*. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3112487-blizko-40-ukrainciv-u-polsi-zminili-robotu-cerez-covid19.html.

13. Роботодавці Естонії оскаржать у суді рішення про депортацію 12 українців. *УКРІНФОРМ*. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3081008-robotodavci-estonii-podaut-do-sudu-cerez-risenna-pro-deportaciu-12-ukrainciv.html.

14. У Південночеському краї почастішали випадки інфікування коронавірусом серед українських трудових мігрантів. URL: https://www.vinegret.cz/631570/v-yuzhnoi-chekhii-rastet-chislo-ukrainskikh-rabochikh-s-koronavirusom.

15. Довгоочікуване повернення громадян України з Анголи на батьківщину. *Посольство України в республіці Ангола.* URL: https://angola.mfa.gov.ua/news/dovgoochikuvane-povernennya-gromadyan-ukrayini-z-angoli-na-batkivshchinu.

УДК 341.171
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/124

«ДЕФІЦИТ ДЕМОКРАТІЇ» У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ: СУЧАСНИЙ СТАН І ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

"DEFICIT OF DEMOCRACY" IN THE EUROPEAN UNION: CURRENT SITUATION AND SOLUTIONS

Асірян С.Р., к.ю.н.,
асистент кафедри права Європейського Союзу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

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 дослідженню проблеми «дефіциту демократії» у Європейському Союзі. Проаналізовано історію терміна, причини виникнення проблеми «дефіциту демократії» у Європейському Союзі. Проаналізовано положення Лісабонського договору, який вніс зміни в інституційні механізми щодо мінімізації проблеми демократичного дефіциту у Європейському Союзі. Проаналізовано статистику участі громадян у виборах до Європейського Парламенту після реформ, запроваджених Лісабонським договором. Визначено недоліки функціонування інституційної системи Європейського Союзу в аспекті участі громадян у прийнятті рішень і визначенні напрямів розвитку. Досліджено правий статус і значення Європейського Парламенту у процесі прийняття актів Європейського Союзу, його роль у механізмі «законодавчого трикутника». Проаналізовано правове становище Європейського Омбудсмана по здійсненню контролю за дотриманням прав та інтересів громадян держав-членів органами Європейського Союзу. Досліджено сучасний стан функціонування механізму громадянської ініціативи та його дієвість як одного із типів партиципаторної демократії, проблему захисту прав меншості як складову частину «дефіциту демократії» у Європейському Союзі. Здійснено загальний аналіз складників проблеми «дефіциту демократії» та їхнього взаємозв'язку. Запропоновано можливі шляхи реформування інституційної побудови Європейського Союзу для подолання проблеми «дефіциту демократії», а саме: реформування механізму прийняття нормативних актів Європейським Парламентом, посилення його ролі у законодавчому процесі; запровадження інституту відкликання членів Європейського Парламенту; вдосконалення процедури громадянської (законодавчої) ініціативи, залучення до цього процесу Європейського Парламенту; реформування правового статусу Європейського Омбудсмана, розширення його повноважень і можливостей впливати на дотримання органами Європейського Союзу прав та інтересів громадян.

Ключові слова: Європарламент, громадянська ініціатива, Омбудсман, дефіцит демократії.

The article is devoted to the study of the problem of democracy deficit in the European Union. The history of the term "democracy deficit" is analysed. The causes of the problem of "democracy deficit" in the European Union, which is one of the main problems in the political nature of the latter, are highlighted. The provisions of the Lisbon Treaty, which introduced changes in institutional mechanisms of minimizing the problem of democratic "deficit", is analyzed. The statistics of citizens' participation in the elections to the European Parliament after the reforms introduced by the Lisbon Treaty are analyzed. The shortcomings of the functioning of the institutional system of the European Union in terms of citizen participation in decision-making and identifying areas of development are analyzed. The legal status and significance of the European Parliament in the process of adopting acts of the European Union, its role in the mechanism of the "legislative triangle" are studied. The legal position of the European Ombudsman on the control over the observance of the rights and interests of the citizens of the member states by the bodies of the European Union is analyzed. The current state of functioning of the mechanism of civic initiative and its effectiveness as one of the types of participatory democracy is studied. The problem of protection of minority rights as a component of the "deficit of democracy" in the European Union is studied. Has been made a general analysis of the components of the problem of "democracy deficit" in their relationship. Possible ways to reform the institution building of the European Union to overcome the problem of "democracy deficit" are proposed, namely: reforming the mechanism of the adoption of regulations by the European Parliament, strengthening its role in the legislative process; introduction of the institute of recall of members of the European Parliament; improving the procedure of civic (legislative) initiative, involvement of the European Parliament in this process; reforming the legal status of the European Ombudsman, expanding his powers and opportunities to influence the observance of the rights and interests of citizens by the bodies of the European Union.

Key words: European Parliament, civic initiative, Ombudsman EU, deficit of democracy.

Постановка проблеми. Актуальність тематики зумовлена насамперед інтеграційними процесами, які сьогодні відбуваються в Україні, тому взаємодія вищих органів влади Європейського Союзу (далі – ЄС) із громадянським суспільством та окремим громадянином завжди знаходяться у сфері наукового інтересу. На шляху до набуття членства у ЄС необхідним є вивчення не лише переваг такого членства, а й проблем, які сьогодні існують у ЄС як наддержавному інтеграційному об'єднанні. Недоліком побудови окремих інституцій ЄС є те, що виборець часто залишається осторонь від процесу прийняття стратегічно важливих рішень, тобто йдеться про так званий «дефіцит демократії». Саме тому важливо детально вивчити цю проблему і знайти можливі шляхи її подолання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблему «дефіциту демократії» крізь призму громадянства ЄС та окремих прав, у т. ч. громадянської ініціативи, вивчали Н.І. Андрусевич, О.В. Журавка, О.М. Поліванова, Є.В. Ткаченко, О.Я. Трагнюк, І.В. Яковюк. Водночас системно проблема «дефіциту демократії» в аспекті функціонування Європейського Парламенту, Омбудсмана та громадянської (законодавчої) ініціативи із пропозиціями їх можливого реформування не здійснювалася, а тому потребує більш детального вивчення.

Метою статті є аналіз розвитку та сучасного стану проблеми «дефіциту демократії», механізмів участі громадян у визначенні напрямів функціонування ЄС і пропозиції щодо шляхів вирішення цієї проблеми.

Виклад основного матеріалу. Із самого початку створення Європейського співтовариства як наднаціонального утворення громадяни держав-членів загалом підтримували євроінтеграційні курси своїх урядів, даючи таким чином вотум довіри самій інтеграції, проте вони не надто могли впливати на процеси всередині цього утворення. Так, наприкінці 1970-х рр. Д. Маркуанд, щоб відзначити слабкість демократичних механізмів у функціонуванні європейських інституцій, уперше вжив термін «дефіцит демократії» [1]. Проте його запровадження пов'язують з іменем французького юриста, експерта з економічних питань Європейського співтовариства Жоржа Веделя, котрий надав загальну характеристику цього явища у Доповіді, присвяченій необхідності розширення законодавчих повноважень Європарламенту, від 25 травня 1972 р [2]. Хоча сам термін «дефіцит демократії» не вживався, у документі підкреслювалася й обґрунтовувалася важливість демократизації Співтовариства шляхом залучення громадян до політичного життя через Парламентську Асамблею (Європейський парламент). Законодавча функція зосереджувалася у Раді Міністрів і Європейській комісії, що фактично виключало вплив громадян на процес прийняття і зміст юридично обов'язкових для держав-членів нормативних актів. Згодом за пропозиціями Ж. Веделя на підставі Акта про вибори від 20 вересня 1975 р. було змінено процедуру формування Європейського парламенту шляхом надання громадянам загального прямого виборчого права, хоча раніше депутати призначалися самостійно державами-членами [3].

Згодом цю проблему намагалися вирішити у процесі реформування установчих договорів ЄС (Амстердамського 1997 р., Ніццького 2003 р. і Лісабонського 2007 р.). Однак найбільшу цікавість становить саме положення Лісабонського договору, спрямовані на мінімізацію «дефіциту демократії». Договір ввів певні новели щодо посилення та зміцнення демократії у ЄС, зокрема:

– реформовано процес прийняття рішень Радою ЄС з окремих питань. Так, було запроваджено нову процедуру прийняття рішень за спеціальним принципом подвійної більшості, тобто враховувалася не лише кількість голосів держав-членів (55%), а й кількість населення, яку представляли відповідні міністри (65%) (ст. 6, ст. 238 ДФЄС);

– посилення ролі Європарламенту, котрий прямо обирається громадянами та наділений більш широкими повноваженнями;

– залучення національних парламентів до роботи ЄС із метою реалізації принципу субсидіарності;

– гарантування прав людини та громадянських свобод, оскільки Хартія фундаментальних прав стала юридично зобов'язуючим документом і набула однакового правового статусу з договорами ЄС;

– запровадження права на громадянську ініціативу – щонайменше один мільйон громадян, що є громадянами значної кількості держав-членів, можуть запропонувати Єврокомісії в межах її повноважень висунути будь-яку належну пропозицію з питань, щодо яких, на їхню думку, слід ухвалити правовий акт Союзу на виконання Договорів [4];

– вперше нормативно закріплено положення, що передбачало можливість виходу з ЄС. Така новела стала наступним елементом демократизації на шляху подолання «демократичного дефіциту».

Із моменту прийняття Лісабонського договору, який значно розширив можливість впливу громадян ЄС на прийняття рішень, явка на виборах демонструє значну негативну динаміку: якщо в 1979 р. показники становили 61,9% громадян, то у травні 2014 р. – 42,61% (до речі, не подолавши 42,97% 2009 р.) [5]. Опитування громадської думки свідчить про те, що значна частка громадян ЄС вважає стан справ із дотриманням демократії в Союзі менш задовільним, ніж у їхній власній державі. Ця ситуація і зумовлює тенденцію до зменшення зацікавленості громадян держав-членів ЄС до участі в голосуваннях під час вирішення загальноєвропейських питань або виборів до Європейського Парламенту.

На сучасному етапі функціонування Європейського Союзу проблема «дефіциту демократії» зумовлена кількома обставинами. Насамперед єдиний легітимно утворений орган – Європейський Парламент, який обирається шляхом прямих виборів, – належним чином не відображає рівень представництва громадян ЄС на наднаціональному рівні, адже інтереси півмільярдного населення представляють лише 750 депутатів. Таким чином, у середньому один парламентар представляє інтереси понад 600 000 виборців, коли у демократичних державах це співвідношення виражається як 1: 60 000.

По-друге, нестача демократичної легітимності на рівні ЄС виникає здебільшого через слабкі повноваження Європейського Парламенту. Із федералістської позиції «дефіцит демократії» здебільшого є дефіцитом повноцінного парламенту, який проявляється у слабших порівняно з Радою та Єврокомісією повноваженнях Європарламенту й у відсутності безпосереднього його впливу на діяльність виконавчої влади (Європейської Комісії) [6].

Проблему повноцінного парламенту можна було б вирішити двома шляхами. По-перше, розширенням повноваження парламенту в питаннях ініціювання прийняття законодавчих актів ЄС, адже відповідно до ст. 294 ДФЄС право подавати пропозиції стосовно законодавчих актів зосереджено в руках Єврокомісії [7]. Як відомо, у законодавчому процесі ЄС задіяний так званий «законодавчий трикутник» – Єврокомісія, Рада ЄС і Європарламент, – у якому лише останній безпосередньо представляє інтереси громадян Союзу. Саме тому Європарламент має бути наділений інструментами швидкого реагування на питання і проблеми своїх виборців, тож необхідно надати можливість парламентарям самостійно ініціювати прийняття законодавчих актів з окремих найбільш важливих питань, бо саме в цьому і виражатиметься політична воля громадян ЄС.

По-друге, потрібно посилити роль Європарламенту в законодавчому процесі. Як відомо, у першому читанні Європарламент ухвалює свою позицію і відправляє в Раду ЄС, якщо Рада ЄС відмовляє й ухвалює власну позицію, то саме її позиція є остаточною і передається на друге читання в Парламент. У другому читанні Європарламент може відхилити позицію Ради, але тоді подальше прийняття акта унеможливлюється. В іншій ситуації Європарламент може запропонувати поправки до позиції Ради, які остання вправі знову відхилити. Заключним етапом у прийнятті законодавчого акта є скликання Погоджувального комітету, на якому акт приймається тільки згодою кваліфікованої більшості як членів Європарламенту, так і Ради ЄС. Якщо такої згоди немає, то акт вважається неухваленим. Тобто, аналізуючи законодавчу процедуру, передбачену ст. 294 ДФЄС, можна дійти висновку, що у разі виникнення спірних ситуацій між членами «законодавчого трикутника» все одно «останнє слово» залишається за Радою ЄС. Можливість Європарламенту кваліфікованою більшістю голосів відхилити позицію Ради ЄС за наявності позитивного висновку Єврокомісії дала би змогу врівноважити їхні законодавчі можливості та посилити роль Парламенту як єдиної легітимно створеної на демократичних засадах інституції ЄС.

Одним із аспектів проблеми «дефіциту демократії» є й питання захисту прав меншості. У представницькій демократії більшість відіграє основну роль, адже її головним інструментом є вибори. Саме через вибори більшість виражає свою волю, а меншість у цій ситуації постфактум її приймає. Для вирішення цієї проблеми пропонується

запровадити механізм відкликання члена парламенту у разі порушення ним нормативно-правових актів ЄС, основоположних прав і свобод людини та громадянина або невиконання своїх обов'язків. Виборці з відповідного виборчого округу, який обирав цього депутата, 30% від загальної кількості виборців мали б право ініціювати його відкликання. Запровадження нового інституту – відкликання членів Європарламенту – дало би змогу впливати на прийняття рішень парламентарями, коли інтереси меншості порушуються.

Одним зі способів вираження волі громадян, як уже зазначалося, є громадянська (законодавча) ініціатива, запровадження якої значно посилило можливість впливу на політику ЄС. Проте водночас цей механізм передбачає, що пропозиція громадян першочергово надходить до Єврокомісії, котра в межах своїх повноважень висуває пропозицію щодо ухвалення правового акта Союзу. Інститут громадянської ініціативи в ЄС розглядається як один із типів партиципаторної демократії, що ґрунтується на принципах представницької демократії, на яких засновано ЄС і які є цінностями Союзу [4, с. 90].

Тому пропонуємо, щоб пропозиції громадян надходили безпосередньо до Парламенту з наступним консультуванням із Єврокомісією, і лише після того, як Комісія дасть позитивний висновок, така пропозиція відправлятиметься на голосування до Парламенту. Таким чином, залучення Європарламенту в цей механізм покликане зміцнити демократичні процеси в ЄС, де рішення приймаються відкрито і більш наближено до громадян.

Принцип демократії передбачає не тільки залучення громадян до прийняття рішень, але і здійснення контролю за їх виконанням. Одним із таких контролюючих структур є Омбудсман ЄС. Аналізуючи акти Союзу, які визначають права й обов'язки цього суб'єкта [8], можна дійти висновку про те, що всі повноваження зосереджуються навколо того, що Омбудсман може розпочинати розслідування у разі грубого порушення права ЄС, і це здійснюється або за скаргою громадян, або за власною ініціативою, але водночас його рішення не мають обов'язкової сили. Ми вважаємо, що доцільно певною мірою розширити цей каталог повноважень, додавши таке:

1) якщо Омбудсман у процесі розслідування констатує, що, хоча певний акт ЄС прямо не порушує права громадян, але це випливає з його правової природи, то він може ініціювати питання про перегляд такого акта перед органом, який його прийняв;

2) якщо порушення сталося внаслідок дій чи рішень посадової особи агенції або органу ЄС, то Омбудсман має право підняти питання про відсторонення такої особи від посади перед суб'єктом, що її призначив.

Висновок. «Дефіцит демократії» є однією із суттєвих проблем функціонування інституційної системи ЄС, яка впливає на можливість громадян держав-членів повною мірою реалізувати свою політичну волю. Ст. 1 ДЄС передбачає, що цей Договір позначає новий етап процесу утворення як ніколи тісного союзу народів Європи, де рішення приймають якомога відкритіше та ближче до громадянина. В основі цього положення лежить ідея, що суть заснування ЄС в тому, щоб інтереси і воля людей враховувалися не лише на національному, а й на наднаціональному рівні. У цій формулі Союз виступає як площина для можливостей, яка дозволяє приймати рішення не лише «для громадян», а й «за участю громадян». Саме тому надзвичайно важливим є забезпечення можливості залучення громадян ЄС до прийняття стратегічних рішень.

Загалом проблему «дефіциту демократії» можна вирішити реформуванням інституційних механізмів: 1) посиленням ролі Європарламенту у процесі прийняття актів ЄС; 2) запровадженням інституту відкликання парламентарів виборцями як механізму впливу меншості на прийняття рішень у цьому органі представницької демократії; 3) розширенням повноважень Омбудсмана та наданням йому більш реальних можливостей впливу на інститути ЄС у разі порушення прав та інтересів громадян; 4) вдосконаленням процесу здійснення громадянської законодавчої ініціативи шляхом безпосереднього подання пропозицій до Європарламенту. У цьому розумінні для успішного функціонування ЄС насамперед як демократичного утворення потрібно не тільки закріпити вже наявні здобутки інтеграції, а й реформувати інституції Союзу для створення доступного й ефективного для виборців механізму прийняття рішень на наднаціональному рівні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Стрелков А. «Демократический дефицит» после Лиссабонского договора. Перспективы. URL: http://www.perspectivy.info/oykumena/europe/ demokraticheskij_deficit_posl _lissabonskogo_dogovora_2010-04-09.htm (дата звернення: 13.11.2020).

2. Report of the Working Party examining the problem of the extension of the powers of the European Parliament of 25 March 1972. URL: http://www.cvce.eu/obj/vedel_report_25_march_1972-en-a4f5b134-99b9-41b3-9715-41769dfea12a.html.

3. Act concerning the election of the Members of the European Parliament by direct universal suffrage of 20.09.1976. URL: http://www.cvce.eu/content/publication/2003/1/9/3897868f-a751-4111-a799-e7c1f1811bac/publishable_en.pdf. (дата звернення: 15.11.2020).

4. Трагнюк О.Я. Деякі правові засоби подолання дефіциту демократії в Європейському Союзі (на прикладі інституту громадянської ініціативи в ЄС). *Державне будівництво та місцеве самоврядування.* 2011. Вип. 22. С. 86–95.

5. European Parliament. Election results. Turnout. URL: http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/en/election-results-2014.html (дата звернення: 16.11.2020).

6. Вінникова Н.А. Питання демократичної легітимності в сучасному Європейському теоретичному дискурсі. Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна. Харків, 2009. URL: http://dspace.univer.kharkov.ua//bitstream/123456789/2408/2/ (дата звернення: 16.11.2020).

7. Договір про функціонування Європейського Союзу від 23 березня 1957 р. База даних «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text

8. Decision of The European Parliament of 9 March 1994 on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties (94/262/ECSC, EC, Euratom). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31994D0262

УДК 341.161
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/125

ЩОДО ПИТАННЯ ВИХОДУ ДЕРЖАВ-ЧЛЕНІВ ІЗ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ПРОЦЕДУРА, ПРИЧИНИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

ON THE ISSUE OF WITHDRAWAL OF MEMBER STATES FROM THE EUROPEAN UNION: PROCEDURE, REASONS AND PROSPECTS

Бойчук Д.С., к.ю.н.,
асистент кафедри права Європейського Союзу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Галич К.В., студентка І курсу магістратури
господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ходосов О.О., студент І курсу магістратури
господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті здійснено аналіз процедури виходу держав-членів із ЄС, визначено причини можливого виходу держав зі складу ЄС, а також досліджено актуальні тенденції, які склалися всередині ЄС після виходу Великої Британії, щодо подальшої участі у ЄС інших країн. Насамперед проведено аналіз ст. 50 Договору про Європейський Союз, яка визначає загальну процедуру виходу з ЄС, не деталізуючи її. У зв'язку з цим визначено, що багато процедурних питань можуть вирішуватися безпосередньо між державою та ЄС на стадії переговорів. Найбільш успішним результатом переговорів щодо виходу держави з ЄС є підписання угоди про вихід із ЄС, у якій закріплюються положення щодо подальших відносин між ЄС і державою, що виходить. Враховуючи складний характер взаємовідносин між державою-членом і ЄС, для врегулювання всіх питань, пов'язаних із виходом, може знадобитися досить багато часу, що з великою імовірністю призведе до застосування процедури продовження строків для переговорів, передбаченої ч. 3 ст. 50 ДЄС. Окрім цього, у статті зазначається, що вихід із ЄС для держави-члена означає, що їй необхідно здійснити остаточні розрахунки з ЄС за своїми грошовими зобов'язаннями, а також заново укласти договори зі своїми майбутніми партнерами, а це може стати стримуючими факторами для деяких держав-членів, які бажають вийти з ЄС. Аналізуючи можливі причини виходу держав із ЄС і беручи як приклад Велику Британію, автори вважають, що найбільш впливовими факторами є така політика ЄС, яка суперечить національним інтересам держав-членів, втрата національної ідентичності, великі розміри членських внесків і недосягнення тих цілей, на які розраховувала кожна держава-член у момент її вступу. У статті наголошується на тому, що вихід Великої Британії може стати причиною зниження авторитету ЄС і призвести до початку процесу дезінтеграційних змін. Сьогодні ситуація склалася таким чином, що, хоча деякі держави-члени піднімали питання щодо подальшої участі в ЄС, вони не були реалізовані, оскільки ЄС все ще залишається для багатьох із них ефективним інструментом розвитку.

Ключові слова: вихід із ЄС, Європейський Союз, процедура виходу, Брексіт.

The article analyzes the procedure for the withdrawal of member states from the EU, identifies the reasons for the possible withdrawal of states from the EU, and also examines current trends that have developed within the EU after the UK withdrawal regarding the further participation of other countries in the EU. Particularly it analyzes Article 50 of the Treaty on European Union, which defines the general procedure for withdrawal from the EU without detailing. In this regard, it is determined that many procedural issues can be resolved directly between the state and the EU during the negotiation phase. The most successful result of negotiations on the withdrawal of a state from the EU is the signing of the withdrawal agreement, which establishes provisions on further relations between the state that withdraws and the EU. Given the complex nature of the relationship between the member state and the EU, it may take quite a long time to resolve all issues related to the withdrawal, which is very likely will lead to the application of the procedure for extending the period for negotiations provided for in Article 50(3) TEU. Additionally, the article notes that withdrawal from the EU implies the need to make final settlements with the EU on its monetary obligations as well as re-conclude agreements with its future partners, which in turn may become deterrent factors for some member states wishing to leave the EU. Analyzing the possible reasons for the withdrawal of states from the EU and taking the example of the United Kingdom, the authors believe that the most influential factors are such an EU policy that contradicts the national interests of member states, loss of national identity, large amounts of membership fees and failure to achieve the goals that each member state expected to reach at the time of its EU admission. The article notes that the UK's withdrawal may cause a decline in the EU's authority and may lead to the beginning of the process of disintegration changes within the EU. Today, the situation has developed in such a way that although some member states have raised questions about further participation in the EU, they have not been implemented, as the EU is still an effective development tool for many of them.

Key words: withdrawal from the EU, European Union, withdrawal procedure, Brexit.

Європейський Союз (далі – ЄС) – один із найвпливовіших суб'єктів світової політики й економіки. Привабливість участі держав у цьому нетиповому міждержавному об'єднанні простежується у стабільній економіці та високому рівні життя населення країн-членів ЄС. Незважаючи на складну процедуру вступу, багато країн виявили бажання приєднатися. Деякі з них вже є потенційними кандидатами на вступ – Албанія, Північна Македонія, Сербія, Туреччина та Чорногорія, а щодо інших тільки розглядається питання про можливість вступу – Україна, Грузія та Молдова. Таким чином, за увесь період існування ЄС простежувалася тенденція його розширення. Однак, з огляду на події останніх років і остаточний вихід 31 січня 2020 р. Великої Британії зі складу ЄС, існує ризик початку процесу дезінтеграційних змін всередині ЄС. Вихід такого впливового учасника, як Велика Британія, може стати причиною зниження авторитету самого Союзу, а отже, і вплинути на бажання подальшої участі в ЄС інших країн-членів. Проблема також полягає у тому, що до виходу Великої Британії взагалі складно було уявити ситуацію, в якій країна виявить бажання залишити ЄС і скористатися процедурою виходу після стількох докладених зусиль, пов'язаних із відповідністю критеріям прийняття до ЄС. Більше того, у першій редакції Договору

про утворення ЄС (далі – ДЄС) [1] взагалі не містилося положень щодо виходу із Союзу. Можна припустити, що це було пов'язано з метою створення ЄС, а саме створення «дедалі тіснішого союзу серед народів Європи», тобто налагодження довготривалого, тісного співробітництва. Після підписання Лісабонської Угоди 2007 р. [2] нарешті було офіційно закріплено право виходу держави. Таким чином, хоч це і звучить дещо парадоксально, проте визнання права на вихід може сприяти прагненню до «дедалі тіснішого союзу серед народів Європи» саме завдяки тому, що держава може вийти з нього, а не затримувати процес інтеграції [3, с. 1].

Метою статті є дослідження питання виходу держави-члена зі складу ЄС. Зокрема, аналіз процедури виходу, її нормативне закріплення, визначення причин можливого виходу держав зі складу ЄС, а також дослідження актуальних тенденцій всередині ЄС після виходу Великої Британії щодо подальшої участі у ЄС інших країн.

Питання виходу з ЄС є відносно не новим. Наукові дослідження особливо активно розгорнулися після 2016 р., коли Велика Британія заявила про свій вихід із ЄС. Однак ці дослідження проводилися переважно західноєвропейськими науковцями і менше – вітчизняними. Зокрема, цьому питанню у своїх працях приділяли увагу Р. Айзіг, В. Волес, В. Воронкова, Л. Глухарьова, Е. Моравчік, А. Морозова, М. Полак, С. Толстов, Ж. Чевичалова, Н. Шмельова, І. Яковюк та ін.

Загальна процедура виходу з ЄС передбачена ст. 50 ДЄС [1], проте до Великої Британії жодна країна ніколи не використовувала цю статтю, тож існувала велика кількість невизначеностей щодо того, як вона працюватиме.

Так, у ч. 1 ст. 50 ДЄС [1] передбачено, що будь-яка держава-член може вирішити вийти з Союзу згідно зі своїми конституційними вимогами. Ч. 2 цієї ж статті зазначає, що держава-член, яка прийняла рішення про вихід, повідомляє про свій намір Європейську Раду. З огляду на настанови Європейської Ради Союз провадить переговори із цією державою й укладає угоду, в якій формулюється положення про її вихід з урахуванням меж майбутніх відносин із Союзом. Переговори щодо цієї угоди проводяться відповідно до ч. 3. ст. 218 Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) [4]. Угоду укладає Рада від імені Союзу, діючи кваліфікованою більшістю, після отримання згоди Європейського Парламенту [1].

Вже з цього стає зрозумілим, що сама держава як суверен по факту тільки приймає рішення про вихід із ЄС. Усі процедурні питання щодо виходу вирішуються в рамках ЄС на основі його права. Таким чином, успіх будь-якої ініціативи щодо виходу залежить не тільки від наміру члена, але і від виконання процедурних вимог ст. 50 ДЄС [1], а також від відповідності держави-члена ЄС правилам і принципам, які лежать в основі ЄС [3, с. 2].

Також, виходячи з вищенаведеного, можемо простежити аналогію процесу виходу з ЄС із процесом вступу. Так само заінтересованій державі необхідно повідомити ЄС про свої наміри, пройти відповідні стадії вступу й укласти угоду. Проте щодо останнього є особливості. Якщо при вступі держави до ЄС угода укладається з державами-членами, то при виході – безпосередньо із Союзом через Раду ЄС. При укладенні угоди Радою необхідна згода не менше ніж 72% членів, що представляють не менше 65% населення (т. зв. суперкваліфікованої більшості). На відміну від процедури вступу, держава-член не може «накласти вето» на угоду про вихід. Європейському Парламенту також потрібно схвалити угоду. Рішення приймається простою більшістю із діючих членів парламенту (враховуючи членів Парламенту із держави, що виходить, оскільки на цьому етапі вона все ще формально буде частиною ЄС) [5, с. 9].

Проведення переговорів щодо виходу є досить складним процесом, порядок яких визначений ч. 3. ст. 218 ДФЄС [4] і передбачає, що Комісія або Верховний представник Союзу із закордонних справ і політики безпеки – у випадках, коли запланована угода виключно або переважно стосується сфери спільної зовнішньої політики та політики безпеки, представляють рекомендації Раді, яка приймає рішення, що санкціонує відкриття переговорів і призначає залежно від предмета запланованої угоди представника Союзу на переговорах або керівника переговорної групи Союзу [4]. Тут слід зазначити, що перед початком переговорів Європейська Рада, за винятком держави, що виходить, погоджує консенсусом (одноголосно) керівні принципи для Комісії (яка є переговорним органом) щодо переговорів про угоду про вихід [5, с. 10].

Окремо ч. 3, 4 та 5 ст. 50 ДЄС [1] визначаються питання дії Договорів щодо держави, яка виходить, участі представників такої держави у Європейській Раді та Раді, а також можливість повторного вступу до ЄС держави-члена, котра вийшла. Так, застосування Договорів до держави припиняється від дати набуття чинності угодою про вихід або, за відсутності такої, через 2 роки після повідомлення про вихід Європейській Раді, якщо Європейська Рада за згодою з цією державою-членом не вирішить одностайно продовжити цей строк. У процесі переговорів і прийняття рішення про вихід член Європейської Ради або Ради, що представляє державу-члена, яка виходить із Союзу, не бере участь у дискусіях Європейської Ради чи Ради або в прийнятті рішень стосовно неї. Якщо держава, котра вийшла із Союзу, звертається із проханням про повторне приєднання, її запит розглядається згідно із загальною процедурою вступу [1]. Також важливо враховувати, що вихід із ЄС автоматично передбачає вихід із Європейського Співтовариства з атомної енергетики.

Успішним завершенням процедури виходу є підписання між державою, що виходить, і ЄС угоди про вихід. Ст. 50 не визначає, які саме положення угода про вихід повинна містити про майбутні відносини між ЄС і державою-членом, що виходить. Будь-які деталі щодо відносин між державою, котра виходить, і ЄС повинні бути включені в окрему угоду, яка повинна бути обговорена разом із угодою про вихід [5, с. 10]. Ст. 50 не визначає, повинні ці переговори бути одночасними чи послідовними. Всі інші процедурні питання визначаються безпосередньо під час переговорів. Таким чином, єдиний законний спосіб виходу з ЄС – застосування ст. 50 ДЄС [1]. Звичайно, існує можливість вийти з ЄС в односторонньому порядку (наприклад, просто скасувавши національне законодавство, яке надає чинності законодавству ЄС), проте це було би грубим порушенням міжнародного права та законодавства ЄС. Таке порушення створило б вороже середовище, в якому майже неможливо було б вести переговори ні про нові відносини з рештою держав-членів ЄС, ні про нові торгові угоди із країнами, що не входять до ЄС [5, с. 14].

Для розуміння того, як процедура виходу працює в реальному житті, звернемося до прикладу Великої Британії, щодо якої під час т. зв. «Брексіту» вперше була застосована передбачена установчими договорами процедура виходу. Відповідно до ст. 50 ДЄС [1] після проведення 23 червня 2016 р. національного референдуму щодо членства Великої Британії у ЄС [6] та позитивного результату у 51,9% голосів за вихід, 29 березня 2017 р. прем'єр-міністр Великої Британії Тереза Мей повідомила ЄС про початок процедури виходу. Таким чином, із цього моменту Великій Британії та ЄС необхідно було розпочати переговори, внаслідок яких укласти угоду про вихід Великої Британії, а у разі недосягнення згоди щодо умов угоди протягом 2 років – застосувати ч. 3 ст. 50 ДЄС [1] і визначити датою виходу Великої Британії з ЄС 30 березня 2019 р.

Переговори між Великою Британією та ЄС відбувалися у два раунди. Під час першого обговорювалися проблеми прав громадян ЄС, які живуть у Великій Британії, питання кордону між Північною Ірландією та Ірландією,

а також виплати, які належить здійснити Великій Британії за її грошовими зобов'язаннями перед ЄС. Перший раунд переговорів завершився 8 грудня 2017 р. у Брюсселі підписанням спільної декларації. Другий раунд був присвячений характеру дворічного перехідного періоду, а також майбутніх відносин між Великою Британією і ЄС [7, с. 82]. Загалом переговори мали складний характер, оскільки існували суттєві розбіжності між позиціями Великої Британії та ЄС щодо деяких питань. Так, Велика Британія не погоджувалася з імовірною сумою виплат Союзу, які останнім орієнтовно визначались у розмірі від 30 до 110 млрд євро. «Вихідні» виплати для кожної країни, яка планує вийти з ЄС, встановлюються ЄС і включають розрахунки за такими пунктами, як: бюджет ЄС, припинення членства держави в усіх органах чи установах, створених установчими договорами; участь держави у спеціальних фондах та установах, пов'язаних із політикою Союзу [8]. Таким чином, розмір таких виплат залежить від обсягу взятих державою зобов'язань за кожним із цих пунктів.

На жаль, після закінчення дворічного терміну Великій британії так і не вдалося домовитися з ЄС. 30 березня 2019 р. парламент відхилив угоду Терези Мей про вихід із ЄС. Європейська Рада встановила новий крайній термін – 31 жовтня 2019 р., або перший день місяця після того, в якому буде прийнято угоду про вихід, залежно від того, що настане раніше [9]. 24 січня 2020 р. було підписано Угоду про вихід Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії з Європейського Союзу та Європейського співтовариства з атомної енергії [10], ратифіковану Радою ЄС 30 січня 2020 р. Таким чином, вихід Великої Британії з ЄС тривав майже 3 роки.

Як вже було зазначено раніше, вихід із ЄС більш доцільно здійснювати через підписання угоди. Відповідно до ч. 3. ст. 50 ДЄС [1] фактично встановлюється дворічний строк для підписання угоди, проте якщо цього не було досягнуто і якщо підписання угоди є стратегічно важливою умовою для держави, що виходить, виникає необхідність у продовженні цього строку, як це було у випадку з Великою Британією. Звісно, зарано робити остаточні висновки, проте, враховуючи особливо тісний характер взаємовідносин держав-членів і ЄС, відведеного дворічного строку буде замало для того, щоб вирішити всі питання, пов'язані з виходом. Фактично може виникнути ситуація неодноразового продовження строку, що з погляду ефективності процедури може виявитися не дуже зручним.

Отже, вихід Великої Британії не пройшов непомітно для ЄС і спричинив наслідки, які можуть суттєво вплинути на майбутнє Союзу. Так, у демографічному й економічному плані населення Євросоюзу зменшилося на 13%, сукупний ВВП Євросоюзу скоротився на 2,5 трлн євро, або на 15%. Оскільки Велика Британія належить до відносно багатих країн, після Брексіта середній для Євросоюзу ВВП на душу населення знизився на 650 євро. Також із виходом Великої Британії ЄС втратив принаймні три символи, які відігравали важливу роль у його самопрезентації. По-перше, він не може називати себе «спільним домом» для півмільярда осіб або ринком із 500 млн споживачів, оскільки його населення скоротилося на 67 млн осіб, що не залишає шансів повернутися до колишньої представницької позначки. По-друге, тепер вже недостатньо фактичних підстав для звичного для офіційного Брюсселя ототожнення Європи з собою, а, по суті, привласнення собі права говорити від імені всіх європейських народів. По-третє, Брексіт наніс удар по авторитету Євросоюзу, адже ідея органічного поєднання двох процесів – поглиблення і розширення інтеграції – більше не відповідає реальності [11, с. 21–22]. Такі наслідки у поєднанні з іншими обставинами можуть стати причиною зниження привабливості членства ЄС для інших країн.

Взагалі відповісти на питання «Чому держава може забажати вийти з ЄС?» досить складно, оскільки для кожної держави-члена причини будуть унікальними через велику кількість внутрішніх і зовнішніх факторів. Однак, проаналізувавши причини першого випадку виходу з ЄС, можна встановити загальні проблеми, які нині склалися в ЄС і які можуть бути потенційними причинами виходу інших країн-членів.

Вихід Великої Британії був результатом євроскептицизму, який коливався в останні кілька десятиліть на британській політичній арені. Також необхідно відзначити, що з самого початку європейської інтеграції у Сполученого Королівства були приватні інтереси за межами Європи, які не обов'язково відповідали політиці ЄС, і деякі із загальних інститутів і постулатів ЄС не служили британським цілям [12, с. 28]. Так, наприклад, Велика Британія відмовилася змінювати національну валюту на євро, і тим самим не стала частиною Єврозони.

Серед інших причин, які в останні роки особливо вплинули на вихід Великої Британії з ЄС, можна виділити: 1) політику відкритих кордонів і збільшення кількості мігрантів; 2) законодавство ЄС, що гальмує розвиток національного бізнесу; 3) великі членські внески; 4) втрату національної ідентичності та негативні наслідки глобалізації; 5) перспективні ринки збуту за межами Європи; 6) надмірне втручання ЄС у прийняття важливих політичних рішень [13].

Після проведення референдуму та незалежного опитування серед населення Великої Британії щодо причин виходу стало зрозумілим, що більшість опитаних вважає, що вихід із ЄС з більшою імовірністю призведе до поліпшення імміграційної системи, прикордонного контролю, більш справедливої системи соціального забезпечення, кращої якості життя і здатності контролювати національні закони. Майже половина (49%) виборців, які проголосували за вихід із ЄС, заявили, що головною причиною є «принцип, згідно з яким рішення щодо Великої Британії повинні прийматися у Великій Британії». Одна третина (33%) заявила, що вихід «дає Великій Британії шанс відновити контроль над імміграцією і власними кордонами». Трохи більше однієї восьмої (13%) сказали, що залишитися означало б не мати ніякого вибору «щодо того, як ЄС буде розширювати своє членство або свої повноваження в найближчі роки». Тільки трохи більше однієї двадцятої (6%) сказали, що «коли справа доходить до торгівлі й економіки, Велика Британія виграє більше від того, щоб бути поза ЄС, ніж від того, щоб бути його частиною» [14].

Причини виходу Великої Британії, на нашу думку, цілком можуть стати причиною ймовірного виходу будь-якої іншої держави-члена у майбутньому. Так, в останні роки більшість західноєвропейських країн потерпають від великої кількості мігрантів. Великі членські внески вимушені сплачувати розвинені країни з високим рівнем економіки, тоді як рішення, які приймаються верхівкою ЄС, не завжди збігаються з національними інтересами держав-членів. Щодо національної ідентичності – це взагалі проблема світового масштабу, що неминуче виникає на тому чи іншому етапі існування держави. Таким чином, наведені вище причини так чи інакше стосуються кожної держави-члена ЄС, питання лише у тому, в який момент вони досягнуть критичного рівня, за якого їх негативні наслідки будуть перевищувати позитивний вплив від членства в ЄС. Як підтвердження можна навести випадки, коли держави-члени ЄС відкрито обговорювали питання доцільності подальшої участі в ЄС. Так, дискусія розгорнулась щодо виходу Данії. По-перше, багато данців побоюються, що зростання імміграції або приплив біженців може поставити під загрозу систему соціального забезпечення цієї невеликої країни. По-друге, Данія досі покладалася на Велику Британію як на свого сильного союзника в переговорах із ЄС, оскільки обидві країни дотримувалися однакових політичних позицій [15]. У грудні 2015 р. був

проведений референдум – 53% громадян висловилися проти подальшого зближення з ЄС, проте вже в січні 2019 р., спостерігаючи за процесом Брексіта, громадяни Данії змінили свою думку докорінно і кількість прихильників ЄС в цій скандинавській країні істотно збільшилася [16]. Сьогодні Данія ще не робила ніяких офіційних заяв стосовно свого наміру залишити ЄС, проте, як вважають євроскептики, ситуація зміниться у найближчі 10 років. Данії необхідно дочекатися, поки Велика Британія після Брексіту закріпить свої позиції, тим самим довівши іншим країнам, що вихід з ЄС – не катастрофа, а реальна можливість відновити контроль у прийнятті економічних, соціальних і політичних рішень та слідувати національним інтересам [17].

Ще одним претендентом на вихід із ЄС є Швеція, яка відмовилася ввести офіційною валютою євро, а зараз також незадоволена політикою ЄС щодо мігрантів і великим розміром членських внесків [16]. Шведська організація folkomrosta2021.se активно просуває ідею проведення референдуму щодо виходу Швеції з ЄС, наводячи аж 17 аргументів за вихід, серед яких: конфлікт інтересів національних органів і ЄС, надмірне розширення ЄС призвело до негативних економічних наслідків, людська природа не здатна виконувати гарні політичні мегапроекти, сільськогосподарська політика ЄС допомагає зберегти Африку в бідності та ін. [18]. Таким чином, при вирішенні подальшої долі Швеції багато залежить від реакції ЄС, а саме чи буде ЄС підтримувати згуртованість шляхом поглиблення співробітництва та зосередження уваги на основних державах-членах, чи послабить союз, щоб дозволити національним урядам мати більше право голосу [15].

Деякі побоювання існують і щодо Нідерландів, яких також не влаштовує міграційна політика ЄС. Герт Вілдерс, глава правої популістської партії, підтримав Брексіт і сподівався, що аналогічний референдум відбудеться в Нідерландах [15]. У 2016 р. було проведено опитування щодо необхідності проведення такого референдуму, яке, однак, показало, що у більшості опитуваних склалося негативне ставлення до референдуму та виходу з ЄС [19]. Після кризи у 2012 р. питання подальшого членства в ЄС стало актуальним і для Греції. Однак, як зазначають у літературі, у її випадку вихід із ЄС швидше може відбутися не унаслідок референдуму проти ЄС, який можуть ініціювати представники партій євроскептиків, а шляхом витіснення ЄС Греції, щоб зберегти згуртованість серед решти членів [15].

Не можна не врахувати той факт, що у всіх вищенаведених країнах значний вплив на процес виходу із ЄС здійснюють одна чи декілька політичних партій-євроскептиків (у Данії – «Данська народна партія», у Швеції – «Шведські демократи», у Нідерландах – «Форум за демократію», у Греції – «Грецьке рішення»). Тобто настрої населення залежатимуть від того, яку ідею буде просувати політична верхівка тієї чи іншої держави і як ефективно вона буде це робити. Тому після національних виборів ситуація у країні може докорінно змінитися.

Отже, досліджуючи питання виходу держав з ЄС, можна зробити висновок, що ст. 50 ДЄС визначає лише загальну процедуру, не деталізуючи її. Таким чином, багато процедурних питань можуть вирішуватися безпосередньо між державою та ЄС на стадії переговорів. Першим вдалим прикладом застосування процедури виходу є вихід Великої Британії, однак для підписання угоди про вихід знадобилося більше часу, ніж відводилося для цього ст. 50 ДЄС, що може свідчити про встановлення відпочатку скорочених строків для такої складної процедури. Аналізуючи можливі причини виходу держав з ЄС і беручи як приклад Велику Британію, вважаємо, що найбільш впливовими факторами є така політика ЄС, котра суперечить національним інтересам держав-членів, втрата національної ідентичності, великі розміри членських внесків і недосягнення тих цілей, на які розраховувала кожна держава-член у момент її вступу до ЄС.

Таким чином, хоча деякі країни-члени (Данія, Швеція, Нідерланди та ін.) піднімали питання щодо подальшої участі в ЄС, вони не були реалізовані, адже ЄС все ще залишається для багатьох із них ефективним інструментом розвитку. Вихід ускладнюється тим, що країні необхідно здійснити розрахунки з ЄС і фактично заново укладати договори зі своїми майбутніми партнерами, тож це може стати стримуючими факторами для деяких держав-членів. Однак цілком логічним вбачається припущення, що якщо у найближчому майбутньому і буде звуження ЄС, то воно відбуватиметься за рахунок виходу країн західної та північної Європи, адже у них є більший потенціал до «самостійного плавання», ніж у країн східної Європи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Договір про Європейський Союз від 07 лютого 1992 р. База даних «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text (дата звернення:09.11.2020)
2. Treaty of Lisbon, Official Journal C 306 of the European Union, Volume 50 from 17 December 2007. URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF (дата звернення: 09.11.2020)
3. Christophe Hillion. Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU. *European Policy Analysis.* № 8. 2016. URL: https://euagenda.eu/upload/publications/untitled-63097-ea.pdf (дата звернення: 11.11.2020)
4. Договір про функціонування Європейського Союзу від 25 березня 1957 р. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT (дата звернення: 11.11.2020)
5. The process for withdrawing from the European Union. HM Government. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/503908/54538_EU_Series_No2_Accessible.pdf (дата звернення: 12.11.2020)
6. European Parliament resolution of 28 June 2016 on the decision to leave the EU resulting from the UK referendum (2016/2800(RSP)). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016IP0294 (дата звернення: 14.11.2020)
7. Степанов Д.Д. Питання про вихід держав з Європейського Союзу: досвід Великобританії. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. № 9 (49). Т. 3. 2018. С. 80–83.
8. Essential Principles on Financial Settlement. 12 June 2017 TF50 (2017) 2/2 – Commission to UK. URL: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential-principles-financial_settlement_en_1.pdf (дата звернення: 15.11.2020).
9. Sarah Pruitt. The History Behind Brexit. URL: https://www.history.com/news/the-history-behind-brexit (дата звернення: 15.11.2020).
10. Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community. 24 January 2020. Official Journal of the European Union L 29/7. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:12020W/TXT (дата звернення: 15.11.2020)
11. Буторина О. Сужение Европейского Союза и потенциал интеграции. *Современная Европа*. 2020. № 2. С. 20–32. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/suzhenie-evropeyskogo-soyuza-i-potentsial-integratsii/viewer (дата звернення: 14.11.2020).
12. Anna Moskal. The impact of Brexit on the European Union's future development in the context of european integration. *Torun International Studies.* № 1 (11). 2018. P. 25–36. URL: https://apcz.umk.pl/czasopisma/index.php/TSM/article/view/TIS.2018.002/16370 (дата звернення: 14.11.2020).
13. Максимов И., Рокоссовская А. Brexit: почему Великобритания выходит из ЕС и к чему это приведет. URL: https://rg.ru/2020/01/31/brexit-pochemu-velikobritaniia-vyhodit-iz-es-i-k-chemu-eto-privedet.html (дата звернення: 16.11.2020)
14. Lord Michael Ashcroft. How the United Kingdom voted on Thursday… and why. URL: https://lordashcroftpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/ (дата звернення: 16.11.2020)

15. Rick Noack. These countries could be next now that Britain has left the E.U. *The Washington Post.* URL: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/06/23/these-countries-could-be-next-if-britain-leaves-the-e-u/ (дата звернення: 16.11.2020).

16. Brexit, Nexit, Chexit: кто еще следом за Великобританией собирался выходить из ЕС. URL: https://world.segodnya.ua/world/europe/brexit-nexit-chexit-kto-eshche-sledom-za-velikobritaniey-sobralsya-vyhodit-iz-es-1235930.html (дата звернення: 16.11.2020).

17. Andreas Karker. Morten Messerschmidt: Vi er meldt ud af EU inden 2030. URL: https://www.bt.dk/politik/morten-messerschmidt-vi-er-meldt-ud-af-eu-inden-2030 (дата звернення: 16.11.2020).

18. Mark Brolin. Sveriges roll i det nya Europa. 17 skäl till Svexit och internationell nystart. URL: http://nebula.wsimg.com/de555057bbe0cd1980b4877a554fd9b9?AccessKeyId=4A97C7D6B09CCEFF1D00&disposition=0&alloworigin=1 (дата звернення: 16.11.2020).

19. Maurice de Hond. De Stemming van 26 juni 2016. URL: https://www.noties.nl/v/get.php?a=peil.nl&s=weekpoll&f=2016-06-26.pdf (дата звернення: 16.11.2020).

УДК 341.231.14
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/126

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОБЛЕМИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЖІНОК У ПОЛОЖЕННЯХ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ТА ПРАВА ЄС

CERTAIN ASPECTS OF REGULATING THE PROBLEM OF DISCRIMINATION OF WOMEN IN THE PROVISIONS OF INTERNATIONAL AND EU LAW

Логойко О.О., студентка III курсу
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено висвітленню однієї з актуальних проблем міжнародного права щодо питання регулювання проблеми дискримінації жінок у положеннях міжнародного права та права Європейського Союзу. Досліджено поняття терміна «дискримінація щодо жінок». Проаналізовано правове регулювання проблеми дискримінації жінок, що здійснюється як на міжнародному, так і на європейському рівні. Опрацьовано ряд міжнародних нормативно-правових актів та актів Європейського Союзу, а саме конвенції та Директиви, що стосуються питання статевої нерівності. Також проаналізовано не тільки положення Директив, а і практику їх застосування Судом Справедливості Європейського Союзу.

Метою статті є вивчення теоретичних та практичних питань регулювання проблеми гендерної дискримінації жінок та порівняльний аналіз правового аспекту даного питання як на міжнародному, так і на європейському рівні.

Актуальність теми пояснюється численними проявами дискримінації щодо жінок у світі, що є поштовхом до розвитку антидискримінаційного права. У багатьох країнах світу, на жаль, спостерігається нерівне ставлення до жінок і чоловіків у сферах доступу до ринку праці, політичних прав, економічної участі та можливостей, звернення до суду. Важливо врахувати та проаналізувати позитивний досвід Європи та ЄС, оскільки Європа наразі – це той континент, який активно розвиває антидискримінаційне право. Постійне оновлення європейських інституцій надає можливість ще більшого вдосконалення механізму виконання принципів, включених до міжнародних договорів та актів ЄС.

Методами, що використовуються в роботі, є формально-логічний, порівняльний, системний та аналітичний.

Результати дослідження показують, що незважаючи на високий рівень регламентації питання, пов'язаного з дискримінацією жінок у міжнародному праві та праві Європейського Союзу, дана проблема залишається актуальною і зараз. Щоб усунути ці проблеми та суперечності, автори пропонують активніше інтегрувати гендерні підходи в діяльність усіх органів виконавчої та судової влади в контексті євроінтеграційних прагнень держав та розробити чіткий механізм захисту жінок від різних форм дискримінації. Крім того, важливим є приведення у відповідність норм національного законодавства до європейських положень та підвищення рівня обізнаності суспільства щодо гендерної рівності.

Ключові слова: дискримінація щодо жінок, європейське право, право Європейського Союзу, антидискримінаційні положення, гендерна дискримінація, рівність, Рада Європи.

The article is devoted to highlighting one of the pressing issues of international law on the issue of regulating discrimination against women in the provisions of European and European Union law. The concept of the term "discrimination against women" is studied. The legal regulation of the problem of discrimination against women is analyzed both at the international and European level. A number of legal acts of Europe and the European Union have been developed, namely conventions and directives concerning the issue of gender inequality. Not only the provisions of the Directives, but also the practice of their application by the Court of Justice of the European Union are also studied.

The aim of the article is to study the theoretical and practical issues of gender discrimination against women and a comparative analysis of legal regulation on this issue, both internationally and at European level.

The relevance of the topic is explained by the active manifestation of discrimination against women on a daily basis, which is the impetus for the development of anti-discrimination law. In many countries around the world, unfortunately, there is unequal treatment of women and men in the areas of access to the labor market, political rights, economic participation and opportunities, and access to justice. That is why it is important to take into account and analyze the positive experience of Europe and the EU, as Europe is currently a continent that is actively developing anti-discrimination law. The constant renewal of European institutions provides an opportunity to further improve the implementation of the principles included in the European treaties.

The methods used in the work are formal-logical, comparative, systemic and analytical methods.

The results of the study show that despite the high level of regulation of the issue of discrimination against women in the law of Europe and the European Union, this problem remains relevant today. To eliminate these problems and contradictions, the authors propose to more actively integrate gender approaches into the activities of all executive and judicial bodies in the context of European integration aspirations of states and develop a clear mechanism to protect women from various forms of discrimination. In addition, it is important to align national legislation with EU provisions and to raise public awareness of gender equality.

Key words: discrimination against women, European law, European Union law, anti-discrimination provisions, gender discrimination, equality, conventions, Council of Europe, Directives.

Рівність – це основа демократичного суспільства, яке прагне до соціальної справедливості та поваги прав людини. Порушення принципу рівності є виявом дискримінації, яка може проявлятися в різних формах. Наразі різні форми та вияви дискримінації є поштовхом до розвитку антидискримінаційного права, а саме вдосконалення механізмів захисту від окремих видів дискримінації [1, с. 144].

Одним із видів дискримінації є дискримінація за статевою ознакою. Відомо, що з різних причин такої дискримінації зазнають здебільшого жінки, що проявляється майже у всіх сферах суспільного життя.

Розглядаючи джерела міжнародного права, можна виокремити такі основні міжнародні договори, як Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965 р.) та Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979 р.) У кожному з названих міжнародних договорів прямо або непрямо викладаються основні принципи недискримінації та рівності, ефективного захисту прав людини від порушень. Названі договори забороняють дискримінацію за ознакою статі або гендерною ознакою. Всі договори, що ґрунтуються на загальних принципах, є взаємозалежними, взаємопов'язаними і такими, що посилюють один одного, внаслідок чого жодне право не може бути реалізовано повною мірою ізольовано, а залежить від реалізації інших прав також [2, с. 22].

Дефініція терміна «дискримінація щодо жінок» міститься в Конвенції Організації Об'єднаних Націй про

ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. Згідно з Конвенцією це поняття означає «будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, спрямоване на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками, незалежно від їхнього сімейного стану, на основі рівноправності чоловіків і жінок, прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі» [3].

Таким чином, дискримінацією за ознакою статі щодо жінок є будь-яке розмежування, здійснене відкрито за ознакою статі або ознаками, які не можна відмежувати від статі, такими як материнство та вагітність, які мають на меті зменшити або скасувати визнання, задоволення чи здійснення прав жінок [4].

Правове регулювання проблеми дискримінації жінок здійснюється як на міжнародному, так і на європейському рівні. Ці системи взаємопов'язані та взаємодоповнюють одна одну.

Захист від дискримінації відіграє важливу роль у процесі розроблення правових документів Ради Європи і розглядається як основоположна свобода, що потребує захисту. Серед документів Ради Європи важливе значення для боротьби з дискримінацією жінок має Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 р., яка вважається найбільш досконалим та ефективним актом у сфері захисту прав людини. У статті 14 цього документа визначається, що здійснення прав і свобод, викладених у Конвенції, гарантується без будь-якої дискримінації за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного або соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або інших обставин. Водночас Конвенція не тільки проголосила основоположні права людини, а й створила механізм їх захисту [5]. У 2000 році був відкритий до підписання Протокол № 12 до Конвенції. Він розширює заборону дискримінації і створює гарантії рівності в користуванні будь-якими правами, включаючи права, передбачені національним законодавством держав-членів.

Крім того, принцип недискримінації є керівним принципом багатьох інших документів Ради Європи. Важливі положення передбачені також в Європейській соціальній хартії в редакції 1996 року: право на користування рівними можливостями, право на рівне ставлення в питаннях зайнятості та вибору професії, а також право на захист від дискримінації за ознакою статі [6]. Європейським Союзом також, починаючи із середини 70-х років, було прийнято низку документів, спрямованих на запобігання дискримінації за ознакою статі. Дискримінацію жінок можна розділити на різні категорії та захистити законодавством Європейського Союзу через різні директиви, що відносяться до комунітарного права ЄС та мають галузеве спрямування [1, с. 145].

Директива 79/7/ЄЕС від 19 грудня 1978 року про поступову реалізацію принципу рівності чоловіків і жінок у сфері соціального забезпечення має на меті виконання так званого принципу «рівності у ставленні», що проявляється в різних видах соціального забезпечення, передбачених у статті 3, а саме: страхування від ризиків хвороби; інвалідності; старості; нещасних випадків та професійних захворювань; безробіття. У статті 4 закріплено, що принцип рівності у ставленні означає, що не існує ані прямої, ані непрямої дискримінації за ознакою статі, зокрема щодо шлюбного або сімейного статусу [7].

Директива 2000/78/ЄС про рівність у зайнятості обмежена сферою зайнятості, але охоплює також питання релігії та переконань, інвалідності, віку та сексуальної орієнтації. Статті 2 та 3 наголошують, що «принцип рівноправного поводження з жінками і чоловіками закріплений важливими актами права ЄС, а з метою забезпечення реалізації принципу рівноправного поводження Співтовариство повинне прагнути усунення нерівноправного ставлення і сприяти ідеї рівноправ'я між чоловіками і жінками, тим більше, що жінки часто стають жертвами множинної дискримінації». Прийняття Директиви про рівність у сфері зайнятості ініціювало рух по всій Європі, в країнах-членах ЄС та за її межами, спрямований на прийняття національних законодавчих актів про недискримінацію, що транспонують положення цих директив. У багатьох державах-членах цей рух передбачав досить глибокі зміни до існуючої законодавчої бази [8].

Директива 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 року про реалізацію принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок щодо доступу та надання товарів і послуг спрямована на побудову структурної основи в боротьбі з дискримінацією за ознакою статі в доступі до товарів і послуг, їх постачанні та наданні у сферах ЗМІ, реклами та освіти. У статті 13 проголошено, що заборону дискримінації слід застосовувати до осіб, які забезпечують товарами та послугами, що масово розповсюджуються та пропонуються за межами особистого і сімейного життя. Крім того, у статті 14 зазначено, що «особа, яка надає товари або послуги, може мати ряд суб'єктивних причин для вибору свого ділового партнера по угоді. Якщо вибір партнера не залежить від статі цієї особи, ця Директива не має ставити під сумнів право людини вільно обирати ділового партнера для укладання угоди» [9].

Так звана Перероблена Директива (2006/54 / ЄС) про рівні можливості та рівне ставлення до жінок та чоловіків, що працюють та займаються професією, об'єднала кілька старих директив. Ця директива вимагає запровадження заборони прямої та непрямої статевої дискримінації, переслідування та сексуального домагання в оплаті праці, зайнятості та в професійних системах соціального забезпечення [10].

Директива 2010/18/ЄС про імплементацію переглянутої Рамкової угоди про відпустку по догляду за дитиною, укладену BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP і ETUC, і скасування Директиви 96/34/ЄС також торкається питань запобігання дискримінації жінок за статевою ознакою. Три Європейські загальні міжгалузеві організації соціальних партнерів (ETUC, CEEP і BUSINESSEUROPE, що раніше називалася UNICE) і Європейська міжгалузева організація соціальних партнерів, що представляє певну категорію підприємств (UEAPME), підписали переглянуту Рамкову угоду про відпустку по догляду за дитиною, що лягла в основу Директиви. Основні цілі Директиви полягають у покращенні узгодження роботи, особистого і сімейного життя для працюючих батьків і рівності між чоловіками і жінками щодо можливостей ринку праці й рівного ставлення на роботі [11].

Варто зазначити, що особливу роль у тлумаченні і застосуванні наведених Директив та інших актів ЄС відіграє Суд Справедливості ЄС, який неодноразово розглядав судові спори, пов'язані з дискримінацією жінок, адже в судовому розгляді відбувається конкретизація правових норм Директив. Прикладом є справа С-385/11, що розглядалася Судом Справедливості ЄС. У рішенні по цій справі від 22 листопада 2012 р. Суд відзначив: «…непряма дискримінація в розумінні ст. 4 Директиви 79/7 виникає там, де національне законодавство, хоча й сформульоване в нейтральних термінах, призводить до більшою мірою несприятливих наслідків для жінок, аніж для чоловіків. <…> Прикладом такої дискримінації є законодавство, що призводить до несприятливих наслідків для працівників, які працюють неповний робочий день (як наприклад, заявниця) упродовж тривалого періоду часу. Порядок, передбачений законом, призводить до того, що такі працівники взагалі позбавляються можливості отримати пенсію. Це означає, що подібне законодавче регулювання суперечить ст. 4(1) Директиви 79/739» [12].

Також важливим для розуміння положень Директив є рішення Суду Справедливості ЄС від 18 листопада 2010 року у справі С-356/09 про право жінок пенсійного віку на працю. Суд вирішив, що згідно з «П. (с) ч. 1 ст. 3 Директиви 76/207 від 9 лютого 1976 р. про реалізацію принципу рівноправного поводження щодо чоловіків і жінок у питаннях доступу до робочих місць, професійної освіти та просування, а також робочих умов має розумітися як такий, що визнає прямою дискримінацією за ознакою статі національні правила, які, з посиланням на необхідність створення умов для працевлаштування молодих спеціалістів, дозволяють звільняти працівників, які досягли пенсійного віку в умовах, коли для жінок такий вік становить на 5 років менше, ніж для чоловіків» [13].

Як уже зазначалося, більшість директив мають різні спільні положення, що стосуються забезпечення реалізації прав на гендерну рівність. Але в багатьох країнах світу, на жаль, спостерігається нерівне ставлення до жінок і чоловіків у сферах доступу до ринку праці, політичних прав, економічної участі та можливостей, звернення до суду. І, звісно, залишилась актуальною проблема запобігання *насильству щодо жінок у сімейній сфері та під час збройних конфліктів* [14].

Хоча право ЄС і побудовано на принципі недискримінації, але на національному рівні в окремих країнах інколи приймаються нормативно-правові акти та судові рішення, що суперечать цьому принципу. Наприклад, нещодавно на Європейському континенті знову гостро постало питання про визнання права жінок на самовизначення (розпорядження своїм тілом) у контексті права на переривання вагітності. 22 жовтня 2020 року Конституційний трибунал (КТ) Польщі 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. Масові протести в Польщі, викликані скандальним рішенням Конституційного трибуналу про заборону абортів, довели, що тема права жінок на переривання вагітності, яке є складником більш широкого права, права кожної людини самостійно визначати свою долю і розпоряджатися своїм тілом, залишається актуальною навіть у демократичних державах [15].

На нашу думку, причини, що зупиняють розвиток недискримінації, мають як соціальний, так і правовий характер. Наприклад, це рівень економічного забезпечення та розвитку, доступ жінок до освіти, релігійна культура та традиції. І все ж, окрім соціально-культурних факторів, треба розвивати та підтримувати належний рівень правового регулювання цього питання.

На європейському рівні невідповідне забезпечення рівних можливостей для жінок можна пояснити проблемами з виконанням законодавчих приписів, а також з імплементацією положень Європейського вторинного законодавства до національних законодавств держав-учасниць ЄС. Цьому також сприяє відсутність координації між різними інституціями ЄС та недостатній рівень обізнаності населення щодо гендерної рівності. До того ж реалізація положень міжнародних документів та документів ЄС, що містять стандарти забезпечення гендерної рівності, здійснюється не повною мірою, що зумовлює відсутність ефективних національних механізмів захисту від дискримінації за ознакою статі. Так, специфікою директив ЄС як джерела права є те, що вони не регулюють відносини прямо і безпосередньо – країни-члени ЄС повинні спочатку їх імплементувати у своє законодавство, і тільки тоді положення директив набувають статусу нормативних приписів. При цьому країни-члени ЄС самостійно визначають порядок імплементації та її способи. Відповідно, результат імплементації не завжди тотожний початковому тексту директив. У результаті більшість країн, хоч і здійснюють імплементацію норм та положень вищевказаних директив ЄС, що регулюють питання щодо запобігання дискримінації за статевою ознакою, але не ставлять у пріоритет гендерну політику та боротьбу з дискримінацією жінок.

Як зазначено вище, проблема дискримінації жінок регулюється низкою нормативно-правових актів не тільки Європейського Союзу, а і на міжнародному та національному рівнях. Але законодавство потребує як постійного вдосконалення, так і повної та всебічної реалізації вже існуючих положень. На нашу думку, правові позиції, викладені в Конвенціях та Директивах, створюють базис та основу для держав-учасниць у регулюванні питання гендерної рівності. Але держави на національному рівні повинні більш активно визначати гендерну політику та досягнення дійсної рівності людей за статевою ознакою. Інтегрування принципів, норм, цілей та завдань гендерної політики ЄС та приведення у відповідність норм національного законодавства до положень ЄС у сфері гендерної політики сприятимуть забезпеченню системності та послідовності дій у реформуванні соціальної сфери.

Також важливим етапом у сфері гендерної політики є підвищення рівня обізнаності суспільства щодо гендерної рівності. А саме потрібно запровадити, розширити гендерну освіту та ознайомлення з принципами гендерної рівності. Це можливо шляхом постійної та невпинної розробки відповідними органами ЄС освітніх програм та навчальних матеріалів, що у свою чергу будуть запроваджуватися в освітні системи держав-учасниць.

Крім того, варто активніше інтегрувати гендерні підходи в діяльність усіх органів виконавчої та судової влади в контексті євроінтеграційних прагнень держав та розробити чіткий механізм захисту жінок від різних форм дискримінації, зокрема в судовому порядку. Для цього треба забезпечити недопущення випадків прийняття суддями дискримінаційних рішень по справах та неправильного застосування норм законодавства ЄС.

І не варто забувати про поглиблення науково-дослідницької роботи з вироблення механізмів адаптації міжнародних норм і стандартів забезпечення гендерної рівності до національних особливостей та утвердження ідеї гендерної рівності як складової частини прав людини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Галан В.О. Розвиток типології дискримінації в антидискримінаційному праві Європейського Союзу. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки.* 2015. № 4 (3). С. 144–149.
2. Уварова О.О. Права жінок та гендерна рівність : навчальний посібник. Київ, 2018. 204 с.
3. Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw.shtml/ (дата звернення: 28.11.2020).
4. Клепікова О.Г. Історичний огляд законодавства європейського союзу щодо непрямої дискримінації по ознакою статі щодо жінок в заробітної плати. *Вісник науки і освіти.* 2020. № 4–1 (82). С. 51–54.
5. Полотян С.Г. Особливості європейського правового поля щодо рівності прав жінок і чоловіків. *Наукові записки. Юридичні науки.* Києво-Могилянська академія, 2006. № 53. С. 130–135.
6. Посібник з європейського антидискримінаційного права: Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав. Люксембург : Видавничий дім Європейського Союзу, 2011. 196 с.
7. Директива Ради 79/7/ЄЕС від 19 грудня 1978 р. про поступове запровадження принципу однакового підходу до чоловіків і жінок у сфері соціального забезпечення. URL:http://data.europa.eu/eli/dir/1979/7/oj (дата звернення: 28.11.2020).

8. Аналітичне дослідження «Гендерна дискримінація у доступі до праці й послуг: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив Ради ЄС». URL: https://www.civic-synergy.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/2017_IRF.pdf (дата звернення: 28.11.2020).

9. Директива Ради 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементацію принципів рівності чоловіків і жінок у доступі до товарів і надання послуг. *Офіційний вісник ЄС.* 2004. L 373. 21 грудня. С. 37–43. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2004/113/oj (дата звернення: 28.11.2020).

10. Директива Ради 2006/54/ЄС від 5 липня 2006 року про реалізацію принципу рівних можливостей і рівноправного ставлення щодо чоловіків та жінок у питаннях працевлаштування і зайнятості. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj (дата звернення: 28.11.2020).

11. Директива 2010/18/ЄС про імплементацію переглянутої Рамкової угоди про відпустку по догляду за дитиною, укладену BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP і ETUC, і скасування Директиви 96/34/ЄС. URL: http://data.europa.eu/eli/dir/2010/18/oj (дата звернення: 28.11.2020).

12. Case C-385/11. judgment of the court (Eighth Chamber) 22 November 2012 – Isabel Elbal Moreno v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). *European Court Reports.* URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0385&rid=20 (дата звернення: 28.11.2020).

13. Case C-356/09. Judgment of the Court (Second Chamber) of 18 November 2010. Pensionsversicherungsanstalt v Christine Kleist. *European Court Reports.* URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1458111438712&uri=CELEX:62009CJ0356 (дата звернення: 28.11.2020).

14. Блага А., Уварова О. Права жінок 2016 р. *Українська Гельсінська спілка з прав людини.* URL: https://helsinki.org.ua/prava-zhinok-blaha-a-uvarova-o/ (дата звернення: 28.11.2020).

15. Кравцова Т., Корнієнко М. Вбивство чи можливість вибору: як міжнародне право регулює питання абортів. *Європейська правда.* URL: https://www.eurointegration.com.ua/articles/2020/11/17/7116617/ (дата звернення: 28.11.2020).

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/127

МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ: СУТНІСТЬ ТА ПЕРЕВАГИ

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: ESSENCE AND ADVANTAGES

Олексієнко А.В., студентка І курсу магістратури
Інститут підготовки кадрів для органів юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізована правова природа міжнародного комерційного арбітражу. Дослідження присвячене розкриттю сутності та функціонуванню арбітражу. Питання міжнародного комерційного арбітражу нині є надзвичайно актуальним та полягає в тому, що міжнародний комерційний арбітраж є дієвим, зручним та прийнятним для сторін недержавним органом із вирішення міжнародних спорів. Стрімке збільшення кількості зовнішньоекономічних спорів спричиняє необхідність у їх швидкому, ефективному та справедливому вирішенню. З кожним роком міжнародний комерційний арбітраж набуває все більшої популярності як орган, який розглядає зовнішньоекономічні спори, які випливають із цивільно-правових, торгових і морських контрактів, що містять «іноземний елемент». Важливим чинником, що привертає увагу сторін комерційних контрактів, є конфіденційність розгляду спору. Тому наукова стаття має теоретичний та практичний інтерес.

У статті проаналізовано сутність та переваги міжнародних комерційних арбітражів; критерії розмежування міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду; міжнародного комерційного арбітражу та міжнародного арбітражу. У даному дослідженні наведено ознаки міжнародного комерційного арбітражу, відповідні їх види, як-от ad hoc та арбітражів, що постійно діють, а також надана їх характеристика.

Автором проведено аналіз наукових праць вітчизняних учених та нормативно-правові акти щодо питання функціонування міжнародного комерційного арбітражу. Розглянуто питання щодо укладання арбітражної угоди, принципу автономії волі, процедури формування арбітрів, особливості розгляду справ в арбітражі, ухвалення арбітражного рішення, визнання та виконання рішень території іноземних держав. Наведено приклади міжнародних комерційних арбітражів. Автор звертає увагу на арбітрабельність спору як категорії справ, які можуть бути предметом розгляду на підставі застосовного права.

Питання міжнародного комерційного арбітражу пов'язані насамперед із такими практичними завданнями, як забезпечення здійснення судового процесу компетентним органом із максимальною ефективністю та зручністю для сторін, зменшення витрат, усунення негативних явищ, що ускладнюють виконання судового рішення.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітрабельні спори, арбітражне рішення, арбітражна угода.

The legal nature of international commercial arbitration was analyzed in this article. The research is devoted to the disclosure of the essence and functioning of arbitration. The issue of international commercial arbitration is extremely relevant today, because international commercial arbitration is a non-governmental body for resolving international disputes, it is effective, convenient and acceptable to the parties. International commercial arbitration is becoming increasingly popular as a body for dealing with foreign economic disputes arising from civil, commercial and maritime contracts, which include a "foreign element". An important factor that attracts the attention of the parties is the confidentiality of the dispute.

The essence and advantages of international commercial arbitration, criteria for distinguishing between international commercial arbitration and arbitration, international commercial arbitration and international arbitration were analyzed in this article. The characteristics of international commercial arbitration and their respective types, such as ad hoc and institutional arbitration and their characteristics were researched by the author.

The author has analyzed the scientific works of domestic scientists and regulations on the functioning of international commercial arbitration. The issues of signing an arbitration agreement, the principle of autonomy of will, the procedure of forming arbitrators, consideration of cases in arbitration, recognition and enforcement of decisions were listed in this article. Examples of international commercial arbitrations are given. The author draws attention to the arbitrability of the dispute as a category of cases that may be subject of arbitration.

The issue of international commercial arbitration is related to such practical tasks as ensuring the implementation of litigation with maximum convenience for the participants in the proceedings, reducing costs, eliminating negative issues that complicate the execution of the judgment, and others.

Key words: international commercial arbitration, arbitrable disputes, arbitration award, arbitration agreement.

Станом натепер світова економіка потрапляє під вплив глобалізації, що, у свою чергу, вимагає створення й існування інституцій, що дозволяють компетентно, ефективно, а головне швидко вирішувати спори в даній сфері. Тож, універсальним способом вирішення зовнішньоекономічних спорів є міжнародний комерційний арбітраж. Розвиток економічних відносин і встановлення тісних міжнародних зв'язків сприяють збільшенню кількості зовнішньоекономічних спорів, що, у свою чергу, вимагає їх швидкого та компетентного вирішення. Тому актуальність проблеми міжнародного комерційного арбітражу (далі – МКА) становить теоретичний та практичний інтерес.

Завданням цієї статті є аналіз сутності міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного способу вирішення спорів, визначення його особливостей та переваг, а також з'ясування, чому міжнародний комерційний арбітраж стає універсальним способом вирішення міжнародних спорів для учасників зовнішньоекономічного обороту.

Дослідженню питання міжнародного комерційного арбітражу присвячено багато публікацій низки українських правознавців, серед яких А. Довгерт, В. Кисіль, В. Комаров, О. Переверзєва, І. Побірченко, М. Приходько, Ю. Рилач, А. Цірат, Г. Цірат, Ю. Шемшученко й інші.

На відміну від порядку вирішення спорів у державних судах, міжнародний комерційний арбітраж як альтернативний спосіб вирішення міжнародних спорів має більше переваг. Слушною є думка Л. Винокурової, яка зазначає, що норми арбітражного законодавства мають диспозитивний характер. Останнє дає змогу сторонам узгоджувати інші правила арбітражного розгляду, ніж ті, які передбачені в законі, тому сторонам відводиться активна роль у процедурі арбітражного розгляду, що дає їм можливість впливати на провадження [1, с. 81–82]. Тож, розвиток інституту міжнародного комерційного арбітражу пов'язаний насамперед із такими перевагами, як можливість сторін процесу формувати склад суд, залучати лише кваліфікованих фахівців, також визначати процедуру розгляду спору, застосовне право, у зв'язку із цим сторони впливають на суд легітимними способами. Міжнародний комерційний арбітраж, до якого все частіше звертаються резиденти різних держав, є відносно дешевшим, ніж розгляд у національних судах, більше швидким та майже

остаточним засобом вирішення зовнішньоекономічних спорів.

Термін «арбітраж» має французьке походження й означає «третейський суд». Однак міжнародний комерційний арбітраж варто відрізняти від внутрішньодержавного арбітражу – третейського суду. Так, внутрішні розглядають спори між фізичними особами – громадянами окремої держави або її юридичними особами лише на підставі чинного законодавства певної країни, виконання здійснюється суто на підставі національного закону держави, а міжнародний комерційний арбітраж вирішує спори, які виникають між суб'єктами міжнародного приватного права (обов'язкова наявність іноземного елемента в такому спорі) у сфері міжнародного комерційного обороту [2, с. 144].

Від поняття «міжнародний комерційний арбітраж» також варто відрізняти термін «міжнародний арбітраж». Це недержавні органи, які наділені повноваженнями розглядати спори. Однак в останньому спори розглядаються між суб'єктами міжнародного права, що виникають із міжнародних публічно-правових відносин владного характеру. Міжнародний арбітраж є одним із мирних засобів вирішення міжнародних суперечок, які виникають у процесі міждержавних відносин, тому сторонами зазвичай є держави. Відмінністю цих двох інститутів є те, що комерційні арбітражні суди розглядають спори, що виникають із цивільно-правових угод і пов'язані зі здійсненням міжнародного економічного та науково-технічного співробітництва [2, с. 144].

І. Побірченко вказує на те, що характерною ознакою міжнародного комерційного арбітражу є те, що він не прив'язаний до жодної правової системи, а лише до контракту. Саме з обговорення арбітражного застереження зазвичай починається обговорення контракту, де має бути зазначено умови та місце арбітражу, мова, застосовне право тощо [3, с. 16].

Варто зазначити, що до компетенції міжнародних комерційних арбітражів можуть відноситись далеко не всі спори, що виникають у сфері міжнародних приватноправових відносин. Коло спорів, що виникають у сфері міжнародних комерційних відносин та можуть бути віднесені на розгляд МКА, вирішує кожна окрема держава. Наприклад, ст. 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» насамперед встановлює: «спори, що виникають між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб'єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності, можуть розглядатися судами України, а також, за згодою сторін спору, Міжнародним комерційним арбітражним судом та Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України та іншими органами вирішення спору, якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України» [4]. Ця загальна норма знайшла відображення та розвиток у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж», який встановлює коло спорів, що є арбітрабельними за законодавством України, тобто можуть розглядатись міжнародним комерційним арбітражем. Згідно із ч. 2 ст. 1 Закону, до міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін розташоване за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, одна з одною, спори між їхніми учасниками, а також їхні спори з іншими суб'єктами права України [5].

Міжнародному комерційному арбітражу як особливому методу вирішення спорів притаманні такі ознаки: спір вирішується третіми неупередженими особами (особою), арбітрами, які не є представниками сторін та/або судової влади відповідної держави; повноваження арбітрів випливають з угоди сторін; унаслідок укладання арбітражної угоди виключається компетенція державних судів у справі; спори, передані на розгляд арбітражу, можуть бути фактичного, правового або змішаного характеру; розгляд спору здійснюється на основі права і завершується винесенням арбітражного рішення, яке є остаточним і обов'язковим для сторін.

Щодо міжнародного комерційного арбітражу можна виділити низку переваг: конфіденційність розгляду справи, її пришвидшений розгляд, добровільність підпорядкування спору сторонами, вибір застосовного права, зменшена вартість арбітражного розгляду (наприклад, сторони можуть відмовитися досліджувати деякі доказів).

Серед недоліків традиційно називають передусім високу вартість арбітражного розгляду, хоча це питання є спірним, оскільки здебільшого вартість розгляду спору в арбітражі наближується до вартості процесу в державному суді (береться до уваги не лише судовий збір, але й витрати кожної зі сторін у зв'язку із залученням професійних юристів, які супроводжують справу впродовж усього її тривалого розгляду в державному суді).

Традиційно виділяють як арбітражі, що постійно діють, так і арбітражі ad hoc, що створюються сторонами спеціально для вирішення конкретного спору. Сторони мають можливість обрати вид арбітражу. Зазвичай уважається, якщо спір складний, то краще звертатися до арбітражного центру, що постійно діє. Під ним розуміється арбітраж, який створюється і діє при асоціаціях, торгово-промисловій палаті, спілках тощо.

Щодо інституційного арбітражу, то він уважається таким, що діє постійно, має зазвичай сталий список арбітрів, на додаток до міжнародних та національних правових актів має власні кодекси, положення та регламенти, які регулюють арбітражний розгляд. Арбітраж діє в рамках конкретної організації, як-от Міжнародна торгова палата (далі – МТП), Всесвітня організація інтелектуальної власності (далі – ВОІС). Організація регулює арбітражний процес шляхом установлення правил та створення адміністративних органів.

Як приклади інституційних міжнародних комерційних арбітражів можна навести такі: Міжнародний арбітражний суд при Міжнародній торговій палаті, Американська арбітражна асоціація, Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті, який. у свою чергу, є авторитетним арбітражним центром.

Арбітражі ad hoc є відповідними третейськими судами, які утворюються для розгляду конкретного спору. Їхня діяльність зазвичай регламентується на підставі Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, але він має рекомендаційний характер, тому сторони наділені правом встановлювати свої правила розгляду спору. Отже, сторони фактично самостійно створюють арбітражний суд, коли обирають ad hoc. За таких умов сторони мають для себе визначити процедуру обрання арбітрів, встановити процедуру та відповідне право, за якими буде здійснюватися розгляд, обрати місце проведення арбітражу, мову судочинства, а також порядок розподілення витрат, пов'язаних із провадженням. Якщо сторони цього не визначили, то правила розгляду спору обирають арбітри. Основною проблемою ad hoc є визначення правил, відповідно до яких арбітр буде здійснювати вирішення спору. У такому разі вирішенням даної проблеми є приєднання до одного з регламентів для арбітражу, як-от:

1. Арбітражний регламент Економічної комісії ООН для Європи 1966 р.

2. Арбітражний регламент Комісії ООН з права міжнародної торгівлі 1976 р.

В останні роки на практиці зростає значення спеціалізованих арбітражів, які створюються для розгляду спорів

в окремих галузях, прикладом є Арбітраж при Всесвітній організації інтелектуальної власності, який спеціалізується на розгляді спорів у сфері інтелектуальної власності.

Умовою прийняття арбітражем справи до свого розгляду є укладання сторонами арбітражної угоди. У даному разі яскраво простежується наявність принципу автономії волі суб'єктів, де сторони наділені правом самостійно укладати арбітражні угоди, у яких можна врегулювати конкретні питання, що стосуються вирішення спору. На відміну від національних судів, де вибір сторін обмежується тільки вибором застосовного матеріального права, наявність принципу автономії волі суб'єктів приваблива для резидентів різних держав, адже їхня домовленість уникає колізійних ситуацій. У доктрині міжнародного приватного права зазначена угода має назву «арбітражне застереження».

Відповідно до Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж» (ст. 7), арбітражна угода – це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, мають вони договірний характер чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження в контракті або у вигляді окремої угоди [5].

У результаті проведеного аналізу положень міжнародно-правових актів, передусім Нью-Йоркської конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., а також Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» можна дійти висновку, що для визнання арбітражної угоди дійсною вона повинна відповідати таким основним вимогам: сторони повинні бути дієздатними відповідно до закону, що до них застосовується; арбітражна угода має містити чітко виражену волю сторін на передачу на розгляд правових спорів до арбітражу, наявність арбітрабельного об'єкта, який може бути предметом арбітражного розгляду. Вимога про дієздатність сторін міститься в Нью-Йоркській конвенції (пп. «а» п. 1 ст. V), недотримання цієї вимоги може стати причиною визнання недійсною арбітражної угоди і в кінцевому результаті є підставою для відмови у визнанні та приведенні до виконання арбітражного рішення [6].

Сторони мають передбачити в арбітражній угоді суттєві умови, а саме домовленість між сторонами про передачу спору до арбітражу, водночас зазначити вид арбітражу: ad hoc чи арбітражний орган, що постійно діє. Якщо учасники спору виберуть арбітраж, що постійно діє, то треба чітко вказувати його найменування, обов'язково зазначається коло правовідносин. Неузгодження вищезазначених умов арбітражної угоди матиме правовим наслідком визнання цієї угоди недійсною або такою, що не виконується. Також сторони наділені правом встановлювати додаткові умови до арбітражної угоди, наприклад, визначати кількість арбітрів, які будуть розглядати комерційний спір, а також відповідну процедуру призначення арбітрів; встановлювати місце проведення арбітражу та мову, якою має розглядатися спір; обирати застосовне матеріальне право певної держави для визначення прав і обов'язків сторін. На відміну від обов'язкових умов, не зазначення додаткових умов не має наслідком недійсності арбітражної угоди, тому що факультативні умови можуть бути узгоджені сторонами у процесі розгляду спірних правовідносин, навіть деякі з них можуть бути вирішені складом третейського суду.

Варто зазначити, що арбітражна угода має бути ясною і чіткою для того, щоб бути ефективною і здійсненною для сторін спору, а саме для того, щоб арбітраж відбувся. Надмірно незрозуміле і розмите формулювання арбітражної угоди унеможливлює встановлення справжніх намірів сторін, що матиме наслідком непорозуміння сторін.

Процедура розгляду спору в міжнародному комерційному арбітражі має характерні особливості: сторонами визначається кількість арбітрів; можливість застосування процедури відводу арбітра за відповідних підстав (відсутність незалежності та неупередженості у справі, недостатня кваліфікація арбітра); сторони наділені правом визначати процедуру розгляду справи; з урахуванням чинника зручності сторони визначають місце арбітражу, а також зазначають обставини справ, які треба дослідити; мова або мови арбітражу; позивач повинен заявити про обставини, що підтверджують його позовні вимоги, також у процесі арбітражного розгляду будь-яка сторона може змінити або доповнити свої позовні вимоги або заперечення щодо позову протягом строку, визначеного судом та сторонами, якщо тільки третейський суд не визнає недоцільним дозвіл на таку зміну або доповнення з урахуванням допущеної затримки; у процесі розгляду справи кожною стороною чи судом може бути залучено експерта з питань, що розглядає суд; третейський суд або сторона можуть звернутися до апеляційного загального суду за місцезнаходженням доказів із проханням про сприяння в допиті свідка, витребуванні доказів або їх огляді за їх місцезнаходженням. Суд може виконати це прохання в межах своєї компетенції і згідно зі своїми правилами отримання доказів; суд ухвалює рішення відповідно до чинного законодавства, яким він керується; якщо у процесі розгляду справи між сторонами досягнуто вирішення спору, суд припиняє свою роботу на основі укладання сторонами мирової угоди; розгляд справи третейським судом припиняється в разі, коли остаточне рішення підписано більшістю арбітрів, або у зв'язку з виявленням окремих фактів, з якими сторони погодилися; арбітражне рішення підлягає виконанню відповідно до чинного законодавства, за яким вирішувалася справа [5].

За результатом розгляду спору арбітром постановляється арбітражне рішення. Національне законодавство, міжнародні конвенції та регламенти встановлюють відповідні вимоги до рішення, якими насамперед є відсутність жорстких вимог до його змісту та порядку ухвалення, що істотно відрізняє арбітражні рішення від рішень національних судів, щодо яких законодавством встановлені конкретні вимоги до винесення й оформлення. Єдина суттєва вимога щодо змісту арбітражного рішення така: воно має бути мотивованим, хоча це також залежить від волі сторін, які можуть домовитись про відповідні умови. Отже, можна зробити висновок, що тільки в разі недодержання вимог щодо форми, змісту та порядку ухвалення арбітражного рішення його чинність може бути поставлена під сумнів, наприклад, шляхом як порушення справи про його скасування, так і в порядку його визнання та виконання.

Варто звернути увагу на визнання і виконання рішень арбітражу, безумовно, дане питання є найбільш важливим для учасників спірних правовідносин. Адже невизнання і невиконання арбітражного рішення, яке винесене в іншій країні, зводить нанівець ефективність міжнародного комерційного арбітражу. Якщо рішення було винесено і сторона не виконує його добровільно, то треба застосувати примусові засоби виконання даного рішення в національних судах. Відповідно до цих умов уповноважені органи держави застосовують примусові заходи щодо рішення, постановленого МКА, визнаним державним судом на території і в порядку, передбаченому процесуальним законодавством держави, де запитується таке виконання. Так, ст. 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» встановлює, що арбітражне рішення, незалежно від того, у якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим, у разі подання до компетентного суду письмового клопотання виконується [5].

Отже, процедура екзекватури в Україні поширюється на рішення міжнародного комерційного арбітражу, які винесені як в Україні, так і за кордоном, що повною мірою відповідає положенням Нью-Йоркської конвен-

ції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р. Як приклад можна навести ст. 3 Конвенції, яка встановлює, що кожна договірна держава визнає арбітражні рішення як обов'язкові і приводить їх до виконання згідно із процесуальними нормами тієї території, де порушене клопотання про визнання і приведення у виконання цих рішень. До визнання і приведення у виконання арбітражних рішень, до яких застосовується ця Конвенція, не повинні застосовуватися істотно більш обтяжливі умови або більш високі мита або збори, ніж ті, які існують для визнання і приведення у виконання внутрішніх рішень [6].

Отже, з даного дослідження можна дійти висновку, що арбітражне вирішення спорів є привабливим для сторін способом розгляду комерційних справ, який дозволяє уникнути формалізму та конфлікту, забезпечує водночас конфіденційність та мобільність.

На відміну від судового розгляду спорів, до переваг арбітражу можна віднести те, що він забезпечує доступну, більш зрозумілу та прискорену процедуру вирішення спорів. Також сторони мають право за домовленістю формувати склад арбітражу, який буде розглядати і вирішувати справи, що підвищує рівень довіри до компетентності арбітрів. Провадження в арбітражі передбачає конфіденційність розгляду спорів, можливість зменшення витрат на арбітражний розгляд, узгоджений розподіл витрат між сторонами. До переваг арбітражу також варто віднести можливість обирати як прийнятне право, так і арбітражну процедуру. Рішення комерційного арбітражу є остаточними, що сприяє правовій визначеності сторін.

Упродовж останніх років міжнародний арбітраж набув популярності, але і значно розширив свою предметну юрисдикцію, охоплює різні види спорів, що випливають із зовнішньоекономічного співробітництва. Поширення арбітражу на різні галузі міжнародного приватного права має наслідком конкретизацію процедурних норм розгляду справи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Винокурова Л. Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі. *Право України*. 2011. № 1. С. 79–96.
2. Гуменюк В. Правові аспекти діяльності міжнародного комерційного арбітражу. *Право України*. 2008. № 4. С. 139–145.
3. Побірченко І. Діяльність міжнародного арбітражу в Україні та його міжнародні зв'язки. *Право України*. 2011. № 1. С. 8–21.
4. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959–XII / Верховна Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text (дата звернення: 18.11.2020).
5. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4002–XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12#Text (дата звернення: 19.11.2020).
6. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень : прийнята і проголошена Організацією Об'єднаних Націй 10 червня 1958 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/995_070 (дата звернення: 20.11.2020).

УДК 341.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/128

ПОНЯТТЯ НАЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТА ЕКСПРОПРІАЦІЇ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ

THE DEFINITION OF EXPROPRIATION AND NATIONALISATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT IN UKRAINE

Пархоменко А.Ю., студентка І курсу магістратури господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена націоналізації й експропріації іноземних інвестицій, зокрема в розумінні Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів, рішення якого мають прецедентне значення. Питання експропріації власності іноземних інвесторів має велике значення в міжнародному інвестиційному праві. Аналіз поняття та різних аспектів експропріації допомагає встановити, які саме дії держави будуть уважатися експропріацією навіть у разі, коли держава не визнає цього. Залучення іноземних інвестицій в Україну є нині надважливим для її економічного розвитку, однак наша держава є малопривабливою для іноземних інвесторів. Саме тому необхідно спрямувати зусилля на створення таких умов, які б підвищили зацікавленість в інвестуванні в Україну. Україна імплементувала у своє законодавство, зокрема шляхом приєднання до міжнародних конвенцій та угод, багато норм, спрямованих на захист прав інвесторів. На законодавчому рівні в нашій державі заборонена націоналізація іноземних інвестицій, але цього недостатньо, оскільки національне законодавство не закріплює чітких критеріїв визначення експропріації. Фактично держава може здійснити експропріацію, а потім посилатися на те, що діяла в межах, дозволених законом.

Аналіз практики Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів є вкрай важливим, оскільки його рішення містять положення, які мають прецедентне значення для України. Зокрема, Центр закріплює у своїх рішеннях критерії й ознаки, за яких окремі дії держави вважатимуться експропріацією власності, навіть тоді, коли держава не визнає цього. Саме такі позиції Центру можуть підвищити гарантії забезпечення прав іноземних інвесторів, убезпечити від незаконного втручання держави у приватну власність. Варто зазначити, що ці важливі положення доцільно закріпити на законодавчому рівні, щоб іноземні інвестори були більш захищеними в нашій державі. Саме ця захищеність від небезпеки експропріації і зробить нашу державу більш привабливою для іноземних інвестицій.

Ключові слова: націоналізація, експропріація, іноземні інвестиції, інвестори, інвестиційні угоди.

The article deals with the nationalization and expropriation of foreign investment, in particular, in the understanding of the International Center for the Settlement of Investment Disputes, which decisions have a force of precedent. The issue of expropriation of property of foreign investors is extremely important in international investment law. The analysis of the concept and various aspects of expropriation exactly helps to establish what state's actions will be considered as an expropriation, even if the state does not recognize it. Attracting the foreign investment in Ukraine is currently crucial for economic development of our country. However, now our country is unattractive to foreign investors. That is why it is necessary to focus all efforts on creating such conditions that would increase investors' interest to invest in Ukraine. Ukraine has implemented in its legislation many rules, which aim is the protection of the rights of investors, in particular, by acceding to international conventions and agreements. At the legislative level, the nationalization of foreign investment is prohibited in our country, however, this is not enough, because national legislation does not establish clear criteria of determining expropriation. In fact, the state may carry out expropriation and then invoke that it acted within the limits permitted by law.

The analysis of the practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes is extremely important, as its decisions contain certain provisions that are of precedent for Ukraine.

The Center in particular establishes in its decisions the criteria and features according to certain actions of the state, which will be considered as expropriation of the property, even in cases when the state doesn't admit it. Such positions of the Centre for Settlement of Investment Disputes can increase the guarantees of ensuring the rights of foreign investors and protect illegal state intervention in a private property. It is essential to mention that these important provisions should be enshrined in law in order to make foreign investors more protected in our country. Exactly this kind of protection from the danger of expropriation will make our state more attractive for foreign investment.

Key words: nationalisation, expropriation, international investment, investors, investments agreements.

Постановка проблеми. Інвестиційна діяльність супроводжується ризиками, особливо це стосується інвестування в іноземні держави, бо в такому разі інвестори можуть зіткнутися з експропріацією або націоналізацією майна. З огляду на таку ризиковість, сучасні українські реалії, на жаль, є малопривабливими для іноземних інвесторів, оскільки наявна нестабільність в економічній та політичній сферах у нашій державі. Для України залучення іноземних інвестицій стало б ефективним засобом розвитку економіки, тому гарантований державою захист прав інвесторів від експропріації має бути одним із пріоритетних завдань нашої країни.

Аналіз останніх досліджень. Питанню експропріації та націоналізації іноземних інвестицій присвячено багато досліджень українських та закордонних учених, зокрема: А.С. Данилевича, О.І. Зиновіної, О.І. Котляра, К.Е. Ксенофонтова, І.М. Товкун та багатьох інших.

Виокремлення не вирішених раніше проблем. Україна намагається не бути осторонь усіх процесів, які відбуваються в міжнародному співтоваристві з питань інвестицій, тому наша держава приєдналася до інвестиційних конвенцій, а також до Угоди про пов'язані з торгівлею інвестиційні заходи. Однак це не дає очікуваних результатів, оскільки Україна залишається малопривабливою для інвесторів країною. Це пов'язано передусім із проблемами, наявними в Україні, зокрема корупцією. Ще одним потенційним ризиком для інвесторів є небезпека експропріації в разі зміни політичних режимів.

Метою даного дослідження є аналіз практики Міжнародного інвестиційного арбітражу з інвестиційних спорів, яка має прецедентне значення для України. З'ясувати поняття експропріації та націоналізації в розумінні Суду та визначення випадків, за яких така експропріація допускається.

Виклад основного матеріалу. Експропріація власності іноземного інвестора – одне із центральних питань міжнародного інвестиційного права. Недарма однією з основних гарантій, що регулюють іноземні інвестиції, є гарантія справедливої компенсації в разі примусового вилучення власності іноземного інвестора. Загалом, міжнародне інвестиційне право допускає експропріацію власності іноземного інвестора, але й установлює обов'язковість виплати справедливої компенсації [5, с. 88].

Відповідно до норм міжнародного права, держави мають суверенне право набувати у власність майно, що належить громадянам або іноземцям у результаті націоналізації або експропріації з економічних, політичних, соціальних чи інших причин. Однак, щоб така експропріація була законною, мають дотримуватися такі умови:

– власність повинна відчужуватися з мотивів суспільних потреб;

– відчуження має відбуватися на недискримінаційній основі;

– за належною правовою процедурою;

– відчуження супроводжується компенсацією [7].

У ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» законодавець закріплює заборону націоналізації [1], про поняття експропріації законодавець не згадує, проте вважаємо, що націоналізація є більш широким поняттям, яке охоплює експропріацію. Тобто законодавчо закріплена гарантія є, але на практиці небезпека експропріації все ж існує, оскільки держава часто, коли реалізує таку експропріацію, не визнає її як таку, саме тому виняткового значення набуває судова практика, яка може мати прецедентне значення, встановлювати критерії, коли дії вважатимуться експропріацію, щоб підвищити гарантії забезпечення прав інвесторів.

З міжнародних договорів основним нормативно-правовим актом із регулювання інвестицій є Конвенція ICSID – багатосторонній договір, сформульований виконавчими директорами Міжнародного банку реконструкції та розвитку (Світовий банк). Конвенція повинна усунути основні перешкоди для вільних міжнародних потоків приватних інвестицій, викликаних некомерційними ризиками і відсутністю спеціалізованих міжнародних методів вирішення інвестиційних спорів. Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів був створений Конвенцією як неупереджений міжнародний орган, який надає можливості для вирішення юридичних суперечок між правомочними сторонами за допомогою процедур примирення або арбітражу [8].

Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів є основним органом, який вирішує міжнародні інвестиційні спори. *Мета Центру – забезпечення вирішення через примирення й арбітраж інвестиційних спорів між державами й особами інших держав відповідно до положень Конвенції* про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами й іноземними особами *[2].*

Наприклад, у справі *Alpha Projekt holding GmbH v. Ukraine* Суд зазначив, що дії уряду держави не обов'язково мають полягати у прямому вилученні чи передачі правового титулу для того, щоб за міжнародним правом уважатися експропріацією. Як визначив Суд під час розгляду справи Starrett Housing, «у міжнародному праві визнано, що заходи, яких уживає держава, можуть порушувати права власності такою мірою, що ці права стають даремними, та їх слід розглядати як експропрійовані, навіть незважаючи на те, що держава не має на меті їх експропріацію, а юридичний титул на власність формально залишається за первісним власником». Отже, інвестиції позивача можуть уважатися експропрійованими, якщо договори стали «даремними» для позивача через дії уряду України. Однак, щоб встановити таку непряму експропріацію, необхідно, щоб інвестиції були позбавлені значної частини своєї вартості.

У справі *Tokios Tokelės v. Ukraine* Суд посилається на концепцію «непрямої експропріації», або «заходів, які мають вплив, еквівалентний експропріації». Судова практика, зокрема й відповідно до Конвенції ICSID, підтверджує, що, на відміну від експропріації, «заходи, що мають вплив, еквівалентний експропріації», – це всі ті заходи, вплив яких полягає в позбавленні інвестора контролю, вигод і економічного використання його інвестицій. У рішенні ICSID *«Мідл Іст Цемент Шиппінг енд Хендлинг Ко. С.А. проти Арабської Республіки Єгипет»* (ARB/19/6) зазначено: «Коли держава вживає заходів, у результаті яких інвестор позбавляється можливості використовувати й отримувати дохід від його інвестицій, навіть якщо він може зберігати номінальне володіння відповідними правами, які є інвестиціями, ці заходи визнаються непрямою експропріацією, тобто заходами, вплив яких рівносильний експропріації».

Однак вирішальним чинником під час встановлення факту експропріації є розмір збитку, якого завдано діями уряду. Зоб визнати якісь дії експропріацією, держава цими діями повинна позбавити інвестора істотної частини вартості інвестицій. Але ані на законодавчому рівні, ані в судовій практиці не закріплено ступеня позбавлення, який буде кваліфікуватися як істотний. Суд зробив висновок про те, що зменшення вартості інвестиції на 5% буде недостатньо для встановлення факту експропріації, тоді як зменшення на 95%, імовірно, буде достатнім. У кожному окремому випадку встановлення факту експропріації буде ґрунтуватися на конкретних фактах, що розглядаються судом.

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine – справа, у якій Суд не встановив факту проведеної експропріації. Заявник стверджував, що незаконне привласнення 125 000 тонн його продукції із заводу Oriana є експропріацію з боку України, а не крадіжкою, оскільки, на його думку, таке вилучення не могло бути здійснено без підтримки держави. Відповідач заперечував цей факт. Відповідно, доводи заявника ґрунтувалися на оціночних критеріях, він вказував, що таке масштабне вилучення могло бути реалізованим тільки за підтримки держави, але не наводив фактів, які б могли підтвердити його позицію. Відповідач, у свою чергу, зазначає, що заявник не зміг конкретизувати свою позицію. Суд зазначив, що заявник не виконав свого тягаря доказування, тому що не надав нічого, крім оціночних суджень, на підтвердження своєї позиції.

Підсумуємо вищезазначене, для встановлення факту експропріації (прямої чи непрямої), треба встановити такі важливі критерії:

– серйозний економічний вплив (втручання держави повинно бути істотним, тобто держава має позбавляти іноземного інвестора основних правомочностей власника), а також тривати значний проміжок часу;

– тривалість втручання держави (цей критерій може вказувати на серйозність втручання, якщо втручання було тривалим, то й наслідки, відповідно, будуть серйознішими) [9].

Для уникнення порушення прав іноземних інвесторів і з метою формування однакового тлумачення і застосування арбітражними судами норм права про експропріацію в положеннях міжнародних угод про заохочення і взаємний захист іноземних інвестицій і в інвестиційних договорах необхідно чітко передбачити, які дії держави не можуть визнаватися експропріацією і спричиняти відповідно виплату компенсації іноземному інвестору. До таких дій варто віднести:

– питання оподаткування;

– примусове позбавлення та відмову у видачі ліцензії, розірвання договору за порушення передбачених обов'язків іноземного інвестора;

– регулювання відносин, пов'язаних із захистом конкуренції;

– валютне регулювання;

– регулювання зовнішньоекономічної діяльності;

– регулювання охорони навколишнього середовища;

– санкції за порушення права держави, що приймає [3].

Важливість залучення іноземних інвестицій зазначають багато науковців, зокрема, результат залучення інвестицій в економіку будь-якої держави – створення нових виробничих потужностей, зростання кількості робочих місць, інтенсифікація виробництва, що збільшить над-

ходження до бюджету податків. Звичайно, немає прямої залежності між іноземними інвестиціями та розвитком держави з погляду юридичної техніки. З такого погляду іноземний інвестор не має надавати докази того, що його інвестиція обов'язково принесе прибуток резидентам України чи державі загалом. Однак держава має стимулювати інвесторів здійснювати довгострокові капіталовкладення саме в ті об'єкти промисловості, сільського господарства, транспорту тощо, функціонування яких приноситиме прибуток або матиме соціальне значення [6].

Міжнародно-правове регулювання інвестицій та гарантій прав іноземних інвесторів має велике значення, оскільки запроваджуються певні стандарти на міжнародному рівні. Роль сучасного міжнародно-правового регулювання захисту іноземної власності проявляється в забезпеченні єдиного демократичного режиму для власників з інших країн, дозволяє національному законодавству встановлювати окремі обмеження для іноземців із метою захисту суверенних інтересів свого економічного розвитку, закріплює свободу переведення прибутку, отриманого власниками за кордоном, визначає методи врегулювання конфліктів на міждержавному рівні [4].

Висновки. У підсумку можна зазначити, що важливість залучення іноземних інвестицій для України є очевидною, оскільки, зважаючи на економічну кризу, саме іноземні інвестиції можуть стати каталізатором і одним з основних чинників для розвитку економіки. З іншого боку, наша держава не є досить привабливою для іноземних інвесторів, оскільки існує небезпека експропріації власності, наприклад, під час зміни політичних режимів. Україна імплементувала у своє законодавство багато норм, спрямованих на захист прав інвесторів, заборонила безпідставну націоналізацію, однак, як показує судова практика, мали місце випадки непрямої експропріації, коли держава не визнавала проведення експропріації, а Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів доходив іншого висновку.

Українське законодавство, яке регулює дане питання, не є досконалим, саме тому наша держава уклала Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. Підпорядкування вирішення спорів ICSID означає, що передусім у визначенні експропріації варто звертати увагу на тлумачення цього поняття, яке ICSID уже неодноразово висловлював у своїх висновках. Якщо законодавцем не буде враховане саме таке тлумачення експропріації, з усіма його особливостями, наша держава буде змушена постійно виплачувати компенсації, які негативно впливатимуть на державний бюджет України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про режим іноземного інвестування : Закон України № 93/96-ВР від 19 березня 1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-вр#Text (дата звернення: 05.11.2020).
2. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами № 995-060 від 16 березня 2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060#Text (дата звернення: 05.11.2020).
3. Данилевич А.С., Зиновина О.И. Реализация права государств на экспроприацию иностранных инвестиций в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/38547025.pdf.
4. Котляр О.І. Регулювання права власності за міжнародним правом. *Форум права*. 2012. № 4. URL: http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12koizmp.pdf (дата звернення: 12.11.2020).
5. Ксенофонтов К.Е. Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве : монография. URL: https://www.dissercat.com/content/ekspropriatsiya-sobstvennosti-inostrannogo-investora-v-mezhdunarodnom-investitsionnom-prave.
6. Товкун І.М. Законодавче регулювання захисту іноземних інвестицій в Україні. *Право та інноваційне суспільство*. 2014. № 1 (2). URL: http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Tovkun.pdf (дата звернення: 10.11.2020).
7. Expropriation. UNCTAD. Series on Issues in International Investment, United Nations. 2012. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi0hYjkqITtAhWLtYsKHQjZAPYQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Functad.org%2Fen%2Fdocs%2Functaddiaeia2011d7_en.pdf&usg=AOvVaw3tru-fQVKhX2JOPMDz_7Kf (дата звернення: 08.11.2020).
8. Francesco Gelmetti Indirect expropriation under international investment law. Anno Accademico. 2012–2013. URL: https://www.academia.edu/5551868/Indirect_expropriation_under_international_investment_law (дата звернення: 10.11.2020).
9. International investment law: a changing landscape – ISBN 92-64-01164-1. OECD. 2005.

УДК 341.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/129

СТАТУС ЧЛЕНІВ РОДИНИ ДИПЛОМАТИЧНОГО АГЕНТА ЗА ВІДЕНСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ ПРО ДИПЛОМАТИЧНІ ЗНОСИНИ І НАЦІОНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

THE STATUS OF FAMILY MEMBERS OF THE DIPLOMATIC AGENTS UNDER THE VIENNA CONVENTION ON DIPLOMATIC RELATIONS AND NATIONAL LAW OF UKRAINE

Сіваш О.М., к.ю.н.,
доцент кафедри міжнародного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена розгляду статусу членів родини дипломатичного агента за Віденською конвенцією про дипломатичні відносини 1961 р. Оскільки дипломат, здійснюючи функції представництва закордоном, перебуває в іноземній державі з власною родиною, перед посадовими особами, державними органами країни перебування постає питання, на які привілеї та імунітети мають право їх дружини чи чоловіки, діти, батьки та інші родичі? Які зобов'язання має приймаюча держава в цьому аспекті? Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р., яка кодифікувала питання дипломатичного права, закріпила, що на членів родини дипломата поширюється не тільки недоторканість особи, недоторканість резиденції і майна, але й імунітет від місцевої юрисдикції, з тими ж самими вилученнями, які діють відносно дипломатичного агента, в тому числі і на звільнення від податків, особистих повинностей, від митного догляду, митних зборів і платежів. Сім'ї розглядаються як продовження особи дипломата. Тому захист сім'ї вважається необхідним для забезпечення незалежності дипломата та здатності ефективно виконувати свої функції. Визначається, що Конвенція про дипломатичні зносини не містить визначення дефініції «член родини», умисно надавши цьому аспекту певної гнучкості, коли враховуються підходи зацікавлених держав і принцип взаємності. Аналізуються положення конвенції щодо юрисдикційних імунітетів і визначається сучасна практика держав щодо можливості працевлаштування членів родини дипломатичного агента і, як наслідок, звуження таких імунітетів. Визначається, що імунітет від юрисдикції має не матеріальний, а процесуальний характер, оскільки члени родини, як і сам дипломатичний агент, не виключаються зі сфери дії національного правопорядку держави перебування, а звільняються лише від заходів примусового характеру і санкцій, передбачених за порушення законів і правил. У статті розглядаються національні акти України, що закріплюють, розвивають і уточнюють міжнародно-правові норми, закріплені в Віденській конвенції.

Ключові слова: дипломатичні привілеї та імунітети, члени родини дипломатичного агента.

The article deals with the status of family members of a diplomatic agent under the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961. Since a diplomat, performing the representation functions abroad, is in a foreign country with his family before officials, the authorities of the host country here arises the point: what privileges and immunities wives or husbands, children, parents and other relatives are entitled to? What are the obligations of the host country in this regard? The Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, which codified the issue of diplomatic law, provided that members of the diplomat's family were subject not only to inviolability of the person, inviolability of residence and property, but also to immunity from local jurisdiction, with the same exceptions, including exemption from taxes, personal duties, customs care, customs duties and payments. Families are seen as a continuation of the diplomat's identity. Therefore, the protection of the family is considered necessary to ensure the independence of the diplomat and the ability to perform his functions effectively. It is determined that the Convention on Diplomatic Relations does not contain a definition of "family member" for the purposes of the Convention, deliberately giving this aspect some flexibility, taking into account the approaches of the States concerned and the principle of reciprocity. The provisions of the Convention on jurisdictional immunities are analysed and defined the current practice of states on the possibility of employment of family members of a diplomatic agent and, as a consequence, the narrowing of such immunities. It is determined that immunity from jurisdiction is not material but procedural, as family members, like the diplomatic agent himself, are not excluded from the scope of the national law of the host state, and are exempt only from coercive measures and sanctions for violations of laws and regulations. The article examines the national acts of Ukraine that enshrine, develop and clarify international law regulations enshrined in the Vienna Convention.

Key words: diplomatic privileges and immunities, family members of a diplomatic agent.

Держава не може існувати без підтримання зовнішніх відносин задля реалізації власної зовнішньої політики, а в умовах сучасного міжнародного права, яке дозволяє вирішувати спори лише мирним шляхом, саме дипломатія стала основним засобом здійснення останньої. Відповідно, в сучасних державах створюється дипломатична служба, що представляє собою державну службу особливого характеру, яка здійснюється з метою реалізації зовнішньої політики. Особливість цієї служби, окрім іншого, полягає в тому, що посадові особи дипломатичної служби здійснюють свої функції у власній державі і за кордоном, у складі закордонних дипломатичних установ; працюючи за кордоном, вони користуються дипломатичними привілеями та імунітетами; зобов'язані поважати закони і постанови держави перебування. Невіддільним атрибутом розвиненої дипломатії нині є принцип ротації, тобто чергування роботи в центрі з довготерміновими закордонними відрядженням для роботи у складі закордонних дипломатичних установ. Довготермінові відрядження (терміном 3 або 4 роки) для роботи в закордонних представництвах передбачені і законом України про дипломатичну службу (ст. 17) [1].

Враховуючи, що дипломат, здійснюючи функції представництва за кордоном, перебуває в іноземній державі з власною родиною (з появою постійних дипломатичних представництв родини традиційно супроводжують дипломатів), перед посадовими особами, державними органами країни перебування постають питання: на які привілеї та імунітети мають право їх дружини чи чоловіки, діти, батьки та інші родичі та які зобов'язання має приймаюча держава в цьому аспекті. Віденська конвенція про дипломатичні відносини 1961 р., що кодифікувала питання дипломатичного права, має окремі норми, які стосуються членів родини дипломатичного агента. Положення конвенції уточняються, розвиваються і доповнюються національним законодавством держав.

Основні положення стосовно обсягу привілеїв та імунітетів членів родини дипломатичного агента передбачені ст. 37 п. 1 Віденської конвенції, згідно з якою: «Члени родини дипломатичного агента, що живуть разом з ним, користуються, якщо вони не є громадянами держави перебування, привілеями та імунітетами, вказаними в статтях 29-36» [2]. Таким чином, на членів родини дипломата поширюється не тільки недоторканість особи, недоторка-

ність резиденції і майна, але й імунітет від місцевої юрисдикції, з тими ж самими вилученнями, які діють відносно дипломатичного агента, в тому числі і на звільнення від податків, особистих повинностей, від митного догляду, митних зборів і платежів. Сім'ї розглядаються як продовження особи дипломата. Тому захист сім'ї вважається необхідним для забезпечення незалежності дипломата та здатності ефективно виконувати свої функції.

Положення про надання членам родини дипломатичних привілеїв та імунітетів закріплюється і в нормах національного законодавства України. Так, «Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні» закріплює: «Правила, передбачені пунктами 12, 13 цього Положення, поширюються на членів сім'ї, які проживають разом з главою дипломатичного представництва, із членами дипломатичного персоналу, якщо члени сімей не є громадянами України» (п. 14) [3]. В п. 12 і п. 13 положення закріплюється особиста недоторканість, імунітет від кримінальної, адміністративної юрисдикції України (за визначеними винятками) та юрисдикції судів України в цивільних справах. А п. 11 Положення передбачає «…митні пільги, що надаються главі дипломатичного представництва, членам персоналу дипломатичного представництва та членам їх сімей, визначаються законодавством України відповідно до міжнародного права». Відповідно, надання митних привілеїв передбачено Митним кодексом України, а саме ст. 383 – «Особливості пропуску та оподаткування товарів, що ввозяться на митну територію України главою дипломатичного представництва іноземної держави, членами дипломатичного персоналу представництва та членами їх сімей» [4], зміст якої відповідає обсягу митних привілеїв, закріплених у ст. 36 Віденської конвенції 1961 р.

Як і на дипломатичного агента, на членів його родини оформлюються власною країною дипломатичні паспорти. Міжнародний звичай зобов'язує всі влади ставитися з особливою повагою до власників таких паспортів [5, с. 89]. Так, у Положенні про дипломатичний паспорт України п. 5 зазначено, що «дипломатичний паспорт видається <…> на строк перебування у відрядженні за кордоном: дипломатичним працівникам, направленим у довготермінове відрядження до закордонних дипломатичних установ України. <…> Дипломатичний паспорт видається іншому з подружжя та дітям працівників, зазначених у цьому підпункті, якщо вони відряджені з такими працівниками та проживають разом з ними за кордоном. Дипломатичний паспорт також видається іншим членам сім'ї працівників, зазначених у цьому підпункті, над якими згідно із законодавством України встановлено опіку або піклування такого працівника або іншого з подружжя, якщо вони відряджені з такими працівниками та проживають разом з ними за кордоном» [6].

У країні перебування нарівні з дипломатичним агентом члени родини отримують дипломатичну картку. Це документ, який видається протокольним відділом міністерства закордонних справ держави перебування, який, окрім засвідчення особи його власника, вказує на особливий статус: належність до осіб, що користуються дипломатичними привілеями та імунітетами в країні перебування. Так, Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні передбачає (п. 29): належність до осіб, які користуються зазначеними в цьому Положенні привілеями та імунітетами, посвідчується документами, що видаються Міністерством закордонних справ України [3]. Порядок видачі таких карток регулюється національним законодавством відповідної держави. В Україні це Наказ МЗС «Про затвердження Положення про акредитацію співробітників дипломатичних і консульських установ іноземних держав, міжнародних організацій та їхніх представництв, інших іноземних організацій» [7].

Комісія міжнародного права, що розробляла положення Конвенції, мало дискутувала щодо необхідності поширення повних привілеїв та імунітетів на сім'ю дипломата. Питання, яке викликало складність: кого ж розглядати як сім'ю. Ст. 37 Віденської конвенції, визначаючи привілеї та імунітети, які надаються членам родини, не передбачила визначення поняття «родини» для цілей Конвенції. Творці конвенції визнали, що поняття «родина» відрізняється в суспільствах різних держав. Отже, була надана перевага певній гнучкості для врегулювання цього питання між окремою місією та національним урядом, коли це питання вирішується згідно з підходами відповідних держав, що приймають, та на основі взаємності. В Конвенції лише передбачений важливий загальний критерій «члени родини, що живуть разом з ним (*дипломатом*)». Отже, закріплена умова, що член сім'ї, який претендує на дипломатичні привілеї та імунітети, повинен мати тісні зв'язки або особливі обставини (наприклад, далекий родич проживав з родиною багато років і, по суті, став її частиною), що є необхідною кваліфікаційною умовою. З огляду на дипломатичну практику до членів родини відносять: дружину (чоловіка) дипломатичного агента, неповнолітніх дітей, повнолітніх дітей і батьків, що знаходяться під опікою дипломатичного агента. Підходи, зафіксовані у Віденській конвенції, дозволяють охопити поняттям «члени родини» подружжя в одностатевих шлюбах. Держави, що передбачають законодавче забезпечення одностатевих шлюбів, розширили розуміння подружжя, які сприймаються як члени родини. Так, Денза (Denza E.) пише «з моменту набуття чинності у 2005 р. Закону про громадянське партнерство 2004 р. Сполучене Королівство включає до складу родини членів сім'ї одностатевих партнерів уповноважених членів дипломатичних місій у Великобританії», – і продовжує, – Закон 2013 р. про шлюб робить шлюб одностатевих пар законним, і це автоматично розширює конструкцію терміну «подружжя» для Великобританії як держави, що надсилає, і держави, що приймає» [8, с. 321].

Якщо звернутись до законодавства України, в Положенні «Про акредитацію співробітників дипломатичних і консульських установ іноземних держав, міжнародних організацій та їхніх представництв, інших іноземних організацій» в першій редакції 2003 р. визначалося (п. 10): «Дипломатичні картки (серія «Д») оформлюються на підставі: … (вказується перелік документів) членам сімей співробітників посольств, а саме, дружині, чоловікові, неповнолітнім дітям віком від 7 до 18 років, які проживають разом з ними; повнолітнім неодруженим дочкам, які проживають разом з дипломатичними співробітниками і перебувають на їхньому утриманні, та синам, за умови надання ними підтвердження про очну форму їхнього навчання в Україні, а також неодруженим повнолітнім дітям, які мають вади у фізичному або розумовому розвитку (далі – члени сімей)». У нині діючий редакції 2014 р. подібного детального визначення переліку осіб, що вважаються членами родини дипломата, немає, а зазначається: «Дипломатичні картки оформлюються на підставі: … (вказується перелік документів) членам сімей співробітників посольств» (п. 2) [7]. З іншого боку, в Законі Про дипломатичну службу в ст. 2, що закріплює значення термінів, що вживаються в цьому законі, закріплено: «члени сім'ї працівника дипломатичної служби – інший з подружжя, їхні діти, діти працівника дипломатичної служби або іншого з подружжя, а також повнолітні діти та батьки, над якими згідно із законодавством України встановлено опіку або піклування такого працівника чи іншого з подружжя» [1]. Відповідно, саме ці особи, під час від'їзду з дипломатичним агентом, що скеровується в довготермінове відрядження за кордон, отримають закордонні паспорти України, які визначатимуть їх статус.

Темпоральній дії дипломатичних привілеїв та імунітетів присвячена ст. 39 Віденської конвенції 1961 р., де зазначено в п. 1: «кожна особа, що має право на привілеї та імунітети, користується ним з моменту вступу її на територію держави перебування під час слідування для заняття свого поста чи, якщо вона вже знаходиться на цій території, з того моменту, коли про його призначення повідомляється міністру закордонних справ чи іншому міністерству, відносно якого є домовленість». Відповідно, моментом набуття привілеїв дипломатичного агента визначається і момент набуття привілеїв та імунітетів членами його родини, які є такими у згаданий час. Склад родини є перемінною категорією, тому Віденська конвенція передбачає в ст. 10 п. 1 (b): «Міністерство закордонних справ держави перебування чи інше міністерство, відносно якого є домовленість, повідомляється: про прибуття і остаточне відбуття осіб, що належать до сім'ї співробітника представництва, і, в належних випадках, про те, що та чи інша особа стає чи припиняє бути членом сім'ї співробітника представництва» [2]. У виконанні цієї вимоги зацікавлена і держава акредитуюча, оскільки зацікавлена в реалізації привілеїв та імунітетів, і держава приймаюча, бо має обов'язок дотримання норм про дипломатичні привілеї та імунітети.

Позитивним аспектом в захисті членів сім'ї дипломатичного агента є положення Віденської конвенції, згідно з яким держава перебування зобов'язана у разі смерті дипломата надати членам його сім'ї на розумний строк право користування тим же обсягом привілеїв та імунітетів, який їм і раніше надавався, доки його сім'я не покине межі держави перебування (ст. 39 п. 3) [2].

Так само як і дипломатичний агент, члени його родини, якщо проїжджають через територію третьої держави, користуються недоторканістю і такими іншими імунітетами, які можуть знадобитися для забезпечення проїзду чи повернення, коли супроводжують дипломатичного агента, чи слідують окремо, щоб до нього приєднатися (ст. 40 п. 1) [2].

Важливим у контексті привілеїв та імунітетів є гарантії, передбачені на випадок війни. Так, ст. 44 закріплює: «держава перебування повинна, навіть у разі збройного конфлікту, надати сприяння, для можливого скорого виїзду осіб, які користуються привілеями та імунітетами осіб, що не є громадянами держави перебування, і членів сімей таких осіб, незалежно від їх громадянства» [2]. Отже, ця стаття, на відміну від ст. 37 («…користуються, якщо вони не є громадянами держави перебування, привілеями та імунітетами, вказаними в ст. 29-36»), надає гарантії сприяння виїзду з держави в умовах збройного конфлікту членам родини дипломата, незалежно від їх громадянства.

Необхідно окремо зупинитися на юрисдикційних імунітетах. Члени родини дипломата (що живуть разом з ним і якщо вони не є громадянами держави-перебування) користуються тим же обсягом дипломатичних привілеїв і імунітетів на тих же умовах, що і дипломат. Згідно зі ст. 31 п. 1 (с) дипломатичний агент користується імунітетом від цивільної і адміністративної юрисдикції, окрім позовів, що стосуються будь-якої професійної чи комерційної діяльності, здійснюваної дипломатичним агентом в державі перебування за межами своїх офіційних функцій» [2]. Отже, це положення поширюється і на членів родини дипломата. Згідно з сучасною практикою члени родини можуть, за згодою як акредитуючої, так і приймаючої держави, займатися гуманітарною, філантропічною, освітянською, культурологічною діяльністю, що не передбачає отримання доходів, і при цьому зберігають юрисдикційний імунітет у цивільній і адміністративній сфері. Однак неможливість працевлаштування породжує інші складності: під час довготермінового відрядження член родини, втрачаючи можливість працювати, може втратити кваліфікацію. Сучасна тенденція в міжнародній практиці полягає в тому, що західні дипломатичні служби намагаються створити передумови для того, щоб члени родини співробітників закордонних місій дістали можливість працювати в країні акредитації, за умови, що вони згодні на період роботи відмовитися від дипломатичного імунітету [9, с. 98]. Як зазначає Денза (Denza E.): «Ці угоди зазвичай передбачають дозвіл на взаємній основі для членів сім'ї здійснювати оплачувану діяльність у приймаючій державі з урахуванням певних гарантій; вони встановлюють процедурні рамки дозволу, наголошують, що не існує звільнення від необхідності дотримуватися вимог щодо професійної кваліфікації, і зазвичай вони також містять конкретні винятки з імунітету та податкових пільг» [8, с. 324]. Україна також має досвід укладення угод, що передбачають можливість працевлаштування членів родини, з одночасним закріпленням в договорі обмежень імунітету. Наприклад, Угода між Урядом України і Урядом Аргентинської республіки про працевлаштування членів сімей співробітників дипломатичних представництв та працівників консульських установ від 20.04.2000, передбачаючи можливість працевлаштування, паралельно закріплює в ст. 5, що члени родини «не можуть користуватися імунітетом від цивільної і адміністративної юрисдикції в будь-яких питаннях, пов'язаних з їхньою роботою» [10]. Причому зазначається: «держава, що акредитує, через укладання цієї угоди відмовляється від зазначеного імунітету в невідкличній формі». І далі щодо фіскальних аспектів привілеїв: «згадані особи сплачують податки, відповідні платежі на соціальне забезпечення з доходів, за виконувану відповідно до цієї Угоди трудову діяльність…» [10]. Цікавою в цьому сенсі є Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Федеративної Республіки Німеччина про трудову діяльність членів сімей співробітників дипломатичних представництв і консульських установ від 06. 09. 2018 р., яка передбачає схожі положення щодо непоширення імунітету від цивільної і адміністративної юрисдикції (ст. 5) і оподаткування (ст. 7) працевлаштованих членів родинидипломата, однак не обмежується цим. Так, ст. 6 містить такі положення: (1) У тих випадках, коли згідно з Віденською конвенцією про дипломатичні зносини від 18 квітня 1961 року або іншими застосовуваними міжнародно-правовими інструментами члени сім'ї користуються імунітетом від кримінальної юрисдикції держави перебування, положення про імунітет від кримінальної юрисдикції держави перебування поширюються також на дії, пов'язані зі здійсненням трудової діяльності, дозволеної за цією Угодою. Однак за наявності ознак кримінального злочину акредитуюча держава ретельно розгляне питання можливості відмови від застосування щодо відповідного члена сім'ї імунітету від кримінальної юрисдикції держави перебування. (2) Якщо акредитуюча держава не відмовляється від застосування імунітету від кримінальної юрисдикції держави перебування щодо відповідного члена сім'ї, вона передає власним правоохоронним органам справу стосовно скоєння ним кримінального злочину на території держави перебування. Держава перебування у такому разі інформується про результати кримінального провадження. (3) Член сім'ї може бути допитаний як свідок у зв'язку із здійсненням трудової діяльності, дозволеної за цією Угодою, за винятком випадків, коли акредитуюча держава вважає, що це суперечить її інтересам» [11].

Говорячи про статус членів родини, окрім привілеїв та імунітетів, слід окремо згадати про обов'язки в країні перебування. Користуючись дипломатичними привілеями та імунітетами, члени сім'ї дипломатичного агента, як і він сам, повинні дотримуватися і поважати закони, правила, усталені звичаї країни перебування. Тож, імунітет від юрисдикції має не матеріальний, а процесуальний характер, оскільки дипломат не виключається зі сфери дії національного правопорядку держави перебування, а звільняється лише від заходів примусового характеру і санкцій,

передбачених за порушення законів і правил. Така вимога закріплена як у міжнародному праві, так і в національному законодавстві держав. Так, Віденська конвенція 1961 р. в ст. 41 п. 1 передбачає: «Без шкоди для їх привілеїв та імунітетів всі особи, що користуються такими привілеями та імунітетами, зобов'язані поважати закони і постанови держави перебування» [2]. В Законі України про дипломатичну службу закріплюється аналогічне положення щодо посадових осіб дипломатичної служби (ст. 11 п. 2): «Посадові особи дипломатичної служби під час проходження дипломатичної служби в закордонних дипломатичних установах України зобов'язані поважати закони, правила і традиції держави перебування, гідно представляти Україну» [1]. І хоча в цій статті відносно членів родини нічого не сказано, бо закон регулює здійснення саме дипломатичної служби, ст. 19 (5), що визначає випадки дострокового відкликання працівників дипломатичної служби з довготермінового відрядження, серед іншого передбачає: «Працівники дипломатичної служби, що направлені у довготермінове відрядження, можуть бути достроково відкликані з відрядження у таких випадках: вчинення працівником дипломатичної служби або членами його сім'ї дій, що можуть призвести до негативних наслідків, у тому числі для іміджу України за кордоном, у разі подальшого перебування відповідного працівника дипломатичної служби у довготерміновому відрядженні» [1]. Але, окрім відкликання дипломатичного агента (відповідно від'їзд і членів родини) з ініціативи власної держави, держава перебування має право вимагати від члена родини покинути її межі. Ця можливість передбачена ст. 9 Віденської конвенції: «Держава перебування може в будь-який час, не будучи зобов'язаною мотивувати своє рішення, повідомити акредитуючу державу, що глава представництва чи будь-якого з членів дипломатичного персоналу представництва є personanongrata <…> У такому разі акредитуюча держава повинна, відповідно, відкликати дану особу чи припинити його функції в представництві». Так, І.П. Бліщенко описував випадок, що відбувся у 1954 р. Дружина секретаря дипломатичного представництва США намагалася сфотографувати маленьких дітей на фоні будівельного мусора в столиці СРСР і на заперечення батька проти зйомки нанесла тілесні ушкодження робочім, що стояли поруч. У зв'язку з інцидентом МЗС СРСР заявив на адресу посольства США про небажане перебування в країні дружини другого секретаря американського дипломатичного представництва у зв'язку з негідним вчинком [12, с. 88].

Отже, Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 р. розповсюдила на членів родини дипломатичного агента весь обсяг дипломатичних привілеїв та імунітетів, не визначивши при цьому поняття «члена родини» для цілей цієї Конвенції, надавши перевагу певній гнучкості в цьому питанні. Члени родини користуються повними дипломатичними привілеями на тих самих умовах, що і дипломат. Загальною практикою держави, що приймає, є заборона працевлаштування членів родини за відсутності двосторонньої угоди. В сучасній дипломатичній практиці держави укладають такого роду угоди при цьому звужуючи юрисдикційні імунітети і фіскальні привілеї. Члени родини зобов'язані дотримуватися законів і правил держави перебування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про дипломатичну службу : Закон України від 07.06.2018 р. № 2449-VIII/ *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2449-19#Text (дата звернення 07.11.2020).
2. Віденська конвенція про дипломатичні зносини від 18.04.1961 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_048#Text (дата звернення 07.11.2020).
3. Положення про дипломатичні представництва і консульські установи іноземних держав в Україні: Указ Президента України від 10.06.1993. № 198/93 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/198/93#Text (дата звернення 09.11.2020).
4. Митний кодекс України ред. від 24.12.20204495-VI / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17#Text (дата звернення 09.11.2020).
5. Вуд Дж., Серре Ж. Дипломатический церемониал и протокол / пер.с англ. Ю.П. Клюкина и др. Изд. 2. Москва : Междунар. отношения, 2011. 416 с.
6. Положення про дипломатичний паспорт України: Указ Президента України Про дипломатичний та службовий паспорти України ред. від 14.10.2019 № 264/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/264/2015#Text (дата звернення 07.11.2020).
7. Положення про акредитацію співробітників дипломатичних і консульських установ іноземних держав, міжнародних організацій та їхніх представництв, інших іноземних організацій : Наказ МЗС України 13.01.2003 № 11 (у редакції наказу Міністерства закордонних справ України 08.09.2014 № 378). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0062-03#Text (дата звернення 09.11.2020).
8. Denza E. Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Oxford Commentaries on International Law). Oxford, 2016. 453 p.
9. Гуменюк Б.І., Щерба О.В. Сучасна дипломатична служба: навчальний посібник. Київ : Либідь, 2001. 255 с.
10. Угода між Кабінетом Міністрів України і Урядом Республіки Аргентинавід 20.02.2000 № 032_003.
11. Угодаміж Кабінетом Міністрів України та Урядом ФРН від 06.09.2018 № 276_001-18 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_001-18#Text (дата звернення 09.11.2020).
12. Блищенко И. П. Дипломатическое право : учеб. пособие. 2 изд. Москва : Высш. шк, 1990. 287 с.

УДК 341.215.4
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/130

МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ТА ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЗАБУТТЯ

MECHANISM OF REALIZATION AND PROTECTION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

Славко А.С., к.ю.н.,
асистент кафедри міжнародного, європейського права
та цивільно-правових дисциплін
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Рєпін Д.А., студент IV курсу
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Стаття присвячена аналізу механізму реалізації права на забуття та проблем, які виникають під час такої реалізації. Вказується, що стрімкий розвиток інформаційних мереж призвів до того, що щодня оприлюднюється велика кількість інформації. Частина цієї інформації не відповідає дійсності, є застарілою, а ще частина – прямо порушує право особи на повагу до її приватного життя. Для виправлення цієї проблеми було розроблено концепцію «права на забуття», яке є частиною права на повагу до приватного життя.

Проаналізовано законодавство Європейського Союзу, зокрема положення Регламенту 2016/679 щодо реалізації права на забуття (далі – Регламент). Проведено порівняння згаданого Регламенту з національним законодавством (Законом України «Про захист персональних даних»). Здійснено аналіз правозастосовної практики, зокрема справ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González та Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v. Land Hessen, які розглядав Суд Європейського Союзу, та справу Egill Einarsson v Iceland, яку розглядав Європейський суд з прав людини.

Проведено дослідження щодо балансування права на забуття та права на доступ до інформації, права на свободу вираження поглядів. Зроблено висновки щодо потенційних проблем реалізації права на забуття. Серед останніх можна назвати анонімність функціонування багатьох сайтів у мережі Інтернет, що призводить до того, що особа, щодо якої розміщено застарілу чи компрометуючу інформацію, не може знайти адресата, до якого варто звертатися для видалення цієї інформації. Іншою важливою проблемою є те, що існує досить багато пошукових систем. Для того, щоб потенційно небажана інформація про особу не з'являлася у результатах пошуку, потрібно звернутися до кожної з них, що потребує значних затрат часу і ресурсів. Не можливо проконтролювати зберігання і поширення інформації приватними користувачами, навіть якщо інформацію щодо особи з певної сторінки було видалено або вона більше не з'являється у результатах пошуку, оскільки це не означає, що така інформація не зберігається на пристроях приватних користувачів.

Зроблено висновки, що право на забуття є відносно новою концепцією, викликаною науково-технічним прогресом, і виклики, які виникають у цій сфері, потребують законодавчого регулювання.

Ключові слова: права людини, право на приватність, право на забуття, права людини в мережі Інтернет.

The article focused on the analysis of the mechanism of the right "to be forgotten" realization and problems which arise during such realization. It is pointed out that the rapid development of information networks has led to the fact that a large amount of information is published daily. Some of this information is untrue, outdated, and some directly violates a person's right to respect for his or her private life. To remedy this problem, the concept of the "right to be forgotten" has been developed, which is part of the right to respect for private life.

The legislation of the European Union is analyzed, in particular the provisions of Regulation 2016/679 on the context of the right to be forgotten. The mentioned Regulations are compared with the national legislation (Law of Ukraine "On Personal Data Protection"). An analysis of law enforcement practices, in particular the cases of Google Spain SL, Google Inc. v. Spanish Data Protection Agency, Mario Costeja González and Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v. Land Hessen, before the Court of Justice of the European Union and Egill Einarsson v Iceland, before the European Court of Human Rights, is made.

A study was conducted to balance the right to be forgotten and the right to access information and the right to freedom of expression. Conclusions are made on potential problems of realization of the right to be forgotten. In particular, the latter include the anonymity of many sites on the Internet, which means that a person about whom outdated or compromising information is posted cannot find a recipient to contact to remove this information. Another important issue is that there are a lot of search engines. Accordingly, in order for potentially unwanted personal information not to appear in search results, it is needed to refer to each of them, which requires significant time and resources. Of course, it remains impossible to control the storage and distribution of information by private users – even if information about a person from a particular site has been deleted or no longer appears in search results, this does not mean that such information is not stored on private users' devices.

It is concluded that the right to be forgotten is a relatively new concept caused by scientific and technological progress and the challenges that arise in this area require legislative regulation.

Key words: human rights, right to privacy, right to be forgotten, human rights on the Internet.

Прискорений науково-технічний прогрес та глобальна інформатизація суспільства призвели до значних змін (як позитивних, так і негативних) у всіх сферах суспільного життя. До позитивних можна віднести практично суцільну автоматизацію, яка значно полегшує існування кожного. Іншою стороною цього процесу можна назвати втручання у приватність особи, що може призвести до порушення основних прав людини. Сучасний каталог прав людини, закріплений актами регіонального та універсального характеру, формувався протягом кількох століть. Нині, незважаючи на зусилля ООН, Ради Європи, Європейського Союзу та деяких інших організацій, правозастосовна практика певною мірою «відстає» від тих викликів, які ставить перед правами людини інформатизація.

Одним із найважливіших елементів права на захист особистих даних є право бути забутим, суть якого полягає у здатності особи вимагати видалення або знищення інформації, яка її стосується. З широким проникненням у повсякденне життя людства можливостей мережі Інтернет, у якій знаходиться безліч інформації, яку важко систематизувати, фільтрувати і особливо видаляти, реалізація права на забуття набуває особливої актуальності. Вказане право існує у національних правових системах багатьох країн світу, включаючи країни ЄС та Україну. З огляду на те, що функціонування інтернету не підкорюється державним кордонам, заходи, вжиті на національному рівні, не завжди є ефективними. Тому необхідно встановити, чи існують

на регіональному та універсальному рівнях гарантії дотримання цього права.

Варто зауважити, що дослідженню права на забуття присвятили свої праці такі вітчизняні науковці як А.М. Бойко та В.В. Буга. Право на забуття як окремий аспект права на приватність окреслили у своїх дослідженнях А.В. Копейченко, І.І. Припхан, С.А. Ільченко, О.К. Волох, С. Булавіна та інші. Більш глибоко питання захисту права на забуття було проаналізоване у роботах таких закордонних вчених як А. Гаудамуз, В. Секхолмі, Е. Франтзу, Р. Феллнер, С. Векслер та інших.

З огляду на невисокий рівень наукової розробки, а також зважаючи на постійні розвиток та оновлення нормативної бази у цій сфері, багато аспектів права на забуття нині залишаються малодослідженими чи дискусійними. Тому **метою** цього дослідження є на підставі чинної нормативної бази та правозастосовної практики розкрити питання правового захисту інформації про особу, його еволюції, а також особливостей міжнародного та національного регулювання права на забуття в порівняльно-правовому аспекті.

Для досягнення поставленої мети сформульовано такі завдання: 1) розкрити сутність права на забуття як складника права на приватність; 2) провести аналіз стандартів захисту права на забуття відповідно до законодавства ЄС; 3) порівняти правові основи застосування права бути забутим в Україні та ЄС; 4) розглянути практику Європейського суду з прав людини щодо права на забуття; 5) дослідити основні особливості балансування права бути забутим з іншими правами; 6) визначити основні проблеми реалізації права на забуття.

Характеристику правового регулювання захисту інформації про особу вважаємо за доцільне почати з характеристики того права, сфера дії якого охоплює відповідний захист. Таким суб'єктивним індивідуальним правом є право людини на приватність, що відповідно до загального підходу Європейського суду з прав людини складається з чотирьох елементів: право на таємницю приватного життя, сімейного життя, недоторканність житла і кореспонденції [1, с. 7].

Вперше на глобальному рівні право особи на захист від втручання інших у приватне життя, зокрема з боку держави, було закріплено у статті 12 (повага до приватного та сімейного життя) Загальної декларації прав людини Організації Об'єднаних Націй (ООН) 1948 року [2]. Декларація мала вплив на розвиток інших правових документів (інструментів) захисту прав людини у світі загалом та у Європі зокрема. Згодом таке право стало передбачатися і новоствореною Європейською конвенцією з прав людини від 04 листопада 1950 року, а саме статтею 8 про право на повагу до приватного і сімейного життя [3].

Так, право на таємницю приватного життя включає в себе право бути забутим – особа має право вимагати видалення особистих даних із загального доступу, пошукових систем, тобто посилань на дані, які можуть завдати їй шкоди. Також це стосується застарілих, неповних, неточних, неправдивих або надлишкових даних чи інформації, правові підстави для зберігання яких зникли з плином часу.

Початок «сучасного» розуміння права на забуття можна знайти у тлумаченні права на захист персональних даних, який бере свій початок з Конвенції «Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних» 1981 року, що передбачає для кожного право вимагати виправлення або знищення даних про нього, якщо в процесі обробки такої інформації було порушено норми міжнародного та вітчизняного законодавства [4].

Одним із основних актів ЄС у цій сфері донедавна була Директива 95/46/ЄС «Про захист фізичних осіб стосовно обробки персональних даних і про вільне переміщення таких даних», у якій наявні норми щодо гарантування державами-членами кожній особі, яка є безпосереднім суб'єктом даних, права отримати від контролера виправлення, стирання або блокування даних, які не відповідають положенням цього нормативно-правового акту, зокрема через неповноту або неправдивість таких даних [5].

Новим кроком у визнанні права на забуття було прийняття 27 квітня 2016 року Регламенту ЄС 2016/679 «Про захист фізичних осіб стосовно обробки персональних даних та про вільне переміщення таких даних», що замінив Директиву 95/46/ЄС. Стаття 17 цього Регламенту гарантує право бути забутим (або право на стирання), а саме право особи на стирання своїх персональних даних, і відповідний обов'язок контролера видаляти такі дані [6].

Зауважимо, що у вітчизняному законодавстві немає чіткого визначення «права на забуття», але Закон України «Про захист персональних даних» регулює правові відносини, пов'язані із захистом та обробкою персональних даних. Зокрема, п. 6 ч. 2 ст. 8 Закону передбачає, що суб'єкт персональних даних має право звернутися з мотивованою вимогою на зміну або знищення його персональних даних будь-яким володільцем і контролером персональних даних, якщо ці дані обробляються незаконним шляхом чи є недостовірними [7].

Загалом законодавство ЄС містить досить детально описаний механізм реалізації права на забуття, який включає перелік підстав видалення даних. Також стаття 17 Регламенту встановлює причини заборони видалення даних: коли йдеться про реалізацію права на свободу вираження поглядів та інформації, у випадку виконання завдань, пов'язаних із суспільними інтересами у сфері охорони здоров'я, пов'язаних із науковими, історичними, статистичними дослідженнями тощо [6].

Таблиця 1

Порівняльна характеристика застосування права бути забутим в Україні та ЄС	
Стаття 15 Закону України «Про захист персональних даних»	Стаття 17 Регламенту ЄС 2016/679 «Про захист фізичних осіб стосовно обробки персональних даних та про вільне переміщення таких даних»
Персональні дані підлягають видаленню, якщо:	
– закінчився строк зберігання даних, визначених згодою суб'єкта персональних даних на обробку таких даних або законом; – правовідносини між суб'єктом персональних даних і володільцем чи розпорядником бази даних були припинені; – було видано відповідний припис Уповноваженого або посадових осіб секретаріату Уповноваженого; – набрало законної сили рішення суду щодо видалення персональних даних	– відсутня потреба в подальшому зберіганні персональних даних у цілях, для яких вони були зібрані та опрацьовувалися; – суб'єкт даних анулює згоду або заперечує проти збору й обробки даних; – персональні дані були опрацьовані незаконно; – персональні дані потребують видалення для дотримання встановленого законом зобов'язання, що закріплено в законодавстві ЄС або держави-члена, яке поширюється на контролера персональних даних; – персональні дані збиралися у зв'язку з наданням послуг інформаційного суспільства особам, молодшим 16 років

Джерело: складено авторами на основі [6; 7]

Судова практика також посприяла становленню права на забуття у міжнародному праві. Як приклад можна навести справу Маріо Костеха Гонсалеса проти Google (Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González), де позивач (Маріо Костеха Гонсалес) був незадоволений рекламою, відповідно до якої його будинок був виставлений на аукціоні нерухомості через борги. Пошукова система Google завжди посилалася на ці сторінки при згадці імені заявника. Оскільки Маріо Костех погасив усі свої борги, він вимагав видалення даних сторінок із цієї пошукової системи, оскільки інформація є неактуальною. Крім того, на думку позивача, інформація могла певним чином зашкодити його репутації.

Суд Європейського Союзу постановив у своєму рішенні, що для захисту прав, передбачених у положеннях Директиви (чинної на той момент), «оператор пошукової системи зобов'язаний вилучити зі списку результатів, що відображаються після пошуку, здійсненого на основі імені особи, посилання на веб-сторінки, опубліковані третіми особами, та такі, що містять інформацію, яка стосується цієї особи, також у випадку, коли це ім'я або інформація не стирається заздалегідь або одночасно із цих веб-сторінок, і навіть залежно від обставин, коли її публікація сама по собі на цих сторінках є законною» [8].

Разом із цим судовою практикою було визначено, що громадяни мають право вимагати від пошукових систем (таких як Google) видаляти запити, що містять ім'я особи або інші персональні дані. Це стало передумовою створення системи, яка дозволяє особі звернутися з вимогою про «забуття», щоб результати пошуку в інформаційних системах більше не були пов'язані з її персональними даними. За даними Google в період з 29 травня 2014 року по 4 жовтня 2020 року було направлено близько 1 млн запитів на видалення майже 4 мільйонів посилань, з них 1,5 млн посилань були видалені. Здебільшого видаляють із результатів пошуку інформацію, яка відсилає безпосередньо до соціальних мереж Facebook, Youtube, Profileengine, Twitter тощо [9].

Дотримання балансування права на забуття з іншими правами є досить важливим для справедливого та неупередженого вирішення справи. Такими правами є право на інформацію та свободу вираження поглядів, що передбачено статтею 10 ЄКПЛ, яке включає «свободу дотримуватися своїх поглядів, отримувати і розповсюджувати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади та незалежно від державних кордонів» [10, с. 263]. Це права, які можуть вступати у суперечність із правом на захист персональних даних. Разом із цим законом можуть встановлюватися обмеження щодо здійснення гарантованого права, які не мають перевищувати ті обмеження, які передбачено у частині 2 статті 10 ЄКПЛ, тобто вони повинні бути передбачені законом і необхідними у демократичному суспільстві для захисту репутації чи прав інших осіб (це включає право на захист персональних даних, а відповідно і право бути забутим).

Зв'язок між захистом персональних даних і свободою вияву поглядів, свободою інформації регулюється у статті 85 Регламенту ЄС 2016/679 [6]. Відповідно до вказаної норми у держав-членів виникають зобов'язання щодо законодавчого узгодження права на захист персональних даних, що включає право на забуття відповідно до цього Регламенту з правом на свободу вияву поглядів та свободу інформації, у тому числі передбачаючи відступи, які мають здійснюватися виключно для цілей журналістики, художньої чи літературної діяльності, що підпадає під дію основоположного права на свободу вираження поглядів, за умови, що вони необхідні для узгодження права на приватне життя з нормами, які регулюють свободу вираження поглядів:

– свобода вираження поглядів. Основним критерієм дотримання балансу з правом на забуття є суспільний інтерес. Проблему балансування з правом на забуття можна спостерігати, наприклад, у справі Egill Einarsson v Iceland, розглянутій ЄСПЛ. У своєму рішенні суд вказав, що існувало питання справедливого балансу між конкуруючими правами пана Ейнарссона на повагу до його приватного життя. Він вимагав видалити неправдиві та такі, що завдають шкоди його репутації, дані, чим і використав своє право на забуття (стаття 8 ЄКПЛ) та на свободу вираження поглядів (стаття 10 ЄКПЛ) [11];

– свобода на інформацію. Це право може вступати у конфронтацію з правом на захист персональних даних, якщо у результаті доступу до документа буде розкрито персональні дані інших осіб. Тому запити на отримання доступу до документів або інформації, які перебувають у розпорядженні державних органів, мають бути збалансовані з правом на захист осіб, персональні дані яких містяться в запитуваних документах. Це питання було висвітлено у справі «Товариство громадського права «Фолькер і Маркус Шеке» і Хартмут Айферт проти землі Гессен» (Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v. Land Hessen). Відповідно до вимог законодавства уповноважений орган повинен був винести рішення про пропорційність оприлюднення інформації про імена отримувачів сільськогосподарських субсидій ЄС і обсяг наданих їм коштів. Оскільки право на захист персональних даних не є абсолютним, оприлюднення даних про отримувачів коштів є втручанням у їхнє приватне життя загалом, а також порушенням права на захист їхніх персональних даних зокрема [12].

Аналіз законодавства та правозастосовної практики дозволив нам дійти висновків щодо існування принаймні таких проблем реалізації права на забуття:

1. Для того, щоб домогтися видалення з мережі Інтернет будь-якої інформації про себе, необхідно письмово або усно звернутися до відповідальних за поширення інформації осіб. Якщо веб-ресурс, який поширює інформацію, створений анонімно (завдяки сучасним інформаційним технологіям можна створити та зареєструвати домен – частину адресного простору в мережі Інтернет, призначену для ідентифікації комп'ютера або групи комп'ютерів, який буде анонімним), звернутися до відповідальної особи та притягти до відповідальності когось буде досить проблематично.

2. Якщо не можливо усунути проблему за допомогою першоджерела, можна звернутися до оператора пошукової системи, який зобов'язаний видалити зі списку результати, отримані в результаті пошуку на основі імені людини, посилання на веб-сторінки та інші персональні дані, розміщені третіми особами. Зауважимо, що нині існує багато пошукових систем (Google, Yahoo, Bing, Baidu, Yandex) і видалення даних, посилань, отриманих у результаті пошуку, буде досить ресурсозатратним. Не факт, що вдасться видалити інформацію та посилання на неї повністю.

3. В умовах сьогодення будь-яка інформація, яка потрапила у публічний доступ до мережі Інтернет, залишиться там якщо не назавжди, то на довгий час, оскільки не можна з упевненістю стверджувати, що зазначені вище механізми врегулювання такої проблеми дозволять уникнути витоку персональних даних особи. Будь-яка особа може скопіювати, завантажити таку інформацію, тому подальший контроль за нею буде не можливим.

4. Часовий простір. Інформація стає неактуальною після певного часу, оскільки інтерес щодо отримання доступу до інформації з часом зменшується. Однак деякі види інформації будуть завжди доступні, наприклад інформація про злочини проти людяності, тероризм, тому що є суспільний інтерес у тому, щоб така інформація залишалася доступною без урахування закінчення часу.

5. «Галасливим» вирішенням подібних проблем можна тільки погіршити становище, тому що засоби масової інформації можуть створити ще більший ажіотаж звичайною новиною, яка зацікавить більше людей (так званий «ефект Стрейзанд»).

Зауважимо, що спроби законодавчого регулювання захисту права на забуття в Європейському Союзі здаються досить вдалими і дуже впливають не тільки на правові системи держав-членів ЄС, а і на держав-сусідів ЄС. При цьому виникнення нових правових норм у сфері захисту персональних даних демонструє високий рівень розуміння важливості цього інституту для захисту багатьох основних прав людини та принципів міжнародного права загалом. У будь-якому разі необхідно пильно слідкувати за виникненням нових проблем не тільки у цій, а й у пов'язаних з інформатизацією сферах.

Окремі проблеми реалізації та захисту права на забуття стосуються питання щодо того, як будуть застосовуватися заходи не до пошукових систем та впливових інтернет-корпорацій, а до окремих веб-ресурсів, які створюються мільйонами кожен день, тому майже не можливо відслідкувати весь потік інформації, який може порушувати право особи на захист її персональних даних.

Вважаємо, що Україна повинна дотримуватися принципів захисту права на обробку, видалення персональних даних, встановлених міжнародним правом, а також за можливості розробляти власні оперативні заходи щодо запобігання та протидії подібним або новим можливим правопорушенням.

ЛІТЕРАТУРА

1. Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, home and correspondence. Council of Europe. European Court of Human Rights, 2020. 148 p. / European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf.

2. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 / База «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text.

3. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 / База «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

4. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних 1981 року / База «*Законодавство України*». URL: http://zakon2.rada.gov. ua/laws/show/994_326.

5. Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24.10.1995 / База «*Законодавство України*». URL: http://zakon2.rada. gov.ua/laws/show/994_242.

6. 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 і про скасування Директиви 95/46/ЄС / База «*Законодавство України*». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text.

7. Про захист персональних даних : Закон України від 01.06.2010 / База «*Законодавство України*». URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2297-17.

8. Google Spain SL Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) Mario Costeja González Judgment of the Court (Grand Chamber) in Case C-131/12, 13 May 2014 / EUR-Lex. Access to the European Union Law. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131.

9. Звіт Google про доступність сервісів і даних щодо запитів на видалення контенту на основі права конфіденційності ЄС / Google. URL: https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview.

10. Szeghalmi V. Difficulties Regarding the Right to Be Forgotten in the Case Law of the Strasbourg Court. *Athens Journal of Law*. 2018. C. 255–270 / Academic Journals. Athens Institute for Education & Research (A World Association of Academics and Researchers) / URL: https://www.athensjournals.gr/law/2018-4-3-4-Szeghalmi.pdf.

11. Case of Egill Einarsson v. Iceland (application № 24703/15) 17 July 2018 / European Court of Human Rights HUDOC. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-184672%22]}.

12. Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) and Hartmut Eifert (C-93/09) v Land Hessen Joined Cases C-92/09 and C-93/09, 9 November 2010 / EUR-Lex. Access to the European Union Law. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0092.

УДК 341.76
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/131

АКТУАЛЬНІСТЬ ВИКОРИСТАННЯ ІНСТИТУТУ ПЕРЕГОВОРІВ У МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ПУБЛІЧНИХ ВІДНОСИНАХ

THE RELEVANCE OF USING THE INSTITUTE OF NEGOTIATIONS IN INTERNATIONAL LAW PUBLIC RELATIONS

Філіпських О.І., студентка III курсу
господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню інституту дипломатичних переговорів як мирного способу розв'язання міждержавних спорів, його розвитку та визначальних особливостей, які забезпечують статус «основного способу» при вирішенні міжнародних спорів. Вивчено момент зародження інституту, його значення за часів стародавнього світу.

У статті аналізуються окремі праці науковців у сфері міжнародного права, зокрема О. Буткевича, В. Репецького, О. Кондика, роботи яких спрямовані на висвітлення важливості функції ведення переговорів, що розглядається як одне із основних завдань послів. Звернено увагу на закріплену термінологію поняття «дипломатичні переговори» у «Дипломатичному словнику». Опрацьована нормативна база, яка закріплює основні положення щодо ведення переговорів.

На основі аналізу Віденської конвенції про дипломатичні зносини, Статуту ООН і доктрини визначено пріоритетність використання переговорів серед інших способів мирного розв'язання спорів. У статті висвітлені основні моменти, які є визначальними при проведенні переговорів: повага до супротивників і досягнення компромісу. Розглянуто види дипломатичних переговорів, наведено їх приклади із практики міждержавних відносин. Розглядаються переговори як за кількістю сторін, так і за формою.

Визначено, що імперативних норм щодо проведення дипломатичних переговорів немає, тому зроблено висновки щодо можливості створення нових норм диспозитивного характеру. Розглянуто характерну рису переговорів – невтручання третіх осіб у переговорний процес і недоліки реалізації цього принципу на практиці.

Звернено увагу на важливість громадської думки для функціонування інституту переговорів, а також проблеми, які виникли через ігнорування цього елементу. Вказано на можливості діджиталізації переговорного процесу та впровадження новітніх технологій для підвищення ефективності переговорів. Зроблено висновки щодо актуальності досліджуваного інституту, ймовірних причин зменшення його ефективності та подальшого розвитку.

Ключові слова: дипломатичні переговори, інститут переговорів, принципи мирного розв'язання спорів, переговорний процес.

The article is devoted to the study of the institution of diplomatic negotiations as a peaceful way of resolving interstate disputes, its development and defining features that provide the status of "priority method" in resolving international disputes. The moment of origin of the institute, its significance in the times of the ancient world is studied.

The article analyzes some works of scholars in the field of international law, in particular O. Butkevych, V. Repetsky, O. Kondyk, whose work is aimed at highlighting the importance of the function of negotiation, which is considered one of the main tasks of ambassadors. Attention is drawn to the established terminology of the concept of "diplomatic negotiations" in the "Diplomatic Dictionary".

The normative base which fixes the basic provisions concerning conducting negotiations is finalized. Based on the analysis of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, the UN Charter and the doctrine, the priority of using negotiations among other ways of peaceful settlement of disputes has been determined. Also, the article highlights the main points that are crucial in the negotiations: respect for opponents and compromise.

Types of diplomatic negotiations are considered and their examples from the practice of interstate relations are given. Classifications such as the number of parties and the form are considered. It was determined that there are no imperative norms for conducting diplomatic negotiations, thus conclusions were made about the possibility of creating new norms of a dispositive nature. A characteristic feature of the negotiations is considered – non-interference of third parties in the negotiation process and the shortcomings of the implementation of this principle in practice.

In addition, attention was drawn to the importance of public opinion for the functioning of the institution of negotiations, as well as the problems that have arisen due to ignoring this element. Attention is paid to the possibilities of digitalization of the negotiation process and the introduction of new technologies to increase the efficiency of negotiations. Conclusions are made on the relevance of the researched institute, probable reasons for the decrease in the efficiency of the institute and possible further development.

Key words: diplomatic negotiations, institute of negotiations, principles of peaceful settlement of disputes, negotiation process.

Нині на світовій арені держави забули про вирішення спорів і конфліктів мирними способами, дедалі частіше використовуючи війну як інструмент «усунення конфліктів». При цьому події останніх десяти років доводять, що інститут переговорів втрачає свою силу та вплив при вирішенні спорів. Тому важливо дослідити цей інститут і визначити, як потрібно удосконалити правову базу дипломатичних переговорів для продовження ефективного функціонування у площині міжнародних публічних відносин.

Виникає логічне питання про ефективність переговорів як засобу вирішення спорів в сучасних умовах міжнародних відносин. Досліджуючи це питання, необхідно звернутися до витоків інституту переговорів. Так, І. Лукашук вважає, що протягом століть найважливішим інструментом дипломатії були переговори – один із найдавніших інститутів, який з'явився одночасно з міжнародними відносинами [1, с. 77]. Заперечувати це твердження немає жодного змісту, адже такі феномени як переговори та дипломатія з'явилися в історичних згадках ще раніше, коли функції дипломатів виконували ангели. Їх у XVI ст. вважали посередниками між небом і землею [2, с. 99].

Становлення інституту переговорів було тривалим і складним. Людству довелося усвідомити, що вирішення спорів силою – не єдиний спосіб їх усунення. Окрім вирішення спорів бійками та війнами, люди почали домовлятися між собою, зачинаючи поступове становлення інституту переговорів. Ще у 1278 році до Різдва Христового було проведено переговори, які багато науковців вважають першими через наявність письмового закріплення результатів цих переговорів між єгипетським царем Рамзесом XI і королем хеттів Хатушилем III. Укладена угода стала прикладом для подальших міжнародних угод і залишалася зразком протягом усієї історії давнього світу [2, с. 99]. Особливістю тогочасних договорів була їх гарантія: передбачалася непорушність договору сторонами, які присягнули його виконувати.

Можна передбачити, що переговори велися племенами ще в родоплемінний період, а перші документальні підтвердження, які дійшли до нашого часу, датуються кін-

цем XIII століття до Різдва Христового. Але чи змінилася роль інституту у вирішенні спорів майже за 3298 років? Слушним буде звернутися до функцій, які виконували переговори у стародавньому звичаєвому праві. Професор О. Буткевич зазначає, що серед найважливіших функцій послів були:

– забезпечення спілкування їхніх урядів або правителів;
– розроблення та укладення договорів;
– участь у міжнародних переговорах [3, с. 328–329].

Переважна більшість дослідників у сфері дипломатичного права при вивченні ретроспективних аспектів дипломатичної діяльності виокремлюють значущість функції ведення переговорів на всіх етапах розвитку людства. З часом ця функція отримала детальне урегулювання в формі звичаєвих норм міжнародного права. Пізніше функція ведення переговорів з урядом держави перебування як одна із найстаріших дипломатичних функцій отримала закріплення у Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 року [4, с. 254]. У згаданому нормативно-правовому акті регламентовані лише основні функції діяльності дипломатичних представництв, більш детально вони визначаються у двосторонніх міжнародно-правових актах і національному законодавстві.

Видатний вітчизняний юрист-міжнародник В. Репецький зазначає, що функція ведення переговорів наділяє главу дипломатичного представництва широкими можливостями для виявлення ініціативи у справі розвитку відносин у належних сферах, у проведенні попередніх переговорів [5, с. 372].

Отже, функція ведення переговорів, на думку науковців, має надзвичайне значення для дипломатичних відносин, незважаючи на тривалий часовий проміжок між зародженням інституту переговорів і сьогоденням. Проте варто зазначити, що протягом історичного розвитку вона змінювала свій зміст, враховуючи досвід попередників.

Нині, звертаючись до «Дипломатичного словника», термін «дипломатичні переговори» визначається як офіційне обговорення представниками різних держав політичних, економічних та інших питань двосторонніх і багатосторонніх відносин з метою погодження зовнішньополітичної стратегії, тактики та відповідних дипломатичних акцій, обміну думками, взаємного обміну інформацією, підготовки до підписання договорів, урегулювання спільних питань. У «Дипломатичному словнику» наголошено, що дипломатичні переговори є основним способом мирного вирішення спорів, які виникають між державами [6, с. 324–325]. З урахуванням того, що словник був виданий відносно недавно (у 1994 році), то це визначення не втратило своєї актуальності.

На особливе значення та важливість переговорів у сучасній дипломатії вказує стаття 33 Статуту ООН, яка регламентує, що сторони, які беруть участь у будь-якому спорі, продовження якого могло б загрожувати підтримці міжнародного миру й безпеки, насамперед повинні намагатися вирішити спір шляхом переговорів, обстеження, посередництва, примирення, арбітражу, судового розгляду, звертання до регіональних органів або угод чи інших мирних засобів на власний вибір. Рада Безпеки, коли вважає за необхідне, вимагає від сторін розв'язання їхнього спору за допомогою таких засобів [7, с. 25]. Варто зазначити, що проведення дипломатичних переговорів є одним із найголовніших способів мирного урегулювання спорів, з огляду на дух і букви Статуту ООН.

Нині безпосередні дипломатичні переговори залишаються найпоширенішими у міжнародній практиці, вони є зручним, ефективним і гнучким способом розв'язання міждержавних спорів. Розрізняють двосторонні, багатосторонні переговори або переговори у формі міжнародної конференції [8, с. 165]. Варто зазначити, що у всіх міжнародно-правових актах, які стосуються мирного розв'язання міжнародних суперечок, переговори є основним способом, який підтверджує їх дієвість, універсальність та ефективність. Вони є процесом пошуку вирішення спірних питань самими сторонами шляхом встановлення безпосереднього контакту та досягнення угоди між ними [9, с. 380].

Насамперед переговори відбуваються шляхом обговорення спору сторонами, яке повинно завершитися досягненням взаємовигідного (компромісного) рішення. Цей метод здебільшого заснований на повазі супротивників один до одного, що дозволяє домовитися, коли інтереси не збігаються, думки та погляди розходяться, однак ефективні переговори можуть запобігти спорам у майбутньому [10, с. 326].

Переговори можна розмежовувати залежно від кількості сторін на двосторонні та багатосторонні. Так, двосторонніми переговорами можна вважати переговори в рамках Консультативного комітету президентів України та Польщі, частину якого очолює Секретар Ради національної безпеки та оборони України та Секретар Ради національної безпеки Республіки Польщі, який проводиться двічі-тричі на рік з обговоренням політичних та економічних питань.

Щодо багатосторонніх переговорів, то до них можна віднести міжнародні переговори, присвячені вивченню проблем міжнародних відносин або вирішенню будь-яких суперечок чи спорів. Прикладами є Женевська конференція про Індокитай 1954 року (у ній брали участь 9 країн), Міжнародна конференція із врегулювання Лаоського питання 1961-1962 років у Женеві (в ній взяли участь 14 держав), Загальна європейська нарада 1973-1975 років з питань безпеки та співробітництва (у ній взяло участь 35 держав) [11, p. 35].

Також можна розмежовувати переговори за формою на усні (словесні переговори) та письмові (обмін повідомленнями, колективні записки та меморандуми). Іноді зустрічі, як і листування, навіть на найвищому рівні не розглядають як переговори. Тому важливо відмежувати переговори від листування, консультацій тощо. Таке відмежування можна зробити за рахунок визначення мети. У випадку проведення переговорів метою є розробка та укладення взаємоприйнятних угод. Прямі переговори є одним із найбільш актуальних і провідних засобів вирішення міжнародних розбіжностей.

«Наука міжнародного права не містить декларативних правил, які регулюють здійснення міжнародних переговорів, тобто початок, тривалість, порядок ведення та форми переговорів залишаються на розсуд країн-учасниць». Проте міжнародна спільнота під час ведення переговорів керується трьома основними принципами: принцип рівності, принцип доброї волі та принцип добросовісного пошуку сторонами вирішення спору [12, с. 15].

З урахуванням зазначеного вище можна зробити висновок, що переговори є досить гнучким засобом: їхній формат, рівень, тривалість та інші параметри варіюються залежно від потреб конкретної ситуації, а суперечки можна вирішувати як на основі чинного міжнародного права, так і шляхом створення нових норм диспозитивного характеру. Прикладом таких переговорів є двосторонні відносини між Бутаном і КНР. З цього питання регулярно проводяться переговори з прикордонних питань і питань безпеки, спрямованих на зменшення напруги, оскільки між Бутаном і Китаєм є чотири спірні території, які займають площу понад 270 кв. км [13].

Також переговорний процес дозволяє звести нанівець втручання третіх осіб, хоча така перевага спричиняє певний недолік: більш авторитетна і сильна держава може тиснути на слабшу, щоб або завершити переговори із перевагою для себе, або не закінчити переговори взагалі. Так, на початку 2014 року між Палестиною та Ізраїлем у США проходили міжнародні переговори щодо обміну певними

територіями шляхом визнання суверенітету Палестини, але переговори закінчилися безрезультатно.

На нашу думку, при проведенні переговорів важливо враховувати громадську думку. Через те, що у деяких випадках кордони території держави визначалися без урахування інтересів етнічної групи, культурних і релігійних спільнот (без урахування громадської думки), деякі народи стали розділеними. Така ситуація слугує збереженню «хронічних» спірних ситуацій у відносинах між державами. Наприклад, процеси створення незалежних держав в Азії, Африці, Латинській Америці після розпаду колоніальних імперій, формування кордонів державних утворень СРСР: республік Середньої Азії, Кавказу, Півночі та Сибіру.

Враховуючи зазначене вище, здається, що переговори закріпилися міцно і є чи не найефективнішим способом вирішення спорів. Але, згадуючи події останніх років, коли переговори не дають результатів і ніби зумисне довго тягнуться (Мінські переговори), або ж коли не дають жодного результату, переходячи у воєнне вирішення спору (спір між Вірменією та Азербайджаном), виникають сумніви, чи дійсно залишається ефективним інститут переговорів. Щодо останнього прикладу необхідно зазначити, що переговори все ж дали свої результати, адже 10 листопада 2020 року Вірменія та Азербайджан домовилися про припинення війни, а вже 14 листопада цього ж року держави зробили перші кроки на виконання домовленостей. Це демонструє ефективність переговорів, однак для досягнення позитивного результату все ж довелося пережити воєнні дії.

На нашу думку, прикладами малорезультативних переговорів є Нормандський формат, учасницею якого була і Україна, який тягнувся від 6 червня 2014 року до 9 грудня 2019 року; торгові переговори між США та Китаєм, які постійно переносяться або ж не призводять до знаходження консенсусу. Таких прикладів чимало. На жаль, сильніші держави «тиснуть» на слабших, а якщо обидві держави сильні, то результатом є довгі тяготи, які ні до чого не призводять. Тому дедалі частіше держави обирають інші способи вирішення спорів.

Досліджуючи питання дипломатичних переговорів, не можна ігнорувати технічний прогрес, наприклад так звану «віртуальну» дипломатію. Вона охоплює прийняття рішень, координацію, спілкування, яке здійснюється із використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Цей вид дипломатії ефективно використовується Державним департаментом США та включає використання соціальних медіа (Facebook і Twitter), програмного забезпечення для інтернет-телефонії (Skype), відеоканалів (Youtube). При цьому віртуальна дипломатія не відмежовується від традиційних форм дипломатичних відносин і не є їх заміною, а швидше вагомим доповненням, яке може покращити та прискорити дипломатичні відносини, а також розширити їх сферу [12, с. 19].

Отже, використовуючи наробіток вчених, доходимо висновку, що становлення інституту переговорів відбувалося тривалий час і протягом цього становлення змінювалося значення переговорів для міжнародних відносин. Визначення функції ведення переговорів як основної серед інших функцій дипломатичних представників не є безпідставним, адже це – гнучкий інститут, який дозволяє створювати зручні умови для усіх сторін у переговорному процесі.

Дослідивши основні принципи інституту переговорів, а саме принципи рівності, доброї волі та добросовісного пошуку сторонами вирішення спору, ми простежили їх порушення, які призводять до виникнення потреб в удосконаленні процесу ведення переговорів, що підтверджують приклади із практики. Тому не зайвим буде створення механізму, який би контролював держави, що мають авторитет і, використовуючи це, впливають на переговорний процес та впровадження технічних засобів для збільшення ефективності переговорів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лукашук И.И. *Современное право* международных договоров в 2 т. Т. 1: Заключение международных договоров. 2004. 672 с.
2. Красніцька Г.М. Історичні етапи розвитку ділових переговорів. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Історичні науки*. Т. 31 (70). № 1. 2020. С. 98–102.
3. Буткевич О.В. Становлення інститутів міжнародного права у стародавній період. Міжнародне право стародавнього світу : монографія. Україна, 2004. С. 288–423.
4. Кондик О.П. Міжнародно-правові аспекти реалізації функції ведення переговорів дипломатичними представництвами в сучасних умовах. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* Т. 2. Випуск № 29. 2014. С. 253–258.
5. Репецький В.М. Дипломатичне і консульське право : підручник. 2-ге вид., перероб. і доп. К. : Знання. 2006. 372 с.
6. Дипломатический словарь: в 3 т. / под общ. ред. А.А. Громыко. М. : Наука, 1994. Т. 1. 1994. 620 с.
7. Статут Організації Об'єднаних Націй від 26 червня 1945 року // Виданий Департаментом громадської інформації ООН. URL: http://www.un.org.ua/images/UN_Charter_Ukrainian.pdf.
8. Сардачук П.Д., Кулик О.П. Дипломатичне представництво: організація і форми роботи : навч. посіб. К. : Україна, 2001. 176 с.
9. Малишева О.М. Деякі питання інституту мирного розв'язання міжнародних спорів. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 6, 2017. С. 378–381.
10. Асірян С.Р., Горлова О.Ю. Міжнародний спір і мирні засоби його вирішення. *Порівняльно-аналітичне право*. № 4, 2017. С. 325–328.
11. Kremenyuk V.A. International Negotiation: An Analysis, Approaches, Issues. San Francisco, Oxford : Jossey-Bass. 1991, p. 31–37.
12. Банчук-Петрова О.В. Дипломатія у механізмі врегулювання міжнародних територіальних спорів. *Міжнародні відносини: теоретико-практичні аспекти.* Випуск 5. 2020. С. 9–21.
13. Seema Sirohi. A New Bhutan Calling. Outlook. 2008. URL: http://www.outlookindia.com/article.aspx?237437.

РОЗДІЛ 12
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/132

НОРМАТИВНІ ЗАСАДИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ПОВОДЖЕННЯ З ТЕХНОГЕННИМИ ВІДХОДАМИ

NORMATIVE PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGIME OF MAN-MADE WASTE MANAGEMENT

Плохий В.М.., здобувач
кафедри адміністративного права і процесу
Запорізький національний університет

Визначено, що техногенно забрудненими землями є «землі, забруднені внаслідок господарської діяльності людини, що призвела до деградації земель та її негативного впливу на довкілля і здоров'я людей». Метою та задачею даного дослідження є визначення стану наукової та практичної розробки проблематики дослідження адміністративно-правового режиму поводження з техногенними відходами задля встановлення напрямів їх практичного подолання. Визначено, що діяльність із використанням техногенних відходів характеризується як така, що здійснюється із порушенням вимог екологічної безпеки, а отже визначається як така, що протирічить стандартам національної безпеки та оборони. Обґрунтовано, що з врахуванням стану використання техногенних відходів в Україні та наявної науково-практичної дискусії щодо визначення складових адміністративно-правового режиму поводження з ними в умовах абсолютної правової невизначеності актуалізується питання подолання наявних правозастосовчих прогалин у досліджуваній сфері суспільних відносин, що вимагає здійснення окремого наукового дослідження. Визначено, що правове регулювання техногенних відходів в Україні є опосередкованим, характеризується високим рівнем фрагментарності та декларативності нормативних підходів, розпорошеністю нормативно-правових актів, при цьому проведене дослідження не дозволило виділити єдиного законодавчого акта, який би встановлював особливості адміністративно-правового режиму їх використання. Обґрунтовано доцільність на рівні окремого законодавчого акта визначити особливості використання техногенних відходів. Визначено, що пропонований Закон України «Про техногенні відходи» має стати правовою підставою подолання екологічної кризи, що поглиблюється в Україні, а нормативна урегульованість відносин, що виникають навколо використання техногенних відходів, дозволить вирішити ряд проблем, пов'язаних з техногенним забрудненням земель та формуванням мінерально-сировинної бази України.

Ключові слова: техногенні відходи, надра, техногенні родовища корисних копалин, управління, техногенно забруднені землі.

It is determined that man-made contaminated lands are "lands contaminated as a result of human economic activity, which has led to land degradation and its negative impact on the environment and human health." The purpose and task of this study is to determine the state of scientific and practical development of the study of the administrative and legal regime of man-made waste management in order to establish directions for their practical overcoming. It is determined that the activity with the use of man-made waste is characterized as one that is carried out in violation of environmental safety requirements, and therefore is defined as one that contradicts the standards of national security and defense. It is substantiated that taking into account the state of use of man-made waste in Ukraine and the existing scientific and practical discussion on determining the components of the administrative and legal regime of their treatment in conditions of absolute legal uncertainty, the issue of overcoming existing law enforcement gaps in the field of public relations . It is determined that the legal regulation of technogenic waste in Ukraine is indirect, characterized by a high level of fragmentation and declarativeness of regulatory approaches, scattered regulations, while the study did not allow to identify a single piece of legislation that would establish the administrative and legal regime of their use. The expediency of determining the peculiarities of the use of man-made waste at the level of a separate legislative act is substantiated. It is determined that the proposed Law of Ukraine "On man-made waste" should become a legal basis for overcoming the deepening environmental crisis in Ukraine, and the regulatory settlement of relations arising around the use of man-made waste will solve a number of problems related to man-made land pollution and mineral resource base of Ukraine.

Key words: man-caused waste, subsoil, man-caused mineral deposits, management, man-caused contaminated lands.

Постановка проблеми. В сучасних умовах рівень техногенного навантаження на довкілля в Україні є надзвичайно високим, що своїм її результатом забруднення близько 2400 км^2. При цьому показники техногенного та антропогенного забруднення земельних ресурсів в Україні у порівнянні з зарубіжними країнами значно перевищує подібні показники. Техногенне забруднення земель в Україні своїм наслідком деградацію земель, що виявляється у їх ерозії (близько 57,5% території), забрудненні (близько 20% території), підтопленні (близько 12% території) [1].

Наявні процеси деградації земель, пов'язані із несанкціонованим розміщенням техногенних відходів, обумовлені недосконалістю чинного законодавства України.

Подолання кризового явища, пов'язаного із зростанням техногенного навантаження на землі України, визначено як одне із пріоритетних стратегічних задач подолання кризових явищ у енергетичній сфері, вирішення проблем забезпечення реалізації концепції економіки «замкненого циклу», відповідно до Закону України «Про затвердження Загальнодержавної програми розвитку мінерально-сировинної бази України на період до 2030 року» від 21 квітня 2011 року, де одним із вагомих чинників подолання кризового становища в економіці України є належне забезпечення потреб економіки в мінерально-сировинних ресурсах та ефективне їх використання.

Стан наукової розробки. Дослідження особливостей забезпечення правового регулювання поводження з відходами, залишаючись актуальним, було досліджено у наукових розробках таких представників юридичної науки, як В. А. Зуєв [2, с. 93-99; 3, с. 138-144], Р. С. Кірін [4, с. 97-104], Ю.О. Легеза [5, с. 172-176; 6, с. 63-67], О.В. Гладій [7; 8, с. 34-38; 9, с. 140-144], М. М. Бринчук, О. І. Крассов [10, с. 12; 11; 12; 13; 14]. Окремі питання поводження з відходами були предметом наукових розробок таких вчених, як В.Г. Братчикова [15], Г.П. Виговську [16], Н. Р. Малишеву [17] та інших авторів. Однак при цьому комплексного науково-практичного дослідження

питань забезпечення ефективності поводження з техногенними відходами попри його надзвичайну суспільну затребуваність не було виконано, що актуалізує здійснення даної розробки.

Метою статті є визначення нормативних засад адміністративно-правового режиму поводження з техногенними відходами.

Виклад основного матеріалу. Попри надзвичайно важливе значення, яке має подолання проблеми техногенного забруднення земель України, стан правового регулювання поводження із техногенними (промисловими) відходами є далеким від належного рівня правової ефективності. Одним із першим нормативних визначень закріплення режиму використання техногенно забруднених земель є положення Земельного кодексу УРСР, де містився ряд положень, що встановлювали правовий режим використання техногенно забруднених земель. Так, зокрема, відповідно до ст. 26 Земельного кодексу УРСР визначено, що підприємства, організації та установи, які розробляють родовища корисних копалин і торфу, проводять геологорозвідувальні, пошукові, будівельні та інші роботи на наданих їм у користування сільськогосподарських землях чи лісових угіддях, зобов'язані після відпадання потреби в цих землях за свій рахунок приводити їх у стан, придатний для використання в сільському, лісовому або рибному господарстві, а при проведенні зазначених робіт на інших землях – у стан, придатний для використання їх за призначенням (ст. 26) [18]. Крім того на підприємства, діяльність яких пов'язувалась із здійсненням розробки родовищ корисних копалин і торфу, зобов'язані були мінімізувати шкідливий вплив на стан забруднення сільськогосподарських, лісових та інших угідь (ч. 2 ст. 27 Земельного кодексу України) [18]. Земельний кодекс УРСР 1970 року містив окреме положення щодо встановлення імперативного обов'язку вживати заходів із недопущення засмічення та забруднення сільськогосподарських та інших земель виробничими та іншими відходами, отруйними речовинами, отрутохімікатами (ст. 30) [18]. Таким чином, до безумовних досягнень Земельного кодексу УРСР є встановлення системи обов'язків землекористувачів щодо охорони земель від техногенного забруднення.

Чинним Земельним кодексом України визначено, що техногенно забрудненими землями є «землі, забруднені внаслідок господарської діяльності людини, що призвела до деградації земель та її негативного впливу на довкілля і здоров'я людей» (ст. 169) [19]. При цьому відповідно до ч. 2 ст. 170 Земельного кодексу України встановлюється необхідність встановити особливості адміністративно-правового режиму використання техногенно забруднених земельних ділянок [19]. При цьому не зважаючи на встановлення законодавчої вимоги нормативного закріплення порядку використання техногенно забруднених земель, що визначено вже майже 20 років тому, і досі не є закріпленою у національній системі права України.

Окремі питання забезпечення охорони та контролю за використання техногенно забруднених земель в Україні визначено у Законах України «Про охорону земель», «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи», «Про державний контроль за використанням та охороною земель».

Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» [20] встановлюється, що радіаційно небезпечними землями є «землі, на яких неможливе подальше проживання населення, одержання сільськогосподарської та іншої продукції, продуктів харчування, що відповідають республіканським та міжнародним допустимим рівням вмісту радіоактивних речовин, або які недоцільно використовувати за екологічними умовами». До різновидів радіаційно небезпечних земель відносяться відповідно до чинного законодавства України землі зони відчуження та зони безумовного (обов'язкового) відселення. Крім того визначається, що радіоактивно забрудненими землями є «землі, які потребують вжиття заходів радіаційного захисту та інших спеціальних втручань, спрямованих на обмеження додаткового опромінення, зумовленого Чорнобильською катастрофою, та забезпечення нормальної господарської діяльності. Видами радіоактивно забруднених земель є землі зони гарантованого добровільного відселення та зони посиленого радіоекологічного контролю» (ст. 4 Закону України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» [20]).

Досліджуючи правові аспекти поводження із техногенно забрудненими землями, Р.М. Басай обґрунтовує необхідність нормативного закріплення особливостей режиму поводження із радіаційно небезпечними землями; із радіоактивно забрудненими землями; із землями, забрудненими важкими металами та іншими хімічними елементами [21, с. 62]. При цьому вченою наголошується, що окремі аспекти двох перших категорій земель, що зазнали техногенного забруднення, визначаються спеціальними законодавчими актами, тоді як норм спеціального законодавчого акту, які б визначали адміністративно-правовий режим поводження із землями, де розміщені техногенні відходи, і досі не розроблено, що негативно відображується на рівні правової ефективності регулювання відносин із використання таких об'єктів.

Отже, зазначені нормативно-правові акти в цілому повинні бути охарактеризовані як декларативні, такі, що вирішували проблеми визначення особливостей адміністративно-правового режиму поводження із техногенними відходами.

Окремі положення поводження із техногенними відходами регулюються нормами гірничого законодавства.

У сучасних умовах розвитку України на режим використання техногенних родовищ поширюються положення законодавства про надра.

Враховуючи відсутність спеціального законодавчого акта, який би визначав порядок використання техногенних відходів і земель, які зазнали негативного впливу важких металів (тобто металів періодичної системи з атомною масою понад 50 атомних одиниць: V, Cr, Mn, Fe, Co, Ni, Cu, Zn, Mo, Cd, Sn, Hg, Pb, Bi та інших [22, с. 74-75]), є необхідним встановити на рівні яких підзаконних нормативно-правових актів таке питання визначається.

Адміністративно-правовий режим використання техногенних відходів фрагментарно визначається рядом нормативно-правових актів. В цілому правовою основою для використання техногенних родовищ є законодавство, що регулює використання відходів на території України.

Відповідно до ст. 26 Закону України «Про відходи» визначено, що всі відходи, що утворюються на території України, підлягають обов'язковому державному обліку та паспортизації [23]. Згідно із положеннями Закону України «Про Загальнодержавну програму поводження з токсичними відходами» [24] визначено, що необхідним є «створення механізму стимулювання підприємств, що діють у сфері поводження з токсичними відходами, та зменшення обсягів їх утворення». Однак на разі чинним Податковим кодексом України і досі не визначено заходів із забезпечення пільгового оподаткування діяльності суб'єктів, що сприяють переробці, утилізації та захороненню техногенних відходів, впроваджуючи інноваційні технології поводження з ними.

Окремі аспекти встановлення режиму поводження з техногенними відходами встановлюється відповідно положень Кодекс України про надра. Зокрема, відповідно до ст. 8 Кодексу України про надра визначено, що до повноважень Кабінету Міністрів України відноситься компетенція «вирішення питань використання надр для складування і захоронення відходів виробництва та інших шкідливих

речовин» [25]. До видів користування надрами відноситься згідно із ст. 14, 22 Кодексу України про надра «здійснення будівництва та експлуатації підземних споруд, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, у тому числі споруд для підземного зберігання нафти, газу та інших речовин і матеріалів, захоронення шкідливих речовин і відходів виробництва, скидання стічних вод» [25]. Відповідно до ст. 48 Кодексу України про надра встановлюється, що використання надр з метою здійснення захоронення відходів вимагає отримання експертного висновку щодо оцінки негативного впливу на довкілля від здійснення такої діяльності. Статтею 53 Кодексу України про надра визначається як принцип поводження із техногенними відходами – принцип раціонального використання відходів переробки (шламу, пилу, стічних вод тощо) [25].

Загальні вимоги дотримання вимог дотримання вимог екологічної безпеки визначаються відповідно до положень Гірничого Закону України [26], де встановлюються окремі стандарти та принципи проведення гірничих робіт, у тому числі з переробки техногенних відходів, що утворилися внаслідок діяльності гірничих підприємств та комбінатів; Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [27], де встановлюються загальні засади забезпечення вимог екологічної безпеки; Закону України «Про охорону земель» [28], де встановлюються складові системи правових, організаційних, економічних, технологічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення для несільськогосподарських потреб, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення і підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення (ст. 1); Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» [29], де визначено поняття забруднення земель, що може відбуватися в тому числі внаслідок впливу важких металів, а також встановлено повноваження суб'єктів публічного управління з забезпечення раціонального використання земель.

Відповідно до ч. 2 ст. 55 Кодексу України про надра закріплюється імператив щодо визначення у проектах розробки ділянки надр заходів, що забезпечують знешкодження <…> відходів виробництва або локалізацію їх у визначених межах, а також запобігають їх проникненню в гірничі виробки, на земну поверхню та у водні об'єкти [25].

Невизначеними на законодавчому рівні є такі правові категорії, як «промислові відходи», «відходи виробництва», «техногенні відходи». Нормативно-правовою основою врегулювання режиму техногенних відходів є також підзаконні акти – укази Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, накази міністерств, агентств, служб. Державний облік та паспортизація відходів здійснюється у порядку, що встановлюється Кабінетом Міністрів України (постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку ведення державного обліку та паспортизації відходів» від 1 листопада 1999 р. № 2034) без встановлення особливостей поводження із техногенними відходами.

Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про єдину державну систему цивільного захисту» від 09 січня 2014 р. № 11, «Про затвердження Положення про організацію оповіщення і зв'язку у надзвичайних ситуаціях» від 15 лютого 1999 р. № 192, «Про порядок фінансування робіт із запобігання і ліквідації надзвичайних ситуацій та їх наслідків» від 4 лютого 1999 р. № 140, Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України «Про затвердження Методики визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства» від 27 жовтня 1997 р. визначають режим поводження з техногенними об'єктами встановлюють особливості дій суб'єктів владних повноважень в умовах надзвичайних екологічних ситуацій.

Попри зазначені нормативні положення в Україні відповідно до чинного законодавства відсутній єдиний комплексний нормативний підхід до визначення категоріального апарату правового регулювання відносин, пов'язаних із утилізацією відходів, їх використанням, транспортуванням та іншими видами господарської діяльності.

Зазначене дозволяє дійти висновку про наявність правової прогалини застосування нормативного регулювання режиму поводження з техногенними відходами, що відзначається як у відсутності законодавчого розуміння досліджуваної категорії, так і здійснення дозвільно-ліцензійних, контрольно-наглядових адміністративних процедур утилізації, захоронення, переробки, транспортування таких об'єктів. Не врегульованим є механізм податкового стимулювання діяльності підприємств, що сприяють утилізації та переробці техногенних токсичних відходів, техногенних відходів, що містять важкі метали. Ситуація нормативної невизначеності поводження з техногенними відходами попри встановлення імперативної вимоги її врегулювання, що є складовою Угоди про Асоціацію України з Європейським Союзом, створює «сприятливі» умови до виникнення загрози екологічної катастрофи загальнонаціонального масштабу.

До проблем гармонізації чинного національного законодавства України та законодавства країн Європейського Союзу з питань регулювання використання земельних ресурсів в цілому, і зокрема, з питань розміщення техногенних відходів, є необхідність пріоритетної охорони ґрунтів, забезпечення захисту природного середовища існування тварин, здійснення боротьби з опустеленням, санкціонованим використанням добрив та пестицидів, дотриманням вимог використання осадів стічних вод у сільському господарстві та наявності важких металів у ґрунті. Крім того відповідно до норм природоорохоронного законодавства країн ЄС до пріоритетних задач правового регулювання відноситься забезпечення вільного руху капіталів, що виявляється у забезпеченні відсутності перешкод щодо здійснення права приватної власності на землі сільськогосподарського призначення іноземними фізичними та юридичними особами. До проблем, що складають критерії сприятливості довкілля відносяться і вимоги забезпечення боротьби із шумами [30, с. 594-603].

Ю.С. Шемшученко в цьому аспекті наголошує на необхідності впровадження концепції комплексного захисту ґрунтів, із поєднанням вимог належності здійснення моніторингу ґрунтів, фінансової підтримки розвитку сільського господарства, боротьби із несанкціонованим розміщенням техногенних та побутових відходів тощо [31, с. 702].

О.А. Вівчаренко акцентує увагу на функціональній характеристиці законодавства ЄС з питань поводження з техногенними відходами, виділяючи такі його складові, як директиви ЄС у сфері просторового планування; директиви про попередження важких промислових інцидентів; директиви про поводження з відходами: захоронення відходів; депонування відходів; директиви щодо використання осадів стічних вод у ґрунті; директиви про застосування пестицидів [32, с. 129-131].

Висновок. Таким чином, правове регулювання техногенних відходів в Україні є опосередкованим, характеризується високим рівнем фрагментарності та декларативності нормативних підходів, розпорошеністю нормативно-правових актів, при цьому проведене дослідження не дозволило виділити єдиного законодавчого акта, який би встановлював особливості адміністративно-

правового режиму їх використання. Вбачається за доцільне на рівні окремого законодавчого акта визначити особливості використання техногенних відходів. На наш погляд, такий акт виступить правовою підставою подолання екологічної кризи, що поглиблюється в Україні, а нормативна урегульованість відносин, що виникають навколо використання техногенних відходів, дозволить вирішити ряд проблем, пов'язаних з техногенним забрудненням земель та формуванням мінерально-сировинної бази України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Хто вбиває українські землі, або як зупинити деградацію грунтів. URL.: https://agropolit.com/spetsproekty/566-hto-vbivaye-ukrayinski-zemli-abo-yak-zupiniti-degradatsiyu-gruntiv
2. Зуєв В.А. Екологічна політика у сфері поводження з відходами в Україні на сучасному етапі. *Вісник* Академії митної служби України. Сер.: Право. 2014. № 1. С. 93-99.
3. Зуєв В.А. Організаційно-правові проблеми забезпечення реалізації громадської та виробничої екологічної політики у сфері поводження з відходами. Проблеми законності. 2014. Вип. 125. С. 138-144
4. Кірін Р.С. Самовільне користування надрами: варіативність суб'єктів та об'єктивної сторони правопорушення. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2013. № 7. С. 97-104.
5. Легеза Ю. О. Здійснення державної екологічної політики в умовах децентралізації державної виконавчої влади. *Науковий вісник Ужгород. нац. ун-ту. Серія Право.* 2016. № 38. Т. 1. С. 172–176.
6. Легеза Ю. О. Публічне адміністрування у сфері використання техногенних родовищ в Україні. *Visegrad journal on human rights*. 2015. № 5/2. С. 63–67
7. Hladii O. V., Leheza Y. O. Administrative and legal regime of the using and protection of technological fields : monograph. Riga : Izdevnieciba «Baltija Publishing», 2017. 188 p.
8. Гладій О. В. Нормативно-правове регулювання адміністративно-правового режиму техногенних родовищ в Україні. *Науковий* вісник Херсонського державного університету. Серія «*Юридичні науки*». 2016. № 5. Т. 2. С. 34–38.
9. Гладій О. В. Суб'єкти публічного управління у сфері регулювання, використання та охорони техногенних родовищ. *Право і суспільство*. 2017. № 1. С. 140–144.
10. Бринчук М.М. Правовая охрана окружающей среды от загрязнения токсичными веществами. Москва: Наука, 1990. 212 с.
11. Бринчук М.М., Дубовик О.Л., Жаворонкова Н.Г. и др. Экологическое право : от идей к практике. Москва: ИГП РАН, 1997. 28 с.
12. Бринчук М.М., Урсул А.Д., Мастушкин М.Ю. Правовые аспекты устойчивого развития : учеб. пособие. Москва: Ступени, 2005. 301 с.
13. Бринчук М.М. Экологическое право (право окружающей среды): учеб. Москва: Юристъ, 1998. 688 с.
14. Бринчук М.М. Экологическое право : учебник / [2-е изд., перераб. и доп.]. – Москва: Юристъ, 2003. 670 с.
15. Бринчук М.М., Дубовик О.Л., Жаворонкова Н.Г. и др. Экологическое право : от идей к практике. Москва: ИГП РАН, 1997. 28 с.
16. Братчиков В., Виговская А., Мищенко В. Управление промышленными отходами : учеб. пособие. Харьков: РИП «Оригинал», 2002. Кн. 2. 168 с.
17. Малишева Н.Р., Олещенко В.І. Правові аспекти збереження біорізноманіття в контексті сталого розвитку. Проблеми сталого розвитку України. К., 2001.
18. Земельний кодекс УРСР від 8 липня 1970 року. *Відомості Верховної Ради* УРСР. 1970. № 29. Ст. 205 (втратив чинність).
19. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3-4. Ст.27.
20. Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи: Закон України від 27 лютого 1991 року № 791а-XII. *Відомості Верховної Ради* УРСР (ВВР), 1991, № 16, ст.198.
21. Басай Р.М. Правовий режим техногенно забруднених земель: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.06. Івано-Франківськ, 2013. 222 с.
22. Зербіно Д.Д., Гжегоцький М.Р. Екологічні катастрофи у світі та в Україні. Львів: БаК, 2005. 280 с.
23. Про відходи: Закон України від 05.04. 1998 р. № 187/98-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187/98-%D0%B2%D1%80
24. Про Загальнодержавну програму поводження з токсичними відходами: Закон України від 15 лютого 1999 року № 192. *Офіційний Вісник України*. 1997. № 7. Ст. 1732.
25. Кодекс України про надра від 27 липня 1994 року № 132/94-ВР. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/132/94-вр#Text
26. Гірничий Закон України від 6 жовтня 1999 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 50. Ст. 433.
27. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.
28. Про охорону земель: Закон України від 19 червня 2003 року № 962-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 349.
29. Про державний контроль за використанням і охороною земель: Закон України від 19 червня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 350.
30. Мірошниченко А.М. Земельне право України: підруч. [2-ге вид., допов. і перероб.]. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. 678 с.
31. Екологічне право України. Академічний курс: підруч. / за ред. Ю. С. Шемшученка. [2-ге вид.]. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. 720 с.
32. Вівчаренко О.А. Правова охорона земель в Україні : монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 336 с.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/133

ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ СЛУЖБОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗА ФАКТОМ ПОРУШЕННЯ СЛУЖБОВОЇ ДИСЦИПЛІНИ ПРАЦІВНИКАМИ ДЕРЖАВНОГО БЮРО РОЗСЛІДУВАНЬ

THE PROCEDURE FOR CONDUCTING AN OFFICIAL INVESTIGATION INTO THE FACT OF VIOLATION OF OFFICIAL DISCIPLINE BY EMPLOYEES OF THE STATE BUREAU OF INVESTIGATION

Максимович А.М., аспірант
наукової лабораторії з проблем превентивної діяльності та запобігання корупції
Національної академії внутрішніх справ

У статті проаналізовано порядок проведення службового розслідування за фактом порушення службової дисципліни працівниками Державного бюро розслідувань. Встановлено, що проведення службового розслідування є однією зі стадій притягнення працівників Державного бюро розслідувань до дисциплінарної відповідальності. Охарактеризовано процедурні особливості, визначено поняття «службове розслідування». З'ясовано підстави для проведення службового розслідування та мету такого проведення. З урахуванням нормативних положень, визначено, що порядок службового розслідування стосовно працівників Державного бюро розслідувань охоплює певні етапи: встановлення підстав для проведення (покладається на Управління внутрішнього контролю Державного бюро розслідувань); прийняття рішення про проведення (покладається на Директора Державного бюро розслідувань, оформлюється наказом); відсторонення особи, щодо якої проводиться службове розслідування від виконання посадових чи службових обов'язків (за потреби); безпосередньо проведення службового розслідування (всебічне дослідження предмету розслідування); оформлення результатів службового розслідування і передання їх до Дисциплінарної комісії Державного бюро розслідувань. Охарактеризовано сутність кожного з етапів. З'ясовано, що проведення службового розслідування стосовно працівників Державного бюро розслідувань визначено серед обов'язків підрозділу внутрішнього контролю Державного бюро розслідувань. У разі встановлення Управлінням внутрішнього контролю Державного бюро розслідувань підстав, за наявності яких може бути проведене службове розслідування, відповідна доповідна (або рапорт) скеровуються Директору Державного бюро розслідувань для прийняття рішення. Рішення про проведення службового розслідування оформлюється наказом Державного бюро розслідувань.

Ключові слова: дисципліна, службова дисципліна, дисциплінарна відповідальність, державний службовець, працівник Державного бюро розслідувань, дисциплінарний проступок, дисциплінарне стягнення, адміністративно-правове регулювання, службове розслідування.

The article analyzes the procedure for conducting an official investigation into the fact of violation of official discipline by employees of the State Bureau of Investigation. It has been established that conducting an official investigation is one of the stages of bringing the employees of the State Bureau of Investigation to disciplinary responsibility. Procedural features are characterized, the concept of «official investigation» is defined. The grounds for conducting an official investigation and the purpose of such an investigation have been clarified. Taking into account the normative provisions, it is determined that the procedure of official investigation of State Bureau of Investigation employees covers certain stages: establishment of grounds for conducting (entrusted to the Internal Control Department of the State Bureau of Investigation); decision-making on the conduct (entrusted to the Director of the State Bureau of Investigation, issued by order); removal of a person under official investigation from the performance of official or official duties (if necessary); direct conduct of an official investigation (comprehensive investigation of the subject of the investigation); registration of the results of the official investigation and their transfer to the Disciplinary Commission of the State Bureau of Investigation. The essence of each of the stages is described. It was found that conducting an official investigation into the staff of the State Bureau of Investigation was identified as one of the responsibilities of the internal control unit of the State Bureau of Investigation. If the Department of Internal Control of the State Bureau of Investigation establishes the grounds on which an official investigation may be conducted, the relevant report (or report) shall be sent to the Director of the State Bureau of Investigation for a decision. The decision to conduct an official investigation is made by order of the State Bureau of Investigation.

Key words: discipline, service discipline, disciplinary responsibility, civil servant, employee of the State Bureau of Investigation, disciplinary misconduct, disciplinary sanction, administrative and legal regulation, service investigation.

Проведення службового розслідування є однією зі стадій притягнення працівників Державного бюро розслідувань (далі – ДБР) до дисциплінарної відповідальності, адже дисциплінарне провадження характеризується ознакою стадійності, тому що охоплює декілька позицій (порушення дисциплінарної справи або ініціювання дисциплінарного провадження, службове розслідування, прийняття рішення про притягнення до відповідальності, оскарження рішення про притягнення до відповідальності, виконання рішення).

Особливості проведення службових розслідувань визначені Наказом ДБР «Про затвердження Інструкції про порядок проведення службових розслідувань стосовно працівників Державного бюро розслідувань» від 14.01.2020 р. № 9 [1], зі змінами, затвердженими Наказом ДБР від 10.11.2020 р. № 685 [2] (далі – Інструкція). Цей нормативно-правовий документ визначає особливості оформлення службових розслідувань, реалізації прийнятих за ними висновків, поширює свою дію на процедуру проведення службових розслідувань стосовно працівників ДБР та його територіальних управлінь, зокрема щодо:

– осіб рядового та начальницького складу,

– державних службовців,

– працівників, які працюють за трудовими договорами у ДБР.

В окремих випадках можуть застосовуватись інші нормативно-правові документи щодо проведення службового розслідування, зокрема:

– Порядок організації та забезпечення режиму секретності в державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 18.12.2013 р. № 939 (документ має гриф обмеження доступу) [3] – у випадках проведення службового розслідування за фактами порушення законодавства у сфері охорони державної таємниці;

– Типова інструкція про порядок ведення обліку, зберігання, використання і знищення документів та інших матеріальних носіїв інформації, що містять службову інформацію, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 19.10.2016 р. № 736 [4] – у випадках проведення службового розслідування за фактами втрати документів або розголошення відомостей, які містять службову інформацію.

Відповідно до енциклопедичної літератури, службове розслідування – це «діяльність в рамках дисциплінарного провадження відповідних посадових осіб щодо своєчасного, всебічного, повного і об'єктивного збору та дослідження матеріалів за фактом дисциплінарного проступку, співробітників (працівників), або невиконання ними функціональних обов'язків» [5]. Основним завданням службового розслідування є повне, всебічне та об'єктивне з'ясування обставин вчинення правопорушень чи настання події; виявлення причин і умов, що сприяли вчиненню порушення чи настання негативних. наслідків події; притягнення до відповідальності винних за вчинене правопорушення та усунення негативних наслідків тощо. В узагальненому вигляді службовим розслідуванням слід вважати встановлення всіх обставин вчинення працівником ДБР дисциплінарного проступку. Тобто це комплекс заходів, визначених законодавством, які здійснюються в межах компетенції з метою повного, всебічного та об'єктивного дослідження обставин невиконання або неналежного виконання працівниками ДБР службових обов'язків, виявлення причин і умов, що сприяли їх вчиненню, а також розробки дієвих заходів рекомендацій, спрямованих на їх усунення.

Підставами для проведення службового розслідування є наявність даних про:

1) невиконання чи неналежне виконання обов'язків;

2) незаконне розголошення інформації з обмеженим доступом, що стала відома працівнику у зв'язку з виконанням ним своїх повноважень;

3) перевищення своїх повноважень, якщо таке перевищення не містить складу кримінального або адміністративного правопорушення;

4) публічне висловлювання, що є порушенням презумпції невинуватості;

5) негативні результати перевірки на доброчесність або моніторингу способу життя працівника;

6) порушення правил професійної етики;

7) використання повноважень в особистих (приватних) інтересах або неправомірних особистих інтересах інших осіб;

8) недодержання законодавства про державну службу;

9) порушення працівником ДБР вимог, заборон або обмежень, встановлених Законом України «Про Державне бюро розслідувань»;

10) подію, яка сталася за участі працівника ДБР та викликала негативний суспільний резонанс;

11) вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення або іншого порушення Закону України «Про запобігання корупції», за поданням спеціально уповноваженого суб'єкта у сфері протидії корупції або приписом Національного агентства з питань запобігання корупції за рішенням Директора ДБР стосовно працівника центрального апарату ДБР та відповідно директора територіального управління ДБР стосовно працівника територіального управління;

12) виявлення порушення вимог Закону України «Про запобігання корупції» щодо етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави, захисту викривачів або іншого порушення цього Закону за приписом Національного агентства з питань запобігання корупції;

13) порушення встановленого законом порядку і строків подання декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави;

14) реєстрацію в Єдиному реєстрі досудових розслідувань відомостей про скоєне працівником ДБР кримінальне правопорушення;

15) загибель або травмування працівника ДБР, самогубства або спроби самогубства працівника ДБР;

16) скоєння дорожньо-транспортної пригоди на службовому автомобілі ДБР, внаслідок якої загинув (ли) чи отримав (ли) тілесні ушкодження працівник ДБР або інші особи;

17) керування працівником Бюро службовим транспортним засобом у стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння або відмову від проходження огляду з метою виявлення стану сп'яніння;

18) неправомірне застосування або використання працівником ДБР вогнепальної зброї, застосування спеціальних засобів або заходів фізичного впливу та інших засобів ураження, особливо коли це призвело до поранення, травмування або смерті;

19) утрату або викрадення табельної, нагородної, добровільно зданої або вилученої зброї або боєприпасів;

20) утрату або викрадення спеціальних засобів;

21) утрату або викрадення матеріалів досудового розслідування, справ оперативного обліку, речових доказів; а також тимчасово вилученого майна під час кримінального провадження;

22) розголошення конфіденційної, таємної, службової або іншої інформації, яка містить таємницю, що охороняється законом, порушення режиму секретності;

23) утрату або викрадення у працівника ДБР документів, які посвідчують його належність до ДБР;

24) відмову від проходження щорічного психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа;

25) за інформацією інших правоохоронних органів;

26) отримання інформації про скоєння інших дій, які уповноважена на призначення службового розслідування особа вважатиме достатніми для його проведення, а щодо осіб рядового та начальницького складу ДБР також з підстав, визначених Дисциплінарним статутом Національної поліції України.

Службове розслідування може проводитися і в інших випадках з метою з'ясування причин та умов, що сприяли правопорушенню, та встановлення ступеня вини працівника ДБР. Тобто, можна вважати, що наведений перелік підстав проведення службового розслідування не є вичерпним.

Нормативно визначено мету проведення службового розслідування стосовно працівників ДБР. Так, службове розслідування проводиться з метою встановлення:

– неправомірних дій працівника ДБР, яким вчинено правопорушення;

– причинного зв'язку між правопорушенням, з приводу якого було призначено службове розслідування, та виконанням працівником ДБР своїх обов'язків;

– наявності або відсутності вини працівника ДБР;

– порушень нормативно-правових актів, інших актів законодавства, організаційно-розпорядчих документів тощо;

– причин та умов, що сприяли вчиненню правопорушення;

– виявлення факту заподіяння матеріальної шкоди – причин виникнення шкоди, її розміру та винних осіб [1].

Порядок проведення службового розслідування щодо працівників ДБР передбачає певний алгоритм дій, які нормативно закріплені. Перш за все, мова йде про призначення службового розслідування, для чого у наявності мають бути відповідні підстави.

Проведення службового розслідування стосовно працівників ДБР визначено серед обов'язків підрозділу внутрішнього контролю ДБР. У разі встановлення Управлінням внутрішнього контролю ДБР підстав, за наявності яких може бути проведене службове розслідування, відповідна доповідна (або рапорт) скеровуються Директору ДБР для прийняття рішення. Рішення про проведення службового розслідування оформлюється наказом ДБР. Такий наказ обов'язково доводиться працівнику ДБР під його особистий підпис (або керівнику структурного підрозділу ДБР або його територіального управління). Якщо особа відмовляється підписувати наказ, про факт ознайом-

лення з його змістом складається акт, який підписується не менше ніж двома особами, однією з яких є працівник Управління внутрішнього контролю ДБР, якого уповноважено вести службове розслідування. Наказ ДБР про проведення службового розслідування має містити:

– підставу проведення службового розслідування;

– прізвище, ім'я, по батькові особи, щодо якої проводиться службове розслідування та її посаду (якщо на дату прийняття рішення така інформація невідома – зазначається структурний підрозділ центрального апарату ДБР або його територіальне управління, щодо працівників якого буде проведено службове розслідування);

– мету проведення службового розслідування;

– перелік осіб, які уповноважені на проведення службового розслідування, з числа працівників Управлінням внутрішнього контролю ДБР.

Стосовно строку проведення службового розслідування, то його початок визначається наказом про його призначення, а завершення – датою затвердження керівником Управління внутрішнього контролю ДБР висновку за результатами службового розслідування, підписаним особами, уповноваженими на його проведення. Якщо закінчення строку проведення службового розслідування припадає на вихідний або інший неробочий день, останнім днем строку є перший після нього робочий день.

Відсторонення особи, щодо якої проводиться службове розслідування від виконання посадових чи службових обов'язків за посадою на час проведення службового розслідування є дискреційним повноваженням Директора ДБР. Таке відсторонення здійснюється на підставі наказу Директора ДБР та не може тривати більше строку, передбаченого для проведення службового розслідування. Працівник ДБР має право ознайомитись із таким наказом та отримати його копію. Якщо рішення про відсторонення від виконання посадових чи службових обов'язків стосується особи, яка займає керівну посаду, то одночасно з прийняттям такого рішення Директором ДБР покладається тимчасове виконання обов'язків за цією посадою на іншу особу. У випадку, якщо стосовно працівника ДБР складено протокол про адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією, він може бути відсторонений від виконання посадових чи службових обов'язків за посадою до закінчення розгляду справи судом. Якщо працівник ДБР перебуває у службовому відрядженні та щодо нього видано наказ про відсторонення від виконання посадових чи службових обов'язків за посадою, він підлягає негайному відкликанню зі службового відрядження. Під час відсторонення працівник ДБР зобов'язаний перебувати на робочому місці, визначеному Директором ДБР, відповідно до правил внутрішнього службового (трудового) розпорядку та сприяти проведенню службового розслідування. В окремих випадках за рішенням Директора ДБР на період відсторонення особи від виконання посадових чи службових обов'язків за посадою у нього вилучаються службове посвідчення, табельна вогнепальна зброя та спеціальні засоби. Припиняється відсторонення в день видання Директором ДБР наказу про допуск до виконання службових обов'язків за займаною посадою. Копії наказів ДБР про усунення особи від виконання посадових чи службових обов'язків за посадою на період проведення службового розслідування та про поновлення виконання службових обов'язків долучаються до матеріалів службового розслідування. Слід зазначити, що відповідно до Наказу ДБР «Про внесення змін до Інструкції про порядок проведення службових розслідувань стосовно працівників Державного бюро розслідувань» від 16.02.2021 р. № 109 [6], за особою, яку відсторонено, на період її відсторонення зберігається посадовий оклад, доплата за спеціальне звання чи ранг державного службовця, доплата за вислугу років, доплата за роботу, яка передбачає доступ до державної таємниці. У разі припинення у встановленому порядку доступу до державної таємниці у ДБР особі, яку відсторонено, доплата за роботу, яка передбачає доступ до державної таємниці, не виплачується. Варто зауважити, що у Інструкції одночасно застосовуються два поняття «відсторонення» та «усунення», при цьому не пояснюється їх зміст та співвідношення, що вимагає уніфікації термінології задля попередження неоднозначності застосування та можливих зловживань.

Наступний етап полягає у безпосередньому проведенні службового розслідування, яке покладається на Управління внутрішнього контролю ДБР. Керівник зазначеного Управління контролює хід службового розслідування. Службове розслідування проводиться за фактом вчинення правопорушення, двічі за одним і тим же фактом службове розслідування не проводиться. У разі необхідності до проведення службового розслідування можуть залучатись працівники інших структурних підрозділів ДБР з урахуванням їх професійних навиків, досвіду та кваліфікаційного рівня. Проте залучення до проведення службового розслідування безпосередніх керівників або підлеглих особи, стосовно якої призначено розслідування, а також інших осіб, що можуть бути зацікавленими у результатах такого розслідування, не допускається. Як фахівець, до проведення службового розслідування може залучатись будь-яка особа, яка володіє науковими, технічними та іншими спеціальними знаннями, для надання висновку, консультації, роз'яснення по суті предмета службового розслідування та, у разі потреби, має відповідну форму допуску до відомостей, що становлять державну таємницю. Інструкцією передбачено, що службове розслідування має бути завершене протягом одного місяця з дня його призначення. Однак у разі необхідності за вмотивованим поданням керівника Управління внутрішнього контролю ДБР зазначений строк може бути продовжено Директором ДБР, але не більше як на один місяць. Час тимчасової втрати працездатності особи, стосовно якої проводиться службове розслідування, її перебування на лікуванні, у відпустці, службовому відрядженні або відсутності з інших документально підтверджених причин до строку проведення службового розслідування не зараховується.

Проведення службового розслідування стосовно конкретного працівника ДБР певним чином зобов'язує до вчинення окремих дій і всіх інших працівників. Так кожен працівник ДБР відповідно до своїх повноважень зобов'язаний сприяти проведенню службового розслідування. Працівники ДБР зобов'язані надавати письмові пояснення по суті предмета службового розслідування та поставлених їм питань, документи чи матеріали, засвідчені належним чином. Забороняється втручання будь-яких осіб у перебіг службового розслідування з метою перешкоджання його об'єктивному та повному проведенню або впливу на остаточне рішення. У випадку виникнення подібних фактів, Управління внутрішнього контролю ДБР має повідомити про це Директора ДБР. У разі виявлення під час службового розслідування інших правопорушень, не пов'язаних з предметом розслідування, Управління внутрішнього контролю ДБР діє відповідно до чинного законодавства.

Інструкцією закріплено перелік прав і обов'язків Управління внутрішнього контролю ДБР (як суб'єкта який проводить службове розслідування) та прав працівника ДБР (суб'єкта стосовно якого проводиться службове розслідування). Враховуючи, що повноваження Управління внутрішнього контролю ДБР вже було проаналізовано (під час характеристики його правового статусу), то слід приділити увагу правам особи, щодо якої проводиться службове розслідування, зокрема серед них:

– знати підстави проведення службового розслідування;

– на ознайомлення зі своїми правами та обов'язками під час проведення службового розслідування;

– відмовитися давати будь-які пояснення щодо себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом;

– давати усні та письмові пояснення, подавати документи, які стосуються службового розслідування, вимагати опитування (додаткового опитування) осіб, які були присутні під час вчинення правопорушення або яким відомі обставини, що стосуються правопорушення;

– порушувати клопотання про витребування та долучення нових документів, інших матеріальних носіїв інформації;

– висловлювати письмові зауваження та пропозиції щодо проведення службового розслідування, дій або бездіяльності осіб, які його проводять;

– за письмовим рапортом (клопотанням, заявою) ознайомлюватися з висновком службового розслідування після його затвердження в установленому порядку, а також з матеріалами, зібраними в процесі його проведення, та висловлювати письмові зауваження.

Завершальний етап службового розслідування характеризується оформленням результатів. За результатами службового розслідування складається окремий документ – висновок службового розслідування, який підписується особами, які його проводили, а затверджується керівником Управління внутрішнього контролю. Зазначений висновок має містити відомості про:

– осіб, які проводили службове розслідування, а також залучених фахівців;

– підстави для проведення службового розслідування, продовження його строку;

– факти і суть подій (обставини, час, місце, спосіб, наслідки тощо), які стали підставою для проведення службового розслідування, оцінка результатів службової діяльності такої особи;

– посада, прізвище, ім'я та по батькові, рік народження, освіта, стаж державної служби чи служби на посаді особи начальницького складу (прирівняний до вказаного стаж служби), щодо якої проводиться службове розслідування, термін перебування на останній посаді в ДБР;

– положення законів чи інших нормативно-правових або розпорядчих актів, які було порушено;

– документи та обставини, які підтверджують чи спростовують зазначені факти і події, та можуть свідчити про наявність або відсутність у діях працівника ДБР правопорушення або дисциплінарного проступку;

– наявність (відсутність) причинного зв'язку між дисциплінарним проступком (дією чи бездіяльністю), з приводу якого проводилося службове розслідування, та його наслідками;

– зауваження, заперечення і клопотання працівника ДБР, стосовно якого проводилось службове розслідування, обґрунтована інформація про їх відхилення чи задоволення;

– відомості про наслідки (їх тяжкість) дій або бездіяльності особи, які були підставою для проведення службового розслідування, розмір заподіяної матеріальної шкоди та вину особи;

– причини та умови, що призвели до подій, які були підставою для проведення службового розслідування;

– обставини, що пом'якшують або обтяжують відповідальність особи, щодо якої вирішується питання про притягнення до відповідальності, та її службова характеристика;

– інші відомості, необхідні для прийняття рішення за результатом розгляду матеріалів службового розслідування.

Якщо за результатами службового розслідування інформацію, що стала підставою для його призначення, спростовано, або інформацію про вчинення особою дисциплінарного проступку не підтверджено, про це зазначається у висновку з посиланням на відповідні матеріали та документи. Висновок з матеріалами службового розслідування належать до службової інформації, доступ до якої обмежується згідно із чинним законодавством. За наявності у висновку службового розслідування інформації з обмеженим доступом, такому висновку надається відповідний гриф секретності або обмеження доступу. Висновок підписується особами, які проводили службове розслідування та подається на розгляд і затвердження керівнику Управління внутрішнього контролю ДБР разом з усіма матеріалами розслідування, у тому числі письмовими зауваженнями, запереченнями і клопотаннями особи, щодо якої воно проводилось. Знімати копії з висновку чи матеріалів службового розслідування до затвердження висновку у відповідному порядку, забороняється. Матеріали за результатами проведеного службового розслідування повинні містити такі відомості:

– опис матеріалів;

– інформаційну довідку з викладенням обставин щодо вчинення працівником дисциплінарного проступку;

– матеріали та висновки службового розслідування;

– характеристику особи, щодо якої проводилось службове розслідування, складену його безпосереднім керівником, та інші відомості, що характеризують працівника;

– відомості щодо наявності чи відсутності дисциплінарних стягнень;

– пояснення особи, щодо якої проводилось службове розслідування, з приводу обставин, які стали підставою для його проведення;

– пояснення безпосереднього керівника особи, щодо якої проводилось службове розслідування, з приводу обставин, які стали підставою для його проведення;

– пояснення інших осіб, яким відомі обставини, що стали підставою для проведення службового розслідування;

– належним чином завірені копії документів і матеріалів, що підтверджують та/або спростовують факт вчинення дисциплінарного проступку.

Після затвердження висновку Управління внутрішнього контролю ДБР у п'ятиденний строк передає до Дисциплінарної комісії ДБР усі зібрані матеріали. Це необхідно для вивчення матеріалів Дисциплінарною комісією і підготовки нею висновку щодо наявності чи відсутності у діях працівника ДБР ознак дисциплінарного проступку.

Таким чином, враховуючи нормативні положення, порядок службового розслідування стосовно працівників ДБР охоплює наступні етапи: 1) встановлення підстав для проведення (покладається на Управління внутрішнього контролю ДБР); 2) прийняття рішення про проведення (покладається на Директора ДБР, оформлюється наказом); 3) відсторонення особи, щодо якої проводиться службове розслідування від виконання посадових чи службових обов'язків (за потреби); 4) безпосередньо проведення службового розслідування (всебічне дослідження предмету розслідування); 5) оформлення результатів службового розслідування і передання їх до Дисциплінарної комісії ДБР.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про затвердження Інструкції про порядок проведення службових розслідувань стосовно працівників Державного бюро розслідувань : Наказ ДБР від 14.01.2020 р. № 9. URL: https://dbr.gov.ua/sites/default/files/2020-02/DOC.PDF.

2. Зміни, що вносяться до Інструкції про порядок проведення службових розслідувань стосовно працівників Державного бюро розслідувань: Наказ ДБР від 10.11.2020 р. № 685. URL: https://dbr.gov.ua/assets/files/2020-00/npa/pro-vnesennya-zmin-do-instrukcii-pro-poryadok-provedennya-sluzhbovih-rozsliduvan-stosovno-pracivnikiv-derzhavnogo-byuro-rozsliduvan.PDF.

3. Порядок організації та забезпечення режиму секретності в державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 18.12.2013 № 939 (документ має гриф обмеження доступу). URL: https://ssu.gov.ua/npb-akty-kabinetu-ministriv.

4. Типова інструкція про порядок ведення обліку, зберігання, використання і знищення документів та інших матеріальних носіїв інформації, що містять службову інформацію, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 19.10.2016 р. № 736. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/736-2016-п#Text.

5. Службове розслідування. Юридична енциклопедія : [у 6 т.] / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5 : П — С. 736 с. URL: https://leksika.com.ua/14841110/legal/sluzhbove_rozsliduvannya.

6. Про внесення змін до Інструкції про порядок проведення службових розслідувань стосовно працівників Державного бюро розслідувань: Наказ ДБР від 16.02.2021 р. № 109. URL: https://dbr.gov.ua/assets/files/documents/nakaz.pdf.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/134

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ ПРО ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ В ЧАСТИНІ ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО СУМІСНИЦТВА ТА СУМІЩЕННЯ З ІНШИМИ ВИДАМИ ДІЯЛЬНОСТІ

PRACTICAL ASPECTS OF APPLICATION OF THE LAW OF UKRAINE ON PREVENTION OF CORRUPTION IN PART OF RESTRICTIONS ON COMBINATION AND COMBINATION WITH OTHER TYPES

Ярова Р.В., к.ю.н., в.о. завідувача кафедри конституційного та адміністративного права
Національний транспортний університет

Стаття присвячена аналізу особливостей застосування Закону України «Про запобігання корупції» в частині обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності. Обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності – це одне із обмежень, передбачених даним законом, яке встановлено з метою запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням. Вважається, що перебування особи на посаді, пов'язаній із виконанням завдань та функцій держави тягне за собою певні корупційні ризики. Саме тому Закон України «Про запобігання корупції» з метою запобігання корупційних та пов'язаних з корупцією правопорушень встановлює наступні обмеження: обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища; обмеження щодо одержання подарунків; обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності; обмеження після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування; обмеження спільної роботи близьких осіб.

Особлива увага приділена аналізу застосування на практиці норм антикорупційного законодавства щодо обмеження сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності.

Під час дослідження розглядалися такі правові категорії як «суміщення», «сумісництво», «оплачувана діяльність», «господарська діяльність», «підприємницька діяльність» тощо.

Автор звертається до аналізу чинного законодавства про запобігання корупції в частині особливостей застосування на практиці встановленого обмеження щодо суміщення та сумісництва з іншими видами діяльності, суб'єктів на яких поширюється дане обмеження, суб'єктів на яких не поширюється зазначене обмеження, видів та особливостей їх застосування. Окрема увага приділена аналізу так званих «дозволених» видів оплачуваної діяльності.

Ключові слова: корупція, корупційне правопорушення, правопорушення, пов'язане з корупцією, суміщення, сумісництво, самозайнятість, оплачувана діяльність, підприємництво, господарська діяльність, викладацька діяльність, наукова діяльність.

The article deals with a number of questions of application features of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" in terms of restrictions on secondary job (concurrent employment) with other activities. Restrictions on concurrent employment are one of the restrictions provided by this law, which is established in order to prevent corruption and corruption-related offenses. It is believed that the presence of a person in a position related to the performance of tasks and functions of the state entails certain corruption risks. That is why the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption" in order to prevent corruption and corruption-related offenses sets the following restrictions: restrictions on the use of official powers or their position; restrictions on receiving gifts; restrictions on secondary job (concurrent employment) with other activities; restrictions after the cessation of activities related to the performance of state functions, local self-government; restriction of joint work of close persons.

Particular attention is paid to the analysis of the application in practice of anti-corruption legislation on the restriction of secondary job (concurrent employment) with other activities.

As a part of the scientific research a number of legal categories were analyzed such as «secondary job», «concurrent employment», «paid activity», «economic activity», «entrepreneurial activity» and so on.

The author refers to the analysis of the current legislation on prevention of corruption in terms of peculiarities of application in practice of the established restriction on secondary job (concurrent employment) with other activities, entities subject to this restriction, entities not subject to this restriction, types and features of their application. Particular attention is paid to the analysis of the so-called «allowed» types of paid activities.

Key words: corruption, corruption offense, corruption-related offense, secondary job, concurrent employment, self-employment, paid activity, entrepreneurship, economic activity, teaching activity, scientific activity.

В останні роки відбувається оновлення антикорупційного законодавства. Фактично на сьогодні систему антикорупційного законодавства становлять Конституція України [1], міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, Закон України «Про запобігання корупції» [2] та інші закони, підзаконні нормативно-правові акти. Закон України «Про запобігання корупції» є відносно новим законодавчим актом (2014 року). Але протягом невеликого проміжку часу його дії до нього внесено велика кількість змін і доповнень (дані зміни і доповнення були встановлені більше як 40 законами). Взагалі «нестабільність» українського законодавства – це, нажаль, є однією із його ознак.

Враховуючи те, що Закон України «Про запобігання корупції» є достатньо об'ємним нормативно-правовим актом, до якого постійно вносяться зміни і доповнення, на практиці виникають проблеми у застосуванні його норм. Саме практичним особливостям застосування деяких норм антикорупційного законодавства присвячена дана стаття.

Закон України «Про запобігання корупції» регулює наступні важливі питання: правовий статус Національного агентства з питань запобігання корупції; формування та реалізацію антикорупційної політики; запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням; запобігання та врегулювання конфлікту інтересів; правила етичної поведінки; фінансовий контроль; захист викривачів; інші механізми запобігання і протидії корупції; запобігання корупції у діяльності юридичних осіб; відповідальність за корупційні або пов'язанні з корупцією правопорушення та усунення їх наслідків; міжнародне співробітництво [2].

Ми зупинимося на аналізі обмежень щодо запобігання корупційним правопорушенням та правопорушенням пов'язаним з корупцією, а саме обмеженню щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності. Метою запровадження на законодавчому рівні даного обмеження є саме запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням. Тому варто виділити ознаки та особливості корупційного та пов'язаного з корупцією правопорушення.

Якщо проаналізувати зміст Закону України «Про запобігання корупції», то можна виділити ознаки корупцій-

ного правопорушення та правопорушення, пов'язаного з корупцією. До ознак корупційного правопорушення відносяться наступні:

1) це діяння, яке містить ознаки корупції (законодавче визначення корупції також міститься в цьому Законі);

2) особливий суб'єкт вчинення – виключно суб'єкти на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції» (ст. 3);

3) за нього законом встановлено юридичну відповідальність певного виду – кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову.

Ознаками правопорушення, пов'язаного з корупцією є:

1) воно не містить ознак корупції;

2) воно порушує встановлені Законом України «Про запобігання корупції» (але не іншим законом) вимоги, заборони та обмеження (наприклад, державний службовець влаштувався працювати за сумісництвом. В його діях немає ознак корупції, але він порушує інші заборони встановлені законом України «Про запобігання корупції», зокрема, обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності);

3) воно вчинене певними суб'єктами на яких поширюється дія даного Закону (ст.3);

4) за нього законом установлено юридичну відповідальність певного виду – кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову.

Отже, спільним між корупційним правопорушенням та правопорушенням, пов'язаним з корупцією є лише суб'єкт вчинення – особа на яку поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції». Якщо корупційне правопорушення, то це діяння, яке містить ознаки корупції; якщо правопорушення, пов'язане з корупцією – то це діяння, яке не містить ознак корупції, але порушує інші обмеження та заборони, передбачені Законом України «Про запобігання корупції». За корупційне правопорушення передбачена кримінальна, дисциплінарна та/або цивільно-правова відповідальність, а за правопорушення, пов'язане з корупцією – кримінальна, адміністративна, дисциплінарна та / або цивільно-правова відповідальність.

Обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності передбачено ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» [2].

Важливо визначити на кого поширюється дане обмеження. Воно поширюється на осіб уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Суть даного обмеження полягає в тому, що особам на кого воно поширюється забороняється:

1) займатися іншою оплачуваною (крім викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю, якщо інше не передбачено Конституцією або законами України;

2) входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України [2].

Важливо визначити поняття сумісництво та суміщення.

Сумісництво – виконання працівником, крім своєї основної, іншої регулярної оплачуваної роботи у вільний від основної роботи час на тому ж або іншому підприємстві, установі, організації. Наприклад, доцент кафедри працює за основним місцем роботи на посаді доцента і в іншому закладі вищої освіти на 0,5 ставки доцента за сумісництвом або в цьому ж закладі вищої освіти на 0,5 ставки доцента за сумісництвом. Це, так зване внутрішні та зовнішнє сумісництво відповідно.

Суміщення – виконання працівником на тому ж підприємстві, установі, організації поряд зі своєю основною роботою, обумовленою трудовим договором, додаткової роботи за іншою професією (посадою) або обов'язків тимчасово відсутнього працівника без звільнення від своєї основної роботи. Наприклад, коли доцент кафедри за суміщенням виконує обов'язки заступника декана. Суміщення можливо лише на тому ж самому підприємстві, установі організації.

Отже, ці правові категорії відрізняються між собою:

– за часом виконання роботи (при сумісництві робота виконується у вільний від основної роботи час, а при суміщенні – у робочий час),

– місцем виконання роботи (при сумісництві робота може виконуватися на іншому підприємстві, установі чи організації, а при суміщенні – на одному й тому ж), а також

– способом оплати (при сумісництві оплата здійснюється за фактично виконану роботу в повному обсязі, а при суміщенні має місце лише доплата до основного заробітку).

Закон України «Про запобігання корупції» фактично забороняє займатися іншою оплачуваною діяльність та підприємницькою діяльністю. При чому, варто відмітити, що у розумінні антикорупційного законодавства іншою оплачуваною діяльністю є будь-яка діяльність, що не містить ознак підприємницької діяльності та полягає у виконанні робіт, наданні послуг, які розуміють під собою оплату за виконану роботу, надану послугу одразу або в майбутньому. Тобто, якщо особа на яку поширюється дане обмеження, виконала роботу або надала послугу, яка повинна була бути оплачувана, незалежно від факту отримання коштів – це вже є порушенням антикорупційного законодавства. Фактом порушення антикорупційного законодавства є факт виконання оплачуваної роботи, а не факт отримання за неї коштів. Зрозуміло, якщо особа виконувала якусь суспільно корисну роботу, займалася волонтерською діяльністю, то це не буде іншою оплачуваною роботою і це не буде порушенням антикорупційного законодавства.

Відповідно до законодавства отримання стипендії також не є іншою оплачуваною діяльністю. Стипендія – це не заробітна плата. Право на освіту – це конституційне право кожного. У межах реалізації свого конституційного права на освіту особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, можуть здобувати будь-який вид освіти, отримувати стипендію та інші види забезпечення (покриття витрат на таке забезпечення), у тому числі, якщо джерелом фінансування стипендій та витрат є особа (фізична або юридична) – нерезидент України [3]. Але потрібно звернути увагу, що хоча і стипендія не підпадає під категорію інша оплачувана діяльність, але це доходи, тому вона підлягає декларуванню у розділі соціальні виплати поряд із пенсією, субсидією та іншими видами соціальної допомоги. Декларуванню підлягає не лише соціальна стипендія, а й академічна стипендія, яка призначається за успіхи у навчанні.

Закон України «Про запобігання корупції» встановлює так звані «дозволені» види оплачуваної діяльності, зокрема викладацька, наукова, творча діяльність, медична практика. Застосування даних видів діяльності також мають свої особливості. Зокрема, законодавством дозволена викладацька діяльність у будь-яких закладах освіти будь-якої форми власності. Але, якщо, наприклад, державний службовець відкриє власні курси іноземної мови, власний навчальний заклад (дитячий садок, школу тощо) і буде таким чином займатися викладацькою діяльністю, то ця діяльність буде містити ознаки підприємницької діяльності, а підприємницька діяльність заборонена, відповідно – це буде порушенням антикорупційного законодавства.

Аналогічним «дозволеним» видом діяльності є медична практика. Відповідно особи, на яких поширюється дане обмеження можуть працювати в будь-яких закладах охорони здоров'я різної форми власності. Але, якщо особи на яких поширюється дане обмеження відкриють власну клініку, власний медичний кабінет, то ця діяльність також містить ознаки підприємницької діяльності і це буде порушенням антикорупційного законодавства.

Творча діяльність є також «дозволеним» видом діяльності у розумінні антикорупційного законодавства. Припустимо ситуацію, що державний службовець вишиває картини, займається рукоділлям, іншою творчістю і результати своєї творчості реалізує. Чи не буде це порушенням антикорупційного законодавства. Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності [1]. Отже, право розпоряджатися результатами своєї творчої діяльності – це конституційне право кожного. Ключове значення тут має наступне, головне щоб у зазначеній діяльності не було ознак підприємницької діяльності, яка під забороною в розумінні антикорупційного законодавства. Різниця підприємницької діяльності і творчої діяльності – це її мета. Мета підприємницької діяльності – це отримання доходів. Якщо особа займається творчістю заради творчості, а не з метою отримання прибутку, то це дозволений вид діяльності в розумінні антикорупційного законодавства, навіть, якщо, результати творчої діяльності були реалізовані.

Цікава позиція Національного агентства з питань запобігання корупції в частині якщо особа, на яку поширюється обмеження щодо суміщення та сумісництва з іншими видами діяльності зареєструвала фізичну особу – підприємця, але не займалася підприємницькою діяльністю. Чи має місце в даному випадку порушення встановленої п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» заборони займатися підприємницькою діяльністю? Ні, якщо він фактично не займається підприємницькою діяльністю. Державна реєстрація є лише передумовою для здійснення підприємницької діяльності та, власне, не свідчить про порушення вимог п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону. При цьому реєстрація ФОП та одночасно здійснення підприємницької діяльності особою, яка є державним службовцем, буде порушенням обмежень, встановлених у п. 1 ч. 1 ст. 25 Закону, щодо заборони зайняття підприємницькою діяльністю [3]. Разом з тим, в даному випадку виникає цілком логічне запитання – для чого реєструвати фізичну особу –підприємця і не займатися підприємницькою діяльністю?

Достатньо часто особи, які виконують завдання та функції держави є членами фермерського господарства або ведуть особисте селянське господарство. Чи буде це порушенням антикорупційного законодавства. Основним критерієм в даному випадку є зайняття підприємницькою або іншою оплачуваною діяльністю.

Особисте селянське господарство – це особливий вид господарської діяльності. Дана діяльність здійснюється без створення юридичної особи; основна мета даної діяльності – задоволення особистих потреб шляхом виробництва, переробки і споживання сільськогосподарської продукції; звичайно, що в результаті вирощування сільськогосподарської продукції можуть бути надлишки, які члени особистого селянського господарства мають право реалізовувати. Отже, можна зробити висновок, що діяльність, пов'язана із веденням особистого селянського господарства не належить до підприємницької діяльності. Ведення особистого селянського господарства і реалізація надлишків вирощеної продукції – це буде дозволений вид діяльності, якщо він відповідає вищезазначеним критеріям.

Фермерське господарство – це особлива форма підприємницької діяльності; трудові відносини у фермерському господарстві базуються на основі особистою трудової участі у діяльності підприємства; члени фермерського господарства беруть участь у розподілі прибутків від його діяльності. Отже, якщо особа є членом фермерського господарства незалежно від того чи бере вона участь у діяльності цього підприємства, чи бере участь у розподілі прибутків від діяльності фермерського господарства, чи взагалі фермерське господарство отримує прибутки, це є порушенням антикорупційного законодавства. Тобто в даному випадку правило, що застосовується до фізичних осіб – підприємців (якщо особа зареєстрована як фізична особа – підприємець і не займається підприємницькою діяльністю, – це не є порушенням антикорупційного законодавства) не працює. Пов'язане це саме із специфікою фермерського господарства.

Отже, в кожному конкретному випадку при встановленні чи мали місце порушення ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції» – обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, необхідно враховувати наступні фактори:

– встановлення суб'єкта, на якого поширюється дане обмеження;

– встановлення «дозволених» видів діяльності;

– встановлення чи «дозволені» види діяльності не мають ознак підприємницької діяльності;

– завжди є забороненою діяльність, якщо вона здійснюється виключно з метою отримання прибутку;

– не є порушенням антикорупційного законодавства волонтерська діяльність, суспільно-корисна робота, донорство корові, реалізація результатів творчої діяльності, здача власного майна в оренду, отримання стипендії тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

3. Проект методичних рекомендацій щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно запобігання та врегулювання конфлікту інтересів – зі змінами та доповненнями. URL: http://zakon3.rada.gov.ua.

УДК 342.41
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/135

ПРИНЦИП ДРУЖНОГО СТАВЛЕННЯ ДО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У ДІЯЛЬНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

PRINCIPLES OF THE FRIENDLY ATTITUDE TO INTERNATIONAL LAW IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE ACTIVITY

Бокоч М.В., аспірантка
Ужгородський національний університет

На основі справи щодо госпіталізації осіб до психіатричних закладів проаналізовано юридичні засади принципи дружного ставлення до міжнародного права у практиці Конституційного Суду України. Положення національних конституцій та міжнародних договорів мають тлумачитися узгоджено згідно верховенства конституції. Метою статті є розкриття особливостей застосування КСУ положень міжнародних договорів у разі наявності розходжень їх приписів із приписами Конституції України. Також цьому контексті розглянуто це співвідношення через призму імплементації, перенесення та запозичення юридичних позицій Європейського суду з прав людини у юриспруденцію КСУ.

Принцип дружного ставлення до міжнародного права у діяльності КСУ означає використання юридичних позицій ЄСПЛ в якості інструмента аргументації власних рішень задля підвищення рівня їх демократичної легітимації. Протягом останнього десятиліття КСУ все більш інтенсивно використовує цей підхід не лише роблячи загальні посилання на рішення ЄСПЛ, а також використовуючи основні положення його юриспруденції із його рішень З іншого боку, це означає юридичне запозичення юридичних конструкцій, які сприяють покращенню захисту прав людини, удосконаленню цього механізму у світлі практики Європейського суду з прав людини. До того ж існує загальний контекст здійснення такого запозичення досвіду ЄСПЛ Конституційним Судом України у рамках співробітництва міжнародних асоціацій конституційних судів. Загалом це сприяє підвищенню демократичній легітимізації рішень КСУ та зменшенню його політизації. Також вказується на розширення такого напряму діяльності конституційних судів з урахуванням положень міжнародних документів ООН та Європейського Союзу.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, Конституційний Суд України, принцип дружнього ставлення до міжнародного права, юридична позиція, юриспруденція.

On the basis of the case of hospitalization of persons in psychiatric institutions, the legal principles of the friendly attitude to international law in the practice of the Constitutional Court of Ukraine are analyzed. The provisions of national constitutions and international treaties must be interpreted in accordance with the supremacy of the constitution. The purpose of the article is to reveal the peculiarities of the CCU's application of the provisions of international agreements in case of discrepancies between their provisions and the provisions of the Constitution of Ukraine. Also in this context, this relationship is considered through the prism of the implementation, transplant, transfer and borrowing of legal positions of the European Court of Human Rights in the jurisprudence of the CCU.

The principle of friendly attitude to international law in the activities of the CCU means the use of the legal positions of the ECtHR as a tool for reasoning their own decisions in order to increase the level of their democratic legitimacy. Over the last decade, the CCU has increasingly used this approach not only by making general references to ECtHR decisions, but also by using the basic provisions of its jurisprudence from its decisions. On the other hand, it means in the light of the case law of the European Court of Human Rights. In addition, there is a general context for the implementation of such experience of the ECtHR by the Constitutional Court of Ukraine in the framework of cooperation of international associations of constitutional courts. In general, this contributes to increasing the democratic legitimacy of the decisions of the CCU and reducing its politicization. It also indicates the expansion of this direction of the constitutional courts subject to the provisions of international documents of the UN and the European Union.

Key words: European Court of Human Rights, case-law, Constitutional Court of Ukraine, legal position, principle of friendly attitude to international law.

Вступ. Коли Конституційний Суд України (далі — КСУ, Суд) ухвалював рішення щодо госпіталізації осіб до психіатричного закладу, то він стикнувся із однією дилемою [1]. Адже частина 1 статті 29 Конституції України містить формулу про гарантії права на свободу і особисту недоторканність. Інші приписи зазначеної статті стосуються вже суто процесуальних гарантій недоторканності особи у ході кримінального процесу. Натомість, стаття 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, окрім процесуальних гарантій прав у кримінальному процесі, передбачає наступні підстави для обмеження свободи: невиконання законного припису суду для виконання певного обов'язку, встановленого законом; затримання неповнолітнього для доправлення до компетентного органу; затримання осіб задля запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків, наркоманів, бродяг; затримання задля попередження незаконному в'їзду в країну або для здійснення процедури депортації чи екстрадиції.

На цьому прикладі видно різницю у особливостях правового регулювання конституційного і конвенційного механізму захисту прав людини. За таких ситуацій виникає необхідність тлумачення зазначених розходжень цілісно та узгоджено. Оскільки тут йде мова про співвідношення між національною конституцією та міжнародним договором, то питання полягає у юридичній силі відповідних правових актів та сумісності загальних засад порівнюваних правопорядків.

Звідси, метою статті буде розкриття особливостей застосування Конституційним Судом України положень міжнародних договорів у разі наявності розходжень їх приписів із приписами Конституції України. У цьому контексті буде розглянуто це співвідношення через призму імплементації, перенесення та запозичення юридичних позицій ЄСПЛ у юриспруденцію КСУ.

Основна частина. У витоків згаданої справи КСУ стало конституційне подання омбудсмана, яке стосувалася конституційності положень законодавства, що передбачало в обхід процедур судового контролю можливість поміщати у психіатричні заклади осіб, які страждали на психічні розлади здоров'я. Але цим не обмежувалася проблема. Недобровільний огляд і примусова госпіталізація без судового контролю грубо порушують конституційно гарантовану недоторканність особи [2] (individual integrity), що також базується на засадах згоди щодо проведення таких процедур з боку цієї особи чи її/його законного представника. Якщо згадати радянську каральну медицину, то така практика була й не дивною, що особу можна було помістити у психіатричний заклад поза судовим контролем.

Розглядаючи цю справу, Суд наголосив на особливій природі статусу осіб, визнаних судом обмеженими у дієз-

датності та розкрив основні параметри розуміння свободи, яка полягає насамперед у неприпустимості довільного втручання у вільний розвиток особистості:

"...серед фундаментальних цінностей дієвої конституційної демократії є свобода, наявність якої у особи є однією з передумов її розвитку та соціалізації. Право на свободу є невід'ємним та невідчужуваним конституційним правом людини і передбачає можливість вибору своєї поведінки з метою вільного та всебічного розвитку, самостійно діяти відповідно до власних рішень і задумів, визначати пріоритети, робити все, що не заборонено законом, безперешкодно і на власний розсуд пересуватися по території держави, обирати місце проживання тощо. Право на свободу означає, що особа є вільною у своїй діяльності від зовнішнього втручання, за винятком обмежень, які встановлюються Конституцією та законами України."

Іншими словами, КСУ заклав у своє рішення відому концепцію "залишення в спокої", згідно з якою втручання у свободу особи може здійснюватися у виняткових ситуаціях і ґрунтуватися на вагомих юридичних підставах. Для цього Суду прийшлося дослідити, які саме підстави передбачає сама Конституція України для обмеження свободи. Насправді, стаття 29 Конституції містить лише генеральне застереження про неприпустимість довільного втручання у свободу та посягання на особисту недоторканність, лише частково конкретизуючи такі підстави, які стосуються суто кримінального процесу. Власне, це і стало причиною того, чому КСУ звернувся до положень Конвенції, які конкретизують зазначені підстави, та до відповідної юриспруденції ЄСПЛ. Цей підхід був названий КСУ як принцип дружнього ставлення до міжнародного права. У рамках цього підходу КСУ скористався юридичними позиціями, сформульованими ЄСПЛ у справах McKey v. the UK, Winterwerp v. the Netherlands, Stork v. Germany, Stanev v. Bulgaria.

Зокрема, КСУ наголосив на тому, що згідно із позиціями у справах Stork v. Germany, Stanev v. Bulgaria ЄСПЛ сформулював підхід, що стаття 5 Конвенції встановлює позитивний обов'язок держави щодо захисту свободи осіб, які перебувають під її юрисдикцією, інакше існувала б значна прогалина в захисті від свавільного затримання, що було б несумісним з важливістю особистої свободи у демократичному суспільстві, тому держава повинна вживати заходів, що забезпечують ефективний захист вразливих осіб.

По суті, такий підхід КСУ означає використання юридичних позицій ЄСПЛ в якості інструмента аргументації власних рішень задля підвищення рівня їх демократичної легітимації. З іншого боку, це означає юридичне запозичення (borrowing) юридичних конструкцій, які сприяють покращенню захисту прав людини, удосконаленню цього механізму. У справі про поміщення особи до психіатричного закладу КСУ надав універсального характеру стандарту судового контролю за втручанням держави у приватну автономії, зокрема які стосуються обмеження свободи особи у певному ступені.

Часто цей процес характеризують через імплементацію, під яким розуміють як «установлений державою порядок застосування норм міжнародного права на її території» [3, с. 168.]. Таке визначення, на нашу думку, є неповним, оскільки обмежується сферою застосування норм міжнародного права і не охоплює стадії впровадження їх у національну правову систему, що є складовою імплементації. Також слід наголосити на тому, що на прикладі справи щодо поміщення особи у психіатричний заклад видно, що органи конституційної юстиції володіють свободою розсуду щодо здійснення запозичення певних юридичних конструкцій за змістом і за обсягом. Ще більш широким полем розсуду щодо цього володіє законодавець. Натомість, публічна адміністрація у цьому відношенні є зв'язана законом, а її юридичні акти підлягають судовій перевірці на предмет відповідності конституційним принципам та засадам законності.

Наскільки різниться процес запозичення, можемо прослідкувати на прикладі виконання Верховною Радою України рішення КСУ № 2-рп/2016. Згідно із принципом вірності конституції парламент має у разі ухвалення рішення конституційного суду при внесенні змін до законів враховувати юридичну позицію органу конституційної юстиції, якщо вона стосувалася приписів такого закону [4]. Зокрема, Верховна Рада України 14 листопада 2017 року ухвалила закон [5], згідно з яким, його припис, який був предметом конституційної перевірки, було викладено всупереч юридичній позиції КСУ і такий допускав все ж таки позасудовий механізм поміщення особи до психіатричного закладу, що стало причиною його повторної перевірки на предмет конституційності. Оскільки цей закон передбачив механізм поміщення особи до психіатричного закладу за рішенням органу опіки та піклування, КСУ визнав це як ігнорування Верховною Радою конституційного стандарту судової перевірки випадків обмеження свободи. Водночас КСУ встановив [6] порядок виконання рішення, що до законодавчого врегулювання питання забезпечення судового контролю за госпіталізацією недієздатної особи, яка за станом свого здоров'я не здатна висловити прохання або надати усвідомлену письмову згоду, до закладу з надання психіатричної допомоги така госпіталізація можлива лише за рішенням суду. Вказана справа є свідченням того, що попри наявності свободи розсуду у парламенту щодо імплементації положень міжнародно-правових актів, така є обмежена конституційними принципами, насамперед вимогами ефективного захисту прав людини.

У свою чергу, О. Скакун вважає, що "імплементація — це перенесення (введення) у національне право норм і принципів міжнародних актів" [7, с. 491]. Однак перенесення (transplant) не відображає сутності того, що відбулося у рішеннях КСУ № 2-рп/2016 та № 13-р/2018, оскільки насправді у цій справі Суд здійснив адаптацію підходів ЄСПЛ до українського права з урахуванням специфіки судової системи України та визначення поля розсуду судів щодо здійснення перевірки обґрунтованості підстав для поміщення особи у психіатричний заклад. Поняття імплементації насамперед пов'язано із адаптацією до національної правової системи певних правових інститутів, норм чи процедур, а також визначення певного механізму такої адаптації. Перенесення не передбачає певного механізму адаптації, а скоріше певне включення правового матеріалу у правову систему.

Принцип дружного ставлення до міжнародного права також виражається у прямих посиланнях на рішення ЄСПЛ у правових актах КСУ. Переважна більшість цих актів стосується права на справедливий судовий розгляд і призначення покарання; також КСУ посилається на практику ЄСПЛ у справах про недопустимість безпідставного арешту, допустимість обмеження прав і свобод громадян, пріоритетів у захисті окремих категорій осіб; про право на життя, свободу пересування, свободу світогляду й віросповідання, виборчого права, права власності, права на соціальне забезпечення тощо. Як зазначає В. Кампо, це пояснюється тим, що захист саме цих прав на сучасному етапі розвитку України є найактуальнішим [8]. Окрім актуальності таке пояснюється й тим, що захист прав людини є головним обов'язком держави (стаття 3 Конституції), а сам захист прав людини легітимізує судовий активізм.

Урахування позицій ЄСПЛ відбувається у вигляді відтворення змісту положень його рішень задля забезпечення аргументації рішень Конституційного Суду України. Водночас спостерігаються і прості згадки відповідних рішень і викладення ширшого варіанту правової позиції ЄСПЛ, ніж цитата з рішення Конституційного Суду України. Найчастіше КСУ використовує юри-

дичні конструкції щодо додержання принципу юридичної визначеності, вимоги «якості закону» і критерію «передбачуваності закону».

Слід також брати контекст міжнародного співробітництва конституційних судів, зокрема в рамках Конференції європейських конституційних судів, членство у складі якої КСУ отримав у травні 1999 р. в якості асоційованого члена, а з жовтня 2000 р. став повноправним членом [9]. Крім взаємної рецепції судової практики, існують інші форми співробітництва з конституційними судами зарубіжних країн. Так, Конституційний Суд України бере участь у багатосторонній співпраці у формі конференцій, семінарів, офіційних зустрічей між органами конституційної юрисдикції, що реалізуються в рамках діяльності Всесвітньої конференції конституційного правосуддя, Конференції європейських конституційних судів, Конференції органів конституційного контролю країн нової демократії, Європейської Комісії «За демократію через право» Ради Європи (Венеціанська комісія) [10].

З іншого боку, є певні приклади, коли практика КСУ використовується для аргументації рішень зарубіжними конституційними судами. Наприклад, у рішенні Конституційного Суду Словацької Республіки від 11 лютого 2009 р. [11] має місце посилання на рішення КСУ № 2-рп/2002 від 30 січня 2002 року (справа про виборчу заставу) та сформульовані в ньому правові позиції щодо мети застосування інституту виборчої застави. Як слушно зазначає М. Савчин, такі зворотні запозичення практики конституційних судів сприяють зближенню конституційної юриспруденції, що полягає у взаємному впливі на застосуванні техніки обґрунтування рішень конституційної юстиції, запозичення окремих ідей та викладу сутності основоположних принципів і цінностей як юридичної основи аргументації власних рішень [12, с. 39]. Часто такі запозичення ґрунтуються на підходах, сформульованих ЄСПЛ, а в державах-членах ЄС — на юриспруденції Суду ЄС.

Слід також виділити наступні напрями застосування принципу дружного ставлення до міжнародного права у діяльності КСУ: використання положень міжнародних правових актів на рівні ООН та його правозахисних інститутів; застосування положень міжнародних договорів та практики інтерпретації інших регіональних систем захисту прав людини (наприклад, Міжамериканської конвенції про права людини); застосування права Європейського Союзу та практики Суду ЄС у сфері прав людини.

Висновки. Положення національних конституцій та міжанродних договорів мають тлумачитися узгоджено згідно верховенства конституції. Метою статті є розкриття особливостей застосування Конституційним Судом України положень міжнародних договорів у разі наявності розходжень їх приписів із приписами Конституції України.

Принцип дружного ставлення до міжнародного права у діяльності КСУ означає використання юридичних позицій ЄСПЛ в якості інструмента аргументації власних рішень задля підвищення рівня їх демократичної легітимації. З іншого боку, це означає юридичне запозичення юридичних конструкцій, які сприяють покращенню захисту прав людини, удосконаленню цього механізму у світлі практики Європейського суду з прав людини. До того ж існує загальний контекст здійснення такого запозичення досвіду ЄСПЛ Конституційним Судом України у рамках співробітництва міжнародних асоціацій конституційних судів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення КСУ № 2-рп/2016 від 1 червня 2016 р.

2. Петров М., Щербатюк М. Право на справедливий суд людей з психічними розладами. URL: http://www.i-law.kiev.ua/%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE-%D0%BD%D0%B0-%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%B8%D0%B2%D0%B8%D0%B9-%D1%81%D1%83%D0%B4-%D0%BB%D1%8E%D0%B4%D0%B5%D0%B9-%D0%B7-%D0%BF%D1%81%D0%B8%D1%85/

3. Баглай М.В., Туманов В.А. Малая знциклопедия конституционного права. Москва: Изд-во БЕК, 1998. С. 168.

4. Савчин М. Конституційні інновації та вірність конституції. *Віче*. 2016. № 7-8. С. 44-47.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання психіатричної допомоги: Закон України № 2205-VIII від 14 листопада 2017 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 51-52. ст. 448.

6. Рішення КСУ № 13-р/2018 від 20 грудня 2018 р.

7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

8. Кампо В. Стан і перспективи запровадження європейських спільних демократичних цінностей в Україні: практика Конституційного Суду України. *Юридичний журнал*. 2013. № 5. URL: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3994

9. Conference of European Constitutional Court. URL: https://www.confeuconstco.org/en/common/home.html

10. Резюме національної доповіді України на XVI Конгресі Конференції європейських конституційних судів «Співпраця між конституційними судами в Європі – рамкові умови та перспективи в даний час. URL: http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/downloads/landesberichte/KF-Ukraine-MS.pdf

11. Nalez Ustavneho Soudu Slovenskej Republiky PL US 6/08.

12. Савчин М. Порівняльне конституційне право: підручник. Ужгород-Київ: ВАІТЕ, 2020.

УДК 347.962(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/136

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІМУНІТЕТУ СУДДІ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF JUDGE IMMUNITY UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE

Драгнєвіч О.В., аспірантка
Харківського національного університету внутрішніх справ

У статті аналізується чинне законодавство, що складає правову основу регламентації інституту недоторканності суддів в Україні. З приводу означеної тематики автором наголошується, що одним із пріоритетних завдань вітчизняного законодавця є врегулювання нормативних критеріїв, що забезпечують не лише належне функціонування суддівського імунітету, а також існування відповідного механізму позбавлення судді недоторканності. Акцентовано увагу на особливостях процесуального законодавства, що покладає на суддів зобов'язання здійснювати судочинство.

Проаналізовано положення Конституції України, які стосуються незалежності і недоторканості судді, особливостей притягнення судді за ухвалене ним рішення. Також автором приділено увагу позиціям Конституційного Суду України щодо гарантій незалежності та недоторканності суддів. Приділено увагу також постановам Пленуму Верховного Суду України, що стосуються гарантіям незалежності і недоторканості суддів.

Зазначено, що Україна тривалий час перебуває в стані реформування судової системи та суміжних правових інститутів, декларуючи реформи приведення сфери судочинства у відповідність із міжнародними, європейськими стандартами. Угодою про асоціацію з Євросоюзом Україна проголосила згоду на посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав і основоположних свобод людини, зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості.

Наголошується, що без незалежних суддів неможливо побудувати демократичну правову державу, забезпечити ефективний захист прав людини і юридичних осіб, створити ефективну та справедливу правову систему. Стан вітчизняної судової системи, зокрема дотримання принципу незалежності та недоторканості суддів, вже давно перейшов у розряд проблем, які особливо турбують українське суспільство. Правове регулювання питання щодо незалежності суддів має здійснюватися виключно на основі положень Конституції та законів України, при цьому необхідно враховувати міжнародно-правові зобов'язання України у цій сфері. Обсяг гарантій незалежності суддів має визначатися завданнями та функціями судової влади, водночас досягнутий їх рівень не повинен бути зменшений. Крім того, у законодавстві має бути закріплено ефективний механізм реалізації цих гарантій і відповідальність за їх недотримання.

Ключові слова: суддя, недоторканність, імунітет, незалежність суддів, судова влада, судова реформа.

The article analyzes the current legislation, which is the legal basis for regulating the Institute of the immunity of judges in Ukraine. Regarding the subject specified by the author it is emphasized that one of the priority tasks of the domestic legislator is settlement of the normative criteria that ensure not only the proper functioning of the judiciary immunity, but also the existence of an appropriate mechanism for depriving a judge of immunity. Emphasis is placed on the peculiarities of the procedural legislation which imposes on judges the obligation to administer justice.

The provisions of the Constitution of Ukraine concerning independence and inviolability of the judge, peculiarities of his responsibility for the decision made. Also, the author's attention is paid to the positions of the Constitutional Court of Ukraine on guarantees of independence and immunity of judges. Attention is also paid to the decisions of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine, concerning guarantees of independence and inviolability of judges.

It is noted that Ukraine has long been in a state of reforming the judiciary and related legal institutions, declaring reforms to bring the sphere of justice in accordance with international, European standards. By its Association Agreement with the European Union Ukraine has agreed to strengthen cooperation in the field of justice, freedom and security in order to ensure the rule of law and respect for rights and fundamental freedoms, strengthening the judiciary, increasing its efficiency, guaranteeing its independence and impartiality.

It is emphasized that without independent judges it is impossible to build a democratic legal system state, to ensure effective protection of human rights and legal entities, to create an effective and fair legal system. The state of the domestic judicial system, in particular compliance with the principle of independence and immunity of judges, has long passed into the category of problems that especially disturb the Ukrainian society. The legal regulation of the issue of judges' independence should be carried out exclusively on the basis of the provisions of the Constitution and laws of Ukraine, in so doing it is necessary to take into account Ukraine's international legal obligations in this area. The scope of guarantees of judges` independence should be determined by the tasks and functions of the judiciary, while their level already achieved should not be reduced. In addition, an effective mechanism must be enshrined in legislation to implement these guarantees and liability for non-compliance.

Key words: judge, inviolability, immunity, independence of judges, judiciary, judiciary reform.

Обґрунтування наукової актуальності теми дослідження. Інститут недоторканності судді (суддівський імунітет, імунітет судді) є загальновизнаним у сучасній світовій практиці демократизму функціонування судової влади в країнах із громадянським суспільством. Він є важливою гарантією незалежного й об'єктивного правосуддя як соціальної функції органів судової влади, що покликана забезпечувати стабільність суспільних відносин на засадах права і справедливості [1, с. 45].

Одним із пріоритетних завдань вітчизняного законодавця є врегулювання нормативних критеріїв, що забезпечуватимуть не лише належне функціонування суддівського імунітету, а також існування відповідного механізму позбавлення судді недоторканності [2, с. 111]. Слід наголосити, що імунітет суддів є одним із найбільш актуальних та вельми дискусійних питань у дослідженні імунітетів у кримінальному процесі. Складність цього питання полягає саме у специфіці змісту цього імунітету та процесуального статусу суддів у кримінальному провадженні. За цих умов перед державою стоїть завдання якомога коректного врегулювання цієї сфери кримінальних процесуальних відносин з тим, щоб знайти баланс між безперешкодним функціонуванням та діяльністю всієї суддівської системи та мінімізувати можливість зловживати представниками суддівського корпусу наданими державою гарантіями недоторканності [2, с. 109].

Конституційне положення щодо недоторканності судді закріплює один з важливих елементів статусу судді і найважливішу гарантію його професійної діяльності. Воно спрямоване на забезпечення основ конституційного ладу, принципу поділу влади, системи стримувань і противаг у діяльності різних гілок влади, їх взаємодії [3].

Стан дослідженості проблеми. Проблематика статті привертає увагу багатьох сучасних науковців, зокрема

їй приділили свою увагу такі дослідники: Е. Б. Абросімова, М. В. Василевич, Л. Є. Виноградова, І. С. Ганенко, В. В. Городовенко, В. О. Гринюк, В. Г. Кононенко, О. В. Константий, Р. О. Куйбіда, І. Є. Марочкін, С. В. Подкопаєв, С. В. Прилуцький, А. О. Селіванов, М. Д. Савенко, В. В. Носков, А. О. Фальковський, Н. В. Шелевер.

Так, С. В. Прилуцький проаналізував новітній конституційний механізм регламентації інституту недоторканності судді [4]. Розгляду актуальних проблем реалізації суддівського імунітету у кримінальному провадженні присвячені праці І. С. Ганенко[2].

Водночас, з боку науковців не достатньо уваги приділяється аналізу судової практики, правових позицій Верховного Суду України, Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини, Вищої ради правосуддя щодо недоторканності суддів, що відображені у відповідних рішеннях.

Мета дослідження. Метою статті є аналіз положень нормативних актів, що регламентують реалізацію імунітету (недоторканості)суддівського корпусу, розгляд позицій науковців стосовно цього питання, висловлення та обґрунтування особистої точки зору з окремих питань імунітету суддів в Україні.

Виклад основного матеріалу. Правовою основою імунітету суддів є положення Конституції України [5], міжнародно-правових документів, Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [6], процесуальних кодексів, інших законів, підзаконних нормативно-правових актів, відповідно до яких судді в Україні є недоторканними, незалежними, що становить зміст поняття «імунітет» суддів.

Відповідно до ст.ст. 126, 129 Конституції України [5] незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України; вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється; без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину; суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку; суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права[5].

Конституційний Суд України неодноразово висловлював свою позицію щодо гарантій незалежності та недоторканності суддів [7]. У Рішенні від 12 липня 2011 року № 8-рп/2011 зокрема вказав, що гарантії самостійності судів та незалежності і недоторканності суддів як носіїв судової влади визначені у статтях 6, 126, 129 Основного Закону України, згідно з якими державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову; судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону, а вплив на них у будь-який спосіб забороняється; незалежність і недоторканість судді гарантуються Конституцією та законами України (абзац другий підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини) [8].

У Рішенні від 01 грудня 2004 року № 19-рп/2004 (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу), Конституційний Суд України зауважив, що складовою незалежності суддів є їхня недоторканність, призначення якої забезпечити здійснення правосуддя; затвердження Конституцією України гарантій недоторканності суддів зумовлено їхньою професійною діяльністю у відправленні правосуддя (абзаци перший, третій підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини). Цю ж позицію Конституційний Суд України врахував при розгляді справи про внесення змін до статей 80, 105, 126, 149 Конституції України (підпункт 5.2.2 підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини Висновку від 10 липня 2012 року № 126/2012)[9].

Варто підкреслити, що відповідно до правової позиції Конституційного Суду України положення ст. 126 Конституції України вислів «вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється» треба розуміти як забезпечення незалежності суддів у зв'язку із здійсненням ними правосуддя, а також як заборону щодо суддів будь-яких дій незалежно від форми їх прояву з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, фізичних та юридичних осіб з метою перешкодити виконанню суддями професійних обов'язків або схилити їх до винесення неправосудного рішення тощо [10].

Україна тривалий час перебуває в стані реформування судової системи та суміжних правових інститутів, декларуючи реформи приведення сфери судочинства у відповідність із міжнародними, європейськими стандартами. Угодою про асоціацію з Євросоюзом Україна проголосила згоду на посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав і основоположних свобод людини, зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості. Тож міжнародні та європейські стандарти в сфері судочинства повинні стати для нашої держави орієнтиром і пріоритетом у подальшому розвитку. Визнані прогресивною міжнародною спільнотою стандарти в сфері судочинства - принципи, рекомендації, правила, критерії - містяться в різноманітних за своєю правовою природою документах, мають різний рівень - загальносвітовий чи європейський [11, с. 10].

Так, до основних міжнародно-правових документів, що регламентують незалежність суддів, належать: Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) [12], Рекомендації щодо ефективного впровадження Основних принципів щодо незалежності судових органів (прийняті резолюцією Економічної та соціальної Ради ООН 1989/60 та схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 44/162 від 15 грудня 1889 року) [13, 14], Європейська хартія про статус суддів (Рада Європи, 1998 р.) [15], Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів) [16], Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів [17], Велика хартія суддів (Основоположні принципи), прийнята Консультативною радою європейських суддів у Страсбурзі 17 листопада 2010 року [18], Монреальська універсальна декларація щодо незалежності правосуддя (Перша світова конференція щодо незалежності правосуддя, Монреаль, 1983 р.)[19] тощо.

Серед основних положень щодо недоторканості (імунітету) суддів, що регламентуються вищезазначеними міжнародно-правових документами, можна назвати: закон надає кожному судді, який вважає, що його/її права, передбачені законом, або його власна незалежність чи незалежність судового процесу знаходиться під загрозою або будь-яким чином ігнорується, можливість звернутися з цього приводу до незалежного органу з пропозицією вжити дієвих заходів для виправлення ситуації або запропонувати, яким чином її можливо виправити [15]; незалежність судової влади є головною умовою забезпечення верховенства права та основоположною гарантією справедливого судового розгляду, незалежність судів є прерогативою чи привілеєм, що надається не на користь власних інтересів суддів,а на користь забезпеченняверховенства закону та в інтересах тих осіб, що покладають надію на правосуддя [17]; незалежність і неупередженість судової влади є необхідними умовами для здійснення правосуддя; повинна бути законодавчо закріпленою, функціональ-

ноюта фінансовою,незалежність судової влади повинна гарантуватися стосовно судової діяльності, зокрема у питаннях судового імунітету [18]; судді, як особи, є вільними та зобов'язані приймати безсторонні рішення згідно з власною оцінкою фактів і знанням права, без будь-яких обмежень, впливів, спонук, примусів, загроз або втручання, прямих або непрямих, з будь-якого боку і з будь-яких причин[19] тощо.

У національному законодавстві ключові положення щодо імунітету судів розкриваються у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» [6] та Законі України «Про Конституційний Суд України» [20]. Статтею 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплено, що, здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. 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. Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи повинні 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 [6].

Відповідно до ст. 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [6], суддя у своїй діяльності щодо здійснення правосуддя є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання. Суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права. Втручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і тягне за собою 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. Незалежність судді забезпечується певними факторами.

Положення ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [6] регламентують недоторканність та імунітет судді. Так, суддя є недоторканним. Без згоди Вищої ради правосуддя (далі - ВРП) суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку. Суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна чи адміністративна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи, за певними винятками [6].

Щодо імунітету суддів Конституційного Суду України можна зазначити наступне. Відповідно до ст. 24 Закону України «Про Конституційний Суд України» [20], вплив на суддю Конституційного Суду у будь-який спосіб забороняється. Суддю не може бути притягнуто до відповідальності за голосування у зв'язку з ухваленням Судом рішень та надання ним висновків, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку. Суддю без згоди Суду не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання Судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Подання про надання згоди на затримання, утримування під вартою чи арешт Судді вносить до Суду Генеральний прокурор або особа, яка здійснює його повноваження. Рішення про надання згоди на затримання, утримування під вартою чи арешт Судді Суд ухвалює на спеціальному пленарному засіданні у формі постанови. Суддя Конституційного Суду не може бути підданий приводу чи примусовому доставлянню до будь-якого органу або установи, крім суду. Суд має бути негайно повідомлений про затримання Судді. Судді Конституційного Суду про підозру у вчиненні кримінального правопорушення повідомляє Генеральний прокурор або особа, яка здійснює його повноваження.

Визначення «втручання в діяльність судових органів», яке є несумісним із принципом незалежності судів і суддів, конкретизовано у статті 376 Кримінального кодексу України (далі -КК України) [21]. Зокрема, за втручання в будь-якій формі в діяльність судді з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися винесення неправосудного рішення, а також за ті самі дії, якщо вони перешкодили запобіганню кримінальному правопорушенню чи затриманню особи, яка його вчинила, або вчинені особою з використанням свого службового становища, передбачено штраф, виправні роботи, арешт, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, позбавлення волі.

Порядок притягнення суддів до кримінальної відповідальності передбачений ст. 482 («Особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання і обрання запобіжного заходу стосовно судді»), 482^{-1}(«Кримінальне провадження стосовно суддів Вищого антикорупційного суду») Кримінального процесуального кодексу України [22] (далі – КПК України). Зокрема, затримання судді чи утримання його під вартою чи арештом здійснюється за згодою Вищої ради правосуддя. Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з'ясування його особи, за певними винятками. Під час досудового розслідування у кримінальному провадженні щодо судді Вищого антикорупційного суду клопотання учасників кримінального провадження розглядає слідчий суддя, визначений п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України [22], в порядку, визначеному КПК України.

Процесуальне законодавство покладає на суддів зобов'язання здійснювати судочинство, керуючись відповідними принципами, зокрема: незалежності, неупередженості, верховенства права, рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, обов'язковості судового рішення, забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення, розумності строків розгляду справи судом, неприпустимості зловживання процесуальними правами, забезпечення доведеності вини, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості, підтримання публічного обвинувачення в суді прокурором, забезпечення обвинуваченому права на захист, гласності судового процесу та його повного фіксування технічними засобами. Реалізація цих принципів при здійсненні судочинства забезпечується відповідним складом дисциплінарної відповідальності, Кодексом суддівської етики та обов'язком судді повідомляти Вищу раду правосуддя та Генерального прокурора про всі випадки втручання в його діяльність як судді щодо здійснення правосуддя. Вища рада правосуддя уповноважена реагувати на такі випадки та, в тому числі, звертатися до відповідних органів щодо неприпустимості дій, що порушують незалежність суддів, звертатися до прокуратури та органів правопорядку щодо надання інформації про розкриття та розслідування злочинів, вчинених щодо суду, суддів,

членів їх сімей, працівників апаратів судів, ухвалювати та оприлюднювати публічні заяви і звернення тощо [23].

Окремо слід зупинитися на постанові Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» від 13.06.2007 № 8 [24].

Відповідно до положень постанови Пленуму Верховного Суду України «Про незалежність судової влади» від 13.06.2007 № 8 гарантії незалежності і недоторканності суддів як носіїв судової влади та самостійності судів як судових органів визначено Конституцією та законами України, серед яких слід назвати: притягнення до відповідальності та звільнення суддів; недопустимість втручання у здійснення правосуддя, впливу на суд або суддів у будь-який спосіб, неповаги до суду та встановлення відповідальності за такі діяння тощо. Реалізація зазначених правових гарантій здійснення правосуддя є необхідною передумовою належного виконання судом своїх конституційних функцій із забезпечення дії принципу верховенства права, захисту прав і свобод людини та громадянина, утвердження і забезп еченняякихєголовнимобов'язкомдержави.

Разом з тим, гарантії незалежності і недоторканності суддів в Україні належним чином не забезпечені. Мають місце спроби втручання в організацію діяльності судів, вирішення конкретних судових справ, перешкоджання здійсненню судами правосуддя на визначених законом засадах, тиск на суддів шляхом погроз, шантажу та іншого протиправного впливу, в тому числі у формі прийняття незаконних нормативно-правових актів та правових актів індивідуальної дії, неправомірного використання суб'єктами влади наданих їм повноважень, а також незаконного наділення деяких державних органів відповідними повноваженнями, що посилює залежність від них судів та суддів.

Визначальною для розуміння понять «незалежність судді», «незалежність суду» є практика Європейського суду з прав людини, який у низці судових справ надав роз'яснення вимог статті 6 Конвенції щодо незалежного і безстороннього суду [25, 26]. Так, у рішеннях ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України» [26] та у справі «Салов проти України» [27], що мали визначальний вплив на процес реформування системи правосуддя в Україні, виокремлено, з-поміж іншого, такі критерії оцінки незалежності суду у розумінні пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [28] (п. 103, п. 80 рішень відповідно): (i) спосіб призначення його членів, (ii) строк їхніх повноважень, (iii) існування гарантій проти тиску ззовні та (iv) той факт, чи створює цей орган видимість незалежного.

Суд Європейського Союзу у рішенні від 24 червня 2019 року у справі проти Польщі (C-619/18) [29] зазначив про два аспекти незалежності судів: «перший аспект, який є зовнішнім за своєю природою, вимагає, щобвідповідний суд виконував свої функції повністю автономно, без будь-якого ієрархічного обмеження або підпорядкування будь-якому іншому органу, а також без вказівок чи інструкцій з будь-якого джерела, таким чином будучи захищеним проти зовнішніх втручання або тиску, що може вплинути на незалежність судового розгляду і на судові рішення» (п. 72); «другий аспект, який є внутрішнім за природою, у свою чергу, пов'язаний з неупередженістю та має на меті забезпечити рівновіддаленість від сторін провадження та їх відповідних інтересів щодо предмета цього провадження» (п. 73); «цей аспект вимагає об'єктивності та відсутності будь-якої зацікавленості в результатах судового провадження, крім чіткої реалізації верховенства права» (п. 73); «відповідні гарантії незалежності та неупередженості вимагають правил, зокрема, стосовно утворення органу та призначення, строків повноважень і підстав для відсторонення, відмови та звільнення його членів, які є такими, що розвіюють будь-які обґрунтовані сумніви у свідомості осіб щодо несприйнятливості відповідного органу до зовнішніх факторів, а також щодо його нейтралітету стосовно інтересів перед ним» (п. 74) [29].

Таким чином, «незалежність судді» можна визначити як неупередженість, безсторонність судді під час здійснення правосуддя відповідно до принципу верховенства права, свободу судді від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання з боку державних органів, установ та організацій, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, будь-яких фізичних і юридичних осіб та їх об'єднань [23].

Юридичний механізм зняття суддівської недоторканності, притягнення до кримінальної відповідальності за втручання у діяльність суддів щодо здійснення правосуддя детально регламентується Законом України «Про Вищу раду правосуддя» (глави 7, 8, 10) [30], Кримінальним процесуальним кодексом України [23] і Регламентом Вищої ради правосуддя (глави 18, 19, 23)[30]. Водночас постає питання, наскільки інститут недоторканності та незалежності судді є ефективним, чи гармонійно він вписується в механізм кримінальної юстиції.

Статтею 73 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» [30] передбачено, що Вища рада правосуддя з метою забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя веде і оприлюднює на своєму офіційному веб-сайті реєстр повідомлень суддів про втручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя, проводить перевірку таких повідомлень, оприлюднює результати та ухвалює відповідні рішення.

За останні п'ять років реєстр повідомлень суддів про втручання в діяльність судді щодо здійснення правосуддя, який розміщений на офіційному веб-сайті ВРП, став досить популярним. Починаючи з 12 жовтня 2016 року, коли в ньому було розміщено перше повідомлення, до цієї бази даних було внесено понад 1220 таких звернень, з яких: у 2016 році надійшло 23 повідомлення; у 2017 році – 312 повідомлень; у 2018 році – 436 повідомлень; у 2019 році – 450 повідомлень.Протягом 2019 року Вища рада правосуддя розглянула 618 повідомлень суддів про втручання. За результатами розгляду матеріалів Вища рада правосуддя у 2019 році ухвалила 115 рішень про вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя, затвердила 417 висновків членів Вищої ради правосуддя про відсутність підстав для вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів та авторитету правосуддя за повідомленнями суддів. Проте,слід констатувати, що ситуація з оперативністю розгляду відповідних суддівських сигналів і дієвістю інструментів реагування, якими ВРП наділив законодавець, потребує активізації у цьому напрямку[23].

Приклади розгляду таких заяв знайшли своє відображення у відповідних рішеннях ВРП. Аналіз таких рішень ВРП, дозволяє зробити декілька висновків. По-перше, ВРП вже виробила певний стиль і форму викладення свої рішень щодо вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів, авторитету правосуддя за повідомленням суддів та надання згоди (відмову в наданні згоди) на утримання суддів під вартою.

По-друге, в обґрунтуванні практично кожного рішення ВРП містяться посилання на норми чинного законодавства. Проте, наявні випадки, коли у рішеннях ВРП бракує юридичного обґрунтування на основі досліджених фактичних даних, як підстави для надання дозволу на застосування до судді запобіжного заходу тримання під вартою; безпосередньої оцінки наведених доказів, що обґрунтовують, наприклад, підозру, а також необхідність застосування до судді запобіжного заходу у формі тримання під вартою; достатньої юридичної вмотивованості на основі досліджених фактичних даних, а також обґрунтувань і заперечень сторін таких проваджень як об 'активної підстави для надання дозволу на застосування до судді запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Ми погоджуємося

із думкою С. Прилуцького, що такій формі рішень ВРП бракує правової визначеності, а саме їх обґрунтованості та вмотивованості[3].

По-третє, оскільки відповідно до законодавчо встановленої процедури подання про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом, відсторонення від посади вноситься на розгляд ВРП Генеральним прокурором або його заступником, то предметом розгляду ВРП має бути як формальний, так і фактичний складники подання прокурора. Тим самим на ВРП має покладатися завдання давати попередню оцінку фактичним даним (доказам), які лежать в основі підозри щодо судді, зокрема на предмет їх допустимості, належності та достатності через призму дотримання незалежності судді та недопущення неправомірного кримінального переслідування[3].

Вчетверте, у межах апеляційного оскарження апеляційний суд, за задумом законодавця, має розглянути й законність рішення ВРП. Проте закон не говорить, що саме за таких умов буде предметом оскарження. На думку С. Прилуцького, безпідставним і непотрібним є накладення (нашарування) двох судових юрисдикцій (ВРП і місцевих судів (слідчих суддів)) у питаннях судового контролю під час затримання та взяття суддів під варту. Крім того, простежується й можливий юрисдикційний «конфлікт» між ВРП і загальними судами [3].

Аналіз Єдиного державного реєстру судових рішень дозволяє зробити наступні висновки.Відповідно до ст. 65 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» [31] рішення Вищої ради правосуддя про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності, продовження строку такого відсторонення може бути оскаржене та скасоване виключно з таких підстав:1) склад Вищої ради правосуддя, який ухвалив відповідне рішення, не мав повноважень його ухвалювати;2) рішення не підписано будь-ким із складу членів Вищої ради правосуддя, які брали участь у його ухваленні;3) рішення не містить посилання на визначені законом підстави його ухвалення або мотиви, з яких Вища рада правосуддя дійшла відповідних висновків.

Аналіз Єдиного державного реєстру судових рішень щодо оскарження рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя чи рішення про продовження строку тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності дозволяє зробити наступні висновки. У 2020 році Великою палатою Верховного Суду було розглянуто 3 справи (9901/742/18, 9901/619/18, 9901/85/20), Касаційним адміністративним судом Верховного Суду було розглянуто 3 справи (9901/612/19, 9901/289/20, 9901/85/20), у 2019 році Великою палатою Верховного Суду було розглянуто 2 справи (9901/742/18, 9901/619/18), Касаційним адміністративним судом Верховного Суду було розглянуто 4 справи (9901/45/19, 9901/742/18, 9901/619/18, 9901/612/19) на підставі ч. 4 ст. 22 Кодексу адміністративного судочинства України [31, 32], Верховному Суду як суду першої інстанції підсудні справи, зокрема, щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; ст. 266 Кодексу адміністративного судочинства України [31], що визначає особливості провадження у справах щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Вищої ради правосуддя.

Окремо слід додати, що протягом п'яти років ВРП підготувала та опублікувала на своєму офіційному веб-сайті три щорічні доповіді (за 2017, 2018, 2019 роки) про стан забезпечення незалежності суддів в Україні [32], які є індикатором поточного рівня розвитку судової системи у відповідному напрямі та інструментом, що дає змогу звернути увагу на актуальні проблеми і здобутки у сфері суддівської незалежності. Важливою функцією щорічної доповіді є моніторинг виявлених проблем та внесення пропозицій щодо шляхів їх вирішення [23].

Висновки.

Підсумовуючи викладене, необхідно зазначити, що без незалежних суддів неможливо побудувати демократичну правову державу, забезпечити ефективний захист прав людини і юридичних осіб, створити ефективну та справедливу правову систему. Стан вітчизняної судової системи, зокрема дотримання принципу незалежності та недоторканості суддів, вже давно перейшов у розряд проблем, які особливо турбують українське суспільство. Правове регулювання питання щодо незалежності суддів має здійснюватися виключно на основі положень Конституції та законів України, при цьому необхідно враховувати міжнародно-правові зобов'язання України у цій сфері. Обсяг гарантій незалежності суддів має визначатися завданнями та функціями судової влади, водночас досягнутий їх рівень не повинен бути зменшений. Крім того, у законодавстві має бути закріплено ефективний механізм реалізації цих гарантій і відповідальність за їх недотримання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Константий О. В. Суддівський імунітет як гарантія об'єктивного і неупередженого правосуддя в державі. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 1 (113). С. 44-47.
2. Ганенко І. С. Імунітет суддів у кримінальному процесі: теоретико-правовий аналіз. *Правовий часопис Донбасу*. 2019. № 4 (69). С. 109-114.
3. Шелевер Н. В. Імунітет суддів та їх відповідальність. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/17400/1/ІМУНІТЕТ%20СУДДІВ%20ТА%20ЇХ%20ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ.pdf.
4. Прилуцький С. В. Недоторканність судді: актуальні проблеми правового регулювання та практики правозастосування. *Правова позиція*. 2018. № 1 (20). С. 111-119. URL: http://www.legalposition.umsf.in.ua/archive/2018/1/13.pdf.
5. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text.
6. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text.
7. Окрема думка судді Конституційного Суду України Сергейчука О. А. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-15#Text (дата звернення: 07.03.2021).
8. Рішення Конституційного Суду України від 12.07.2011 № 8-рп/2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-11#Text.
9. Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 № 19-рп/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-04#Text.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та 12 частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-04#Text.
11. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства, Київ, 2015. 708 с.URL: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/EU_Standarts_book_web-1.pdf.
12. Основні принципи незалежності судових органів (Схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text.

13. Рекомендації щодо ефективного впровадження Основних принципів щодо незалежності судових органів (прийняті резолюцією Економічної та соціальної Ради ООН 1989/60 та схвалені резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 44/162 від 15 грудня 1889 року). URL: http://www.judges.org.ua/article/d4.htm.

14. Резолюция 1989/60 15-го пленарного заседания Экономического и Социального Совета ООН «Процедуры эффективного осуществления основных принципов независимости судебных органов» (24 мая 1989 года). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_827#Text.

15. Європейська хартія про статус суддів : Рада Європи від 10.07.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236#Text.

16. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38#Text.

17. Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо стандартів незалежності судової влади та незмінюваності суддів : Комітет Міністрів Ради Європи від 01.01.2001 № 1(2001). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52#Text.

18. Велика хартія суддів (Основоположні принципи) : Консультативна рада європейських суддів: від 17.11.2010. URL: https://www.vkksu.gov.ua/ua/mijnarodne-spivrobitnitstvo/perelik-dokumentiv-radi-evropi-u-sferi-sudochinstva/

19. Монреальська універсальна декларація щодо незалежності правосуддя : Перша світова конференція щодо незалежності правосуддя від 1983 р. URL: https://www.vkksu.gov.ua/ua/mijnarodne-spivrobitnitstvo/perelik-dokumentiv-radi-evropi-u-sferi-sudochinstva/.

20. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#n3.

21. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text.

22. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n6577.

23. Щорічна доповідь про стан забезпечення незалежності суддів в Україні за 2019 рік. URL: https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/file/shchorichna_dopovid_za_2019_rik.pdf.

24. Про незалежність судової влади : Постанова Пленуму Верховного Суду від 13.06.2007 р. № 8. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07#Text.

25. Посібник зі статті 6 «Право на справедливий суд (цивільна частина). URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf.

26. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2013 року у справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_947.

27. Рішення Європейського суду з прав людини від 6 вересня 2005 року у справі «Салов проти України» (заява № 65518/01). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/980_428.

28. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

29. EuropeanCommission v RepublicofPoland. JudgmentoftheCourt (GrandChamber) of 24 June 2019. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir= &occ=first&part=1&cid=8326160.

30. Про Вищу раду правосуддя : Закон України від 21.12.2016 р. № 1798-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#Text.

31. Про затвердження Регламенту Вищої ради правосуддя : Рішення Вищої ради правосуддя від 21.12.2016 № 1798-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr52_910-17#Text.

32. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/T05_2747?an=6&ed=2020_07_17.

33. Щорічні доповіді (за 2017, 2018, 2019 роки) про стан забезпечення незалежності суддів в Україні. URL: https://hcj.gov.ua/page/shchorichna-dopovid-pro-stan-zabezpechennya-nezalezhnosti-suddiv-v-ukrayini.

УДК 343.98:343.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/137

ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ ФОРМУВАННЯ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА

THEORETICAL BASES OF FORMATION OF A TECHNIQUE OF INVESTIGATION CRIMINAL OFFENSES IN THE FIELD OF HOUSING CONSTRUCTION

Бруссо К.М., здобувач
Донецького юридичного інституту МВС України

У статті проведено аргументовано, що криміналістична характеристика як наукова категорія є теоретичним підґрунтям, на якому розробляється методика розслідування кримінальних правопорушень. Зміст криміналістичної характеристики становить комплекс відомостей про злочинну діяльність, що має пізнавальне (побудова описової моделі злочинної діяльності) та аналітичне (встановлення кореляційних зв'язків між елементами, що мають закономірний характер) значення. З урахуванням обох складових можливе формування криміналістичної методики як продукту наукового аналізу, з одного боку, і практичного інструментарію у вигляді конкретних програм (алгоритмів) розслідування – з іншого. До головних елементів криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва належать: спосіб підготовки, учинення та приховування злочинів; обстановка вчинення злочину; предмет злочинного посягання; відомості про осіб, які вчинили злочини, злочинні групи та потерпілих; слідова картина злочину. Пізнання закономірних зв'язків між зазначеними елементами (причинно-наслідкових, інформаційних, просторових і часових) сприяє успішному вирішенню завдань на всіх етапах розслідування та конкретизації застосованих криміналістичних прийомів і засобів.

Така повна та змістовна характеристика кожного конкретного кримінального правопорушення, що включає всі його індивідуальні особливості, є обов'язковою умовою повноцінного дослідження, що здійснюється з метою формування методики розслідування. Необхідною умовою ефективної діяльності працівників правоохоронних органів щодо розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва є аналіз й узагальнення практики розслідування у два етапи: належне вивчення та узагальнення змісту злочинної діяльності, поведінки злочинця під час підготовки, вчинення та приховування кримінального правопорушення, а також закономірностей виникнення слідів; аналіз та узагальнення позитивної практики щодо виявлення й розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва та встановлення закономірностей механізму виявлення слідів і прогнозування поведінки злочинця.

При формуванні методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва, особливу увагу слід звертати зв'язки елементів криміналістичної характеристики. Потребує опрацювання й нормативно-правова база, що регламентує порядок проведення певних робіт, тендерних закупівель, здійснення робіт з підвищеною небезпекою, організацію заходів з охорони праці на об'єктах проведення будівельних робіт, укладення договорів тощо.

Ключові слова: житло, будівництво, корупція, наукові дослідження, методика, розслідування, криміналістична характеристика.

In the article it is argued that forensic characteristics as a scientific category is the theoretical basis on which the methodology of investigation of criminal offenses is developed. The content of the forensic description is a set of information about criminal activity, which has a cognitive (construction of a descriptive model of criminal activity) and analytical (establishing correlations between elements that are natural) value. Taking into account both components, it is possible to form forensic methodology as a product of scientific analysis, on the one hand, and practical tools in the form of specific programs (algorithms) of investigation - on the other. The main elements of the forensic characteristics of criminal offenses in the field of housing include: the method of preparation, commission and concealment of crimes; the circumstances of the crime; the subject of criminal encroachment; information on perpetrators, criminal groups and victims; trace picture of the crime. Knowledge of the natural connections between these elements (causal, informational, spatial and temporal) contributes to the successful solution of problems at all stages of the investigation and specification of the applied forensic techniques and tools.

Such a complete and meaningful description of each specific criminal offense, including all its individual features, is a prerequisite for a full-fledged study carried out in order to form a methodology of investigation. A necessary condition for effective law enforcement officers to investigate criminal offenses in the field of housing is the analysis and generalization of the practice of investigation in two stages: proper study and generalization of criminal activity, criminal behavior during preparation, commission and concealment of criminal offenses, and patterns of criminal offenses. ; analysis and generalization of positive practice in detecting and investigating certain categories of criminal offenses in the field of housing and establishing patterns of the mechanism of detection of traces and prediction of criminal behavior ..

When developing a methodology for investigating criminal offenses in the field of housing, special attention should be paid to the links between the elements of forensic characteristics. The normative-legal base regulating the order of carrying out certain works, tender purchases, realization of works with the increased danger, the organization of measures on labor protection on objects of carrying out construction works, the conclusion of contracts, etc. also needs working out.

Key words: housing, construction, corruption, scientific research, methods, investigation, forensic characteristics.

В умовах стрімкого розвитку ринкової економіки в Україні проблема протидії корисливим посяганням на майно та іншим кримінальним правопорушенням у сфері житлового будівництва набуває особливої гостроти та актуальності, що потребує зведення в єдину теоретичну концепцію характеристик окремих їх виявів, зокрема різних видів розкрадань, кримінальних правопорушень у сфері службової діяльності, проти безпеки виробництва та інших, важливих з погляду пізнання загальних закономірностей злочинної діяльності та методологічних засад розслідування на нинішньому етапі розвитку кримінального процесуального права та оперативно-розшукової діяльності.

Розроблені наукою криміналістичні рекомендації є важливим інструментарієм слідчого, інших компетентних суб'єктів, що залученні до кримінального провадження – своєрідним алгоритмом дій у типових слідчих ситуаціях [1, с. 570].

З огляду на зростання рівня злочинності й потребу в оптимізації розслідування таких специфічних кримінальних правопорушень, особливою нагальністю вирізняється наукове розроблення низки методик з найбільш важливих ключових напрямів, що можливе лише за умови детального вивчення криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва.

Вперше про криміналістичну характеристику, як елемент методики згадується в дисертації Л. О. Сергєєва ще у 1966 році [2]. Так, прийнято вважати, що саме цей автор запровадив у науковий обіг термін «криміналістична характеристика», і тлумачив його як сукупність взаємопов'язаних чинників, що характеризують особливості способів учинення і слідів відповідних видів кримінальних правопорушень, об'єкта посягань, обставин, що характеризують учасників кримінальних правопорушень та їх злочинні зв'язки, час, місце,

умови й обстановку вчинення кримінального правопорушення [2; с. 10; 3, с. 40].

Не вдаючись до наукових, водночас провівши аналіз різних теоретичних поглядів вчених-криміналістів на криміналістичну характеристику кримінальних правопорушень, варто зазначити що криміналістична характеристика кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва – це система відомостей, розроблена наукою і практикою, що відрізняє кримінальні правопорушення у сфері житлового будівництва від інших видів кримінальних правопорушень та визначає програму слідчих (розшукових) дій (СРД), негласних слідчих (розшукових) дій (НСРД), спрямованих на виявлення, розкриття і розслідування кримінальних правопорушень, а також сприяє правильній оцінці слідчої ситуації, що склалася, та визначає перспективно-прогностичну оцінку ходу досудового розслідування.

Криміналістична характеристика як наукова категорія є теоретичним підґрунтям, на якому розробляється методика розслідування кримінальних правопорушень. Зміст криміналістичної характеристики становить комплекс відомостей про злочинну діяльність, що має пізнавальне (побудова описової моделі злочинної діяльності) та аналітичне (встановлення кореляційних зв'язків між елементами, що мають закономірний характер) значення. З урахуванням обох складових можливе формування криміналістичної методики як продукту наукового аналізу, з одного боку, і практичного інструментарію у вигляді конкретних програм (алгоритмів) розслідування – з іншого.

До головних елементів криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва належать: спосіб підготовки, учинення та приховування злочинів; обстановка вчинення злочину; предмет злочинного посягання; відомості про осіб, які вчинили злочини, злочинні групи та потерпілих [5]; слідова картина злочину. Пізнання закономірних зв'язків між зазначеними елементами (причинно-наслідкових, інформаційних, просторових і часових) сприяє успішному вирішенню завдань на всіх етапах розслідування та конкретизації застосованих криміналістичних прийомів і засобів.

Подібну думку стосовно основних елементів криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень поділяє і В. П. Бахін. Учений вважає, що саме вони вирізняються чіткою пошуково-розшуковою спрямованістю та роблять криміналістичну характеристику практичним інструментом розслідування. В. П. Бахін і Б. Є. Лук'янчиков зазначають, що це найбільш типовий набір криміналістично значущих ознак, які покликані забезпечити службову функцію криміналістичної характеристики. Однак щодо окремих видів кримінальних правопорушень цей набір може видозмінюватися, тобто скорочуватися або розширюватися [6; 7].

Слушно додати, що між даними елементами існують взаємозв'язки [8, с. 393], знання яких дає можливість слідчому (дізнавачу) визначити оптимальні шляхи для пошуку та затримання правопорушників. Проте варто пам'ятати і про вихідні ідеї, що закладені у криміналістичній методиці розслідування кримінальних правопорушень пов'язаних із незаконним поводженням з небезпечними матеріалами, адже як система взаємообумовлених і взаємопов'язаних СРД, НСРД та інших заходів, що покликана забезпечувати розслідування та попередження злочинів, вона будується відповідно до певних принципів: суворої відповідності нормам закону; наукової обґрунтованості; зумовленості її характеру і змісту обставинами, що необхідно встановити; поетапності розслідування, що відображає особливості виявлення і збирання доказової інформації; оптимальної організації і тактики проведення необхідних слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, що забезпечують вирішення завдань кримінального провадження; комплексного використання засобів та можливостей для швидкого і повного вирішення завдань кримінального провадження.

Формуючи криміналістичну характеристику кримінальних правопорушень пов'язаних зі сферою житлового будівництва необхідно користуватись не тільки криміналістичною наукою, а й використовувати відомості про кримінальні правопорушення з суміжних наук, таких, як кримінальне та адміністративне право, кримінологія, оперативно-розшукова діяльність тощо. Саме тому, ми цілком погоджуємось з думкою М. П. Яблокова, який зазначив, що при формуванні структури криміналістичної характеристики, з огляду на сутність об'єкта, який вона характеризує, необхідно враховувати і використовувати деякі істотні кримінально-правові і кримінологічні відомості про кримінальне правопорушення. [9, с. 8].

Так, положення кримінального права, що встановлюють караність діянь і характер обставин, що визначають відповідальність, є похідною розробки окремих методик розслідування й орієнтиром для визначення предмета доказування щодо конкретних видів кримінальних правопорушень [1, с. 299].

Врахування норм кримінального законодавства та положень кримінального права необхідне при розробці криміналістичної класифікації кримінальних правопорушень, розподілі їх на види, підвиди (групи). При розробці окремих методик розслідування, а також конкретних типових характеристик окремих видів кримінальних правопорушень, завжди враховується, так само як в нормах Кримінального кодексу України визначається те чи інше кримінальне правопорушення, які ознаки включені до опису їх складу, які додаткові обставини мають значення для кримінально-правової класифікації (повторність, попередня змова, види співучасті) [10, с. 79].

Найчастіше використовується загальна характеристика способу вчинення кримінального правопорушення. І тоді на основі узагальнених даних про те, хто раніше вчиняв такі кримінальні правопорушення подібним чином, є можливість встановити досить конкретний напрям пошуку фігурантів кримінального провадження. Зрозуміло, це не будуть дані щодо конкретної особи, а характеристика певної (вузької або широкої) групи людей (судимі, неповнолітні тощо), серед яких слід шукати підозрюваного.

При цьому норми кримінального процесуального права, що регламентують порядок кримінального провадження, теж впливають на зміст криміналістичної методики досудового розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва.

Кримінальний процесуальний кодекс (КПК) України [11], що обумовив суттєві зміни під час досудового розслідування, вплинув на розвиток і вдосконалення криміналістичної методики. Наприклад, проведення процесуальних дій в режимі відеоконференції забезпечує оперативність судового провадження, безпеку осіб – учасників кримінального провадження тощо, що знаходить своє відображення в рекомендаціях та структурі окремих методик розслідування в тому числі і кримінальних правопорушень пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами [1, с. 571].

До того ж загальне завдання криміналістичної методики розслідування безпосередньо пов'язане із досягненням завдань кримінального провадження, що передбачені статтею 2 КПК і полягає у захисті особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охороні прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпеченні швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий 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 [11].

Власне на підставі загального завдання, у криміналістичній методиці кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва формуються власні завдання, а саме: систематичне узагальнення слідчої, експертної та судової практики; вивчення стану, структури та динаміки злочинності; аналіз кримінального, кримінального процесуального та іншого галузевого законодавства, пов'язаного з встановленням юридичної відповідальності за кримінальне правопорушення [12, с. 229; 13, с. 104].

З урахуванням зазначеного у криміналістичній характеристиці кримінальних правопорушень необхідно чітко розмежовувати:

а) теоретичну концепцію як основу формування окремих методик розслідування кримінальних правопорушень;

б) робочий інструмент розслідування як систему зібраних і узагальнених даних про криміналістично значимі ознаки певного виду (групи) кримінальних правопорушень.

Результати вивчення наукових праць вітчизняних та зарубіжних учених свідчать про те, що за даною тематикою вивчалися теоретичні та практичні проблеми лише щодо окремих видів кримінальних правопорушень, тобто в Україні ще не проводилося комплексного дисертаційного дослідження з проблем розслідування корупційних кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва. Тому наявні наукові напрацювання доцільно згрупувати за такими блоками: у яких розглянуто проблеми розслідування окремих видів (груп) економічних (господарських) кримінальних правопорушень; у яких досліджено проблемні питання виявлення та розслідування кримінальних правопорушень у будівельній галузі; у яких досліджено проблемні питання виявлення та розслідування корупційних кримінальних правопорушень.

Важливе значення для розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва мають праці вчених, що присвячені вивченню порядку законодавчого врегулювання діяльності фізичних та юридичних осіб у сфері будівництва. До цієї групи наукових напрацювань належать праці О. В. Сударенко «Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні» (2006 р.), О. М. Антипової «Правове регулювання інвестиційної діяльності» (2007 р.), Г. М. Шовкопляс «Регулювання господарських правовідносин при фінансуванні будівництва житла» (2010 р.), К. В. Пивоваров «Удосконалення державної політики в сфері житлового будівництва України» (2011 р), Т. В. Шевчук «Функціонування та розвиток фондів фінансування будівництва житла» (2012 р.) та інших учених. І хоча перелічені вище праці безпосередньо не стосуються проблематики виявлення та документування таких кримінальних правопорушень, однак окремі положення, які в них досліджено та розкрито, мають значення для розроблення заходів протидії досліджуваній категорії кримінальних правопорушень.

Найбільшу ж кількість робіт присвячено проблематиці розслідування шахрайств у сфері будівництва. З розвитком сучасних технологій і трансформацією законодавчих механізмів регулювання різних господарських, банківських та інших операцій значно активізувалися спроби вчинення шахрайських дій щодо коштів, майна тощо. Насамперед, звертають на себе увагу роботи О. В. Курмана «Методика розслідування шахрайства з фінансовими ресурсами» (2002 р.), С. С. Чернявського та А. В. Микитчика «Розслідування шахрайств у сфері фінансування будівництва житла», Х. М. Михайлової «Основи виявлення та розслідування шахрайства, учиненого групою осіб у сфері інвестування будівництва» (2009 р.), І. М. Попової «Розслідування шахрайств, пов'язаних із залученням коштів громадян на будівництво житла» (2011 р.), Є. В. Бєлова «Шахрайство з нерухомістю у житловій сфері (способи вчинення і проблеми кваліфікації)» (2012 р.), Н. Ю. Макарової «Методика розслідування шахрайства, вчиненого у сфері малоповерхового будівництва» (2014 р.), Г. М. Чернишова «Фінансове шахрайство в інвестиційно-будівельній сфері: кримінологічне дослідження» (2016 р.).

Особливо слід зупинити увагу на науковій праці А. П. Запотоцького «Теоретичні основи та практика розслідування злочинів у сфері будівництва» у якій запропоновано порядок (програму) збирання стороною обвинувачення доказів учинення розкрадань у сфері будівництва шляхом проведення комплексу пов'язаних єдиним тактичним задумом слідчих (розшукових), інших процесуальних дій та організаційних (контрольних) заходів, у тому числі вилучення (шляхом тимчасового доступу або обшуку) й огляду проектно-кошторисної та іншої документації; застосування методів контролю (інвентаризації, контрольних обмірів, економіко-криміналістичного та документального аналізу); проведення ревізії (аудиту, службових та інших перевірок) будівельної організації; допиту свідків, потерпілих і підозрюваних; призначення та проведення окремих видів експертиз. теоретично обґрунтовано удосконалення нормативної моделі збирання доказів розкрадань у сфері будівництва шляхом упровадження сучасних форм і методів роботи з документальними джерелами інформації та фактичними даними, до яких належать інвентаризація, контрольний обмір, економічний і документальний аналіз, ревізія (аудит), а також пов'язані з ними слідчі (розшукові) й інші процесуальні дії [3].

Відтак зазначені роботи сформували необхідну теоретичну основу з розслідування корупційних кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва. Однак після прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України (2012 р.), який кардинально змінив становище органів досудового розслідування у правоохоронній системі та положення щодо їх участі у розслідуванні кримінальних правопорушень, постала необхідність сучасного наукового розроблення проблеми з протидії корупційних кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва.

Таким чином, криміналістична характеристика кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва складається не лише з відомостей загальної криміналістичної характеристики, а й власних складових частин, що допомагають визначити шляхи і методи проведення досудового розслідування; надають можливість зосередити зусилля фахівців на отриманні інформації про умови, в яких було вчинено кримінальне правопорушення; вказують на предмет безпосереднього посягання, час, місце та спосіб вчинення кримінального правопорушення; окреслюють мотив і мету кримінального правопорушення; висвітлюють механізм слідоутворення; вказують на матеріальні цінності, грошові кошти, будівельні матеріали, інструменти, будівельну техніку та інші безпосередні об'єкти, щодо яких було здійснено злочинне посягання [14, с. 29].

Така повна та змістовна характеристика кожного конкретного кримінального правопорушення, що включає всі його індивідуальні особливості, є обов'язковою умовою повноцінного дослідження, що здійснюється з метою формування методики розслідування. Не випадково А. А. Ейсман підкреслює, що криміналістична характеристика одиничного злочину не становить інтересу для науки, оскільки наука вивчає та узагальнює типове, таке, що повторюється [15]. Однак вважаємо, що таке формулювання не є достатнім при формуванні методики розслідування кримінальних правопорушень, оскільки саме лише дослідження «типового» допускає можливість упущення не менш важливих елементів, що негативно позначиться під час використання методики практичними працівниками правоохоронних органів. Адже розслідування будь-яких кримінальних правопорушень, у тому числі й у сфері

житлового будівництва, буде ефективним лише в тому разі, якщо воно ґрунтується на опрацьованих та узагальнених результатах слідчої й судової практики, поєднуючись з використанням криміналістичних рекомендацій та наукових знань.

Удосконалення наявних та виникнення нових способів учинення кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва зумовлює необхідність ужиття відповідних заходів протидії. Одним із таких заходів є саме розроблення й упровадження в слідчу практику нових криміналістичних методик, адже розслідування кримінальних правопорушень – це діяльність, яка, насамперед, потребує наявності відповідних знань та професійних навичок, терпіння й відповідальності. Кримінальні правопорушення у сфері будівництва не становлять виключення, оскільки є надзвичайно складними для розслідування внаслідок багатогранності технологічних процесів житлового будівництва та великої кількості способів учинення й приховування. Крім того, про ефективне розслідування може йтися лише за умови достатнього криміналістичного забезпечення практичних підрозділів. Для виконання поставленого завдання практичні працівники можуть використати методики розслідування. Вони є головними й самостійними складовими науки криміналістики, які акумулюють та на практиці апробують усі досягнення наукових і прикладних досліджень.

Як інформаційна модель певного виду або групи кримінальних правопорушень, криміналістична характеристика є надзвичайно важливою під час розроблення як комплексної криміналістичної методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері будівництва, так і окремих методик розслідування різних категорій корупційних кримінальних правопорушень, наприклад привласнень, зловживань тощо.

Отже, необхідною умовою ефективної діяльності працівників правоохоронних органів щодо розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва є аналіз й узагальнення практики розслідування у два етапи: належне вивчення та узагальнення змісту злочинної діяльності, поведінки злочинця під час підготовки, вчинення та приховування кримінального правопорушення, а також закономірностей виникнення слідів; аналіз та узагальнення позитивної практики щодо виявлення й розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва та встановлення закономірностей механізму виявлення слідів і прогнозування поведінки злочинця.

При формуванні методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва, особливу увагу слід звертати зв'язки елементів криміналістичної характеристики. Потребує опрацювання й нормативно-правова база, що регламентує порядок проведення певних робіт, тендерних закупівель, здійснення робіт з підвищеною небезпекою, організацію заходів з охорони праці на об'єктах проведення будівельних робіт, укладення договорів тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Криміналістика: підручник / В. В. Пясковський, Ю. М. Чорноус, А. В. Самодін та ін.; за заг. ред. В. В. Пясковського. 2-ге вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2020. 752 с.
2. Сергеев Л. А. Расследование и предупреждение хищений, совершаемых при производстве строительных работ: автореф. дис… канд. юрид. наук 12.00.09. «Уголовный процесс, криминалистика, судебная экспертиза». Москва, 1996. 26 с.
3. Запотоцький А. П. Теоретичні основи та практика розслідування злочинів у сфері будівництва: дис. … докт. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 510 с.
4. Салтевський М. В. Криміналістика: підручник. Київ : Кондор, 2005. 588 с.
5. Ахмедшин Р. Л. Изучение личности преступника в методике расследования преступлений. Томск: Изд-во ун-та, 2000. 138 с.
6. Бахин В. П. Предмет науки криминалистики : лекция. Киев, 1999. 27 с.
7. Лук'янчиков Є. Д. Є. Щодо поняття криміналістичної характеристики злочинів. Історико-правовий часопис. 2013. № 2. URL: http://historylaw.eenu.edu.ua/publ/2_2013/rozdil_iv_kriminalne_ta_kriminalno_vikonavche_pravo_kriminologija_kriminalnij_proces/e_luk_janchikov_shhodo_ponjattja_kriminalistichnoji_kharakteristiki_zlochiniv/20-1-0-74
8. Белкин Р. С. Курс криминалистики: учеб. пособ. 3-е изд. Москва: ЮНИТА-ДАНА, Закон и право, 2001. 837 с.
9. Яблоков Н. П. Криминалистика: учебник для вузов. Москва, 2001. 718 с.
10. Кубрак П. М. Актуальні питання розслідування злочинів у сучасних умовах: тактика, методика, інформаційне забезпечення: зб. наук. праць. Київ : Укр. акад. внутр. справ, 1996. С. 78–84.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України.* URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.
12. Маслюк О. В. Проблеми сучасного стану боротьби з незаконним поширенням радіоактивних матеріалів в Україні. *Актуальні проблеми політики*. 2004. № 20. С. 228–235.
13. Криміналістика : підручник / К. О. Чаплинський, О. В. Лускатов, І. В. Пиріг, В. М. Плетенець, Ю. А. Чаплинська. 2-е вид, перероб. і доп. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2017. 480 с.
14. Запотоцький А. П. Значення криміналістичної характеристики злочинів у сфері будівництва для формування методики їх розслідування. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.* 2017. № 1 (13). С. 25–35.
15. Ейсман А. А. Про зміст криміналістичної характеристики злочину. *Криміналістична характеристика злочину.* М., 1984. 100 с.

УДК 347.962(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/138

ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ СУДОВОЇ ВЛАДИ

PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT FOR THE PROTECTION OF THE JUDICIARY

Хомініч С.В., суддя
Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області

У статті охарактеризовані принципи адміністративно-правового забезпечення охорони судової влади. Сформульовано їх характерні ознаки, до яких віднесено: 1) об'єктивний характер, оскільки їх внутрішні властивості спрямовані на відображення історично сформованих закономірностей в забезпеченні охорони судової влади і учасників судового процесу; 2) загальний характер - принципи закріплюють найбільш загальні підходи до охорони судової влади і безпеки правосуддя; 3) є універсальними керівними положеннями, обов'язковими для виконання всіма органами і установами системи правосуддя, а також учасниками процесу; 4) мають законодавче закріплення. Встановлено відсутність в діючих нормативно-правових актах і недостатня розробленість у науковій літературі спеціальних норм-принципів щодо забезпечення громадського порядку та безпеки в судах. Розкрито систему принципів адміністративно-правового забезпечення охорони судової влади, яка включає три підсистеми: інституційну; функціональну; організаційну. Констатовано відсутність комплексного підходу до формування концепції охорони судової влади, спрямованої на відображення сучасних підходів до забезпечення її безпеки, а також визначення цілей, завдань і принципів цієї державно-владної діяльності. Доведено, що конституційні норми-принципи є основою адміністративно-правової охорони судової влади і спрямовані на створення необхідних умов для її ефективного забезпечення, вироблення дієвих механізмів реалізації такої охорони, координацію і активне використання всього арсеналу правових норм, задіяних в процесі забезпечення безпечного функціонування інститутів судової влади. Підкреслено, що формування цілісної системи адміністративно-правової охорони судової влади має базуватися на основоположних ідеях, нормах-принципах, спрямованих на створення необхідних умов для її ефективного забезпечення, вироблення дієвих механізмів реалізації такої охорони, координації та активного використання всього арсеналу правових норм, задіяних в процесі забезпечення безпечного функціонування інститутів судової влади.

Ключові слова: принципи, адміністративно-правове забезпечення, охорона судової влади, учасники судового процесу, безпека правосуддя, нормативно-правові акти, конституційні норми-принципи, громадський порядок та безпека в судах, система судоустрою, адміністративне право, адміністративне законодавство, Конституція.

The article describes the principles of administrative and legal support of the judiciary. Their characteristic features are formulated, which include: 1) objective nature, as their internal properties are aimed at reflecting the historically formed patterns in ensuring the protection of the judiciary and participants in the trial; 2) general nature - the principles enshrine the most general approaches to the protection of the judiciary and the security of justice; 3) are universal guidelines, binding on all bodies and institutions of the justice system, as well as participants in the process; 4) have legislative consolidation. The absence of existing normative legal acts and insufficient elaboration in the scientific literature of special norms-principles for ensuring public order and safety in courts have been established. The system of principles of administrative and legal support of the judiciary is revealed, which includes three subsystems: institutional; functional; organizational. It is stated that there is no comprehensive approach to the formation of the concept of protection of the judiciary, aimed at reflecting modern approaches to ensuring its security, as well as defining the goals, objectives and principles of this state activity. It is proved that constitutional norms-principles are the basis of administrative and legal protection of the judiciary and are aimed at creating the necessary conditions for its effective provision, development of effective mechanisms for such protection, coordination and active use of the whole arsenal of legal norms involved in ensuring safe operation of judicial institutions. authorities. It is emphasized that the formation of a holistic system of administrative and legal protection of the judiciary should be based on fundamental ideas, norms and principles aimed at creating the necessary conditions for its effective provision, development of effective mechanisms for such protection, coordination and active use of the arsenal of legal norms. the process of ensuring the safe functioning of judicial institutions.

Key words: principles, administrative and legal support, protection of judicial power, participants of judicial process, security of justice, normative legal acts, constitutional norms-principles, public order and safety in courts, judicial system, administrative law, administrative legislation, Constitution.

Обґрунтування вибору теми дослідження. Нормативно-правове забезпечення діяльності судової гілки влади включає законодавчі, підзаконні та внутрівідомчі правові акти різних галузей законодавства, таких як конституційне, адміністративне, кримінальне, трудове і т.д., призначення яких полягає у забезпеченні нормального функціонування судової влади та ефективному здійсненні правосуддя.

Комплексний підхід до визначення ролі адміністративного права в правовому забезпеченні судової влади дозволяє твердити, що за допомогою норм останнього, поряд із реалізацією принципу законності функціонування системи правосуддя, забезпечується широкий комплекс супутніх елементів більш складного соціально-правового явища під назвою судова влада. Зазначене твердження знаходить відображення у статті 124 Конституції України, відповідно до якої правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються [1].

І якщо функції судів передбачають реалізацію судами наданих їм процесуальним законом юрисдикційних повноважень у кримінальному, адміністративному, цивільному, господарському судочинстві, то функції судової влади мають набагато ширший характер та передбачають, в тому числі, й забезпечення охорони суду (суддів) від протиправних посягань. Тому не виглядає переконливою позиція М.В. Пєнцова, який розкриває зміст функцій судової влади, як напрямки діяльності, спрямовані суто на здійснення правосуддя, у рамках і порядку, передбачених Конституцією, законами та іншими нормативно-правовими актами України [2, с. 358]. Уявляється, що такий підхід значно звужує розуміння судової влади та її компетенцію.

Таким чином, наука адміністративного права й дотепер не виробила єдиного комплексного підходу до формування концепції охорони судової влади, спрямованої на відображення сучасних підходів до забезпечення її безпеки, а також визначення цілей, завдань та принципів цієї державно-владної діяльності.

Стан дослідження. Дослідження принципів діяльності субєктів адміністративних правовідносин не відноситься до малодосліджених напрямків науки адміністративного права, оскільки знайшло відображення в роботах багатьох провідних учених, таких як М.І. Ануфрієв, В.Г. Андросюк,

О.М. Бандурка, В.Т. Білоус, О.В. Бойко, К.Л. Бугайчук, В.А. Гуменюк, Л.І. Казміренко, М.А. Коваль, Т.О. Коломоєць, Е.С. Литвненко, Н.Р. Нижник, А.М. Подоляка, Г.П. Ситник, М.О. Тучак, К.І. Федорова, С.О. Шатрава, Г.О. Юхновець та ін. У той же час, актуальність та значущість принципів адміністративно-правового забезпечення охорони судової влади зумовлює проведення подальших наукових розробок у цьому напрямку наукового пошуку.

Мета дослідження полягає в тому, щоб на основі чинного адміністративного законодавства та наукової літератури здійснити аналіз принципів адміністративно-правового забезпечення охорони судової влади, з метою їх подальшої систематизації.

Виклад основних положень. Формування цілісної системи адміністративно-правової охорони судової влади має базуватися на основоположних ідеях, нормах-принципах, спрямованих на створення необхідних умов для її ефективного забезпечення, вироблення дієвих механізмів реалізації такої охорони, координації та активного використання всього арсеналу правових норм, задіяних в процесі забезпечення безпечного функціонування інститутів судової влади.

За справедливим твердженням І. Туркіної, судова влада – це самостійний суб'єкт державного управління, який займає важливе місце в системі державної влади, і впливає на процес управління, реалізуючи свої державно-владні повноваження у встановлених державою особливих процесуальних формах і процедурах [3, с. 44]. Але, не зважаючи на доволі жвавий інтерес науковців до проблематики адміністративно-правової охорони судової влади, питання принципів забезпечення її охорони, у переважній більшості відображені в роботах представників інших галузей правової науки [4-7].

Разом з цим, на адміністративно-правовому рівні концептуальні основи проблеми особистої безпеки, правового захисту працівників суду під час їхньої професійної діяльності досліджували провідні науковці, такі як: О.М. Бандурка [8], В.Т. Білоус [9], Т.О. Коломоєць [10], В.Т. Маляренко [11] та ін.

Аналіз вищевказаних публікацій дає підстави для висновку, що адміністративно-правовий інститут охорони судової влади, поряд із загальними положеннями, володіє певною сукупністю принципів, які демонструють його унікальність.

Організаційні (судоустрійні) норми-принципи, відповідно до гіпотези професора І.Є. Марочкіна, спрямовані на врегулювання адміністративно-правових відносин, які виникають з приводу організації судової системи, структури її органів, статусу судді, тобто у контексті адміністративних відносин [12, с. 15]. До висловленого твердження слід додати, що основоположні принципи організації судової влади й судоустрою, гарантії безпечного відправлення правосуддя закріплені у Конституції України.

У той же час, у адміністративному законодавстві основний акцент зроблено на нормативному закріпленні принципу верховенства права в діяльності органів судової влади, і лише опосередкованому згадуванні про принцип законності. Зокрема, стаття 8 Конституції України закріплює принцип верховенства права у якості основоположної правової ідеї в діяльності усіх органів державної влади та їх посадових осіб [1].

Поряд з цим, принцип законності в діяльності органів державної влади немов би презюмується в конституційному законодавстві та виступає в якості логічного результату дії принципу верховенства права. Наприклад, встановлюючи у статті 19 Конституції засадничі положення правового порядку в Україні, законодавець зазначає, 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 [1]. Таким чином, законодавець здійснив вдалу спробу підкреслити похідний характер режиму законності в діяльності органів публічної адміністрації, в процесі застосування принципу верховенства права.

Реалізація принципу законності у сфері забезпечення громадського порядку та безпеки в судах забезпечується системою процесуальних гарантій, які, своєю чергою, складають зміст інших принципів зазначеної діяльності, таких як: а) адекватності та співмірності охорони судової влади; б) комплексності та системності; в) компетентності та професіоналізму; г) безперервності охорони судової влади.

Зокрема, сутність принципу адекватності та пропорційності охорони судової влади проявляється у співвідношенні ступеня охорони звичайних громадян і представників влади. Зрозуміло, останні, будучи носіями владних функцій, вимагають більшої охорони, оскільки виступають в ролі представників державної влади та приймають рішення від імені держави. Разом с тим надмірний захист суддів, яскраво контрастує с правовою незахищеністю звичайних громадян, різко знижує авторитет влади і ефективність здійснюваних нею заходів.

Принцип комплексності охорони випливає із статті 1 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів та полягає у створенні безпечних умов щодо здійснення правосуддя не тільки для суддів усіх рівнів, але й інших категорій працівників апаратів судів, а також працівників правоохоронних органів від перешкоджання виконанню покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав, а так само від посягань на життя, здоров'я, житло і майно зазначених осіб та їх близьких родичів у зв'язку із службовою діяльністю цих осіб.

Водночас, системність охорони громадського порядку та безпеки в судах полягає у забезпеченні безпеки судової влади за допомогою врегульованої на законодавчому рівні системи органів охорони правопорядку, основною функцією яких є забезпечення публічного порядку та безпеки в судових установах. Зокрема, відповідно до статті 15 вищевказаного законодавчого акту, суб'єктами, уповноваженими на забезпечення безпеки суддів, працівників апарату суду та їх близьких родичів, виступають підрозділи Служби судової охорони; щодо судді Конституційного Суду України та його близьких родичів - відповідні підрозділи Національної поліції України; щодо співробітників Служби судової охорони та їх близьких родичів - відповідні підрозділи Служби судової охорони Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів.

Серед суб'єктів забезпечення охорони судової влади Закон України «Про судоустрій і статус суддів» також вказує на Національну гвардію України, правоохоронний орган, який поряд із Національною поліцією, тимчасово, на період до початку виконання в повному обсязі повноважень Служби судової охорони, здійснює підтримання громадського порядку в суді, припинення проявів неповаги до суду, а також охорону приміщень суду, органів та установ системи правосуддя, виконання функцій щодо державного забезпечення особистої безпеки суддів та членів їхніх сімей, працівників суду, забезпечення безпеки учасників судового процесу Про судоустрій і статус суддів.

Принципи професіоналізму та компетентності мають спільне коріння та встановлюють вимоги до суб'єкта забезпечення охорони судової влади, в контексті його кваліфікації. Разом з цим, вважаємо за доцільне виділити два підходи до розуміння вказаного принципу в контексті адміністративно-правового забезпечення охорони громадського порядку та безпеки в судах. Відповідно до першого підходу принципи професіоналізму та компетентності являють собою здійснення повноважень щодо реалізації

вищевказаної діяльності на постійній, оплатній основі, а також відсутність можливості займатися будь-якою іншою діяльністю за винятком педагогічної, творчої і наукової. Другий підхід розкриває досліджуваний принцип як сукупність вимог до освіти і стажу роботи суб'єкта, який здійснює охорону правосуддя, відповідно до його компетентності і якісної характеристики діяльності в цілому.

Так, відповідно до підпункту 29 пункту 19 Положення про Службу судової охорони, обов'язок щодо організації професійного навчання, професійної підготовки, стажування та атестування співробітників Служби покладено на Голову Служби судової охорони Положення про Службу судової. Аналогічні вимоги щодо організації професійного навчання суб'єктів забезпечення охорони судової влади викладені у ст.ст. 72-75 Закону України «Про Національну поліцію» Про Національну поліцію та ст. 10 Закону України «Про Національну гвардію України» Про Національну гвардію України.

Уявляється, що теоретичне визначення принципу професіоналізму в якості вимоги працювати на постійній основі і не займатися іншою діяльністю обґрунтований не в повній мірі. В даному контексті доцільно говорити про принцип несумісності, обґрунтований та визнаний в науці й практиці. Другий підхід до принципу професіоналізму з точки зору саме якості діяльності представляється найбільш аргументованим і вірним.

Принцип безперервності охорони судової влади означає, що процес забезпечення безпечного здійснення правосуддя повинен бути предметним, плановим, постійним, розвиватися та вдосконалюватися у формах, методах та правовому регулюванні.

Висновки. Отже, характеристика принципів адміністративно-правового забезпечення охорони судової влади дозволила автору сформулювати їх характерні ознаки, до числа яких віднесено: 1) об'єктивний характер, оскільки їх внутрішні властивості спрямовані на відображення історично сформованих закономірностей потреби у забезпеченні охорони судової влади та учасників судового процесу; 2) загальний характер - принципи закріплюють найбільш загальні підходи до охорони судової влади та безпеки правосуддя; 3) є універсальними керівними положеннями, обов'язковими для виконання усіма органами та установами системи правосуддя, а також учасниками судового процесу; 4) мають законодавче закріплення.

Під час характеристики спеціальних норм-принципів щодо забезпечення громадського порядку та безпеки в судах, слід звернути увагу на їх фактичну відсутність у чинних нормативно-правових актах та недостатню розробленість у науковій літературі. Зазначений факт обумовлюється сприйняттям судової влади у якості суб'єкту захисту правових відносин, а не його об'єкту.

Уявляється, що вищевказана підсистема принципів слугує логічним доповненням класичної моделі, за якої система принципів включає три підсистеми, а саме: інституціональну (загальні принципи судової влади); функціональну (принципи відправлення судочинства); організаційну (принципи організації системи судових органів або судоустрійні принципи).

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Пєнцов М.В. Функції судової влади в Україні та країнах СНД. *Форум права*. 2014. №2. С. 358-363.
3. Туркіна І. Судова влада в системі поділу влади: історичний аспект. Актуальні проблеми державного управління. 2011. №3. С. 42-44.
4. Бернюков А. М. Юридична герменевтика як методологія здійснення правосуддя (філософсько-теоретичний аналіз): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец.12.00.12 "*Філософія права*" / А. М. Бернюков. Львів, 2008. 18 с.
5. Куйбіда Р.О. Реформування правосуддя в Україні: стан і перспективи: [Монографія] / Р. О. Куйбіда. К. : Атіка, 2004. 288 с.
6. Маляренко В. Т. Практика судів з кримінальних справ 2001 – 2005 / В. Т. Маляренко, В. В. Сташис. К. : Юрінком Інтер, 2005. 464 с.
7. Пашков С. М. Організаційно-правові проблеми та перспективи діяльності судової міліції. *Держава і право*: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 37. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. С. 267 – 271.
8. Бандурка О.М. Управління в органах внутрішніх справ України : підруч. / Бандурка О.М. Харків : Вид-во Нац. ун-ту вн. справ, 1998. 480 с.
9. Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку) : навч. посіб. / [Нижник Н.Р., Ситник Г.П., Білоус В.Т.] ; за заг. Ред. П.В. Мельника. Ірпінь, Нац.акад. держ. подат. служби України, 2000. 304 с.
10. Коломоєць Т.О. Адміністративно-правове регулювання приватної нотаріальної діяльності / Т.О. Коломоєць, К.І.Федорова. К.: Істина, 2008. 184 с.
11. Маляренко В.Т. Статус суддів / Маляренко В.Т. // Юридична енциклопедія. НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького : у 6 т. / голов. редкол.: Шемшученко Ю.С. (голова) [та ін.]. К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 5. 2003. С. 628–630.
12. Організація судової влади в Україні : навч. посіб. / за ред.: І. Є. Марочкін, Н. В. Сібільова, Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого Нац. Х. : Право, 2009. 184 с.

УДК 340.143
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/139

ПРАВОВІ ПОГЛЯДИ А. ВОЛОШИНА НА ПІДКАРПАТСЬКУ РУСЬ ЯК АДМІНІСТРАТИВНО-ПОЛІТИЧНУ ОДИНИЦЮ

A. VOLOSHYN LEGAL VIEWS ON SUBCARPATHIAN RUS AS AN ADMINISTRATIVE AND POLITICAL UNIT

Геревич М.О., викладач
кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

Статтю присвячено проблематиці правових поглядів А. Волошина щодо адміністративно-політичного статусу Підкарпатської Русі.

Августин Волошин у своїй творчій спадщині та протягом політичної діяльності чехословацького періоду підняв низку важливих питань в контексті політико-правової ситуації на Підкарпатській Русі. Йдеться передусім про наповнення задекларованої «автономії на папері» реальним правовим статусом, включно із функціонуванням державної регіональної мови (руської (української)), вільного користування офіційною крайовою символікою, зокрема вживання синьо-жовтого прапора. Головним стримуючим фактором на шляху еволюційних державотворчих процесів у краї А. Волошин вбачав у неприхованому намаганні чехословацької політичної верхівки посилити унітарну форму правління держави, запеклій протидії децентралізації владних повноважень, в небажанні повноцінно реалізувати автономний статус Підкарпатської Русі де-факто і де-юре.

Августин Волошин був не тільки дуже активним учасником переломних суспільних трансформацій в Центральній Європі, не тільки постійно ініціював, розробляв і ухвалював колегіальні політичні та правові рішення кардинального характеру, формулював, відстоював і популяризував оптимальні політико-правові зміни щодо усунення суперечностей та вдосконалення державно-правового становища міжвоєнного Закарпаття (свого рідного краю), але й системно, послідовно і скрупульозно відстежував усі адміністративно-політичні новації центральної чехословацької влади особисто й публічно в режимі реального часу.

Насамперед варто говорити про глибоко аналітичні та діяльнісні управлінські конструкти Августина Волошина стосовно одного з важливих політико-правових етапів суспільно-політичної ситуації на Закарпатті міжвоєнного періоду – розвитку на правах квазіавтономної землі Підкарпатська Русь в складі унітарної Чехословацької Республіки (січень 1919 – жовтень 1938), як основи для майбутнього проголошення незалежної Карпатської України.

Ключові слова: А. Волошин, політичні та правові погляди, Підкарпатська Русь, державотворчі процеси, право, українське державотворення.

The article is devoted to the issue of A. Voloshyn legal views on the administrative and political status of Subcarpathian Rus.

In his creative legacy and during the political activity of the Czechoslovak period, Augustyn Voloshyn raised a number of important issues in the context of the political and legal situation in Subcarpathian Rus. It is primarily a matter of filling the declared “autonomy on paper” with a real legal status, including the functioning of the state regional language (Russian (Ukrainian)), free use of official regional symbols, in particular the use of the blue-yellow flag. The main deterrent to the evolutionary state-building processes in the region, A. Voloshin saw in the undisguised attempt of the Czechoslovak political leadership to strengthen the unitary form of government, fierce opposition to decentralization of power, unwillingness to fully realize the de facto de facto and de facto autonomous status of Subcarpathian Rus.

Augustyn Voloshyn was not only a very active participant in the crucial social transformations in Central Europe, not only constantly initiated, developed and adopted collegial political and legal decisions of a cardinal nature, formulated, defended and promoted optimal political and legal changes to eliminate contradictions and improve state law interwar Transcarpathia (his native land), but also systematically, consistently and scrupulously monitored all administrative and political innovations of the central Czechoslovak government personally and publicly in real time.

First of all, we should talk about Augustyn Voloshyn deeply analytical and operational management constructs regarding one of the important political and legal stages of the socio-political situation in Transcarpathia in the interwar period - the development of quasi-autonomous land in Subcarpathian Rus as part of the unitary Czechoslovak Republic as bases for the future proclamation of independent Carpathian Ukraine.

Key words: A. Voloshyn, political and legal views, Subcarpathian Rus, state-building processes, law, Ukrainian state-building.

Постановка проблеми. Видатний український державний діяч Августин Волошин був не тільки дуже активним учасником переломних суспільних трансформацій в Центральній Європі, не тільки постійно ініціював, розробляв і ухвалював колегіальні політичні та правові рішення кардинального характеру, формулював, відстоював і популяризував оптимальні політико-правові зміни щодо усунення суперечностей та вдосконалення державно-правового становища міжвоєнного Закарпаття (свого рідного краю), але й системно, послідовно і скрупульозно відстежував усі адміністративно-політичні новації центральної чехословацької влади особисто й публічно в режимі реального часу.

Насамперед варто говорити про глибоко аналітичні та діяльнісні управлінські конструкти Августина Волошина стосовно одного з важливих політико-правових етапів суспільно-політичної ситуації на Закарпатті міжвоєнного періоду – розвитку на правах квазіавтономної землі Підкарпатська Русь в складі унітарної Чехословацької Республіки (січень 1919 – жовтень 1938) , як основи для майбутнього проголошення незалежної Карпатської України.

Мета статті: з’ясувати концептуальні підходи й публічні оцінки А. Волошина щодо політичного і правового становища Підкарпатської Русі як адміністративно-політичної одиниці Чехословацької Республіки

Стан дослідження. Серед авторів важливих наукових і науково-популярних праць, в яких частково або дещо глибше аналізуються політичні та правові погляди А. Волошина, його суспільна діяльність і внесок в українське державотворення, слід виділити таких дослідників і популяризаторів минулого, як В. Бірчак, М. Бращайко, В. Гренджа-Донський, А. Штефан, П. Кукурудза, А. Кущинський, В. Лар, П. Стерчо, С. Яковенко, Д. Бандусяк, О. Мишанич, П. Чучка, Т. Беднаржова, Ю. Балега, В. Худанич, О. Довганич, О. Хланта, В. Бедь, В. Туряниця, М. Зимомря, І. Чаварга, В. Задорожний, О. Богів, М. Токар, С. Віднянський, М. Вегеш, М. Кляп, В. Тарасюк, Д. Бендас, І. Дацків, Л. Ньорба, Т. Сабадош, Н. Грибенюк, П. Федака, С. Федака, В. Габор, Р. Офіцинський, С. Бобела, А. Машкаринець-Бутко та ін. Тим часом залишаються малодослідженими і маловідомими погляди А. Волошина щодо державно-правового становища міжвоєнного Закарпаття.

Виклад основного матеріалу. Від самого початку входження рідного краю (Підкарпатської Русі) до Чехословаччини Августин Волошин послідовно й неодноразово визначав цей міжнародно-правовий факт як цілком добровільне і продумане рішення місцевої політичної еліти. Це рішення було історично обумовлене повним ігноруванням

політичних, економічних, соціальних, освітніх, культурних і релігійних інтересів русинів-українців у 1918 – 1919 рр. Йдеться про часовий проміжок після ліквідації монархії Габсбургів за «демократичного уряду» незалежної Угорщини і періоду «панування мадярських большевиків». При цьому окремо А. Волошин наголошував на чисельних зловживаннях під час «окупації румунської» значної частини регіону (колишніх комітатів Мараморош, Угоча і частково Берег), що тривало до серпня 1920 р. [9, 77].

Августин Волошин цілеспрямовано, непохитно й наполегливо обстоював ідею про юридичне оформлення розширеної адміністративно-церковної автономії споріднених «греко-католицьких руських єпархій» в Чехословацькій Республіці – Мукачівської та Пряшівської. З його точки зору, ця автономія слугувала б меті неухильного розвитку освіти рідною мовою і повнокровному забезпеченні належного соціального статусу священників і вчителів в обох уже тоді штучно роз'єднаних адміністративно регіонах – Закарпатті та Пряшівщині, що були історично, етнічно, демографічно, культурно й релігійно одним регіоном з найдавніших часів.

Виходячи з власного досвіду педагога і священника, А. Волошин резонно вважав, що таким чином, принаймні в освітній та релігійній сферах, вдалося б зупинити повзучу асиміляцію українського населення (передусім словакізацію Пряшівщини), нейтралізувати і ліквідувати «розділяючий нас мур несправедливої русько-словенської границі, котра розлучила брата від брата, роздробила наш маленький народ на ще менші частини, котрі самотньо не могуть ся обороняти» [8]. Малося на увазі адміністративне розмежування між зонами компактного проживання українців і словаків, кажучи мовою сучасної термінології, зі збереженням самобутності українського історико-етнографічного регіону Лемківщина, що займає значну частину сучасної Східної Словаччини.

Широкомасштабну повноцінну реалізацію національно-культурних прав русинів-українців краю Августин Волошин бачив через призму продуманої, ефективної та збалансованої інформаційної та просвітницької політики в сприятливих умовах демократичного режиму Чехословацької Республіки. Особливе і провідне місце він закономірно відводив розгалуженій мережі масових періодичних видань рідною мовою. Це зовсім не випадково, адже А. Волошин протягом майже трьох десятиліть одночасно був прогресивним головним редактором, законослухняним і сумлінним видавцем щотижневої суспільно-політичної газети «Наука», що 1 січня 1919 р. отримала актуальнішу назву «Руська Краина» (за короткочасною офіційною назвою регіону), а від 1922 р. – «Свобода» (універсальнішу за політичним і правовим змістом). Ця остання назва виявилася дуже символічною в жорстких обставинах ворожої дезінформації та пропаганди (переважно з боку Угорщини), коли пересічному населенню краю безоплатно й масово роздавалися газети й агітаційні матеріали «мадярських, мадяронських і русофільських кругів» [4]. Ці матеріали були спрямовані на підрив чехословацької державності на Закарпатті та її делегітимацію. А. Волошин, навпаки, виявляв пошану до свого тоді чехословацького громадянства.

Для Августина Волошина унікальний історичний та державний період, відколи «чехословацьке військо освободило русинів», був важливим часом справжнього й безпрецедентного розквіту свободи слова і свободи друку. Найбільш знаменним явищем він вважав регулярний вихід, по суті, першої щоденної крайової газети «Русин», а також цілої низки регіональних газет – органів різних політичних сил, які стабільно видавалися народною мовою («Руська нива», Хліборобська партія, редактор Михайло Бращайко; «Вперед», Соціал-демократична партія, редактор Степан Клочурак), а також російсько-українським суржиком – сумішшю російської мови і українських говорів Карпатського регіону («Карпаторусскій вістник», Земледільський союз, редактор Йосиф Камінський; «Село», Селянсько-республіканська партія, редактор Павло Сидор; «Русская земля», православні москвофіли, редактор Іларіон Цурканович).

Серед вагомих спонукальних чинників добровільного приєднання карпатоукраїнського краю до Чехословаччини А. Волошин важливого значення надавав угорській асиміляційній мовній політиці, що посилилась під час Першої світової війни проти тоді півмільйонного «руського народу Підкарпаття» [7, 35]. У 1914 р. в Угорщині, як інтегральній частині монархії Габсбургів, вивчення руської (української) мови в церковних народних школах обмежили лише третіми, четвертими і п'ятими класами, а мовою навчання в державних школах була виключно угорська без викладання руської (української) мови взагалі.

Як авторитетний та чільний діяч представницької Ужгородської руської народної ради восени 1918 – навесні 1919 рр., Августин Волошин у своїх багатих на історико-правові подробиці спогадах за «гарячими слідами» розкрив особливості політико-правового механізму приєднання рідного краю до Чехословаччини, починаючи від схвалення Австро-Угорщиною резонансних ініціатив президента США Вудро Вільсона (знамениті «пункти Вільсона») про самовизначення народів. Саме відтоді почали масово організовуватися локальні представницькі органи – народні ради. Зокрема, 9 жовтня 1918 р. в Ужгородській учительській семінарії ухвалено програму й вибрано 30 членів «Ради угро-руського народу» (голова Симеон Сабов, греко-католицький священик русофільської орієнтації).

Неводнораз Августин Волошин цілком однозначно висловлювався про те, що просто не існувало кращої політичної альтернативи для Підкарпатської Русі, ніж добровільно приєднатися до Чехословацької Республіки на правах автономії, гарантованих міжнародним правом (Сен-Жерменський договір, 10 вересня 1919 р.). Він доволі розгорнуто, виважено та аргументовано обґрунтував це фундаментальне положення в своєму інтерв'ю для американської руської (української) газети «День» 1923 р., що тоді ж таки повністю увійшло до його книжки «Дві політичні розмови» (Ужгород, 1923), що швидко розійшлася в рідному краї та була прочитана найширшим загалом [11].

За власним зізнанням, Августин Волошин восени 1918 р. належав до тих суспільних діячів, які не передбачали зовсім цілковитого розпаду монархії Габсбургів, а лише прогнозували перетворення її на федеративну, з автономною «країною русинів закарпатських і підкарпатських» в її складі.

Найголовнішою причиною постійної політичної нестабільності на Підкарпатській Русі після її входження до Чехословаччини Августин Волошин бачив у непримиренній антидержавній діяльності провідників таких деструктивних і взаємно поєднаних сил, як «мадярські іредентисти» (проугорські та угорські сепаратисти) і москвофіли (прибічники небільшовицької та монархічної Росії, «російсько-більшовицькі бунтівники») [5, 2]. Їхньою цілком дієвою противагою, на переконання А. Волошина, був «народний напрям» (український), лояльний та конструктивно налаштований до Чехословацької держави.

Августин Волошин неперервно, виважено і наполегливо апелював до офіційної Праги, всіляко спонукаючи політичну верхівку Чехословаччини до державної фінансової підтримки комплексу заходів щодо безпосередньо прискореного розвитку народної свідомості русинів-українців через розширення та належну комплектацію мережі шкіл, читалень, преси і видавничих проєктів у депресивних місцевостях, а також шляхом поступового піднесення життєвого рівня місцевого населення: справедлива земельна реформа в інтересах бідних і середніх прошарків

населення, стимулювання малого підприємництва і кооперації.

Водночас А. Волошин резонно, цілеспрямовано і розважливо закликав заможних і патріотично налаштованих американських русинів матеріально і на постійній основі підтримувати впливову крайову громадську освітньо-культурну організацію «Просвіта», наявну освітньо-культурну періодику, вигідно вкладати свої заощадження і капітали в перевірені місцеві руські (українські) підприємства і банківські установи [6, 1].

Серед чисельних прогресивних перетворень на Підкарпатській Русі в складі Чехословаччини Августин Волошин найперше відзначив створення ефективної та розгалуженої системи охорони здоров'я і сучасних лікарень, завдяки чому вдалося приборкати періодичні епідемії небезпечних хвороб, які завдавали величезних демографічних збитків всьому регіону.

Наступним важливим кроком стала прогресивна судова реформа, що призвела до належного кадрового забезпечення судових органів і якісних розглядів судових проваджень у розумні строки. Як не парадоксально, доти в судах всього регіону судовий процес щодо осіб, звинувачених в тяжких злочинах, зокрема у вбивствах, починався зазвичай через рік після надходження обвинувального акту й матеріалів справи.

Протягом перших трьох років перебування Закарпаття в складі Чехословаччини, як переконував Августин Волошин, вдалося досягти істотних зрушень у соціальній політиці, за ведення котрої відповідало крайове управління (реферат) соціальної опіки. Регулярну державну підтримку отримали в регіоні десятки тисяч безробітних, воєнних інвалідів, вдів і сиріт, глухонімих і безпритульних дітей. Зокрема, були засновані навчально-виховні заклади для дітей-сиріт в Мукачеві, Севлюші (Виноградові), а в Ужгороді – школа-інтернат для глухонімих дітей.

Відповідною до реалій, продуманою та вдалою А. Волошин вважав чехословацьку економічну політику, яка проводилася через крайові управління торгівлі (торговельний реферат) і сільського господарства (земледільний реферат) та найперше спрямовувалася на адекватне стимулювання розвитку домашніх промислів і локальних промислових спілок (ткалень, кошарень тощо), дієву допомогу в меліорації земельних угідь, селективній роботі в тваринництві, вдосконаленні агротехніки і пропагуванні нових технологій (задля цього засновано господарську школу в с. Домбоки, нині Мукачівського району Закарпатської області), подоланні хронічного малоземелля селянських господарств, їх пільгового доступу до «дешевих кредитів».

Добре забезпечена фінансовими ресурсами, ефективна освітня політика Чехословаччини була для А. Волошина так само незаперечним досягненням. Якщо на початку 1919 – 1920 навчального року в єдиній в краї гімназії (Ужгородській) явно бракувало учнів, то за три роки на Підкарпатській Русі вже повноцінно діяли 4 гімназії (заклади профільної середньої освіти), а також 10 горожанських шкіл (заклади базової середньої освіти). Крім того, належно функціонували 4 галузеві заклади вищої освіти – 3 учительські семінарії, торговельна академія, а також цілий ряд закладів професійно-технічної освіти (2 торгові школи, промислова школа та ін.) [1, 1].

У 1923 р. Августин Волошин у чеській щоденній газеті «Tribuna», що виходила в Празі, розмістив свою дискусійну статтю «Страх про Підкарпатську Русь», яка побачила світ також українською мовою в згаданій вище його книжці «Дві політичні розмови», що вийшла значним тиражем [10, 1]. Це свого роду полемічна відповідь правому чехословацькому політикові-русофілові Карелові Крамаржу за його некоректні висловлювання і фрівольні заперечення існування українського народу, за його епатажні рекомендації щодо Підкарпатської Русі «не насаджувати українства і не переслідувати православних». А. Волошин цілком резонно зауважив, що «Крамарж хоче від страху русифікувати русинів» за прикладом царської Росії. Натомість справжні прибічники демократичної Росії, наполягав А. Волошин, не можуть вимагати русифікації, взагалі посягати на мовні права і свободу віросповідання інших народів.

Августин Волошин наголосив, що кордони держав визначають етнографічні, географічні, культурні чинники, які наразі його рідний край «завели до Праги, а не Львова або Києва». При цьому українство русинів Підкарпатської Русі не означає русофобства, до того ж, цілковитим анахронізмом є переконаність, що поява малоруського (українського) народу викликані «інтересами Берліна, Відня чи Львова». А. Волошин твердо переконував: «Не німці, а тисячолітня історія відділила малоруський народ від великоруського народу, і що не могла до сьогодні природа соєдинити, що не міг зробити 250-річний абсолютизм царської Росії, то не удасться і новим «демократичним» політикам» [10, 1 – 2]. До речі, Центральна руська народна рада в Ужгороді 12 серпня 1919 р. ухвалила спеціальну резолюцію, визначивши офіційною мовою саме «малоруський язик з етимологічним письмом».

Як депутат чехословацького парламенту (грудень 1925 – жовтень 1929 рр. від Християнсько-народної партії), Августин Волошин 8 травня 1929 р. публічно виступив із обширною промовою з нагоди 10-ліття приєднання Підкарпатської Русі до Чехословацької Республіки [12]. Він з пошаною віддав належне зусиллям досвідченого правника Григорія Жатковича (адвоката за фахом), представника американських русинів, який після урочистостей щодо приєднання Підкарпатської Русі до Чехословаччини наприкінці травня 1919 р. невідкладно провів предметні переговори в Празі щодо тимчасового управління краєм. 12 червня 1919 р. відповідний план затвердив чехословацький уряд.

Як твердив А. Волошин, президент Т. Масарик прихильно ставився до відстоювання законних прав та інтересів Підкарпатської Русі, проте провідні члени чехословацького уряду їх відверто ігнорували [2, 113 – 114]. У 1919 р. саме прем'єр-міністр Карел Крамарж і міністр внутрішніх справ Антонін Швегла домоглися демаркаційної лінії між Словаччиною та Підкарпатською Русю вздовж річки Уж. А. Швегла виклично пояснив членам директорії Підкарпатської Русі, що крайову автономію можна трактувати, обмежившись винятково виборами сільських старост. А після призначення Г. Жатковича першим губернатором Підкарпатської Русі А. Швегла своїм міністерським розпорядженням обмежив його права настільки, що звів їх до чисто церемоніальних повноважень. Власне, через те новопризначений губернатор Г. Жаткович невдовзі гучно подав у відставку і в 1921 р. назавжди покинув Чехословаччину і повернувся до США.

Загалом прогресивні на початку політико-правові трансформації на Підкарпатській Русі в другій половині 1920-х рр. отримали стійку ретроградну тенденцію. На цьому А. Волошин зробив окремий наголос. Адже чехословацький уряд взяв асиміляційний курс на проведення чехізації регіону, про що переконливо засвідчувало стрімке штучне зростання мережі чеських шкіл в руських (українських) селах і дуже мале число серед державних службовців представників місцевого населення.

Головною причиною цієї невтримної деградації політико-правового становища краю Августин Волошин називав брак спільної ідеї серед політичної верхівки Підкарпатської Русі, котра була роздроблена «на 12-15 партій», що не хотіли «між собою витворити якусь кооперацію» [2, 115]. При цьому незаперечним здобутком для краю був демократичний державний режим Чехословацької Республіки із гарантованими правами і свободами людини і громадянина. Навіть за умови затяжної «автономії на папері»

встановлення демократичного ладу, на погляд А. Волошина, стало «найціннішим здобутком з прилучення Підкарпатської Руси до Чехословацької Республіки, бо з народа безправних, угнетенних одиниць, із слуг шляхтичів стався народ свободних горожан» [2, 104].

Августин Волошин непохитно дотримувався думки про те, що наявний на міжвоєнному Закарпатті розкол місцевої руської (української) інтелігенції на два ворожі культурні напрями був штучно роздутий чехословацькою верхівкою з внутрішньополітичних цілей [3, 33]. Він вважав, що представники народного (українського) напряму (передусім їх репрезентувало впливове Товариство «Просвіта») не були противниками «великоруського язика» (російської мови), оскільки з їхньої ініціативи в середні школи краю вивчення російської мови запровадили як обов'язковий предмет старших класів. Натомість стараннями чехословацької влади добре фінансово забезпечена регіональна громадська організація «Общество имени Александра Духновича» представляла «русский» (російський) напрям, послуговуючись у своїх виданнях російською мовою за правописом періоду царської Росії (до 1917 р.).

Крім офіційного статусу української мови на Закарпатті в складі Чехословаччини, Августин Волошин активно і невтомно відстоював українську національну символіку як основу для крайової. Як наполегливо нагадував центральній чехословацькій владі Августин Волошин, спочатку в державних установах цим крайовим прапором активно послуговувалися. Однак 11 липня 1934 р. президія крайового уряду видала розпорядження про те, що цей крайовий прапор офіційно не визнаний (на відміну від крайового герба), тому його використання є правопорушенням, тобто зазіханням на суверенітет і цілісність державної території. Натомість розпорядились уживати виключно державний прапор. А. Волошин відразу висловив свій протест проти заборони крайового прапора, що насправді вже тривалий час використовувався, розцінивши це як грубе посягання на права і свободи населення краю, що добровільно приєднався до Чехословацької Республіки та зберігав цілковиту лояльність до неї.

Усе це в часі співпало із загостренням міжнародних відносин і зростанням ревізіоністичної пропаганди (нагнітання угорського сепаратизму) зробили Чехословацькій державі «фатальні прислуги». А. Волошин вимагав від чехословацького уряду невідкладно забезпечити виконання на Підкарпатській Русі трьох правових рішень: 1) заборонити переслідування громадян за прилюдне вживання синьо-жовтого прапора; 2) дозволити його використання на державних і крайових святах; 3) скасувати протизаконні розпорядження місцевої влади щодо крайового прапора, а винних за їх видання притягти до суворої відповідальності.

Висновки. Як вбачається з наведеного вище емпіричного матеріалу, Августин Волошин у своїй творчій спадщині та протягом політичної діяльності чехословацького періоду підняв низку важливих питань в контексті політико-правової ситуації на Підкарпатській Русі. Йдеться передусім про наповнення задекларованої «автономії на папері» реальним правовим статусом, включно із функціонуванням державної регіональної мови (руської (української)), вільного користування офіційною крайовою символікою, зокрема вживання синьо-жовтого прапора. Головним стримуючим фактором на шляху еволюційних державотворчих процесів у краї А. Волошин вбачав у неприхованому намаганні чехословацької політичної верхівки посилити унітарну форму правління держави, запеклій протидії децентралізації владних повноважень, в небажанні повноцінно реалізувати автономний статус Підкарпатської Русі де-факто і де-юре.

Отже, у даній статті охарактеризовано проблематику правових поглядів А. Волошина щодо адміністративно-політичного статусу Підкарпатської Русі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Волошин А. В интересѣ ужгородского школьництва. *Русинъ*. 1923. Ч. 214. С. 1.
2. Волошин А. Вибрані твори. Ужгород: Закарпаття, 2002. С. 113-114.
3. Волошин А. Всім русинам доброї волі. *Свобода*. 1934. Ч. 33.
4. Волошин А. Ко исторіи нашого новинарства. *Русинъ*. 1923. Ч. 100. С. 1-2; Ч. 101. С. 1-2; Ч. 104. С. 1-2; Ч. 106. С. 2; Ч. 107. С. 2; Ч. 110. С. 2; Ч. 111. С. 2-3; Ч. 112. С. 2; Ч. 117. С. 2; Ч. 119. С. 2-3.
5.. Волошин А. Ко вопросу политичноѣ консолидаціи. *Русинъ*. 1923. Ч. 11. С. 1-2.
6. Волошин А. Нашим америцким братям во увагу. *Русинъ*. 1923. Ч. 133. С. 1.
7. Волошин А. О письменном языце подкарпатских русинов. Ужгород, 1921. Ч. 1. 40 с.
8. Волошин А. О церковной автономіи. *Русинъ*. 1923. Ч. 96. С. 2; Ч. 97. С. 2; Ч. 102. С. 2; Ч. 103. С. 2.
9. Волошин А. Спомини. Ужгород, 2002. С. 75-77.
10. Волошин А. Страх о Подкарпатску Русь (Из пражской газеты «Tribuna», ч. 65). *Русинъ*. 1923. Ч. 36. С. 1-2; Ч. 37. С. 1-2.
11.. Интервью А. Волошина («День», ч. 47). *Русинъ*. 1923. Ч. 30. С. 1-2; Ч. 31. С. 1-2; Ч. 32. С. 1-2.
12. Промова посла Авґ. Волошина дня 8 мая 1929 з нагоди 10-літнього ювілею прилучення Підк. Русі до Чсл. Республіки. *Свобода*. 1929. Ч. 20. С. 2; Ч. 21. С. 2; Ч. 22-23. С. 2; Ч. 24. С. 2-3; Ч. 25. С. 2; Ч. 26. С. 2.

УДК 340.143
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/140

ЩОДО ПИТАНЬ ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ПРАВА, ЩО СТОСУЮТЬСЯ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАЛІЗНИЧНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ

REGARDING THE APPLICATION OF LEGAL NORMS CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF RAILWAY TRANSPORTATION

Сірко Р.Б., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри юриспруденції
Чернівецького інституту Міжнародного гуманітарного Університету

В запропонованій статті визначається, що велику роль у вирішенні завдань, що стоять перед залізничним транспортом, відіграє правильне застосування норм права, що стосуються здійснення перевезення. Ці норми права в основному відносяться до цивільного права. Більшість норм, що регулюють цивільні відносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом, відносяться до одного з основних розділів цивільного права – зобов'язального права.

Відносини, що виникають між перевізниками, вантажовідправниками і вантажоодержувачами при перевезеннях залізничним транспортом, в основному є цивільно-правовими відносинами. Звідси можна зробити висновок про те, що їм притаманні всі основні характеристики цивільних правовідносин. Дійсно, правовідносини, що виникають з перевезень залізничним транспортом регулюються методом юридичної рівності сторін, а якщо права та вимоги і мають місце, то виключно в силу прямої вказівки закону або договору. Правовідносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом встановлюються в результаті взаємодії між учасниками цих правовідносин з належними їм суб'єктивними правами і покладеними на них обов'язками.

Робота залізничних транспортних підприємств, які здійснюють масові перевезення залізничним транспортом, настільки різноманітна і має такі специфічні, відмінні від роботи інших підприємств особливості, що це викликає необхідність у регулюванні відносин спеціальними нормами.

Такими є норми транспортного права. Так, у СЗ України визначається, що ним регулюються відносини, що виникають між перевізниками, пасажирами, вантажовідправниками, вантажоодержувачами, інфраструктурою залізничного транспорту, іншими фізичними і юридичними особами при користуванні послугами залізничного транспорту, встановлюються їх права, обов'язки та відповідальність. Саме це законодавцем визначається як правовідносин з перевезень залізничним транспортом.

Серед висновків пропонується авторське визначення терміну перевізника в наступному вигляді: перевізник – це юридична особа або фізична особа підприємець, що володіють на праві власності або іншому праві залізничним рухомим складом і надають послуги щодо їх використання на підставі відповідних ліцензії та договору, що прийняли на себе за договором перевезення залізничним транспортом загального користування обов'язок доставити пасажира, довірений їм відправником вантаж, багаж, вантажобагаж з пункту відправлення в пункт призначення, а також видати вантаж, багаж, вантажобагаж уповноваженій на його отримання особі (одержувачу).

Ключові слова: перевезення, залізничний транспорт, реформування, відносини з перевезення залізничним транспортом, статут залізниці, договір перевезення залізничним транспортом, зобов'язання, залізниця, транспорт, перевізник.

The proposed article stipulates that the correct application of the rules of law relating to the implementation of transportation plays an important role in solving the problems facing rail transport. These rules of law mainly apply to civil law. Most of the rules governing civil relations arising from rail transport, belong to one of the main sections of civil law - contract law.

The relations that arise between carriers, shippers and consignees during transportation by rail, are mainly civil law relations. From this we can conclude that they have all the basic characteristics of civil law. Indeed, legal relations arising from rail transport are governed by the method of legal equality of the parties, and if the rights and requirements do exist, then only by virtue of a direct indication of the law or contract.

Legal relations arising from transportation by rail are established as a result of interaction between the participants of these legal relations with their subjective rights and responsibilities.

The work of railway transport enterprises that carry out mass transportation by rail is so diverse and has such specific, different from the work of other enterprises features that it is necessary to regulate relations by special rules.

These are the rules of transport law. Thus, the NW of Ukraine stipulates that it regulates the relations arising between carriers, passengers, shippers, consignees, railway infrastructure, other individuals and legal entities when using railway transport services, establishes their rights, duties and responsibilities. This is what the legislator defines as a legal relationship for rail transport.

Among the conclusions, the author's definition of the term carrier is proposed as follows: the carrier is a legal entity or individual entrepreneur who owns the property or other right of railway rolling stock and provides services for their use on the basis of the relevant license and contract by the contract of carriage by public railway transport the obligation to deliver the passenger, the cargo, luggage, cargo luggage entrusted to him by the sender from the point of departure to the destination, and also to hand over cargo, luggage, cargo luggage to the person (recipient).

Key words: transportation, rail transport, reform, rail transport relations, railway charter, railway transportation contract, obligations, railway, transport, carrier.

Постановка проблеми. Глобалізація світової економіки та розширення міжнародного співробітництва, розвиток транспортної галузі, системи транспортного забезпечення, сприяють формуванню великих транспортних організацій, при цьому найважливішим фактором економічного розвитку стає інтеграція, здійснювана як на галузевому і регіональному, так і на міжгалузевому, міжрегіональному та міжнародному рівнях. Актуальність обумовлена великим значенням перевезень залізничним транспортом, недосконалістю правового регулювання відносин, що пов'язані з перевезеннями вантажів, багажу, пошти та пасажирів залізничним транспортом, та відсутністю сучасних комплексних наукових досліджень із цієї теми.

Велику роль у вирішенні завдань, що стоять перед залізничним транспортом, відіграє правильне застосування норм права, що стосуються здійснення перевезення. Ці норми права в основному відносяться до цивільного права. Більшість норм, що регулюють цивільні відносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом, відносяться до одного з основних розділів цивільного права – зобов'язального права.

Відносини, що виникають між перевізниками, вантажовідправниками і вантажоодержувачами при перевезеннях залізничним транспортом, в основному є цивільно-правовими відносинами. Звідси можна зробити висновок про те, що їм притаманні всі основні характеристики цивільних правовідносин. Дійсно, правовідносини, що виникають з перевезень залізничним транспортом регулюються методом юридичної рівності сторін, а якщо права та вимоги і мають місце, то виключно в силу прямої вка-

зівки закону або договору. Правовідносини, що виникають з перевезння залізничним транспортом встановлюються в результаті взаємодії між учасниками цих правовідносин з належними їм суб'єктивними правами і покладеними на них обов'язками.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких науковців, як С.С. Алексєєв, А.Г. Биков, Г.С. Гуревич, О.В. Дзера, А.С. Довгерт, В.А. Єгіазаров, А.Д. Кейлін, Н.С. Ковалевська, В.В. Луць, О.Л. Маковський, Я.І. Рапопорт, А.М. Рубін, Г.П. Савічев, О.М. Садіков, Є.О. Харитонов, М.Є. Ходунов, Я.М. Шевченко, Г.Ф. Шершеневич та інших.

Мета статті. Метою статті є науковий аналіз загальних положень законодавства України з метою аналізу застосування норм права, що стосуються здійснення перевезень залізничним транспортом.

Викладення основного матеріалу. Робота залізничних транспортних підприємств, які здійснюють масові перевезення залізничним транспортом, настільки різноманітна і має такі специфічні, відмінні від роботи інших підприємств особливості, що це викликає необхідність у регулюванні відносин спеціальними нормами.

Такими є норми транспортного права. Так, у СЗ України [5] визначається, що ним регулюються відносини, що виникають між перевізниками, пасажирами, вантажовідправниками, вантажоодержувачами, інфраструктурою залізничного транспорту, іншими фізичними і юридичними особами при користуванні послугами залізничного транспорту, встановлюються їх права, обов'язки та відповідальність. Саме це законодавцем визначається як правовідносин з перевезень залізничним транспортом.

Специфікою таких відносин є те, що «вони опосередковують сферу послуг нематеріального (нематеріальній) характеру, що надаються боржником кредитору» [13, 4]. Транспортні зобов'язання є важливою складовою системи зобов'язань з надання цивільно-правових послуг. В результаті перевізного процесу не створюється новий продукт. Цінність транспортної діяльності полягає в тому економічному ефекті, який виникає в результаті переміщення вантажу в заплановане місце. При нормальних умовах перевезення у властивостях або формі вантажів не відбувається ніяких змін, змінюється лише їх місцезнаходження.

Визначення транспортного зобов'язання не викликало б труднощів, якби його можна було розглядати як самостійний тип зобов'язання, що охоплює сукупність економічних і юридичних ознак, які роблять зобов'язання завершеним за формою і відрізняють його від інших зобов'язань. На наш погляд, правовідносини, що виникають з перевезень залізничним транпсортом, що представляє собою транспортні зобов'язання, хоча і є різновидом цивільно-правових зобов'язань, в цілому як таке не утворює відокремленого, єдиного зобов'язального типу, а являє собою сукупність зобов'язань, що охоплює самостійні зобов'язальні типи і їх різновиди та володіє загальними ознаками, які дають можливість відокремити їх.

Тому дати загальне визначення правовідносини, що виникають з перевезень залізничним транпортом або транспортного зобов'язання можна не через характер дій, що здійснюються одним суб'єктом на користь іншого, а шляхом перерахування ознак, властивих всій сукупності в цілому, із зазначенням її галузевої приналежності.

У юридичній літературі зазначається хибність кваліфікації правовідносини як транспортних на підставі якої-небудь однієї ознаки або навіть сукупності загальних ознак [9, С. 618-619]. Дійсно, як справедливо відзначалося науковцями Шульженком Ф.П. та Кундриком Р.С. «сам по собі факт участі транспортних організацій у правовідносинах ще не робить ці правовідносини транспортними, оскільки організація може виступати і як носій функції, що обумовлює специфіку відносин, які виникають з перевезення транспортом, і як набувач матеріальних благ або споживач послуг, що створюються в інших галузях господарства» [15, С. 28-29]. Такі, наприклад, відносини з постачання продукції, кредитування, розрахунків та інші, в яких в якості однієї зі сторін може виступати транспортна організація.

Правовідносини, що виникають з перевезень залізничним транпсортом є єдиним, складним за структурою утворенням, що складається з двох відносно самостійних зобов'язань, у тому числі перше передує другому, тобто виконання першого зобов'язання виступає в якості юридичного факту, що обумовлює виникнення другого. Першим зобов'язанням є так звані організаційні передумови договору перевезення, що представляють собою взаємні дії суб'єктів правовідносин з виконання прийнятих на себе обов'язків, які випливають із узгодженої і прийнятої перевізником заявки. Другим же зобов'язанням є договір про перевезення (конкретного вантажу, багажу, пасажира, пошти, тощо).

Правовідносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом, незалежно від підстави виникнення, за своєю конструкцією відносин, існують у зобов'язально-правовій формі і за змістом є двосторонніми складними правовідносинами, кожна зі сторін яких, володіючи цілим комплексом прав і обов'язків, виступає перед іншою одночасно і як управомочена, і як зобов'язана. Причому характерною рисою цих правовідносин є взаємозв'язок як між правами одного суб'єкта і обов'язками з іншого, так і між обов'язками обох суб'єктів вказаних правовідносин.

Будучи цивільно-правовим за своєю юридичною природою, правовідносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом, мають характерні риси правовідносин спеціальної галузі – транспорту. На наш погляд, необхідно виділити наступні особливості правовідносин, що виникають з перевезення залізничним транспортом.

Перш за все, мова йде про особливий суб'єктивний склад – учасників правовідносин, що виникають з перевезення залізничним транспортом. Це підприємства залізничного транспорту, які надають послуги з перевезення, вантажовідправник, вантажоодержувач, а також «володілець залізничної колії», «володільці інфрастуктурного комплексу залізничного транспорту загального та незагального користування» [12].

На сьогоднішній день перевізник (АТ «Укрзалізниця») і власник інфраструктури залізничного транспорту збігаються в одній особі. Тобто фактично спостерігаються три учасники перевізного процесу.

У зв'язку з цим представляється необхідним внести в ст. 1 Закону України «Про залізничний траснпорт» від 04.07.1996 року № 273/96-ВР [3] сформулювавши поняття перевізника в наступному вигляді: «перевізник – це юридична особа або фізична особа підприємець, що володіють на праві власності або іншому праві залізничним рухомим складом і надають послуги щодо їх використання на підставі відповідних ліцензії та договору, що прийняли на себе за договором перевезення залізничним транспортом загального користування обов'язок доставити пасажира, довірений їм відправником вантаж, багаж, вантажобагаж з пункту відправлення в пункт призначення, а також видати вантаж, багаж, вантажобагаж уповноваженій на його отримання особі (одержувачу)».

На думку М. Горбачова, В. Кузьо, О. Затворницької, Д. Яблоновського «незважаючи на те, що планується розвиток ринку послуг приватних залізничних операторів і перевізників, зокрема допуск приватної тяги до залізничної інфраструктури, хоча й кардинально змінить ситуацію на краще в частині появи конкуренції в питанні поліпшення роботи монополіста, однак повноцінна конкуренція з'явиться не скоро, крім того, не відбудеться приватизації інфраструктури залізничного транспорту. Оскільки перевезення навіть різними перевізниками відбувається

одним і тим же шляхом, з використанням одного і того ж технологічного комплексу, інфраструктура не може бути передана в приватні руки» [10].

Зазначений план розвитку створено на підставі ратифікації 16.09.2014 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, у якій передбачено співробітництво у сфері транспорту для реструктуризації та оновлення транспортного сектору України і поступової гармонізації діючих стандартів та політик з існуючими в ЄС, зокрема шляхом впровадження заходів, викладених у Додатку XXXII до цієї Угоди та імплементації у національне законодавство до 2022 року ряду директив та регламентів ради ЄС. Саме з урахуванням вимог вказаної угоди і було розроблено законопроект «Про залізничний транспорт України».

В. Коновалов вважає, що «організації, що створюються під повним контролем залізничних чиновників, будуть конкурентами лише на папері, тому що ні один монополіст не захоче мати потужних конкурентів, здатних привернути до себе інвестиції і доходи, призначені бюджету даного монополіста» [16].

Слід погодитися з наведеними висловлюваннями. Внутрішньогалузева конкуренція на залізничному транспорті може існувати тільки за рахунок відмінностей в якості й асортименті послуг, що надаються операторами залізничного рухомого складу і перевізниками.

Організаційні передумови договору залізничного перевезення, характерні для правовідносини по залізничне перевезення вантажу, не властиві іншим цивільно-правових відносин. Звертає на себе увагу і особливе становище перевізника в договірних відносинах.

Йдеться про передбачену законодавством обмеженою відповідальністю, коли відшкодуванню відповідно до ст.ст. 22, 23, 24 Закону України «Про залізничний транспорт» [3] підлягає тільки реальний збиток без урахування упущеної вигоди. Що стосується окремих порушень умов договору залізничного перевезення вантажу відповідальність встановлена або в формі відшкодування прямих збитків або його частини (але не упущеної вигоди), наприклад за незабезпечення збереження вантажу, або в формі виключної неустойки, зокрема за прострочення його доставки.

Порядок пред'явлення претензій і позовів по залізничних перевезеннях вантажів носить особливий характер. Пред'явлення претензії до порушення позовного провадження обов'язково – це передбачено транспортним законодавством. Законодавцем визначено і особливий термін позовної давності пред'явлення претензій до перевізника – шість місяців.

Розглядаючи правовідносини, що виникають з перевезень залізничним траснпортом, не можна обійти увагою і відносини, що виникають між відправником і перевізником на стадії узгодження обов'язків щодо подачі перевізником транспортних засобів під навантаження і пред'явленням відправником вантажів до перевезення, а також порядку навантаження (вивантаження) вантажу в подані транспортні засоби.

Відповідно до ст. 917 ЦК України «перевізник зобов'язаний подати відправнику вантажу під навантаження у строк, встановлений договором перевезення або договором про організацію перевезень, справні транспортні засоби в стані, придатному для перевезення відповідного вантажу, так як відправник має право відмовитись від надання непридатного транспортного засобу для здійснення перевезення» [4, 13].

Таким чином, як зазначено у СЗ Укїани, укладення договору здійснення перевезеннь залізничним транспортом передують правовідносини, що виникають на підставі певного замовлення (заявки) або договору про організацію перевезень залізничним транспортом вантажів, пошти, вантажобагажів, пасажирів, багажу [5].

Із зазначених підстав, найважливішим засобом здійснення та організації перевезень залізничним транспортом є замовлення у якому звертається увага на конкретні завдання і показники, направленні на забезпечення перевезення залізничним транспортом. Заявка у сою чергу, в основному призначена для найбільш раціонального і економічного використання засобів перевезення, у відповідності до вимог і запитів ринку перевезень.

Після надання замовлення вантажовідправником, виникає, такби мовити «самостійне зобов'язання», як за свєю структурою є відокремленним від правовідносин за договором перевезення залізничним транспортом, а також має переддоговірний характер щодо договору перевезення залізничним транспортом. Зазначене і є зобов'язанням по пред'явленню вантажу, багажу, пошти, вантажлбагажу і подачі залізничного транспортного засобу.

Відповідно до ст. 18 СЗ України замовлення подається вантажовідправником із зазначенням кількості вагонів і тонн, залізничних станцій призначення та інших передбачених правилами перевезень вантажів залізничним транспортом відомостей. У замолвенні відправник повинен вказати термін дії замовлення. Замовлення подаються у рамка та/або одночасно із міячним планом перевезння залізничним траснпортом. Слід звернутиу вагу на те, що положення щодо конкретнів термінів подання заявок у СЗ України не висвітлено, в наявності лише посилання на те, що тармін подання заявок встановлюється відповідними Правилами [6, 7, 8].

Термін розгляду заявки на перевезення залізничним транспортом визначається з дня надходження такої заявки до перевізника, який здійснюватиме перевезення залізничним транспортом. Про рішення, яке прийнято перевізником, останній повідомляє відправнику. Згідно положень СЗ України існує наступні варіанти прийняття рішення, зокрема: прийняття заявки щодо здійснення перевезення залізничним транспортом або відмова у прийнятті такої заявки. Разом з тим, у СЗ України [5] визначається порядок і спосіб таких повідомлень.

У разі прийняття заявки на здійснення перевезення залізничним транспортом до виконання, то зазнаяена завка з відміткою про узгодження та її прийняття до виконання повертається перевізником відправнику, не пізніше ніж за три доби до заявленого терміну початку перевезення залізничним транспортом.

У разі, якщо після прийняття перевізником заявки про здійснення перевезення залізничним транспортом, останній не забезпечує своєчасне надання відправнику під завантаження (вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу) відпоідних вагонів або контейнерів, чи подача цих вагонів або контейнерів у непридатному для здіяснення перевезення стані, виникає відповідальність перевізника за невиконання прийнятої заявки.

Також, ЦК України [4] передбачена й відповідальність відправника (вантажу, багажу, вантажобагажу), зокрема за невикористання поданих вагонів або контейнерів, неподання перевізником вагонів або контейнерів з підстав, що залежать від відправника (невнесення платежів за перевезення, при умові якщо інший порядок внесення платежів не передбачено угодою сторін), відмови відправника від передбачених заявкою вагонів (контейнерів), відсутність власних або орендованих передбачених у заявці вагонів з причин, залежних від відправника (ст.ст. 920-924 ЦК України) [4, 13]. СЗ України встановлює приблизний перелік обставин, при настанні яких перевізник або відправник вантажу звільняються від відповідальності за невиконання прийнятої заявки на перевезення вантажів (неподання транспортних засобів і їх невикористання, непред'явлення вантажу до перевезення).

Якщо в прийомі та погодженні заявки відмовляється, то вона повертається перевізником відправнику з обґрунтуванням причин відмови.

Перевізник також має право відмовити в прийнятті заявки, поданої з порушенням порядку і строків її подання. При прийнятті перевізником заявки, поданої з порушенням порядку і строків, або неповідомлення перевізником відправнику в установлений строк про відмову в прийнятті такої заявки і в наступних посиланнях перевізника на порушення відправником порядку та строків подання заявки судами не враховуються.

Після прийняття та узгодження заявки на перевезення вантажу з відміткою перевізника про її прийняття виникає зобов'язання по пред'явленню вантажу, багажу, пошти і подачі транспортного засобу. Виконання цього зобов'язання передбачає вчинення його сторонами (відправником і перевізником) певних дій з дотриманням вимог, що пред'являються транспортним законодавством. Обидва учасники даного зобов'язання повинні активно сприяти виконанню його в повному обсязі.

Діяльність залізничного транспорту пов'язана з низкою обставин, виникнення яких перешкоджає здійсненню перевезень вантажів, і відповідно, їх прийому до відправлення.

Цивільні правовідносини, що виникають з перевезення залізничним транспортом, відрізняються великою складністю і своєрідністю. Загальновизнано, що суб'єктами договору залізничного перевезення є: відправник, перевізник і одержувач.

Однак необхідно відзначити, що не слід ототожнювати суб'єктів договору перевезення залізничним транспортом із сторонами даного договору, так як сторонами договору перевезення залізничним транпсортом є лише відправник і перевізник.

Якщо керуватися цим критерієм, то зобов'язальні відносини з перевезення залізничним транспортом можна поділити на дві самостійні стадії: 1) правовідносини між відправником і перевізником; 2) відносини, що виникають між перевізником і одержувачем після його вступу у зобов'язання з перевезення. Кожна з цих стадій характеризується своєю, певною групою прав і обов'язків сторін.

В якості безпосередніх учасників договору перевезення залізничним транспортом визнаються відправник і перевізник; одержувачу ж більшість правознавців відводить роль особи, на користь якої укладається договір перевезення залізничним транспортом, тому слід насамперед зупинитися на характеристиці правового становища і взаємин відправника і перевізника.

Як вже згадувалось вище, визначення терміну «Перевізник» у ЦК Україні, Законі України «Про залізничний транспорт» від 04.07.1996 № 273/96ВР та у СЗ України, відсутні. Визначення зазначеного терміун було запропоновано у проектах Закону України «Про залізничний транспорт» від 17.11.2017 № 7316 [11] та від 06.09.2019 № 1196-1 [12].

У зв'язку з ицм, було запропоновано авторське визначення терміну перевізника в наступному вигляді: перевізник – це юридична особа або фізична особа підприємець, що володіють на праві власності або іншому праві залізничним рухомим складом і надають послуги щодо їх використання на підставі відповідних ліцензії та договору, що прийняли на себе за договором перевезення залізничним транспортом загального користування обов'язок доставити пасажира, довірений їм відправником вантаж, багаж, вантажобагаж з пункту відправлення в пункт призначення, а також видати вантаж, багаж, вантажобагаж уповноваженій на його отримання особі (одержувачу).

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996. // *Відомості Верховної Ради*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про транспорт: Закон України від 10 листопада 1994 року із змінами внесеними Законом від 21.12.2000 р. // *Відомості Верховної Ради*, 2001, № 9, Ст. 68.
3. Про залізничний транспорт: Закон України від 04.07.1996 р. № 40. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 16.01.2020 р).
4. Цивільний Кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 40-44. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 16.01.2020 р).
5. Статут залізниць України: Постанова Кабінету Міністрів України від 06.04.1998 р. № 457. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457-98-%D0%BF (дата звернення: 18.01.2021 р).
6. Правила планування перевезень вантажів. Наказ Міністерства транспорту України від 9 грудня 2002 року № 873 «Про внесення доповнення до наказу Мінтрансу від 21.11.2000 № 644» // URL: http://www.liski.ua/ua/help-info/6.html (дата зверненя 22.05.2021)
7. Правила перевезення вантажів залізничними лініями вузької колії. Наказ Міністерства транспорту України від 21 грудня 2000 року № 644 // URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0871-00#Text (дата звернення 12.03.2021)
8. Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України. Наказ Міністерства транспорту та звязку України від 27 грудня 2006 року № 1196 // URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0310-07#Text (дата звернення 12.12.2020)
9. Комаров С. А. Загальна теорія держави і права: курс лекцій. М., 1995. С. 202- 206; Теорія держави і права: підручник / за ред. А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитрієва. М., 2010. С. 618-619.
10. Кузьо В., Затворницька О., Яблоновський Д. Лібералізація ринку залізничних перевезень в Україні. Уроки країн європейського союзу. Аналітична записка. Центр Економічної Стратегії. 29.11.2019 року. – 61 с.
11. Проект Закону України «Про залізничний транспорт» від 17.1.2017 № 7316 // URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH5N800A.html (дата звернення 14.04.2021)
12. Проект Закону України «Про залізничний транспорт» від 06.09.2019 № 1196-1 (Одержаний ВР України) Про залізничний транспорт України // URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66737 (дата звернення 12.02.2021)
13. Харитонов Є. О., Харитонова О. І., Старцев О. В. Цивільне право України: підручник. Київ: Істина, 2011. URL: http://westudents.com.ua/knigi/479-tsivlnepravo-ukrani-haritonov-o.html (дата звернення: 01.12.2020).
14. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар/ За ред. Є.О. Харитонова. Х.: Одіссей. 2010.
15. Шульженко Ф. П., Кундрик Р. С. Транспортне право: Навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисц. К.: КНЕУ, 2004. С. 28-29.
16. Ясинчук Л. Новація на "Укрзалізниці": кому вигідна приватна тяга? // URL: https://expres.online/podrobitsi/novatsiya-na-ukrzaliznitsi-komu-vigidna-privatna-tyaga (дата звернення 05.06.2020)

УДК 343.9.01
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/141

КРИМІНОЛОГІЧНЕ ПРОГНОЗУВАННЯ

CRIMINOLOGICAL FORECASTING

Тарасевич Ю.В., а*спірант*
кафедри адміністративного та кримінального права
Дніпропетровського Національного університету імені Олеся Гончара

У статті розглянуто сутність кримінологічного прогнозування та сказано, що під ним розуміють діяльність, що містить в собі обробку та аналіз сукупності відомостей про злочинність задля досягнення певних висновків щодо стану злочинності у певних проміжках часу, певних видів злочинів, ймовірностей скоєння правопорушення певними особами. Визначено поняття мети кримінологічного прогнозування – вироблення різноманітних заходів спрямованих на запобігання криміногенній поведінці засуджених та вчиненню ними кримінальних правопорушень. Автором висвітлено думку, що основою в реалізації кримінологічного прогнозу вважається викриття та взяття на профілактичний облік засуджених осіб, а також осіб які можуть бути схильні у своїй діяльності до можливої протиправної поведінки в суспільстві, скоєння кримінальних правопорушень, розробка та впровадження заходів індивідуально-профілактичного превентивного впливу, які у свою чергу нейтралізують ризики вчинення повторних правопорушень. Предметом кримінологічного прогнозування є злочинність, причини її виникнення, особа правопорушення та кримінологічна політика держави. Традиційними видами цієї діяльності є передбачення майбутнього стану злочинності; її окремих форм, окремих типів правопорушень; індивідуальної поведінки правопорушника; аналітична діяльність спрямована на передбачення розвитку типу людської поведінки в небезпечні форми для суспільства, наслідком якої стане запуск процесу правоутворення, завдяки якому реалізуватиметься кримінально-правова політика держави.

У статті висловлено думку про потребу поряд із загальносоціальною проводити й більш детальну індивідуальну профілактику злочинів та сказано, на початку свого розвитку, в кримінології для вивчення ефективних заходів впливу превентивної діяльності відбирались особи, якими скоєні кримінальні правопорушення, чому в свою чергу передував ряд певних факторів, як наслідок виникає необхідність виявлення тих осіб, які сприятливі до можливого вчинення кримінальних правопорушень. Врегулювання вказаного питання покладено на аналітичну діяльність спрямовану на вивчення окремих видів поведінки правопорушників. Висловлено думку, що прогноз розвитку особи та її діяльності у суспільстві є вкрай необхідним компонентом персональної профілактики правопорушень, виправлення осіб засуджених за скоєння правопорушень, подальшої їх реадаптації у суспільстві після закінчення строку відбування покарання. Проте на теперішній час виникає необхідність прогнозування поведінки не лише окремих осіб, а окремих груп осіб у який в той чи іншій мірі спостерігаються певні криміногенні ознаки.

Ключові слова: кримінологічне прогнозування, прогнозування злочинності, кримінологічна експертиза, протидія злочинності, екстраполяція, експертні оцінки, моделювання.

The article considers the essence of criminological forecasting and says that it means activities that include processing and analysis of a set of information about crime to achieve certain conclusions about the state of crime at certain intervals, certain types of crimes, the likelihood of crime by certain persons. The concept of the purpose of criminological forecasting is defined - the development of various measures aimed at preventing the criminogenic behavior of convicts and their commission of criminal offenses. The author highlights the opinion that the basis for the implementation of criminological prognosis is the detection and registration of convicts, as well as persons who may be prone in their activities to possible illegal behavior in society, committing criminal offenses, development and implementation of individual preventive measures, which in turn neutralize the risks of recidivism. The subject of criminological forecasting is crime, the causes of its occurrence, the identity of the offense and the criminological policy of the state. The traditional types of this activity are predicting the future state of crime; its separate forms, separate types of offenses; individual behavior of the offender; analytical activities are aimed at predicting the development of the type of human behavior in dangerous forms for society, which will result in the launch of the law-making process, through which the criminal law policy of the state will be implemented.

The article expresses the opinion about the need to conduct more detailed individual crime prevention along with the general social one and says that at the beginning of its development, criminology selected people who committed criminal offenses to study effective measures of preventive activity, which in turn was preceded by a number of factors. as a result, there is a need to identify those persons who are favorable to the possible commission of criminal offenses. The settlement of this issue is entrusted to analytical activities aimed at studying certain types of behavior of offenders. The opinion is expressed that the forecast of development of the person and his activity in a society is an extremely necessary component of personal prevention of offenses, correction of persons condemned for commission of offenses, their further readaptation in a society after the expiration of term of serving of punishment. However, at present there is a need to predict the behavior not only of individuals but of certain groups of people in which to some extent there are certain criminogenic signs.

Key words: criminological forecasting, crime forecasting, criminological examination, crime counteraction, extrapolation, expert assessments, modeling.

Проблеми запобігання злочинності в установах виконання покарань, спонукають обов'язковість розвитку аналізу спрямованого на випередження криміногенної ситуації в середовищі засуджених та вироблення науково обґрунтованих запобіжних заходів. Пріоритетним напрямком внутрішньої політики держави є запобігання злочинності шляхом кримінологічного прогнозування. Попри наявність наукових праць з даної проблематики, чіткої систематизації положень кримінологічного прогнозування на даний час не має. Основне визначення включає підхід згідно з яким, вказана діяльність являє собою частину судження про можливі стани об'єкта в майбутньому, охоплюючи усі можливі процеси життєдіяльності суспільства: можливість подальшого наукового та технічного розвитку, економіки, демографічних процесів, розвиток медицини, освіти, культури. Як наслідок об'єктами аналітичної діяльності можуть стати різноманітні сфери суспільства. Поряд із цим особливою галуззю соціального прогнозування є передбачення розвитку явищ та процесів які є кримінологічно-значущими. Крім того, одним із важливих аспектів дослідження питання, пов'язаного із з'ясуванням змісту кримінологічного прогнозування, є аналіз основних теоретико-правових аспектів сутності цього поняття як одного зі складових елементів його вдосконалення та забезпечення ефективності, як важливого заходу запобігання злочинності на сучасному етапі розвитку нашого суспільства і держави.

Вивченню вказаного питання присвячені дослідження таких вітчизняних науковців як: Н.А. Алексєєва, Н. Дяченко, В.В. Голіна, Ю.В. Орлов, О.М. Костенко, О.Б. Кірєєва, П.Л. Фріс.

У наукових джерелах термін «прогнозування кримінологічної ситуації» однозначно не визначено, тому проаналізуємо погляди окремих науковців на зміст даного поняття. О.М. Литвинов та Є.О. Гладкова [10] стверджують, що ефективна протидія господарським злочинам можлива лише за наявності належного рівня аналітичної діяльності як основного фактора для своєчасного ухва-

лення необхідних, доцільних висновків на основі прогнозування.

Діяльність пов'язана із кримінологічним прогнозуванням певні науковці вважають соціально-юридичним явищем, оскільки його об'єкт – злочинність – є явище соціально-правове. За висловленням А.М. Бабенко [1], за її допомогою можна досягати того, щоб система заходів запобігання злочинності (цілі, засоби, методи тощо), її внутрішня координація, відповідали не лише теперішнім інтересам та потребам суспільства, а й майбутнім його умовам життя.

Водночас кримінологічне прогнозування превентивної діяльності господарських злочинів, які вчиняються службовими особами, – це аналітична діяльність яка пов'язана з обробкою певної інформації про стан злочинності через деякий проміжок часу, можливість учинення кримінального правопорушення певною особою, задля визначення засобів превентивної діяльності. Виявлення усіх факторів злочинності в майбутньому на певній території, розробка на основі вказаних досліджень негативних тенденцій та виявлення засобів їх зміни у позитивному напрямку є основною метою цієї діяльності.

М.О. Дунас [5] та А.М. Бабенко [1] дійшли висновку, що прогнозування – являє собою процес наукового передбачення змін тенденцій, кількісних, якісних характеристик злочинності, причин що визначають її виникнення, особистості правопорушника, превентивної діяльності майбутніх правопорушень, а також розвитком кримінологічної науки. Так, В.В. Голіна [3] вважає, що вказана діяльність полягає у спробах вияснити, яким буде стан злочинності в майбутньому часі. Ю.В. Орлов [11] переконаний, що зміст цього поняття являє собою аналіз можливих злочинних дій та процесів, основою якого становить опрацювання емпіричних даних та облік тенденцій цього розвитку з минулого до майбутнього та від сьогодення до майбутнього.

П.Л. Фріса та В.Б. Харченко [12] переконані, що кримінологічне прогнозування – це пізнання стану злочинності у майбутньому та факторів, які впливатимуть на її зміни. Різноманітні визначення даного виду можемо знайти у інших кримінологічних джерелах, зокрема в роботах М.Ю. Шуп'яна, І.В. Бестужева-Лади, Г.А. Аванесова.

М.Ю. Шуп'яна акцентує, що для здійснення кримінологічного прогнозування необхідно також враховувати вказану структуру і динаміку злочинності, причини та умови, чинники, впливаючи на динамічні та територіальні зміни, злочинну поведінку окремої особи тощо.

Проте, виходячи зі змісту злочинності, її соціально-правової природи та особливостей детермінації та з предмета вказаних досліджень, необхідно враховувати, що в науковій літературі щодо такого поняття, як прогноз кримінологічної ситуації, та в цілому пізнань не має (В.В. Вацлавович) [2].

Узагальнюючи отриманні результати науковців і практиків якими вивчалось поняття кримінологічного прогнозу можна дійти до висновку, що під поняттям прогнозу кримінологічної ситуації є аналітична діяльність спрямована на вивчення зміни та розвитку злочинності чи вірогідності вчинення правопорушень певними особами у різні проміжки часу (майбутньому) у певних територіальних межах, враховуючи різноманітні фактори, які її детермінують.

У процесі кримінологічного прогнозування необхідно брати до уваги «поправочні коефіцієнти» у вигляді запланованих законодавцем акцій й криміналізації або декриміналізації певних видів злочинів. Ігнорування ролі законодавця, його внеску у визначення кола злочинного і кримінально-караного може суттєво знизити його цінність та інформативність (В. В. Голіна) [4].

Предметом кримінологічного прогнозування є злочинність, її детермінанти, особа злочину та кримінологічна політика держави (Н. Дяченко) [6]. Згідно з предметом кримінології, основою цієї діяльності є встановлення найпоширеніших показників, які зможуть характеризувати динаміку розвитку злочинності через деякий час.

Науковцями термін кримінологічного прогнозування висвітлюється як певна діяльність спрямована на наукове передбачення різноманітних тенденцій, закономірностей розвитку злочинності в цілому, так і певних категорій, особистості правопорушника, кримінальної поведінки, детермінуючих злочинність факторів, кримінологічної політики.

Таке прогнозування здебільшого відповідає на питання: як змінюються ті чи інші фактори в залежності від певних змін причин і умов, які їм сприяють, які фактори і як вони можуть вплинути на злочинність; які саме особи можуть стати потенційними правопорушниками, яке співвідношення між певними завданнями боротьби зі злочинністю та найефективнішими заходами на вказаному напрямі. У своїй діяльності воно буває як науково обґрунтованим так і звичайним. Крім того необхідно зазначити, що науковий прогноз може розробляється за допомогою системних інформацій о злочинності, її причин та окремих видів правопорушень, ряду факторів що впливають на злочинну поведінку, в основі цієї діяльності полягають загальнонаукові й спеціальні наукові методи прогнозування. Враховуючи викладене можна дійти висновку, що науковий прогноз – являє тобою не тільки суб'єктивну думку про те що буде у майбутньому, а здійснення на постійній основі вивчення певних явищ, процесів за допомогою досягнень сучасної кримінології [7].

Індивідуальне кримінологічне прогнозування, у своїй основі, має базуватись на чотирьох методиках, які сприятимуть вирішенню поставлених завдань, це: методика ретроспекції; діагностики; прогнозу; практичного прогнозування.

При аналізі злочинності необхідно враховувати ряд факторів, які впливають на повноту та вірогідність результатів аналізу. По-перше, статистика злочинності враховує не всі вчинені злочини, а лише ті, які були виявлені й зареєстровані правоохоронними органами. По-друге, у зв'язку з тим, що статистичні показники відображають відомості про злочини не на момент їх вчинення, а на момент встановлення, виявлення, відбувається зсув у часі моменту реєстрації даних про злочини та осіб, які вчинили злочини, від моменту вчинення злочинів. По-третє, статистична інформація про осіб, що вчинили злочини, може значно запізнюватись відносно інформації про злочини у зв'язку з тим, що особи можуть бути встановлені набагато пізніше реєстрації злочинів.

Принципи прогнозування: системність та узгодженість. Функції: орієнтовна (щодо встановлення направлення діяльності); нормативна (щодо нормативного врегулювання діяльності). Функції прогнозу: – виявлення характеру зміни певної ситуації в умовах, коли на неї діють впливи, що стихійно складаються; – аналіз зміни ситуації в умовах, коли на неї впливає певна дія, коли відомі цілі і засоби його здійснення; – визначення характеру ситуації, з якої необхідно виходити для досягнення поставленої мети; – виявлення зміни окремих цілей, засобів при досягненні головної мети. Усі ці види прогнозування – не що інше, як одержання інформації про явища, що не існують в момент, коли робиться прогноз [9].

При прогнозуванні розвитку злочинності найчастіше використовують наступні основні методи: екстраполяції, експертної оцінки, математичного моделювання [10].

1. Метод екстраполяції, який є математичним та полягає у тому, що злочинність, її тенденції, вивчаються здебільшого у минулому та теперішньому часі, а отримані результати використовуються для розроблення прогнозів на майбутнє. Разом з тим, його основним недоліком є забезпечення достовірності лише на короткий проміжок часу при стабільних суспільних відносинах.

2. Метод математичного моделювання щільно пов'язаний з екстраполяцією є більш точнішим, оскільки

продовження в майбутнє встановлених тенденцій припускає вибір визначеної моделі екстраполяції (лінійної, нелінійної, множинної корекції тощо). Вказаний метод вважається найбільш досконалим, але водночас складним, оскільки охоплює систему математичних формул спрямовану на обробку динаміки злочинності у взаємодії з певними факторами які на неї впливають. Основною складністю цього методу слід вважати недостатню вивченість усіх детермінуючих злочинність факторів, механізму їх взаємодії та сили впливу кожного з них на злочинність та безпеку людини.

3. Метод експертних оцінок є універсальним оскільки з його допомогою можливо як зібрати усю прогностичну інформацію, а на підставі неї сформулювати прогнозований висновок. З метою його найбільш ефективного використання можуть залучатись у якості експертів кваліфіковані спеціалісти у певних галузях, які у свою чергу виражаючи свою думку використовують не лише офіційні дані, а й свої професійні навики. Вказаний метод найефективніше використовується при середньостроковому та довгостроковому прогнозуванні.

Відповідно до завдань прогнозування поділяється на певні часові проміжки, з яких виділяють: поточне (на декілька днів через можливі значні події на окремій території), короткострокове (переважно на 1-2 роки), середньострокове (як правило на 3-5 років) та перспективне (використовується переважно науковцями, експертами на 5-10 років).

Для ефективної роботи правоохоронних органів в регіонах, як правило найефективнішим є метод екстраполяції (перенесення виявлених закономірностей на майбутнє). Засіб експертних оцінок (погляд фахівців, заснований на фаховому, науково-практичному досвіді) рекомендується використовувати у великих регіонах, де, зазвичай, достатня кількість учених, спеціалістів, фахівців, спроможних виступити експертами з проблем розвитку ситуації.

За експертними оцінками, в Україні тенденцію до збільшення злочинів у сфері господарської діяльності мають: розкрадання бюджетних коштів – 12%, незаконна приватизація – 9%, шахрайство з фінансовими ресурсами – 7%, ухилення від сплати податків – 22%, зловживання у банківській сфері – 12%, зловживання на споживчому ринку – 7%, відмивання грошей – 5% тощо.

За допомогою оцінок експертів у поєднанні з методом екстраполяції можливо зробити прогноз злочинності як загалом, так і за окремими її видами. Найскладнішим слід відзначити метод моделювання. Він дозволяє зробити висновки про очікувані зміни щодо злочинності, уможливлює передусім зібрання всіх демографічних, економічних та інших факторів, які можуть впливати на розвиток злочинності у регіоні.

Враховуючи вищевикладене можна дійти висновку що таке явище, як кримінологічне прогнозування являє собою певну діяльність задля обробки, аналітичної діяльності з кримінологічною інформацією метою якої є отримання інформації про стан злочинності через певні проміжки часу, ймовірність скоєння правопорушення певними особами. У свою чергу поняття кримінологічного прогнозу являє собою вже отримані висновки, за наслідками вищевказаної діяльності

ЛІТЕРАТУРА

1. Бабенко А.М. Кримінологічне прогнозування як основа для планування запобігання злочинності в регіонах // Право та державне управління 2014. № 3 (16). С. 60–63.
2. Вацлавович В.В. Теоретичні проблеми кримінологічного прогнозування // Право. 2012. № 5. С. 53–64.
3. Голіна В.В., Лукашевич С. Ю., Колодяжний М. Г. Державне програмування і регіональне планування заходів запобігання злочинності в Україні / за заг. ред. В.В. Голіни. Харків: Право, 2012. 304 с.
4. Голіна В.В. Кримінологічна політика як основа розробки теорії і практики запобігання злочинності в Україні. 2016. 192 с.
5. Дунас М. О. Організаційно-правові проблеми з організації запобігання злочинів у сфері господарської діяльності, що вчиняються службовими особами // Приватне та публічне право. № 1. 2019. С. 148–152.
6. Дяченко Н. Прогнозування як функція державного управління / Н.Дяченко // Проблеми управління соціальним і гуманітарним розвитком. за заг. ред. О.Б. Кірєєвої. Дніпро: ДРІДУ НАДУ, 2017. С. 71–74.
7. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення за 2013–2019 рр. К.: ГПУ, 2019. 250 с
8. Концепція адміністративно-правового забезпечення протидії корупції в Україні / В.І. Литвиненко, П.Я. Пригунов. К.: ДП «Вид. дім «Персонал», 2016. 89 с.
9. Кримінологія: підручник, практикум / В.С. Ковальський, О.М. Костенко, Г.С. Семаков та ін. К.: Юрінком Інтер, 2017. 344 с.
10. Литвинов О.М., Гладкова Є.О. Кримінологічна футурологія: постановка проблеми. *Вісник* Кримінологічної асоціації України: зб. наук. праць. № 2 (23). 2020. С. 129–137.
11. Орлов Ю.В. Планування кримінологічне. *Вісник* Асоціації кримінального права України. 2016. № 2 (7). С. 358–360.
12. Політика у сфері боротьби зі злочинністю України: теретичні та прктичні проблеми: монографія / за заг. ред. проф. П.Л. Фріса та проф. В.Б. Харченка. Івано-Франківськ - Харків: Прикарпатський нац. ун-т імені Василя Стефаника, 2016. С. 162–178.

УДК 342.924
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/142

ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК ГАРАНТІЯ ЗАХИСТУ ПРАВА ОСОБИ НА ДОСТУП ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

REVIEW OF JUDGMENTS AS A GUARANTEE OF PROTECTION OF THE PERSON'S RIGHT TO ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

Миколенко О.І. д.ю.н. професор,
завідувач кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

Добровольська Н.В. к.ю.н.,
доцент кафедри адміністративного та господарського права
Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

У роботі статті розкрито сучасний стан досліджень судового захисту права особи на доступ до публічної інформації, розкрито зміст та процесуальні форми перегляду судових рішень, охарактеризовано особливості перегляду судових рішень щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації. Встановлено, що в адміністративному праві відсутні праці, які б комплексно (тобто з урахуванням вимог матеріального, процедурного і процесуального адміністративного права) вирішували проблеми адміністративно-правового забезпечення та судового захисту права особи на доступ до публічної інформації. Лише в поодиноких наукових працях розкриваються особливості адміністративного судочинства у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації, а також приділяється увага перегляду судових рішень у спорах фізичних чи юридичних осіб із розпорядником публічної інформації щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності у частині доступу до публічної інформації. Зроблено висновок, що в межах стадії перегляду судових рішень у справах щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників інформації можна виділити наступні процесуальні етапи: 1) подання скарги; 2) відкриття провадження; 3) розгляд справи та прийняття рішення по справі. Доведено, що апеляційне, касаційне провадження та перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами є процесуальними формами перегляду судових рішень і їх не можна виділяти в якості самостійних стадій адміністративного судочинства. Встановлено, що розгляд справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації у судах апеляційної та касаційної інстанцій відбувається за загальними правилами, які передбачені для всіх категорій справ адміністративної юрисдикції. Разом з тим, багато справ щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації, які розглядаються в судах першої інстанції в порядку письмового провадження, мають свої особливості на етапі розгляду апеляційної чи касаційної скарги.

Ключові слова: адміністративне судочинство, судовий захист права особи на доступ до публічної інформації, перегляд судових рішень, апеляційне провадження, касаційне провадження.

The article reveals the current state of research on judicial protection of the right of a person to access public information, examines the content and procedural forms of review of court decisions, describes the features of review of court decisions to appeal decisions, actions or inaction of the public information manager. It is established that in administrative law there are no works that would comprehensively (i.e., taking into account the requirements of substantive, procedural and procedural administrative law) solve the problems of administrative and legal support and judicial protection of a person's right to access public information. Only a few scientific papers reveal the features of administrative proceedings in cases of appeal against decisions, actions or omissions of public information managers, as well as attention is paid to reviewing court decisions in disputes of individuals or legal entities with the public information manager against appeals against decisions, actions or omissions to public information. It is concluded that within the stage of review of court decisions in cases of appeal against decisions of actions or inaction of information managers, the following procedural stages can be distinguished: 1) filing a complaint (appeal or cassation); 2) opening of proceedings; 3) consideration of the case and decision-making on the case. It is proved that appellate, cassation proceedings and review of court decisions on newly discovered or exceptional circumstances are procedural forms of review of court decisions and they cannot be distinguished as independent stages of administrative proceedings. It is established that consideration of cases on appeal of decisions, actions or inaction of the administrator of public information in courts of appeal and cassation instances takes place according to the general rules provided for all categories of cases of administrative jurisdiction.

Key words: administrative proceedings, judicial protection of a person's right to access public information, review of court decisions, appellate proceedings, cassation proceedings.

За останні роки в Україні зроблено значні кроки, спрямовані на забезпечення реалізації прав людини і громадянина та створення ефективної системи захисту цих прав: закріплено адміністративні процедури, які сприяють реалізації прав і свобод людини і громадянина, в тому числі, і у сфері доступу до публічної інформації; визначено повноваження розпорядників публічної інформації щодо реалізації вимог Закону України «Про доступ до публічної інформації»; впроваджено новітні інформаційні технології, які забезпечують можливість доступу до публічної інформації у формі відкритих даних тощо.

Разом з тим, адміністративно-правове забезпечення та судовий захист права особи на доступ до публічної інформації здійснюється на підставі законодавства, яке ще має недоліки та потребує свого вдосконалення як у частині закріплення більш ефективної процедури реалізації права особи на доступ до публічної інформації, так і у сфері судового захисту цього права. Це негативно впливає на стан захищеності фізичних і юридичних осіб в країні, а також на якість діяльності розпорядників публічної інформації та адміністративних судів у сфері доступу до публічної інформації.

У зв'язку з цим, особливої уваги потребує аналіз особливостей перегляду судових рішень щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації, адже перегляд судових рішень виступає ефективною та дієвою гарантією захисту права особи на доступ до публічної інформації.

Слід підкреслити, що дослідження судового захисту права особи на доступ до публічної інформації носять в Україні як правило фрагментарний характер. Більшість науковців намагаються розкрити в своїх працях правову природу публічної інформації та особливості правових процедур доступу до такої інформації (Ю.В. Дика, О.Є. Заяць, Л.В. Кузенко, О.О. Кукшинова, К.С. Маштак, С.М. Тарадай і ін.) [1; 2; 3; 4; 5; 6]. При цьому, частина наукових праць у своєму змісті зосереджує увагу виключно на розкритті змісту поняття «право на доступ

до публічної інформації», а тому така характеристика зводиться, по-перше, до визначення даного суб'єктивного права в загальній системі прав осіб, які передбачаються Конституцією України та актами адміністративного законодавства, по-друге, до виділення ознак, що відрізняють його від інших суб'єктивних прав та допомагають визначитись з його правовою природою, по-третє, до розкриття особливостей поняття «публічна інформація» та її класифікації за різними критеріями, та, по-четверте, до загального опису правового статусу суб'єкта, який наділений відповідним суб'єктивним правом. Інша ж частина наукових праць у своєму змісті зосереджує увагу виключно на характеристиці процедури надання доступу до публічної інформації, яка передбачена Законом «Про доступ до публічної інформації» [7]. Особливість таких досліджень у тому, що вони детально характеризують новостворений в адміністративному праві інститут адміністративних послуг, окреслюють особливості публічно-сервісних відносин, визначають зміст та види адміністративних процедур, а також досліджують структуру процедури доступу до публічної інформації.

Тобто такі наукові праці обмежуються аналізом матеріальної та процедурної частин адміністративного права і уникають характеристики механізму судового захисту права особи на доступ до публічної інформації, тим паче, характеристики однієї із стадій адміністративного судочинства – перегляду судових рішень.

Необхідно зазначити, що в адміністративному праві відсутні праці, які б комплексно (тобто з урахуванням вимог матеріального, процедурного і процесуального адміністративного права) вирішували проблеми адміністративно-правового забезпечення та судового захисту права особи на доступ до публічної інформації. Виключенням з цього є дисертація О.М. Сибіги, в якій поступово а) розкривається зміст поняття «інформація»; б) визначаються ознаки і місце публічної інформації у загальній системі інформації, що регулюється правом; в) розкривається зміст права особи на доступ до публічної інформації; г) дається характеристика структури процедури реалізації права на доступ до публічної інформації та суб'єктів, які є учасниками даних правовідносин; ґ) детально розкриваються особливості адміністративної юрисдикції у справах щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації [8].

Таким чином, лише в поодиноких наукових працях розкриваються особливості адміністративного судочинства у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації, а також приділяється увага перегляду судових рішень у спорах фізичних чи юридичних осіб із розпорядником публічної інформації щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності у частині доступу до публічної інформації [9; 10; 11]. Перегляд судових рішень в даному випадку розглядається в двох іпостасях: 1) як факультативна стадія адміністративного судочинства; 2) як додаткова гарантія судового захисту права особи на доступ до публічної інформації.

Основними завданнями, розв'язанню яких присвячена дана стаття, є наступні.

1. Дослідити зміст категорії «перегляд судових рішень» та визначитись з процесуальними формами перегляду судових рішень.

2. Охарактеризувати значення перегляду судових рішень як стадії адміністративного судочинства та гарантії захисту прав особи на доступ до публічної інформації.

3. Визначити особливості перегляду судових рішень щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації.

С.В. Ківалов та Л.Р. Біла-Тіунова зазначають, що законодавець передбачив процедуру перегляду судових рішень судами апеляційної і касаційної інстанцій з метою реалізації права на судовий захист і прийняття судом законного й обґрунтованого рішення [12, с. 212]. З цими думками слід повністю погодитись, адже недостатньо передбачити в адміністративному процесуальному законодавстві України право особи на звернення до адміністративного суду, необхідно також закріпити і додаткові гарантії щодо законного та обґрунтованого судового рішення. Будь-яка людина може помилятися. Не є виключенням в цьому сенсі і суддя адміністративного суду. Мінливість норм національного законодавства, двозначність розуміння окремих нормативних вимог, брак багатолітнього практичного досвіду у судді, а також відсутність офіційного тлумачення спірних положень національного законодавства можуть стати причиною судових помилок. Тому стадія перегляду судових рішень, яка передбачена Розділом III КАС України, є своєрідним «фільтром», який допомагає «відсіяти» законні та обґрунтовані судові рішення від незаконних та недостатньо обґрунтованих.

Наприклад, О.М. Сибіга вважає, що існування інституту перегляду судових рішень обумовлено двома чинниками:

– наявність факторів суб'єктивного і об'єктивного характеру, які призводять до судових помилок при розгляді справи в першій інстанції. Якщо судові помилки набувають критичної кількості, то це суттєво відбивається на авторитеті судової гілки влади, іміджі держави взагалі та рівні захищеності особи в країні з боку державних установ;

– неоднакове застосування судами одних і тих самих норм. Це стало сьогодні розповсюдженим явищем в діяльності адміністративних судів, і це не дивлячись на те, що певні елементи прецедентного права застосовуються в Україні у діяльності, в тому числі, адміністративних судів [8, с. 326].

Цікаво, що судова система неодноразово реформувалась в Україні і навряд чи у сучасному вигляді проіснує довгий час (іноді складається враження, що для суб'єктів, які здійснюють реформи в нашій державі, неважливий результат реформ, їм подобається сам процес перетворень). У історії розвитку нашої держави був період, коли судова система України була побудована таким чином, що поступово авторитет і значення рішень судів першої інстанції були зведені нанівець. Учасники адміністративного судочинства «автоматично» (ігноруючи фактори, що обумовлювали законність і обґрунтованість судового рішення) зверталися до суду для перегляду справи в апеляційному чи касаційному порядку. Тобто поступово суди першої інстанції втрачали статус державних органів, які приймають остаточне рішення по адміністративній справі, та спроможні професійно здійснювати правосуддя. Як результат, суди апеляційної і касаційної інстанцій були перевантажені справами, які за своєю суттю були законними і обґрунтованими, але не сприймалися учасниками адміністративного судочинства такими. Цей приклад показує наскільки виваженою повинна бути політика держави: а) до системи адміністративних судів; б) до інстанційної юрисдикції адміністративних судів; в) до стадій адміністративного судочинства; г) до форм адміністративного судочинства. Узгодженість між вказаними вище елементами дозволить повернути довіру до судів першої інстанції та уникнути такого ганебного явища у адміністративній юстиції як «зловживання учасником адміністративного судочинства правом на перегляд справи та оскарження судового рішення» (ст. 13 КАС України).

Довгий час дискусійним в науці адміністративного права і процесу був термін «перегляд справ». Пояснювалось це тим, що науковці в одних випадках намагалися окремо в структурі адміністративного судочинства виділяти стадію апеляційного провадження і стадію касаційного провадження, тоді як в інших випадках науковці виділяли одну стадію «перегляд справ», яка охоплювала собою апеляційне, касаційне та інші види провадження. Вважаємо, що ні апеляційне, ні касаційне провадження не можуть бути окремими стадіями адміністративного

судочинства, адже поняття «провадження» стало характеризувати в чинному законодавстві не скільки етапність розгляду справ в адміністративних судах, оскільки певну процесуальну форму діяльності адміністративних судів (наприклад, положення ст. 12 КАС України). Тобто апеляційне та касаційне провадження об'єднані однією метою – перегляд прийнятого судового рішення. І власне за єдністю мети їх можна розглядати як процесуальні форми перегляду судових рішень.

Також чинний КАС України дозволяє виділити в межах стадії перегляду судових рішень наступні процесуальні етапи:

1) подання скарги (апеляційної чи касаційної). Ст. 292 КАС України визначає, що судом апеляційної інстанції в справах щодо оскарження рішень, дій бездіяльності розпорядників публічної інформації є апеляційний адміністративний суд, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться окружний адміністративний суд, що ухвалив рішення. Параграф 1 Глави 1 Розділу III КАС України додатково передбачає суб'єктів, які мають право оскаржувати в апеляційному порядку рішення суду першої інстанції, строки апеляційного оскарження, а також вимоги до форми та змісту апеляційної скарги. В свою чергу, ст. 327 КАС України закріплює, що судом касаційної інстанції, в тому числі і у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації, є Верховний Суд. Параграф 1 Глави 2 Розділу III КАС України встановлює осіб, які мають право оскаржити в касаційному порядку рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи, строки касаційного оскарження, а також вимоги до форми та змісту касаційної скарги [13];

2) відкриття провадження. Так, частина 1 ст. 300 КАС України закріплює вимогу до суду апеляційної інстанції, яка полягає у тому, що суд за відсутності підстав для залишення апеляційної скарги без руху, повернення апеляційної скарги чи відмови у відкритті апеляційного провадження постановляє ухвалу про відкриття апеляційного провадження у справі. Відповідно, частина 1 ст. 334 КАС України передбачає, що за відсутності підстав для залишення касаційної скарги без руху, повернення касаційної скарги чи відмови у відкритті касаційного провадження суд касаційної інстанції постановляє ухвалу про відкриття касаційного провадження у справі [13];

3) розгляд справи та прийняття рішення по справі. Так, параграф 3 Глави 1 Розділу III КАС України закріплює процедуру підготовки справи до апеляційного розгляду, межі перегляду судом апеляційної інстанції, строки розгляду апеляційної скарги, вимоги до апеляційного розгляду справи у судовому засіданні та в порядку письмового провадження, а також передбачає можливі наслідки розгляду апеляційної скарги на судове рішення суду першої інстанції. В свою чергу, параграф 3 Глави 2 Розділу III КАС України містить вимоги до розгляду касаційної справи. Як і у випадку з апеляційним провадженням, КАС України теж закріплює процедуру підготовки справи до касаційного розгляду, межі перегляду судом касаційної інстанції, строки розгляду касаційної скарги, вимоги до касаційного розгляду справи у судовому засіданні та в порядку письмового провадження, а також передбачає можливі наслідки розгляду касаційної скарги [13].

У зв'язку з тим, що багато справ щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації розглядається в судах першої інстанції в порядку письмового провадження, це може вплинути і на порядок розгляду апеляційної чи касаційної скарги. Зокрема, О.М. Сибіга виділяє наступні особливості перегляду справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації: а) якщо апеляційна скарга подана на рішення суду першої інстанції, яке було ухвалене в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін (у порядку письмового провадження), то суд апеляційної інстанції теж може розглянути справу без повідомлення учасників справи (в порядку письмового провадження) за наявними у справі матеріалами; б) якщо рішення суду першої інстанції та постанов апеляційної інстанції були розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження, то суд касаційної інстанції може розглянути справу в порядку письмового провадження за наявними у справі матеріалами [8, с. 336].

На підставі аналізу положень чинного адміністративного процесуального законодавства України, які регламентують особливості перегляду справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації, хочемо зазначити наступне.

1. Загальний розгляд апеляційного та касаційного проваджень у справах щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників інформації дозволяє виділити в межах стаді перегляду судових рішень наступні процесуальні етапи: 1) подання скарги (апеляційної чи касаційної); 2) відкриття провадження; 3) розгляд справи та прийняття рішення по справі.

2. Апеляційне, касаційне провадження та перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами є не самостійними стадіями адміністративного судочинства, а лише процесуальними формами перегляду судових рішень.

3. Розгляд справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації у судах апеляційної та касаційної інстанцій відбувається за загальними правилами, що передбачені для всіх категорій справ адміністративної юрисдикції. У зв'язку з тим, що багато справ щодо оскарження рішень дій чи бездіяльності розпорядників публічної інформації розглядається в судах першої інстанції в порядку письмового провадження, це може вплинути і на порядок розгляду апеляційної чи касаційної скарги. Зокрема: а) якщо апеляційна скарга подана на рішення суду першої інстанції, яке було ухвалене в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін (у порядку письмового провадження), то суд апеляційної інстанції теж може розглянути справу без повідомлення учасників справи (в порядку письмового провадження) за наявними у справі матеріалами; б) якщо рішення суду першої інстанції та постанов апеляційної інстанції були розглянуті за правилами спрощеного позовного провадження, то суд касаційної інстанції може розглянути справу в порядку письмового провадження за наявними у справі матеріалами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дика Ю.В. Адміністративно-правові засади регулювання обмежень прав громадян на екологічну інформацію: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Національний аграрний університет. Київ, 2008. 193 с.

2. Заяць О.Є. Адміністративно-правові засади доступу громадян до публічної інформації в Україні: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Приватний вищий навчальний заклад «Львівський університет бізнесу та права». Львів, 2013. 251 с.

3. Кузенко Л.В. Правове регулювання права громадян на інформацію в сфері державного управління: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2003. 173 с.

4. Кукшинова О.О. Правове регулювання доступу до відкритої інформації: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2012. 211 с.

5. Маштак К.С. Адміністративно-правове забезпечення права на доступ до публічної інформації: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Міжрегіональна Академія управління персоналом. Київ, 2013. 265 с.

6. Тарадай С.М. Адміністративні процедури забезпечення права громадян на доступ до публічної інформації: дис. …канд. юрид. наук: 12.00.07 - адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Державний науково-дослідний інститут МВС України. Київ, 2012. 217 с.

7. Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

8. Сибіга О.М. Адміністративно-правове забезпечення та судовий захист права особи на доступ до публічної інформації: дис. …докра юрид. наук: 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право. Запорізький національний університет, Запоріжжя, 2019. 378 с.

9. Сибіга О.М. Особливості прояву судового контролю та судового захисту у сфері забезпечення доступу до публічної інформації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2017. № 43. Т. 3. С. 144–148.

10. Сибіга О.М. Публічна інформація в контексті практики застосування адміністративними судами норм національного законодавства. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 4. С. 53–57.

11. Сибіга О.М. Юрисдикція адміністративних судів щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності розпорядника публічної інформації: історія та сьогодення. *Актуальні проблеми держави і права*. 2019. № 82. С. 93–97.

12. Адміністративне судочинство в Україні: теорія, правове регулювання, практика: монографія / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова, Д.А. Козачук і ін.; за заг ред. С.В. Квалова і Л.Р. Білої-Тіунової. Одеса: Фенікс, 2013. 394 с.

13. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

УДК 343.977
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/143

СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ РОЗБОЇВ, ВЧИНЕНИХ ОРГАНІЗОВАНОЮ ГРУПОЮ

INVESTIGATIVE SITUATIONS OF THE INITIAL STAGE OF THE INVESTIGATION OF ROBBERIES COMMITTED BY AN ORGANIZED GROUP

Мірковець О.М., здобувач
Донецького юридичного інституту МВС України

У статті виділені риси слідчих ситуацій, властивих для початкового етапу розслідування розбійних нападів, вчинених організованою групою: проблемність; конфліктність; непостійність; тактичний ризик; переважання оперативно-розшукових відомостей над процесуально-підтвердженими; багатоаспектність інформаційної бази; численність учасників кримінального провадження; значне число епізодів злочинної діяльності, що підлягають дослідженню; обмежені терміни прийняття тактичних рішень; наявність великої кількості критеріїв, які необхідно враховувати під час прийняття рішень; широке коло тактичних завдань, які потрібно вирішувати слідчому й оперативним працівникам.

У процесі аналізу матеріалів слідчої практики у справах про розбійні напади, вчинені організованою групою, доведено, що чинниками, які сприяють виникненню проблемних слідчих ситуацій, виступають об'єктивні умови зовнішнього середовища та умови, що виникають внаслідок людської діяльності (наприклад, ненавмисні дії потерпілого або свідка щодо знищення слідів злочину; непрофесійні дії працівників правоохоронних органів чи інших осіб, які мають відношення до розслідуваної події; умисні дії осіб, які перешкоджають встановленню об'єктивних обставин події злочину). Серед особливостей, які обумовлюють специфіку слідчих ситуацій розслідування організованої злочинної діяльності, можна виділити також ту обставину, що в інформаційній основі даних ситуацій, особливо початкових, зазвичай міститься більше оперативно-розшукових і орієнтуючих, ніж процесуально-підтверджених відомостей, що не дозволяє слідчому прийняти обґрунтоване рішення про подальший оптимальний напрям розслідування.

В процесі аналізу матеріалів слідчої практики у кримінальних провадженнях про розбійні напади, вчинені організованою групою, доведено, що чинниками, які сприяють виникненню проблемних слідчих ситуацій, виступають об'єктивні умови зовнішнього середовища та умови, що виникають внаслідок людської діяльності (наприклад, ненавмисні дії потерпілого або свідка щодо знищення слідів злочину; непрофесійні дії працівників правоохоронних органів чи інших осіб, які мають відношення до розслідуваної події; умисні дії осіб, які перешкоджають встановленню об'єктивних обставин події злочину). Серед особливостей, які обумовлюють специфіку слідчих ситуацій розслідування організованої злочинної діяльності, можна виділити також ту обставину, що в інформаційній основі даних ситуацій, особливо початкових, зазвичай міститься більше оперативно-розшукових і орієнтуючих, ніж процесуально-підтверджених відомостей, що не дозволяє слідчому прийняти обґрунтоване рішення про подальший оптимальний напрям розслідування.

Ситуація ускладнюється у зв'язку із: багатоаспектністю інформаційної бази; численністю учасників кримінального провадження; значним числом епізодів злочинної діяльності, що підлягають дослідженню в процесі розслідування злочинів; швидкою зміною ситуації; обмеженими термінами прийняття тактичних рішень; наявністю великої кількості критеріїв, які необхідно враховувати під час прийняття рішень; більш широким, порівняно з іншими категоріями кримінальних справ, колом тактичних завдань, які потрібно вирішувати слідчому й оперативним працівникам, серед яких, передусім, боротьба з протидією розслідуванню.

Типові ситуації є своєрідними теоретичними моделями, послуговуватися якими слід шляхом зіставлення їх із конкретною реальною ситуацією. Якщо вони можуть бути порівняні за своїми криміналістичними характеристиками, то основний алгоритм дій у типовій ситуації під час розслідування зазначених злочинів прийнятний і для конкретної ситуації.

Ключові слова: розбій, слідча ситуація, кримінальне провадження, розслідування, організована група.

The article highlights the features of investigative situations inherent in the initial stage of the investigation of robberies committed by an organized group: problems; conflict; volatility; tactical risk; the predominance of operational and investigative information over procedurally confirmed; multifaceted information base; number of participants in criminal proceedings; a significant number of episodes of criminal activity to be investigated; limited time for tactical decisions; the presence of a large number of criteria that must be taken into account when making decisions; a wide range of tactical tasks to be solved by investigators and operatives.

In the process of analyzing the materials of the investigative practice in cases of robberies committed by an organized group, it is proved that the factors that contribute to the emergence of problematic investigative situations are objective environmental conditions and conditions arising from human activities (eg, unintentional actions of the victim or witness to the destruction of traces of the crime; unprofessional actions of law enforcement officers or other persons involved in the event under investigation; intentional actions of persons who prevent the establishment of objective circumstances of the crime). Among the features that determine the specifics of investigative situations of investigation of organized crime, we can also highlight the fact that the information base of these situations, especially initial, usually contains more operational and investigative than indicative evidence, which does not allow the investigator to accept reasonable decision on the further optimal direction of the investigation.

In the process of analyzing the materials of investigative practice in criminal proceedings on robberies committed by an organized group, it is proved that the factors that contribute to problematic investigative situations are objective environmental conditions and conditions arising from human activities (eg, unintentional actions of the victim or a witness to the destruction of traces of the crime; unprofessional actions of law enforcement officers or other persons involved in the event under investigation; intentional actions of persons who prevent the establishment of objective circumstances of the crime). Among the features that determine the specifics of investigative situations of investigation of organized crime, we can also highlight the fact that the information base of these situations, especially initial, usually contains more operational and investigative information than procedurally confirmed information, which does not allow the investigator to accept reasonable decision on the further optimal direction of the investigation.

The situation is complicated by: multifaceted information base; the number of participants in criminal proceedings; a significant number of episodes of criminal activity to be investigated in the process of investigating crimes; rapid change of situation; limited time for tactical decisions; the presence of a large number of criteria that must be taken into account when making decisions; a wider range of tactical tasks than other categories of criminal cases to be solved by investigators and operatives, including, above all, the fight against opposition to the investigation.

Typical situations are a kind of theoretical models, which should be used by comparing them with a specific real situation. If they can be compared in their forensic characteristics, then the basic algorithm of actions in a typical situation during the investigation of these crimes is acceptable for a particular situation.

Key words: robbery, property, investigative situation, investigation, criminal proceedings, organized group.

Важливе місце в боротьбі з організованою злочинністю займає розслідування злочинів, що здійснюється в конкретних умовах часу, місця, взаємозв'язків з іншими процесами об'єктивної дійсності, тактико-психологічних відносин учасників кримінального провадження і під впливом інших факторів. Слідча ситуація в пізнавальному розумінні – це оціночна категорія, що характеризує сукупність взаємопов'язаних елементів, які відображають як обстановку (умови, в яких діє слідчий), так і сприятливий чи несприятливий перебіг процесу розслідування. Ця складна інформаційна система відтворює з різним ступенем адекватності різні логіко-пізнавальні зв'язки між встановленими та ще невстановленими обставинами, які мають значення для справи, а також організаційно-управлінську структуру і рівень внутрішньої впорядкованості процесу розслідування. Діяльність щодо розслідування злочинів становить послідовну зміну слідчих ситуацій в результаті здійснюваних циклів пізнавально-практичних операцій, які постачають нову інформацію [1, с. 165].

Розгляд процесу розслідування як комбінації слідчих ситуацій досить поширений у криміналістиці. Ситуаційна концепція вважається однією з парадигм останнього часу, найбільш перспективним напрямом, із розвитком якого пов'язане вдосконалення криміналістичної методики розслідування злочинів. Ситуаційний підхід дозволяє зафіксувати процес розслідування на будь-якому етапі, деталізувати його, провести аналіз сформованої інформаційної бази, запропонувати найбільш адекватні засоби та методи розслідування.

Досліджувана категорія у криміналістиці вивчається досить давно. Але до сьогодні відсутня єдина точка зору щодо визначення її поняття та сутності. Розбій, як і інші кримінальні правопорушення, розслідується в конкретних умовах часу, місця, оточуючого середовища, взаємозв'язку з іншими процесами об'єктивної дійсності, поведінкою осіб, що виявилися втягнутими у сферу кримінального судочинства, та під впливом інших чинників, що залишаються невідомими для слідчого. Ця складна система взаємозв'язків утворює ту конкретну обстановку, в якій працює слідчий та інші суб'єкти, що беруть участь у доказуванні розслідуваної події. Така обстановка одержала в криміналістиці загальну назву слідчої ситуації. Іншими словами, це існуюча на даний момент реальність, в умовах якої діє слідчий. Ситуацією в буквальному її значенні є сама реальність, яка виникає на певному етапі розслідування.

У юридичній літературі проблематиці слідчої ситуації, її значенню для тактики і методики розслідування присвячена низка робіт [2, с. 154-155]. Уперше визначення слідчої ситуації запропонував О. Н. Колесниченко. «Слідча ситуація – на його думку – це певне становище у розслідуванні злочину, що характеризується наявністю тих чи інших доказів та інформаційного матеріалу й виникаючими у зв'язку з цим конкретними завданнями його збирання і перевірки» [3, с. 214]. Водночас, В. Є. Корноухов не погоджуючись з такою думкою, відносить слідчу ситуацію до однієї із закономірностей, властивих процесу розслідування. «Під слідчою ситуацією, – пише він, слід розуміти об'єктивно повторюване положення у процесі розслідування, обумовлене фактичними даними, яке визначає процес виявлення, збирання доказів. Типові слідчі ситуації визначаються з урахуванням етапів розслідування, що у більшій мірі конкретизує процес виявлення, збирання доказів» [4, с. 93]. В. Г. Колмацький зазначав, що слідча ситуація – це сукупність умов, в яких здійснюється розслідування та визначається його стан на даний момент. Вона є тактичним засобом організації роботи слідчого під час розслідування злочину та акцентує увагу на дослідженні питання аналізу (вивчення змісту обумовлюючих її чинників з метою прийняття тактичного рішення та вибору варіанта методики розслідування, що забезпечує швидке і повне розслідування злочину) та оцінки слідчої ситуації [5, с. 337–346]. В. К. Гавло визначає слідчу ситуацію «як сукупність фактичних даних, які відображають істотні риси подій, якою вона уявляється на тому чи іншому етапі розслідування злочинів» [6, с. 90]. І. Ф. Герасимов слідчу ситуацію визначив «як сукупність матеріальних, інформаційних та інших чинників, що характеризують розслідування» [7, с. 173], а Л. Я. Драпкін слідчу ситуацію розглядає як «уявну динамічну модель, яка відображає інформаційно-логічне, тактико-психологічне, тактико-управлінське й організаційно-структурне становище, що склалося у кримінальній справі і характеризує сприятливий чи несприятливий характер процесу розслідування» [8, с. 49]. Так, М. П. Яблоков вважає, що «слідча ситуація – це становище, що складається в якийсь момент діяльності слідчого з розслідування злочину, яке характеризує тактичну, стратегічну чи тактико-стратегічну інформаційну своєрідність оцінюваного слідчого моменту» [9, с. 48]. В. П. Корж слідчу ситуацію розглядає як становище, що склалося у певний період розслідування злочину або у певний період проведення слідчої дії [10, с. 20]. В. П. Бахін визначає її як об'єктивну реальність, фактичну обстановку та результат її пізнання, а дані про неї – відображення цієї обстановки, які використовуються для її розуміння та впливають на неї з метою розкриття злочину [11, с. 452].

Отже, проведений аналіз наукових праць дозволяє зробити висновок про те, що у криміналістичній літературі не існує єдиного погляду на визначення поняття слідчої ситуації. Окремі дослідники визначають слідчу ситуацію як сукупність доказової чи криміналістично значущої інформації на певний момент розслідування, інші – слідчу ситуацію розглядають як криміналістичну характеристику злочину на певний момент і пов'язують її з криміналістичною характеристикою.

Вважаємо, що причинами різних підходів до проблеми слідчих ситуацій є: по-перше, напрямок наукових досліджень учених із проблем слідчої ситуації, по-друге, відхід окремих вчених від сутності й правильного тлумачення поняття «ситуація», по-третє, надається перевага зовнішньому або внутрішньому характеру розслідування. Так, Р. С. Бєлкін, В. І. Шиканов віддають перевагу зовнішній обстановці розслідування (умовам об'єктивного характеру) [12, с. 284], О. М. Васильєв, М. П. Яблоков, В. К. Гавло включають у поняття слідчої ситуації внутрішній стан розслідування (умови суб'єктивного характеру) [13, с. 235]. Безперечно, своєрідність зовнішнього середовища, зовнішніх умов, обстановка впливають на хід розслідування, оскільки вони є компонентами слідчої ситуації. Однак інформація про обстановку, яка одержана на певний момент розслідування та оцінена слідчим, буде «внутрішнім станом розслідування». Суб'єктивний момент тут пов'язаний з пізнанням ситуації, з прийняттям рішення в процесі розслідування та значною мірою залежить від особистих якостей слідчого (його професійного і життєвого досвіду, вольових якостей, характеру, темпераменту тощо).

Резюмуючи різні точки зору, зауважимо, що в криміналістиці сформувалася концепція відносно змісту поняття «слідчої ситуації», відповідно до якої дана категорія має риси зовнішнього характеру, стану самого розслідування на певному етапі і риси внутрішнього характеру, сукупність умов, у яких провадиться в даний момент процес розслідування.

Аналіз юридичної літератури і матеріалів слідчої практики, результати проведеного дослідження, а також тлумачення поняття «ситуації» як сукупності умов і обставин, що створюють певне становище, викликають ті чи інші взаємини людей [14, с. 1127], дозволяє дати визначення поняттю слідчої ситуації.

Отже, слідча ситуація – це складна динамічна система, що змінюється під впливом об'єктивних і суб'єктивних обставин, що характеризуються певним становищем, яке

складається у будь-який момент слідчої діяльності, істотними ознаками кримінального правопорушення, процесуально значущими функціями і найбільш важливими особистісними якостями суб'єкта розслідування і основних його учасників, їх взаємовідносинами, а також станом досудового розслідування у кримінальному провадженні на будь-який момент встановлення обставин, що підлягають доказуванню.

Таке визначення варто використовувати для виявлення типових ситуацій, що складаються у ході розслідування розбоїв, вчинених організованою групою. При цьому відзначимо, що, слідча ситуація завжди конкретна і характеризується обставинами, що існують «тут і зараз», в яких проводиться розслідування таких злочинів, або поєднанням будь-яких обставин у ході такого розслідування. Вивчення безлічі слідчих ситуацій дозволяє виявити в них подібні (загальні) обставини, які охоплюються поняттям «типові». Іншими словами, типова ситуація абстрактна, а слідча – завжди конкретна, тому вживання цих двох термінів одночасно для характеристики одного поняття вважаємо некоректним. У зв'язку з цим класифікація слідчих ситуацій на «типові» і «специфічні» є неможливою.

Принциповим моментом для розробки рекомендацій стосовно розслідування розбійного нападу, є класифікація всіх можливих слідчих ситуацій за різними критеріями. Проведений критичний аналіз існуючих систем класифікації слідчих ситуацій свідчить про те, що найбільш доречним, на думку науковців, є їх поділ за інформаційною ознакою на прості (сприятливі, безконфліктні) та складні (проблемні, конфліктні, тактичного ризику, організаційно невпорядковані та змішані (комбіновані)) [15, с. 55; 16, с. 25].

Встановлено, що вибір напряму розслідування багато в чому залежить від вихідної слідчої ситуації, що складається на момент внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Алгоритм дій слідчого з розслідування розбійного нападу, вчиненого організованою групою виглядає так: оцінка вихідної слідчої ситуації; постановка тактичних завдань та планування початку розслідування; планування та проведення окремих слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших заходів для вирішенню поставлених задач.

Розглянувши підходи різних авторів до типізації слідчих ситуацій, властивих процесу розслідування розбійних нападів, найбільш вдалою, на нашу думку, варто визнати позицію В. В. Тіщенка щодо виділення типових слідчих ситуацій на основі комбінації чотирьох основних інформаційно та методично значущих елементів: 1) подія (механізм і обстановка) злочину; 2) особа злочинця; 3) особа потерпілого; 4) майно, що викрадається [17, с. 103]. Зміст зв'язків між вказаними елементами злочину створює систему слідчих ситуацій, яку доцільно використовувати для з'ясування послідовності, способів і засобів вирішення тактичних завдань, що виникають під час розслідування розбійних нападів, вчинених організованою групою.

З урахуванням результатів проведеного дослідження виокремлені такі типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування: 1) відомості про осіб, які вчинили розбійний напад, а в окремих випадках і обставини нападу, відсутні або вкрай малозначні (27 %); 2) наявна інформація про обставини розбійного нападу, загальні відомості про склад, озброєність злочинної групи, використання транспортних засобів, окремі ознаки злочинців тощо (57 %); 3) крім іншого, є інформація про особу злочинців (окремих членів злочинної групи), проте злочинці не затримані та їх місцезнаходження невідоме. Подібні ситуації зустрічаються досить рідко (3 %); 4) підозрювана особа затримана на місці вчинення злочину: а) підозрюваний встановлений, відносно нього обрано запобіжний захід (домашній арешт (8 %), тримання під вартою (92 %)); він дає показання, які збігаються з показаннями потерпілого, свідків, очевидців; знаряддя злочину виявлено; б) підозрюваний встановлений, відносно нього обрано запобіжний захід; він відмовляється від дачі показань або дає свідчення, що суперечать показанням потерпілого, свідків, очевидців, і виявленим матеріальним слідам злочину; знаряддя злочину виявлено, але на ньому відсутні сліди залишені підозрюваним; в) встановлено одного з підозрюваних – члена злочинної групи, щодо нього обрано запобіжний захід (тримання під вартою (99 %)), але інші члени групи зникли; підозрюваний не повідомляє дані про осіб співучасників; є свідки, очевидці; матеріальні сліди свідчать про вчинення групового розбійного нападу (6 %); 5) невідоме зникнення водія та інших громадян. Така ситуація в основному присутня під час нападу на таксистів; водіїв, які займаються приватними перевезеннями; водіїв вантажного автотранспорту (далекобійників) (7 %) [12].

Сприятлива ситуація складається за наявності достатньої інформації, що дозволяє швидко розкрити злочин і притягнути до відповідальності винних (свідки впізнали злочинця, наявні речові докази тощо). Безконфліктна слідча ситуація виникає, коли інтереси учасників кримінального провадження співпадають [19, с. 233–234] і вони не перешкоджають встановленню істини (наприклад, у разі з'явлення зі зізнанням).

При цьому, як зазначає В. Ю. Шепітько, «необхідно пам'ятати, що кожний злочин є індивідуальним і унікальним, немає двох тотожних злочинів. Тому й процес виконання слідчої діяльності теж є індивідуальним, а відображення на місці події має тільки йому притаманні ознаки» [20, с. 197].

Слідча ситуація, коли розбійний напад вчинено невідомими особами, є найбільш несприятливою для початкового етапу розслідування в через обмеження відомостей про злочинців. У цьому випадку встановлення обставин вчиненого злочину здійснюється на підставі даних, отриманих від постраждалих, свідків чи представників установ, у яких стався злочин. Можуть трапитися ситуації, коли єдиними свідками нападу є самі потерпілі, які часто під виливом тих або інших причин повідомляють слідчому надто обмежену інформацію про вчинене та про осіб нападників. Сюди ж, зокрема, відносяться й випадки, коли водії гинуть під час нападу. Основні напрями розслідування у цій слідчій ситуації мають бути націлені на виявлення максимальної кількості даних, які тим чи іншим чином характеризують нападаючих: кількість учасників, їх стать, вік, зріст, особливості тощо.

Якщо особа (особи), яка підозрюється у вчиненні розбійного нападу, не затримана, але наявна інформація про неї, визначальним фактором є час, тому дії слідчого й оперативного працівника мають характеризуватися максимальною невідкладністю та бути спрямовані на збирання інформації розшукового характеру шляхом опитування потерпілих і свідків про кількість нападників, індивідуальні ознаки осіб, напрямок, в якому зникли злочинці, а також кількість викрадених грошових коштів. Після цього терміново здійснюється переслідування за «гарячими слідами» [21, с. 219].

У випадку встановлення підозрюваного треба невідкладно організувати його затримання, особистий обшук, впізнання, обшук за місцем проживання або роботи, допит. Якщо ж місцезнаходження підозрюваної особи не було встановлене, то в подальшому проводять огляд, допит потерпілого, допит свідків, чиї свідчення мають важливе значення. Допитувати їх доцільно відразу на місці вчинення злочину. Отримана при цьому доказова й орієнтуюча інформація всебічно оцінюється та використовується для корегування комплексу подальших слідчих дій і оперативно-розшукових заходів, невідкладність яких обумовлена результатами досудового розслідування (наприклад, виявлення і допит інших поінформованих осіб).

Якщо і після цього місцезнаходження особи, яка вчинила розбійний напад, невідоме, то початковий етап розслідування закінчується наданням доручень оперативним підрозділам про розшук зниклого злочинця.

Заходи оперативно-розшукового характеру, які проводилися одночасно зі слідчими діями, спрямовані на швидке встановлення місця знаходження злочинця, його затримання, а також – розшук викраденого.

Найбільш сприятливою для розслідування ситуацією є затримання особи на місці вчинення злочину, оскільки це дозволяє перевірити найбільш імовірні версії.

Різновидом слідчої ситуації є ситуація слідчої (розшукової) дії як сукупність даних у конкретний момент проведення цієї дії, її обстановка. За обсягом понять вона є ситуацією меншого ступеня спільності порівняно із слідчою ситуацією, структурно входить до останньої і є її складовою частиною, формується в процесі самої дії і залежить від: наявності (одержання) доказового матеріалу; використаної слідчим тактики; дій суб'єкта, на якого спрямована система тактичних прийомів тощо.

Розробка об'єктивної класифікації слідчих ситуацій і критеріїв для цього на нинішньому етапі повинна здійснюватися шляхом накопичення даних про ситуації, що складаються на різних етапах розслідування певних видів злочинів, із подальшим виділенням типових ознак [22, с. 169].

Слідчий, зазвичай, змушений діяти в ситуації ретроспективного характеру, коли злочин вже вчинено і його дії виступають у вигляді передбаченої законодавцем реакції на злочинну подію. Більш результативними можуть бути перспективні ситуації, що виникають у разі надходження інформації про готування до вчинення розбійного нападу чи триваючу злочинну діяльність певної організованої групи корисливо-насильницької спрямованості. Можливий також змішаний варіант, коли реагування на вже вчинений злочин поєднується з реалізацією матеріалів оперативної перевірки злочинної діяльності конкретного кримінального формування.

Вивчені матеріали кримінальних проваджень про вчинення нападів організованою групою, що на початковому етапі розслідування слідчі та оперативні працівники стикаються із складними слідчими ситуаціями, для яких характерні: проблемність, коли відсутні достатні дані про обставини, які підлягають доказуванню, не встановлено особу тих, хто вчинив напад; конфліктність, у зв'язку із вжиттям членами організованої групи заходів щодо протидії розслідуванню справи; тактичний ризик, обумовлений тим, що у слідчого серед багатьох можливих рішень немає абсолютно надійного та ін. [23, с. 18].

В процесі аналізу матеріалів слідчої практики у кримінальних провадженнях про розбійні напади, вчинені організованою групою, доведено, що чинниками, які сприяють виникненню проблемних слідчих ситуацій, виступають об'єктивні умови зовнішнього середовища та умови, що виникають внаслідок людської діяльності (наприклад, ненавмисні дії потерпілого або свідка щодо знищення слідів злочину; непрофесійні дії працівників правоохоронних органів чи інших осіб, які мають відношення до розслідуваної події; умисні дії осіб, які перешкоджають встановленню об'єктивних обставин події злочину). Серед особливостей, які обумовлюють специфіку слідчих ситуацій розслідування організованої злочинної діяльності, можна виділити також ту обставину, що в інформаційній основі даних ситуацій, особливо початкових, зазвичай міститься більше оперативно-розшукових і орієнтуючих, ніж процесуально-підтверджених відомостей, що не дозволяє слідчому прийняти обґрунтоване рішення про подальший оптимальний напрям розслідування.

Ситуація ускладнюється у зв'язку із: багатоаспектністю інформаційної бази; численністю учасників кримінального провадження; значним числом епізодів злочинної діяльності, що підлягають дослідженню в процесі розслідування злочинів; швидкою зміною ситуації; обмеженими термінами прийняття тактичних рішень; наявністю великої кількості критеріїв, які необхідно враховувати під час прийняття рішень; більш широким, порівняно з іншими категоріями кримінальних справ, колом тактичних завдань, які потрібно вирішувати слідчому й оперативним працівникам, серед яких, передусім, боротьба з протидією розслідуванню.

Типові ситуації є своєрідними теоретичними моделями, послуговуватися якими слід шляхом зіставлення їх із конкретною реальною ситуацією. Якщо вони можуть бути порівняні за своїми криміналістичними характеристиками, то основний алгоритм дій у типовій ситуації під час розслідування зазначених злочинів прийнятний і для конкретної ситуації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Хорунжий С. Н. Следы в криминалистике и особенности их выявления и использования при расследовании групповых преступлений : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Воронеж, 2001. 224 с.
2. Васильев А. Н., Мудьюгин Г. Н., Якубович Н. А. Планирование расследования преступлений. Москва : Госюриздат, 1977. 199 с.
3. Колесниченко А. Н. Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза». Харьков : Б.и., 1967. 666 с.
4. Корноухов В. Е.: Криминалистическая характеристика преступлений. *Криминалистическая характеристика преступлений*. Сб. науч. тр. М., 1994. 184 с.
5. Криминалистика : учебник / под ред. Ю. Г. Корухова, В. Г. Коломацкого. Москва, 1984. 448 с.
6. Гавло В. К. О следственной ситуации и методике расследования хищений, совершаемых с участием должностных лиц. *Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования*: материалы Минской науч. конф. (Минск, 27 сентября, 1973 г.). Минск, 1973. С. 90–93.
7. Герасимов И. Ф. Некоторые проблемы раскрытия преступлений. Свердловск: Сред. Уральск. кн. изд-во, 1975. 184 с.
8. Криминалистика : учеб. для вузов / И. Ф. Герасимов, Я. Л. Драпкин, Е. П. Ищенко и др.; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Высш. шк., 2000. 672 с.
9. Криминалистика: учебник / отв. ред. Н. П. Яблоков. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрист, 1999. 718 с.
10. Корж В. П. Проблемы расследования и предупреждения хищений в промышленном строительстве: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва : Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1985. 26 с.
11. Бахин В. П. Криминалистическая методика: лекция. Киев, 1999. 24 с.
12. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. 2-е изд., доп. М. : Мегатрон XXI, 2000. 334 с.
13. Криминалистика : учебник / отв. ред. Н. П. Яблоков. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2005. 781 с
14. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ : Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. 1440 с.
15. Глосарій з дисципліни криміналістика (словник криміналістичних термінів) (відповідно до вимог ECTS) / уклад. В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель [та ін.]. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2008. 96 с.
16. Драпкин Л. Я. Основы теории следственных ситуаций. Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1987. 164 с.
17. Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : монографія. Одеса : Фенікс, 2007. 260 с.
18. Завадський О. М. Методика розслідування розбійного нападу, вчиненого організованою групою : дис…канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2014. 290 с.
19. Шеремет А. П. Криміналістика. 2-ге вид. Київ : Центр учб. л-ри, 2009. 472 с.
20. Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика. Системно-структурний аналіз : монографія. Харків, 2007. 431 с
21. Костира А. М. Проблеми розслідування розбійних нападів на інкасаторів. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 1. С. 216–220.
22. Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів : підруч. для юрид. вузів. Харків : Право, 1998. 368 с.
23. Городилов В. В. Организационные и тактические аспекты расследования преступлений, совершаемых организованными преступными группами : автореф. дис… канд. юрид. наук : 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность». Ижевск, 2002. 21 с.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/144

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ГРОМАДЯН НА ОФІЦІЙНУ ІНФОРМАЦІЮ

MAIN DIRECTIONS OF IMPROVEMENT OF ORGANIZATIONAL AND LEGAL SUPPORT OF THE RIGHT OF CITIZENS TO OFFICIAL INFORMATION

Погорілецька А.В., старший викладач
кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню проблем вдосконалення чинного законодавства про доступ до офіційної інформації в умовах інтеграції українського законодавства до європейських стандартів. Проаналізовано основні проблемні питання застосування норм ратифікованої Верховною Радою України Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів відповідними суб'єктами владних повноважень. Визначено напрямки, направлені на подолання проблем, пов'язаних з реалізацією в Україні Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів.

Окреслено основні проблеми впровадження електронних сервісів надання офіційної інформації за допомогою інформаційних технологій. Проаналізовано шляхи реформування української держави, направлені на розвиток України, як цифрової держави. Доведено необхідність підвищення рівня цифрової компетенції, як представників суб'єктів владних повноважень, так і громадян при реалізації свого права на доступ до офіційної інформації.

Зосереджено особливу увагу на першочергових заходах щодо вдосконалення організаційно-правового забезпечення права громадян на офіційну інформацію для реалізації європейських стандартів доступу громадян до офіційних документів та реалізації цифрової трансформації українського суспільства шляхом створення цифрових платформ та стратегій розвитку цифрової компетенції суб'єктів при забезпеченні та реалізації права громадян на офіційну інформацію.

Окреслено шляхи впровадження цифрових технологій в апарат держави з метою покращення умов реалізації права громадян на офіційну інформацію в умовах формування цифрової української держави.

Ключові слова: офіційна інформація, доступ до офіційної інформації, право громадян на офіційну інформацію, суб'єкт владних повноважень, цифрова компетенція, цифрова грамотність, цифрова держава.

The article is devoted to the research of problems of improvement of the current legislation on access to official information in the conditions of integration of the Ukrainian legislation to the European standards. The main problematic issues of application of the norms of the Council of Europe Convention on Access to Official Documents ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine by the relevant subjects of power are analyzed. Directions aimed at overcoming the problems related to the implementation of the Council of Europe Convention on Access to Official Documents in Ukraine have been identified.

The main problems of introduction of electronic services of providing official information with the help of information technologies are outlined. The ways of reforming the Ukrainian state aimed at the development of Ukraine as a digital state are analyzed. The need to increase the level of digital competence of both government officials and citizens in exercising their right to access official information has been proven.

Particular attention is paid to priority measures to improve the organizational and legal support of citizens' right to official information to implement European standards of citizens' access to official documents and the digital transformation of Ukrainian society by creating digital platforms and strategies for digital competence in ensuring and implementing citizens' rights for official information.

The ways of introduction of digital technologies in the state apparatus in order to improve the conditions of realization of the right of citizens to official information in the conditions of formation of the digital Ukrainian state are outlined.

Key words: official information, access to official information, the right of citizens to official information, the subject of power, digital competence, digital literacy, digital state.

Постановка проблеми. Направленість української держави до європейських стандартів вимагає створення відповідного нормативно-правого забезпечення прав та гарантій громадян, у напрямку інформаційних прав людини, а саме права на інформацію, яка створена в результаті роботи суб'єкту владних повноважень або знаходиться у його розпорядженні. Україною ратифіковано Конвенцію про доступ до офіційних документів (далі – Конвенція), що розширює стандарти і вимоги до надання управлінських послуг суб'єктом владних повноважень, що потребує розробки узгоджених механізмів виконання даної Конвенції в умовах українського законотворчого закріплення правових основ надання офіційної інформації.

Саме тому, реалізацію стратегічного напрямку розвитку цифрової сфери українського суспільства слід спрямовувати на забезпечення інформаційних прав її учасників, що, в свою чергу, потребує впровадження чітких дій на напрямків з боку держави до реалізації Конвенції в Україні. Відкритість держави повинна реалізовуватись через органи державної влади та створювати рівноправні умови для реалізації права громадян на інформацію засобами, що забезпечують прозорість і відкритість діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Основним завданням сучасної української держави є встановлення інформаційної взаємодії між органами державної влади, місцевим самоврядуванням, службовими та посадовими особами цих органів і громадянами, через надання відкритої інформації, що знаходиться у розпорядженні суб'єктів владних повноважень або була створена у результаті виконання своїх завдань та функцій, громадянам, що звернулись до відповідного органу з запитом або зверненням. Тому, особливого значення в сучасних умовах розвитку української держави набуває інформація, що знаходиться в розпорядженні органів державної влади та місцевого самоврядування, посадових і службових осіб цих органів – офіційна інформація. На жаль, саме дані органи іноді неправомірно обмежують інформацію, що знаходиться у їх розпорядженні, не надають відповіді на запити чи звернення громадян, незаконно порушують терміни надання інформації громадянам, не висвітлюють інформацію про прийняті свої рішення, що містять інформацію відкритого режиму доступу, порушуючи при цьому інформаційні права громадян.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Певні спроби дослідження інформаційних прав і гарантій у своїх наукових доробках зробили наступні науковці: В.М. Брижко, О.С. Денісова, Р.А. Калюжний,

Т.А. Костецька, О.В. Кохановська, О.В. Логінов, А.І. Марущак, О.В. Нестеренко, Є.В. Петров, О.В. Соснін, В.С. Цимбалюк, М.Я. Швець. Проблемам інформаційної діяльності присвячені праці таких дослідників, як І.В. Арістова, І.Л. Бачило, Б.А. Кормич, В.М. Лопатин, М.А. Федотов.

Проблемими розвитку електронного врядування та цифрової держави займались автори: А.А. Барікова, В.В. Головко, К.Р. Гуменна, В.Б. Марченко, Л.В. Машковська, Н.О. Петренко, Г.Ю. Разумей, М.М. Разумей, Н.П. Рябоконь, К.І. Сімаков, О.О. Скорик та ін.. Однак, питання організаційно-правового вдосконалення забезпечення права громадян на офіційну інформацію в сучасних трансформаційних умовах залишається не розкритим та потребує досліджень і уточнень.

Метою даної статті є виявлення актуальних проблем правового регулювання офіційної інформації в Україні, окреслення відповідних шляхів подолання даних проблем, окреслення напрямків організаційно-правового регулювання використання новітніх інформаційно-комунікаційних засобів забезпечення доступу до офіційної інформації, визначення перспектив реалізації права громадян на офіційну інформацію в умовах розвитку цифрової країни.

Виклад основного матеріалу. В умовах стрімкого розвитку інформаційно-комунікаційних технологій європейські держави приділяють значну увагу застосуванню в своїй управлінській діяльності – цифровим технологіям. Україна також спрямувала вектор державного управління на застосування інформаційно-комунікаційних технологій та розвиток цифрової держави. Це, в свою чергу, потребує визначення нових підходів та методів надання доступу до інформаційних ресурсів, які знаходяться у розпорядженні державних органів, та вимагає створення нового організаційно-правового механізму забезпечення права громадян на офіційну інформацію. Разом з тим слід відзначити, що ратифікація Україною Конвенції про доступ до офіційних документів встановлює європейські стандарти у сфері інформаційних прав громадян на офіційну інформацію, що потребує створення нових механізмів її впровадження та застосування.

В цілому Конвенція кожному гарантує право отримання офіційного документу, який знаходиться у розпорядженні державного органу. Також, Законом України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів» зазначено, що визначення поняття «державні органи», яке визначено у п.2 ст.1 Конвенції, додатково включає в себе: органи законодавчої влади, органи судової влади, фізичні чи юридичні особи щодо використання державних коштів [1].

Варто зазначити, що українське законодавство містить нормативно-правове закріплення права громадян на доступ до офіційних документів, у Законі України «Про доступ до публічної інформації». Українським законодавцем у даному Законі окреслено поняття «публічна інформація» [2], при цьому слід відзначити, що перелік суб'єктів у даних правовідносинах набагато більший, ніж суб'єкти означені Конвенцією. У Кодексі адміністративного судочинства України у п.7 ст. 4 також визначено поняття суб'єкту владних повноважень [3]. Так, статтею 13 Закону України «Про доступ до публічної інформації» визначено перелік суб'єктів, що можуть бути розпорядниками інформації. Визначення суб'єкту владних повноважень включає в себе більший перелік суб'єктів, ніж визначено у п.7 ст.4 КАСУ. Подібність присутня тільки у п.1. ч.1 ст. 13 Закону України «Про доступ до публічної інформації».

Дана позиція також викладена у Постанові Пленуму Вищого адміністративного суду «Про практику застосування адміністративними судами законодавства про доступ до публічної інформації», що приводить до неузгодженості при встановлені юрисдикції розгляду спору, через те, що п.п.2 -4 ч.2 ст. 13 Закону України «Про доступ до публічної інформації» містить додатковий перелік розпорядників публічної інформації, а саме: суб'єкти господарювання та юридичні особи [4].

Після аналізу вищезазначених норм можна дійти висновку, що існує нормативна неузгодженість у визначенні поняття суб'єкт владних повноважень, тому для забезпечення правових гарантій більш доцільним є розмежування суб'єктів, передбачених у ст. 13 вищезазначеного Закону, які володіють публічною інформацією на дві групи: 1) суб'єкти владних повноважень; 2) інші розпорядники публічної інформації. Так, у попередніх дослідженнях нами було визначено, що під офіційною інформацією слід розуміти – документовану інформацію на будь-якому матеріальному носії, створена і /або надана суб'єктом владних повноважень при виконанні поставлених перед ними завдань та функцій, за рахунок державного бюджету [5, с. 183].

Цікавим є той факт, що у пояснювальному звіті до Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів дано роз'яснення, що саме розуміється під державним органом – «це органи на національному, регіональному та місцевому рівнях» [6]. Таким чином дія даної Конвенції поширюється не тільки на органи державної влади, а й на органи місцевого самоврядування, що створює загальну відкритість діяльності української держави, яка додатково розширила перелік суб'єктів, які мають право отримати доступ до публічної інформації шляхом запиту. Саме тому, слід розмежовувати поняття публічної та офіційної інформації між собою, встановивши, що офіційна інформація – це особливий складовий вид публічної інформації, що створює умови для доступу до офіційних документів в умовах європейської інтеграції української держави.

Ратифікація Конвенція закріпила в Україні європейські стандарти доступу до офіційних документів, механізм реалізації яких передбачено в Законі України «Про доступ до офіційної інформації», «Про інформацію», «Про звернення» та ін.. Ратифікація вищезазначеного документу дозволить створити систему контролю за дотриманням виконання Конвенції, що забезпечує гарантії доступу до офіційних документів державами, що підписали дану Конвенцію. Позитивним також є той факт, що при отриманні офіційного документа, діє умова вільного отримання, за яким особа не повинна пояснювати, для яких цілей їй необхідна дана інформація. Єдиним обмеженням у даному випадку є інформація з обмеженим доступом, однак при реалізації права громадян на доступ до публічної інформації зазначено, що обмеженню підлягає не документ в цілому, а тільки та частини, яка містить певну інформацію з обмеженим доступом.

Механізм отримання офіційних документів, які знаходиться у розпорядника владних повноважень, включає в себе не тільки право громадянина на отримання відповіді на запит, а й зобов'язує уповноважений орган, згідно до норм українського законодавства, оприлюднювати дані на офіційних сайтах, спеціальних друкованих виданнях, на Єдиному державному вебпорталі відкритих даних, відповідних реєстрах в залежності від типу даних, та виду інформації. Значна проблема у реалізації права громадян на офіційну інформацію – це відсутність розуміння, коли особа звертається з запитом до уповноваженого суб'єкта владних повноважень, а коли з іншою формою реалізації своїх прав та гарантій – звернення, скарга, заява, пропозиція. Саме тому, п. 1.1 Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду «Про практику застосування адміністративними судами законодавства про доступ до публічної інформації» зазначено, що не може бути інформаційним запитом звернення, для відповіді на який слід створити інформацію або обробити її під індивідуальні особливості та умови викладені у запиті [4]. В даному випадку суб'єкту владних повноважень необхідно створити нову інформацію, яка не знаходиться у його володінні, однак з урахування принципу добросовісності, деякі суб'єкти

владних повноважень надають запитувачам документи, які запитувач вже самостійно може обробити під власні індивідуальні вимоги, що вочевидь потребує проведення відповідної роз'яснювальної роботи з громадянами.

З метою реалізації Конвенції розпорядники офіційної інформації повинні забезпечити реалізацію права громадян на офіційну інформацію шляхом: надання відповіді на запит або звернення, наданням доступу до своїх реєстрів даних, які регулярно оновлюються новими даними. Тому, є доцільним до Єдиного державного вебпорталу відкритих даних залучити всіх розпорядників публічної інформації, це, в свою чергу, забезпечить відкритість держави в умовах цифрового розвитку українського простору. Тому однією із основних проблем, яка виникає при реалізації права громадян на офіційну інформацію – це поганий електронний документообіг, серед яких і погане функціонування офіційних електронних скриньок суб'єкту владних повноважень, які не пристосовані на відправлення великих розмірів сканованих документів, які іноді призводять до ігнорування надання відповіді суб'єктом владних повноважень у електронному вигляді.

Отже, в сучасних умовах переходу української держави до цифрової держави, одним із шляхів виконання Конвенції відповідно до європейських стандартів слід застосовувати інформаційно-комунікаційні технології у роботі державних органів та органів місцевого самоврядування. Застосування останніх дозволить підвищити ефективність роботи у вигляді: швидкої взаємодії суб'єктів правовідносин, відсутності витратної частини на відповідь, що в цілому сприятиме відкритості та ефективності державних органів та місцевого самоврядування.

Варто відзначити, що для реалізації принципів Концепції слід створити Стратегію організаційно-правової направленості, у якій зазначити організаційні і технічні вимоги до впровадження Концепції засобами цифрових технологій до системи суб'єктів владних повноважень при реалізації права громадян на офіційну інформацію. Значну увагу у даній стратегії слід відвести питанню цифрової компетенції суб'єктів, які приймають участь у інформаційних правовідносинах при реалізації права громадян на офіційну інформацію. На жаль, низький рівень комп'ютерної грамотності, як громадян, так і представників владних повноважень, потребує направлених шляхів вирішення шляхом підвищення компетенції учасників процесу.

Для реалізації проекту Цифрова держава слід створити дієвий організаційно-правовий механізм взаємозв'язку органів державної влади та громадян, для функціонування якого слід взяти за основу напрямки цифрового впровадження інформаційно-комунікаційних технологій у діяльність суб'єкту владних повноважень та напрямки приведення законодавства України до європейських стандартів. Саме прийняття суб'єктами владних повноважень швидких рішень у сучасному світі є показником рівня ефективності уповноваженого органу, тому всі суб'єкти інформаційних технологій необхідно залучити до одного інформаційного сервісу Єдиного державного вебпорталу відкритих даних, в зв'язку з єдиним форматом доступу до офіційних документів, що дозволяють за допомогою хмарних технологій обробляти великі об'єми офіційних документів та надавати адміністративні послуги у електронному вигляді, у вкрай короткі строки, згідно до вимог Конвенції. Тому слід визначити стратегію узгодженої роботи органів державної влади та місцевого самоврядування щодо внесення офіційних документів до Єдиного державного вебпорталу відкритих даних, що створить цифрову індустрію надання електронних послуг державними органами влади та місцевого самоврядування. При цьому політика держави повинна бути направлена на цифрову спрямованість не тільки держави, а й громадян, шляхом цифрової ідентифікації за допомогою цифрового підпису. Вочевидь, що з боку держави повинні бути розроблені і реалізовані спрямовані заходи на захист цифрових даних учасників цифрового процесу з боку держави, що потребує відповідних розробок у галузі захисту персональних даних шляхом перевірки всіх механізмів та протоколів перевірки ідентифікації суб'єктів інформаційних правовідносин при реалізації права громадян на офіційну інформацію.

Висновки і пропозиції. На підставі викладеного можемо дійти наступних висновків:

1. Офіційна інформація представляє собою особливий вид публічної інформації, за допомогою якої створюються умови для доступу до офіційних документів в умовах спрямованості української держави до стандартів ЄС.

2. Ратифікація Конвенція Ради Європи про доступ до офіційних документів встановлює європейські стандарти до доступу до офіційних документів, механізм якого в Україні закріплено Законом України «Про доступ до офіційної інформації», що, в свою чергу, додатково дозволить створити систему контролю за гарантією особи на право доступу до офіційних документів державами, що підписали дану Конвенцію.

3. Механізм отримання офіційних документів, є багатогранним і складається не тільки з права громадянин на отримання відповіді на запит, а покладає обов'язок на суб'єкта владних повноважень оприлюднювати офіційні дані на офіційних сайтах, спеціальних друкованих виданнях, на Єдиному державному вебпорталі відкритих даних, відповідному реєстрі, згідно до виду інформації, тощо.

4. Існують певні проблеми розмежування поняття «запит» та «звернення» з зі сторони громадян. Значна кількість громадян не розуміє, коли він звертається з запитом до уповноваженого суб'єкта владних повноважень, а коли із іншою формою реалізації своїх прав та гарантій – звернення, скарга, заява, пропозиція, що повинно знайти своє відображення у стратегія розвитку інформаційної компетенції громадян.

5. Розвиток цифровізації державних послуг в українському суспільстві з використанням інформаційно-комунікаційних технологій сприятиме ефективності та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень при реалізації права громадян на офіційну інформацію. Правовим підґрунтям впровадження цифрових технологій у роботу суб'єктів владних повноважень всіх ланок влади має бути вироблена Стратегія уряду, направлена цифровий розвиток української держави в умовах цифрової трансформації згідно до основних засад ЄС.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів : Закон України від 20.05.2020 № 631-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/631-20#Text.

2. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 № 2939-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text

3. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 №2747-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text/

4. Про практику застосування адміністративними судами законодавства про доступ до публічної інформації : Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду від 29.09.2016 №10. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010760-16#Text.

5. Pohoriletska A., Bohatyrova M. OFFICIAL INFORMATION AS OBJECT OF LEGAL REGULATION. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 181 – 184.

6. Пояснювальний звіт до Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів. URL: https://rm.coe.int/explanatory-report-to-the-council-of-europe-convention-on-access-to-of/1680a23bf0.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/145

ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ПОЛІТИКИ

THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT OF STATE SOCIAL POLICY

Медяник В.А.,
кандидат політичних наук

У статті розкрито зміст дефініцій «забезпечення», «правове забезпечення», «адміністративно-правове забезпечення». Здійснено аналіз наукових поглядів правознавців на сутність та особливості адміністративно-правового забезпечення. У рамках проведеного аналізу визначено їх переваги та недоліки, а також ті опорні точки, які необхідні для формулювання дефініції поняття «адміністративно-правове забезпечення». Визначено, що правове забезпечення – комплексна правоорганізаційна діяльність держави та її уповноважених суб'єктів щодо створення необхідних умов для правового регулювання окремої сфери суспільних відносин. З'ясовано, що адміністративно-правове забезпечення розглядається науковцями як один із видів правового забезпечення, яке доцільно досліджувати залежно від сфери його застосування. Констатовано, що у поняття «адміністративно-правове забезпечення» вкладається багатогранне розуміння, з одного боку, як діяльність суб'єктів публічної влади з реалізації норм права у визначених сферах, з іншого, як набір правового інструментарію, завдяки якому ця діяльність забезпечується (процедури, гарантії, відповідальність тощо). Виокремлено елементи адміністративно-правового забезпечення державної соціальної політики: об'єкт адміністративно-правового забезпечення; сфера суспільних відносин, у межах яких здійснюється адміністративно-правове забезпечення; суб'єкти адміністративно-правового забезпечення; спеціальний інструментарій адміністративно-правового забезпечення. Запропоновано під адміністративно-правовим забезпеченням розуміти врегульовану нормами адміністративного права діяльність органів публічної влади з використанням особливого адміністративно-правового інструментарію (методів, способів, засобів, процедур тощо), завдяки яким забезпечується адміністративно-правове регулювання та упорядкування суспільних відносин у визначеній сфері, яка підпадає під такий регулюючий вплив.

Ключові слова: забезпечення, правове забезпечення, адміністративно-правове забезпечення, соціальна політика, законодавче підґрунтя.

The article reveals the content of the definitions of "security", "legal security", "administrative and legal support". The analysis of scientific views of jurists on the essence and features of administrative and legal support is carried out. The analysis identified their advantages and disadvantages, as well as those points of reference that are necessary to formulate a definition of "administrative and legal support". It is determined that legal support is a complex legal organizational activity of the state and its authorized subjects to create the necessary conditions for the legal regulation of a particular area of public relations. It was found that administrative and legal support is considered by scholars as one of the types of legal support, which should be studied depending on its scope. It is stated that the concept of "administrative and legal support" is embedded in a multifaceted understanding, on the one hand, as the activities of public authorities to implement the law in certain areas, on the other, as a set of legal tools through which these activities are provided (procedures, guarantees, responsibilities, etc.). Elements of administrative and legal support of the state social policy are singled out: object of administrative and legal support; the sphere of public relations within which administrative and legal support is provided; subjects of administrative and legal support; special tools of administrative and legal support; It is proposed to understand the administrative and legal support of the activities of public authorities regulated by the norms of administrative law with the use of special administrative and legal tools (methods, methods, tools, procedures, etc.), which provides administrative and legal regulation and regulation of public relations in a specific area that falls under such regulatory influence.

Key words: provision, legal provision, administrative and legal provision, social policy, legislative basis.

Постановка проблеми. Сучасне законодавче та нормативно-правове забезпечення соціальної політики, як і загалом державної політики України, наразі перебуває на стадії формування: законодавче регулювання окремих напрямів діяльності відсутнє; прослідковується певне дублювання; підзаконні акти подеколи суперечать нормам окремих законів. Окрім того, на думку Г.С. Лопушняк, «значна кількість нормативно-правових актів України прийнята без урахування закономірностей розвитку суспільства і об'єктивних економічних законів, теоретичного обґрунтування, а в деяких випадках – як протилежність теоретичним висновкам або здоровому глузду» [1].

Крім того, незважаючи на те, що у науці адміністративного права існує багатий та різноманітний категоріально-понятійний апарат, низка понять на сьогодні також залишається невизначеними, зокрема термін «адміністративно-правове забезпечення». У контексті нашого дослідження розкриття сутності дефініції «адміністративно-правове забезпечення» сприятиме удосконаленню наукових підходів до формування цього поняття в науці адміністративного права, це по-перше, а по-друге, слугуватиме орієнтиром для удосконалення діяльності органів публічної влади у соціальній сфері, адже саме це поняття визначає, що влада має «забезпечувати» за допомогою адміністративно-правового інструментарію.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальнотеоретичні питання адміністративно-правового забезпечення у тій чи іншій мірі вивчали такі правознавці як В.Б. Авер'янов, І.Л. Бородін, М.А. Бояринцева, Р.А. Калюжний, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, Г.С. Лопушняк, О.В. Негодченко, О.І. Остапенко, В.П. Столбовий та ін. Безпосередньо поняття «правове забезпечення» (похідним від якого є «адміністративно-правове забезпечення») досліджувалося в теорії права такими відомими дослідниками як М.В. Пучкова, О.І. Наливайко, К.Б. Толкачов, М.В. Цвік, І.О. Ієрусалімова, К.В. Степаненко та інші. Разом з тим, аналіз їх наукових підходів свідчить про відсутність єдиної думки у даному напрямі, оскільки сутність цієї дефініції розкривалася ними через різні складові елементи.

Мета статті полягає у тому, щоб на підставі аналізу наукових доробків правознавців визначити сутність та особливості поняття «адміністративно-правове забезпечення» у контексті державної соціальної політики.

Результати дослідження. Однією з провідних категорій у вітчизняній юриспруденції є поняття «адміністративно-правове забезпечення». У нашому дослідженні йдеться про сутність та особливості адміністративно-правового забезпечення державної соціальної політики, для розкриття змісту якого необхідно визначити такі основні категорії як «забезпечення», «правове забезпечення» та «адміністративно-правове забезпечення».

Н.Н.Перепелиця та В.Ю.Журавльов термін «забезпечення» визначають у двох аспектах: як певний порядок діяльності суб'єктів суспільних відносин та як систему

напрямів або визначені міри, направлені на удосконалення чогось конкретного. Крім того, вчені зазначають: «термін «забезпечення» можна розглядати в теоретичному значенні – як сукупність засобів, інструментів, умов, призначених і сприяючих вирішенню визначених завдань. В практично-функціональному значенні цей термін розглядається як сукупність напрямів створення зазначених вище засобів і умов, визначення порядку і правил їх апробації, впровадження і застосування в практичних сферах діяльності» [2, с. 146].

Аналізуючи різні етимологічні визначення терміну «забезпечення», І.М. Штанько дійшов висновку, що він характеризує ціле коло властивостей, явищ та дій: по-перше, це вид регульованої діяльності людей; по-друге, забезпечення характеризує ряд супутніх явищ або дій, від яких залежить реалізація основного досліджуваного явища або дії; по-третє, забезпечення може розглядатися як міра або засіб, за допомогою якого реалізується головне явище або дія; по-четверте, забезпечення можна розглядати як створення належної обстановки, що сприяє якій-небудь діяльності або існуванню явища [3, с. 106].

Правове ж забезпечення – цілеспрямована дія на поведінку людей і суспільні відносини за допомогою правових (юридичних) засобів [4, с. 327]. На думку О.Ф.Скакун, правове забезпечення – встановлення правових норм та підпорядкування останнім відповідних суспільних відносин шляхом спрямування поведінки їх учасників [5, с. 28-29]. Відповідно до словника української мови за редакцією В.М. Русанівського, «правове забезпечення» визначається наступним чином: 1) постачати щось у достатній кількості, задовольняти кого-, що-небудь у якихось потребах; 2) створювати надійні умови для здійснення чого-небудь, гарантувати щось; 3) захищати, охороняти кого-, що-небудь від небезпеки [6, с. 923].

Що стосується адміністративно-правового забезпечення, то вартою уваги є наукова думка І.М. Шопіної, відповідно до якої адміністративно-правове забезпечення – це система адміністративно-правових засобів та способів і процедур їх легалізації, що здійснюється з метою створення умов для всебічної реалізації прав, свобод та інтересів людини, громадянського суспільства, суб'єктів підприємницької діяльності, а також інших суб'єктів адміністративно-правових відносин [7, с. 145].

Як бачимо, у поняття «адміністративно-правове забезпечення» вкладається багатогранне розуміння, з одного боку, як діяльність суб'єктів публічної влади з реалізації норм права у визначених сферах, з іншого, як набір правового інструментарію, завдяки якому ця діяльність забезпечується (процедури, гарантії, відповідальність тощо).

Як слушно зазначає Р. Ігонін «… якщо включити до складу поняття «адміністративно-правове забезпечення» діяльність суб'єктів державно-владних повноважень з реалізації норм адміністративного права, то тоді недоцільно залишати його змістовим елементом адміністративно-правове регулювання, оскільки адміністративно-правове регулювання, порівняно з правореалізаційною діяльністю відповідних суб'єктів, є більш абстрактним поняттям [8].

Як правило правове регулювання розуміють як цілеспрямований вплив права на суспільні відносини з метою їх упорядкування. Однак цілком очевидно, що реальний досягнутий рівень упорядкування суспільних відносин в певних ситуаціях відповідно до цілей, визначених правом, може суттєво різнитися з огляду на об'єктивні та суб'єктивні обставини. Основним індикатором реального стану, якого вдалося досягти, упорядковуючи суспільні відносини через вплив норм права, є практика правореалізаційної діяльності суб'єктів державно-владних повноважень. Саме така діяльність більш конкретна і відчутна, а отже, і доречна у використанні щодо формування змістовного наповнення досліджуваного поняття. Таким чином, саме правореалізаційна діяльність суб'єктів державно-владних повноважень, а не правове регулювання, визначає реальність правового забезпечення [8].

Крім того, досліджуючи різні сфери або конкретний об'єкт, у науці права надаються тлумачення понять «адміністративно-правове забезпечення» з урахуванням компоненти діяльності та впливу на суспільні відносини адміністративно-правовими засобами, способами та методами. Так, наприклад, І.Я.Хитра вважає, що адміністративно-правове забезпечення діяльності банків – це здійснення органами влади правових, організаційно-технічних та інших комплексних заходів, спрямованих на урегулювання відносин під час встановлення структури, функцій банківської системи і банківської діяльності, регламентації здійснення основних банківських операцій, взаємовідносин із клієнтами та партнерами за допомогою юридичних норм [9, с. 6-7]. В.І. Марчук під адміністративно-правовим забезпеченням встановленого порядку управління розуміє створення та підтримку умов для виконання вимог встановленого порядку управління за допомогою адміністративно-правових засобів у правовій сфері. Структуру механізму адміністративно-правового забезпечення він відображає наступним чином: норма права (адміністративно-правова норма); правові відносини (адміністративно-правові відносини); принципи дії механізму забезпечення порядку управління; стадії порядку управління і їх забезпечення; гарантії здійснення порядку управління; акти застосування норм права [10, с. 9]. Т.Г. Корж-Ікаєва, досліджуючи проблеми адміністративно-правового забезпечення прав і свобод неповнолітніх, обґрунтувала таке визначення: «Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод неповнолітніх – сукупність адміністративно-правових заходів і засобів, спрямованих на створення відповідних умов для ефективної реалізації, охорони, захисту й відновлення порушених прав і свобод неповнолітніх» [11, с. 45].

Як бачимо, важливим елементом наведених вище понять є використання терміна «адміністративно-правові засоби забезпечення». З цього приводу слушно зазначає Н.С. Ракша, на думку якого адміністративно-правові засоби забезпечення – сукупність встановлених нормами адміністративного права прийомів і способів, за допомогою яких держава впливає на суспільні відносини у зазначеній сфері з метою забезпечення права на освіту, попередження та припинення порушень права, притягнення винних до відповідальності та інших засобів втілення у життя державної освітньої політики [12, с. 6]. Цілком слушно зазначає і Р.В. Ігонін, який вважає, що адміністративно-правове https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/70637/1/diss_Halonkin.pdf - %5B%7B%22num%22%3A283%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C82%2C640%2C0%5Dhttps://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/70637/1/diss_Halonkin.pdf - %5B%7B%22num%22%3A291%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C82%2C157%2C0%5Dhttps://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/70637/1/diss_Halonkin.pdf - %5B%7B%22num%22%3A288%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C82%2C471%2C0%5Dhttps://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/70637/1/diss_Halonkin.pdf - %5B%7B%22num%22%3A299%2C%22gen%22%3A0%7D%2C%7B%22name%22%3A%22XYZ%22%7D%2C82%2C205%2C0%5Dзабезпечення, як і будь-який інший вид правового забезпечення, передусім пов'язується зі створенням належних умов для реалізації прав, свобод та захисту законних інтересів зацікавлених суб'єктів, що функціонують у відповідній сфері [8, с. 41-42].

За результатами проведеного аналізу наукових джерел констатовано, що адміністративно-правове забезпечення має велику кількість трактувань, на кшталт: «сукупність

правових норм», «система дій», «юридичний вплив», «діяльність уповноважених суб'єктів», «забезпечувальний, упорядковуючий вплив», «система адміністративно-правових засобів і заходів» і т.ін. [13, с. 77].

Висновок. Таким чином, під адміністративно-правовим забезпеченням необхідно розуміти врегульовану нормами адміністративного права діяльність органів публічної влади з використанням особливого адміністративно-правового інструментарію (методів, способів, засобів, процедур тощо), завдяки яким забезпечується адміністративно-правове регулювання та упорядкування суспільних відносин у визначеній сфері, яка підпадає під такий регулюючий вплив.

Адміністративно-правове забезпечення державної соціальної політики складається з таких елементів:

– по-перше, це об'єкт адміністративно-правового забезпечення, а саме державна соціальна політика, яка своїми заходами охоплює такі галузі, як: охорона здоров'я й фізична культура; освіта та наука, житлово-комунальне господарство; пасажирський транспорт і зв'язок; побутове обслуговування; соціальне забезпечення та соціальний захист; культура й мистецтво; діяльність із забезпечення зайнятості населення.

– по-друге, це сфера суспільних відносин, у межах яких здійснюється адміністративно-правове забезпечення – соціальна сфера, під якою пропонуємо розуміти сукупність галузей та соціальної діяльності установ соціальної інфраструктури (медичних, освітніх, побутових тощо), які забезпечують потреби людей у необхідному рівні життя, у соціальному захисті населення, вирішують проблеми охорони здоров'я, освіти, соціального забезпечення тощо, та ті, які виникають із соціального розшарування суспільства;

– по-третє, це суб'єкти адміністративно-правового забезпечення – органи публічної влади та установи соціальної інфраструктури. Перші наділені повноваженнями реалізовувати механізм адміністративно-правового забезпечення, тобто мають право здійснювати заходи та використовувати засоби, пов'язані з формуванням та реалізацією державної політики у соціальній сфері;

– по-четверте, це спеціальний інструментарій адміністративно-правового забезпечення – тобто врегульовані нормами адміністративного права конкретні методи та форми діяльності публічної влади, засоби та способи формування та реалізації державної політики у соціальній сфері;

– по-п'яте, це нормативно-правовий фундамент, під яким розуміються норми адміністративного права, які визначають засади державної соціальної політики та повноваження публічної влади з її формування та реалізації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лопушняк Г.С. Державна соціальна політика як передумова економічного розвитку України: монографія. Львів: ЛРІДУ НАДУ, 2011. 372 с. С. 38.
2. Перепелица Н.Н., Журавлев В.Ю. Взаимодействие систем информационного и аналитического обеспечения оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел Украины. *Право і безпека.* 2014. № 3(54). С.145–150.
3. Штанько И.Н. Достоинство личности как правовое явление: диссертация. Владимир: РГБ, 2007.194 с.
4. Цвік М.В. Загальна теорія держави і права: підручник /М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Рогачова, О.В. Петришин, С.М. Олейников. Х.: Право, 2002. 432 с.
5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.
6. Русанівський В.М. Словник української мови у 20-ти т. Київ: Наукова думка, 2010.URL: http://services.ulif.org.ua/expl/id=32190&page=1041.
7. Шопіна І.М. Феномен адміністративно-правового забезпечення в адміністративному праві України. *Наука і правоохорона*. 2018. №4. С. 141–145.
8. Ігонін Р. Проблема доктринального визначення поняття «адміністративно-правове забезпечення». *Вісник Національної академії прокуратури України.* 2015. № 2(40).С. 37–43.
9. Хитра І.Я. Адміністративно-правове забезпечення діяльності банків в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2011.17 с.
10. Марчук В.І. Адміністративно-правове забезпечення встановленого порядку управління в Україні органами внутрішніх справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Львів, 2011. 16 с.
11. Корж-Ікаєва Т.Г. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод неповнолітніх: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2008. 219 с.
12. Ракша Н.С. Адміністративно-правове забезпечення права громадян на освіту: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Львів, 2007. 19 с.
13. Гальонкін С.А. Адміністративно-правове забезпечення апеляційного провадження в Україні:дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. Суми, 2018. С. 232.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/146

Єрмак О.О.,
кандидат економічних наук

ГАРАНТІЇ, ЯК ЕЛЕМЕНТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

Статтю присвячено дослідженню гарантіям, як елементу адміністративно-правового статусу державних службовців правоохоронних органів.

Наголошено, що серед науковців досі відсутній єдиний правовий підхід щодо визначення змісту таких понять, як «правовий статус» та «адміністративно-правовий статус».

Правовий статус визначено, як загальну, комплексно-універсальну, різноаспектну, цілісну категорію, що має чітку структуру та визначає принципи взаємодії між суб'єктами суспільних відносин, а також місце кожного в існуючій системі правових відносин.

Зазначено, що одним із різновидів адміністративно-правового статусу особи є статус державного службовця правоохоронного органу під яким можна розуміти сукупність прав і обов'язків, гарантій, закріплених за державними службовцями правоохоронних органів законами, підзаконними нормативно-правовими актами, положеннями, посадовими інструкціями, статутами.

Запропоновано до основних елементів адміністративно-правового статусу державного службовця правоохоронного органу віднести: права, обов'язки, гарантії.

Визначено, що систему гарантій державних службовців правоохоронних органів складають: 1) конституційні гарантії, та ті, яких закріплено в законодавстві про державну службу, що є загальними для усіх державних службовців; 2) гарантії, яких закріплено спеціальними актами законодавства, якими врегульовано діяльність правоохоронних органів в цілому, або окремих правоохоронних органів, дія яких розповсюджується на усіх державних службовців правоохоронних органів або тільки на окремих, які проходять службу у відповідному правоохоронному органі.

Вказано, що гарантії реалізації адміністративно-правового статусу Національного антикорупційного бюро України можна поділити на певні різновиди, зокрема: за сферою впливу (на юридичні, економічні, соціальні, ідеологічні (морально-духовні), політичні тощо); за специфікою правового статусу (гарантії, що властиві працівникам Національного антикорупційного бюро України як державним службовцям (загальні), і ті, що забезпечують їхній особливий правовий статус як працівників органу, що здійснює боротьбу з корупцією і має особливий рівень впливу на життя держави); за напрямом впливу на працівників Національного антикорупційного бюро України (позитивні та негативні).

Ключові слова: державний службовець, правоохоронний орган, адміністративно-правовий статус, гарантії, права, обов'язки.

GUARANTEES AS AN ELEMENT OF THE ADMINISTRATIVE AND LEGAL STATUS OF CIVIL LAW ENFORCEMENT OFFICERS

The article is devoted to the study of guarantees as an element of the administrative and legal status of civil servants of law enforcement agencies.

It is emphasized that among scholars there is still no single legal approach to determining the content of such concepts as "legal status" and "administrative and legal status."

The legal status is defined as a general, integrated, multifaceted, holistic category that has a clear structure and defines the principles of interaction between the subjects of public relations, as well as the place of each in the existing system of legal relations.

It is noted that one of the types of the administrative and legal status of a person is the status of a civil servant of a law enforcement body, which can be understood as a set of rights and responsibilities, guarantees assigned to civil servants of law enforcement agencies by laws, regulations, job descriptions, statutes.

It is proposed to include the following elements of the administrative and legal status of a civil servant of a law enforcement body: rights, responsibilities, guarantees.

It is determined that the system of guarantees of civil servants of law enforcement agencies consists of 1) constitutional guarantees, and those enshrined in the legislation on civil service, which are common to all civil servants; 2) guarantees enshrined in special acts of legislation governing the activities of law enforcement agencies as a whole, or individual law enforcement agencies, the effect of which extends to all civil servants of law enforcement agencies or only to individuals serving in the relevant law enforcement agency.

It is indicated that guarantees of realization of the administrative and legal status of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine can be divided into certain types, in particular: by sphere of influence (legal, economic, social, ideological (moral and spiritual), political, etc.); on the specifics of the legal status (guarantees that are inherent in the employees of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine as civil servants (general), and those that ensure their special legal status as employees of the body that fights corruption and has a special level of influence on state life); by direction of influence on employees of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (positive and negative).

Key words: civil servant, law enforcement agency, administrative and legal status, guarantees, rights, responsibilities.

Актуальність теми дослідження. Проходження державної служби в правоохоронних органах, пов'язано із додатковими ризиками. При цьому, відповідних особливостей, як правило в законодавстві про державну службу не передбачено. Система правоохоронних органів України є розгалуженою. Досі не вироблено єдиного підходу до переліку органів, яких віднесено до правоохоронних. У зв'язку з чим є актуальним дослідження сукупності гарантій, якими наділені державні службовців, що проходять службу в правоохоронних органах як елементу їх адміністративно-правового статусу.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженням питань, пов'язаних із адміністративно-правовим статусом окремих суб'єктів адміністративного права займалися такі науковці, як В.Б. Авер'янов, А.М. Авторгов, Н.О. Армаш, Д.М. Бахрах, Ю.П. Битяк, Т.О. Гуржій, С.Д. Гусарєв, Є.В. Додін, Д.С. Каблов, С.Ф. Константінов, Л.В. Крупнова, У.І. Ляхович, А.В. Панчишин та інші.

Однак, з урахуванням постійних реорганізаційних процесів та в умовах оновлення підходів до кадрової політики, аналіз гарантій, як структурного елементу адміністративно-правового статусу державного службовця правоохоронного органу викликає потребу у додаткових дослідженнях.

Постановка завдання (формулювання цілей статті). Метою статті є дослідження гарантій, як елементу адміністративно-правового статусу державних службовців правоохоронних органів.

Виклад основного матеріалу. Одним із видів правового статусу певної категорії осіб є вид професійної діяльності, яким є державна служба в правоохоронних органах. Необхідність дослідження правового статусу державних

службовців у цілому, у тому числі правоохоронних органів, обумовлена наявністю певного кола спеціальних прав та обов'язків, якими вони наділені для виконання своїх службових повноважень; наділення їх підвищеною відповідальністю за порушення або неналежне виконання обов'язків; наявністю особливих пільг та соціально-правового забезпечення.

Серед науковців досі відсутній єдиний правовий підхід щодо визначення змісту таких понять, як «правовий статус» та «адміністративно-правовий статус».

Наприклад, поняття «правовий статус» тлумачиться як: сукупність прав та обов'язків фізичних чи юридичних осіб [2, с. 44]; система закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків та відповідальності індивіда [3, с. 409]; сукупність усіх прав, обов'язків та законних інтересів суб'єктів права [4, с. 342–343; 5, с. 81].

За допомогою застосування категорії «правовий статус» можливим є визначення співвідношення особи та права, за допомогою якого держава окреслює для суб'єкта межі можливої поведінки, його становище щодо інших суб'єктів права, і залежно від індивідуальних або типових ознак, які властиві суб'єктові, у праві відбивається повнота правового становища особи, її певна уніфікація або обмеження. По суті, правовий статус – це загальна, комплексно-універсальна, різноаспектна, цілісна категорія, що має чітку структуру та визначає принципи взаємодії між суб'єктами суспільних відносин, а також місце кожного в існуючій системі правових відносин. Із цього визначення можна виокремити такі риси, що характеризують термін «правовий статус»: чітка структурованість цієї категорії; глобальність та універсальність; обумовленість взаємозв'язку між суб'єктами суспільних відносин і визначення місця кожного суб'єкта у системі права [6, с. 95].

Немає одностайності серед правознавців і щодо визначення терміну «адміністративно-правовий статус». Так, наприклад, Ю.О. Тихомиров адміністративно-правовий статус громадянина визначає як встановлені законом та іншими правовими актами права, обов'язки та відповідальність громадянина, яка забезпечує його участь в управлінні державою та задоволення публічних та особистих інтересів завдяки діяльності державних органів [7, с. 345–346]. Васильєв А.С. вважає, що зміст адміністративно-правового статусу громадянина – це конкретизовані й деталізовані конституційні права, свободи й обов'язки громадян, закріплені в нормах адміністративного права, а також гарантії реалізації цих прав і свобод,забезпечені механізмом їхнього захисту органами держави та місцевого самоврядування [8, с. 119; 5, с. 81].

Одним із різновидів адміністративно-правового статусу особи є статус державного службовця правоохоронного органу під яким можна розуміти сукупність прав і обов'язків, гарантій, закріплених за державними службовцями правоохоронних органів нормами адміністративного права, положеннями, посадовими інструкціями, статутами.

Таким чином, до основних елементів адміністративно-правового статусу державного службовця правоохоронного органу можна віднести: права, обов'язки, гарантії.

В даному дослідженні детально зупинимось на дослідженні поняття «гарантії», яке широко використовується в різних сферах.

Зокрема, в бухгалтерському обліку гарантія розглядається як зобов'язання (в будь-якій формі) гаранта сплатити за боргами третьої особи у разі невиконання нею своїх грошових зобов'язань у частині несплаченої суми [9].

В банківській сфері термін «гарантія» означає як вид забезпечення виконання зобов'язання, за яким гарант (фінансова установа) гарантує перед кредитором виконання обов'язку боржником [10].

Відповідно до Господарського кодексу України термін «гарантія» розглядається як специфічним засобом забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом письмового підтвердження (гарантійного листа) банком, іншою кредитною установою, страховою організацією (банківська гарантія) про задоволення вимог управненої сторони у розмірі повної грошової суми, зазначеної у письмовому підтвердженні, якщо третя особа (зобов'язана сторона) не виконає вказане у ньому певне зобов'язання, або настануть інші умови, передбачені у відповідному підтвердженні [11].

В розумінні Цивільного кодексу України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку [12].

У теорії права гарантії визначаються як система соціально-економічних, політичних, організаційних і юридичних умов, за допомогою яких особа реалізує свої права і гарантовані законом інтереси. Гарантії як загальнотеоретична категорія є певними, об'єктивно існуючими умовами та засобами, спрямованими на забезпечення виконання певної моделі поведінки. Гарантії реалізації адміністративно-правового статусу юридичної особи публічного права спрямовані на забезпечення її ефективної діяльності з виконання поставлених завдань [13, с. 324].

Законом України «Про державну службу» [14] визначено загальні гарантії, дія яких розповсюджується на всіх державних службовців. Наприклад, гарантії щодо достатнього рівня оплати праці державних службовців для професійного виконання посадових обов'язків; створення здорових та безпечних умов, необхідних для належного виконання державними службовцями своїх обов'язків; гарантії прав державних службовців під час застосування дисциплінарного стягнення та інш.

Окрім цього, можна говорити про існування переліку гарантій, притаманних державним службовцям окремих правоохоронних органів. Наприклад, гарантії реалізації адміністративно-правового статусу Національного антикорупційного бюро України (далі НАБУ), які засновані на забезпеченні незалежності цього органу шляхом впровадження ідеологічних, економічних, організаційних, кадрових та інших умов та засобів, що створені чинним законодавством для забезпечення ефективного виконання завдань з попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень зазначеним органом, а також запобігання вчиненню нових.

Гарантії реалізації адміністративно-правового статусу НАБУ можна поділити на певні різновиди, зокрема:

– за сферою впливу: на юридичні (які включають у себе організаційно-правові, кадрові, гарантії із забезпечення безпеки та ін.), економічні, соціальні, ідеологічні (морально-духовні), політичні тощо;

– за специфікою правового статусу: гарантії, що властиві працівникам НАБУ як державним службовцям (загальні), і ті, що забезпечують їхній особливий правовий статус як працівників органу, що здійснює боротьбу з корупцією і має особливий рівень впливу на життя держави;

– за напрямом впливу на працівників НАБУ: позитивні, які стосуються створення особливих економічних, соціальних та інших умов забезпечення їх незалежності, та негативні, пов'язані з попередженням порушення ними встановлених обов'язків шляхом запровадження їхньої відповідальності, а також шляхом забезпечення діяльності підрозділів внутрішнього контролю тощо [13, с. 327].

Отже, гарантії як елемент адміністративно-правового статусу державного службовця правоохоронного органу є сукупність прав і обов'язків, гарантій, закріплених за державними службовцями правоохоронних органів законами, підзаконними нормативно-правовими актами, положеннями, посадовими інструкціями, статутами. До таких

заходів доцільно віднести: економічні заходи, політичні заходи, соціальні заходи та юридичні засоби. Найбільш повно специфіку гарантій державного службовця правоохоронного органу відображено у наявності у нього права на державний захист, умови якого визначено Законом України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [15].

Висновки. Таким чином, можна прийти до висновків, що систему гарантій державних службовців правоохоронних органів складають: 1) конституційні гарантії, та ті, яких закріплено в законодавстві про державну службу, що є загальними для усіх державних службовців; 2) гарантії, яких закріплено спеціальними актами законодавства, якими врегульовано діяльність правоохоронних органів в цілому, або окремих правоохоронних органів, дія яких розповсюджується на усіх державних службовців правоохоронних органів або тільки на окремих, які проходять службу у відповідному правоохоронному органі.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Юридична енциклопедія : в 6 т. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка та ін. – К. : Українська енциклопедія, 2003. Т. 5 : П–С. 2003. 736 с.
2. Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text
3. Загальна теорія держави та права : [підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / [М.В. Цвік, О.В. Петров, Л.В. Авраменко та ін.] ; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Х. : Право, 2009. 584 с.
4. Золотарьова Я.С. Адміністративно-правовий статус державних службовців судових органів : теоретичний аспект. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*, 2015 . Випуск 34. Том 2. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/14908/1/%d0%90%d0%94%d0%9c%d0%86%d0%9d%d0%86%d0%a1%d0%a2%d0%a0%d0%90%d0%a2%d0%98%d0%92%d0%9d%d0%9e-%d0%9f%d0%a0%d0%90%d0%92%d0%9e%d0%92%d0%98%d0%99%20%d0%a1%d0%a2%d0%90%d0%a2%d0%a3%d0%a1%20%d0%94%d0%95%d0%a0%d0%96%d0%90%d0%92%d0%9d%d0%98%d0%a5%20%d0%a1%d0%9b%d0%a3%d0%96%d0%91%d0%9e%d0%92%d0%a6%d0%86%d0%92.pdf
5. Панчишин А.В. Поняття, ознаки та структура категорії «правовий статус». *Часопис Київського університету права*. 2010. № 2. Ст. 95–98.
6. Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса / Ю.А. Тихомиров. М., 1998. 799 с.
7. Васильев А.С. Административное право Украины / А.С. Васильев. Х. : Одиссей, 2002. 288 с.
8. Про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку банків України: Інструкція Національного банку від 21.11.1997 № 388 (втрата чинності). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0495500-97/ed20050101/find?text=%C3%E0%F0%E0%ED%F2%B3%FF#Text.
9. Про затвердження Методики формування небанківськими фінансовими установами резерву для покриття ризиків неповернення основного боргу за кредитами, гарантіями, поруками, придбаними цінними паперами, іншими видами заборгованості, визнаними нестандартними : Розпорядження Держфінпослуг від 04.06.2004 № 912 (втрата чинності). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0782-04/ed20110401/find?text=%C3%E0%F0%E0%ED%F2%B3%FF#Text
10. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/ed20140101/find?text=%C3%E0%F0%E0%ED%F2%B3%FF#Text.
11. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20140101#n2840.
12. Іщук Д.О. Гарантії реалізації адміністративно-правового статусу національного антикорупційного бюро України. *Порівняльно-аналітичне право* № 2020. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/35838/1/%d0%93%d0%90%d0%a0%d0%90%d0%9d%d0%a2%d0%86%d0%87%20%d0%a0%d0%95%d0%90%d0%9b%d0%86%d0%97%d0%90%d0%a6%d0%86%d0%87.pdf.
13. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19/card2#Card.
14. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23.12.1993 р. № 3781-XII. URL: http://zakon3.rada. gov.ua/laws/show/3781-12.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/147

ОСНОВНІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ АМЕРИКАНСЬКОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

MAIN STAGES OF DEVELOPMENT OF AMERICAN CRIMINAL JUDICIARY

Кудрявцев Є.В., аспірант
кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

У статті аналізується історія розвитку американського кримінального судочинства в Сполучених Штатах. Робиться упор на виявлення ролі суддівського корпусу США у цьому русі.

Ключові слова: кримінально-процесуальна політика США, історія кримінального судового процесу США, реформування кримінального судочинства в США.

The article analyzes the history of the development of US criminal justice in the United States. The focus is on identifying the role of the US judiciary in this movement.

Key words: US criminal procedure policy, history of the US criminal justice process, reform of criminal justice in the United States.

Актуальність дослідження. Відомо, що особливе місце в правовій науці будь-якої країни займає аналіз стану справ із захистом основних прав і свобод людини і громадянина засобами, передбаченими судочинством по кримінальних справах [1, с. 632]. Найбільш давню історію модернового кримінального процеса мають англосаксонські країни, серед яких вирізняється Америка, яка була єдиною у світі країною, що одразу ж розвивалася на капіталістичній основі. Саме в Америці кримінально-процесуальна політика являла собою нерозчленовану єдність на всіх етапах розвитку державності. Ця обставина представляє особливий інтерес для України, адже наша наука має довести, що вітчизняна судова система теж спирається на багатовікову юридичну традицію.

Мета роботи. Метою дослідження є аналіз особливостей історичного розвитку системи кримінального судочинства в США. Для досягнення цієї мети були поставлені наступні завдання: 1) проаналізувати загальне і особливе в кримінальному судочинстві США на всіх етапах розвитку цієї держави; 2) виокремити причини епохальних змін в системі американської кримінальної юстиції з моменту виникнення цієї держави до наших днів.

Стан наукового осягнення проблеми. Слід вказати, що історія розвитку американської юстиції обов'язково знаходить відображення у будь-якому фундаментальному дослідженні, присвяченому сучасному стану справ у кримінального судочинстві США. Тому не дивно, що ця проблема ґрунтовно розкрита в дослідження відомих фахівців з кримінально-процесуального права Д. Аллена, Д. Бурстина, Д. Карпентера, С. О'Коннора, П.С. Ку, М.Л. Фрідмена, Д. Хайдена, Б. Шварца, Дж. Рейніша та ін. Проте в український науці історичний процес розвитку американського кримінального судочинства аналізується лише у працях історика права В.М. Калашникова. Тому очевидно, що від суто історичного підходу к американському кримінальному судочинству слід перейти до осягнення даної проблеми площині науки кримінально-процесуального права, що є метою даної статті.

Мета статті визначила наступні дослідницькі завдання: 1) встановити межі історичних етапів розвитку американського кримінального судочинства; 2) дослідити особливості зміни джерельних засад правового регулювання кримінального судочинства, які відображали епохальні перетворення держави і права США.

Виклад основного матеріала. Початок американського кримінального судочинства своїми коріннями уходить у XVII століття, коли ця країна перебувала під юрисдикцією метрополії, Британської імперії. Основні засади кримінального процесу тоді були передбачені імперською Конституцією Альбіону, яка являла собою сукупність різних правових джерел, що закріпили природні права, властиві всім вільним і заможним підданим Корони Англії. Як зазначає відомий американський учений Дж. Грін, ці права були проголошені в таких документах, як Велика хартія вольностей (1215), Петиція про права (1625) і Декларація прав (1689) [2, с. 9]. Ці та інші нормативні акти склали англійську правову систему, до найважливіших особливостей належить панування прецедентів, «пересаджених» на американський ґрунт [3, с. 85]. Саме на підставі прецедентів протягом всього колоніального періоду історії США вирішувалися проблеми покарання злочинців.

Система судових органів Британської Америки, пережитки якої притаманні сучасній системі органів правосуддя США, спиралася на фундамент, який становили місцеві суди, де в кримінальному судочинстві головували мирові судді. Наступний рівень цієї системи складали суди округів (county courts), які розглядали справи по першій інстанції, а на верхнему поверсі судової системи апеляційні скарги на рішення мирових та окружних судів розглядали губернатори кожної окремої колонії Британської Америки. Тоді ж виникали і перші колегії присяжних засідателів, які в даний час відіграють особливо важливу роль в американському кримінальному судочинстві [4, p. 111-114].

Повноваження колоніальних судів щодо вирішення кримінальних справ були подібні повноваженням англійського Суду квартальних сесій. Судді Британської Америки вели кримінальний процес на підставі моделі судочинства, яку запровадив англійський суддя Г. Брактона, автор «Трактату про закони і звичаї Англії». У ньому упор був зроблений на етику і мораль, оскільки саме вони «визначають звичайні правила поведінки людей, а судді повинні нагадувати про це злочинцям».

Англія, що породила загальне право, яке панувало в її колоніях, випустила у широкий світ ще одну систему, майже повністю відмінну від першої. То був суд совісті, процедури якого вони були менш жорстким, ніж процедури судів загального права. «Право» та «справедливість» співіснували в США аж до XIX століття, і лише тоді більшість штатів поєднали в одне ціле систему загального права і систему права справедливості. Проте і нині американські судді намагаються знайти відповідь на те, яким чином слід засуджувати злочинця, шукаючи потрібне або власне в «праві», або в такому аморфному понятті, як «справедливість». Тому обвинувачені особи при зверненні до сучасного суду можуть вимагати присутності журі присяжних при розборі своєї справи [5, с. 62].

Отже, протягом століть у США створювався суррогат англійської правової системи, деталі якої були складними і заплутаними. Настільки ж заплутаними були правила кримінального процесу, який являв собою жорстку «конструкцію», призначену для вкрай жорстокого осудження

кримінальних злочинців. Колоніальна верхівка, представникі якої виконували одразу ж кілька «ролів» – жорстоких рабовласників, піратів, контрабандистів, натхненників геноциду американських індіанців, злісних неплатників податків, клятвопорушників, шахраїв та інших подібних злочинів майже не переслідувалися владою Британської Америки.

Виключення з поблажливого ставлення влади до злочинців з числа колоніальної аристократії становили лише звинувачення цих осіб за державну зраду. Так, у роки англійської революції в її американських володіннях відбувалися прояви сепаратизму, того самого, який у XVIII столітті призвів до війни за незалежність США. Тоді у колоніях діяла модель осудження державних зрадників, яку виробили судді метрополії. Вони закінчували кримінальні процеси наступними словами: «Зрадників вивести з в'язниці, укласти на візок або візок і доставити до шибениці, або до місця страти, де повісити його за шию і вийняти з петлі напівживим. Катові випустити йому нутрощі і їх спалити. Потім відрубати йому руку і тіло четвертувати. Після цього голову і частини тіла виставити в якомусь людному місці за особливою вказівкою, якими зазвичай є Сіті-Гейтс, Лондон-Бридж або Вестмінстер-Холл, Щоб його злочин став особливо жахливим для глядачів, катові, вирвавши у нього серце, показати його людям і оголосити – ось серце зрадника» [6].

Що стосується колоніальних низів, то для них було передбачене «криваве законодавство» династії Тюдорів. Перші зразки специфічно американської карної політики надала найстаріша колонія – Віргінія, де Генеральна асамблея великих землевласників 1619 року прийняла серію законів, які встановили основи кримінально-правової політики. Віргінські карні закони підкреслювали становий характер кримінального переслідування злочинців – білих кабальних рабів і довічних рабів-індіанців. Вища судова структура Віргінії розглядала кабальних рабів, які становили більшість населення колонії, тільки в ролі особистого майна господаря, яким він міг розпоряджатися на свій розсуд. В арсеналі колоніальної юстиції нараховувалося близько ста тридцяти видів покарань, серед яких найпростішими були бичування, виставляння біля ганебного стовпа в колодках, відсікання вух та інших членів тощо [7, p. 288].

Віргінський зразок кримінальної політики був запозичений владою другої рабовласницької колонії, Меріленду, де 1638 року Асамблея заможних землевласників і рабовласників колонії прийняла «Акт про народні вольності». Цим актом було запроваджено жорстоке переслідування будь-яких злочинців, що робили замах на життя і власність заможних осіб. Жорстока карна політика була притаманна колонії Массачусетс, де до влади прийшла пуританська олігархія [8, p. 111]. У 1634 році Асамблея Масачусетсу прийняла закони про кримінальне судочинство, за якими серйозні злочини підлягали розгляду в суді магістрату, практика якого вилилася в необмежене свавілля колоніальної еліти. Богохульство, ідолопоклонство і чаклунство були кваліфіковані як злочини, що каралися стратою . Така карна політика верхівки південних Віргінії та Массачусетсу була цілком звичною для правосуддя як в метрополії, так і в інших державах Західної Європи [9, p. XI].

Дещо іншою була карна політика колонії релігійних дисидентів Новий Плімут, створеної в 1620 році. Правову базу для формування кримінальної-процесуальної політики Нового Плімуту було закладено відомою «Угодою на «Мейфлауєрі», де вказано: «Ми створимо і введемо такі справедливі й однакові для всіх закони, ордонанси, акти, постанови й адміністративні рішення, які будуть у той чи інший час найкорисніші нам та відповідатимуть загальному благу колонії і яким обіцяємо підкоритися» [10, с. 108]. Вищою судовою інстанцією був магістрат, у якому засідали губернатор і його асистенти. Під час карного процесу були присутні присяжні з числа заможних колоністів. Суд вимагав від обвинувачів надання незаперечних доказів, що розглядалися необхідною умовою для винесення вироку. За державну зраду, навмисне вбивство і заподіяння великого матеріального збитку заможним власникам підсудних могли присудити до страти на шибениці. Адюльтер, пияцтво і лихослів'я спричиняли бичування або штраф.

Взагалі, слід вказати, що підстави судової політики колоній Британської Америки краще за все сформулював губернатор Массачусетсу Дж. Вінтроп, який вважав, що правосуб'єктність особи має бути обмежена рамками, визначеними її становим і майновим положенням. Він виконував обов'язки судді по кримінальних справах, і тому «втішав» осуджених жебраків наступним чином: «Усемогутній Бог у своїй святості і мудрості так визначив умови існування людей, щоб за всіх часів хтось був бідний, а хтось багатий, хтось стояв вище, а хтось перебував в них у підпорядкуванні» [11, с. 113-114].

Помітний вплив на розвиток кримінального судочинства ранньої Америки справила буржуазна революція в метрополії. Тоді значним кроком вперед стало проголошення нових принципів кримінального процесу, які передбачали виборність присяжних засідателів з числа заможних колоністів, право апеляції, право на відвід членів суду і на виклик бажаних свідків, обмеження судової процедури визначеними термінами, заборону варварських покарань тощо.

У XVIII столітті Британська імперія переживала часи значного розвитку буржуазних відносин на основі промислового перевороту. Це вимагало уніфікації кримінального судочинства, і на колонії була екстрапольована дія основних джерел права метрополії, передусім, – Великої хартії вільностей [12]. Водночас в Америці діяло морське право метрополії, адже англійська держава розвивалася завдяки поширенню колоніальній експансії, авангардом якої були моряки. Тому багато порушень права метрополії підлягали розгляду в Високому суді адміралтейства Англії, який в Америці представляли віце-адміралтействські суди колоній. Вони жорстоко розправлялися зі злочинцями, яких підозрювали у скоєнні атків піратства, контрабанди і протизаконної торгівлі рабами-африканцями. На цей випадок в Америці діяв статут короля Генрих VIII (1540), в якому вказувалося наступне: «Що стосується зрад, злочинів, грабежів, убивств і змовин, скоєних в будь-якому місці, де адмірал володіє юрисдикцією, вони мають бути розглянуті судом, посадовці якого призначаються Короною. Вирок до страти правопорушників може бути оголошеній судом у разі визнання ними своїх злочинів після того, як до них зазвичай буде застосовано болісні тортури, чи тоді, коли провина злочинців буде прямо і безпосередньо доведена показаннями свідків, байдуже, чи вони бачили злочинні вчинки, чи знають про це зі слів інших свідків» [13].

Слід вказати, що правила судочинства по справах піратів передбачали присутність священиків на судових засіданнях. Тоді К. Мезер вправно використовував біблійні сюжети як привід для міркувань про насущні проблеми кримінального судочинства, за що був введений урядом метрополії до Королівського товариства Англії (аналог звичайних для Європи наукових академій). Саме він розробив ритуал страти піратів, який описував С. Сьюелл, голова віце-адміралтейського суду Масачусетсу: «Після обіду, близько третьої пополудні, я пішов виконувати вирок і побачив на пагорбі Бротон близько місця страти багато людей. Більше того, поблизу берегу знаходилися щось близько ста п'ятдесяти човнів з глядачами. Сім злочинців, яких супроводжував в останню міть отець Коттон Мезер, були підвішені на мотузках, що їх прив'язали до шибениці, розташованої на плоту. Коли ешафот топили, повсюди лунав вереск жінок» [14].

З часом в Америці розвинулися процеси, які призвели її до війни за незалежність. Наближення до цієї події світового характеру були відображені в практиці судових засідань, коли судді відкидали процесуальне право метрополії. Так, головний суддя Нью-Гемпширу С. Лівермор напередодні війни за незалежність уславився тим, що відхиляв будь-які власні попередн рішення для розгляду нової справи і стверджував, що скасовує посилання на своє більш раннє, протилежне рішення, адже «кожен бочонок повинен стояти на власному дні». Його колега Дж. Дадлі, заможний ньюгемпширський землевласник, втокмачував судовому журі наступне: «Наша справа – здійснити правосуддя між сторонами не за допомогою юридичних вправ, здійснених Коуком або Блекстоном, чьих книг я ніколи не читав і читати не буду, а за допомогою здорового глузду, як водиться між людьми» [15, p. 121].

Слід вказати, що судді Британської Америки не були спроможними сприйняти ідеї розвиненого кримінально-процесуального права метрополії, де панував конституційно-монархічний лад. Серед них вирізнявся хіба що Т. Джефферсон, який отримав юридичні знання шляхом безперервного самостійного студіювання небагатьох класичних творів його сучасників, юристів метрополії Д. Коука і В. Блэкстона. Лише у 1777 році президент Йельского університету Е. Стайлз висунув питання про вдосконалення професійної підготовці юристів: «Професорство в галузі права таке ж важливе, як і в галузі медицини. Це потрібне не для того, щоб готувати юристів або барристерів, а для виховання громадян. Можливо, менш чверти молодих джентльменів, які отримали освіту в коледжі, стають спеціалістами в галузі богослов'я, права або медицини. Велика частина цих людей, завершивши академічний курс навчання, повернется до дому, увіллються в суспільство і починуть займатися торгівлею або своїм господарством. Тим не менше, вірогідно, що більшість цих людей самим потоком їхнього життя втянеться в ту чи іншу сферу грамадянської або державної діяльності. Багатьом з них, дійсно достойних пристальної уваги з огляду на їхнє виховання та освіту, дозволять стати корисними членами суспільства, представниками вибраного кола – мировыми суддями, членами законодавчих органів, суддями і депутатами у конгрессе» [16, с. 242].

Програму Стайлза почали втюлювати «батьки-засновники» США, адже нова держава мала утворити інтелігенцію, яка б йдейно підкріплювала розвиток державної політики, у тому числі – політики боротьби проти кримінальних злочинів за активною участю освічених суддів. Для цього засновникам незалежної Америки довелося звернутися до європейського досвіду розвитку кримінально-процесуального права на засадах гуманного ставлення до злочинців, проголошених у працях Ч.О. Беккаріа («Злочини і покарання») і Е. Ваттеля («Право народів, або принципи природного права, що застосовуються до поведінки і справ націй і суверенів»). Тоді поступово закріплювалися такі засади кримінального процесу, які діють і нині, про що подбали юристи з числа заможних американців, адже це було їхнім становим обов'язком. Вони поклали обов'язки переслідування злочинців і доведення їх до суду на шерифів округів, які діяли у тісній зв'язці з окружними прокурорами. Водночас оформлювався інститут адвокатів по кримінальних справах [17, с. 12-127].

Не викликає сумніву та обставина, що судді нової держави, США, доволи впевнено вели судовий процес, спрямований на безумовний захист права приватної власності великих рабовласників, мануфактуристів і торговців. Вони засновували свої дії на основі положень «Акту про покарання деяких злочинів проти Сполучених Штатів. Юридична доктрина про покарання в США протягом XVIII-XX століть випробувала на собі вплив основних теорій про покарання, розроблених англійськими ученими [18, p. 267]. Тоді «батьки-засновники» США відкинули монархічну юридичну спадщину, що призвело до скасування інквізиційного кримінального судочинства. Основною ідеєю американської правової думки в було прагнення захистити особистість від свавілля на нових, гуманістичних засадах. Звідси стає зрозумілим виникнення IV і V поправок до Конституції США, де було проголошено, що кримінальне покарання не застосовуватиметься інакше, ніж на основі належної правової процедури. Тому в США була здійснена лібералізація заходів щодо осудження кримінальників. Разом з тим особливо суворим переслідуванням піддавалося негритянське населення, що відобразилося у Законі про судоустрій (Гл. 20, Стат. 73).

Закон про судову владу 1789 року, який офіційно заснував федеральну систему правосуддя, дозволив першому американському президенту Дж. Вашингтону на власний розсуд сформувати весь корпус американських федеральних суддів. Перша група призначенців Вашингтона, два судді Верховного суду США та десять суддів окружних судів, розпочала свою службу за два дні після того, як Акт про судоустрій набув юридичної чинності. Загалом Вашингтон призначив тридцять вісім федеральних суддів під час свого президентства, яке тривало з 30 квітня по 4 березня 1798 року [19]. Тоді ж було створено тринадцять судових округів в одинадцяти штатах. Кожен штат мав один судовий округ, тоді як у Вірджинії, що була лідером Півдня, де панував «тупиковий шлях» розвитку капіталізму, плантаційне рабовласництво, і Массачусетсі, який репрезентував на Півночи Америки «чистий» буржуазний шлях розвитку, були запроваджені по два судових округи. Водночас запровадили Генеральну прокуратуру, головною функцією якої оголосили представництво держави у Верховному Суді, а також інститути баристерів і маршалів США для кожного судового округу.

Верховний Суд США формувався під впливом динамічного переселенського капіталізму, який вимагав від судової влади США, країни, яка в момент народження були «слабкою, розпорошеною федерацією», арбітражних функцій в суперечках між законодавчою і виконавчою владою задля зміцнення федеральної влади на загальноамериканскому рівні. Вперше він зібрався 1 лютого 1790 року в Будинку біржових торговців у місті Нью-Йорк, яке тоді тимчасово отримало статус столиці США. Початкові сесії Верховного Суду були присвячені організаційним питанням, але 3 серпня 1791 року жерці правосуддя вперше оголосили своє процесуальне рішення у справі проти громадянина на прізвище Барнас.

Впродовж першого десятиріччя свого існування Верховний Суд ухвалив кілька важливих рішень у галузі прецедентного права, що допомагало провінційним суддям зрозуміти, яким чином прецедент слід використовувати по кримінальних справах.

Перші судді Верховного Суду скаржились на його обмежений статус, однак їхній голова Дж. Джей не зміг вирішити це питання і подав у відставку з суду у 1795 році. Після того лише наприкінці своєї каденції президент Дж, Адамс (1801) знайшов видатного зверхника федеральної судової системи, який стояв на чолі її 34 роки. Це був віргінський плантатор Дж. Маршалл, для якого інтереси південної рабовласницької олігархії були «путівною зіркою» на шляху розбудови буржуазної держави. Його головування у Верховному суді до було ерою активного впровадження ідеї сильної судової влади. У результаті запрацював механізм реалізації покладеного в основу Конституції США принципу верховенства федерального законодавства, у тому числі –кримінально-процесуального [20, p. 333].

Основні засади діяльності Верховного Суду були закладені в 1803 році справою Марбері проти Медісона. То був судовий прецедент, застосування якого поширювало компетенцію Верховного суду США на судовий наглядза рішеннями інших гілок влади [21, p. 11].

У рішенні по цій справі Верховний суд вперше в історії США визнав, що парламентський закон може не відповідати Конституції. Наслідком цього рішення стала реалізація принципу стримувань і противаг трьох гілок влад, в рамках якого Верховний Суд міг розглядати законодавчі акти Конгресу на предмет відповідності Конституції та навіть анулювати ці закони, якщо вони суперечили основному.

Маршалл чітко виказав розуміння принципів права (незалежності судів, верховенства закону над політикою, конституції над звичайними законами, федеральної юрисдикції над юрисдикцією окремих штатів) наступним чином: «Набагато розумніше припустити, що суди були створені, щоб займати місце посередника між народом і законодавцями, щоб, між іншим, стримувати останніх в рамках їх повноважень. Інтерпретація законів - це власна і ісклюяітельная сфера судів. Конституція фактично є і повинна вважатися суддями основним законом. Отже, саме вони уповноважені роз'яснювати її значення, так само як і значення будь-якого правового акта, виданого законодавчим органом. Якщо виникає нерозв'язне протиріччя між ними [Конституцією і іншим актом], зрозуміло, повинен застосовуватися той, який має вищу силу. Іншими словами, Конституція повинна мати перевагу перед статутом, воля народу – перед волею його агентів» [22].

Однак після уходу Маршалла з Верховного суду в Америці розпочався період «дуалістичного судового федералізму». Його сутність полягала в тому, що два рівні управління (союз і штани) оголошувалися суверенними, діючими окремо і незалежно один від одного у власних сферах повноважень. Тому практично всі спроби федерального уряду регулювати питання, що знаходилися в компетенції штатів, визнавалися неконституційним вторгненням в прав останніх. Цим користувалися судді штатів, які дуже самостійно вели кримінальні справи, здійснивши вторгнення навіть до «федерального правового поля». Зрештою, за часів президента Ф.Д. Рузвельта, ера «дуалістичного федералізму» дійшла до закінчення, адже в умовах світової економічної кризи розпочався «новий курс» [23, p. 64].

Створення окремої судової гілки влади, відповідальної за підтримання Конституції як вищого закону країни, – це унікальний американський внесок у політичну теорію, зроблений під час становлення незалежних США. Стосовно цього 1835 року француз Алексіс де Токвіль писав у своєму відомому творі «Демократія в Америці» наступне: «Іноземцю найскладніше зрозуміти в Сполучених Штатах саме організацію правосуддя. Можна сказати, що немає такої політичної події, з приводу якого він не чув би посилань на авторитет судді, з чого іноземець, природно, робить висновок, що в Сполучених Штатах суддя є ще однією з найважливіших політичних сил суспільства. Коли ж потім він починає вивчати устрій судів, то спочатку не виявляє нічого, крім чисто судебних атрибутів і норм. Йому здається, що судді втручаються в державні справи не інакше як випадково, хоча такі випадковості повторюються щодня» [24, с. 162].

Розвиток кримінального судочинства у США протягом першої половини XIX століття був підкріплений розвитком науки кримінально-процесуального права. Її становлення забезпечував голова Верховного суду штата Массачусетс Т. Парсонс, визнаний «титаном юриспруденції». Виходячи з англійських прецедентів і доктрин та неписаних массачусетських норм колоніального періоду, Парсонс склав перший об'ємний і широко цитований звід прецедентів американських. Роботу Парсонса продовжив його наступник на посту верховного судді Массачусетсу, професор Гарварда А. Паркер. Тим часом розширення американської держави до Тихого океану і ускладнення функцій Верховного суду США в ході промислового перевороту до початку громадянської війни 1861-1865 років створили умови для подальшого розвитку кримінально-процесуалдьного права. Це було відображено у багатьох рішеннях Верховного Суду стосовно використання жерцями правосуддя належної судової процедури та якнайшвидшого і неупередженого судового розгляду кримінальних справ [26, p. 598].

Великі зрушення у системі кримінального правосуддя відбулися під час другої американської буржуазної-демократичної революції, дво етапами якої були громадянська війна і так звана «Реконструкція Півдня США» (1865-1877). Так, на час громадянської війни президент А. Лінкольн призупинив дію «Хабеас корпус акту» і дозволив армії Союзу заарештовувати цивільних осіб без ордера, без імовірної причини і без швидкого судового розгляду присяжних та й взагалі без проведення будь-якого цивілізованого кримінального процесу. Указ А. Лінкольна від 24 вересня 1862 року містив наступне: «Під час цієї війни все заколотники і повстанці, їх помічники і підбурювачі на території США; а також злочинці, що підривають моральний дух осіб, бажаючих вступити до лав збройних сил держави, і чинять опір набору добровольців або здійснюють шнші незаконні дії, внаслідок чого бунтівники безперешкодно здійснюють свої плани боротьби проти уряду США, повинні бути піддані судового розгляду за законами воєнного часу і в обов'язковому порядку покарані військовим трибуналом» [27, с. 50].

Промисловий переворот і друга американська буржуазно-демократична революція, що відбулися в середині XIX століття, вимагали від політичної еліти вдосконалення власної політики кримінального судочинства. Одним з найважливіших її питань була проблема вирішення правового статусу минулих рабів, які, за звичаями расистської верхівки громадян американського Півдня, піддавалися жорстокому і несправедливому правосуддю. Тим часом індустріалізація та прискорена урбанізація ще більше загострили криміногенну обстановку в Америці. Злочинність протягом всього XIX і початку XX століть залишалася переважно чоловічою, причому невпинно зростала кількість правопорушень, скоєних кольоровими громадянами, які перебували у стані жебрацтва.

Зрозуміло, що після громадянської війни на хвилі завершення промислового перевороту виникла потреба вдосконалення системи юридичної освіти, у тому числі – навчання молоді, яка спеціалізувалися по кримінальному праву і процесу. Це було необхідним, адже владні структури ї федерації і штатів зіткнулись з ускладненням господарської діяльності, що призводило до появи нових видів кримінальної злочинності . Боротьбу проти цих явищ і мали очоліти молоді правознавці. Саме цього домогався ректор Гарварду К.К. Ленгделл, який запропонував реформу методики навчання «по судовій справі». Студентам, які раніше читали трактати про загальні принципи права, тепер належало розбирати реальні судові справи. Ленгделдл власноруч утворив перший в США підручник з судової практики (1871). Після того більшість американських шкіл права прийняли на озброєння методику навчання, засновану на аналізі рішень суддів по кримінальних справах [28, с. 83]. Тоді студенти виявили, що уряд США схилився до впровадження вкрай жорсткої кримінальної політики, наріжним камінням якої були розправа зі злочинцями через страту за допомогою електричного стільця і призначення покарань у вигляді позбавлення волі на невизначений строк, що призвело до масового самогубство в'язнів. Разом з тим великий капітал був позбавлений небезпеки кримінального переслідування. Відношення ж до Фемиди цинічно висловив відомий фінансовий магнат К. Вандербільдт: «Яке мені діло до закону. У мене що, немає сили?» [29, т. 2, с. 41]

Після закінчення громадянської війни штати ратифікували чотирнадцяту поправку, яка, зокрема, забороняла штатам скорочувати «привілеї та імунітети громадян», відмовляти у належному правовому процесі та відмовляти

у рівному захисті будь-якій особи на основі закону. Однак під час участі США у перший світовій війні демократичні підходи до ведення кримінального процесу були тимчасово скасовані. Хоча Америка вийшли з війни найбільш могутньою у промисловому і фінансовому відношенні державою світу, соціальні протиріччя у ній перебували у постійній напрузі. Ще більш загострилися вони під час світової економічної кризи 1929-1933 років, яка найбільше уразила саме США. Це стало головною причиною сплексу кримінальної злочинності, з якою система правосуддя не могла справитися. Тому разом з іншими соціальними реформами Президент Ф.Д. Рузвельт домогався проведення судової реформи.

Законодавча ініціатива, запропонована Рузвельтом, передбачала збільшення кількості суддів Верховного Суду США з дев'яті осіб до п'ятнадцяти. Цей захід іноді називають рузвельтовським «планом упаковкі суду» особами, які додержувалися ідеології реформ президента. Однак цей план зазнав поразки, адже він, на переконання американської еліти, надавав очільнику держави занадто великі повноваження.

Певні зрушення в системі американського кримінального судочинства були здійснені після другої світової війни в умовах «маккартизму». Президент Д. Ейзенхауер мав дещо обмужити вплив прихильників вкрай жорстокої політики щодо осіб, звинуваченних в прихільності до комуністичних ідей. Тому він призначив Г. Уоррена, який тоді був губернатором Каліфорнії, на посаду голови Верховного Суду. За його перебування на чолі Верховного суду були впроваджені певні демократичні рішення щодо визнання сегрегації у державних школах неконституційними. Уоррен домігся і певного впорядкування судочинства по кримінальних справах через введення правил суддівської етики [30, p. 404]. Однак нині цього замало, і саме це відобразили сучасні концепції судочинства в Америці під головуванням великого суддівського корпусу.

Висновки: Основні етапи розвитку американської системи кримінального правосуддя завжди відповідали етапам розвитку американської державності. Серед них виділяються перебування Америки під юрисдикцією Великобританії, перша і друга американські революції, участь США в світових війнах, епоха світової економічної кризи, протиборство США з Радянським Союзом і, нарешті, сучасна глобалізація міжнародних відносин за участю Америки як лідера спільноти цивілізованих держав.

Джерела кримінально-процесуального права США, покладені в основу правового регулювання провадження у кримінальних справах, повністю відповідають конкретній ситуації в боротьбі проти злочинних посягань на основне права і свободи американских громадян, серед яких особливо виділяються право на життя і право охорони приватної власності від злочинних посягальств.

ЛІТЕРАТУРА

1. Великий енциклопедичний юридичний словник / [Текст] / [за ред. Ю. С. Шемшученка]. – К. : Юрид. думка, 2007. – 990 с.
2. Грин Д. П. Происхождение американского конституционализма / [Текст] / Д. П. Грин // Американский ежегодник, 1991. – М.: Наука, 1992. – С. 9–23.
3. Апарова Т.В. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. – М.: Институт международного права и экономики. Издательство «Триада, Лтд», 1996. – 157 с.
4. Hiden M. How Justice Grew / [Text] / M. Hiden. – Williamsburg : Virginia 350-th Century Celebration Corporation, 1957. – XX, 256 p.
5. Фридмэн Л. Введение в американское право / [Текст] / Л. Фридмэн [пер. с англ.. под. ред.. М. Калантаровой]. – М.: Издательская группа «Прогресс», «Универс», 1993. – 286 с.
6. Рожнов А. «Цивилизованная» Европа и «варварская» Москва на примере смертной казни / [Текст] / А.А. Рожнов. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.politforums.net/ historypages/1269886091.html
7. Original Narratives of Early American History. Narratives of Early Virginia, 1607–1625 / [Text] / [ed. by L.G. Tyler]. – N.Y.: Charles Scribner's Sons, 1907. – XXVI, 478 p.
8. Allen D. In English Ways: the Movements of Societies and the Transferal English Local Law and Custom to Massachusetts Bay in the Seventeenth Century / [Text] / D. Allen. – Chapell Hill : The University of Nolh Carolina Press, 1981. – XII, 345 p.
9. Reinish P. S. English Common Law in the Early American Colonies / [Text] / Reinish P. S. – Madison : The University of Wisconsin Press, 1999. – XXII, 353 p.
10. Калашников В.М. Формування інститутів держави і права в США ранньої доби (1607-1775 роки) / [Текст] / В.М. Калашников, В.М. Малишко. – К.: Логос, 2015. – 426 с.
11. Там само
12. Велика Хартія вільностей (1215 р.). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-te xt/707/31/
13. High Court of Admiralty. The National Archives / [Text]. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www. nationalarchives. gov. uk/help-with-your-research/research-guides/high-court-admiralty-records/
14. Diary of Samuel Sewall / [Text]. – Boston: Massachusetts Historical Society, 2011. – 1572 p., p. 853-853
15. Bonomi P. U. Under the Cope of Heaven: Religion, Society, and Politics in Colonial America / [Text] / Bonomi P. U. – N. Y. : The MacMillan Co., 1988. – VI, 330 p.
16. Джефферсон Т. Автобиография. Заметки о штате Виргиния / [Текст] / Т. Джефферсон. – Л.: Наука, 1990. – 314, [1] с.
17. Калашников В.М. Виникнення адвокатури у США «ранньої доби» (XVII-XVIII століття) / [Текст]/ В. М. Калашников // *Юридична наука* та освіта: історія, сучасність, перспективи. Матеріали IV історико-правової конференції. 6-8 червня 2003 року. – Рівне – К.: Інститут держави і права НАН України ім. В.М. Корецького, 2005. – с. 126-131.
18. Ku J. G. Customary International Law in State Courts / [Text] / J. G. Ku // Virginia Journal of International Law. – 2001. – Vol. 42:1. – p. 265–337.
19. George Washington and the Supreme Court / [Text] / W. Cushing. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mountvernon. org/george-washington/the-first-president/geo rge-washington-and-the-supreme-court/
20. Great American Judges. An Encyclopedia / [Text]. – Santa Barbara, 2001. – 1005 p.
21. O'Connor S.D. Out of Order: Stories from the History of the Supreme Court / [Text] / S.D. O'Connor. – N.Y.: Random House Publishing Group, 2013. – 256 p.
22. Титов В. Д. Вклад Джона Маршалла в юриспруденцію США / [Текст] / В. Д. Титов. – 22.04.2010 р. // *Вісник* Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.stattionline. org.ua/ pravo/100/17027-vklad-dzhona-marshalla-v-yurisprudenciyu-ssha.html
23. Бурстин Д. Американцы: национальный опыт / [Текст] / Д. Бурстин / [пер. с англ.; послеслов. Шестакова В.П.; коммент. Балдицына П.В.]. – М.: Прогресс-Литера, 1993. – 624 с.
24. Токвиль А., де. Демократия в Америке / [Текст] / А. де Токвиль / [пер. с франц.; пред. Г. Дж.Ласки]. – М.: Прогресс, 1992. – 544 с.
25. Carpenter D. Magna Carta / [Text] / D. Carpenter. – N.Y.: Penguin Classics, 2015. – 624 p.
26. Миряшева Е.В. Становление и развитие североамериканских штатов в период формирования американского федерализма (XVII – середина XX вв.). Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. – Москва: Российский государственный университет правосудия, 2015. – 432 с. / [Текст] / Е.В. Миряшева. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://test.ssla.ru/dissertation/dissert/0 4-06-2015-1d.pdf
27. Бурстин Д. Американцы: демократический опыт / [Текст] / Д. Бурстин / [пер. с англ. под общ. ред. и с коммент. В. Т. Олейника]. – М.: Прогресс-Литера, 1993. – 832 с.
28. История США в четырех томах / [Текст] / [гл. ред. В.Н. Севостьянов]. – М.: Наука, 1985. – Т. 2: 1877-1918. – 598 с.
29. Schwartz B. Super Chief: Earl Warren and His Supreme Court. A Judicial Biography / [Text] / B. Schwartz. N.Y.: New York University Press, 1983. – 853 p.

УДК 342.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/148

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОХОДЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ У ДОПОМІЖНИХ ОРГАНАХ, УТВОРЕНИХ ПРЕЗИДЕНТОМ УКРАЇНИ

EGAL REGULATION OF STATE SERVICE IN SUBSIDIARY BODIES, ESTABLISHED BY THE PRESIDENT OF UKRAINE

Смолка О.В.
аспірант кафедри адміністративного та фінансового права,
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена дослідженню правового регулювання проходження державної служби у допоміжних органах, утворених Президентом України. Встановлено, що проходження державної служби в допоміжних органах, яких утворено Президентом України врегульовано: 1) загальними нормами, що містяться в службовому законодавстві; 2) спеціальними нормами, що містяться у законодавстві щодо діяльності допоміжних органів, утворених Президентом України. Зазначено, що визначення правового статусу органу, якого утворено Президентом України як консультативного, дорадчого та допоміжного, впливає на наявність специфіки правового регулювання проходження державної служби в ньому. Це пов'язано з тим, що Законом України «Про державну службу» визначено особливості правового регулювання проходження державної служби не для будь-якого органу, утвореного Президентом України, а лише для органу, який є «постійно діючим допоміжним органом». Тобто, на тимчасові, консультативні та дорадчі органи означені положення не поширюються.

З метою уникнення можливості неправильного застосування положень ст. 91 Закону України «Про державну службу», звернено увагу на закріплення правового статусу органів, яких утворено Президентом України. Встановлено, що станом на теперішній час, в Україні функціонує лише один постійно діючий допоміжний орган, утворений Президентом України – Офіс Президента України.

Визначено, що спеціальні норми щодо призначення керівника Апарату Офісу Президента України відображено в сукупності нормативно-правових актів, які визначають порядок його функціонування – з одного боку, та деталізують процедуру призначення керівника Апарату – з іншого. Особливість призначення керівника Апарату Офісу Президента України полягає у тому, що конкурс на зайняття цієї посади державної служби не проводиться. Єдиною підставою призначення особи є подання Керівника Офісу Президента України. Констатовано відсутність спеціальних нормативно-правових актів, якими врегульовано окремі складові проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України. Доцільним є вироблення спеціальної нормативної детермінації проходження державної служби в означеному органі.

Ключові слова: державна служба, Президент України, постійно діючі допоміжні органи, Офіс Президента України, проходження державної служби.

The article deals with the study of the legal regulation of state service in the subsidiary bodies established by the President of Ukraine. It is established that the state service in the subsidiary bodies established by the President of Ukraine is regulated by: 1) general norms contained in the official legislation; 2) special norms contained in the legislation on the activities of subsidiary bodies established by the President of Ukraine. It is noted that the definition of the legal status of the body established by the President of Ukraine as an advisory, consultative and auxiliary, affects the specifics of the legal regulation of state service in it. This is due to the fact that the Law of Ukraine "On State Service" defines the features of the legal regulation of state service not for anybody established by the President of Ukraine, but only for a body that is a "permanent subsidiary body". That is, these provisions do not apply to temporary, advisory and consultative bodies.

In order to avoid the possibility of incorrect application of the provisions of Art. 91 of the Law of Ukraine "On State Service", attention is paid to consolidating the legal status of the bodies established by the President of Ukraine. It is established that as of today, there is only one permanent subsidiary body in Ukraine, established by the President of Ukraine – the Office of the President of Ukraine.

It is determined that the special norms on the appointment of the Chief of Chamber of the Office of the President of Ukraine are reflected in a set of regulations that determine the order of its operation – on the one hand, and detail the procedure for appointing the Chief of Chamber – on the other. The peculiarity of the appointment of the Chief of Staff of the Office of the President of Ukraine is that there is no competition for this position of state service. The only reason for appointing a person is the submission of the Head of the Office of the President of Ukraine.

It is stated that there are no special normative legal acts, which regulate certain components of state service in the Office of the President of Ukraine. It is expedient to develop a special normative determination of state service in the specified body.

Key words: state service, President of Ukraine, permanent subsidiary bodies, Office of the President of Ukraine.

Державна служба у допоміжних органах, утворених Президентом України стосується служби в їх апараті (секретаріаті) та функціонально спрямовано на організаційне, правове, консультативне, інформаційне, експертно-аналітичне та інше забезпечення здійснення Президентом України визначених за ним повноважень. Специфіка статусу та діяльності означених державних органів опосередковує специфіку проходження державної служби. Одночасно, відсутність зводу нормативно-правових актів, яким врегульовано проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України та процеси адаптації національного законодавства про державну службу до стандартів Європейського Союзу, опосередковують актуальність обраної проблематики. Вказана теза обгрунтовується і потребою вироблення національного підходу до моделі нормативного детермінування оновленої кадрової служби, яка забезпечує діяльність Президента України. Доцільним є звернення уваги на перелік органів, яких утворено Президентом України та наділено статусом постійно діючих допоміжних органів.

Теоретичною основою статті є висновки щодо засад проходження державної служби, яких зроблено такими вченими, як: В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Ю.П. Битяк, Л.Р. Біла-Тіунова, В.В. Васильківська, В.М. Гаращук, Ю.С. Даниленко, І.І. Задоя, С.В. Ківалов, Л.М. Корнута та ін. У той же час, значна кількість питань, пов'язаних із окресленням специфіки проходження державної служби у допоміжних органах, утворених Президентом України та їх правового регулювання залишаються невирішеними, особливо у контексті нормативно-правових змін до впорядкування державної служби, що свідчить про актуальність обраної теми дослідження. Тому, метою статті є дослідження правового регулювання проходження державної служби у допоміжних органах, утворених Президентом України.

Проходження державної служби, незалежно від наявності чи відсутності особливостей, врегульовано нормами, що містяться в профільному службовому законодавстві. Одночасно, виходячи з змісту положень Закону України «Про державну службу», проходження державної

служби в допоміжних органах, яких утворено Президентом України, може базуватись на нормах, що містяться у спеціальному законодавстві. Ця теза обґрунтовується такими положеннями: 1) керівник апарату (секретаріату) постійно діючого допоміжного органу, утвореного Президентом України, призначається на посаду та звільняється з посади Президентом України у порядку, встановленому Президентом України (п. 5 ст. 91); 2) особливості вступу, проходження та припинення державної служби в апараті (секретаріату) постійно діючого допоміжного органу, утвореного Президентом України регулюються профільним законодавством про державну службу з урахуванням особливостей, визначених спеціальним законодавством у відповідній сфері (п.п. 1, 12 ст. 91) [1].

Щодо права Президента України призначати керівника апарату (секретаріату) постійно діючого допоміжного органу, який ним створено, то воно засновано на положеннях Конституції України. Відповідно, Президент України може створювати у межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України, для здійснення своїх повноважень консультативні, дорадчі та інші допоміжні органи і служби (п. 28 ст. 106) [2]. Як слушно зазначено Л.Р. Білою-Тіуновою, президентські допоміжні органи створюються для виконання консультативних, експертних, дорадчих, організаційних, управлінських та інших допоміжних функцій, при цьому вони не мають владних повноважень, а їх діяльність регламентовано під конкретні цілі. Загалом, органи, утворені Президентом України можуть бути: а) постійними (наприклад, Офіс Президента України, РНБО, Комісія при Президентові України з питань громадянства, Національний інститут стратегічних досліджень); б) тимчасовими (наприклад, Комітет з підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату 2012) [3, с. 549].

Станом на теперішній час відсутня як офіційна кількість президентських органів, так і їх класифікаційна належність до певної групи, оскільки вони постійно змінюються в залежності від потреб суспільства і наявності вагомих обставин для створення. Визначення правового статусу органу, якого утворено Президентом України як консультативного, дорадчого та допоміжного, впливає на наявність специфіки правового регулювання проходження державної служби в ньому. Це пов'язано з тим, що Законом України «Про державну службу» визначено особливості правового регулювання проходження державної служби не для будь-якого органу, утвореного Президентом України, а лише для органу, який є «постійно діючим допоміжним органом». Тобто, на тимчасові, консультативні та дорадчі органи означені положення не поширюються.

Первинно, серед постійно діючих допоміжних органів, яких утворено Президентом України, слід виокремити Офіс Президента України, якого утворено шляхом реорганізації та скорочення чисельності працівників Адміністрації Президента України в якості постійно діючого допоміжного органу відповідно до Указів Президента України «Питання забезпечення діяльності Президента України» від 20.06.2019 р. [4] та «Про Положення про Офіс Президента України» від 25.06.2019 р. [5].

З метою уникнення плутанини в можливості поширення положень ст. 91 Закону України «Про державну службу» на апарат окремих органів, яких утворено Президентом України, звернемо на них увагу. Відповідно, призначення керівника Апарату Ради національної безпеки і оборони України та проходження державної служби в цьому органі здійснюються в загальному порядку, якого визначено виключно Законом України «Про державну службу». Це пов'язано з тим, що Рада національної безпеки і оборони України є координаційним органом з питань національної безпеки і оборони при Президентові України у відповідності до положень Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» (ст. 1) [6]. Крім того, Апарат Ради національної безпеки і оборони України очолює Керівник Апарату Ради національної безпеки і оборони України, який призначається на посаду та звільняється з посади Секретарем Ради національної безпеки і оборони України у порядку, визначеному законодавством про державну службу [7].

До допоміжних органів, яких утворено Президентом України, але на яких не поширюється дія ст. 91 Закону України «Про державну службу», віднесемо такі: Комісію при Президентові України з питань громадянства, яка є допоміжним органом при Президентові України, але не є постійно діючим відповідно до статусу, якого за нею закріплено Указом Президента України від 27.03.2001 р. «Питання організації виконання Закону України «Про громадянство України»» [8]; Національну інвестиційну раду, яка є консультативно-дорадчим органом при Президентові України відповідно до Указу Президента України від 29.08.2016 р. «Про Положення про Національну інвестиційну раду» [9]; Комісію державних нагород та геральдики, що відповідно до Указу Президента України від 31.12.2011 р. «Про Положення про Комісію державних нагород та геральдики», є дорадчим органом, який утворюється при Президентові України для попереднього розгляду питань, пов'язаних із нагородженням державними нагородами України, та забезпечення єдиного підходу до розвитку нагородної та геральдичної справи [10]; Національну раду з питань антикорупційної політики, яка є консультативно-дорадчим органом при Президентові України відповідно до Указу Президента України від 14.10.2014 р. «Про Положення про Національну раду з питань антикорупційної політики» [11]; Раде з питань свободи слова та захисту журналістів, що є консультативно-дорадчим органом при Президентові України відповідно до Указу Президента України від 06.11.2019 р. «Про Положення про Раду з питань свободи слова та захисту журналістів» [12] тощо. Важливо вказати, що специфікою діяльності вищезазначених органів, яких утворено Президентом України є відсутність у них власного апарату чи секретаріату, організаційне, матеріально-технічне та інше забезпечення їх діяльності здійснюється Офісом Президента України.

Таким чином, станом на теперішній час, в Україні функціонує лише один постійно діючий допоміжний орган, утворений Президентом України – Офіс Президента України. Проте, використання множини в законодавстві про державну службу щодо визначення специфіки призначення керівника апарату органу з таким правовим статусом та проходження державної служби в ньому є логічним, адже можливість утворення нових органів з аналогічним правовим статусом є прерогативою Президента України.

Спеціальні норми щодо призначення керівника апарату (секретаріату) постійно діючого допоміжного органу, утвореного Президентом України мають бути формально відображеними в сукупності нормативно-правових актів, які визначають порядок функціонування цих допоміжних органів – з одного боку, та деталізують процедуру призначення керівника (апарату) цих допоміжних органів – з іншого. Так, керівник Апарату Офісу Президента України призначається на посаду та звільняється з посади Президентом України в установленому порядку (абз. 2 п. 9 Положення про Офіс Президента України). Особливість призначення керівника Апарату Офісу Президента України полягає у тому, що конкурс на зайняття цієї посади державної служби не проводиться. Єдиною підставою призначення особи є подання Керівника Офісу Президента України (абз. 3 п. 12 «Положення про Офіс Президента України»). Аналогічно, спеціальною підставою припинення державної служби для керівника Апарату Офісу Президента України є подання Керівника Офісу Президента України [5].

Щодо особливостей проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України, то слід зазначити, що державні службовці призначаються на посади і звільняються з посад Керівником Апарату Офісу Президента України. Будучи, суб'єктом призначення, Керівника Апарату наділено повноваженнями з питань державної служби, наприклад: організація планування роботи з персоналом, в тому числі організація проведення конкурсів на зайняття вакантних посад державної служби; присвоєння рангів державним службовцям, які займають посади державної служби відповідної категорії; забезпечення підвищення кваліфікації державних службовців; вирішення питання щодо заохочення державних службовців, притягнення їх до дисциплінарної відповідальності; здійснення контролю за дотриманням виконавської та службової дисципліни; тощо [5].

Правове регулювання окремих складових проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України складається з загальних норм законодавства про державну службу. Наприклад, : підвищення кваліфікації державних службовців впорядковано Постановами Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про систему професійного навчання державних службовців, голів місцевих держаних адміністрацій, їх перших заступників та заступників, посадових осіб місцевого самоврядування та депутатів місцевих рад» [13] та «Про вдосконалення підготовки і підвищення кваліфікації державних службовців» [14]; оцінювання результатів службової діяльності – Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців» [15]; питання соціального забезпечення державних службовців – Постановами Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку обчислення стажу державної служби» [16], «Про затвердження Порядку відкликання державного службовця із щорічної відпустки» [17], «Про затвердження Порядку надання державним службовцям додаткових оплачуваних відпусток» [18] тощо. Таким чином, слід констатувати відсутність спеціальних нормативно-правових актів, якими врегульовано окремі складові проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України. Вбачається доцільним вироблення спеціальної нормативної детермінації проходження державної служби в означеному органі.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, приходимо до висновку, що проходження державної служби в допоміжних органах, яких утворено Президентом України врегульовано: 1) загальними нормами, що містяться в службовому законодавстві; 2) спеціальними нормами, що містяться у законодавстві щодо діяльності допоміжних органів, утворених Президентом України. Зазначено, що визначення правового статусу органу, якого утворено Президентом України як консультативного, дорадчого та допоміжного, впливає на наявність специфіки правового регулювання проходження державної служби в ньому. Це пов'язано з тим, що Законом України «Про державну службу» визначено особливості правового регулювання проходження державної служби не для будь-якого органу, утвореного Президентом України, а лише для органу, який є «постійно діючим допоміжним органом». Тобто, на тимчасові, консультативні та дорадчі органи означені положення не поширюються. Встановлено, що станом на теперішній час, в Україні функціонує лише один постійно діючий допоміжний орган, утворений Президентом України – Офіс Президента України. Звернуто увагу на відсутність спеціальних нормативно-правових актів, якими врегульовано окремі складові проходження державної служби в Апараті Офісу Президента України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19#Text (дата звернення: 15.11. 2020).
3. Біла-Тіунова Л.Р. Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу». Одеса : Фенікс, 2020. 628 с.
4. Питання забезпечення діяльності Президента України : Указ Президента України від 20.06.2019 р. № 417/2019. URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws /show/417/2019#Text(дата звернення: 15.11.2020).
5. Про Положення про Офіс Президента України: Указ Президента України від 25.06.2019 р. № 436/2019. URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/436 /2019#Text (дата звернення: 15.11.2020).
6. Про Раду національної безпеки і оборони України : Закон України від 05.03.1998 р № 183/98-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/ laws/show/183/98-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 15.11.2020).
7. Положення про Апарат Ради національної безпеки і оборони України: Указ Президента України від 14.10.2005 р. № 1446/2005. URL: https://www.rnbo.gov.ua/ua/Aparat-Rady-natsionalnoi-bezpeky-i-oborony-Ukrainy.html(дата звернення: 15.11.2020).
8. Питання організації виконання Закону України «Про громадянство України» : Указ Президента України від 27.03.2001 р. № 215/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/215/2001#Text (дата звернення: 15.11.2020).
9. Положення про Національну інвестиційну раду : Указ Президента України від 29.08.2016 р. № 365/2016. URL: https:// zakon.rada.gov.ua /laws/show/365/2016#Text (дата звернення: 15.11.2020).
10. Положення про Комісію державних нагород та геральдики : Указ Президента України від 31.12. 2011 р. № 1211/2011 URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws /show/1211/2011#n24 (дата звернення: 15.11.2020).
11. Положення про Національну раду з питань антикорупційної політики : Указ Президента України від 14.10.2014 р. № 808/2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/808/2014#n21 (дата звернення: 15.11.2020).
12. Положення про Раду з питань свободи слова та захисту журналістів : Указ Президента України від 06.11.2019 р. № 808/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/808/2019#Text (дата звернення: 15.11.2020).
13. Про затвердження положення про систему професійного навчання державних службовців, голів місцевих державних адміністрацій, їх перших заступників та заступників, посадових осіб місцевого самоврядування та депутатів місцевих рад : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.02.2019 р. № 106. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/106-2019-%D0%BF#n14 (дата звернення: 01.11.2020).
14. Про вдосконалення підготовки і підвищення кваліфікації державних службовців: Постанова Кабінету Міністрів України від 16.04.1998 р. № 499. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/499-98-%D0%BF (дата звернення: 01.11.2020).
15. Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців : Постанова Кабінету Міністрів України від 03.08.2017 р. № 640. URL: https://zakon.rada.gov.ua /laws/show/106-2019-%D0%BF (дата звернення: 01.09.2020).
16. Про затвердження Порядку обчислення стажу державної служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2016 р. № 229. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2016-%D0%BF (дата звернення: 01.11.2020).
17. Про затвердження Порядку відкликання державного службовця із щорічної відпустки : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2016 р. № 230. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2016-%D0%BF (дата звернення: 01.11.2020).
18. Про затвердження Порядку надання державним службовцям додаткових оплачуваних відпусток : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.04.2016 р. № 270. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270-2016-%D0%BF#Text (дата звернення: 01.11.2020).

УДК 346.9:347.736
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/149

СУБ'ЄКТИ ІНІЦІЮВАННЯ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ БОРЖНИКА НЕДІЙСНИМИ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА ЗА СТАТТЕЮ 42 КОДЕКСУ УКРАЇНИ З ПРОЦЕДУР БАНКРУТСТВА

SUBJECTS OF INITIATING THE RECOGNITION OF THE DEBTOR'S TRANSACTIONS INVALID IN THE BANKRUPTCY PROCEDURE UNDER ARTICLE 42 OF THE CODE OF UKRAINE ON BANKRUPTCY PROCEDURES

Гурин М.О., суддя
Господарського суду Чернівецької області

Визнання правочинів боржника недійсними за так званими «банкрутськими» підставами – тобто тими, що передбачені у Кодексі України з процедур банкрутства, має цілий ряд особливостей. Однією з таких особливостей є коло суб'єктів, які можуть ініціювати розгляд даного питання.

Стаття присвячена дослідженню суб'єктів, що мають право подати заяву про визнання правочинів боржника недійсними у справі про банкрутство. Охарактеризовано арбітражного керуючого та кредиторів як суб'єктів, що мають право ініціювати розгляд питання про визнання правочинів боржника недійсними у справі про банкрутство.

Наголошено, що аналіз правого регулювання ліквідаційної процедури у справі про банкрутство та судової практику у цій сфері дає підстави стверджувати, що для арбітражного керуючого подання заяв про визнання правочинів боржника недійсними у випадку виявлення «підозрілих» правочинів – це скоріше обов'язок, аніж право, особливо для ліквідатора. Системний аналіз положень статей 42 та 48 Кодексу України з процедур банкрутства засвідчив, що ініціювати питання про визнання правочинів боржника недійсними можуть як кожен кредитор окремо, так і комітет кредиторів у цілому. Автором звертається увага, що у статті 48 Кодексу України з процедур банкрутства мова йде не про заяву кредитора, а про вимогу комітету кредиторів, у зв'язку з чим на практиці можуть виникати питання щодо процесуальної форми такого документа. Аргументовано, що статус кредитора у справі про банкрутство відповідна особа набуває з моменту постановлення господарським судом відповідної ухвали про визнання грошових вимог такого кредитора. Відповідно, тільки після постановлення такої ухвали кредитор може ініціювати розгляд питання про визнання правочину боржника недійсним.

Ключові слова: банкрутство, неплатоспроможність, визнання правочинів недійсними, арбітражний керуючий, кредитор, комітет кредиторів.

Recognition of the debtor's transactions as invalid on the so-called "bankruptcy" grounds – i.e. those provided for in the Bankruptcy Code of Ukraine, has a number of features. One of such features is the range of entities that can initiate consideration of this issue.

The article is devoted to the study of entities that have the right to file an application for recognition of the debtor's transactions invalid in the bankruptcy case. The arbitration trustee and creditors are characterized as entities that have the right to initiate consideration of the issue of declaring the debtor's transactions invalid in the bankruptcy case.

It is emphasized that the analysis of the legal regulation of liquidation proceedings in bankruptcy and case law in this area gives grounds to argue that for the arbitral trustee to file applications to declare the debtor's transactions invalid in case of "suspicious" transactions is a duty rather than a right. especially for the liquidator. A systematic analysis of the provisions of Articles 42 and 48 of the Bankruptcy Code of Ukraine showed that each creditor individually and the creditors' committee as a whole can initiate the issue of declaring the debtor's transactions invalid. The author draws attention to the fact that Article 48 of the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine is not about the creditor's application, but about the requirement of the creditors' committee, in connection with which in practice there may be questions about the procedural form of such a document. It is argued that the status of a creditor in a bankruptcy case, the person acquires from the moment of the decision of the commercial court of the relevant decision on the recognition of monetary claims of such a creditor. Accordingly, only after such a decision is made, the creditor may initiate consideration of the issue of declaring the debtor's transaction invalid.

Key words: bankruptcy, insolvency, invalidation of transactions, arbitration trustee, creditor, creditors' committee.

Постановка проблеми. Відкриття провадження у справі про банкрутство щодо неплатоспроможного боржника неминуче змінює правовий режим діяльності боржника і дозволяє застосовувати до такого боржника особливі інститути. Одним із таких інститутів є інститут визнання недійсними правочинів боржника. Звичайно, визнавати правочини боржника недійсними можна і без відкриття провадження у справі про банкрутство – на підставі загальних норм цивільного законодавства. Проте визнання правочинів боржника недійсними за так званими «банкрутськими» підставами – тобто тими, що передбачені у Кодексі України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ), має цілий ряд особливостей. Однією з таких особливостей є коло суб'єктів, які можуть ініціювати розгляд даного питання.

Аналіз останніх публікацій свідчить, що проблеми відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом у цілому досить популярна. Окремі питання права неспроможності (банкрутства) знайшли своє відображення у працях таких науковців, як: О.А. Беляневич, О.М. Бірюкова, А.А. Бутирського, І.А. Бутирської, О.В. Васьковського, І.О. Вечірка, В.В. Джуня, С.В. Жукова, Ю.В. Кабенок, Б.М. Полякова, П.Д. Пригузи, В.В. Радзивілюк та інших. Разом з цим, деякі особливості розгляду заяв про визнання недійсними правочинів боржника у справі про банкрутство все ще потребують вивчення.

Метою даної статті є дослідження суб'єктів, що мають право подати заяву про визнання правочинів боржника недійсними у справі про банкрутство та виявлення проблемних питань, що виникають у правовому регулюванні їх статусу.

Виклад основного матеріалу. Аналіз ст. 42 КУзПБ свідчить, що суб'єктами, які наділені правом подання заяв про визнання правочинів боржника недійсними, є арбітражний керуючий та кредитори боржника. П.Д. Пригуза та А.П. Пригуза звертають увагу, що перелік осіб, які можуть ініціювати розгляд питання про недійсність правочинів (договорів) боржника не є вичерпним. Так, наприклад, звертається увага на ч. 8 ст. 26 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», відповідно до якої до повноважень комітету кредиторів віднесено право звернення до Господарського суду з *вимогою* про визнання правочинів (договорів) боржника недійсними на будь-якій стадії процедури банкрутства [1, с. 287]. Слід відзначити, що п. 3 ч. 8 ст. 48 нового КУзПБ також передбачає аналогічне право комітету кредиторів. Таким чином, системний аналіз положень ст.ст. 42 та 48 КУзПБ свідчить, що ініціювати

питання про визнання правочинів боржника недійсними можуть як кожен кредитор окремо, так і комітет кредиторів у цілому. Правда, у ст. 48 КУзПБ мова йде не про заяву кредитора, а про вимогу комітету кредиторів, у зв'язку з чим на практиці можуть виникати питання щодо процесуальної форми такого документа.

Арбітражний керуючий, як вказує О.М. Борєйко, – важлива центральна фігура процедури банкрутства. За його участю відбувається реалізація зв'язків, відносин між боржником, кредиторами і господарським судом. Від дій арбітражного керуючого залежить доля боржника [2, с. 134]. І.А. Бутирська також наголошує, що арбітражний керуючий є однією з ключових фігур у справі про банкрутство, від якої значною мірою залежить доля боржника та його майна [3, с. 287]. На думку Т.В. Степанової, арбітражний керуючий є самостійною і активною фігурою у справі, захищає чужий законний інтерес, несе відповідальність за власні рішення та дії в процедурі банкрутства, повністю підконтрольний та підзвітний господарському суду і повинен діяти виключно в межах, наданих йому законом, а у випадках прогалин або колізій чинного законодавства – з пріоритетом інтересів боржника [4, с. 98].

«Кульмінацією» справи про банкрутство по праву можна назвати ліквідаційну процедуру, коли остаточно здійснюється порівняння активу та пасиву боржника, реалізація майна боржника, повернення майна в ліквідаційну масу за наслідками визнання правочинів боржника недійсними та задоволення вимог кредиторів. Ю.В. Кабенок зазначає, що арбітражне управління в межах судової процедури ліквідації володіє специфічним інструментарієм та правомочностями [5, с. 120].

Проаналізувавши правове регулювання ліквідаційної процедури у справі про банкрутство та судову практику у цій сфері, можна стверджувати, що для арбітражного керуючого подання заяв про визнання правочинів боржника недійсними у випадку виявлення таких «підозрілих» правочинів – це скоріше обов'язок, аніж право, особливо для ліквідатора. Як відомо, принцип права безпосередньо діє після його втілення у правову норму (принципи-норми). Проте не всі правові принципи отримують закріплення у правових нормах [6, с. 33-34]. Зокрема, у судовій практиці знайшов своє закріплення принцип безсумнівної повноти дій ліквідатора.

Так, наприклад, у постанові від 26 березня 2019 року у справі № 904/10897/16 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду вказав наступне. Законом про банкрутство передбачена певна сукупність дій, яку необхідно вчинити ліквідатору в ході ліквідаційної процедури та перелік додатків, які додаються до звіту ліквідатора і є предметом дослідження в судовому засіданні за підсумками ліквідаційної процедури, що проводиться за участю кредиторів (комітету кредиторів); подання звіту та ліквідаційного балансу здійснюється ліквідатором за наслідком всіх проведених ним дій в ході ліквідаційної процедури. Обов'язком ліквідатора є здійснення всієї повноти заходів спрямованих на виявлення активів боржника, при цьому ні у кого не повинен виникати обґрунтований сумнів, щодо їх належного здійснення (принцип безсумнівної повноти дій ліквідатора у ліквідаційній процедурі). Аналогічний правовий висновок викладено у постановах Верховного Суду від 14 лютого 2018 року у справі № 927/1191/14, від 08 травня 2018 року у справі № 904/5948/16 [7].

Кредиторів можна назвати протилежною щодо боржника стороною у справі про банкрутство, метою участі у справі яких є максимально можливе задоволення їх грошових вимог. Б.М. Поляков зазначає, що однією з головних процесуальних фігур процедури банкрутства є кредитор. Саме від його думки залежить подальша доля боржника як господарюючого суб'єкта [8, с. 231]. Л.І. Грабован наголошує, що правове регулювання статусу кредиторів у справах про банкрутство є ключовим питанням цього процесу, адже, з одного боку, відкриття та провадження у справі про банкрутство впливає на діяльність кредиторів та їхній фінансовий стан, з іншого – від волевиявлення кредиторів залежить і доля боржника [9, с. 52].

Як справедливо зазначає К.Ю. Фокін, захист прав та інтересів кредиторів не обмежується лише внесенням до реєстру кредиторів та не завершується на цій стадії [10, с. 138]. Дійсно, після визнання за особою статусу кредитора у справі про банкрутство остання набуває широкого спектру прав, які спрямовані на захист інтересів такого кредитора. Одним із таких прав є право на звернення до господарського суду із заявою про визнання правочинів боржника недійсними. Важливим у контексті реалізації цього права є той факт, що статус кредитора у справі про банкрутство відповідна особа набуває з моменту постановлення господарським судом відповідної ухвали про визнання грошових вимог такого кредитора.

Так, наприклад, в ухвалі Господарського суду Харківської області від 23 жовтня 2018 року суд встановив наступне. Порядок заявлення кредиторами вимог до боржника визначений ст. 23 Закону про банкрутство, яка передбачає, що конкурсні кредитори за вимогами, які виникли до дня відкриття провадження (проваджень) у справі про банкрутство, зобов'язані подати до господарського суду письмові заяви з вимогами до боржника, а також документи, що їх підтверджують, протягом тридцяти днів від дня офіційного оприлюднення оголошення про відкриття провадження (проваджень) у справі про банкрутство. Відлік строку на заявлення грошових вимог кредиторів до боржника починається з дня офіційного оприлюднення оголошення про відкриття провадження (проваджень) у справі про банкрутство. Особи, вимоги яких заявлені після закінчення строку, встановленого для їх подання, або не заявлені взагалі, не є конкурсними кредиторами, а їх вимоги погашаються в шосту чергу в ліквідаційній процедурі. Виходячи з аналізу норм Закону про банкрутство, особа, яка має грошові вимоги до боржника, набуває статусу кредитора – сторони (учасника провадження у справі про банкрутство) з моменту визнання її грошових вимог до боржника, а також надання правової оцінки змісту вказаних вимог господарським судом та прийняття відповідної ухвали [11].

Відповідно, тільки після постановлення такої ухвали кредитор може ініціювати розгляд питання про визнання правочину боржника недійсним.

Висновки. Таким чином, суб'єктами, які наділені правом подання заяв про визнання правочинів боржника недійсними, є арбітражний керуючий та кредитори боржника. Аналіз правого регулювання ліквідаційної процедури у справі про банкрутство та судової практику у цій сфері дає підстави стверджувати, що для арбітражного керуючого подання заяв про визнання правочинів боржника недійсними у випадку виявлення «підозрілих» правочинів – це скоріше обов'язок, аніж право, особливо для ліквідатора.

Системний аналіз положень ст.ст. 42 та 48 КУзПБ свідчить, що ініціювати питання про визнання правочинів боржника недійсними можуть як кожен кредитор окремо, так і комітет кредиторів у цілому. Статус кредитора у справі про банкрутство відповідна особа набуває з моменту постановлення господарським судом відповідної ухвали про визнання грошових вимог такого кредитора. Відповідно, тільки після постановлення такої ухвали кредитор може ініціювати розгляд питання про визнання правочину боржника недійсним.

ЛІТЕРАТУРА

1. Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1-21). Херсон : Видавництво «ТДС», 2013. 304 с.

2. Борєйко О. М. Арбітражний керуючий як один з учасників правовідносин неспроможності (банкрутства). *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія Право*. 2011. № 16. С. 132–134.

3. Бутирська І. А. Особливості правового становища арбітражного керуючого на стадії розпорядження майном боржника у справі про банкрутство. *Санація та банкрутство.* 2013. № 1–2. С. 287–292.

4. Степанова Т. В. Щодо поняття та характерних рис арбітражного керуючого. *Правова держава*. 2016. № 23. С. 94–99.

5. Кабенок Ю. В. Реалізація окремих завдань арбітражного управління в ліквідаційній процедурі у справі про банкрутство. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні:* Матеріали ІІ Міжнар. наук.-практ. конф. (Чернівці, 18-19 жовтня 2018 р.) [редкол.: О. В. Щербанюк (голова), А.С. Цибуляк-Кустевич (відпов. секр.) та ін.]. Чернівці, 2018. С. 120–123.

6. Бутирський А. А. Правове регулювання принципів здійснення правосуддя в адміністративному та господарському судочинстві. *Судова апеляція.* 2010. № 2. С. 33–40.

7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 26 березня 2019 року у справі № 904/10897/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80754087 (дата звернення: 08.01.2020).

8. Поляков Б. М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні: підруч. для студ. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2011. 560 с.

9. Грабован Л. Правовий статус кредиторів за Кодексом України з процедур банкрутства. *Підприємництво, господарство і право.* 2019. № 10. С. 52–60.

10. Фокін К. Ю. Способи захисту прав кредиторів під час здійснення процедури банкрутства. *Юридичний вісник.* 2019. № 2. С. 138–145.

11. Ухвала Господарського суду Харківської області від 23 жовтня 2018 року у справі № 922/318/15. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77472450 (дата звернення: 08.01.2020).

УДК 346.9:347.736
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/150

ІНСТИТУТ МЕДИЧНОГО ТУРИЗМУ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ЕКСКУРС

INSTITUTE OF MEDICAL TOURISM: HISTORICAL AND LEGAL EXCURSION

Сисоєнко І.В., здобувач
кафедри господарського права
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

У статті вивчаються особливості та періоди зародження інституту медичного та оздоровчого туризму. Констатовано думку, що такого роду відносини зародилися ще в стародавні часи та носили характер здебільшого лікувально-рекреаційний. Такий факт доведено представленими історичними джерелами з Шумеру, що знаходилася на сході Месопотамії, з місцевостей, що знаходилися на землях тогочасної Швейцарії, Древніх Греції та Риму, Індії та інших.

Досліджено періоди Середньовіччя та Ренесансу. Особливо активними в 13 столітті в сфері надання медичних послуг виявилися ісламські культури. Окрім цього в статті приділено увагу дослідженню і європейських та англійських держав, серед яких у 14-17 століттях особливо відзначилося французьке селище Ville d'Eaux, що перекладається як «Містечко води», яке було відоме своїми мінеральними джерелами та славилося далеко за межами Франції. Визначено, що особливо активно медичний туризм почав розвиватися в 16-18 століттях у Франції, Швейцарії та Великій Британії. При цьому, наголошено, що тогочасний медичний туризм здійснювався європейцями часто і за напрямками Римських купалень, а також оздоровчих та лікувальних осередків, розміщених на берегах Нілу.

Констатовано, що розвиток тогочасного медичного туризму почав помітно виливатися і в економічні переваги, як приклад описується розвиток англійського міста Бат, де на початку 18 століття було проведено підземну каналізаційну систему.

Сучасна концепція медичного туризму здобула свого зародження та розвитку в другій половині 20 століття. За останні десятиріччя, зміни, які відбулися в цілях та меті медичного подорожування закордон дало можливість виділити традиційний і сучасний медичний туризм. Традиційний медичний туризм характеризувався тим, що пацієнтами в абсолютній більшості виступали громадяни бідних та малорозвинених країн, які приїздили до країн розвиненіших для отримання медичних послуг за кращих умов та на базі передових технологій. В умовах сучасного медичного туризму, пацієнти, зазвичай прагнуть уникнути високих цін та великих черг на лікування.

Ключові слова: медичний туризм, оздоровчий туризм, лікувально-рекреаційний туризм, СПА, охорона здоров'я.

The article studies the features and periods of origin of the Institute of Medical and Health Tourism. It is stated that this kind of relationship originated in ancient times and was mostly medical and recreational. This fact is proved by the presented historical sources from Sumer, which was located in the east of Mesopotamia, from the areas located in the lands of the then Switzerland, Ancient Greece and Rome, India and others.

The periods of the Middle Ages and the Renaissance are studied. Islamic cultures have been particularly active in the field of health care in the 13th century. In addition, the article focuses on the study of European and British states, especially in the 14-17 centuries, the French village of Ville d'Eaux, which translates as «Water Town», known for its mineral springs and famous far beyond France. It is determined that medical tourism began to develop especially actively in the 16th-18th centuries in France, Switzerland and Great Britain. At the same time, it was emphasized that the medical tourism of that time was carried out by Europeans often in the directions of Roman baths, as well as health and medical centers located on the banks of the Nile.

It is stated that the development of medical tourism at that time began to significantly affect the economic benefits, as an example describes the development of the English city of Bath, where in the early 18th century was carried out underground sewer system.

The modern concept of medical tourism gained its origin and development in the second half of the 20th century. In recent decades, changes that have taken place in the goals and objectives of medical travel abroad have made it possible to distinguish between traditional and modern medical tourism. Traditional medical tourism was characterized by the fact that the vast majority of patients were citizens of poor and underdeveloped countries who came to more developed countries to receive medical services under better conditions and on the basis of advanced technologies. In today's medical tourism, patients tend to avoid high prices and long queues for treatment.

Key words: medical tourism, health tourism, medical and recreational tourism, SPA, health care.

Постановка проблеми. В загальному, необхідно констатувати, що концепція медичного туризму, не дивлячись на актуальність та відносну популярність на різноманітних ресурсах, все ще дивовижно недосліджена та несистематизована. Перш за все, варто відмітити плюралізм підходів до визначення медичного туризму та його характеристик, учасників, змісту та специфіки. Окрім цього, наукові джерела підтверджують термінологічну невідповідність в даній сфері. Так, в літературі можна зустріти оздоровчий туризм, медичний туризм, рекреаційний туризм, «бюті туризм» та ін., а зміст кожного з цих понять часто пересікається, плутається, повторюється та залишається до кінця не зрозумілим.

Також, не пролито світло на систему туризму в сфері здоров'я, медицини та щодо того, як саме співвідносяться дані поняття. І нарешті, існує багацько видів, підвидів та форм медичного туризму, однак всі вони залишаються розкиданими та хаотичними.

Для кращого та глибшого розуміння природи медичного туризму логічною видається потреба у дослідженні історично-правових витоків даної концепції, етапів та характерних ознак її розвитку та формування.

Так як подібного комплексного аналізу у вітчизняній науці знайдено не було, то такого роду тематика даної наукової статті може вважатися ***актуальною***.

Метою статті є вивчення еволюції концепції медичного туризму в історії та сучасності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед вітчизняних авторів, проблематику розвитку медичного туризму в Україні вивчали такі вчені, як Діденко К., Баєва О., Мальська М., Рутинський М., Михайліченко Г.І., Гнедик Є. та інші. Однак, в даних роботах мало уваги приділялося саме історико-правовій складовій правовідносин у сфері медичного туризму.

Виклад основного матеріалу. Варто відзначити, що думка про новітність правовідносин в сфері медичного туризму є доволі поширеною, однак, від цього – не менш хибною. Вивчення стародавніх культур свідчить про сильний зв'язок між медициною та релігією. Концепція ж медичного туризму датується ще древніми часами та має свою довгу історію, яка почалася з багатого та привілейованого класу суспільства та їх любові до походів у СПА, мінеральні ванни та подорожей в середземноморські країни для покращення стану здоров'я.

Історики стверджують, що ідеї подорожей задля лікування сягає своїм корінням до однієї з найстаріших цивілізацій – Шумеру та періоду 4000 р. до н.е.. Шумерці, земля яких була розташована на сході Месопотамії (сучасний східний Ірак), полюбляли подорожувати до прилежних мінеральних джерел, поруч з якими вже в ті часи форму-

валися так звані «оздоровчі комплекси» для підвищення користі мінеральних ванн та джерел.

Протягом бронзового віку (близько 2000 р. до н. е.) гірські племена в місцевості, зараз відомій як Сент Моріц, Швейцарія, визнали користь для здоров'я від пиття та купання в багатих залізом мінеральних джерелах. Ті самі бронзові чашки для пиття, якими вони користувалися, були знайдені в термальних джерелах у Франції та Німеччині, що могло означати паломництво здоров'я в цих культурах.

В Древній Греції та древньому Римі також доволі розповсюдженою була практика створення численних «курортів» з термальними ванними та терапевтичними храмами, розташованими в околицях. Саме звідти походить концепція, відома сьогодні як «СПА» (SPA), що включає застосування мінеральних джерельних вод для профілактики здоров'я та лікування недуг. Дане слово являється абревіатурою з латинської «Salus per Aquam», яке перекладається як «здоров'я від води» [1].

Популярним курортом в Древній Греції, згідно збережених джерел, була місцевість у затоці Саронік відома як Епідаврія (Epidauria), яке сучасними дослідниками називається місцем народження медичного туризму. Грецькі міфи розповідають історію Епідаврії, як місця проживання грецького бога медицини – Асклепія, який являвся символом терапії в сфері медичного ремесла. В Сароніках зводилися численні храми на честь даного божества, які в ті часи іменувалися асклепіонами. Відомо, що останні регулярно відвідував відомий медик тих часів, Гіппократ.

Епідаврія функціонувала протягом восьми століть (6 ст. до н.е. – 2 ст. н.е.). Сюди приїздили не лише греки, з часом до даної місцевості почали линути люди зі всієї Європи для того щоб вшанувати Асклепія та попросити здоров'я та благополуччя, а також практично їх покращити – в околицях цих храмів зводилися все нові й нові оздоровчі комплекси, гімнастичні зали, медичні центри, курорти та СПА, зміїні ферми. Окрім Епідаврії, популярними в той час були також такі СПА як Святилище Зевса в Олімпії та Храм Аполлона Дельфійського в Дельфах [2].

Вже 5000 тисяч років тому славитися медичним туризмом починала й Індія. Вже тоді купа медичних туристів та духовних учнів линула в ті краї, прагнути відчути на собі переваги йоги, аювердичної медицини та інших альтернативних оздоровчих методик.

Після занепаду Римської Цивілізації, в Середньовіччі, основною точкою медичного туризму стала Азія. Тут на базі храмів створювалися госпіталі, де надавалися різноманітні клінічні процедури. Так, в середньовічній Японії набрали популярності гарячі мінеральні джерела, які називалися «онсен», які, за національними традиціями, вважалися надзвичайно корисними та цілющими. Військові клани дуже швидко оцінили живильні властивості онсенів та почали активно використовувати їх для усунення болю, загоєння ран, реабілітації після боїв.

Багато ранніх ісламських культур також запроваджували такі системи охорони здоров'я, в яких медичні послуги надавалися й іноземцям. У 1248 році нашої ери, в Каїрі був збудований шпиталь Мансурі, який став найбільшим та найпрогресивнішим у світі тієї епохи. Лікарня могла вмістити 8 тисяч осіб та стала меккою медичного туризму для пацієнтів незалежно від раси та релігійних нахилів.

Період Ренесансу 14-17 століть асоціюється не лише з відродженням мистецтва та культури в Європі та Англії, але й характеризується розквітом медичного туризму. Французьке селище, відоме як Ville d'Eaux, що перекладається як «Містечко води», стало відоме у всій Європі у 1326 році, після того, як багаті залізом гарячі мінеральні джерела були відкриті в даному регіоні. Даний курорт відвідували навіть імператор Петро Великий та письменник Віктор Гюго.

Протягом 16 століття багата європейська еліта пригадала добре забуте старе та почала відвідувати Римські купальні, на ряду з іншими туристичними містечками зі СПА, на кшталт Сент Моріцу, Містечка води, Баден-Бадену та Бату в Англії [3].

Практика поїздок до СПА та інших оздоровчих процедур на береги Нілу активно поширилася серед заможних європейців в 17 столітті, про що свідчать збережені записи. Протягом того періоду медичне лікування було такою послугою, яка надавалася виключно громадянам відповідної країни. Однак, оздоровчі та профілактичні процедури, на кшталт оздоровчих курортів, СПА, термальних джерел, пов'язаних профілактичних оглядів та трав'яної терапії були розповсюдженими та люб'язно надавалися як місцевим, так і зарубіжним відвідувачам за пристойну плату [4, P. 240].

Період Пост-Ренесансу характеризується тим, що переваги медичного туризму для економіки почали бути явно помітними. До прикладу, у 1720-х, випередивши Лондон на кілька років, Бат стало першим містом в Англії, в якому було проведено підземну каналізаційну систему. Місто отримало також технологічні, фінансові та соціальні переваги. Було полагоджено дороги, освітлено вулиці, реставровано готелі та ресторани. Це все відбулось завдяки медичному туризму.

Відкриття Нового Світу принесло нові напрямки для європейських медичних мандрівників. У 1600-х роках англійські та голландські колоністи почали будувати зруби біля мінеральних джерел, багатих лікувальними властивостями. Протягом цього часу було відзначено, що корінні американці в Новому Світі були вправними в мистецтві зцілення. Знання в галузі фітотерапії були винятковими і могли конкурувати з подібними практиками в Європі, Азії та Африці.

В 18-19 столітті деякі європейці та американці продовжували подібного роду СПА-туризм в надії вилікувати різноманітні недуги, в тому числі і туберкульоз. Через розгул останнього, популярними в Європі тих часів також були відпустки в теплих країнах, серед яких поширеним варіантом була східна Франція [5, P. 9].

В 20 столітті США та Європа були не лише комерційними та промисловими центрами, а й центром світу охорони здоров'я. У 1933 році була створена Американська рада медичних спеціальностей (American Board of Medical Specialties), яка стала головною організацією для рад медичних спеціалістів у Сполучених Штатах. Дана організація запровадила освітню та професійну політику, яка стала основою стандартів у всьому світі. У 1958 році, аналогічний до американського, був утворений Європейський Союз медичних спеціальностей (European Union of Medical Specialties). Останній складається з різних національних медичних асоціацій з країн-членів Європейського Союзу.

У 1960-х роках Індія стала місцем вибору для паломників, коли в США почався рух Нью Ейдж. Рух дітей-квітів, який залучив еліту та світських людей Америки та Великобританії, зрештою розрісся у повноцінну індустрію медичного та оздоровчого туризму, заново відкривши йогу та аюрведичну медицину.

Традиційний міжнародний медичний туризм виник в другій половині 20 сторіччя. На той момент, пацієнтами в абсолютній більшості виступали громадяни бідних та малорозвинених країн, які приїздили до країн розвиненіших для отримання медичних послуг за кращих умов та на базі передових технологій. Це були заможні люди, готові заплатити необхідні суми задля отримання обраних медичних та оздоровчих послуг в умовах, яких в їх рідних малорозвинених країнах не було. При цьому, оскільки вартість медичних послуг зростала в 1980-х і 1990-х роках, американські пацієнти почали розглядати офшорні варіанти, як-от стоматологічні послуги в Центральній Америці [6].

Таким чином, перед 1990-ми, як стверджують певні автори, світовими центрами медичного туризму виступали найбільш розвинені держави планети, як от Сполучені Штати Америки та Європа. Ними відігравалася надзвичайно важлива роль в наданні найкращого можливого лікування, в тому числі і для іноземних пацієнтів. До прикладу, в Сполучених Штатах, сучасні клініки та медичні центри Клівленду приймали не лише американських пацієнтів, а Лондон та Австрія заробили популярність серед населення іншої півкулі рівнем професійної компетенції та добре обладнаними медичними об'єктами [7, P. 13]

Сьогоднішні тенденції медичного туризму вже зовсім інші від описаного вище (його ще називають «традиційним» медичним туризмом). В умовах сучасності пацієнти з розвинених країн подорожують до держав на нижчих етапах розвитку, намагаючись таким чином уникнути довгого очікування та відтермінування лікування, дорогих цін за медичні послуги та просто в цілях їх поєднання з оглядом визначних місць та іншими можливостями місцевого туризму. Як відзначає Нелбл М., найбільш сучасні тренди першого десятиріччя 21 століття ілюструють людей з середнього класу, що направляються з розвинених країн до економічно нестабільних та юних держав з надіями уникнути відстрочок в лікуванні, осилити ціни за процедури, що рятують життя або просто зекономити на планових операціях [8, P. 71].

Висновки. Отже, таким чином можна стверджувати, що історично медичний туризм налічує тисячоліття та зародився ще в стародавні часи. На самому початку, медичний туризм носив, здебільшого оздоровчий та рекреаційний характер, а подібні послуги надавалися не в медичних установах, а в різноманітних зонах відпочинку, які будувалися поблизу природніх корисних джерел.

Близький за змістом до сучасного, інститут медичного туризму сформувався в другій половині 20 століття. За цей час, на основі проведеного історико-правового аналізу, можна визначити так-звані дві течії, за якими доцільно розділити два напрямки медичного туризму.

Першу групу правовідносин в сучасному медичному туризмі склали такі, які базувалися на цілях «туриста» отримати більш кваліфіковані та якісні послуги, в кращих умовах та з використанням новітніх технологій. Переслідуючи таку мету, громадяни менш розвинених країн, з нищим рівнем національної медицини, приїздили до держав більш прогресивних та багатих, в яких медицина перебувала на передових ланках розвитку. В літературі його називають «традиційний медичний туризм».

Друга група правовідносин в сфері медичного туризму сформувалася не так давно та виникла внаслідок прямо пропорційної зміни пріоритетів «медичних подорожуючих». Тепер, жителі розвинених країн здійснювали подорожі до країн менш розвинених, з метою отримання не лише якісних, професійних та базованих на новітніх технологіях медичних послуг, але й зробити це за доступнішими цінами чи в швидші часові проміжки, тощо.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Astrid van Tubergen, Sjef van der Linden. A brief history of SPA Therapy. *Annals of the Rheumatic Diseases* 61(3) 273-5. PubMed. April, 2002. URL: https://www.researchgate.net/publication/11530898_A_brief_history_of_spa_therapy
2. Thermal springs and Thermalism from Ancient times until Today in Greece. *Comenius Project. Italy-Spain-Austria-Portugal-Greece*. 2010-2012. URL: https://thermalsprings.files.wordpress.com/2012/09/thermal-springs-in-europe.pdf
3. Kumaran Subbaraman. Medical Tourism: History, Global scenario and Indian perspectives. September, 2020. URL: https://www.researchgate.net/publication/344364506_Medical_Tourism_History_Global_scenario_and_Indian_perspectives_IntroductionTourism_is_the_activities_of_travelers_to_see_the_different_tourism_attractions_and
4. Burkett L. Medical Tourism. Concerns, Benefits, and the American Legal Perspective. *The Journal of Legal Medicine*. 28(2), (2007). P. 223–245.
5. Porter R. The Medical History of Waters and Spas. Introduction. *Medical History. Supplement*. 10 (1990). P. 7-12
6. Lina Zhong, Baolin Deng. Medical, Health and Wellness Tourism Research – A Review of the Literatute (1970-2020) and Research Agenda. *International Journal of Environmental Research and Public Health.* 2021, 18,10875. URL: file:///C:/Users/victo/Downloads/ijerph-18-10875-v2%20(1).pdf
7. Volz D. Reverse Medical Tourism. *Hospitals and Health Networks*. Vol. 82. No.6 (2008). P. 12-14.
8. Helble M. The Movement of Patients Across Borders: Challenges and Opportunities for Public Health. *Bulletin of the World Health Organization*. 89(1) (2011). P. 68–72.

УДК 342.951:351.84
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-8/151

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ВІДПОЧИНОК В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROVISION OF IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO VACATION IN THE NATIONAL POLICE OF UKRAINE

Розумяк Р.В., начальник управління стратегічних розслідувань
в Донецькій області Департаменту стратегічних розслідувань Національної поліції

У статті проаналізовано адміністративно-правове забезпечення реалізації права на відпочинок в Національній поліції України. Констатовано, що правові категорії службового часу та часу відпочинку в діяльності працівників поліції характеризуються наявністю нерозривного взаємообумовленого зв'язку, оскільки обидва правові явища виступають надійною гарантією успішної реалізації права людини на труд. Доведено, що встановлення дієвого правового режиму службового часу є гарантією надання співробітникам поліції часу відпочинку. Проаналізовано зміст статті 91 Закону «Про Національну поліцію» на підставі чого констатовано, що питання щодо визначення основних (типових) вимог до формування правил внутрішнього трудового розпорядку в органах поліції не визначено. Зроблено висновок про формування двох самостійних позицій у сфері наукового обґрунтування адміністративно-правового забезпечення права на відпочинок, перша з яких обумовлює виникнення, зміну та припинення відносин державної служби суто з позиції трудових правовідносин, а друга полягає у сприйнятті державної служби в якості публічно-правового інституту, заснованого на служінні державі в цілому, а не окремому державному органу. Встановлено, що в питаннях адміністративно-правового регулювання гарантій реалізації поліцейськими права на відпочинок простежується єдність положень спеціального (адміністративного) та загального (трудового) законодавства. Відтак, у частині, що не врегульована спеціальними актами, на службово-трудові відносини атестованих працівників органів Національної поліції поширюється трудове законодавство. Виокремлено характерні ознаки часу відпочинку, до яких автором віднесено: а) час відпочинку має місце лише під час дії трудових правовідносин; б) у цей час працівник не зобов'язаний виконувати покладених на нього трудових функцій; в) вивільнення працівника в цей час від виконання трудових обов'язків є тимчасовим. Запропоновано визначення часу відпочинку поліцейських, у якості закріпленого на нормативно-правовому рівні, а також урегульованого розпорядком дня проміжку часу, протягом якого поліцейський, перебуваючи у службово-трудових відносинах, звільняється від виконання своїх функціональних обов'язків, використовуючи такий час на власний розсуд.

Ключові слова: право на відпочинок, робочий час, працівник поліції, адміністративно-правові відносини, Національна поліція.

The article analyzes the administrative and legal provision of the right to rest in the National Police of Ukraine. It was established that the legal categories of duty time and rest time in the activities of police officers are characterized by the presence of an inseparable mutually determined connection, since both legal phenomena are a reliable guarantee of the successful implementation of the human right to work. It has been proven that the establishment of an effective legal regime of working hours is a guarantee of providing police officers with rest time. The content of Article 91 of the Law «On the National Police» was analyzed, on the basis of which it was established that the issue of determining the basic (typical) requirements for the formation of internal labor regulations in police bodies has not been determined. A conclusion was made about the formation of two independent positions in the field of scientific substantiation of the administrative-legal provision of the right to rest, the first of which determines the emergence, change and termination of civil service relations purely from the standpoint of labor relations, and the second consists in the perception of civil service as a public legal institution , based on serving the state as a whole, and not a separate state body. It has been established that in matters of administrative and legal regulation of the guarantees of the realization of the right to rest by police officers, the unity of the provisions of special (administrative) and general (labor) legislation can be traced. Therefore, in the part that is not regulated by special acts, the labor legislation applies to the official and labor relations of certified employees of the National Police bodies. Characteristic signs of rest time are singled out, to which the author refers: a) rest time takes place only during the employment relationship; b) at this time, the employee is not obliged to perform the labor functions assigned to him; c) the release of the employee at this time from the performance of labor duties is temporary. It is proposed to define the rest time of police officers, as a time fixed at the normative and legal level, as well as regulated by the daily schedule, during which a police officer, being in service-labor relations, is freed from performing his functional duties, using such time at his own discretion.

Key words: right to rest, working hours, police officer, administrative and legal relations, National Police.

Постановка проблеми. Конституційні положення щодо законодавчого закріплення права на відпочинок, як фундаментального соціального права людини, реалізуються в статті 91 Закону України «Про національну поліцію», відповідно до якої для поліцейських встановлюється п'ятиденний робочий тиждень з двома вихідними днями, окрім спеціальних умов для певних категорій поліцейських, обумовлених особливим характером служби, а саме: служба у святкові та вихідні дні; служба позмінно; служба з нерівномірним графіком; служба у нічний час. Вихідні й неробочі дні є днями відпочинку для всіх поліцейських, окрім залучених до виконання службових обов'язків. Поліцейським, які виконували службові обов'язки у вихідні, святкові й неробочі дні, окрім поліцейських, працюючих у змінному режимі, час відпочинку в порядку компенсації надається впродовж двох наступних місяців [1].

Характеризуючи вищевказану правову дефініцію, слід наголосити на її декларативності, з огляду на відсутність юридичного механізму щодо визначення обсягу понаднормової службової діяльності, навіть, якщо остання оформлена відповідним наказом керівника органу поліції. Ці та деякі інші проблемні питання зумовлюють потребу здійснення порівняльно-правового аналізу щодо визначення ефективності правового врегулювання часу відпочинку поліцейських в науці адміністративного та трудового права.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Слід зазначити, що комплексні монографічні дослідження правового забезпечення порядку проходження служби в органах Національної поліції відображені в роботах фахівців у галузі адміністративного та трудового права, таких як: В.Б. Авер'янов, В.Д. Авескулов, О.Ю. Безпалова, Ю.П. Битяк, Н.Б. Болотіна, С.М. Бортник, Р.Г. Валєєв, Ю.М. Грошовий, О.Ю. Дрозд, М.І. Іншин, А.О. Кривенко, О.В. Кривенко, Д.О. Марусевич, О.М. Музичук, О.Ю. Оболенський, В.В. Сокуренко, В.Я. Тацій, Т.І. Чавикіна, І.В. Шруб. Але в той же час, динамічний розвиток публічно-правових відносин в органах Національної поліції, потребу у визначенні адміністративно-правового підґрунтя щодо забезпечення права поліцейських на відпочинок, зумовлює необхідність здійснення наукового пошуку в указаній сфері адміністративно-правових відносин.

Формування цілей статті (постановка завдання). З огляду на окреслену проблематику, вважаємо за доцільне проаналізувати публічно-службові відносини

працівників поліції в науці адміністративного та трудового права, в частині визначення ефективності правового врегулювання часу відпочинку поліцейських. Крім того, результати вищевказаного аналізу дозволять з'ясувати юридичну природу поліцейської служби та уточнити правові категорії «службовий час» та «час відпочинку».

Виклад основного матеріалу. За влучним твердженням О. Ю. Дрозда, «помилкове ототожнення правовідносин, що виникають у сфері проходження державної служби, та трудових правовідносин спричиняє поширене помилкове застосування законодавства про працю у правовідносинах про державну службу, і навпаки. Таке ототожнення може призводити до помилку виборі судової юрисдикції, виборі суду загальної юрисдикції, який повинен захистити порушені суб'єктивні права, свободи, інтереси» [2, с. 110].

О.Ю. Оболенський переконаний, що специфічний характер державно-службових трудових відносин обумовлюється статусом держави, яка виступає в якості роботодавця, а тому зазначений різновид службово-трудових відносин має регулюватися нормами не трудового законодавства, а адміністративного права і права державної служби як його складової частини. Це право традиційно передбачає нерівність сторін, особливий порядок вирішення трудових спорів, додаткові обмеження, що накладаються на службовця в обмін на моральну та матеріальну компенсації. Такі відносини, як стверджує автор, називають державно-службовими [3, с. 162].

Слід зауважити, що представники адміністративно-правової науки традиційно відносять службово-трудові відносини до предмету адміністративного права в рамках інституту державної служби [4, с. 184]. Зокрема, В.Б. Авер'янов до предмета адміністративного права включає п'ять груп суспільних відносин, однією з яких є група відносин, що формуються в процесі внутрішньої організації та діяльності апаратів усіх державних органів, адміністрацій державних підприємств, установ та організацій, а також у зв'язку з проходженням державної служби або служби в органах місцевого самоврядування [5, с. 71].

Віднесення державних службовців до суб'єктів адміністративно-правових відносин не викликає сумніву й у деяких представників науки трудового права. Зокрема, М. І. Іншин із цього приводу зазначає таке: виконавча влада знаходить вияв у державному управлінні. Державне управління реалізується через функціонування у кожній із його сфер спеціально із цією метою утворених державних органів, а діяльність кожного окремо взятого органу державного управління об'єктивується, проявляється в реальних умовах і конкретних життєвих обставинах, у діях його повноважних представників – державних службовців [6, с. 303]. Вчений зазначає, що державна служба є особливим різновидом трудової діяльності певної категорії зайнятого населення України, яка характеризується двома найважливішими ознаками. З одного боку, державна служба покликана виконувати завдання і функції держави, а з іншого – це трудова діяльність щодо здійснення цих функцій і вирішення конкретних завдань [7, с. 12-13].

Але не зважаючи на це, деякі зарубіжні фахівці науки трудового права сформували дискусійну позицію, з якою ми не можемо погодитися, відповідно до якої розуміння державної служби асоціюється виключно із професією, яка, як і будь-які інші професії, базується на основі договірних відносин, сторони яких реалізують власні інтереси та не пов'язані зобов'язаннями, присягою та іншими критеріями адміністративно-правових відносин [8, с. 62].

Таким чином, аналіз вищевказаних наукових позицій дозволив дійти висновку про формування двох самостійних позицій, перша з яких обумовлює виникнення, зміну та припинення відносин державної служби суто з позиції трудових правовідносин. Друга позиція розроблена представниками науки адміністративного права та полягає у сприйнятті державної служби в якості публічно-правового інституту, як цілісної системи, заснованої на служінні державі в цілому, а не окремому державному органу.

У цьому контексті П. В. Коломоєць зазначає, що в питаннях правового регулювання гарантій реалізації поліцейськими свого права на відпочинок простежується єдність положень спеціального та загального трудового законодавства. Норми офіційних актів, що безпосередньо регулюють роботу поліції, охоплюють усі особливості загального трудоправового інституту відпусток, а положення Закону України «Про Національну поліцію» у частині регулювання права працівника Національної поліції на відпочинок містять пряме відсилання до норм законодавства про відпустки [9, с. 13].

Справедливо зазначає із цього приводу і Н.Б. Болотіна: «У частині, що не врегульована спеціальними актами, на службово-трудові відносини атестованих працівників органів внутрішніх справ поширюється трудове законодавство … з огляду на важливість для практики застосування права «юридичної ясності у галузевій належності норм, що регулюють трудові відносини названих вище категорій осіб, є необхідним приділити цьому питанню достатню увагу у новому Трудовому кодексі України. Потрібні серйозні обґрунтування для збереження спеціального правового регулювання...» [10, с. 58]. *Відтак, розуміння «службового часу» та «часу відпочинку» в службовій діяльності поліцейських розглядатиметься нами в контексті науки адміністративного та трудового права*.

Також, В.Д. Авескулов зосередив увагу на виокремленні характерних ознак часу відпочинку, до яких автором віднесено: а) час відпочинку має місце лише під час дії трудових правовідносин; б) у цей час працівник не зобов'язаний виконувати покладених на нього трудових функцій; в) вивільнення працівника в цей час від виконання трудових обов'язків є тимчасовим. Після завершення часу відпочинку роботодавець зобов'язаний надати йому його попереднє робоче місце; г) конкретний вид часу відпочинку й умови його надання має бути закріплено в нормах законодавства, угод, колективного чи трудового договору [11, с. 24]. *Цілком погоджуючись, маємо доповнити висловлене судження ознакою наступного змісту: період часу відпочинку визначається або в одноосібному порядку роботодавцем, або за результатами погодження із працівником*.

Водночас, С.М. Бортник у дисертаційному дослідженні на тему: «Проблеми правового регулювання трудових прав поліцейських» запропонував визначення часу відпочинку поліцейських, у якості закріпленого на нормативно-правовому рівні, а також урегульованого розпорядком дня проміжку часу, протягом якого поліцейський, перебуваючи у службово-трудових відносинах, звільняється від виконання своїх функціональних обов'язків, використовуючи такий час на власний розсуд [12, с. 8]. *Автор цілком справедливо зауважує, що однією з основних проблем правового регулювання часу відпочинку поліцейських є недостатня регламентація даної юридичної гарантії їхньої діяльності в положеннях Закону України «Про Національну поліцію», який, визначаючи окремі аспекти часу відпочинку поліцейських, суперечить нормам трудового законодавства* [12, с. 19].

Аналогічну думку щодо необхідності внесення доповнень до механізму правового регулювання часу відпочинку поліцейських висловлюють О. Ю. Дрозд та І. В. Шруб, коли зазначають, що в законодавстві відсутнє визначення часу відпочинку поліцейського, під яким розуміється визначений законом або на його підставі час, упродовж якого поліцейський є вільним від виконання покладених на нього службових обов'язків і має право використовувати його на власний розсуд для відновлення працездатності й задоволення власних інтересів [13, с. 79].

Своєю чергою, семантичне значення службового часу у переважній більшості публікацій ототожнюється

багатьма вченими з розумінням робочого часу працівників, що є черговим підтвердженням трудоправової природи проходження служби в поліції. Зокрема, на думку І.В. Шруб, службовий час є аналогічним за змістом поняттям у порівнянні із робочим часом, з тією тільки різницею, що він застосовується для позначення проходження служби певних категорій державних службовців, зокрема, й поліцейських [14, с. 82]. *Уточнюючи висновок І.В. Шруб, слід зазначити, що по-перше, посилання на час початку та закінчення робочого дня, скоріше, позначає його тривалість, але не демонструє всі властивості робочого часу, й тому – звужує розуміння службового часу як поліцейських, так і військовослужбовців; по-друге, аналіз законодавчих актів у сфері проходження служби як поліцейськими, так і військовослужбовцями засвідчив фактичну відсутність легального визначення службового часу вищевказаних категорій осіб*.

А.О. Кривенко цілком обґрунтовано зазначає з цього приводу, що на рівні законодавчих актів у сфері унормування діяльності військовослужбовців, не має чіткого визначення понять «службовий час», «робочий час» військовослужбовців [15, с. 18]. На доповнення вищевказаного твердження слід зазначити, що легальне визначення робочого часу також відсутнє і в Кодексі законів про працю [16]. *Аналіз ст.ст. 50-65 КЗпП дозволяє констатувати, що їх зміст, загалом, спрямований на визначення тривалості робочого часу та правових гарантій законного здійснення трудової діяльності*.

Між тим, М.Г. Александров висловлює влучне твердження, що у правовому аспекті поняття робочого часу характеризується не тільки як норма тривалості праці, що встановлена законом або на його підставі, а також як обов'язок, виконання якого регулюється, головним чином, правилами внутрішнього трудового розпорядку. Тобто, робочий час треба розглядати як фактичну поведінку працівника, що повинна відповідати нормам тривалості праці [17, с. 62]. *Твердження М.Г. Александрова дозволило зробити важливий висновок про те, що ключовою ознакою службового (робочого) часу виступає імперативність, тобто обов'язок працівника (службовця) виконувати покладені на нього обов'язки протягом часу, встановленого правилами внутрішнього трудового розпорядку*.

Таким чином, правові категорії службового часу та часу відпочинку в діяльності працівників поліції характеризуються наявністю нерозривного взаємообумовленого зв'язку, оскільки обидва правові явища виступають надійною гарантією успішної реалізації права людини на труд. Тому закріплення в Конституції України положення про те, що максимальна тривалість робочого часу визначається на законодавчому рівні, можна визнати однією з гарантій реалізації права особи на труд [18, с. 235].

Безперечно, положення Конституції України створили фундаментальну основу щодо законодавчого забезпечення реалізації соціальних прав людини, зокрема, й забезпечення права поліцейських на відпочинок. Поряд із Конституцією, правове підґрунтя реалізації державного механізму щодо відпочинку поліцейських сформували й інші законодавчі акти.

Зокрема, відповідно до ч.ч. 2-5 статті 91 Закону України «Про Національну поліцію», розподіл службового часу поліцейських визначається розпорядком дня (*тобто, розпорядком робочого часу*), який затверджує керівник відповідного органу (закладу, установи) поліції [1].

Висновки. Таким чином, час відпочинку пов'язаний із поняттям службового часу і є тим часовим відрізком робочого дня поліцейського, який не входить до службового часу. Відповідно, встановлення режиму службового часу є гарантією надання співробітникам поліції часу відпочинку. У зв'язку з тим, що в зазначеній нормі закону мета надання поліцейському часу відпочинку не сформульована, вважаємо, що основним призначенням відпочинку впродовж робочого дня є відновлення фізичних сил та здоров'я працівника поліції, надання йому можливості для саморозвитку, участі у громадському житті та ін. Подальший аналіз статті 91 Закону «Про Національну поліцію» дозволив констатувати, що питання щодо визначення основних (типових) вимог до формування правил внутрішнього трудового розпорядку в органах (підрозділах) поліції також відсутні. Законодавець лише вказує, на вимогу щодо необхідності затвердження правил внутрішнього трудового розпорядку керівником відповідного органу поліції (частина 2 статті 91).

Перспективи подальших розвідок полягають у необхідності вироблення дієвого правового механізму, спрямованого на врегулювання часу відпочинку працівників поліції, шляхом розроблення Типового положення про внутрішній трудовий розпорядок в органі Національної поліції України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 2 лип. 2015 р. № 580- VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40–41. Ст. 379.
2. Дрозд О. Узгодження норм адміністративного та трудового права у сфері правового регулювання проходження державної служби в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. №11. С. 110-113.
3. Оболенський О. Ю. Державна служба : підручник. К.: КНЕУ, 2006. 472 с.
4. Чавикіна Т. І. Державна служба: трудовий аспект. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 2(73). С. 183-188.
5. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. / [редкол.: В. Б. Авер'янов (голова)]. Київ : Юрид. думка, 2004. Т. 1 : Загальна частина. 584 с.
6. Іншин М. І. Державна служба як сфера регулювання трудового права. *Форум права*. 2011. № 3. С. 303-308.
7. Іншин М. І. Правове регулювання службовотрудових відносин в Україні : монографія / М. І. Іншин. Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. 337 с.
8. Настольная книга государственного служащего (Комментарий к Федеральному закону «Об основах государственной службы Российской Федерации») / отв. ред. В. И. Шкатулла. М.: ОАО «Изд-во «Экономика», 1999. 678 с.
9. Марусевич Д. О. Сучасний стан та перспективи подальшого розвитку системи грошового забезпечення поліцейських. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 6. Т. 2. С. 89-91.
10. Трудове право України : Підруч. / Н. Б. Болотіна. Київ : Вікар, 2003. 725 с.
11. Авескулов В. Д. Правове регулювання щорічних відпусток : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2014. 215 с.
12. Бортник С. М. Проблеми правового регулювання трудових прав поліцейських : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2018. 35 с.
13. Дрозд О. Ю., Шруб І. В. Тривалість щорічної відпустки поліцейського та порядок її обчислення. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. Вип. 4. С. 78-88.
14. Шруб І.В. Види та специфіка правового регулювання службового часу поліцейських. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2015. № 3(2). С. 81-86.
15. Кривенко А.О., Кривенко О.В. Нормативно-правове регулювання службового часу і часу відпочинку військовослужбовців. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 1(2). С. 17-24.
16. Кодекс законів про працю України : Закон від 10 груд. 1971 р. № 322-VIII. *Відомості Української РСР*. 1971. Дод. до № 50. Ст. 375.
17. Валєєв Р.Г. Ненормований характер службового часу поліцейського. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 1. С. 61-63.
18. Конституція України. Науково-практичний коментар / В.Б. Аверянов, О.В. Батанов, Ю.В. Баулін та ін. ; ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошовий. Харків: Видавництво «Право»; К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. 808 с.

Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 8, 2020

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2020