12 2020 (298)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

Щомісячний науково-практичний юридичний журнал видається з 1 січня 1996 р.

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМ. АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА НАПрН УКРАЇНИ

Головний редактор
Калаур Іван Романович

Редакційна колегія:

Васильєва В.А.
Коструба А.В.
Кот О.О.
Крупчан О.Д.
Міловська Н.В.
Пацурія Н.Б.
Стефанчук М.О.
Федорченко Н.В.
Роберт Табашевський (Польща)

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Іраклій Гобечія
Система та класифікація юридичних осіб у сфері надання правничих послуг……6

Уляна Гришко
Договір перевезення пасажира та багажу як різновид споживчого договору……12

Денис Донцов
Цивільно-правові основи приватизації державного майна……17

Ярослава Орловська
Правове регулювання права фізичної особи на безпечні продукти харчування……22

Анастасія Покровська
Договір про задоволення вимог іпотекодержателя як інструмент реалізації самозахисту……28

Лілія Радченко
Сімейні трасти й управління майном подружжя в праві окремих іноземних держав……34

Тарас Рим
Поняття права очікування як категорії в інвестиційному процесі будівництва……40

Михайло Шумило
Правові висновки касаційного суду: inter praeteritum et futurum……47

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Андрій Єремєєв
Загальна характеристика господарсько-правового трасту……55

Олександра Кологойда, Олена Черненко
Правовий статус незалежних членів наглядових рад державних підприємств……62

Світлана Подоляк
Комплаєнс-контроль у діяльності юридичних осіб в Україні……70

Валерій Полюхович
Щодо окремих законодавчих пропозицій до Закону України «Про захист економічної конкуренції»……75

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

Ірина Сядриста
Деякі проблеми визначення суб'єкта акціонерної відповідальності.....80

Тетяна Швидка, Катерина Халецька
Комплаєнс-контроль у системі корпоративного управління господарськими товариствами.....85

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ruslan Dotsenko, Valeriy Aveskulov
Specific features and legal nature of contracts of football players in Ukraine.....91

Тамара Кириченко
Недоліки правового регулювання трудових відносин в Україні.....96

Сергій Козін
До питання міжнародно-правового захисту трудових прав мігрантів.....104

Валентина Литвиненко
Трудові та цивільні правовідносини, пов'язані з виконанням роботи: критерії розмежування.....110

АГРАРНЕ ПРАВО

Наталія Карпінська
Правові особливості розвитку законодавства України про санітарні та фітосанітарні заходи на етапі гармонізації із законодавством ЄС.....115

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Альона Журина
Правове регулювання лісокористування для потреб екотуризму.....121

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

В'ячеслав Аброськін
Завдання закладів вищої освіти МВС України як суб'єктів реалізації освітньої функції держави.....126

Владислава Бобріченко, Євгенія Кобрусєва
Відповідальність неповнолітніх за адміністративні правопорушення, пов'язані з вогнепальною, холодною чи пневматичною зброєю.....132

Андрій Веліканов
Зміст публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я.....137

Олексій Дніпров
Видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні.....143

Зоря Журавльова
Адміністративно-правове регулювання функціонування електронного нотаріату.....148

Ангеліна Калайда
Суб'єкти правового регулювання міжнародного співробітництва Національної поліції України.....152

Роман Шаповал, Христина Солнцева
Оптимізація адміністративних процедур кадрової політики Національної поліції України.....157

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Ольга Лотюк, Вікторія Шуліка
Порівняльно-правовий аналіз понять «місце проживання» та «виборча адреса» в українському законодавстві..... 164

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Юрій Когут
Правові засади формування та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні..... 170

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Дмитро Гладчук
Чинники порушення прав людини працівниками Міністерства внутрішніх справ України..... 175

Veronika Horielova
Immoral activity of judges in the context of “banal evil”: legal aspect..... 180

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Володимир Беньківський
Основні концептуальні підходи та проблеми причинного зв’язку в теорії кримінального права..... 185

Максим Калатур
Ключові завдання діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави..... 192

Володимир Коротаєв
Правова природа довічного позбавлення волі..... 197

Олександр Красноборов
Ретроспектива законодавчого регулювання кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом..... 202

КРИМІНОЛОГІЯ

Максим Гребенюк
Психологічні аспекти спілкування охоронця з особами, що перебувають у небезпечних психічних станах..... 207

Андрій Швець
Способи вчинення кримінальних правопорушень, пов’язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами..... 213

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Андрій Жук
Процесуальний статус підозрюваного у кримінальному провадженні..... 220

Тимур Лоскутов
Обмеження та порушення права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій..... 226

Оксана Лучко
Огляд у кримінальному досудовому провадженні: функціонально-правове призначення..... 231

Аліна Поплавська
Значення діяльності слідчого Національної поліції України при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій під час винесення судами вироків у кримінальних правопорушеннях, передбачених ст. 307 КК України..... **237**

Володимир Севрук
Аналіз апробаційного матеріалу щодо проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі..... **243**

КРИМІНАЛІСТИКА

Юлія Венгерова
Слідчі (розшукові) та інші процесуальні дії з вилучення документальних джерел доказів під час розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності..... **250**

Ірина Гукова
Взаємодія слідчих з органами влади у розслідуванні шахрайства у сфері працевлаштування..... **256**

Ілля Коваленко
Окремі види експертиз як обов'язкові слідчі (розшукові) дії під час розслідування шахрайства у сфері банківських електронних платежів..... **262**

Сергій Чучко
Особливості взаємодії правоохоронних органів у розслідуванні шахрайства в купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет..... **267**

Аліна Юрченко, Ігор Рачок
Проблемні питання встановлення факту вчинення економічних злочинів організованими групами..... **272**

СУДОУСТРІЙ

Назар Гданський
Зміцнення авторитету судової влади України у світлі розвитку громадянського суспільства та євроінтеграційних процесів..... **278**

Оксана Хотинська-Нор
Етика судді та свобода вираження ним думки в контексті рішень Європейського суду з прав людини..... **284**

ПРОКУРАТУРА

Таїсія Боднарук, Андрій Лапкін
Основні напрями реформування інституту прокуратури на сучасному етапі..... **290**

Олександр Чудновський
Інститут прокуратури на західноукраїнських землях у складі Австро-Угорської імперії..... **295**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Сюзанна Асірян, Сергій Власенко, Софія Трішина
Приєднання Європейського Союзу до європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод..... **300**

Аркадій Запорожченко
Дискреція та автономія волі в міжнародному арбітражі: розмежування базових понять..... **305**

Костянтин Іскров
Деякі висновки Трибуналу ООН з морського права щодо відшкодування шкоди у справі судна NORSTAR..... **311**

На першій *сторінці обкладинки* – пам'ятник Магдебурзькому праву в м. Києві

Святослав Кавин
Нормативно-правові механізми забезпечення кібербезпеки в країнах Балтії……**315**

Наталія Новак
Міжнародно-правові стандарти у сфері виробництва та обігу органічної продукції……**321**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
ISSN 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)
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", 293 "Міжнародне право")

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

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

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Протокол № 12 від 23.12.2020 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 24.12.2020. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 28,53. Обл.-вид. арк. 35,71.
Тираж – 255. Замовлення № 0121/07
Видавець: Видавничий дім «Гельветика»,
03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2020.
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01032, м. Київ, вул. Назарівська, 7-Б, оф. 4.
Тел./факс (044) 513-33-16.

УДК 347.19
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.01

Іраклій Гобечія,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Львівського державного університету внутрішніх справ,
адвокат, керуючий партнер
АО «Гобечія і партнери»

СИСТЕМА ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У СФЕРІ НАДАННЯ ПРАВНИЧИХ ПОСЛУГ

Глобалізаційні процеси, інтеграція України до Європейської спільноти, розвиток підприємництва та багато інших чинників зумовлюють доцільність дотримання світових стандартів у всіх галузях економіки як на внутрішньому ринку, так і в міжнародних економічних відносинах. Необхідним, з огляду на це, є в тому числі надання якісних юридичних послуг. Останнім часом на ринку правничих послуг помітну роль відіграють саме такі суб'єкти, як юридичні особи. У науковій статті досліджено поняття правничих послуг, правової допомоги, систему юридичних осіб, які здійснюють діяльність у цій сфері, а також проаналізовано основні підходи до класифікації таких юридичних осіб. В Україні натепер будь-які юридичні особи, незалежно від видів та організаційно-правових форм, надають різноманітні види правничих послуг. Проте варто відзначити, що адвокатські послуги, пов'язані із захистом та представництвом у суді (за винятками, визначеними законодавством), повинні надавати відповідно до чинного законодавства України виключно адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, центри з надання безоплатної вторинної допомоги.

Вітчизняний законодавець використовує різні поняття правничої допомоги як тотожні. Окрім того, однаковими за змістом вважаємо відповідні терміни, що позначають «правничі послуги», які охоплюються та пов'язані з наданням правничої допомоги на підставі правочину, закону, статуту чи іншого юридичного акта. Своєю чергою, адвокатська діяльність охоплює надання усіх видів правничої допомоги.

Юридичною особою визнають організацію, що створена та зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридичні особи, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можуть бути класифіковані за різними критеріями, зокрема залежно від: порядку їх створення, наявності мети одержання прибутку та наступного розподілу між учасниками, від виду організаційно-правової форми, від форми власності, від підстави створення і діяльності тощо.

Ключові слова: правничі послуги, юридичні послуги, правнича допомога, юридична особа, адвокатське об'єднання, адвокатське бюро, центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Постановка проблеми. Глобалізаційні процеси, інтеграція України до Європейської спільноти, розвиток підприємництва та багато інших чинників зумовлюють доцільність дотримання світових стандартів у всіх галузях економіки як на внутрішньому ринку, так і в міжнародних економічних відносинах. Необхідним, з огляду на це, є в тому числі надання якісних юридичних послуг вітчизняним та зарубіжним інвесторам. В Україні діє Закон «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 [1], а також запроваджено низку інших законодавчих підходів, відповідно до яких національний нормотворець істотно змінив правове регулювання цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у сфері надання правничих послуг. Останнім часом на ринку правничих послуг помітну роль відіграють саме такі суб'єкти, як юридичні особи. Водночас допускати до надання правничої допомоги суб'єктів господарювання, не обтяжених достатньою кількістю вимог до них, та їхніх працівників, на наш погляд, є помилкою та не сприяє професіоналізації інституту надання кваліфікованих юридичних послуг. Вищенаведеним і зумовлюється актуальність дослідження системи та здійснення класифікації юридичних осіб, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг.

Аналіз останніх досліджень. Питання правового регулювання порядку створення, діяльності та припинення юридичних осіб незалежно від виду та організаційно-правової форми присвятили свої праці багато вчених, серед яких: Ю.О. Заіка, К.А. Затулко, М.Є. Кичельов, В.В. Кочин, В.М. Коссак, Н.С. Кузнєцова, З.В. Ромовська, І.В. Спа-

© І. Гобечія, 2020

сибо-Фатєєва, Д.І. Степанов, Ю.М. Юркевич та багато інших. Поряд із цим доцільним залишається дослідження системи та здійснення класифікації юридичних осіб у сфері надання правничих послуг.

Метою цієї наукової статті є здійснення комплексного аналізу системи та основних підходів до класифікації юридичних осіб у сфері надання правничих послуг та виклад авторської позиції з даної проблематики.

Виклад основного матеріалу. Юридичні послуги – це послуги із захисту прав та інтересів громадян, юридичних осіб, у тому числі держави, у державних органах і в суді перед будь-якими фізичними і юридичними особами [2].

Натомість Закон України «Про безоплатну правову допомогу» [3] розмежовує поняття «правова допомога» та «правові послуги». У вказаному законодавчому акті значення терміна «правова допомога» подається через визначення поняття «правові послуги».

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», своєю чергою, оперує такими термінами, як: «адвокатська діяльність», «захист», «представництво» та «інші види правової допомоги». На підставі аналізу його положень можемо зробити висновок, що: 1) адвокатська діяльність охоплює надання усіх видів правової допомоги; 2) адвокатську діяльність вправі здійснювати фізичні особи, що одержали свідоцтво про право на заняття адвокатської діяльності, а з-поміж юридичних осіб – адвокатські бюро та адвокатські об'єднання; 3) правові послуги, охоплені захистом та представництвом інтересів особи у судах, за винятками, встановленими законом (наприклад, самопредставництво юридичної особи, у малозначних справах тощо), вправі надавати адвокати, адвокатські бюро та об'єднання.

З приводу видів правових послуг, що надаються адвокатом, зазначимо, що вони визначаються у Договорі про надання правової допомоги. Однак на практиці трапляються випадки неправильного визначення предмета договору про надання правової допомоги.

Так, у провадженні Господарського суду Харківської області перебувала справа за позовом про стягнення заборгованості. Позивач, обґрунтовуючи свої вимоги, вимагав також відшкодування йому витрат на професійну правничу допомогу та покликався на відповідний Договір. Так, позиція 8 Додатку № 1 до Договору про надання професійної правничої допомоги № 1 від 17.06.2018 містила такий вид виконаних робіт, як складання, комп'ютерний набір проекту претензії, на які адвокатом витрачено 5 годин 12.06.2018, а у подальшому адвокат продовжив складання цього Договору в межах 6 годин 13.06.2018 та 5 годин 14.06.2018 поспіль. Згодом, 17.06.2018, ще вносилися поправки та доповнення до Договору протягом 1 години. З цього приводу суд вирішив, що помилково вважати наданням професійної правничої допомоги у судовій справі складання (протягом п'яти днів, загалом 17 годин) Договору про надання професійної правничої допомоги [4].

Варто підкреслити, що у ст. 59 Конституції України використано термін «правнича допомога», яка гарантується кожному, а у випадках, визначених законом, у тому числі безоплатно [5]. У положеннях Цивільного процесуального кодексу України [6], Господарського процесуального кодексу України [7] та Кодексу адміністративного судочинства України [8] також використано термін «правнича допомога», хоча Кримінальний процесуальний кодекс України [9] послуговується поняттям «правова допомога».

На підставі вищевказаного вважаємо за можливе зазначити, що вітчизняний законодавець використовує поняття «правова допомога», «правнича допомога» та «юридична допомога» як тотожні. Окрім того, однаковими за змістом вважаємо терміни «правничі послуги», «правові послуги» та «юридичні послуги», які охоплюються та пов'язані із наданням правничої (правової, юридичної) допомоги на підставі правочину, закону, статуту чи іншого юридичного акта.

Як вказує З.В. Ромовська, виходячи зі своїх власних та громадських інтересів, люди здавна почали об'єднуватися, створюючи товариства, корпорації для спільної діяльності, спрямованої на досягнення певної мети. Таке об'єднання забезпечувало їм концентрацію фізичних та інтелектуальних зусиль, фінансових можливостей і в результаті прискорювало настання окресленої мети [10, с. 285].

Юридичною особою визнають організацію, що створена та зареєстрована у встановленому законом порядку. На думку В.В. Кочина, правова сутність юридичної особи полягає у законодавчо закріпленій конструкції існування соціальної організації, яка формується внаслідок соціально-економічних формацій у державі та наділяється можливістю від власного імені виступати учасником правових відносин [11, с. 47]. Тому варто погодитися з Н.С. Кузнецовою, що проблему визначення сутності юридич-

ної особи можна без жодних перебільшень віднести до числа фундаментальних, вічних проблем цивільного права [12, с. 159].

Необхідно підтримати думку, що особа «юридична» означає насамперед те, що вона створена на підставі закону, на відміну від особи «фізичної», яка створена природою і матеріально живе у часі та просторі [10, с. 287].

Процедуру державної реєстрації таких учасників цивільних відносин – самостійних суб'єктів права – визначено Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [13]. Створення юридичних осіб є одним із механізмів забезпечення сприятливих умов для розвитку ринкових відносин у сучасній економіці. Роль юридичних осіб, а також створюваних ними об'єднань останнім часом стає дедалі помітнішою [14, с. 5].

В Україні натепер будь-які юридичні особи, незалежно від видів та організаційно-правових форм, надають різноманітні види правничих послуг. Водночас варто відзначити, що адвокатські послуги, пов'язані із захистом та представництвом у суді (за винятками, визначеними законодавством) повинні надавати відповідно до чинного законодавства України виключно адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, центри з надання безоплатної вторинної допомоги.

При цьому будь-яка класифікація виконує методологічну функцію: здійснюючи систематизацію у певній предметній області, вона разом із тим задає загальний напрям для її майбутнього цілеспрямованого вивчення і може породжувати створення нових наукових дисциплін. Як відомо, класифікація дозволяє розподіляти речі по групах в такому порядку, який найбільш корисний для пригадування речей і визначення їх ознак. Вона покликана передбачати існування, а також появу нових, раніше невідомих об'єктів, їхніх властивостей, відкривати нові зв'язки між вже існуючими [15, с. 109].

Перш за все необхідно зазначити, що ЦК України поділяє юридичні особи залежно від порядку їх створення на юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права. У контексті суб'єктів, що вправі надавати юридичні послуги, до юридичних осіб приватного права можна віднести, наприклад, адвокатські бюро, адвокатські об'єднання тощо, а до юридичних осіб публічного права – центри з надання безоплатної правової допомоги.

Кожна юридична особа має створюватися за моделлю, відомою законодавцеві й учасникам обороту. Тому ЦК установлює вичерпний перелік форм юридичних осіб приватного права [12, с. 167].

Залежно від організаційно-правової форми юридичні особи, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можуть бути поділені на товариства, установи чи інші, що визначені законом. Наприклад, іншою організаційно-правовою формою юридичних осіб є приватні установи. Спроби зробити служіння певній меті спеціально призначеного для цього майна стабільним і постійним уже в пізньому римському праві призвели до пристосування форми юридичної особи до установ [12, с. 174].

Залежно від наявності мети одержання прибутку та наступного перерозподілу його між учасниками юридичні особи, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можуть бути поділені на підприємницькі та непідприємницькі.

Підприємницькими юридичними особами, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можуть бути, наприклад, будь-які види господарських товариств, а непідприємницькими, наприклад, згадані вже нами центри з надання безоплатної правової допомоги.

Більш складним є питання щодо віднесення адвокатських об'єднань та бюро до підприємницьких чи непідприємницьких.

Так, відповідно до Листа ДФС від 25.08.2016 № 8984/Ф/99-99-15-02-02-15, адвокатське об'єднання, діяльність якого заснована зазвичай на платній основі (передбачає одержання гонорару), у якого дохід (прибуток) або його частина розподіляється серед засновників (учасників), членів такого об'єднання, працівників (крім оплати їхньої праці, нарахування єдиного соціального внеску), членів органів управління та інших пов'язаних з ними осіб, не може набувати статусу неприбуткової організації [16].

На думку М.Є. Кисельова та К.А. Затулко, виходячи з ознак, що закріплені у Примірному статуті адвокатських об'єднань, такі за правовим становищем є найбільш близькими до товариств з обмеженою відповідальністю [17, с. 63].

Натомість, на думку Ю.М. Юркевича, з аналізу норм чинного законодавства України не вбачається можливим виокремити конститутивні ознаки адвокатських об'єднань, які б дозволили охарактеризувати їхній статус: підприємницька це організація чи непідприємницька, а для віднесення того чи іншого адвокатського об'єднання до підприємницьких чи непідприємницьких юридичних осіб необхідно на підставі аналізу їх установчих документів встановити наявність

мети розподілу цього прибутку між його учасниками (адвокатами) [18, с. 83-84].

Виходячи з наведеного, вважаємо, що сьогодні адвокатські об'єднання (бюро) можуть створюватися як підприємницькі або непідприємницькі юридичні особи.

Своєю чергою, ГК України у ч. 3 ст. 63 ГК України передбачає, що залежно від способу утворення та формування статутного капіталу в Україні діють підприємства унітарні та корпоративні [19]. Натомість Д.І. Степанов зазначає, що нова класифікація юридичних осіб на корпорації і унітарні, запропонована законодавцем, позбавлена змісту з практичної точки зору. Її можна розглядати тільки як суто доктринальну і відповідну як предмет вивчення науки цивільного права, а не як реальний правовий інструмент цивільно-правового обороту [20, с. 15].

Незважаючи на це, унітарним підприємством, що надає юридичні послуги, може вважатися, наприклад, адвокатське бюро, а корпоративним – наприклад, товариство з обмеженою відповідальністю.

Ю.О. Заіка залежно від виду права власності класифікує юридичних осіб на державні та комунальні, приватні та ті, які засновані на спільній власності юридичних та фізичних осіб і юридичних осіб та громадян іншої держави [21, с. 45]. Подібно до цього у ст. 63 ГК України здійснено класифікацію підприємств залежно від форми власності. Взявши її за основу, вважаємо, що в Україні можуть бути створені такі види юридичних осіб, що надають правничі послуги, як приватні; державні; комунальні.

Статутний капітал є зосередженням (ядром) корпоративної власності. Він є визначальним для корпоративного управління [22, с. 299]. Виходячи з аналізу норм ГК України [19], у разі якщо в статутному капіталі підприємства іноземна інвестиція становить не менш як 10 %, воно набуває статусу підприємства з іноземними інвестиціями, а якщо 100 % – іноземного підприємства. За таким критерієм можуть бути поділені і юридичні особи, які здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг.

Будь-які об'єднання, якими в Україні також є юридичні особи, залежно від підстави створення та діяльності можуть бути поділені на договірні, статутні та такі, що можуть створюватися і діяти на підставі статуту та/або установчого договору.

У цьому аспекті варто згадати, що адвокатські об'єднання в окремих наукових джерелах відносять до групи договірних з метою реалізації підприємницьких інтересів у сфері професійної діяльності [23, с. 120-121].

Також у літературі залежно від ступеня законодавчої регламентації юридичних осіб класифікують на тих, статус яких урегульований спеціальним нормативно-правовим актом, і тих, статус яких регулюють загальні норми цивільного та господарського законодавства [14, с. 16]. Наприклад, спеціальний статус регламентовано на рівні законодавчого акта щодо акціонерних товариств, товариств з обмеженою відповідальністю, товариств з додатковою відповідальністю тощо.

Принагідно слід зазначити, що залежно від форм здійснення адвокатської діяльності юридичні особи у цій сфері можна поділити на адвокатські бюро та адвокатські об'єднання.

Виходячи зі змісту податкового законодавства України, юридичних осіб, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можна поділити на: 1) резидентів та нерезидентів; 2) таких, що перебувають на спрощеній чи загальній системі оподаткування і т. д. [24].

Актуальною щодо юридичних осіб, які здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, є також їх класифікація на суб'єктів малого підприємництва, у тому числі суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва [25, с. 172].

Висновки

Підсумовуючи вищенаведене, конкретизуючи деякі проблеми, вважаємо за можливе зробити такі висновки:

– вітчизняний законодавець використовує поняття «правова допомога», «правнича допомога» та «юридична допомога» як тотожні. Окрім того, однаковими за змістом вважаємо терміни «правничі послуги», «правові послуги» та «юридичні послуги», які охоплюються та пов'язані із наданням правничої (правової, юридичної) допомоги на підставі правочину, закону, статуту чи іншого юридичного акта. Своєю чергою, адвокатська діяльність охоплює надання усіх видів правничої допомоги;

– в Україні сьогодні будь-які юридичні особи, незалежно від видів та організаційно-правових форм, надають різноманітні види правничих послуг. Водночас варто відзначити, що адвокатські послуги, пов'язані із захистом та представництвом у суді (за винятками, визначеними законодавством), повинні надавати, за нормами чинного законодавства України, виключно адвокатські бюро, адвокатські об'єднання, центри з надання безоплатної вторинної допомоги;

– допускати до надання правничої допомоги юридичних осіб чи інших суб'єктів

права, не обтяжених достатньою кількістю вимог до них та їхніх працівників, на наш погляд, є помилкою та не сприяє професіоналізації інституту надання кваліфікованих правничих послуг;

– юридичні особи, що здійснюють діяльність у сфері надання правничих послуг, можуть бути класифіковані за різними критеріями, зокрема, залежно від: порядку їх створення, наявності мети одержання прибутку та наступного розподілу між учасниками, від виду організаційно-правової форми, від форми власності, від підстави створення і діяльності тощо.

Список використаних джерел:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України № 5076 від 05.07.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 11.11.2020).

2. Юридична послуга. *Вікіпедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%AE%D1%.... (дата звернення: 29.11.2020).

3. Про безоплатну правову допомогу : Закон України № 3460-VI від 02.06.2011. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17/conv#Text (дата звернення: 27.09.2020).

4. Рішення Господарського суду Харківської області у справі № 922/2300/18 від 11.10.2018 // *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77149407 (дата звернення: 29.11.2020).

5. Конституція України від 28.06.1996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/conv#Text (дата звернення: 27.09.2020).

6. Цивільний процесуальний кодекс України № 1618-IV від 18.03.2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text (дата звернення: 26.11.2020).

7. Господарський процесуальний кодекс України № 1798-XII від 06.11.91. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/conv#Text (дата звернення: 26.11.2020).

8. Кодекс адміністративного судочинства України № 2747-IV від 06.07.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/conv#Text (дата звернення: 26.11.2020).

9. Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13.04.2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#Text (дата звернення: 26.11.2020).

10. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс : підручник. Київ: Атіка, 2005. 560 с.

11. Кочин В. Правова сутність юридичної особи. *Юридична Україна*. 2013. № 5. С. 43-48.

12. Кузнецова Н.С. Поняття й класифікація юридичних осіб в цивільному праві України: теорія і практика. *Сучасні проблеми приватного права :* збірник наукових праць, присвячених 80-ій річниці з Дня народження Ярославни Миколаївни Шевченко / відп. ред. Н.С. Кузнецова, Р.О. Стефанчук. Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України», Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня «Рута», 2012. 464 с. (Серія «Studia in Honorem»). С. 159-176.

13. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України № 755 від 15.05.2003 *Голос України*. 2003. № 115.

14. Правові засади створення, діяльності та припинення юридичних осіб в Україні : навчальний. посібник / Ю. М. Юркевич, У. Б. Андрусів, О. Б. Верба-Сидор та ін.; за ред. Ю. М. Юркевича. Львів: ЛьвДУВС, 2019. 412 с.

15. Ткачева Т.И. Теоретическое значение формирования естественных классификаций субъектов предпринимательской деятельности. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2016. № 1 (108). С. 108-110.

16. Лист Державної фіскальної служби України № 8984/Ф/99-99-15-02-02-15 від 25.08.2016 // *Офіційний портал ДФС України*. URL: http://sfs.gov.ua/baneryi/podatkovi-konsultatsii/konsultatsii-dlya-fizichnih-osib/print-69643.html (дата звернення: 29.11.2020).

17. Кичельов М.Є., Затулко К.А. Правовий статус адвокатського об'єднання. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія «Юридичні науки»*. 2018. № 4. Том 29 (68). С. 59-64.

18. Юркевич Ю. Правові засади функціонування адвокатських об'єднань в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 12. С. 80-84.

19. Господарський кодекс України № 436-IV від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18.

20. Степанов, Д. И. Формы реорганизации некоммерческих организаций. *Приложение к журналу «Хозяйство и право»*. 2003. № 10. С. 15.

21. Заіка Ю.О. Українське цивільне право : навчальний посібник. Київ: Істина. 2005. 312 с.

22. Спасибо-Фатєєва І. Корпоративна власність. *Сучасні проблеми приватного права :* збірник наукових праць, присвячених 80-ій річниці з Дня народження Ярославни Миколаївни Шевченко / відп. ред. Н. С. Кузнецова, Р. О. Стефанчук. Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України», Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня «Рута», 2012. 464 с. (Серія «Studia in Honorem»). С. 291-315.

23. Юркевич Ю. М. Договірні форми об'єднань фізичних та юридичних осіб у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук. Львів, 2017. 437 с.

24. Податковий кодекс України № 2755 від 02.12.2010. *Голос України*. 2010. № 229–230.

25. Коссак В.М., Юркевич Ю.М. Правовий захист економічної конкуренції : навчальний посібник. Львів : ЛНУ імені Івана Франка. 2013. 314 с.

Irakliy Hobechiya. System and classification of legal entities in the field of provision of legal services

Globalization processes, Ukraine's integration into the European Community, the development of entrepreneurship and many other factors have determined the expediency of compliance with international standards in all sectors of the economy, both in the domestic market and in international economic relations. Due to this, it is necessary to provide quality legal services. Recently, in the market of legal services, such entities as legal entities have got a prominent place. In the scientific article it has been explored the concepts of legal services, legal aid, the system of legal entities operating in this area, as well as it has been analyzed the main approaches to the classification of such legal entities. Today in Ukraine every legal entity regardless of types and organizational or legal forms provides various types of legal services. However, it should be noted that legal services related to protection and representation in court (except as provided by law) must be provided in accordance with current legislation of Ukraine only by advocatory bureau, advocatory associations, centres for free secondary care.

The domestic legislator has used different concepts of legal aid as identical. In addition, we consider the same terms to denote "legal services", which are covered and related to the provision of legal assistance on the basis of a transaction, law, statute or other legal act. In turn, advocacy covers the provision of all types of legal assistance.

An organization established and registered in the manner prescribed by law is recognized as a legal entity. Legal entities engaged in the provision of legal services can be classified according to various criteria, in particular, depending on: the order of their creation, the purpose of profit and subsequent distribution between participants, the type of legal form, form of ownership, the basis creation and activity, etc.

Key words: legal services, juridical services, legal assistance, legal entity, advocatory association, advocatory bureau, centre for free secondary legal aid.

УДК 656.072(477):347.763(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.02

Уляна Гришко,
канд. юрид. наук,
викладач кафедри цивільного права
Навчально-наукового юридичного інституту
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

ДОГОВІР ПЕРЕВЕЗЕННЯ ПАСАЖИРА ТА БАГАЖУ ЯК РІЗНОВИД СПОЖИВЧОГО ДОГОВОРУ

Наукова стаття присвячена правовому аналізу договору перевезення пасажира та багажу. Основною метою даного дослідження є з'ясування особливостей договору перевезення пасажира та багажу як споживчого договору. З'ясовано, що договір перевезення пасажира та багажу є різновидом споживчого договору. Це доводиться наявністю трьох спільних ознак, таких як: суб'єктний склад, мета договорів та їх оплатний характер. Суб'єктним складом виступає споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника, який і є водночас пасажиром за договором перевезення пасажира, багажу. Суб'єктами надання транспортних послуг виступають юридичні чи фізичні особи-підприємці, основним видом діяльності яких є здійснення перевезень пасажирів, багажу з обов'язковим дотриманням вимог ліцензування.

У статті автор доводить, що пересування особи, яке реалізується шляхом перевезення будь-яким видом транспорту, є її особистою потребою для забезпечення життєдіяльності, що цілком відповідає меті споживчого договору, відповідно до якої фізична особа придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Оплатний характер споживчого договору та договорів із перевезення пов'язаний з тим, що підприємці-перевізники здійснюють діяльність із надання послуг, спрямовану на отримання прибутку.

Таким чином, детальне вивчення автором договору перевезення пасажира та багажу, а саме його суб'єктного складу, мети, предмета та оплатного характеру, дає можливість визначити його як споживчий договір. Це вказує на можливість застосування до врегулювання зобов'язань за договором перевезення пасажира та багажу Закону України «Про захист прав споживачів». Крім того, у пасажира як споживача послуг перевезення виникають додаткові права та обов'язки, в тому числі і право реалізувати форми і способи захисту своїх прав, передбачені даним Законом.

Ключові слова: договір, пасажир, споживач, споживчий договір, багаж, перевезення.

Постановка проблеми. В умовах сьогодення необхідність щоденного забезпечення потреб населення у перевезенні чи доставці їх багажу зростає. Правовою основою регламентації зобов'язань між пасажиром та перевізником виступає договір перевезення пасажира та багажу. Проблеми правового регулювання договірних відносин за участю пасажирів певною мірою розглядалися у вітчизняній цивілістиці. Це зумовлено особливостями суб'єктного складу даного договору, його мети та предмета. Дані ознаки є кваліфікуючими для визначення договору перевезення пасажира та багажу як споживчого договору, що насамперед вказує на особливий правовий статус пасажира-споживача як найменш захищеної сторони договору.

Натепер у науці цивільного права не досить дослідженими є договірні відносини, пов'язані з наданням послуг перевезення за участю пасажирів- споживачів. Однак окремі роботи безпосередньо торкалися проблематики договірного регулювання відносин за участю споживачів, а також загальної характеристики договорів перевезення на конкретному виді транспорту. Зокрема, це праці таких науковців: І.І. Банасевич, В.Я. Горблянського, М.М. Гудими, Г.О. Ільченко, О.П. Письменної, Г.А. Осетинської, Г.В. Самойленка, Р.Б. Сірка, Ю.Ю. Рябченка, А.В. Федорончука, О.Ю. Черняк та ін.

Дослідження особливостей договору перевезення пасажира та багажу як споживчого договору залишилося поза увагою доктрини цивільного права.

© У. Гришко, 2020

Метою статті є науковий аналіз загальних положень договору перевезення пасажира та багажу як різновиду споживчого договору, аналіз чинного законодавства України, теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із визначенням суб'єктного складу, мети та, зокрема, щодо визнання його як споживчого договору.

Виклад основного матеріалу. Основною підставою виникнення споживчих зобов'язань у сфері транспортних послуг слугують двосторонні правочини – договори. Невипадково поняття «договір» і «зобов'язання» інколи ототожнюють. Але це не зовсім правильно. Як зазначає В.В. Васильєва, «договір та зобов'язання – це окремі правові явища, які співвідносяться як причина та наслідок, як підстава та те, що зумовлено цією підставою» [1, с. 14].

Перш ніж розглянути специфіку договорів, які виникають у сфері перевезення, необхідно дослідити особливості споживчого договору та його дотичність до договору перевезення.

Які ж договори належать до «споживчих», спробуймо знайти відповідь у законодавстві. Так, у ЦК України є спеціальні застереження щодо поширення законодавства про захист прав споживачів на відносини за публічним договором роздрібної купівлі-продажу за участю покупця – фізичної особи (ч. 2, 3 ст. 698 ЦК), на відносини за договором побутового підряду (ч. 2, 3 ст. 865 ЦК). Однак щодо договору побутового прокату такого застереження законодавець не передбачає, хоча і визнає такий договір публічним (ст. 787 ЦК). У ЦК є інші договори, спрямовані на забезпечення особистих культурно-побутових та інших потреб громадян, щодо яких подібні застереження відсутні, наприклад, у сфері зберігання, перевезень пасажирів і багажу, страхування [2].

Навіть у Законі України «Про захист прав споживачів» безпосередньо визначаються лише деякі споживчі договори, а саме: договори роздрібної купівлі-продажу (ст. 8-10), договір про виконання робіт та про надання послуг (ст. 10), договори про надання споживчого кредиту (ст. 11). Проте перелік споживчих договорів фактично є значно більшим [3].

Незначна кількість науковців серед класифікацій договорів виділяють споживчі договори. Так, О.О. Красавчиков виокремлює деякі договори споживчого характеру, серед них: побутового замовлення і підряду, договори культурного і побутового обслуговування громадян, перевезення пасажирів і багажу [4, с. 42-43].

Для вирішення питання про приналежність транспортних договорів до переліку споживчих необхідно виявити наявність спільних юридичних ознак, притаманних таким договорам.

Р.В. Пожоджук вказує на такі особливості споживчого договору: сукупність однорідних відносин, що підпадають під сферу дії законодавства про захист прав споживачів; особливий спосіб передачі електричної енергії за договором, у даному випадку за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу; особливий суб'єктний склад договору; особливий порядок укладення договору; взаємність договору; мета договору – виключно для особистого використання фізичною особою та задоволення особистих потреб; свобода договору, забезпечена законодавством про захист прав споживачів [5, с. 14]. Так, М.М. Гудима виділяє такі основні ознаки споживчого договору: специфічний суб'єктний склад; особливість предмета в частині призначення виключно для особистих, сімейних, домашніх та інших потреб, не пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності; публічно-правовий характер; оплатний характер; особливий порядок укладення [6, с. 22-27]. Аналогічні ознаки споживчого договору випливають із визначення поняття «споживчий договір», запропонованого Г.А. Осетинською: «Споживчим договором, на який поширюється законодавство про захист прав споживачів, має вважатися правочин, за яким продавець, виробник, виконавець, що є підприємцем, реалізує товар, роботи, послуги споживачеві – фізичній особі, яка придбаває, набуває, замовляє, використовує (має намір це зробити) товар, роботи, послуги для особистих культурно-побутових, сімейних, домашніх та інших особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням професійних обов'язків найманого працівника» [7, с. 61-62].

З приводу виділення М.М. Гудимою таких ознак споживчого договору, як публічно-правовий характер та особливий порядок укладення, то заслуговує на підтримку позиція І.І. Банасевич, а саме: не зовсім доцільно та обґрунтовано наголошувати на публічно-правовому характері будь-якого цивільно правового договору, в тому числі споживчого, адже правовідносини, корті становлять предмет регулювання цивільного права, є приватноправовим та засновані на юридичній рівності і майновій самостійності їх учасників. Отже, мова може йти тільки про встановлення певних особливостей правового статусу сторін споживчого договору. І.І. Банасевич доводить, що характерною

ознакою правовідносин за участю споживачів є нерівне становище суб'єктів, наявність «сильної» і «слабкої» сторони: з одного боку виступають підприємці, що володіють не лише капіталом, а й певним обсягом необхідних фахових знань про свій товар (роботу, послугу), а з іншого – індивідуальний споживач (фізична особа), який змушений довіряти наданій інформації про товар, роботу або послугу [8, с. 72].

Отож, можливість говорити про те, що договір перевезення пасажира та багажу є різновидом споживчого договору, доводиться наявністю трьох спільних ознак, таких як: суб'єктний склад, мета договорів та їх оплатний характер. Розглянемо їх детальніше на прикладі даного договору.

Щодо договору перевезення пасажира та багажу, то згідно зі ст. 910 ЦК України за договором перевезення пасажира одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажира) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а у разі здавання багажу – також за його провезення. Виникнення у перевізника обов'язку з доставки багажу та видачі його у пункті призначення пасажиру або іншій особі, яка має право на його одержання, залежить виключно від дій самого пасажира, які здійснюються ним у межах укладеного договору перевезення [9, с. 75].

Аналіз нормативно-правового регулювання договору перевезення пасажира та багажу різними видами транспорту дає можливість зрозуміти, що суб'єктами надання транспортних послуг виступають юридичні чи фізичні особи-підприємці, основним видом діяльності яких є здійснення перевезень пасажирів, багажу з обов'язковим дотриманням вимог ліцензування.

Іншою стороною договору перевезення пасажира та багажу виступає пасажир. Характеризуючи договір перевезення пасажира та багажу як споживчий договір, варто визначити, чи можливе застосування у даному договорі термінів «пасажир» як «споживач» послуг перевезення. Дослідження Закону України «Про захист прав споживачів», спеціального транспортного законодавства та наукових позицій дає можливість зробити висновок, що «споживач» та «пасажир» взаємопов'язані і співвідносяться як загальне і спеціальне. Крім того, складники законодавчої дефініції «споживач» поширюються й на поняття «пасажир». Таке співвідношення цих понять вказує на те, що пасажир як споживач транспортних послуг наділяється додатковими правами та захистом за Законом України «Про захист прав споживачів».

Проте необхідно звернути увагу на те, що на практиці поняття «пасажир» і «споживач» інколи не збігаються. До пасажирів належать тільки ті споживачі транспортних послуг, які перебувають у транспортному засобі під час руху, тобто ті, які вже уклали договір перевезення пасажирів. Але особи, які купують у касі попереднього продажу автовокзалу квитки на автобус, будучи споживачами транспортних послуг, не належать до числа пасажирів, бо вони тільки виявили намір укласти договір перевезення, а статусу пасажира ще не набули. З іншого боку, не всі пасажири, які перевозяться у транспортному засобі без проїзного квитка, на підставі трудового договору та за відсутності особистої потреби у пересуванні (наприклад, контролери, водій) належать до споживачів транспортних послуг.

Таким чином, щодо першої ознаки – суб'єктного складу, то споживач, як фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ст. 1 ЗУ «Про захист прав споживачів»), виступає суб'єктом і споживчого договору, і договорів з перевезення пасажира, багажу.

Наступне, що є спільним для споживчого договору та договору перевезення пасажира та багажу, є мета договору. Однією з характерних рис споживчого договору є його мета, яка тісно пов'язана з предметом, і формулювання її можна виокремити із поняття «споживач», закріпленого в Законі України «Про захист прав споживачів», а саме: «фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника» [10]. Тобто мета, з якою фізична особа придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію, в нашому випадку послугу, має важливе значення для характеристики договору перевезення пасажира та багажу як споживчого договору.

Щодо того, чи належить перевезення пасажира до особистих потреб, то у монографічному дослідженні І.І. Кичко «Особисті потреби: регуляторні механізми формування та забезпечення» представлена класифікація потреб, яку провів В.І. Тарасенко. Він у рівні «потреби існування» виділяє підрівень

«побутові потреби», серед яких і є потреба у пересуванні [11, с. 27].

Тобто пересування особи, яке реалізується шляхом перевезення будь-яким видом транспорту, є її особистою потребою для забезпечення життєдіяльності.

Оплатний характер споживчого договору та договорів із перевезення пов'язаний з тим, що підприємці-перевізники здійснюють діяльність з надання послуг, спрямовану на отримання прибутку. Однак законодавством може бути встановлено право безоплатного, пільгового проїзду для окремих категорій громадян за рахунок підприємств транспорту або відповідного бюджету у випадках, встановлених законом та іншими нормативно-правовими актами [12, с. 565].

Важливим є також визначення договору перевезення пасажира та багажу як договору про приєднання. Традиційно більша частина публічних договорів має конструкцію договору про приєднання, що повною мірою відображає їхню юридичну природу. Практично всі умови майбутнього перевезення є «наперед установленими» для пасажира. Тож він може або погодитися з умовами, запропонованими перевізником, і акцептувати його публічну оферту, або ж ні.

М.І. Брагінський охарактеризував даний договір як договір із формулою «або погоджуєшся з усім, що я пропоную, або договору не буде». З указаної причини, можливо, точнішим, ніж приєднання, може вважатися термін «продиктований договір» у німецькому праві. Він дозволяє виразити обидві ознаки вказаних договорів: і те, що особа приєдналася, не маючи можливості обумовлювати його умови, і одночасно те, що вона вимушена була через певні причини вчинити певним чином [13, с. 358].

Висновки

Таким чином, детальне вивчення договору перевезення пасажира та багажу, а саме його суб'єктного складу, мети, предмета та оплатного характеру, дає можливість визначити його як споживчий договір. Це вказує на можливість застосування до врегулювання зобов'язань за договором перевезення пасажира та багажу Закону України «Про захист прав споживачів». Крім того, у пасажира як споживача послуг перевезення виникають додаткові права та обов'язки, в тому числі і право реалізувати форми і способи захисту своїх прав, передбачені даним Законом.

Список використаних джерел:

1. Васильєва В.В. Договір як підстава виникнення цивільно- правового зобов'язання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. 18 с.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 22.11.2020).

3. 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: 22.11.2020).

4. Красавчиков О.А. Сфера обслуживания: гражданско-правовой аспект. *Советская юстиция*. 1960. № 5. С. 42-43.

5. Пожоджук Р.В. Захист прав споживачів за договором постачання електричної енергії через приєднану мережу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 20 с.

6. Гудима М.М. Предмет договору про надання туристичних послуг за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2013. 277 с.

7. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 220 с.

8. Банасевич І.І. Теоретико-правові підходи до розмежування споживчого та публічного договорів. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства*. 2017. С. 67-75.

9. Сірко Р.Б. Договір перевезення пасажирів залізничним транспортом: проблемні питання. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2012. № 1. С. 68-78.

10. Банасевич І.І. Особливості предмета споживчого договору. *Часопис цивілістики*. 2018. Вип. 31. С. 28-31.

11. Кичко І.І. Особисті потреби: регуляторні механізми формування та забезпечення. Чернігів, 2010. 258 с.

12. Дзера О.В., Кузнєцова Н. С., Луць В. В. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. Київ: Юрінком Інтер, 2013. Т. II. 1120 с.

13. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. Москва: Статут, 1997. 850 с.

Uliana Hryshko. Contract of transportation of passenger and luggage as variety of consumer contract

The scientific article is devoted the legal analysis of contract of transportation of passenger and luggage. The primary purpose of this research is finding out of features of contract of transportation of passenger and luggage as a consumer contract. It is found out, that a contract of transportation of passenger and luggage is the variety of consumer contract. It is the presence of three general signs: subject composition, purpose of contracts and them payment character. An user comes forward subject composition – as a physical person

which acquires orders, uses or intends to purchase or order products for the personal necessities, not direct-coupled with entrepreneurial activity or implementation of duties of the hired worker, which is at the same time a passenger by agreement of transportation of passenger, luggage. The subjects of transport services are legal or natural persons-entrepreneurs, whose main activity is the carriage of passengers, luggage with mandatory compliance with licensing requirements.

In the article, the author argues that the movement of a person realized by transportation by any mode of transport is his personal need to ensure life, which is fully consistent with the purpose of the consumer contract, according to which an individual who acquires, orders, uses or intends to purchase or order products for personal needs not directly related to business activities or performance of duties of an employee.

The paid nature of the consumer contract and contracts of carriage is due to the fact that the entrepreneurs – carriers carry out activities to provide services aimed at making a profit.

Thus, a detailed study by the author of the contract of carriage of passengers and luggage, namely its subject composition, purpose, subject and payment nature makes it possible to define it as a consumer contract.

This indicates the possibility of applying the Law of Ukraine "On Consumer Protection" to the settlement of obligations under the contract of carriage of passengers and luggage. In addition, the passenger as a consumer of transportation services has additional rights and obligations, including the right to exercise the forms and methods of protection of their rights under this Law.

Key words: contract, passenger, consumer, consumer contract, luggage, transportation.

УДК 347.457
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.03

Денис Донцов,
канд. юрид. наук,
суддя
Приморського районного суду міста Одеси

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ОСНОВИ ПРИВАТИЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОГО МАЙНА

У статті досліджено наукові підходи щодо цивільно-правових основ приватизації державного майна. Показано особливості розвитку даного цивільно-правового інституту в роботах вчених та нормах законодавства. Подано характеристику особливостей цивільно-правової інституціоналізації регулювання суспільних відносин у досліджуваній сфері, виявлено особливості її правової природи та сформульовано авторське визначення даного цивільно-правового інституту. Показано різноманітні підходи вчених щодо розуміння особливостей цивільно-правового регулювання приватизації, значення у цьому процесі юридичних фактів.

У статті доведено, що інститут цивільно-правового регулювання приватизації державного майна еволюціонував із підзаконних актів Кабінету Міністрів України та сформувався в окремий правовий інститут шляхом інституціоналізації однорідних і одночасно пов'язаних між собою правових норм, які регулюють відповідну групу суспільних відносин щодо зміни форм власності – переходу об'єктів державної власності до приватної. Сформульовано авторське розуміння цивільно-правового регулювання приватизації державного майна, яке представлено як встановлений нормами цивільного законодавства порядок зміни форми власності, внаслідок якого первинний суб'єкт (органи державної власності публічного права) передає право власності на об'єкт приватизації на користь вторинного суб'єкта (фізичні і юридичні особи приватного права) внаслідок юридичних фактів щодо виникнення, зміни та припинення приватизаційних правовідносин. По суті, даним правовим інститутом регулюється перехід об'єктів власності від суб'єктів публічного до суб'єктів приватного права.

У статті обґрунтовано, що правозастосовна практика приватизації державного майна під час нормативно-правового регулювання набуває міжгалузевого характеру, у якому цивільно-правові норми займають провідне становище, водночас норми публічного права (адміністративні, фінансові тощо) істотно впливають на регулювання майнових відносин у сфері приватизації.

Сформульовано перспективи подальших досліджень цивільно-правової інституціоналізації суспільних відносин у сфері приватизації.

Ключові слова: приватизація, державне майно, цивільно-правове регулювання, приватна власність, інститут цивільного права.

Постановка проблеми. Приватизація в Україні на сучасному етапі державотворення відбувається в умовах економічного реформування та пошуків напрямів забезпечення інвестиційними ресурсами цілих галузей економіки. Водночас дана сфера супроводжується значним ступенем незахищеності майнових прав суб'єктів, котрі беруть участь у процесі приватизації, що призводить до порушення цивільного та господарського законодавства, створює атмосферу цивільно-правового нігілізму, що є особливо негативним явищем в умовах імперативних властивостей цивільного законодавства. Варто звернути увагу на той факт, що суспільні відносини у даній сфері регулюються нормами різноманітної галузевої приналежності, що, у свою чергу, зумовлює потребу наукового осмислення ролі та значення цивільно-правового регулювання приватизації у системі українського законодавства загалом, а також у процесі взаємодії з іншими галузями як приватного, так і публічного права. З огляду на зазначені тенденції, актуальною науковою проблематикою є аналіз підходів дослідників щодо цивільно-правових основ приватизації державного майна, правової природи юридичних фактів у цій сфері суспільних відносин та інституціоналізації нормативно-правового забезпечення майнових прав суб'єктів приватизації.

Стан дослідження проблеми. Дослідження цивільно-правових основ приватизації державного майна останнім часом здійснюється як українськими, так і зарубіжними цивілістами. Серед останніх наукових розвідок потрібно згадати роботи таких науковців, як Ю.В. Алданов, О.А. Беляневич, М.А. Богатирєв, Д.А. Герцев, О.В. Задорожний, П.Н. Коршунов, С.В. Новікова,

© Д. Донцов, 2020

В.І. Яковлев тощо. Водночас варто констатувати, що у дослідженнях вказаних та інших вчених недостатню увагу приділено проблемам ролі та значення правової природи цивільно-правового регулювання приватизації особливостей її інституціоналізації в сучасних умовах розвитку цивільного права.

Метою статті є дослідження наукових підходів щодо цивільно-правових основ приватизації державного майна. Завданням статті виступає характеристика особливостей цивільно-правової інституціоналізації регулювання суспільних відносин у досліджуваній сфері, виявлення особливостей її правової природи та дефінітивного осмислення даного цивільно-правового інституту.

Виклад основного матеріалу. У науковій літературі довгий час зверталася увага на специфічність приватизації як правової форми відчуження об'єктів публічної власності, яка виявляється, зокрема, в тому, що із залученням цих об'єктів у сферу приватного відання виникає усічене право приватної власності на приватизоване майно. Власник такого майна, по суті, продовжує перебувати у правовідносинах із публічним власником і обтяжується низкою зобов'язань, не притаманних цивілістичним відносинам власності. Як слушно зазначає О.А. Беляневич, неминучість звуження обсягу прав власника (покупця об'єкта приватизації) зумовлюється підставами виникнення й припинення права власності, метою, що ставиться на етапі придбання (продажу) відповідного майна, сферою використання об'єкта власності тощо, і це не повинно розглядатися як ущемлення чи обмеження прав покупця державного чи комунального майна як нового власника [1, с. 34].

Цивільно-правовий зміст формулювання поняття приватизації досить влучно відображений у запропонованому Д.А. Герцевим визначенні: «Під приватизацією розуміється врегульований нормами права порядок передачі майна, що перебуває у державній або муніципальній власності, у власність фізичних та (або) юридичних осіб за плату або безоплатно, в суворо встановлених законодавством про приватизацію формах, який передбачає видання органом влади акта ненормативного характеру, що містить рішення про передачу майна у приватну власність, вчинення правочину щодо відчуження зазначеного майна, виконання цієї угоди» [2]. Дане поняття, зважаючи на його повноту, викликає дискусію щодо виду акта, який, за твердженням Д.А. Герцева, є ненормативним. З цього приводу варто зазначити, що процес приватизації державного майна регулювався в різні періоди такими формами нормативно-правових актів, як декрети, зокрема: Декрет Кабінету Міністрів України «Про приватизацію цілісних майнових комплексів державних підприємств та їхніх структурних підрозділів, зданих в оренду» від 20 травня 1993 р., Декрет Кабінету Міністрів України «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» від 17.05.1993 р. [3], які, як і багато інших декретів, надалі набули форм законів.

З цього приводу варто підтримати думку В. Щербини про те, що законодавство України про приватизацію з погляду форми нормативних актів складається із сукупності не тільки законів, а й інших нормативних актів, які регулюють майново-правові та організаційні відносини щодо приватизації державного майна [4, с. 272].

Існує думка дослідників про відокремлення комплексу нормативно-правового регулювання даних суспільних відносин в окрему підгалузь цивільного права. Проблема правового регулювання приватизаційних відносин з точки зору виділення спеціального приватизаційного законодавства з цивільного законодавства неодноразово досліджувалася, висловлювалися різні точки зору. Наприклад, А.Х. Трофімова доходить висновку про те, що, незважаючи на комплексний характер приватизаційного законодавства, що включає в себе цивільно-правові та адміністративно-правові норми, приватизаційне законодавство регулюється єдиним цивільно-правовим методом з урахуванням диференціації за способами дії, у зв'язку з чим нині особливо актуальним є питання про необхідність виділення законодавства про приватизацію в підгалузь цивільного права, регульовану єдиним методом регулювання цивільно-правових відносин з диференціацією за способами дії на відносини приватизації. На думку вказаної вченої [5, с. 24], такий підхід дозволить акцентувати увагу на специфіці приватизаційного законодавства, зберігши при цьому єдність методу цивільно-правового регулювання.

Ю.В. Алданов [6, с. 171] слушно визначає правову природу приватизаційного законодавства й наголошує, що на сучасному етапі, будучи спеціальним комплексним інститутом, норми приватизаційного законодавства, за певних умов місця й часу, мають переважне значення порівняно із загальними нормами цивільного законодавства, наприклад, у частині, що стосується правил здійснення та виконання приватизаційних правочинів, а також правового положення

фізичних та юридичних осіб як суб'єктів відповідних правовідносин у сфері приватизації. На наш погляд, відповідно до правильної характеристики вказаного вище вченого, за своєю природою приватизаційне законодавство має спеціальний комплексний характер, що з одночасною кореляцією його норм із нормами цивільного, адміністративного, фінансового та інших галузей права, має підкреслювати визначальний зміст перш за все права цивільного, а на перспективу, враховуючи розвиток суспільних відносин у сфері відносин власності, зазначене законодавство повинно набути ознак інструмента, котрий гарантує максимально повну захищеність та пріоритетність приватноправових засад набуття права власності через таку спеціальну підставу, як приватизація з одночасним залишенням за державою функції публічно-правового регулювання цих специфічних суспільних відносин.

Інші вчені, наприклад М.А. Богатирев, зазначають, що цивільно-правовий зміст приватизаційних суспільних відносин полягає у відносинах, що складаються між державою, з одного боку, і громадянами і приватними юридичними особами – з іншого, з приводу добровільного відчуження надлишкового публічного майна в приватну власність. Приватизація ним трактується як економіко-правовий процес, пов'язаний з виникненням і здійсненням приватизаційних суспільних відносин [7, с. 24].

В.І. Яковлев з урахуванням того, що держава як власник, відповідно до цивільного законодавства, наділена законним правом самостійно розпоряджатися своїм майном, пропонує під приватизацією державних підприємств розуміти, по-перше, прийняття державою в особі компетентних органів рішення про відчуження підприємств, котрі перебувають у державній власності, по-друге, процедуру відчуження та придбання державних підприємств, яка включає дії сторін, що беруть участь у договорі купівлі-продажу з придбання такого майна, в установленому цивільним і спеціальним законодавством порядку і формах [8, с. 177].

Загалом, в юридичній літературі система правових норм, що регулюють відносини приватизації, була названа Н.М. Коршуновим комплексним міжгалузевим правовим інститутом. При цьому норми даного інституту регулюють процедуру приватизації, яка поєднує в собі елементи адміністративно-господарської діяльності з елементами адміністративно-процесуальної, цивільно-правової, цивільно-процесуальної та інших видів діяльності. Система правових норм, що регулює приватизаційні відносини, може бути представлена як інститут цивільного права, що містить норми приватноправового та публічно-правового характеру, які містяться в різних нормативних юридичних актах. Таке бачення системи правового регулювання приватизаційних відносин відповідає даним класифікатора правових актів, відповідно до якого законодавство про приватизацію віднесено до розділу цивільного законодавства [9].

Саме тому підтримуємо думку О.В. Задорожнього про те, що інститут приватизації належить до базових інститутів цивільного права. Основи цього правового інституту закладені в статті 345 ЦК України, яка прямо відносить приватизацію до сфери регулювання цивільного права. Цивільно-правову сутність інституту приватизації підтверджено, зокрема, офіційним тлумаченням КСУ в рішенні від 01.07.1998 р. № 9-рп по справі № 01/1501-97 № 1-8/98. У зазначеному рішенні суду «угоди приватизації» віднесені до особливих договорів купівлі-продажу державного майна, на які поширюються також відповідні норми цивільного законодавства про угоди, якщо інше не випливає із законодавства про приватизацію [10, с. 13].

У цивільно-правовому сенсі приватизацію державного майна визначають як сукупність заходів щодо платного відчуження майна, яке знаходиться в публічній власності, у власність фізичних та (або) юридичних осіб, тобто як специфічну підставу виникнення і припинення права власності. З урахуванням даного визначення виділяють такі ознаки приватизації державного майна: об'єктом є майно, що перебуває у власності держави; відчуження майна; оплатне відчуження; покупцями є фізичні та юридичні особи; майно з публічної власності переходить у приватну власність [11].

Для реалізації цього основними юридичними фактами, які призводять до виникнення, зміни або припинення приватизаційних правовідносин, є юридичні акти – правомірні дії, з якими норми права пов'язують юридичні наслідки, в силу вольової спрямованості правомірних дій на юридичні наслідки. У процесі приватизації підприємств, що перебувають у державній власності, такими актами є прогнозний план (програма) приватизації державного майна, а також рішення про умови його приватизації, що приймаються уповноваженими органами в установленому законом порядку. Тому підтримуємо думку Д.А. Герцева про те, що виникнення процесу приватизації можливо тільки за наявності складного юридичного складу в суворій послідовності дій уповноважених агентів [2, с. 30].

Отже, будучи одним з основних елементів механізму приватизаційно-правового регулювання, юридичні факти виконують свою головну функцію – забезпечують виникнення, зміну та припинення приватизаційних відносин. Юридичні факти в «приватизаційному» праві виконують і додаткові функції. Перш за все вони виступають гарантією законності, що дозволяє не допустити свавілля зобов'язаних осіб під час здійснення приватизації державного майна. Крім того, на погляд дослідників [12, с. 111], однією з функцій юридичних фактів в «приватизаційному праві» є інформаційна функція, що забезпечує попередній вплив правових норм на суспільні відносини у сфері приватизації. Таким чином, юридичні факти виступають активним дієвим елементом механізму правового регулювання процесу приватизації. Їх закріплення в законодавстві використовується в тому числі як один із засобів впливу на поведінку суб'єктів відносин у сфері зміни форм власності з публічної в приватну.

Серед різноманітності таких юридичних фактів, які зумовлюють динаміку процесу приватизації, ключове місце займає договір приватизації, що формалізує відносини з передачі майна у власність. Нормотворчою ознакою договору приватизації є його спрямованість (мета) – передача майна у власність. Це той уніфікуючий критерій, за яким договір приватизації належить до групи зобов'язань з передачі майна у власність. Однак Н.В. Горіна справедливо наголошує, що договір приватизації з урахуванням того, що кожні договірні взаємовідносини характеризуються не тільки певними уніфікучими ознаками, а й специфічними рисами, відповідно, має специфічний зміст (як і будь-який цивільно-правовий договір), що, на погляд вказаної дослідниці, зумовлено не просто фактичними діями його учасників, а діями, що мають закінчену економічну і юридичну характеристику і внаслідок цього є значущими для права. У договорі приватизації значущим є факт передачі правомочностей володіння, користування і розпорядження договірним майном [13, с. 224].

Цивільно-правова природа приватизації державного майна атрибутивною ознакою зумовлює наявність спеціальних суб'єктів приватизаційних правовідносин – продавців та покупців. Дослідники констатують наявність спеціального цивільно-правового статусу продавця в правовідносинах із приватизації державного майна. О.В. Задорожний слушно акцентує увагу на тому, що, хоча продавцем об'єктів приватизації виступають органи державної влади, які є юридичними особами публічного права, їхній статус у приватизаційних відносинах схожий зі статусом юридичних осіб приватного права. Адже орган приватизації в таких відносинах владних управлінських функцій щодо покупця не здійснює, а є особою, яка представляє власника майна, що до того ж відчужується на підставі цивільно-правового договору, до якого повною мірою застосовуються загальні принципи, притаманні цивільному праву. Наявність спеціального суб'єкта – покупця – та обмеження прав інших осіб, які не можуть бути покупцями, є однією з ознак, що вирізняє приватизацію від звичайного відчуження як елемента управлінської діяльності держави. Водночас особливості цивільно-правового становища об'єктів приватизації як спеціального майна у приватизаційних правовідносинах засвідчують, що до таких об'єктів права державної власності належать всі об'єкти, крім тих, приватизація яких прямо заборонена або обмежена законом [10, с. 8].

Висновки

Таким чином, цивільно-правові основи приватизації державного характеризуються такими закономірностями:

– по-перше, інститут цивільно-правового регулювання приватизації державного майна еволюціонував з підзаконних актів Кабінету Міністрів України та сформувався в окремий правовий інститут шляхом інституціоналізації однорідних і одночасно пов'язаних між собою правових норм, які регулюють відповідну групу суспільних відносин щодо зміни форм власності – переходу об'єктів державної власності до приватної;

– по-друге, в авторському розумінні цивільно-правове регулювання приватизації державного майна – це встановлений нормами цивільного законодавства порядок зміни форми власності, внаслідок якого первинний суб'єкт (органи державної власності публічного права) передає право власності на об'єкт приватизації на користь вторинного суб'єкта (фізичні і юридичні особи приватного права) внаслідок юридичних фактів щодо виникнення, зміни та припинення приватизаційних правовідносин. По суті, даним правовим інститутом регулюється перехід об'єктів власності від суб'єктів публічного до суб'єктів приватного права;

– по-третє, правозастосовна практика приватизації державного майна під час нормативно-правового регулювання набуває міжгалузевого характеру, в якому цивільно-правові норми займають провідне становище, водночас норми публічного права (адміністративні, фінансові тощо) істотно впливають на регулювання майнових відносин у сфері

приватизації. Твердження дослідників про інституціналізацію «приватизаційного» права є дискусійним і потребує окремого акцентованого дослідження, що є перспективою подальших наукових розвідок.

Список використаних джерел:

1. Беляневич О. А. Питання приватизації комунального майна. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народж. В. П. Маслова, Харків, 19 лют. 2016 р. С. 31–35.

2. Герцев Д. А. К вопросу о совершенствовании правового регулирования приватизации государственного и муниципального имущества. *Бизнес в законе*. 2008. № 2. С. 28-31.

3. Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі : Декрет Кабінету Міністрів України від 17.05.1993 р. № 51-93. URL : zakon.rada.gov.ua/laws/show/51-93#Text (дата звернення: 12.11.2020).

4. Щербина В.С. Господарське право : підручник. 5-е вид., перероб. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 720 с.

5. Трофимова А.Х. Актуальность правового регулирования гражданского и приватизационного законодательства. *Юрист*. 2012. № 1. С. 23–26.

6. Алданов Ю.В. Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 300 с.

7. Богатырёв М.А. Приватизация как гражданско-правовой институт. *Право и экономика*. 2006. № 10. С. 22–28.

8. Яковлев В. И. Гражданско-правовое регулирование приватизации государственных предприятий : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2007. 204 с.

9. Коршунов П.Н. Некоторые особенности организации жилищного накопительного кооператива. *Власть закона*. 2011. № 2. С. 32-37.

10. Задорожний О. В. Цивільно-правове регулювання відносин приватизації державного майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2020. 19 с.

11. Новикова С.В. Понятие и способы приватизации государственного и муниципального Имущества. *Политематический сетевой электронный журнал Кубанского государственного аграрного университета*. 2014. Вып. № 100 (06). URL : ej.kubagro.ru/2014/06/pdf/46.pdf (дата звернення: 12.11.2020).

12. Абрамов С.Г., Герцев Д.А. К вопросу о юридическом составе, лежащем в основании возникновения правоотношения при приватизации государственного имущества. *Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал*. 2008. № 1. С. 111–113.

13. Горина Н. В. Принципы приватизации жилых помещений. *Социальные процессы и проблемы государственно-правового регулирования :* сб. межвузовских научных трудов. Екатеринбург: Уральский институт коммерции и права, 2003. С. 211–234.

Denys Dontsov. Civil legal framework for privatizing state property

The article researched scientific approaches to the civil legal basis for the privatization of state property. The purpose of this article is to study scientific approaches to the civil law basis for the privatization of state property. The task of the article is to characterize the features of civil law institutionalization of social relations in the study area, to identify features of its legal nature and a definitive understanding of this civil law institution.

The features of the development of this civil law institution are shown in the works of scientists and legislation. The characteristics of the features of civil legal institutionalization of regulation of public relations in the studied area are given, the features of its legal nature are revealed and the author's definition of this civil law institution is formulated. Shown are various approaches of scientists to understanding the features of civil regulation of privatization, the importance of legal facts in this process. In the author's understanding, the civil regulation of the privatization of state property is the procedure for changing the form of ownership established by the norms of civil legislation, as a result of which the primary subject (public property bodies of public law) transfers the ownership of the privatization object in favor of the secondary entity (individuals and legal entities of private law) due to legal facts regarding the emergence, change and termination of privatization legal relations. In fact, this legal institution regulates the transfer of property objects of public subjects to subjects of private law. Prospects for further studies of civil legal institutionalization of public relations in the field of privatization are formulated.

law enforcement practice of privatization of state property during legal regulation acquires an intersectoral nature, in which civil law rules occupy a leading position, while public law rules (administrative, financial, etc.) significantly affect the regulation of property relations in the field of privatization. Researchers' claims about the institutionalization of "privatization" law are debatable and require a separate focus on research, which is a prospect for further research.

Key words: privatization, state property, civil law regulation, private property, civil law institution.

УДК 343.131
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.04

Ярослава Орловська,
адвокат,
аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського
Національного університету «Острозька академія»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА БЕЗПЕЧНІ ПРОДУКТИ ХАРЧУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню проблематики регулювання права на безпечні продукти харчування та питну воду в контексті права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля. На основі аналізу чинного законодавства України, а також наукових робіт, які були присвячені цій темі, ми проаналізували, яким чином Україна у нормативно-правових актах регулює безпечність харчової продукції, перспективи розвитку українського законодавства у такій сфері, а також практику застосування норм, які регулюють право фізичної особи на безпечні продукти харчування. Також проведено аналіз співвідношення права фізичної особи на безпечні продукти харчування та права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля. З огляду на специфіку такої теми, також проаналізовано українське законодавство у сфері безпеки харчової продукції із вимогами про асоціацію України та Європейського Союзу.

Право на безпечні продукти харчування відіграє одну із ключових ролей права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля, оскільки ринкова економіка передбачає конкуренцію між юридичними та фізичними особами, зокрема і в сфері виробництва та продажу продуктів харчування. З огляду на застарілі стандарти якості, а також неналежний контроль з боку держави, є високий ризик створення неналежної за якістю продукції, що своєю чергою призводить до негативних наслідків, зокрема неякісна продукція беззаперечно негативно впливає на здоров'я фізичної особи і, відповідно, на її життя.

У результаті дослідження зроблено висновок, що право на безпечні продукти харчування є одним з основних немайнових прав, які визначають соціальне буття фізичної особи, та складником права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля. Також пропонується доповнити Цивільний кодекс України окремою статтею, яка б передбачала право фізичної особи на безпечну харчову продукцію. На поточний момент цивільне законодавство не містить такого положення, поняття «безпечна харчова продукція» зазначено лише як один із чинників права на безпечне для життя і здоров'я довкілля.

Ключові слова: право на безпечну харчову продукцію, продукти харчування, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля, правове регулювання якості продукції.

Постановка проблеми. Питання правового регулювання якості харчової продукції актуальне нині, оскільки право фізичної особи на безпечне для життя і здоров'я довкілля нерозривно взаємопов'язане із правом фізичної особи на безпечну харчову продукцію. Євроінтеграційний процес також зумовлює порушення проблематики такої теми задля забезпечення ефективного виходу українського виробника на європейський ринок. Висока якість харчової продукції дасть змогу українському ринку бути конкурентоздатним із європейським ринком.

Вважаю, що правове регулювання виробництва та продажу безпечної та якісної харчової продукції потребує удосконалення та поглибленої уваги. Так, стаття 293 Цивільного кодексу України містить лише дві згадки про харчову продукцію і більше ніде в Цивільному кодексі України не згадується це поняття. Більш широко досліджувана тема врегульована Законом України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів». Однак зазначений Закон постійно зазнає змін, що унеможливлює стабільну практику його застосування.

Тому необхідно більш детально врегулювати досліджуване питання окремою нормою Цивільного кодексу для забезпечення чітко визначеного поняття, достатнього правового регулювання та забезпечення захисту права. Нові норми мають бути нормами нового покоління, які будуть містити у собі прин-

© Я. Орловська, 2020

ципи, вимоги та стандарти харчової продукції, зокрема, із врахуванням угоди про Асоціацію Україна–ЄС.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з цієї теми. Окремі законодавчі та теоретико-правові питання права фізичної особи на безпечні продукти харчування досліджували такі вчені, як: О. Галкіна, С. Воротеницька, Л. Дайнеко, Б. Заплотинський, В. Тупкало, О. Запотоцька, Я. Здоровець, А. Ісічко, Ю. Кирилюк, Е. Клаусен, М. Коваль та ін. У правовій літературі підвищену увагу було приділено проблемам якості харчової продукції, проблематиці застосування чинних норм, які регулюють якість харчової продукції на практиці та розвитку законодавства з такої теми в контексті Асоціації Україна–ЄС, а також відповідно до директив Ради Європи.

Мета і завдання дослідження. Завданням дослідження є проведення аналізу права фізичної особи на безпечні продукти харчування в контексті права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля, виокремлення проблематики такої теми та пропозиції щодо вдосконалення національного законодавства з питання якості харчової продукції.

Виклад основного матеріалу. Насамперед задля проведення аналізу проблематики права фізичної особи на безпечну харчову продукцію необхідно визначити поняття «харчові продукти». Харчові продукти – це об'єкти тваринного та рослинного походження, які використовуються в їжу в натуральному або переробленому вигляді як джерела енергії, харчових, біологічних та смако-ароматичних речовин [1, с. 202].

Натепер якість харчової продукції регулюється, зокрема, Законом України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» [2], ДСТУ-П ISO/TS 22003:2009 «Система управління безпечністю харчових продуктів. Вимоги до органів, що здійснюють аудит та сертифікацію систем управління безпечністю харчових продуктів (ISO/TS 22003:2007, IDT) [3], ДСТУ ISO 22000:2007 «Системи управління безпечністю харчових продуктів. Вимоги до будь-яких організацій харчового ланцюга» (ISO 22000:2005, IDT) [4], ДСТУ ISO 9000:2015 Системи управління якістю. Основні положення і словник термінів (ISO 9000:2015, IDT) [5], законами України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні ГМО» [6], «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» [7], іншими нормативними актами та положеннями.

Як зазначає Т. Сокур, в аграрно-правовій літературі відсутнє єдине визначення понять безпеки та якості харчових продуктів. Так, визначення поняття «якість» наведене в Міжнародному стандарті ISO 9001,87, за яким якість – це сукупність властивостей, характеристик продукції чи послуги, які надають можливість задовольнити зумовлені потреби, що передбачаються вимогами стандартів серії 900. Функціонування системи якості повинне забезпечити впевненість, що протягом певного часу після використання продукції не з'являються шкідливі для здоров'я, життя людини наслідки та інші недоліки [8, с. 150].

У 2014 році було внесено низку змін до українського законодавства у сфері безпеки та якості харчових продуктів. Основною зміною стало викладення Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» у новій редакції у зв'язку з євроінтеграційним процесом, який отримав нову назву «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів». Новий закон був покликаний посприяти гармонізації національного законодавства та законодавства Європейського Союзу, зокрема Регламенту Європейського Союзу № 178/2002 «Про встановлення загальних принципів та вимог у продовольчому праві, про створення європейського органу щодо безпечності харчових продуктів та про встановлення процедури забезпечення безпеки харчових продуктів». Преамбула зазначає, що цей Закон регулює відносини між органами виконавчої влади, операторами ринку харчових продуктів та споживачами харчових продуктів і визначає порядок забезпечення безпечності та окремих показників якості харчових продуктів, що виробляються, перебувають в обігу, ввозяться (пересилаються) на митну територію України та/або вивозяться (пересилаються) з неї.

Однак, аналізуючи цей Закон, можна помітити колізію із Кримінальним кодексом України, зокрема, частина 3 статті 20 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» передбачає, що якщо оператор ринку вважає або має підстави вважати, що харчові продукти, які він ввіз (переслав) на митну територію України, виробив, переробив або обіг яких здійснює, не відповідають вимогам безпечності, він негайно розпочинає процедуру вилучення цих харчових продуктів з обігу та у строк не більше двох робочих днів письмово інформує про виявлену невідповідність компетентний орган. Якщо такі харчові продукти могли потен-

ційно потрапити до споживача, оператор ринку інформує споживачів про причини їх вилучення та у разі потреби відкликає харчові продукти, якщо застосування інших заходів є недостатнім для досягнення прийнятного рівня захисту здоров'я споживачів. З аналізу такої норми можна зробити висновок, що у разі, коли оператор ринку приховує інформацію про те, що харчові продукти, які він ввіз на митну територію України, не відповідають вимогам безпечності, така поведінка прирівнюється до злочинної бездіяльності.

Стаття 227 Кримінального кодексу України [9] регламентує покарання за умисне введення в обіг на ринку України (випуск на ринок України) небезпечної продукції. Зокрема, умисного введення в обіг (випуск на ринок України) небезпечної продукції, тобто такої продукції, що не відповідає вимогам щодо безпечності продукції, встановленим нормативно-правовими актами.

Однак у пункті 44 частини 1 статті 1 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» під поняттям «небезпечний харчовий продукт» зазначається харчовий продукт, що є шкідливим для здоров'я та/або непридатним для споживання. Відповідно до правил української мови сполучник – це службова частина мови, яка вживається для поєднання членів речення, частин складного речення і окремих речень у тексті [10].

Отже, якщо Закон передбачає ототожнення поняття шкідливого та непридатного для споживання харчового продукту, чи можна ототожнювати ці поняття в рамках кримінального права? Якщо продукція є шкідливою для вживання, це ще не означає її непридатність. Якщо ми беремо за приклад харчові продукти низької якості, які за своїми родовими ознаками є шкідливими для організму, чи можуть вони бути непридатними для вживання? Цей Закон визначає поняття «непридатність продукції», зокрема пункт 44 частини 1 статті 1 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» зазначає, що непридатний харчовий продукт – харчовий продукт, який містить сторонні речовини та/або предмети, пошкоджений в інший спосіб та/або зіпсований у результаті механічних, та/або хімічних, та/або мікробних факторів.

Можна зробити висновок, що непридатна харчова продукція не завжди визначається як небезпечна харчова продукція, однак законодавець ототожнює ці два поняття як у статті 20 Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів», так і в статті 227 Кримінального кодексу України.

Така ситуація є прикладом неналежного регулювання законодавства у сфері безпеки харчової продукції.

Певні аспекти щодо визначення небезпечності продукції містять положення Закону України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14 січня 2000 року № 1393-14. Так, відповідно до статті 1 зазначеного Закону до неякісної та небезпечної продукції належить: 1) продукція, яка не відповідає вимогам чинних в Україні нормативно-правових актів і нормативних документів стосовно відповідних видів продукції щодо її споживних властивостей; 2) продукція, яка не відповідає обов'язковим вимогам чинних в Україні нормативно-правових актів і нормативних документів щодо її безпеки для життя і здоров'я людини, майна і довкілля; 3) продукція, якій з моменту збуту споживачам виробником (продавцем) навмисно надано зовнішнього вигляду та (або) окремих властивостей певного виду продукції, але яка не може бути ідентифікована як продукція, за яку вона видається; 4) продукція, під час маркування якої порушено встановлені законодавством вимоги щодо маркування та (або) до змісту і повноти інформації, яка має при цьому повідомлятися; 5) продукція, строк придатності якої до споживання або використання закінчився; 6) продукція, на яку немає передбачених законодавством відповідних документів, що підтверджують якість та безпеку продукції.

Як зазначає Т. Оверковська, на законодавчому рівні певною мірою визначаються ті ознаки, що є характерними для визнання продуктів харчування та продовольчої сировини небезпечними для життя і здоров'я людини [11, с. 110].

Важливими факторами у забезпеченні безпечності харчових продуктів для організму людини є: 1) відповідність складників харчового продукту вимогам, встановленим відповідною технічною документацією; 2) забезпечення безпеки харчового продукту можливе лише шляхом закріплення відповідних умов у нормативно-технічній документації стосовно кожного виду харчового продукту [12].

Що ж стосується законодавства Європейського Союзу, то О. Запотоцька вказує на те, що у країнах ЄС традиційно превалює концепція вільного ринку з чітким контролем за безпечністю товарів, робіт та послуг, які можуть вплинути на здоров'я та безпеку людей, тварин і рослин. Водночас контроль за якістю всіх інших споживчих товарів організовано за принципом здійснення вибіркових

контролів та перевірок, замовлених (і оплачених) самим виробником. Ринок регулює сам себе, стимулюючи виробника до кращих (а отже, якісніших) пропозицій. Віддаючи перевагу тим чи іншим товарам, роботам чи послугам, споживач контролює характеристики товарів, які споживає. Виробник безпосередньо зацікавлений у зменшенні кількості скарг та рекламацій від споживачів, а отже, і відповідальність за якість своєї продукції бере повністю на себе [13, с. 154, 155].

Як зазначає А. Ісічко, стандарти ЄС – це відсутність спонтанних та необґрунтованих перевірок виробника. Водночас при цьому діє чітка система правил, якими він має керуватися. Європейські країни відповідно налаштували свої контрольні системи, які сигналізують про рівень дотримання виробниками загальнообов'язкових правил таким чином, щоб не покладати надмірного обтяження на виробника [14].

Адаптація українського законодавства до стандартів Європейського Союзу здійснюється шляхом: розвитку законодавства України у напрямі його наближення до законодавства Європейського Союзу та забезпечення високого рівня підготовки в Україні проєктів законів та інших нормативно-правових актів; створення правової бази для інтеграції України до Європейського Союзу; створення на законодавчому рівні загальнодержавного механізму адаптації законодавства, який визначав би цілі та сфери, етапи адаптації законодавства, складниками якого повинно бути фінансове, інформаційне, наукове та кадрове забезпечення тощо [15].

Реалізація на практиці концепції імплементації до українського законодавства норм права Європейського Союзу далека від теорії. Наприклад, відповідно до частини 2 статті 6 Закону України «Про молоко та молочні продукти» [16] у виробництві традиційних молочних продуктів забороняється використовувати жири та білки немолочного походження, а також будь-які стабілізатори і консерванти. Проте за підсумками рейдів Спілки молочних підприємств спільно з громадською організацією «Громадський контроль» щодо перевірки якості молочних продуктів встановлено, що приблизно 40 тисяч тонн вершкового масла в Україні виробляється з чого завгодно, тільки не з молока. Про це свідчать результати нескладного підрахунку. На виробництво 101 тисячі тонн вершкового масла, виготовлених 2016 року, мало бути використано 2,2 мільйона тонн молока, насправді ж – на 898 тисяч тонн менше. Отже, 40 тисяч тонн – це фальсифікат [17, с. 5].

Цей приклад показує неефективність державного нагляду за якістю харчової продукції. У 2017 році було виключено Розділ III Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», «Засади та порядок здійснення державного контролю». На зміну окремому розділу прийшов повноцінний спеціальний закон, який покликаний врегулювати це питання. Преамбула Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» [18] передбачає, що цей Закон визначає правові та організаційні засади державного контролю, що здійснюється з метою перевірки дотримання операторами ринку законодавства про харчові продукти, корми, здоров'я та благополуччя тварин, а також законодавства про побічні продукти тваринного походження під час ввезення (пересилання) таких побічних продуктів на митну територію України. Стаття 11 цього Закону передбачає комплекс прав державних інспекторів у сфері перевірки якості харчової продукції, однак на практиці ситуація і надалі залишається незадовільною.

Це своєю чергою ставить під загрозу насамперед право фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я безпечне довкілля, оскільки бездіяльність органів державної влади, їх посадових та службових осіб призводить до порушення права фізичної особи на безпечні для життя та здоров'я продукти харчування.

Стаття 293 Цивільного кодексу України [19] містить лише одне речення, яке стосується безпеки харчової продукції, зокрема, частина 3 статті передбачає, що фізична особа має право на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту). Постає питання, чому таке важливе немайнове право для соціального буття людини не було включене та розгорнуто описане в Главі 22 Цивільного кодексу України «Особисті немайнові права, що забезпечують соціальне буття фізичної особи».

У зв'язку із цим постає очевидна пропозиція внесення зміни до Глави 22 Цивільного кодексу України, зокрема щодо включення окремого положення, яке буде присвячено виключно праву фізичної особи на безпечні продукти харчування.

Висновки

Право на безпечні продукти харчування є одним з основних немайнових прав, які визначають соціальне буття фізичної особи. Воно є складником права фізичної особи на безпечне для життя та здоров'я довкілля. Однак, на нашу думку, цьому питанню не при-

ділено достатньої уваги з боку законодавця. Як було зазначено вище, стаття 293 Цивільного кодексу України містить лише одне речення, яке стосується безпеки харчової продукції, а Глава 22 Цивільного кодексу України взагалі не містить регулювання права фізичної особи на безпечні для життя та здоров'я продукти харчування. Саме тому було запропоновано внести зміни до Глави 22 Цивільного кодексу України, зокрема щодо включення окремого положення, яке буде присвячене виключно праву фізичної особи на безпечні продукти харчування.

Основним законом, який регулює безпеку харчової продукції, є Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», він містить загальний механізм регулювання безпеки харчової продукції, однак у ньому є недоліки. Внаслідок імплементації європейського законодавства у національне відповідно до Угоди про асоціацію України та Європейського Союзу виникли колізії права, як приклад було проаналізовано колізію поняття небезпечних та непридатних харчових продуктів, його нераціональне використання у правовому полі, що викликає конфлікт взаємодії цих понять у зв'язку з їхнім ототожненням.

Також викликає занепокоєння практичне застосування зазначених правових норм, оскільки державний контроль за якістю харчової продукції проводиться неналежним чином, що ставить під загрозу як право фізичної особи на безпечну для життя та здоров'я харчову продукцію, так і право фізичної особи на безпечне для життя і здоров'я довкілля загалом.

Список використаних джерел:

1. Гулий І.С., Сімахіна Г.О., Українець А.І. Основи валеології. Валеологічні аспекти харчування. Київ : НУХТ, 2003, 286 с.

2. Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів : Закон України від 23.12.1997 р. № 771/97-ВР. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 16.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/771/97-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 24.11.2020).

3. ДСТУ-П ISO/TS 22003:2009 «Система управління безпечністю харчових продуктів. Вимоги до органів, що здійснюють аудит та сертифікацію систем управління безпечністю харчових продуктів (ISO/TS 22003:2007, IDT). URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=78876.

4. ДСТУ ISO 22000:2007 «Системи управління безпечністю харчових продуктів. Вимоги до будь-яких організацій харчового ланцюга» (ISO 22000:2005, IDT). URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=68013

5. ДСТУ ISO 9000:2015 Системи управління якістю. Основні положення і словник термінів (ISO 9000:2015, IDT). URL: https://khoda.gov.ua/image/catalog/files/%209000.pdf

6. Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні ГМО : Закон України від 31.05.2007 р. № 1103-V. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 16.10.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1103-16#Text (дата звернення: 24.11.2020).

7. Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції : Закон України від 14.01.2000 р. № 1393-XIV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 16.10.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1393-14#Text (дата звернення: 24.11.2020).

8. Сокур Т.А. Правові аспекти безпечності харчових продуктів в Україні. *Право і суспільство*. 2018. № 1. С. 148–153.

9. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 14.11.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 24.11.2020).

10. Портал української мови. URL: http://pravila-uk-mova.com.ua/.

11. Оверковська Т. Правове регулювання безпечності харчових продуктів. *Аграрне право*. 2018. № 4. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/4/20.pdf.

12. Пархоменко М.М. Правове визначення якості як засіб забезпечення безпеки харчової продукції. *Сборник научных трудов SWorld*. № 26 (4), с. 11–13. URL: www. sworld. com.ua

13. Запотоцька О. Публічне адміністрування у сфері безпечності та якості харчової продукції : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2019. 487 с. URL: https://dduvs.in.ua/wp-content/uploads/files/Structure/science/rada/dissertations/26/5.pdf.

14. Ісічко. А. Реформа сфери захисту споживачів. Чи готові ми до євростандартів. URL: https://www.eurointegration.com.ua/experts/2016/02/10/7044602/.

15. Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 22.11.2002 р. № 228-IV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 21.11.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/228-IV#Text (дата звернення: 24.11.2020).

16. Про молоко та молочні продукти : Закон України від 24.06.2004 р. № 1870-IV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада Укра-

їни. Дата оновлення: 16.10.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1870-15#Text (дата звернення: 24.11.2020).

17. Гончаренко В. Масло без масла. *Урядовий кур'єр*. 22 грудня 2017. № 242. С. 5.

18. Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин : Закон України від 18.05.2017 р. № 2042-VIII. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 21.06.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2042-19#Text (дата звернення: 24.11.2020).

19. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *База даних «Законодавство України»* / Верховна Рада України. Дата оновлення: 16.10.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 24.11.2020).

Yaroslava Orlovska. Legal regulation of the right of an individual to safe food products

This article is devoted to the study of the regulation of the right to safe food products and potable water in the context of the right of an individual to a safe environment for life and health. Based on the analysis of the current legislation of Ukraine, as well as scientific papers on this topic, we analysed how Ukraine regulates food safety in the regulatory legal acts, development perspectives of the Ukrainian legislation in this area, together with the practice in the application of rules governing the right of an individual to safe food products. Furthermore, there was analyzed the relationship between the right of an individual to safe food products and the right of an individual to a safe environment for life and health. Taking into account the specificity of this topic, the Ukrainian legislation in the field of food safety with the requirements of the association of Ukraine and the European Union were also analyzed.

The right to safe food products plays one of the key roles in the individual's right to a safe and healthy environment, as market economy requires competition between the legal entities and the individuals, even in the production and sale of food products. Taking into account the outdated quality standards, as well as inadequate control by the state, there is a high risk of manufacturing the low quality products, which in turn leads to negative consequences, in particular poor quality products undoubtedly have a negative impact on the health of individuals and, consequently, on their lives.

As a result of the study it was concluded that the right to safe food products is one of the main intangible rights that determine the social life of an individual. Moreover it is the component of the right of an individual to a safe environment for life and health. Furthermore, it is also suggested to add a separate article to the Civil Code of Ukraine, which would provide for the right of an individual to safe food products.

At present, the civil law does not contain such a provision. As the concept, safe food is mentioned only as one of the factors of the right to a safe environment for life and health.

Key words: right to safe food, food products, right to a safe environment for life and health, legal regulation of product quality.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.05

Анастасія Покровська,
аспірантка кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДОГОВІР ПРО ЗАДОВОЛЕННЯ ВИМОГ ІПОТЕКОДЕРЖАТЕЛЯ ЯК ІНСТРУМЕНТ РЕАЛІЗАЦІЇ САМОЗАХИСТУ

У статті аналізується роль договору про задоволення вимог іпотекодержателя як інструменту, завдяки якому здійснюється самозахист у договірних відносинах. Указується на можливість задоволення вимог іпотекодержателя (кредитора) шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки в разі порушення зобов'язання боржником без звернення до юрисдикційних органів.

Авторка розмежовує такі поняття, як «спосіб» і «засіб» захисту. У зв'язку з цим указується, що реалізація іпотекодержателем як кредитором права іпотеки шляхом позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки є способом самозахисту, а засобом (інструментом) самозахисту є договір про задоволення вимог іпотекодержателя.

У статті акцентується увага на тому, що умова про можливість позасудового врегулювання сторонами іпотечних відносин питання про звернення стягнення на предмет іпотеки повинна міститися в договорі у вигляді застереження до іпотечного договору або ж шляхом укладення окремого договору про задоволення вимог іпотекодержателя. Коли такого застереження немає або договір не був укладений, то захист прав іпотекодержателя здійснюється виключно в юрисдикційний формі.

Крім того, детально аналізуються два способи самозахисту прав іпотекодержателя, що повинні міститися в договорі про задоволення вимог іпотекодержателя чи у відповідному застереженні до іпотечного договору: можливість передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання та право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки на підставі договору купівлі-продажу будь-якій особі. На підставі аналізу законодавства та судової практики робиться висновок, що договір про забезпечення вимог іпотекодержателя дає кредитору змогу самостійно захистити свої права шляхом набуття у власність предмет застави. Звертається увага на те, що право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки будь-якій особі-покупцеві може бути реалізовано не лише на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя (чи відповідного застереження в іпотечному договорі), а й на підставі рішення суду.

Наголошується на тому, що іпотекодержатель реалізує своє право на продаж предмета іпотеки й укладає договір купівлі-продажу щодо нього від свого імені, не потребуючи при цьому додаткового дозволу іпотекодавця на такі дії. Діючи від свого імені, іпотекодержатель є стороною договору купівлі-продажу на боці продавця.

Авторка вказує на необхідність передання іпотекодавцем як власником іпотекодержателю правовстановлюючих документів на предмет іпотеки для забезпечення реальної можливості в разі порушення зобов'язання іпотекодавцем укласти договір купівлі-продажу цього майна з будь-якою третьою особою з метою захисту своїх прав.

Ключові слова: договір про задоволення вимог іпотекодержателя, іпотечний договір, способи самозахисту, застава нерухомого майна.

Постановка проблеми. У сучасних умовах сторони в договірних відносинах усе частіше вдаються до самостійного врегулювання спорів, що виникають між ними. Між тим у законі відсутній перелік можливих способів самостійного захисту прав, що спричиняє значні складнощі для учасників цивільних відносин при практичній реалізації права на самозахист.

Практичну можливість заповнити вакуум у цьому питанні дає змогу Закон України «Про іпотеку» від 05.06.2003 [1]. Цей Закон надає право сторонам іпотечного договору домовитися про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя. Положення щодо договору про задоволення вимог іпотекодержателя, які закріплені в ст. ст. 33, 36, 38 Закону України «Про іпотеку», потребують наукового обґрунтування з погляду можливості використання договору про задоволення вимог іпотекодержателя як інструменту здійснення самозахисту в договірних відносинах.

© А. Покровська, 2020

Перспективи дослідження полягають у тому, щоб утвердити думку про реалізацію кредитором права іпотеки в порядку позасудового врегулювання шляхом звернення стягнення на іпотечне майно за договором про задоволення вимог іпотекодержателя як способу самозахисту в договірних відносинах.

У юридичній літературі дослідженню проблемних питань правового регулювання іпотеки присвячені праці таких науковців, як І.Й Пучковська [2; 3], В.В. Вітрянський [4], Н.С. Кручок [5], Р.А. Майданник [6], О.С. Кізлова [7] та ін. Водночас недостатньо уваги приділено договору про задоволення вимог іпотекодержателя як дієвому інструменту для здійснення позасудового захисту в цивільних правовідносинах.

Метою статті є дослідження й аналіз ролі договору про задоволення вимог іпотекодержателя в механізмі застосування неюрисдикційної форми захисту прав (самозахисту) у договірних відносинах.

Виклад основного матеріалу. Цивільний кодекс України закріплює право особи самостійно обирати й використовувати способи самозахисту, що можуть бути передбачені в договорі або законі. Самого ж переліку таких способів Кодекс не містить, що викликає наукові дискусії з приводу зарахування до способів самозахисту тих чи інших правових конструкцій, у тому числі й видів забезпечення виконання зобов'язання.

О.П. Сергєєв під способами захисту розуміє закріплені законом матеріально-правові заходи примусового характеру, за допомогою яких здійснюються відновлення (визнання) порушених прав і вплив на правопорушника [8, с. 339]. Погоджуючись із запропонованою позицією, необхідно додати, що в сучасному цивільному праві існують різноманітні способи захисту прав, що застосовуються учасниками договірних відносин у межах різних форм захисту.

Так, у сучасній юридичній літературі висловлюються думки про можливість застосування видів забезпечення виконання зобов'язання як способів захисту прав. Зокрема, І.Й. Пучковська зазначає, що види забезпечення встановлюються на випадок можливого порушення боржником забезпеченого зобов'язання. Отже, види забезпечення «спрацьовують» саме при порушенні прав, захищаючи інтереси кредитора. Сама можливість їх реалізації, зокрема при іпотеці шляхом звернення стягнення на заставне майно, справляє стимулюючий вплив на боржника, тим самим спонукаючи його до належного виконання забезпеченого зобов'язання. Саме тому визначальною, основною функцією видів забезпечення виконання зобов'язання дослідниця вважає захисну функцію [9, с. 3]. Будучи спрямованими на захист прав, види забезпечення виконання зобов'язання можуть виступати способами захисту в межах як юрисдикційної форми захисту прав, так і самозахисту. Коли види забезпечення виконання зобов'язання, зокрема застава (іпотека), реалізуються особою самостійно, без звернення до юрисдикційних органів, тобто в межах неюрисдикційної форми захисту, мова йде про їх реалізацію як способів самозахисту прав кредитора.

Під самозахистом вітчизняний законодавець розуміє застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. Сутність права на самозахист полягає в тому, що, коли порушується або існує загроза порушення прав чи законних інтересів особи, вона має право самостійно, без звернення до юрисдикційних органів здійснити певні дії, що будуть спрямовані на запобігання порушенням чи усунення порушення її прав чи законних інтересів у межах, установлених законом або договором. При цьому способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Вони можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства.

У Законі України «Про іпотеку» іпотека визначається як вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні та користуванні іпотекодавця. Але в традиційному тлумаченні під іпотекою розуміють заставу нерухомості (здебільшого землі й будівель) з метою отримання іпотечної позики, а також заставу й борг за іпотечним кредитом [7, с. 14]. Завдання іпотеки як виду забезпечення виконання зобов'язання полягає в стимулюванні другої сторони до належного виконання зобов'язання та можливості «захиститися» за рахунок заставленого майна в разі порушення зобов'язання контрагентом. Отже, іпотека в договірних відносинах може бути способом самозахисту в тому випадку, коли особа, права якої порушено, реалізує право на заставлене майно самостійно та без звернення до юрисдикційних органів. Така можливість кредитору як іпотекодержателю надається в разі досягнення сторонами іпотечних відносин домовленості про позасудове звернення стягнення на предмет іпотеки в разі порушення боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання завдяки укладенню

договору про задоволення вимог іпотекодержателя.

Перш ніж перейти до аналізу положень закону, які стосуються договору про задоволення вимог іпотекодержателя, необхідно провести розмежування понять «засіб» і «спосіб» захисту, щоб у подальшому уникнути їх ототожнення. Виходячи зі значення поняття «засіб», необхідно зазначити, що під засобом розуміють механізми, пристрої тощо, необхідні для здійснення чого-небудь, для якоїсь діяльності; те, що слугує знаряддям у певній справі [10, с. 420]. Так, у юридичній літературі висловлюється думка, що під засобами самозахисту необхідно розуміти конкретні інструменти (знаряддя, предмети, пристосування), які можуть бути застосовані для самостійного захисту своїх прав, свобод і законних інтересів [11, с. 33]. Убачається, що засобами самозахисту в такому випадку є певні фактичні дії або речі матеріального світу, за допомогою яких забезпечується реалізація особою способів самозахисту. Уважаємо, що реалізація іпотекодержателем як кредитором права іпотеки шляхом позасудового звернення стягнення на предмет іпотеки є способом самозахисту, а засобом або ж інструментом самозахисту прав завдяки застосуванню кредитором цього способу захисту є договір про задоволення вимог іпотекодержателя.

Чинним цивільним законодавством установлені такі способи звернення стягнення на предмет іпотеки:

1. Судовий (звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі рішення суду).

2. Позасудовий: захист прав нотаріусом (звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі виконавчого напису нотаріуса) або самозахист (згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя) [12].

Така позиція є усталеною в судовій практиці [13; 14], що ще раз підтверджує важливу роль договору про задоволення вимог при реалізації іпотекодержателем (кредитором) права на самозахист.

Умова про можливість позасудового врегулювання сторонами іпотечних відносин питання про звернення стягнення на предмет іпотеки повинна міститися в договорі. Це може бути зроблено у вигляді застереження до іпотечного договору або ж шляхом укладення окремого договору про задоволення вимог іпотекодержателя, що підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню. Коли такого застереження немає або договір не укладений, то захист прав іпотекодержателя здійснюється виключно в юрисдикційній формі.

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя визначає можливі способи звернення стягнення на предмет іпотеки. Передбачивши в договорі певні способи звернення стягнення на предмет іпотеки, сторони не позбавляються права застосовувати й інші, установлені законом способи [1].

Отже, домовленість сторін про застосування позасудового врегулювання при зверненні стягнення на предмет іпотеки має міститися в договорі про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідному застереженні в іпотечному договорі та передбачає:

1) можливість передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання;

2) право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки на підставі договору купівлі-продажу будь-якій особі.

Розглянемо зазначені в законодавстві способи звернення стягнення на предмет іпотеки в позасудовому порядку з огляду на їх роль у реалізації особами права на самозахист.

Так, першим варіантом для іпотекодержателя може бути задоволення забезпеченої іпотекою вимоги шляхом набуття права власності на предмет іпотеки. У цьому випадку правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, яке є предметом іпотеки, є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками та передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання.

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя чи іпотечний договір, який містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, є документами, що підтверджують перехід права власності на предмет іпотеки до іпотекодержателя та є підставою для внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно. Право власності іпотекодержателя на предмет іпотеки в такому разі виникає з моменту державної реєстрації права власності іпотекодержателя на предмет іпотеки [1].

Закон України «Про іпотеку» вказує, що іпотекодержатель набуває предмет іпотеки у власність за тією вартістю, що визначається суб'єктом оціночної діяльності на момент такого набуття. У разі набуття права власності на предмет іпотеки іпотекодержатель зобов'язаний відшкодувати іпотекодавцю перевищення 90 відсотків вартості предмета іпотеки над розміром забезпечених іпотекою вимог іпотекодержателя.

Отже, у такому випадку договір про забезпечення вимог іпотекодержателя дає останньому змогу самостійно захистити свої

права шляхом набуття у власність предмета застави, що цілком узгоджується з правовою природою самозахисту.

У свою чергу, право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки будь-якій особі-покупцеві може бути реалізовано як на підставі рішення суду, так і на підставі договору про задоволення вимог іпотекодержателя (чи відповідного застереження в іпотечному договорі).

На практиці це положення закону викликає непорозуміння щодо реалізації права на продаж іпотекодержателем майна іпотекодавця. Зокрема, для учасників цивільних відносин часто незрозумілим є те, чи достатньо передбачити в договорі такий продаж,як позасудовий спосіб захисту прав? Зокрема, в одній зі справ Верховний Суд України вказав на те, що способами задоволення вимог іпотекодержателя під час звернення стягнення на предмет іпотеки на підставі рішення суду є:

1) реалізація предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів;

2) продаж предмета іпотеки іпотекодержателем будь-якій особі-покупцеві.

Незважаючи на те що сторони цієї справи в іпотечному договорі передбачили позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом продажу предмета іпотеки іпотекодержателем від свого імені будь-якій особі-покупцеві на підставі договору купівлі-продажу, іпотекодержатель звернувся до суду, щоб такий спосіб захисту його прав визначив саме суд. У цій справі Верховним Судом України зроблене влучне роз'яснення, що звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом установлення в рішенні суду права іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу можливе лише за умови, що сторони договору іпотеки не передбачили цей спосіб задоволення вимог іпотекодержателя в договорі про задоволення вимог іпотекодержателя або в іпотечному застереженні, яке прирівнюється до такого договору за юридичними наслідками. Якщо ж сторони договору іпотеки передбачили такий спосіб задоволення вимог іпотекодержателя в договорі про задоволення вимог іпотекодержателя або в іпотечному застереженні, позовна вимога про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом установлення в рішенні суду права іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу є неналежним способом захисту [15].

Останнє красномовно свідчить про те, що право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу реалізується ним самостійно, без звернення до юрисдикційних органів, оскільки є способом самозахисту.

Якщо договором про задоволення вимог іпотекодержателя передбачено право іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки будь-якій особі-покупцеві, посвідчення таких договорів здійснюється за загальними правилами посвідчення договорів про відчуження нерухомого майна. Для посвідчення такого договору іпотекодержатель зобов'язаний за тридцять днів до укладення договору купівлі-продажу письмово повідомити іпотекодавця та всіх осіб, які мають зареєстровані в установленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, про свій намір укласти такий договір. Іпотекодержатель має документально підтвердити нотаріусу, що він повідомив осіб, які мають зареєстровані в установленому законом порядку права чи вимоги на предмет іпотеки, відповідно до інформації з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно [16].

Іпотекодержатель реалізує своє право на продаж предмета іпотеки та укладає договір купівлі-продажу щодо нього від свого імені, не потребуючи при цьому додаткового дозволу іпотекодавця на такі дії. Це право виникає в нього безпосередньо з договору про задоволення вимог іпотекодержателя. У такому випадку стороною договору купівлі-продажу на боці продавця виступає не власник майна або його представник, а іпотекодержатель, який діє від свого імені.

Разом з укладенням договору про задоволення вимог іпотекодержателя іпотекодавець (боржник) передає іпотекодержателю (кредитору) правовстановлюючі документи на нерухоме для забезпечення можливості останнім захистити свої права в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання іпотекодавцем шляхом укладення договору купівлі-продажу щодо предмета іпотеки.

Оскільки, за загальним правилом, право продажу товару належить власникові товару, то в цьому випадку продаж майна іпотекодержателем є винятком із правила, можливість якого встановлена Законом України «Про іпотеку». За правовою природою відносини, які виникають між кредитором-іпотекодержателем (за сумісництвом і продавцем за договором купівлі-продажу), боржником-іпотекодавцем і покупцем, є відносинами посередництва. Це випливає з того, що іпотекодержатель як продавець за договором купівлі-продажу діє від свого імені, що характерно саме для відносин

посередництва, а не від імені власника іпотекодавця, що має місце при представництві. Сам же договір про задоволення вимог іпотекодержателя або застереження в іпотечному договорі, що містить такий позасудовий спосіб звернення стягнення, як право іпотекодержателя продати об'єкт іпотеки будь-якій особі від свого імені, варто розглядати як документ, що наділяє іпотекодержателя відповідним обсягом правоздатності для вчинення договору купівлі-продажу від свого імені [18, с. 165].

Задовольнивши свої вимоги, іпотекодержатель також повертає різницю у вартості майна, що реалізовано в порядку купівлі-продажу іпотекодавцю.

Отже, так само, як і передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, право іпотекодержателя продати предмет іпотеки будь-якій особі, що відбувається на підставі укладеного між іпотекодавцем та іпотекодержателем договору про задоволення вимог іпотекодержателя, означає реалізацію кредитором свого права на захист у неюрисдикційній формі.

Висновки

Отримані результати свідчать про те, що договір про задоволення вимог іпотекодержателя чи відповідне застереження в іпотечному договорі є дієвими інструментами реалізації кредитором (іпотекодержателем) права іпотеки шляхом самозахисту, тобто здійснення його в межах неюрисдикційної форми захисту прав, чому знаходимо підтвердження як у висловлюваннях науковців, так і в численних матеріалах судової практики. Завдяки такому правовому інструменту в разі порушення боржником основного зобов'язання, забезпеченого іпотекою, або порушення іпотекодавцем умов іпотечного договору іпотекодержатель (кредитор) має можливість ефективно захистити свої права, звернувши стягнення на іпотечне майно. Наділення кредитора як іпотекодержателя такою можливістю шляхом домовленості сторін іпотечних відносин не тільки сприяє захисту приватних інтересів, адже сторони можуть самостійно та оперативно захистити свої права, а й суспільних, значною мірою розвантажуючи систему судів щодо розгляду справ про звернення стягнення на іпотечне майно.

Список використаних джерел:

1. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 38. Ст. 313.

2. Пучковская И.И. Залог недвижимости – способ обеспечения исполнения обязательств : дисс. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1995. 198 с.

3. Пучковская И.И. Ипотека: залог недвижимости : монография. Харьков : Консум, 1997. 132 с.

4. Витрянский В.В. Порядок обращения взыскания на заложенное имущество. *Закон: Журнал для деловых людей*. 1995. № 5. С. 82–85.

5. Кручок Н.С. Іпотека в Україні: стан та перспективи розвитку : монографія. Київ : Нічлава, 2010. 328 с.

6. Майданник Р.А. Правова природа інституту іпотеки. *Юридичний вісник*. 2009. № 1 (10). С. 31–38.

7. Кізлова О.С. Застава в цивільному праві України (концептуальні засади та правова природа) : автореф дис. ... докт. юрид. наук. Одеса, 2011. 38 с.

8. Гражданское право : учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Москва, 2005. 765 с.

9. Пучковская И.И. О способах обеспечения исполнения обязательств как способах защиты. *Вестник Брянского государственного университета*. 2012. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/o-sposobah-obespecheniya-ispolneniya-obyazatelstv-kak-sposobah-zaschity/viewer (дата звернення: 25.10.2020).

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

11. Иванова А.А. Самозащита как юридический инструмент обеспечения безопасности. *Вестник Нижегородской академии МВД России. Серия «Общетеоретические и исторические проблемы юридической науки практики»*. 2014. № 4 (28). С. 29–34.

12. Постанова Верховного Суду України від 13 листопада 2019 р. (справа № 234/10832/16-ц). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85903431 (дата звернення: 25.10.2020).

13. Постанова Верховного Суду України від 18 лютого 2020 р. (справа № 642/1012/14-ц). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87703425 (дата звернення: 25.10.2020).

14. Постанова Верховного Суду України від 22 квітня 2020 р. (справа № 523/8298/16-ц). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89034234 (дата звернення: 25.10.2020).

15. Постанова Верховного Суду України від 18 березня 202 р. (справа № 755/15734/16-ц). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88495029 (дата звернення: 25.10.2020).

16. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. *Офіційний вісник України*. 2012. № 17. Ст. 632 (дата звернення: 25.10.2020).

17. Ходико Ю.Є Звернення стягнення на предмет іпотеки в договірному порядку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 30. С. 162–166.

Anastasiia Pokrovska. Agreement on meeting mortgage's requirements as a tool of self-defense

The article analyzes the role of the agreement on satisfaction of the mortgagee's claims as an instrument through which self-protection is exercised in contractual relations. It is pointed out that it is possible to satisfy the mortgagee's (creditor's) claims by foreclosure on the subject of the mortgage in case of violation of the obligation by the debtor without contacting the jurisdictional authorities.

The author distinguishes between such concepts as "method" and "means" of protection. In this regard, it is indicated that the exercise of the mortgage right by the mortgagee as a creditor through extrajudicial foreclosure on the subject of the mortgage is a method of self-protection, and the means (instrument) of self-protection is an agreement on satisfaction of the mortgagee's claims.

The article focuses on the fact that the condition on the possibility of extrajudicial settlement by the parties to mortgage relations of the issue of foreclosure on the subject of the mortgage should be contained in the agreement in the form of a clause to the mortgage agreement or by concluding a separate agreement on satisfaction of the mortgagee's claims. In cases where there is no such clause or the agreement has not been concluded, then the protection of the mortgagee's rights is carried out in a jurisdictional form.

In addition, the article analyzes in detail two methods of self-protection of the mortgagee's rights, which should be contained in the agreement on satisfaction of the mortgagee's claims or in the corresponding clause to the mortgage agreement: the possibility of transferring the ownership of the mortgage to the mortgagee by fulfilling the main obligation and the mortgagee's right to sell the subject of the mortgage on the basis of a sale and purchase agreement to any person. Based on the analysis of legislation and judicial practice, it is concluded that the agreement on satisfaction of the mortgagee's claims allows the creditor to independently protect their rights by acquiring the property of the pledge. Attention is drawn to the fact that the mortgagee's right to sell the subject of the mortgage to any buyer can be exercised not only on the basis of the agreement on satisfaction of the mortgagee's claims (or the corresponding clause in the mortgage agreement), but also on the basis of a court decision.

It is emphasized that the mortgagee exercises their right to sell the subject of the mortgage and concludes a sale and purchase agreement to it on their own behalf, without requiring additional permission from the mortgagor for such actions. Acting on their own behalf, the mortgagee is a party to the sale and purchase agreement on the seller's side.

The author points out the need for the mortgagor as an owner to transfer to the mortgagee the documents on the subject of the mortgage in order to provide a real opportunity in case of violation of the obligation by the mortgagee to conclude the sale and purchase agreement for this property with any person in order to protect their rights.

Key words: agreement on satisfaction of the mortgagee's claims, mortgage agreement, self-protection methods, pledge of real estate.

УДК 347.626.96
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.06

Лілія Радченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СІМЕЙНІ ТРАСТИ Й УПРАВЛІННЯ МАЙНОМ ПОДРУЖЖЯ В ПРАВІ ОКРЕМИХ ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

Стаття присвячена розгляду особливостей регулювання відносин щодо управління майном подружжя за законодавством різних держав і правових сімей, визначенню специфіки нормативного закріплення та реалізації прав подружжя на управління спільним майном у праві окремих іноземних держав, а також окресленню основних правових підходів зарубіжних законодавств із цього приводу. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновки та пропозиції щодо вдосконалення й розвитку національної системи правового регулювання сімейних відносин.

У статті на підставі порівняльно-правового аналізу положень нормативно-правових актів іноземних держав у сфері регулювання відносин щодо управління майном подружжя наголошується про наявність декількох правових підходів. Згідно з першим, який застосовується насамперед у країнах континентальної правової сім'ї, управління майном подружжя здійснюється на базі легального режиму, що передбачає спільне управління подружнім майном (із певними особливостями, визначеними національним законодавством відповідних держав), якщо інше не передбачено договором між ними. У державах Азії правове регулювання відносин щодо управління майном подружжя врегульовано по-різному, проте навіть сьогодні для сімейного права багатьох держав цього регіону характерним є неформальне верховенство чоловіка у вирішенні питання щодо управління спільним майном. Відповідно до підходу, що застосовується в країнах англо-американської правової сім'ї, управління майном подружжя базується на системі сімейних трастів, що передбачає можливість надання спільного майна в управління третій особі на користь подружжя чи їхніх дітей.

У сімейному законодавстві України домінуючим є перший підхід, що передбачає управління майном подружжя на базі легального режиму. Проте не варто беззастережно заперечувати можливість застосування елементів довірчого управління для регламентації відносин щодо набуття й управління спільним майном подружжя. Реалізація інституту довірчого управління в сімейних відносинах має не суперечити законодавству України, принципам сімейного права та моральним засадам суспільства, а також задовольняти права й законні інтереси подружжя в управлінні спільним майном.

Ключові слова: спільне майно, легальний режим, договірний режим, сім'я, сімейні відносини, довірче управління, сімейний траст, міжнародне сімейне право.

Постановка проблеми. Категорії «управління майном», «довірче управління майном» і «траст» можна досліджувати не лише як «атрибути» сфери цивільного права, а й через особливу призму правовідносин – сімейних, а саме шлюбно-сімейних відносин. Прояви цих конструкцій убачаємо й у сфері сімейного права. Твердженням цьому може слугувати аналіз положень сімейного законодавства багатьох держав, на нормах окремих із яких зупинимося нижче.

Загальноприйнятим є підхід, що визначає довірче управління як цивільно-правові відносини, які виникають між довірителем і довіреною особою щодо здійснення довірчих операцій з об'єктом довірчого управління від імені, за рахунок та в інтересах довірителя [1, с. 229]. Ризики випадкової загибелі майна, а також ризики можливих збитків від довірчого управління майном несе довірена особа. Водночас буквальне тлумачення слова «довірчий» означає той, який виявляє, виражає довіру чому-небудь і ґрунтується на довірі. На наше переконання, саме міцні шлюбні відносини є тими відносинами, які виникають, будуються та базуються на довірі. Ця обставина пояснює факт існування в системі положень законодавства різних держав у сфері сімейно-шлюбних відносин норм, присвячених управлінню майном.

Зазначене зумовлює актуальність проведення правового дослідження регламентації відносин щодо управління майном подружжя за законодавством окремих іноземних держав.

© Л. Радченко, 2020

Метою статті є дослідження особливостей регулювання відносин щодо управління майном подружжя за законодавством різних держав і правових сімей, визначення специфіки нормативного закріплення та реалізації прав подружжя на управління спільним майном у праві окремих іноземних держав, окреслення основних правових підходів у зазначеній сфері, а також формулювання висновків і пропозицій щодо вдосконалення та розвитку національної системи правового регулювання сімейних відносин.

Розгляд особливостей управління майном подружжя через призму міжнародного приватного права був предметом наукового дослідження вітчизняних науковців, зокрема Т.В. Боднар, А.С. Довгерта, О.В. Дзери, В.І. Кисіля, Р.А. Майданика та інших учених, а також представників правової доктрини іноземних держав.

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання майнових відносин подружжя у міжнародному сімейному праві може встановлювати договірний або легальний правовий режим майна подружжя. Так, договірний правовий режим майна подружжя виникає внаслідок укладення подружжям шлюбного договору. Коли подружжя не укладають шлюбного договору, їхні майнові відносини підпорядковуються приписам закону; відтак установлюється легальний правовий режим майна подружжя [2, с. 489–490].

Правовий режим майна подружжя є своєрідною підставою для управління майном. Порядок управління майном подружжя нині побудовано внаслідок суттєвих історичних реформ сімейного права, зокрема визнання заміжньої жінки дієздатною. Проте навіть сьогодні для сімейного права окремих держав характерним є верховенство чоловіка, оскільки в багатьох країнах до сьогодні зберігається нерівноправне становище чоловіка і дружини в сім'ї. Цивільні кодекси таких держав передбачають, що шлюбний договір укладається до шлюбу й закріплює насамперед права чоловіка на майно дружини, тобто мова йде про збереження за чоловіком, хоча й у звуженому вигляді, певних переваг в управлінні майном і вирішенні матеріальних питань шлюбу. Так, наприклад, як зазначено в літературі [3], ці переваги продовжують зберігатися й понині в Аргентині, Бразилії, Іспанії, де чоловік вирішує основні питання управління майном.

Право Франції передбачає можливість одноосібного управління спільним майном подружжя, але з певними особливостями; чоловік здійснює управління загальною частиною майна, але найбільш важливі угоди він може вчиняти тільки за згодою дружини, а дружина управляє своєю (резервною) частиною майна, що набута нею на свою заробітну плату.

Загалом Цивільним кодексом (далі – ЦК) Французької Республіки (Code Civil des Français) передбачено чотири можливі режими майна подружжя: режим спільного володіння майном, спільно набутим у шлюбі; режим роздільного володіння майном; режим участі у володінні майном, спільно набутим у шлюбі; режим спільного володіння майном. Перший режим майна подружжя є легальним і встановлюється автоматично на підставі самого факту укладення шлюбу. Якщо подружжя вибирає один із трьох інших режимів майна подружжя, то необхідне укладення шлюбного договору, у якому закріплюється цей режим. Такий договір укладається в нотаріуса найчастіше до укладення шлюбу.

Також у ч. 1 ст. 214 ЦК Французької Республіки передбачено, що, якщо шлюбні домовленості не визначають внесок подружжя до бюджету сім'ї, обоє з подружжя роблять цей внесок відповідно до їхніх можливостей, і цей обов'язок, як й особисті немайнові відносини між подружжям, виникає на основі юридичного факту реєстрації шлюбу [4]. У ЦК Франції визначено, що один із подружжя не може без згоди іншого розпоряджатися правами, що стосується оселі сім'ї та предметів її обстановки. Той із подружжя, який не дав своєї згоди на здійснення такої угоди, має право вимагати її анулювання; позов про анулювання угоди може бути заявлено протягом року, наступного за днем, коли подружжя дізналося про цю угоду, але ні в якому разі не пізніше року після припинення майнових відносин між подружжям (ст. 215) [4].

Натомість законодавство інших держав обмежує можливість одноосібного управління подружнім майном. При цьому найбільш важливі для подружжя правочини мають здійснюватися за взаємною згодою обох із подружжя, хоча вони наділені рівними правами щодо управління майном.

Найбільш яскравим прикладом такого легального підходу до вирішення питань позбавлення одноособовим правом щодо управління майном подружжя є законодавство Німеччини. Зокрема, положення Німецького цивільного уложення (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) містять такі правила. Так, кожний із подружжя має право здійснювати угоди, необхідні для забезпечення життєвих потреб сім'ї, у тому числі й в інтересах іншого подружжя. Права й обов'язки за такими уго-

дами набувають обидва з подружжя, за винятком випадків, якщо інше не випливає з обставин справи (пп. (1) (2) § 1357). Загалом кожний із подружжя має право самостійно розпорядитися своїм майном, але з певними межами (§ 1364). Так, подружжя може взяти на себе зобов'язання щодо розпорядження своїм майном загалом лише за згодою іншого подружжя [5].

Під час існування шлюбного союзу у Швейцарії, згідно зі ст. 163 ЦК (Code civil Suisse; Schweizerisches Zivilgesetzbuch) [6], чоловік і дружина сприяють, кожен згідно з їхніми можливостями, належному забезпеченню сім'ї. Другий параграф уточнює, що чоловік і жінка домовляються про спосіб, яким кожен робить свій внесок, у тому числі грошима, домашньою роботою, доглядом за дітьми або допомогою подружжю в його професії або діяльності. Крім того, подружжя враховують потреби сімейного союзу та їхню особисту ситуацію.

Згідно зі ст. 164 ЦК, подружжя, яке займається домашнім господарством, дітьми або допомагає у веденні діяльності другого з подружжя, має право отримувати регулярно справедливу грошову суму, якою може вільно розпоряджатися. При визначенні цієї справедливої суми необхідно враховувати власні доходи подружжя-кредитора, а також зобов'язання подружжя-боржника перед сім'єю.

При цьому варто зазначити, що на подружжя поширюється режим подружньої власності за умови, що вони не домовилися про інше в шлюбному договорі, і за умови, що не набрав чинності надзвичайний режим майнового шлюбу (ст. 171 ЦК) [6]. Режим подружнього майна включає майно, придбане під час шлюбу, та індивідуальне майно кожного з подружжя. Придбане майно включає ті активи, які подружжя придбало за час перебування в шлюбі.

У державах Азії правове регулювання відносин щодо управління майном подружжя врегульовано по-різному, проте навіть сьогодні для сімейного права багатьох держав цього регіону характерним є неформальне верховенство чоловіка у вирішенні питання щодо управління спільним майном.

У Китаї, відповідно до тлумачення Верховного Суду КНР «Про деякі питання застосування Закону про шлюб КНР» від 2001 р. № 1, ст. 17 Закону, що передбачає рівні права чоловіка і дружини на розпорядження спільною власністю, варто розуміти так: (1) чоловік і дружина мають рівні права розпоряджатися їхньою спільною власністю. Якщо треба розпорядитися їхньою спільною власністю для задоволення щоденних потреб, як чоловік, так і дружина мають право приймати рішення; і (2) коли чоловік або дружина повинні прийняти важливе рішення щодо розпорядження їхньою спільною власністю для задоволення щоденних потреб, чоловік і дружина повинні обговорювати це на рівноправній основі з тим, щоб досягти угоди [7].

У ЦК Турецької Республіки [8] передбачені законний режим майна та договірний режим майна. Стосовно законного режиму, то майно подружжя може перебувати в «режимі майнового союзу». Відповідно до ст. 256 ЦК Турецької Республіки, режим «майнового союзу» охоплює майно «союзу» та особисте майно подружжя. Подружжя володіє таким майном як нерозділене ціле. Кожен із подружжя має право управляти, користуватися та розпоряджатися майном у законних межах. Один із подружжя не може розпоряджатися своєю часткою в майні, що перебуває в спільній власності, без згоди іншого, якщо про інше не домовлено між ними (ст. 223) [8]. Кожен із подружжя відповідає за свої борги всіма своїми активами.

Кожен із подружжя має подружнє право на майно другого з подружжя (ст. 35). Один із подружжя може дозволити іншому з подружжя управляти майном першого з подружжя, останній у такому випадку має право використовувати доходи від власності на утримання сім'ї без необхідності звітності. Майно, яке не використалося в інтересах сім'ї, передається власнику.

У законодавстві Ісламської Республіки Іран діє принцип, який визначає, що чоловік є главою сім'ї, що закріплений у статті 1105 ЦК Ірану [9].

Норми статей 1106–1109 ЦК Ірану передбачають зобов'язання чоловіка надавати дружині утримання та сутність такого утримання. Відповідно до ст. 1106 ЦК Ірану, витрати на утримання дружини в постійному шлюбі (оскільки, за законодавством Ірану, передбачений також тимчасовий шлюб) покладаються на чоловіка. Вартість такого утримання включає вартість одягу, їжі, житла, меблів залежно від статусу дружини, на розумній основі, надання служниці, якщо дружина звикла мати слуг або якщо вони їй потрібні через хворобу або стан здоров'я, вартість медичного лікування. Право на утримання дружини набуває чинності в момент укладення шлюбу й залишається чинним упродовж усього терміну шлюбу, якщо дружина не перебуває в стані «непослуху».

Як зазначає іранський дослідник Ехсан Зар Рох, дружина не втрачає право на утримання, навіть якщо чоловік збіднів, у дружини є своє окреме майно [10]. Не існує

жодного зобов'язання щодо фінансової допомоги, утримання дружиною чоловіка. Шлюби базуються на принципі, згідно з яким відповідальність за фінансовий добробут сім'ї повністю покладається на чоловіка.

У країнах англо-американської правової системи для управління майном подружжя застосується інститут сімейного трасту.

В Індії управління сімейним майном може здійснюватися із застосуванням інституту довірчої власності або трасту, що існує відповідно до положень Закону Індії «Про трасти» 1882 року. Під трастом, відповідно до ст. 3 цього Закону, в Індії розуміється зобов'язання, приєднане до права власності на майно, що виникає внаслідок довіри, і при якому власник передає майно в довірчу власність управителю, який буде здійснювати управління цим майном і в інтересах вигодонабувача [11].

Створення трасту цілком можливе з метою управління сімейним майном, хоча ця практика не є поширеною серед середньостатистичного індійського населення. Загалом сімейний траст в Індії – це своєрідний довірчий фонд, створений на користь осіб, споріднених між собою кровними або законними відносинами. Він може бути встановлений членом сім'ї на благо членів сімейної групи. Сімейні трасти є інструментом передачі майна майбутнім поколінням. Сімейний траст також може бути використаний для забезпечення конкретних потреб сім'ї, скажімо, освіти, або охорони здоров'я, або подорожей, чи одруження, і сам по собі виступає як правовий засіб, який зберігає активи лише для цієї конкретної мети, примножуючи, охороняючи, управляючи та забезпечуючи їх для цієї конкретної мети [12].

У США здійснення управління сімейним майном на підставі категорії довірчої власності або ж трасту є досить поширеним явищем і широко використовується. Узагалі траст як правова конструкція виник у системі загального права, до якої належать і США. У США є єдиний статутний кодекс для п'ятдесяти штатів, який називається Єдиний трастовий кодекс (UTC). Нині більшість штатів прийняла цей нормативно-правовий акт, в інших він перебуває на розгляді [13].

Сімейні трасти в США – це довірчі відносини, на які погоджуються дві або більше сторін. Особа-установник трасту надає іншій стороні, яка називається довіреною особою, право мати право власності на майно сім'ї на користь визначених установником трасту бенефіціаріїв.

У США траст може бути відкличним і безвідкличним. При відкличному трасті установник може змінити свої умови. Сімейні трасти – це, як правило, відкличні трасти. Умови трасту й точні активи, що входять до трастового майна, можуть бути змінені в будь-який час. Це справедливо для всіх значних закупівель і продажів матеріального майна (будинків, транспортних засобів тощо) та нематеріальних активів (цінних паперів та інших фінансових інвестицій). Подібним чином установник трасту може в будь-який час змінити повірену особу та бенефеціаріїв [14].

Ідея сімейного трасту полягає в захисті права власності на сімейні активи 1 забезпечення інтересів членів сім'ї. На підставі трасту відбувається передача законного права власності на сімейні активи довіреним особам, хоча користування ними може продовжуватися, доки це дозволяє довірчий акт. Наприклад, якщо спільний будинок сім'ї знаходиться в довірчому управлінні, сім'я більше не має власного будинку, але вона все одно може жити в ньому, якщо про це йдеться в трастовому договорі.

Переваги сімейного трасту: сімейні трасти призначені для захисту активів і вигоди для членів сім'ї. Коли активи перебувають у сімейному трасті, активи належать повіреним особам, які здійснюють управління ними на благо визначених членів сім'ї; сімейний траст забезпечує захист активів від вимог кредиторів, наприклад, для захисту сімейного будинку від потенційного банкрутства комерційного підприємства; сімейний траст дозволяє відкласти гроші для особливих причин, наприклад, навчання дитини; сімейний траст дозволяє зберегти спадщину окремо для дітей установника трасту, а не для їхніх партнерів [15].

Висновки

На підставі проведеного порівняльно-правового аналізу положень нормативно-правових актів окремих зарубіжних держав про управління майном подружжя можна констатувати наявність декількох правових підходів.

Згідно з першим, який застосовується насамперед у країнах континентальної правової сім'ї, управління майном подружжя здійснюється на базі легального режиму, що передбачає спільне управління подружнім майном (із певними особливостями, визначеними національним законодавством відповідних держав), якщо інше не передбачено договором між ними.

У державах Азії правове регулювання відносин щодо управління майном подружжя врегульовано по-різному, проте навіть сьогодні для сімейного права багатьох держав

цього регіону характерним є неформальне верховенство чоловіка у вирішенні питання щодо управління спільним майном.

Відповідно до підходу, що застосовується в країнах англо-американської правової сім'ї, управління майном подружжя базується на системі сімейних трастів, що передбачає можливість надання спільного майна в управління третій особі на користь подружжя чи їхніх дітей.

У сімейному законодавстві України домінуючим є перший підхід, що передбачає управління майном подружжя на базі легального режиму. Проте не варто беззастережно заперечувати можливість застосування елементів довірчого управління для регламентації відносин щодо набуття й управління спільним майном подружжя. Реалізація інституту довірчого управління в сімейних відносинах має не суперечити законодавству України, принципам сімейного права та моральним засадам суспільства, а також задовольняти права й законні інтереси подружжя в управлінні спільним майном.

Список використаних джерел:

1. Довірче управління майном. *Юридична енциклопедія :* у 6 т. / ред. кол. Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998. Т. 2. 744 с.

2. Сімейне право України : підручник / за заг. ред. Т.В. Боднар та О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 520 с.

3. Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. Москва : Междунар. отношения, 2008. Т. II. С. 540–541.

4. Civil code. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT00000607072 (дата звернення: 03.12.2020).

5. Bürgerliches Gesetzbuch. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/ (дата звернення: 03.12.2020).

6. Swiss Civil Code of 10 December 1907. URL: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html (дата звернення: 03.12.2020).

7. Беликова К.М. Роль судебных Толкований в развитии брачно-семейного права КНР (некоторые аспекты). *Право и политика.* 2017. № 7. С. 48–55. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=23430. (дата звернення: 03.12.2020).

8. Türk Medeni Kanunu № 4721 (2002) – Turkish Civil Code Law. URL: https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-medeni-kanunu-4721 (дата звернення: 03.12.2020).

9. Civil Code of Iran. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ir/ir009en.pdf (дата звернення: 03.12.2020).

10. Ehzas Zar Rokh. Marriage and Divorce Under Iranian Family Law. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886349#:~:text=In%20a%20muta%20marriage%2C%20the,that%20a%20man%20may%20contract (дата звернення: 03.12.2020).

11. The Indian Trust Act – 1882. URL: https://www.indiacode.nic.in/handle/123456789/2327?view_type=search&sam_handle=123456789/1362 (дата звернення: 03.12.2020).

12. Suresh & Co. Family Trusts – An Overview URL: https://www.primeglobal.net/news/family-trusts-an-overview-suresh-co (дата звернення: 03.12.2020).

13. Uniform Trust Code. URL: https://www.uniformlaws.org/committees/community-home/librarydocuments?communitykey=193ff839-7955-4846-8f3c-ce74ac23938d&tab=librarydocuments&LibraryFolderKey=&DefaultView= (дата звернення: 03.12.2020).

14. Rose J. What Is a Family Trust and Should You Set One Up? / Jeff Rose. *Good financial cents.* 2020. URL: https://www.goodfinancialcents.com/family-trust-benefits-setting-up-trust/ (дата звернення: 03.12.2020).

15. Family trusts – Pros & cons of setting up a trust. *Live sorted.* 2020. URL: https://sorted.org.nz/guides/protecting-wealth/family-trusts/ (дата звернення: 03.12.2020).

Liliya Radchenko. Family trusts and management of marital property by laws of some foreign states

The article is devoted to the peculiarities of regulating the management of marital property under the laws of different states and legal families, determining the specifics of normative consolidation and implementation of spouses' rights to manage joint property in the law of individual foreign states, and outlining the main legal approaches to foreign legislation. In the research, conclusions and proposals for the improvement and development of the national system of legal regulation of family relations are formulated.

The article, based on a comparative legal analysis of the provisions of regulations of foreign countries in the field of regulation of relations on the management of marital property, emphasizes the existence of several legal approaches. According to the first, which is applied primarily in the countries of the continental legal family, the management of marital property is carried out on the basis of a legal regime providing for joint management of marital property (with certain features defined by the national legislation of the respective states).. In Asian countries, the legal regulation of marital property management is regulated differently, but even today, the family law of many countries in the region is characterized by the informal supremacy of the husband in deciding on the management of joint property.

According to the approach used in the countries of the American law- the management of marital property is based on a system of family trusts, which provides for the possibility of providing joint property for the management of a third party for the benefit of the spouses or their children. The first approach is dominant in the family legislation of Ukraine, which provides for the management of marital property on the basis of the legal regime. However, the possibility of applying elements of trust management to regulate the relationship of acquisition and management of joint property of the spouses should not be unconditionally denied. At the same time, the implementation of the institution of trust management in family relations should not contradict the legislation of Ukraine, the principles of family law and moral principles of society, as well as satisfy the rights and legitimate interests of spouses in the management of common property.

Key words: joint property, legal regime, contractual regime, family, family relations, trust management, family trust, international family law.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.07

Тарас Рим,
канд. юрид. наук,
суддя
Господарського суду Львівської області

ПОНЯТТЯ ПРАВА ОЧІКУВАННЯ ЯК КАТЕГОРІЇ В ІНВЕСТИЦІЙНОМУ ПРОЦЕСІ БУДІВНИЦТВА

Автор на підставі аналізу судових рішень національних судів, теоретичних розробок науковців-цивілістів досліджує поняття майнових прав інвесторів житлового будівництва, проводить розмежування між ними й поняттями «право очікування» та «легітимні очікування». Погоджується з думкою, що, попри ототожнення майнових і речових прав, це потрібно сприймати власне як прирівняння одних до інших. Обмеженість речового права означає, що його об'єкт має власника, а тому його володілець не має повноти панування над річчю.

Автор звертає увагу на подвійну правову природу майнових прав, які, з одного боку, є правами суб'єктивними, а з іншого – об'єктами правовідносин. У зв'язку із цим інвестор управі розпорядитися своїм майновим правом і відчужити його стороннім особам, які, з огляду на такий правочин, отримують не лише майнове, а й суб'єктивне право вимагати від боржника (управителя фонду фінансування будівництва, забудовника) виконання зобов'язань у межах договору про участь у фонді фінансування будівництва.

Що стосується права очікування, то таке напрацьовано судовою практикою при вирішенні спорів в інвестиційних відносинах будівництва. У статті автор аналізує судову практику із цих питань і зазначає, що, попри певні теоретичні недоліки, позиція судів спрямована передусім на реальний та ефективний захист прав інвесторів як більш вразливої сторони інвестиційних відносин. Автор обґрунтовує висновок, що право очікування в інвестиційних відносинах є майновим правом інвестора на отримання в майбутньому об'єкта інвестування у власність, а тому й об'єктом захисту прав інвестора в інвестиційних відносинах будівництва є, власне, його майнові права та інтереси, які виникають з огляду на укладення договору про участь у фонді фінансування будівництва.

Окрім зазначеного, коротко наводиться поняття концепту «легітимні очікування», який напрацьований Європейським судом з прав людини, як складника поняття майна. Наголошуючи на автономності цього поняття, автор робить висновок, що цей концепт не тотожний поняттю права очікування з огляду на різні підходи до розуміння засад тлумачення конвенційних норм, а також особливості національного законодавства та наукову доктрину.

Ключові слова: майнові права, майнові інтереси, право очікування, легітимні очікування, обмежене речове право.

Постановка проблеми. Упродовж значного періоду, що минув з часу запровадження сучасних механізмів інвестування в будівництво, виникали та виникають труднощі для захисту інвесторами своїх прав. Це зумовлено тим, що відносинам інвестування притаманні особливості різного роду правовідносин: як зобов'язального, так і речового характеру. Інвестор, укладаючи власні кошти в майбутнє будівництво, має намір отримати у власність об'єкт нерухомості або ж дохід від управління цими коштами. Станом на час здійснення внеску об'єкта нерухомості ще не існує, проте в інвестора виникають права, які стосуються цієї речі та які підлягають ефективному судовому захисту.

Намагаючись долати виклики, які постають перед інвесторами при захисті ними своїх прав, національна судова практика напрацювала поняття «право очікування». Цей феномен, не будучи формально відображеним у цивільному законодавстві, покликаний вирішити зазначені труднощі та визначити ефективний шлях для захисту інвесторами своїх прав. Разом із тим теорія цивільного права та чинне законодавство оперують поняттями майнових прав та інтересів учасників цивільних відносин.

Отже, **метою статті** є дослідження понять права очікування й майнових прав та інтересів у контексті їх співвідношення, дослідження на підставі аналізу судової практики, теоретичних розробок науковців-цивілістів об'єкта захисту прав інвесторів, які вкладають кошти в інвестиційні об'єкти житлового будівництва.

© Т. Рим, 2020

Незважаючи на те що поняття права очікування достатньо міцно вкоренилося в судовій практиці, особливо в аспекті захисту прав інвесторів на нерухоме майно, яке ще не побудоване й не введено в експлуатацію, широкої наукової дискусії це не породило. Утім питання майнових прав і права очікування висвітлювалися в наукових працях О.А. Беляневич, Ю.О. Гладьо, Р.А. Майданика, С.О. Сліпченка, І.В. Спасибо-Фатєєвої, С.І. Шимон, О.С. Яворської. Нещодавно відбувся науковий захід, присвячений питанням правомірних очікувань, за результатами якого відбулася публікація збірки наукових статей [1].

Виклад основного матеріалу.

Майнові права та інтереси інвестора

Будь-які майнові права можуть бути об'єктами цивільних прав з огляду на ст. 177 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [2]. При цьому майнові права є майном, неспоживною річчю та водночас речовими правами (ст. 190 ЦК України). У науковій літературі критикується положення закону про ототожнення майнових і речових прав, адже майнове право є самостійною категорією, яка не може ототожнюватися з річчю. Відтак майнові права – це права речові та зобов'язальні [3, с. 160]. Р.В. Панькевич стверджує, що майнові права можна визначити не тільки як особливий об'єкт цивільних прав, який може виступати предметом цивільно-правових договорів, а і як суб'єктивні права учасників правовідносин, пов'язані з володінням, користуванням і розпорядженням майном, а також майновими вимогами [4, с. 24].

Говорячи про майнові права інвестора на майбутні об'єкти нерухомості, потрібно констатувати, що така ситуація йде врозріз із розумінням речового права, однією з кваліфікуючих ознак якого є панування над об'єктом (річчю) [5, с. 140]. Разом із тим, на думку І.В. Спасибо-Фатєєвої, за загальним правилом, майнові права *прирівняні* до речей для потреб цивільного обороту, хоч їх сутність зовсім інша. Майнові права прирівнюються до речей, а в цивільному обороті на них поширюється правовий режим речей [6, с. 476].

Речовими правами на чуже майно (тобто обмеженими речовими правами) є такі, що передбачені ст. 395 ЦК України (право володіння, сервітут, емфітевзис, суперфіцій). Прикметно, що лише закон може встановлювати інші речові права на чуже майно. Відтак «обмеженість» речового права означає, що його об'єкт має свого власника, а його «користувач» не має повноти панування над цим об'єктом. У зв'язку з цим С.І. Шимон обґрунтовує, що не є об'єктами права власності обмежені речові права: вони, по-перше, нерозривні з речами, практично уособлюють речі, які мають власника; по-друге, вони не можуть відчужуватися без згоди останнього, тому щодо них правоволоділець не наділений такою повнотою влади. Водночас об'єктом права власності може бути таке майнове право, яке є зобов'язальним і в майбутньому трансформується в реальне благо (річ) [7, с. 325].

Крім того, критиці піддається поняття майнових прав як неспоживних речей, оскільки залежно від виду майнового права реалізація його змісту призводить до припинення цього права, що уподібнює його до споживної речі [7, с. 274]. Уже згадувана нами І.В. Спасибо-Фатєєва зазначає, що таке положення закону потрібно сприймати так, що ці права не знищуються й не припиняються, адже їх неможливо взагалі використовувати як звичайну річ, оскільки вони не є тілесними й такими, що фізично існують [6, с. 472].

Як відомо, майнові права можуть бути предметом застави (ст. 576 ЦК України), купівлі-продажу (ст. 656 ЦК України), дарування (ст. 718 ЦК України), найму (ст. 760 ЦК України), управління майном (ст. 1030 ЦК України), спадкування (ст. 1297 ЦК України). Цей перелік, безумовно, не є вичерпним, адже майнові права можуть бути об'єктом різного роду правовідносин: уступки права вимоги (цесії), при продажу частки учасника в господарському товаристві, при здійсненні відповідних прав інтелектуальної власності, спадкуванні.

Законодавче визначення майнових прав можна зустріти в ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» [8]. Так, майновими правами, які можуть оцінюватися, визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складниками права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги. Варто зауважити, що зазначене визначення сформульоване, очевидно, з урахуванням специфіки та спрямування цього нормативно-правового акта. Це не дає змоги сповна його використовувати з метою визначення теоретичного поняття «майнові права».

Потрібно зазначити, що майновим правам притаманна подвійна правова природа. С.І. Шимон доводить, що основою змісту обмеженого речового права як суб'єктивного

права є можливість учинення власних позитивних дій – право на власні дії (право користування), інші складники (право на чужі дії, право на захист) наслідують його долю. При відчуженні такого речового права передається право на річ. При відчуженні зобов'язального права (права вимоги) передається право претендувати на передання майна (речей, коштів), тобто також право на річ, яка знаходиться у володінні боржника. З правом вимоги передається не право на чужі дії, а право на майно, яке повинен передати боржник. Отже, будь-яке об'єктоздатне майнове право є або правом на річ, або правом вимоги щодо речі (речей); отже, майнове право – це або речове (абсолютне) право, або майбутнє (потенційне) речове (абсолютне) право, відтак усі майнові права як об'єкти є речовими правами; а отже, як об'єкт усі майнові права потрібно прирівнювати до речей [7, с. 252].

На подвійній природі права вимоги акцентує увагу Ю.О. Гладьо. З одного боку, це суб'єктивне право кредитора, яке виникає в зобов'язанні між кредитором і боржником. З іншого – це право, яке є предметом вторинного зобов'язання (щодо переходу права вимоги від первісного до нового кредитора), що, у свою чергу, супроводжується заміною сторін у зобов'язанні. Відповідно, у першому випадку право вимоги – це суб'єктивне право кредитора, яке становить елемент змісту зобов'язання та якому завжди кореспондує обов'язок боржника щодо виконання вимоги кредитора. У другому – це об'єкт, який передається новому кредиторові (дія щодо передачі цього об'єкта опосередковує заміну кредитора в основному зобов'язанні) [9, с. 188–189].

Відповідно до положень Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» [10], інвестор, який бере участь у фонді фінансування будівництва (далі – ФФБ), спершу отримує майнове право на об'єкт будівництва. У разі повного виконання власних зобов'язань усіма учасниками інвестиційних відносин у системі ФФБ на другому етапі майнове право інвестора трансформується в право абсолютне – право власності на конкретний об'єкт нерухомості.

Потрібно зазначити, що інвестор управі розпорядитися своїм майновим правом і відчужити його стороннім особам, які, з огляду на такий правочин, отримують не лише майнове, а й суб'єктивне право вимагати від боржника (управителя ФФБ, забудовника) виконання зобов'язань у рамках договору про участь у ФФБ.

Основою інвестиційної мети є певний інтерес учасника інвестиційної діяльності. Як зазначає Т.М. Підлубна, захист законного інтересу може здійснюватися такими ж способами, що й захист суб'єктивного цивільного права, але з урахуванням окремих особливостей, які залежать від того, у яких правовідношеннях інтерес підлягає захисту: речово-правових чи зобов'язально-правових [11, с. 6]. Для інвестиційних відносин у будівництві характерним є як перший, так і другий. Однак переважаючим для інвестора є речовий інтерес – отримання у власність інвестованого об'єкта, якщо не ставиться мета отримання доходу від використання сертифікатів фонду операцій з нерухомістю.

Майнове право очікування

Майнове право очікування в науковій літературі визначається як право особи, яка володіє річчю з метою наступного придбання на неї права власності в разі виконання володільцем умов, зазначених у договорі або в законі [12, с. 803].

Одними з перших постанов Верховного Суду України, які присвячені питанню визначення поняття права очікування, були постанови від 30.01.2013 № 6-168цс12 [13], від 02.10.2013 № 6-98цс13 [14]. Потрібно зауважити, що ці судові акти стосувалися визначення питання можливості передання майнових прав на об'єкти незавершеного будівництва (квартири) в іпотеку. Станом на той час норми однойменного закону не визначали майнові права як предмет іпотеки.

За висновком Верховного Суду України, майнові права на нерухомість, що є об'єктом будівництва (інвестування), не є речовими правами на чуже майно, оскільки об'єктом цих прав не є «чуже майно», а також не є правом власності, оскільки об'єкт будівництва (інвестування) не існує на момент установлення іпотеки, а тому не може існувати й право власності на нього. Отже, майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складником майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому. У цій справі замовники виконали свої грошові зобов'язання за договором будівельного підряду, повністю сплативши вартість об'єкта будівництва (стовідсоткову передоплату), тобто вчинили дії, спрямовані на виникнення юридичних фактів, необхідних і достатніх для отримання права вимоги переходу права власності на об'єкт будів-

ництва або набуття майнових прав на цей об'єкт.

Аналізуючи ці судові акти, які значним чином уплинули на правозастосовну практику, потрібно звернути увагу на кілька аспектів. По-перше, Верховний Суд України, визначивши майнове право обмеженим речовим правом, вдався до свого роду правотворчості. Як уже зазначалося, обмеженим речовим правом є права на чуже майно, перелік яких є вичерпним. На це зверталася увага в юридичній літературі [15].

По-друге, якщо майнове право очікування є обмеженим речовим правом, то його не можна захистити за допомогою такого способу захисту, як визнання права власності на нього. Проте судова практика йде тим шляхом, що коли об'єкт будівництва ще не введено в експлуатацію, інвестор може захистити своє майнове право шляхом його визнання. Зазначене відображено, наприклад, у Постанові Верховного Суду від 13.05.2019 № 760/17864/16-ц [16].

По-третє, суд визнав, що замовники повністю сплатили вартість об'єкта будівництва та набули власне майнові права на об'єкт інвестування.

Незважаючи на такі критичні зауваження, потрібно зазначити, що позиція вищої судової інстанції спрямована передусім на реальний та ефективний захист прав інвесторів, які, як правило, перебувають у більш вразливому становищі порівняно з управителями (фінансовими установами) та забудовниками.

Зокрема, найбільш яскраво концепт права очікування проявляється, коли інвестор, у якого, з огляду на сплату інвестиційного вкладу, виникло майнове право на отримання у власність квартиру, вилучається зі списку інвесторів, а вимірна одиниця об'єкта інвестування від нього відкріплюється. Одразу після цього управитель ФФБ має змогу відчужити цю одиницю іншому інвестору, який (у разі завершення будівництва та введення об'єкта в експлуатацію) набуває права власності на конкретну річ – квартиру. Яким чином попередній інвестор, який уважає свої права порушеними, може захистити їх і який спосіб захисту буде найбільш ефективним у такому разі?

В описаному випадку інвестор не зможе захистити своє майнове право за допомогою зобов'язальних механізмів захисту, адже фактично спір стосуватиметься не стільки його відносин із управителем чи забудовником, скільки визначення власника вже побудованого об'єкта нерухомості.

Використання речових способів захисту можливе у зв'язку із застосуванням ст. 392 ЦК України (визнання права власності), що є достатньо дискусійним з погляду того, що «новий» інвестор є першим власником такого об'єкта. Попередній інвестор ніколи не був його власником, адже цієї квартири не існувало як об'єкта нерухомості станом на час відкріплення вимірної одиниці.

У зв'язку з цим практичний і теоретичний інтерес становлять висновки Верховного Суду України, викладені в Постанові від 12.11.2014 у справі № 6-129цс14 [17]. Так, новостворене нерухоме майно стає об'єктом цивільних правовідносин з моменту завершення будівництва, прийняття до експлуатації або державної реєстрації без урахування того, яким суб'єктом правовідносин здійснено такі дії та на якого суб'єкта цивільних правовідносин або сторону договору зареєстроване новостворене майно. У такому разі захист майнових прав на новостворене майно, прийняте до експлуатації та оформлене (зареєстроване) на іншу особу, у разі невизнання цією особою прав позивача на спірне майно здійснюється в порядку, визначеному законодавством, а якщо такий спеціальний порядок не визначений, то захист майнового права здійснюється на загальних підставах цивільного законодавства, зокрема на підставі ст. 392 ЦК України. При цьому рішення суду про захист порушеного права та визнання за позивачем прав на спірне майно є підставою для реєстрації такого права.

Концепція «легітимних очікувань» у практиці Європейського суду з прав людини

Перш, ніж перейти до безпосереднього аналізу ст. 1 Першого протоколу Конвенції, яка присвячена захисту права власності, варто нагадати на її ролі та правилі застосування її положень. Без розуміння цих особливостей неможливо повною мірою збагнути самé рішення Суду та застосування ним відповідних концептів.

З-поміж інших варто акцентувати увагу на тому, що Конвенція спрямована на захист прав людини. Оскільки держави-учасниці мають різне законодавство, а подекуди належать до різних правових систем, невипадково положення Конвенції сформульовані достатньо абстрактно. Важко знайти рішення Суду, яке базується на суворому та буквальному тлумаченні її положень (це не означає, що відповідні норми не лежать в основі тлумачення). Цілком зрозуміло, що Суд запровадив у зв'язку з цим численні автономні поняття, які не залежать від національної правової доктрини, юридичних традицій праворозуміння чи класифікацій.

До таких понять належить і майно. Варто звернути увагу, що труднощі у визначенні конвенційного поняття «майна» спричинені не лише складністю самого явища, а й текстуальними відмінностями англійського та французького варіантів Конвенції (нагадаємо, що обидві мови є офіційними для тексту Конвенції).

Отже, майно в розумінні Конвенції полягає як в об'єктах матеріального світу, так і в майнових правах, а окремою категорією є «легітимні очікування», які потрібно відрізняти від сподівання набути майно, що не підлягає захисту з використанням конвенційних механізмів.

Особа, яка має майнове право або ж майновий інтерес, може розглядатися як така, що має легітимне очікування успішної реалізації її права вимоги, коли для цього інтересу є достатні підстави в національному законодавстві, яке має давати змогу чітко визначити конкретний (не абстрактний) майновий інтерес особи. При цьому очікування не буде легітимним, коли є спір щодо правильності тлумачення та застосування національного законодавства [18]. На прикладі ухвал Суду щодо прийнятності в справах «Петльований проти України» (заява № 54904/08) [19], «Золотюк проти України» (заява № 3958/13) [20], «Портянко проти України» (заява № 24686/12) [21] можна констатувати, що легітимні очікування не виникають, якщо закон (у цих випадках ст. ст. 1173, 1175, 1177, 1207 ЦК України) гарантує право на відшкодування, проте не визначає чітких процедур та умов, за яких такі очікування підпадатимуть під захист ст. 1 Першого протоколу Конвенції.

С.О. Сліпченко звертає увагу, що законні очікування є наявним майновим активом (об'єктом, майном), пов'язаним із майбутніми майновими вигодами. При чому наслідки, які законно очікуються, та самі законні очікування хоча й пов'язані між собою, але не тотожні благ [22, с. 73–74].

Не можна забувати, що виявлення легітимних очікувань в особи як особливого виду майна, а також самого факту втручання є лише передумовами застосування трискладового тесту, який дає відповідь на питання, чи втручання в гарантоване Конвенцією право відбулося з дотриманням конвенційних гарантій. Отже, концепція «легітимних очікувань», напрацьована Судом, суттєво відрізняється від «майнового права очікування», яке запроваджується судовою практикою.

Цілком потрібно погодитися з О.А. Беляневич, яка вважає, що в умовах нестабільного правового порядку переносити на вітчизняний ґрунт автономні поняття ЄСПЛ потрібно дуже обережно, оскільки за діями сторони в процесі може ховатися недобросовісність. Водночас національне законодавство України дозволяє вирішувати спори, що виникають у зобов'язальних відносинах і стосуються захисту права кредитора, за допомогою наявних правових конструкцій, тому застосування концепції «законні очікування» невиправдано обтяжуватиме й ускладнюватиме практику [23, с. 44].

Висновки

Аналіз практики застосування судами норм, які регулюють інвестиційні відносини, свідчить про суттєві труднощі, з якими стикаються інвестори при захисті своїх майнових прав на інвестиційні об'єкти. Уважаємо, що концепт «майнове право очікування» потребує серйозного теоретичного осмислення та професійного обговорення. На нашу думку, «майнове право очікування» мало чим відрізняється від майнового права на інвестиційний об'єкт нерухомості. Таке майнове право визнається речовим правом, хоч таким за своєю сутністю не є, відтак на правила щодо його захисту можна поширити такий речово-правовий спосіб захисту, як визнання права.

Об'єктом захисту прав інвестора в інвестиційних відносинах будівництва є власне його майнові права та інтереси, які виникають з огляду на укладення договору про участь у ФФБ.

Концепт «майнового права очікування», напрацьований вітчизняною судовою практикою, помилково ототожнювати з поняттям «легітимні очікування», як його тлумачить і застосовує Європейський суд з прав людини при захисті права власності за ст. 1 Першого протоколу Конвенції. Причина цього полягає в різних принципах тлумачення конвенційних норм, особливостях національного українського законодавства й доктринальних уявлень про майно та майнові права.

Список використаних джерел:

1. Правомірні очікування : зб. ст. / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2020. 250 с.

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 435-IV. Дата оновлення: 01.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 25.11.2020).

3. Яворська О.С. Договірні зобов'язання про передання майно у власність: цивільно-правові аспекти : монографія. Тернопіль : Підручники і посібники, 2009. 384 с.

4. Панькевич Р. Майнові права та інтереси держави і територіальних громад: цивільно-правові аспекти. *Підприємництво, господарство і право*. Київ, 2017. № 7. С. 20–25.

5. Харченко Г.Г. Ознаки речового права. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 137–141.

6. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печеный и др. ; под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. 720 с.

7. Шимон С.І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 664 с.

8. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні : Закон України від 12.07.2001 № 2658-III. Дата оновлення: 03.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14#Text (дата звернення: 25.11.2020).

9. Гладьо Ю.О. Право вимоги як особливий різновид майна. *Часопис Київського університету права*. Київ, 2010. № 4. С. 186–190.

10. Про фінансово-кредитні механізми та управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю : Закон України від 19.06.2003 № 978-IV. Дата оновлення: 01.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/978-15#Text (дата звернення: 28.11.2020).

11. Підлубна Т.М. Право на захист прав та інтересів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 20 с.

12. Майданик Р.А. Речове право : підручник. Київ : Алерта, 2019. 1102 с.

13. Постанова Верховного Суду України від 30.01.2013 № 6-168цс12. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/29620576 (дата звернення: 25.11.2020).

14. Постанова Верховного Суду України від 02.10.2013 № 6-98цс13. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/34180769 (дата звернення: 25.11.2020).

15. Кисіль В. Право очікування: транскрипції змісту. *Юридична газета*. № 7 (661). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/neruhomist-ta-budivnictvo/pravo-ochikuvannya-transkripciyi-zmistu.html (дата звернення: 28.11.2020).

16. Постанова Верховного Суду від 13.05.2019 № 760/17864/16-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81722147 (дата звернення: 28.11.2020).

17. Постанова Верховного Суду України від 12.11.2014 № 6-129цс14. URL: https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-129cs14 (дата звернення: 28.11.2020).

18. Гудима Д.А. Коли держава відповідає за спричинену шкоду (практика Великої Палати Верховного Суду)? URL: http://precedent.ua/files/Суддя_ВП_ВС_Гудима_Д._Коли_держава_відповідає_за_спричинену_шкоду.pdf (дата звернення: 25.11.2020).

19. Petro Yakovych PETLYOVANYY v. UKRAINE, no. 54904/08, 30 September 2014. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Petlyovanyy"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECISIONS"],"itemid":["001-147691"]} (дата звернення: 25.11.2020).

20. Yaroslav Mykhaylovych ZOLOTYUK v. UKRAINE, no. 3958/13, 16 December 2014. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Petlyovanyy"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER","DECISIONS"],"itemid":["001-150834"]} (дата звернення: 25.11.2020).

21. Yuriy Vladimirovich PORTYANKO v. UKRAINE, no. 24686/12, 6 October 2015. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-158405"]} (дата звернення: 25.11.2020).

22. Сліпченко С.О. Ознаки законних очікувань як виду майна. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. 95-й річниці від дня народження О.А. Пушкіна (Харків, 22 травня 2020 р.). Харків, 2020. С. 72–75.

23. Беляневич О.А. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 41–45.

Taras Rym. The concept of right of expectation as a category in the investment process of construction

Based on the analysis of national courts' decisions, theoretical developments of civil scientists, the author explores the concept of property rights of housing investors, distinguishes between them, and the concepts of "right of expectation" and "legitimate expectations". Agrees to believe that despite the identification of property and property rights, it should be perceived as equating one to another. Limited property rights mean that its object has an owner, and therefore its owner does not have complete control over the thing.

The author draws attention to the dual legal nature of property rights, which on the one hand are subjective rights, and on the other – as objects of legal relations. In this regard, the investor has the right to dispose of his property right and alienate it to third parties, who because of such a transaction, receive not only property but also a subjective right to demand from the debtor (manager of the construction financing fund, developer) obligations within the agreement on participation in the construction financing fund.

Concerning the right of expectation, case law has been developed in resolving disputes in investment relations of construction. In the article, the author analyzes the case law on these issues and notes that the courts' position is aimed primarily at real and adequate protection of investors' rights as a more vulnerable party to investment relations despite certain theoretical shortcomings. The author substantiates the conclusion that the right of expectation in investment relations is the investor's property right to receive the object of property investment in the future. Therefore, the object of protection of the investor's rights in the investment relations

of construction is his property rights and interests, which arise because of the conclusion of an agreement on participation in the construction financing fund.

Besides, the article briefly introduces the concept of "legitimate expectations", which was developed by the European Court of Human Rights. The author concludes that this concept is not identical to the idea of the right of expectation because of the different approaches to understanding the principles of interpretation of conventional norms and national legislation and scientific doctrine features.

Key words: property rights, property interests, right of expectation, legitimate expectations, limited property right.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.08

Михайло Шумило,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,
заступник керівника департаменту аналітичної та правової роботи Верховного Суду –
начальник правового управління Касаційного цивільного суду

ПРАВОВІ ВИСНОВКИ КАСАЦІЙНОГО СУДУ: INTER PRAETERITUM ET FUTURUM

У статті розкривається важливе для сучасного правозастосування питання, а саме юридичної сили правових позицій Верховного Суду України. Після створення Верховного Суду та модернізації процесуального законодавства правові позиції ВСУ зберегли статус джерела права, водночас законодавець наділив Велику Палату ВС правом відступу від них і можливістю сформулювати нові правові висновки. За три роки роботи, наприклад, ВП ВС 73 рази подолала правові позиції ВСУ.

У дослідженні здійснено класифікацію правових позицій ВСУ на (1) ті, які зберігають юридичну силу (після їх сприйняття касаційним судом), (2) ті, які втрачають юридичну сулу (подолані ВП ВС), (3) ті, які зберігають обмежену юридичну силу (правові позиції сформульовані під час чинності законодавства, яке сьогодні нечинне). У публікації обстоюється думка, що кожна правова позиція ВСУ потребує оцінки на релевантність за двома критеріями: (1) чи ці відносини подібні (ця позиція є застосовуваною до цього спору); (2) чи ця правова позиція ВСУ є чинною в конкретній ситуації (поширюється (зберігає юридичну силу) на спірні відносини).

Обґрунтовується теза, що в разі сприйняття ВС правової позиції ВСУ вона, зокрема, прописується в його постанові, а отже, необхідності в тому, щоб посилатися чи цитувати правові позиції ВСУ в подальших судових рішеннях, потреби немає. Такий підхід опосередковано підтверджується тим, що відступ від правової позиції ВСУ як підстава для передачі на Велику Палату ВС закріплений у перехідних положеннях процесуальних кодексів. Отже, законодавець передбачив тимчасовість правових позицій ВСУ як джерела права, допоки новий ВС не сформулює власні правові висновки, які замінять правові позиції ВСУ.

Окреме місце в дослідженні посідає проблема самовідступів касаційного суду та їх впливу на судову практику. Звертається увагу на те, що хоча самовідступи від раніше сформульованих правових висновків і не сприяють єдності судової практики, проте дають можливість виправляти помилкові правові висновки або ж правові висновки, які є застарілими через зміну суспільного контексту.

Ключові слова: правові позиції, правові висновки, Верховний Суд України, Верховний Суд, відступи Верховного Суду, самовідступи, Велика Палата Верховного Суду.

Постановка проблеми. Однією з вічних проблем юриспруденції є єдність судової практики. В умовах тектонічних змін правових систем світу загалом, конвергенції романо-германської та англосаксонської правових систем зокрема, мінливості й інфляції законодавства це як ніколи актуалізує проблему джерел права як основи правозастосування, а в українських умовах транзитної демократії та динамічної правової системи ці питання стають доленосними для подальшого розвитку права. Особливої актуальності джерела права набули сьогодні, коли, окрім практики Європейського суду з прав людини та рішень Конституційного Суду України, джерелами права є правові позиції Верховного Суду (далі – ВС) України та правові висновки Верховного Суду. Саме конкуренція двох останніх, їх темпоральні межі і є предметом наукової розвідки. Вирішення порушених питань має вагоме значення для теорії права, оскільки зачіпає ті аспекти правозастосування, які ще не набули належного наукового аналізу, а також практичне значення, оскільки низка проблемних питань залишається відкритою для касаційного суду.

Правові висновки ВС і правові позиції ВСУ, відступи Великої Палати (далі – ВП) ВС від цих висновків були предметом дослідження в працях авторства Д. Гудими, М. Деменчук, В. Крата, Д. Луспеника, В. Уркевича, Ю. Черняк, Я. Романюка та ін.

Мета статті – установити, яка юридична сила правових позицій ВСУ, від яких відступила Велика Палата ВС, а згодом здійснила самовідступ від свого висновку; з'ясувати, чи є необхідність подальшого посилання на правові позиції ВСУ, якщо вони були сприйняті й застосовані ВС; обґрунтувати необхідність оцінки

© М. Шумило, 2020

на релевантність правових позицій ВСУ за критерієм їх юридичної сили; довести об'єктивність і необхідність в умовах формування корпусу правових висновків касаційного суду самовідступів ВС; запропонувати в мотиваційній частині судового рішення зазначати способи тлумачення правових норм, які дали змогу ВС зробити той чи той правовий висновок.

Виклад основного матеріалу.

Еволюція юридичної сили правових позицій ВСУ в національній правовій системі

Не втрачає своєї актуальності питання юридичної сили та обов'язковості правових позицій ВСУ у темпоральному вимірі після початку роботи нового ВС. З огляду на це, необхідно тезово відтворити еволюцію статусу правових позицій ВСУ.

Правові позиції ВСУ до 06.10.2010

До окресленої дати юридична сила правових позицій ВСУ поширювався тільки на ту справу, у якій сформульований висновок та ухвалене остаточне рішення. Ідеологія касаційного перегляду полягала в тому, що ВСУ забезпечує єдність і сталість судової практики не прямо через свої рішення, а опосередковано через постанови Пленуму ВСУ, які мали *de jure* рекомендаційний характер, а *de facto* були «настільними книгами» з питань правозастосування кожного судді й тих правників, які дотичні до практичної юриспруденції. Авторитет постанов Пленуму ВСУ зберігається й досі, тому нерідко можна зустріти як їх пряме цитування, так і посилання на них у рішеннях як суддів першої та апеляційної інстанцій, так і у постановах ВС.

Правові позиції ВСУ з 06.10.2010 до 15.12.2017

06.10.2010 Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) України доповнюється статтею 360-7 «Обов'язковість судових рішень Верховного Суду України» у такій редакції: «Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України».

Через рік змінами від 20.10.2011 ЦПК України доповнено частиною 2 статтю 214, яку викладено в редакції: «При виборі і застосуванні правової норми до спірних правовідносин суд враховує висновки Верховного Суду України, викладені у постановах, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення».

З 12.02.2015 (набули чинності з 28.03.2015) частина 2 статті 214 ЦПК України передбачала: «Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів».

Правові позиції ВСУ після 15.12.2017

Змінами від 15.12.2017 стаття «Питання, які вирішує суд під час ухвалення рішення суду» змінює нумерацію з 214 на 264 ЦПК України, з неї прибирають будь-які згадки про правові позиції ВСУ. Проте правові позиції ВСУ зберігають юридичну силу і є обов'язковими для застосування новоствореним ВС, що випливає з тлумачення пункту 7 частини 1 Перехідних положень ЦПК України в такій редакції: «Суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати (об'єднаної палати), передає справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія або палата (об'єднана палата) вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду України». Так юридична сила тих чи тих правових позицій ВСУ повністю передана на розсуд Великої Палати ВС. Саме ВП ВС сьогодні належить монопольне право він них відступати (долати). Такий підхід є загалом логічним і правильним, оскільки одним із завдань ВС загалом і ВП ВС зокрема є забезпечення єдності та сталості судової практики, і просто скасувати чи ігнорувати правові позиції ВСУ було б неправильно. Такого статусу, у свою чергу, законодавець позбавив висновки, які сформували вищі спеціалізовані суди. І хоча вони досі зберігають рекомендаційний характер, зустріти їх у постановах ВС даремно, хоча значна частина підходів, які сформували ці суди, відображена в практиці ВС, але радше контекстуально, аніж формально.

Окремо хотілося б звернути увагу на місце закріплення процедури відступу від правових позицій ВСУ. Ідеться про те, що вичерпний перелік підстав передачі справи на розгляд ВП ВС закріплений у статті 404 ЦПК України, натомість відступ від правових позицій ВСУ в Перехідних положеннях Кодексу. Очевидно, що законодавець чітко окреслює, що до моменту остаточного становлення й утвердження новочасних правових висновків ВС тимчасово діють правові

позиції ВСУ. Останні в процесі правозастосування або підтверджуються (касаційними судами чи ВП ВС) і стають частиною правових висновків ВС і після такого підтвердження, на думку автора, не потребують подальшого на них посилання, або ж від них здійснюється відступ і ВС формулює нові правові висновки в справах з подібними правовідносинами. У будь-якому разі з часом правові позиції ВСУ мають відійти в історію після їх переосмислення та відтворення/не відтворення в практиці ВС. Загалом такий підхід є закономірним, оскільки рішення ВС не можуть нагадувати дидактичний опис розвитку (еволюції) судової практики «від часів створення світу». Це також матиме вплив на форму судового рішення і спростить його сприйняття громадянами та зменшить їх обсяг. Не зайвим буде зазначити, що такий підхід відповідає такому принципу логіки, як принцип простоти або ж «лезо Окками» (назва походить від імені філософа-схоласта Вільяма з Оккама), який відтворений у фразі «*Numquam ponenda est pluralitas sine necessitate*» (Немає необхідності додавати нові сутності без крайньої на те необхідності).

Діяльність ВП ВС у частині відступів від правових висновків

Усього за період із 15.12.2017 до 12.11.2020 ВП ВС прийнято 117 постанов, у яких ВП відступила: (а) від правових позицій Верховного Суду України (73 відступи), (б) Касаційних судів у складі Верховного Суду (36 відступів), (в) від своїх висновків ВП (18 відступів). Якщо ж розглянути це питання крізь призму юрисдикцій, то отримаємо таку картину.

Адміністративна юрисдикція – у 22 постановах, із них – 15 постанов, де зазначено про відступ від висновку ВСУ, 2 – від висновку касаційних судів у складі ВС, 5 – від висновку ВП ВС.

Кримінальна юрисдикція – у 3 постановах, із них – 2 – від висновку ВСУ, 1 – від висновку ВП ВС.

Господарська юрисдикція – у 35 постановах (із яких – у 4 постановах ВП ВС одночасно зроблено відступ від правових висновків, висловлених як ВСУ, так і касаційними судами), із них – 15 – від висновку ВСУ, 21 – від висновку касаційних судів у складі ВС, 3 – від висновку ВП ВС.

Цивільна юрисдикція – у 57 постановах (із яких – у 2 постановах ВП ВС одночасно зроблено відступ від правових висновків, висловлених ВП ВС і Касаційними судами у складі ВС; у 1 – від висновків ВСУ, касаційними судами у складі ВС і ВП ВС; у 1 – від висновків ВСУ і ВП ВС; у 2 – від висновків ВСУ і касаційних судів), із них – 41 – від висновку ВСУ, 13 – від висновку касаційних судів у складі ВС, 9 – від висновку ВП ВС.

Статистичних даних, які б давали відповідь на питання, скільки правових позицій сформульовано ВСУ, не існує, як і немає даних, скільки правових позицій ВСУ сприйняті ВС і поступово імплементовані в його практику. Однак навіть наявні дані свідчать, що більшість правових позицій ВСУ витримують випробування часом і стають невід'ємною частиною новочасних правових висновків ВС.

Сьогодні фактично можна говорити про законодавчо визначені два види статусів правових позицій: *підтримані ВС* чи *подолані (зроблено відступ) ВС*. Однак поза увагою законодавця залишилися ще два види правових позицій ВСУ, на які необхідно звернути увагу детальніше.

Вплив зміни правового регулювання на правові позиції ВСУ

Зміни до законодавства мають як прямий, так й опосередкований вплив на судову практику загалом і на юридичну силу правових позицій ВСУ зокрема. Ідеться про ті правові позиції, які сформульовані в судових рішеннях, у справах, спір у яких виник і вирішений на підставі сьогодні вже нечинного законодавства. Ураховуючи той факт, що процесуальним законодавством така ситуація не визначена, своє бачення та алгоритм дій сформулювала ВП ВС. Ідеться про постанову ВП ВС від 01.09.2020 у справі № 216/3521/16-ц [1], у якій необхідно виокремити щонайменше два важливі процесуальні моменти: по-перше, ВП ВС здійснила самовідступ, про який ітиметься далі, по-друге, що важливо, ВП ВС сформулювала правовий висновок щодо юридичної сили правових позицій ВСУ в часі. Так, зокрема, у попередній постанові, від якої ВП ВС здійснила самовідступ, у пункті 42 наведено правову позицію ВСУ (від 24.02.2016, провадження № 6-1790цс15) [2], а в пункті 43 ВП ВС зазначила, що наведена справа стосувалася спірних правовідносин, що виникли з депозитного договору, укладеного 19 лютого 2008 року, *тобто за інших застосовуваних норм права*, що також не дає підстав для врахування зазначеного висновку в цій справі.

Таким чином ВП ВС указала на темпоральні межі дії (юридичної сили) правових позицій ВСУ. В основі такого підходу, зокрема, лежить залежність правових позицій ВСУ від чинності правових норм на момент посилання (застосування) на них під час вирішення нового спору в подібних відносинах. Можна виснувати, що ВП ВС ука-

зала на момент часткової втрати правовими позиціями ВСУ статусу джерела права. Тут необхідно розставити важливі акценти, якщо спірні відносини виникли на підставі зміненого законодавства, то при виникненні спору до таких відносин правові позиції ВСУ застосовуватися не можуть. Проте якщо законодавство змінилося, але відносини виникли до змін, то в такому разі правові позиції ВСУ зберігають юридичну силу. Юридичну силу таких правових позицій ВСУ можна означити як *обмежену в часі*. Наведене також дає можливість розмежувати способи, за якими правові позиції ВСУ перестають бути джерелом права, на (1) *пасивний спосіб*, коли вони втрачають юридичну силу у зв'язку зі зміною правового регулювання (визначення) та (2) *активний спосіб*, коли позиції ВСУ долаються ВП ВС (здійснюється відступ), про що йтиметься далі.

Наведений висновок ВП ВС є важливим і знаковим, оскільки, перш ніж посилатися чи цитувати правову позицію ВСУ, суддям та учасникам провадження необхідно з'ясувати, чи зберігає вона свою юридичну силу та чи може бути застосована для вирішення спору. Оскільки, якщо така позиція сформульована на нині вже нечинному законодавстві, а отже, вона не є джерелом права, що, у свою чергу, означає, що така правова позиція не може братися до уваги ні на підтвердження доводів сторін, ні на їх спростування.

Це нове слово в застосуванні та розумінні темпоральних меж правових позицій ВСУ, оскільки кожне з них потребує оцінки на релевантність за двома критеріями: (1) чи ці відносини подібні (ця позиція є застосовуваною до цього спору); (2) чи є ця правова позиція ВСУ чинною (поширюється (зберігає юридичну силу) на спірні відносини).

Самовідступ ВП ВС від правових висновків, якими здійснено відступ від правової позиції ВСУ

Позаяк самовідступ має правові наслідки й вони загалом є зрозумілими, то окремо хотілося б зупинитися на правових наслідках самідступу в тих постановах, якими раніше подолані правові позиції ВСУ. Що відбувається із цими правовими позиціями? Чи повертають вони собі юридичну силу? Це питання не врегульоване процесуальним законодавством, а отже, потребує логічного розв'язанням інструментами теорії права. До окресленої проблеми ВП ВС у справі № 216/3521/16-ц [1] від 01.09.2020 наблизилася впритул, проте правові позиції ВСУ втратили свою юридичну силу, оскільки сформульовані за результатами нечинного сьогодні законодавства й відповідати на це питання не довелось. Однак воно нікуди не зникло, бо сам факт самовідступу від правового висновку, яким долалася правова позиція ВСУ, уже є.

Передусім для аналізу порушеної проблеми необхідно розмежувати питання юридичної сили нормативно-правових актів, які творяться законодавчою та виконавчою гілками влади від юридичної сили правових позицій ВСУ. Щоб повернути нечинну (стару) норму права «до життя», необхідно ухвалити новий нормативно-правовий акт, який це зробить.

Схожий алгоритм застосовується в ситуації, коли Конституційний Суд України (далі – КСУ) визнає неконституційним окреме положення закону. У такому разі до ухвалення нового закону, який урегульовує це питання, виникає прогалина або ж правова невизначеність, але вона може бути заповнена лише новим законодавчим положенням.

Навіть за умови, коли КСУ визнає закон неконституційним загалом, то раніше чинний закон, якщо такий був, не може «воскреснути» самостійно (автоматично). У такому разі Парламенту необхідно прийняти або новий закон (у новій редакції), або ж закон, яким уводиться в дію «старий» раніше чинний закон. У будь-якому разі автоматичного (самого по собі) нічого не відбувається.

Отже, на думку автора, у ситуації, якщо ВП ВС, здійснюючи самовідступ від правового висновку, яким раніше було подолано правову позицію ВСУ, то така правова позиція ВСУ не може самовідновитися, вона повинна бути прописана чітко та ясно в новій постанові й стати, отже, правовим висновком ВС, проте посилання чи застосування в майбутньому такої правової позиції ВСУ, як і в разі з правовими позиціями ВСУ, які підтримані ВС, є недоречним і неправильним.

Виникнення та підстави самовідступу

Хоча питання самовідступу ВП ВС є окремою, великою темою, однак є доволі дотичною до наукової розвідки, то вважаємо за необхідне зробити кілька зауваг і з цього приводу.

У постанові ВП ВС від 04.09.2018 в справі № 823/2042/16 [3] (провадження № 11-377апп18) сформульовано кілька важливих тез щодо самовідступу. Передусім у пункті 42 йдеться, що в рішенні ЄСПЛ від 18.01.2001 у справі «Чепмен проти Сполученого Королівства» (*Chapman v. the United Kingdom*), заява № 27238/95, наголошується на тому, що в інтересах правової визначеності, передбачуваності й рівності перед законом він не повинен відступати від попередніх

рішень за відсутності належної для цього підстави (пункт 70). Далі в пункті 43 ВП ВС зазначає, що причинами для відступу можуть бути *вади попереднього рішення чи групи рішень* (їх неефективність, неясність, неузгодженість, необґрунтованість, незбалансованість, помилковість); *зміни суспільного контексту*. На цьому поки ВП ВС зупинилася, і можна припустити, що ці підстави мають вичерпний перелік.

Не менш важливий висновок сформульовано в пункті 44, що з метою забезпечення єдності та сталості судової практики для відступу від висловлених раніше правових позицій ВП ВС повинна мати ґрунтовні підстави: *її попередні рішення мають бути помилковими, неефективними* чи *застосований у цих рішеннях підхід повинен очевидно застаріти внаслідок розвитку в певній сфері суспільних відносин* або їх правового регулювання, і що цікаво, робить відсилання на Окремі думки суддів ВП ВС щодо постанови від 12.06.2018 у справі № 823/378/16 [4].

Такі висновки ВП ВС потребують серйозного наукового аналізу. Передусім необхідно розібратися зі співвідношенням пункту 43 та пункту 44. Мова йде про те, що в пункті 43 ВП ВС наводить причини, а в пункті 44 – підстави. Видається, що ВП ВС не ставила собі за завдання розмежовувати ці два поняття й використала їх виключно як синонімічні, що є, зрештою, логічним, оскільки *підстава* – це те головне, на чому базується, основується що-небудь, а *причина* – це привід для яких-небудь дій, вчинків. Крім цього, якщо зіставити ці пункти, то можна вбачати їх подібність і взаємодоповнюваність один одного.

Послуговуючись мовою процесуального закону, можна виділити такі підстави для самовідступу: (1) дефектність рішення (групи рішень), під яким можна розуміти: (1.1.) *вади форми (техніко-юридичні) рішення* (двозначне, взаємовиключне, неясне формулювання, неузгодженість мотиваційної та резулятивної частин рішення); (1.2.) *вади суті (змістового наповнення) рішення (помилковість, необґрунтованість);* (1.3.) *невиконуваність (неефективний спосіб захисту) рішення*; (2) зміну суспільного контексту.

ВП ВС не пояснила, що розуміється під таким доволі розлогим та оціночним поняттям, як «зміна суспільного контексту». Проте можна виснувати, що коріння такого підходу необхідно шукати в концепції «живої конституції», яка активно застосовується Верховним Судом США. Термін живої конституції (*Living constitution*) з'явився в 1927 році в книжці проф. Говарда Мак-Бейна (*Howard Lee McBain*) «Жива конституція: Огляд реалій і легенд нашого Основного Закону» (*The Living constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law*). Пізніше цей термін набув неабиякої популярності, і в цьому контексті варто навести слова судді Верховного Суду США, а також теоретика та філософа права Олівера Венделла Голмса-молодшого (1841–1935) (*Oliver Wendell Holmes Jr.)*, що конституційні спори «необхідно розглядати у світлі всього нашого досвіду, а не тільки зважаючи на те, що сказано сто років тому» [5, с. 1456, 1463]. Такий підхід є виправданим, бо інакше довелося б змінювати саму конституцію. Схожу ідеологію сповідує і ЄСПЛ, що проявляється в доволі гнучкому тлумаченні тих чи інших положень Конвенції залежно від зміни політичної, релігійної, культурної та інших кон'юнктури, що має значення та вплив на європейську цивілізацію. Конвенція в цьому році святкує свій 70-річний ювілей, але завдяки прецедентній практиці Суду кожне її положення зберігає свою актуальність і звучить актуальною, зрозумілою сучаснику мовою, а не як архаїчний текст, який тільки нагадує про якісь історичні події. Саме в контексті викладеного, на думку автора, необхідно розуміти висновок, який сформулювала ВП ВС.

Відступаючи від свого правового висновку щодо застосування юридичної норми, ВП ВС може або повністю відмовитися від нього і сформулювати новий або ж конкретизувати/уточнити попередній висновок, застосувавши відповідні способи тлумачення юридичних норм.

Серед правників можна зустріти думку, що виходом із ситуації, що склалася, може бути запровадження підходу, за якого ВП ВС має вказувати в постанові, з якого моменту змінений висновок має застосовуватися судами нижчих інстанцій загалом й касаційними судами зокрема. Пропонована ідея має як аргументи «за», так і «проти», хоча останні превалюють. Ідеться про те, що сьогодні судова влада немає й, напевно, не може мати такого інструментарію, як можливість у своїх рішеннях зазначати про їх темпоральні межі. Мова йде про те, що законодавець може обрати, закон набирає чинності з конкретної дати чи з дня його офіційного оприлюднення. Натомість судові рішення ВС набирають силу з моменту прийняття. Зрештою, при вирішенні цього питання має бути застосований універсальний підхід, який необхідно закріплювати в процесуальному законодавстві. Так, місцеві або апеляційні суди вирішили спір, базуючись

на чинному законодавстві й на сформульованих правових висновках ВС. Проте в процесі оскарження ухвалених рішень ВС здійснює самовідступи – і постає дилема. Суди вирішили спір на момент ухвалення рішення правильно, а касаційний суд змушений його скасовувати, бо на момент його перегляду в касації сформульовано новий висновок. Очевидно, що така ситуація не одинична й точно не сприяє ні єдності, ні сталості судової практики. Правильного чи справедливого вирішення цієї ситуації немає, тому що з позиції теорії права й теорії процесу така ситуація алогічна. Проте й позбавити ВС права на самовідступ не можна, оскільки фактор помилки, двозначного тлумачення чи зміни суспільного контексту завжди наявний і допустити ситуацію застосування дефектного правового висновку, тим самим тримати в полоні правової помилки учасників процесу теж не можна. Отже, необхідно шукати «менше зло», щоб найменша кількість учасників постраждала від такої ситуації. І у фокусі цього рішення має бути понад усе інтерес людини. А ще краще формулювати правові висновки так, щоб не виникало необхідності від них відступати.

Самовідступ: pro et contra

Такий інструмент, як самовідступ, що час від часу застосовує ВС (ВП ВС, об'єднані палати, палати), має дуалістичну природу. Дуалістичність полягає в тому, що самовідступ містить як об'єктивну необхідність для виправлення помилок або сформульованих раніше правових висновків, так й ознаки відсутності правової визначеності. Ідеться про те, що самовідступ дає змогу не консервувати «на віки вічні» правові висновки ВС, навіть якщо вони є дискусійними, або помилковими, або змінилися обставини саме такого тлумачення правових норм. На думку автора, інколи виникає об'єктивна необхідність коригування практики ВС. Цікавим у цьому контексті є Висновок № 20 (2017) Консультативної ради європейських суддів (далі – КРЕС) від 10.11.2017 про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону [6]. У пункті 8 Висновку зазначається, що розбіжності в тлумаченнях можуть сприйматися як невід'ємна риса судової системи, що складається з певної мережі суддів (*Tomic and others v. Montenegro,18650/09, 17.04.2012*). Тобто різні суди можуть дійти неоднакових, але, тим не менше, раціональних та обґрунтованих висновків стосовно подібного юридичного питання з подібними фактичними обставинами (*Shahin and Shahin v. Turkey, 13279/05, 20.10.2011*). Саме для вирішення таких ситуацій (протистояння правових висновків), зокрема, і покликаний такий процесуальний інструмент, як самовідступ.

Самовідступи, на жаль, є об'єктивними, однією з причин їх існування, зокрема, є надмірне навантаження у ВС, а також той факт, що не в усіх касаційних судах запроваджена спеціалізація палат, що також призводить до різної судової практики. Однак важливо пам'ятати, що зміна підходів у застосуванні тих чи тих правових норм, що сформульовані в правових висновках ВС, підважує один із засадничих конвенційних принципів правозастосування – принцип правової визначеності, особливо якщо врахувати, що такі висновки мають прецедентний характер. Зрештою, кожного разу формулюючи правові висновки, ВС необхідно виходити не з особистого бачення та розуміння права, а з впливу такого висновку на майбутнє правозастосування. У цьому контексті зовсім іншої конотації набуває римська максима «*Lex de futuro, judex de praetetito*» («Закон (працює) на майбутнє, суддя (розглядає) минуле»), оскільки касаційній суд не тільки розглядає минуле, щоб вирішити спір, своїми правовими висновками, які мають прецедентний характер, не просто передбачає майбутнє, а й визначає його. Про це, зокрема, ідеться в п. 28 цитованого Висновку КРЕС № 20 [5], а саме: «Суспільно-політична роль верховного суду полягає в наданні керівних рекомендацій *pro future* (на майбутнє), забезпечуючи єдність судової практики та розвиток права». Тому, говорячи про суддів ВС, доречніше дещо видозмінити цитоване формулювання на «*Lex de futuro, judex de praetetito etiamque de futuro*» («Закон (працює) на майбутнє, суддя (розглядає) минуле й також (працює) на майбутнє»). Незайвим буде зазначити, що таких повноважень не має жодна з гілок влади й легковажити цим не варто. Не передбачено права самовідступу й для Конституційного Суду України, рішення якого з плином часу піддаються критиці як такі, що потребують або перегляду, або уточнення. Отже, ВС в Україні сьогодні наділений неабиякими, унікальним для романо-германської правової системи повноваженнями, а, як відомо, чим більші повноваження, тим більший ступінь відповідальності.

Самовідступи ВС сприймаються правничою громадськістю доволі болісно, проте не заперечується така можливість. Мова йде про те, що для більшої легітимізації самовідступу необхідно його належним чином аргументувати. Звісно, визнавати свої помилки чи вказувати на прийняті раніше хиби є справою неприємною, вразливою та болісною для авторитету суду загалом і кожного

судді зокрема, проте це краще, ніж ігнорувати таку помилку й такий дефектний правовий висновок щоденно впливатиме на долі громадян. Тому самовідступ – це не просто постанова ВС – це має бути судове рішення, де аргументи мають бути настільки переконливі, щоб цю крайню необхідність сприймала б уся правнича спільнота або хоча б її більшість. І якщо відступ ВП ВС від своїх правових висновків у справах про визначення юрисдикції викликають дискусію в правничому середовищі, але не мають значного впливу на вирішення справи по суті, водночас зміна правового висновку, який стосується суті справи, має найбезпосередніший вплив на справи, які вже перебувають на розгляді в судах, і ті, які будуть надходити в майбутньому.

Тільки за таких умов конкуренція принципу правової визначеності та презумпції правильності правового висновку ВС буде виправданою.

Не менш важливим залишається питання методології, логіки, алгоритму й способів тлумачення нормативно-правових актів, оскільки судам нижчих інстанцій мало знати про зміну висновку (самовідступ) ВС, вони потребують розуміння логіки та способів тлумачення. У цьому сенсі відбуваються позитивні зміни й непоодинокими є випадки, коли в постановах зазначається назва того чи того методу герменевтики, проте навести в тексті судового рішення фрази: «комплексне тлумачення», «телеологічний метод», «формально-юридичний спосіб» тощо недостатньо, необхідно вказати на зв'язок цього методу з результатом розгляду, щоб цього алгоритму дотримувалися суди інших інстанцій, які рівняються на ВС. У цьому повною мірою проявляється двоєдиність постанов ВС: правовий висновок сам по собі та методологічні підходи, що дають змогу простежити шлях до саме такого правового висновку.

Тобто чому саме таке рішення ухвалено, у чому полягала необхідність самовідступу, адже правові висновки ВС є не тільки джерелом права, а й певним методичним посібником щодо тлумачення норм законодавства, застосування принципів права, які згодом переймають місцеві та апеляційні суди.

Висновки

Викладене дає можливість зробити кілька важливих висновків як щодо теоретичних питань процесуального права, так і доволі прикладних аспектів щодо змістового й формального наповнення постанов ВС:

1. Якщо ВС сприйняв правові позиції ВСУ, то таке сприйняття необхідно розглядати як новий правовий висновок ВС і в подальшому застосовувати саме його й посилатися саме на нього, жодної необхідності в наступних постановах ВС посилатися на правові позиції ВСУ немає.

2. Якщо ВП ВС здійснила самовідступ від правового висновку, яким раніше подолано правову позицію ВСУ, то такі позиції самі по собі не відновлюють свою юридичну силу, оскільки є подоланими. Натомість ВП ВС повинна сформулювати власний правовий висновок, який може бути суголосним із правовою позицією ВСУ, але вже буде новим і таким, що зроблений ВП ВС.

3. Системний аналіз правового висновку ВП ВС у справі № 216/3521/16-ц [1] від 01.09.2020 дає можливість виснувати, що кожна правова позиція ВСУ потребує оцінки на релевантність за двома критеріями: (1) чи ці відносини подібні (ця позиція є застосовуваною до цього спору); (2) чи є ця правова позиція ВСУ чинною (поширюється (зберігає юридичну силу) на спірні відносини). Звідси, якщо правова позиція ВСУ має обмежену в часі юридичну силу, касаційний суд може її не застосовувати, не здійснюючи відступів від неї.

4. Самовідступи ВС є вимушеним і необхідним заходом в умовах становлення національної правової системи, оскільки цей інструмент дає змогу виправляти помилки правозастосування ВС, що загалом відповідає принципам справедливості й верховенства права.

5. Постанови касаційного суду є не тільки джерелом права (є обов'язковими для застосування судами першої та апеляційної інстанцій), а й мають бути своєрідним посібником із формулювання правових висновків, де наводяться, окрім формально-юридичних аргументів на підтвердження чи спростування доводів касаційної скарги, і застосування інших інструментів правничої герменевтики, які пояснюють логіку й алгоритм ухвалення рішення касаційним судом. Такий підхід опосередковано сприятиме забезпеченню єдності та сталості судової практики, оскільки, окрім результату вирішення спору й формулювання правового висновку, важливими є й застосовані підходи, які уможливили такий результат (правовий висновок).

Список використаних джерел:

1. Постанова ВП ВС у справі № 216/3521/16-ц від 01.09.2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644731.

2. Постанова ВСУ у справі № 303/2147/14-ц (№ 6-1790цс15) від 24.02.2016. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS160299.html.

3. Постанова ВП ВС у справі № 823/2042/16 від 04.09.2018. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/77969515.

4. Постанова ВП ВС у справі № 823/378/16 від 12.06.2018. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/75241943.

5. Adam Winkler. A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The «Living Constitution». URL: https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-76-5-Winkler.pdf.

6. Висновок Консультативної ради європейських суддів про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону від 10.11.2017 № 20. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/opinion_20_UA.pdf.

Mykhailo Shumylo. Legal conclusions of the court of cassation: inter praeteritum et futurum

The article discusses an issue that is important for the modern application of law, namely the legal effect of legal conclusions made by the Supreme Court of Ukraine.

After the establishment of the Supreme Court and having modernized procedural laws, legal conclusions of the Supreme Court of Ukraine retained their status as sources of law. At the same time, the Great Chamber of the Supreme Court was empowered by the legislature to overrule these conclusions and to make new ones.

For example, the Great Chamber overruled 73 legal conclusions of the Supreme Court of Ukraine within three years.

The legal conclusions of the Supreme Court of Ukraine in this study have been classified into: (1) the ones that retain its legal effect (following the approval by the court of cassation), (2) the ones that no longer have the legal effect (overruled by the Great Chamber of the Supreme Court), (3) the ones that retain the limited legal effect (legal conclusions that were made when certain legislation was in force and which was repealed after).

The article endorses the idea that every legal conclusion of the Supreme Court of Ukraine needs to be assessed for relevance based on two criteria: (1) Are these relations similar (that conclusion can be applied to a particular dispute)?; (2) Is that legal conclusion of the Supreme Court of Ukraine valid in a particular case (it retains its legal effect in legal relations between the parties to the dispute)?

The article states that if the Supreme Court approves the legal conclusion made by the Supreme Court of Ukraine, it should be mentioned in the judgment. Accordingly, there is no need to cite the legal conclusions of the Supreme Court of Ukraine in the following judgments.

This approach is indirectly confirmed by the fact that the overruling of the legal conclusion of the Supreme Court of Ukraine as the legal basis for the transfer of the case to the Great Chamber of the Supreme Court is mentioned in the transitional provisions of the codes of procedure.

Thus, the legislature predicted that legal conclusions of the Supreme Court of Ukraine would be temporary as sources of law until their replacement by legal conclusions made by the new Supreme Court.

The overruling of its own legal conclusions by the court of cassation and its influence on the judicial practice received particular attention in the article.

The article draws attention to the fact that, although the overruling of previous legal conclusions doesn't contribute to the uniformity of judicial practice, it allows to amend wrong legal conclusions or the ones that have become outdated because of changes in society.

Key words: legal conclusions, the Supreme Court of Ukraine, the Supreme Court, the overruling of legal conclusions, the Great Chamber of the Supreme Court.

УДК 346:347.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.09

Андрій Єремєєв,
аспірант
Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ТРАСТУ

Стаття присвячена визначенню та аналізу господарсько-правових трастів як різновиду трастових правовідносин (відносин довірчої власності), що відповідають предмету регулювання господарського законодавства. Аналізується саме поняття трасту, обґрунтовується, що як найбільш прийнятне може розглядатися визначення трасту через поняття правовідносин. Незважаючи на те, що інколи траст визначається як обов'язок, зобов'язання, договір та навіть як юридична особа, домінуючим та переважним є підхід до визначення трасту саме через категорію правовідносин. Звертається увага, що траст як інститут, первинно притаманний англо-американським (прецедентним) правовим системам, поступово набирає поширення у системах романо-германського (континентального) права. З появою інституту довірчої власності в законодавстві України виникає нагальна потреба у подальшому вивченні та аналізі цієї правової конструкції для вдосконалення її нормативно-правового регулювання, а також приведення у відповідність до найбільш досконалих світових зразків. Обґрунтовано, що усі трасти за характером правовідносин, які становлять їх зміст, поділяються на господарсько-правові та цивільно-правові. Перші пов'язані з економічною сферою та підпадають під регулятивний вплив господарського законодавства. Другі, не пов'язані з організацією або здійсненням господарської діяльності, можуть виникати в особистій (побутовій) сфері. У статті аргументовано, що господарсько-правові трасти є різновидом господарсько-правових правовідносин, які не можуть бути повною мірою віднесені ні до господарсько-виробничих, ні до організаційно-господарських відносин, а поєднують у собі риси обох названих видів. У цілому траст може вважатися господарсько-правовим за умови відповідності трастових відносин усім ознакам господарсько-правових правовідносин. Окрім ознак господарських правовідносин, що характерні для господарсько-правових трастів як особливого їх виду, таким трастам притаманні також усі ознаки трастів. Зокрема, господарсько-правові трасти, як і інші типові трастові конструкції, повинні охоплювати три складових елементи: визначеність щодо наміру, визначеність щодо об'єкта та визначеність суб'єктів.

Ключові слова: довірча власність, траст, господарсько-правовий траст, цивільно-правовий траст, трастові правовідносини.

Постановка проблеми. Одним із правових інститутів, надзвичайно поширених у світовій практиці господарювання, є інститут трасту або довірчої власності. Первинно характерний лише для правових систем англо-американського (загального) права, цей інститут поступово освоює і системи континентального права та набуває у них значного поширення. Під впливом великого поширення трастових відносин у світовій юридичній і економічній практиці в українському законодавстві також з'явився інститут довірчої власності. Проте за відсутності ґрунтовного нормативного регулювання цей інститут викликає багато наукових дискусій та суперечливих тлумачень щодо його правової природи й навіть взагалі прийнятності для правової системи України. У господарсько-правовому контексті найбільш важливим є вивчення та аналіз правового статусу трастів, створених за участі суб'єктів господарювання для цілей, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності. Окремий науковий інтерес становлять трасти, створені для здійснення господарської діяльності резидентами України відповідно до законодавства країн та територій, що можуть бути віднесені до офшорних зон.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості господарсько-правового статусу довірчої власності (трастів) в Україні суттєвого вивчення не зазнали. Разом із тим різні аспекти функціонування довірчої власності досліджувалися в основному з цивілістичних позицій такими вченими, як Г.В. Буяджи, Р.А. Майданик, К.Г. Некіт, С.О. Сліпченко та ін. У цілому довірча власність у вітчизняній правовій доктрині залишається недостатньо дослідженою категорією.

Метою статті є визначення поняття «господарсько-правовий траст», проведення його аналізу та окреслення його загальної характеристики.

© А. Єремєєв, 2020

Виклад основного матеріалу. Вельми специфічним правовим інститутом, що традиційно пов'язується з правовими системами загального права, є інститут трасту (довірчої власності). Незважаючи на наявність цілої низки теорій, що по-різному визначають час і місце його виникнення, траст вважається одним із найбільш своєрідних і значних інститутів англо-американського (загального) права. Інколи навіть вважається, що ані серед речовинно-правових, ані серед зобов'язальних конструкцій континентального права неможливо підібрати економіко-правового інституту, подібного до трасту [1, с. 13-14]. Однак теза про унікальність англо-американського трасту втрачає свою апріорність у зв'язку з конвергенцією правових систем і поступовою рецепцією (прийняттям) інституту трасту континентальним правом [2, с. 277]. Відбувається, так би мовити, проростання «трастової проблематики» в «континентальну правову площину» [3, с. 174]. Сучасний траст уже не вважається надбанням лише країн загальної системи права та їх унікальною особливістю [4, с. 10]. Натепер є велика кількість видів як власне трастів, так і різноманітних трастоподібних конструкцій у країнах, які належать до різних правових систем [4, с. 10]. Взагалі, визнання та інкорпорація трасту у країнах континентального права та країнах, які наслідували правові системи останніх, проходила довго та не завжди безболісно [4, с. 10]. Дуже часто спроби уведення трасту у його тій чи іншій формі у право країн цивільного права стикалося з не сприйняттям його суті, він сприймався не просто як чужорідний організм, а як інститут, який суперечить публічному порядку, а тому його застосування взагалі не вбачалося можливим [4, с. 10]. Навіть до цього часу окремі вчені продовжують стверджувати, що існування правової конструкції довірчої власності в чинному законодавстві України є необґрунтованим і суперечить основоположним принципам права власності [5, с. 153]. Проте з таким підходом не можливо погодитись. Питання про припустимість довірчої власності в українському законодавстві як речово-правового способу реалізації ідеї управління власністю в інтересах визначеної третьої особи – це питання про припустимі межі поєднання зобов'язально-правового і загально-дозвільного режиму щодо майна та існування в нашому праві конструкцій «цільової» власності та інших видів «цільового» майна, покликаних забезпечити служіння майна певній меті пролонгованого, стабільного типу (особливо у разі довгострокового інвестування) [6, с. 38].

Поступово інститут трасту набирає все більшої популярності та починає у тій чи іншій формі використовуватися практично у всьому світі. Натепер інститут довірчої власності (трасту) запозичений практично всіма правовими системами континентального права [7, с. 188]. У результаті змін, внесених до Цивільного кодексу України [8] Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 19.06.2003 № 980-IV [9], інститут довірчої власності з'явився й у праві України. Закріплення довірчої власності в українському законодавстві було спрямоване на усунення невідповідності між економічними відносинами і формами їх правового регулювання [6, с. 38]. Так, відповідно до частини 2 статті 316 Цивільного кодексу України особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном [8]. У свою чергу, згідно з частиною 2 статті 1029 Цивільного кодексу України договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно [8]. На думку деяких науковців, частина 1 статті 1029 Цивільного кодексу України, що містить визначення договору управління майном, практично дослівно дублює дефініцію трасту, лише позначаючи учасників договору управління майном назвами, трохи відмінними від англо-американських прототипів [2, с. 280]. Однак є вагомі підстави вважати, що українська довірча власність не є повним аналогом англо-американського трасту [2, с. 280]. Скоріше, тут має місце відповідність форми і лише частково – змісту (так, наприклад, вважається, що український управитель досить обмежений у своїх діях) [2, с. 280-281]. На жаль, Господарський кодекс України [10] не врегульовує статус трастів, створених вітчизняними суб'єктами господарювання, а також не містить положень щодо правового регулювання довірчої власності взагалі.

Вважається, що правова природа трасту полягає передусім у довірчому (фідуціарному) характері відносин [11, с. 15]. Але у цілому визначення трасту (довірчої власності) у світовій юридичній науці залишається дискусійним. З одного боку, кількість визначень трасту є величезною, а з другого – досі немає єдиного загальновизнаного визначення довірчої власності, яке би повною мірою сприймалося в рамках однієї правової системи [12, с. 84]. Кількість трастів у світі є настільки великою, та іноді вони настільки не схожі між собою, що практично немож-

ливо дати єдине, універсальне визначення, яке б охоплювало усі види трастів [12, с. 85].

Принципово різні визначення трасту (довірчої власності) містить і світова судова практика, і світова юридична доктрина. Траст (довірча власність) може розглядатися як форма власності, особливість якої полягає в тому, що одна особа є власником майна, відчужуваного йому другою особою для певних цілей, вказаних відчужувачем, або, як його ще називають, засновником [13, с. 98]. Характерною рисою права довірчої власності як особливого виду права власності є те, що довірчий власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, але з урахуванням встановлених власником обмежень і лише на користь самого власника або вказаної ним особи, але не у своїх інтересах [14, с. 121]. Також траст (довірча власність) може визначатися як особливого роду речове право. При цьому у тих випадках, коли мається на увазі саме право певної особи, що виникає із трастових відносин (відносин довірчої власності), термінологічно доцільніше вживати поняття «право довірчої власності», «право трасту», а не «довірча власність» та «траст». Якщо «траст» та «довірча власність» – це відносини, то «право довірчої власності», «право трасту» має розглядатися як особливий вид права власності. Так, право довірчої власності – це належне довірчому власнику право власності на визначене майно, обтяжене обов'язком його здійснення з метою і з обмеженнями, встановленими договором управління майном чи законом [13, с. 100]. Інколи трапляються визначення трасту як обов'язку, зобов'язання, договору та навіть як юридичної особи, але домінуючим та переважним є підхід до визначення трасту через категорію правовідносин.

Так, відповідно до ст. X. – 1:201 Модельних правил європейського приватного права траст – це *правовідношення*, у якому довірчий власник зобов'язаний управляти або розпоряджатися одним або більше активами (трастовим фондом) згідно з умовами, які регулюють це правовідношення (умовами трасту) в інтересах вигодонабувача або для досягнення суспільно корисних цілей [15]. Вважається, що таке визначення розкриває сутність поняття трасту в його як континентальному, так і англосаксонському розумінні [16, с. 172].

У ст. 2 Конвенції про право, що застосовується до трастів, та про їх визнання термін «траст» визначено як *правовідносини*, створені *inter vivos* (за життя) або посмертно особою, засновником, коли майно було передано *під контроль* довірчого власника на користь бенеціфіарія або для встановленої мети [17]. Зазначена конвенція також називає три особливості трасту: a) майно становить відокремлений капітал та не є частиною власності довірчого власника; b) право на майно трасту належить довірчому власнику чи іншій особі, що виступає від імені довірчого власника; c) довірчий власник має право та обов'язок, по відношенню до якого він несе відповідальність, управляти, використовувати та розпоряджатися майном відповідно до умов трасту та покладених на нього законом спеціальних обов'язків [17]. При цьому відповідно до положень Конвенції збереження за засновником певних прав та повноважень, а також той факт, що довірчий власник сам може мати права бенефіціарія, не обов'язково суперечить існуванню трасту [17].

За визначенням, яке пропонується у Юридичній енциклопедії, довірча власність (траст) – це система фідуціарних, тобто заснованих на довірі, майнових відносин (fiduciary ownership) [18]. Суб'єктами даних відносин можуть бути засновник довірчої власності (settlor), довірчий власник (trustee), а також бенефіціарій (cestui que trust) – особа, на користь якої створюється довірча власність [18]. Довірчий власник зобов'язується управляти майном (тобто здійснювати незаборонені законом трастові операції), переданим йому іншим суб'єктом – засновником довірчої власності, таким чином, щоб бенефіціарій отримував у межах строку, на який встановлено довірчу власність, певний прибуток [18]. У навчальній літературі траст визначають як операції з управління коштами (майном, грошима, цінними паперами і т. п.) клієнта, проводяться від свого імені і за дорученням клієнта на підставі договору з ним [19, с. 45].

У свою чергу, за доктринальною дефініцією Г. Буяджи траст – це довірчі правовідносини, що виникають між установником, довірчим власником і бенефіціаром унаслідок передачі установником майна у власність довірчому власнику для управління ним в інтересах наперед визначених осіб (бенефіціаріїв) та/або для досягнення суспільно корисної мети на засадах добросовісності, розумності, чесності та розсудливості [12, с. 100].

Ґрунтуючись на порівняльно-правових дослідженнях інституту права довірчої власності, окремі науковці доходять висновку, що за своєю природою «трасти», притаманні саме країнам англо-американського права, тоді як для країн континентальної правової сім'ї характерні «фідуції» [20, с. 285]. При цьому «трасти» та «фідуції» розглядаються як різні конструкції. Особливою ознакою трастів називається «розщеплення» права

власності на передане майно (власник за загальним правом – довірчий власник, що має право на управління та розпорядження майном, та власник за правом справедливості – бенефеціар, який отримує вигоду та доходи від управління цим майном). Вважається, що у разі фідуції «розщеплення» права власності не відбувається і під час дії договору, що встановлює довірчу власність, існує лише один юридичний власник майна – довірчий власник [20, с. 285]. У межах останньої конструкції використовується «цільове» право власності, яке після досягнення мети, передбаченої договором, повертається в повному обсязі засновнику [20, с. 285]. Тобто, замість «розщеплення» права власності, здійснюється його самообмеження (як неподільного, абсолютного права власності) із можливістю відновлення з тих чи інших підстав [20, с. 286].

Як зазначалось вище, у вітчизняному законодавстві довірча власність передбачена у Цивільному кодексі України. Господарський кодекс України такої правової категорії не передбачає. Нерідко вважається, що довірча власність є суто цивільно-правовим інститутом [13; 21]. Разом із тим можна стверджувати, що трасти (довірча власність) як специфічний вид майнових правовідносин можуть бути класифіковані на цивільно-правові (підпадають під предмет правового регулювання Цивільного кодексу України) та господарсько-правові (пов'язані зі здійсненням господарської діяльності та відповідають предмету правового регулювання Господарського кодексу України).

Відповідно до частини 1 статті 1 Цивільного кодексу України («відносини, що регулюються цивільним законодавством») цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [8]. Однак таке, здавалося б, лаконічне визначення також допускає неоднозначне тлумачення кола відносин, що підпадають під предмет регулювання Цивільного кодексу України. Зокрема, виникає питання чи характеристика «особисті» стосується і немайнових, і майнових або ж тільки немайнових відносин. Більш обґрунтованим уявляється перший підхід, відповідно до якого «особистий характер» є визначальною характеристикою усіх цивільних відносин. У такому разі слід визнати, що цивільними є відносини, які виникають в особистій (побутовій) сфері [22, с. 10]. Це відповідає сутності цивільного права як частини системи права, сфера дії якого об'єктивно обмежена службовою роллю – захистом особистих інтересів учасників цивільних відносин, не пов'язаних зі здійсненням ними будь-якої професійної, зокрема господарської, діяльності [22, с. 10]. У свою чергу, відповідно до статті 1 Господарського кодексу України цей Кодекс визначає основні засади господарювання в Україні і регулює господарські відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання [10].

Отже, траст – це правові відносини, які виникають між трьома типами суб'єктів – установником, довірчим власником та бенефіціарієм (на стороні кожного з яких може виступати як одна, так і кілька осіб) з приводу надання майна в особливий вид власності для здійснення управління. Установник передає майно у власність довірчому власнику (тобто у довірчу власність як особливий вид права власності). Довірчий власник одержує майно та має здійснювати управління ним. Таке управління має здійснюватися в інтересах певних осіб (бенефіціарії) та (або) для досягнення визначених установником цілей. Якщо такі відносини виникають в особистій (побутовій) сфері та не пов'язані з організацією і здійсненням господарської діяльності, то траст підпадає під сферу регулювання цивільного права і, відповідно, може вважатися цивільно-правовим. Проте істотно більше значення в економіці мають трасти, що створюються для організації та (або) безпосереднього здійснення господарської діяльності. Такі трасти неодмінно пов'язані з економічною сферою, відповідають предмету регулювання господарського права та за своєю сутністю є господарсько-правовими. Так, вітчизняні дослідники вказують, що банківська діяльність надає величезне різноманіття послуг своїм клієнтам – від традиційних депозитно-позичкових і розрахунково-касових операцій, що визначають основу банківської справи, до новітніх форм грошово-кредитних і фінансових інструментів, використовуваних банківськими структурами (лізинг, факторинг, траст тощо) [23, с. 97]. Комерційні банки як суб'єкти господарювання є активними учасниками трастових операцій.

Як відомо, господарсько-правові відносини характеризуються низкою ознак, серед яких [24, с. 25-26]: 1) сфера – економіка (господарювання) різного рівня; 2) зміст – безпосереднє здійснення господарської діяльності та (або) організація/керівництво такою діяльністю; 3) особливий суб'єктний склад – обов'язковим учасником цих відносин є суб'єкт господарювання; 4) поєднання

майнових та організаційних елементів; 5) значний ступінь правового регулювання на рівні актів законодавства в поєднанні з локальним регулюванням; 6) складність, яка полягає в тому, що обов'язки кожного із суб'єктів кореспондують обов'язкам декількох іншим суб'єктів [25]; 7) тривалість, що полягає у часовій тривалості, за наявності стійких зв'язків учасників господарських відносин, із великими часовими інтервалами багатьох господарських процесів [25] та ін.

За умови відповідності трастових відносин вищеназваним ознакам траст може вважатися господарсько-правовим. Окрім ознак господарських правовідносин, що характерні для господарсько-правових трастів як особливого їх виду, таким трастам притаманні також усі ознаки трастів. Передусім для створення трасту обов'язковими вважаються три елементи [26]: визначеність щодо наміру створити траст; визначеність щодо об'єкта (має чітко визначатися, яке саме майно засновник збирається передати у траст); визначеність суб'єктів трасту.

За статтею 3 Господарського кодексу України сферу господарських відносин становлять господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини [10]. Проте на доктринальному рівні наводяться дещо більш розширені та вдосконалені класифікації господарських відносин. Так, В.С. Мілаш виокремлює не три, а п'ять видів господарських відносин: господарсько-виробничі, господарсько-споживчі, організаційно-господарські, господарські організаційно-управлінські, а також внутрішньогосподарські відносини [27, с. 24].

За статтею 3 Господарського кодексу України відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами є внутрішньогосподарськими. Майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання під час безпосереднього здійснення господарської діяльності, є господарсько-виробничими. Відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю, є організаційно-господарськими. Якщо доктринальні визначення господарсько-виробничих та внутрішньогосподарських відносин від нормативних визначень відрізняються, як правило, несуттєво, то тлумачення організаційно-господарських відносин є більш дискусійним. Так, В.С. Мілаш, відмежовуючи в окремий вид господарські організаційно-управлінські відносини (відносини, які виникають між учасниками відносин у сфері господарювання та органами державної влади, органами місцевого самоврядування у процесі управління господарською діяльністю), визначає, що організаційно-господарськими є відносини, які виникають з приводу заснування господарських організацій (об'єднань), а також у зв'язку зі встановленням інших організаційних зв'язків у сфері господарювання [27, с. 25]. За іншим доктринальним визначенням організаційно-господарські відносини – це відносини, які виникають між суб`єктами господарювання та органами державної виконавчої влади (в т. ч. колегіальними), органами місцевого самоврядування або іншими суб`єктами господарювання у процесі організації (в т. ч. створення умов господарювання) господарської діяльності та управління нею на підставі відповідних повноважень та/або права власності [28, с. 42].

Трастові господарсько-правові відносини апріорі мають майновий характер. Проте такі відносини, як правило, спрямовані на встановлення організаційних зв'язків у сфері господарювання та на створення умов для здійснення господарювання. Структурно трастові відносини нерідко зображуються як «магічний трикутник», у якому засновник (абсолютний власник) передає довірчому власнику (трасті) право юридично значитися власником майна (legal title), а бенефіціарію – право на отримання доходу від майна (equitable title) [26]. Встановлення організаційних зв'язків, виражених у формі такого трикутника, має як майновий, так і організаційний складник. З одного боку, відбувається передача майнових активів, прав здійснення розпорядження ними та права отримувати від них прибуток. З іншого боку, майнові відносини «магічного трикутника» закладають специфічні зв'язки у сфері господарювання, створюють умови для його здійснення. Через встановлення таких організаційних зв'язків відбувається формування особливого роду господарської структури, що не є юридичною особою, але спрямована на досягнення певних цілей у сфері господарювання. Утворення трасту через встановлення трастових правовідносин на підставі трастової угоди дозволяє суб'єкту господарювання отримати низку переваг – захистити активи від різного роду посягань (оскільки майно, передане у траст, вже не належить засновнику, засновник трасту юридично дистанціюється від майна та втрачає права на майно, які можуть бути об'єктом посягання), оптимізувати оподаткування, забезпечити більш високий рівень конфіденційності щодо фактичного

володіння майном тощо. Забезпечення фактично унікальних умов захисту майна зумовлено особливим правовим статусом активів трасту. З моменту створення трасту такі активи більше не є власністю засновника, відповідно, на них і не можуть звертатися стягнення, пов'язані з боргами засновника. Активи довірчого власника відокремлені від активів трасту, і на них не можуть звертатися стягнення, пов'язані з боргами довірчого власника [29]. Вбачається, що встановлення такого роду організаційних зв'язків у сфері господарювання не може бути повною мірою віднесене до господарсько-виробничих відносин і включає цілу низку компонентів, що господарсько-виробничим відносинам не властиві. Саме поєднання майнових та організаційних складників і характеризує господарсько-правові трасти як особливий вид господарсько-правових відносин.

Висновки

Залежно від характеру правовідносин, що становлять їх зміст, трасти можуть бути класифіковані на господарсько-правові та цивільно-правові. Господарсько-правові трасти є особливим видом господарсько-правових відносин, якому притаманні риси як господарсько-виробничих, так і організаційно-господарських відносин. При цьому, узагальнивши основні ознаки такого виду трастів, вважаємо, що господарсько-правовий траст – це особливий вид господарсько-правових відносин, що має довірчий характер, виникає у сфері господарювання з приводу організації та (або) безпосереднього здійснення господарської діяльності між трьома суб'єктами – установником, довірчим власником і бенефіціарієм – та передбачає надання засновником довірчому власнику майна (активів) на особливому правовому титулі – праві довірчої власності для здійснення управління таким майном в інтересах певних осіб (бенефіціаріїв) та (або) для досягнення визначеної засновником мети.

Список використаних джерел:

1. Безбах В. Доверительная собственность. *Бизнес*. 1993. № 33. С. 13-14.

2. Педько А.Б. Траст як ефективний інструмент управління бізнес-активами. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2017. Випуск 15. С. 276-281.

3. Перестюк Н.М. Гаазька конвенція про визнання трастів задля вирішення колізій законів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 4. С. 173-177.

4. Буяджи Г. Теоретичні та практичні проблеми визнання та кваліфікації інституту трасту. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 10-15.

5. Манжосова О.В. Особливості існування правового інституту довірчої власності в законодавстві України. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2014. № 2. С. 145-155.

6. Майданик Р. Довірча власність у цивільному праві України (формування, порівняльний аналіз і поняття). *Українське комерційне право*. 2004. № 5. С. 37-56.

7. Господарське право : підручник / за ред. О.П. Подцерковного. Харків: Одіссей, 2010. 640 с.

8. Цивільний кодекс України. URL: https:// https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print (дата звернення: 05.11.2020).

9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України від 19.06.2003 № 980-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980-15/print (дата звернення: 05.11.2020).

10. Господарський кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print (дата звернення: 05.11.2020).

11. Буяджи Г. Проблемні питання визначення правової природи трасту. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 10-16.

12. Буяджи Г.В. Довірча власність і трастоподібні конструкції: імплементація міжнародних стандартів у цивільне право України : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 603 с.

13. Гончарук А.А. Право довірчої власності. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 2. С. 97-101.

14. Некіт К. Траст в Україні та країнах англо-американського права: проблеми адаптації. *Чверть століття українсько-американської дружби: досвід гідний майбутнього*: зб. матеріалів III американознавчої мультидисциплінарної конференції. 12-13.04.2016. Львів, 2016. С. 118-123.

15. Модельные правила европейского частного права. Москва: Статут, 2013. 989 с.

16. Некіт К.Г. Принципи DCFR та сучасна концепція довірчої власності (трасту) в Україні. *Часопис цивілістики*. 2015. Випуск 18. С. 171-174.

17. Конвенція про право, що застосовується до трастів, та про їх визнання від 01.07.1985. URL: https://ips.ligazakon.net/document/MU85335 (дата звернення: 05.11.2020).

18. Юридична енциклопедія : у 6 т. Т 2 / за ред. Ю.С. Шумшученко. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1998. 741 с.

19. Кадала В. В., Хайлова Т. В., Гузенко О. П. Банківське право : навчальний посібник / за ред. д-ра юрид. наук, проф. Б. В. Деревянка; МВС України, Донецький юридичний інститут. Львів: «Магнолія 2006», 2020. 172 с.

20. Рябчинська А.О. Право довірчої власності в англо-американській та континентальній системах права: порівняльно-правова характеристика. *Правове регулювання економіки*. 2018. № 17. С. 279-287.

21. Сліпченко С.О. Інститут права довірчої власності і його дія в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 1997. 24 с.

22. Мілаш В.С. Господарське право: курс лекцій : у 2 ч. Ч 1. Харків: Право, 2008. 496 с.

23. Правове регулювання економічних відносин за участі підприємств великого промислового регіону : монографія / Деревянко Б.В., Кадала В.В., Громенко Ю.О., Гузенко О.П., Іваненко Д.Д., Роженко О.В., Хайлова Т.В.; за заг. ред. Б.В. Деревянка. Львів: «Магнолія 2006», 2020. 245 с.

24. Вінник О.М. Господарське право: курс лекцій. Київ: Атіка, 2004. 624 с.

25. Господарське право : підручник / за заг. ред. Д.В. Задихайла, В.М. Пашкова. Харків: Право, 2012. 696 с.

26. Трасты. URL: https://gsl.org/ru/offshore/trust_fund_foundation/ (дата звернення: 05.11.2020).

27. Мілаш В.С. Комерційний договір у господарському праві: теоретичні проблеми становлення та розвитку : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04. Харків, 2008. 34 с.

28. Ілларіонов О.Ю. Організаційно-господарські правовідносини в контексті виконання положень угоди про асоціацію з Європейським Союзом. *Юридичний бюлетень*. 2016. Випуск 2. С. 34-43.

29. Панчук Р. Нетривіальні підходи до захисту активів: офшорний траст та фонд. *Юридична газета*. 2013. № 14. С. 40-41.

Andriy Yeremeyev. General characteristics of business trust

The article is dedicated to the definition and analysis of economic and legal trusts as a kind of trust legal relations (trust property relations), which correspond to the subject of regulation of economic legislation. The concept of trust itself is analysed; it is substantiated that the definition of a trust through the concept of legal relations can be considered as the most acceptable one. Although a trust is sometimes defined as a duty, obligation, contract, or even a legal entity, the dominant and predominant approach to defining a trust is precisely through the category of legal relationship. It is noted that a trust as an institution inherent in the Anglo-American (precedent) legal systems is gradually gaining ground in the systems of Romano-Germanic (continental) law. With the appearance of the institution of trust property in Ukrainian legislation there is an urgent need for further study and analysis of this legal structure to improve its legal regulation, as well as to bring it into conformity with the most advanced world standards. It is substantiated that all trusts by the nature of legal relations, which build up their content, are divided into business legal trusts and civil legal trusts.

The first ones are related to the economic sphere and are subject to the regulatory influence of economic legislation. The others, not related to organization or implementation of economic activities, may arise in the personal (domestic) sphere. The article argues that business legal trusts are a kind of economic and legal relations, which can not be fully attributed to either economic-and-production or organizational-and-economic relations, but combine the features of the both types. In general, a trust can be considered economic and legal, provided that the trust relations comply with all the features of economic and legal relations. In addition to the features of economic relations, which are in evidence of economic and legal trusts as a special type, such trusts also have all the features of trusts. In particular, business legal trusts, like other typical trust structures, should include three components: certainty of intentions, certainty of objects, and certainty of subjects.

Key words: trust property, trust, business legal trust, civil legal trust, trust legal relations.

УДК 346.24
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.10

Олександра Кологойда,
докт. юрид. наук,
професор кафедри господарського права та господарського процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Олена Черненко,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ПРАВОВИЙ СТАТУС НЕЗАЛЕЖНИХ ЧЛЕНІВ НАГЛЯДОВИХ РАД ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ

Стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних із правовим статусом незалежних членів наглядових рад підприємств державного сектора економіки. Доцільність створення наглядової ради як органу контролю, що покликаний захищати інтереси власників компанії, визнана у багатьох країнах світу. Поява наглядових рад серед органів управління державними унітарними підприємствами дає можливість залучати до управління професійних та незалежних фахівців, а це має підвищити економічні показники діяльності суб'єктів державного сектора економіки.

Інституційні та кваліфікаційні вимоги до членів та незалежних членів наглядових рад не вимагають наявності в особи, що призначається (обирається) на посаду незалежного члена наглядової ради громадянства України. Іноземні громадяни та особи без громадянства мають право нарівні з громадянами України брати участь у конкурсі, але виключно на посади незалежних членів наглядової ради. Членство в наглядових радах не є державною службою, тому у конкурсному відборі таких осіб мають переважати професійні критерії, такі як освіта, досвід роботи та професійні навички у суб'єктах господарювання корпоративного типу відповідної галузі економіки, а також особисті якості кандидата.

Призначенню іноземців незалежними членами сприяє відсутність спеціалістів потрібного рівня в Україні та той фактор, що іноземці більш незалежні від впливу різних політичних сил. Нині іноземці становлять більшість у наглядових радах державних підприємств. Але призначення до складу наглядових рад іноземних громадян створює ризик та може завдати шкоди національним інтересам України в інформаційній сфері, тому потрібно включити до договору з незалежним членом наглядової ради зобов'язання про збереження конфіденційної інформації та комерційної таємниці та відповідальність за їх розголошення.

Розмір винагороди незалежних членів наглядових рад має визначатись у відсотках від чистого прибутку суб'єкта господарювання за попередній звітний період (рік), оцінки ефективності діяльності наглядової ради в цілому, її комітетів і кожного члена наглядової ради. При цьому розмір відсотку має залежати від галузі економіки та фінансово-економічного стану суб'єкта господарювання. Максимальний розмір винагороди має бути обмежено законом. Умови договору з незалежним членом наглядової ради обов'язково повинні містити обмеження щодо компенсації витрат, пов'язаних з виконанням його обов'язків.

Ключові слова: державне підприємство, корпоративне управління, наглядова рада, незалежні члени наглядової ради.

Постановка проблеми. Реформування у 2016 році системи управління державними підприємствами зумовило появу в унітарних підприємствах наглядової ради як елемента (органу) дворівневої системи корпоративного управління, традиційно більш характерного для корпоративних підприємств.

Дослідження порядку призначення незалежних членів наглядових рад державних унітарних підприємств та господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, з числа осіб, які мають громадянство іноземних держав, та порядку визначення їх винагороди привертає увагу широкої спільноти не тільки науковців і практиків, але й пересічних громадян і набуло актуальності в аспекті конституційного подання

© О. Кологойда, О. Черненко, 2020

48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Господарського кодексу України, Закону України «Про управління об'єктами державної власності» від 21 вересня 2006 року № 185-V зі змінами, вимог до незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 року № 142, Порядку визначення та затвердження кандидатур представників держави, які призначаються до наглядових рад державних унітарних підприємств, і тих, які беруть участь у загальних зборах та обираються до наглядових рад господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, затвердженого постановою Кабінету Міністрів № 143, яке перебуває в провадженні Конституційного Суду України.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженню питань, пов'язаних із формуванням та функціонуванням наглядових рад, присвячені праці таких вчених, як О. М. Вінник, Д. В. Задихайло, А.М. Захарченко, О. Р. Кібенко, І. В. Лукач, Д. І. Погрібний, І. В. Спасибо-Фатєєва, та інших.

Метою наукової статті є дослідження питань, пов'язаних з правовим статусом незалежних членів наглядових рад підприємств державного сектора економіки.

Виклад основного матеріалу. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» від 02.06.2016 р. внесені значні зміни в систему управління унітарними суб'єктами державного та комунального секторів економіки шляхом включення до органів управління згаданих підприємств такого органу, як наглядова рада, яка в межах компетенції, визначеної статутом підприємства та законом, контролює і регулює діяльність керівника підприємства.

Поява наглядових рад серед органів управління державними унітарними підприємствами сприятиме ефективній діяльності таких суб'єктів та впровадженню світових стандартів корпоративного управління, оскільки управління завдяки незалежним членам наглядових рад стає більш відкритим, прозорим, професійним. Впровадження інституту наглядових рад дає можливість залучати до управління професійних та незалежних фахівців, а це має підвищити економічні показники діяльності суб'єктів державного сектора економіки. Доцільність створення наглядової ради як органу контролю, що покликаний захищати інтереси власників компанії, визнана у багатьох країнах світу.

У корпоративних підприємствах у компетенції наглядової ради виділяють три групи повноважень щодо:

1) контролю за роботою виконавчого органу (укладення від імені товариства контракту з керівником, затвердження умов договорів з головою і членами правління, організація і контроль за виконанням рішень загальних зборів та ін.);

2) комунікації з акціонерами (розгляд звернень про надання інформації, затвердження проекту порядку денного, включених до нього пропозицій акціонерів, скликання позачергових зборів тощо);

3) вирішення фінансових питань діяльності товариства (визначення основних напрямів діяльності товариства і затвердження його планів, надання згоди на вчинення значних правочинів і правочинів із заінтересованістю, затвердження ринкової вартості майна, обрання аудитора та ін.) [1, с. 178].

Законодавець передбачив, що наглядова рада *обов'язково* утворюється у державних унітарних підприємствах та в господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, за наявності одного з таких критеріїв:

1) *вартість активів* державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 2 млрд. гривень;

2) *розмір чистого доходу* такого державного унітарного підприємства або господарського товариства згідно з даними останньої річної фінансової звітності перевищує 1,5 млрд. гривень;

3) *розмір статутного капіталу* новоутвореного державного унітарного підприємства, господарського товариства на дату його утворення перевищує 2 млрд. гривень;

4) *кількість акціонерів* – власників простих акцій такого господарського товариства становить 10 або більше осіб.

Наглядові ради державних унітарних підприємств формуються з членів, які відібрані на конкурсній основі і делеговані до наглядових рад державою, та незалежних членів, які повинні становити більшість від її загального складу, і ними є особи, які насамперед мають бездоганну ділову репутацію.

Після прийняття рішення суб'єктом управління об'єктами державної власності,

що здійснює функції з управління державним унітарним підприємством, про утворення у державному унітарному підприємстві наглядової ради:

1) затверджуються відповідні зміни до статуту підприємства та положення про принципи формування наглядової ради;

2) затверджуються умови оплати послуг членів наглядової ради у порядку, встановленому законодавством;

3) приймається рішення про проведення конкурсного відбору кандидатів на посади незалежних членів наглядової ради та визначаються рекомендації щодо їхньої кваліфікації, досвіду та неупередженості;

4) визначаються представники держави в наглядовій раді, які мають відповідати вимогам щодо їхньої кваліфікації, досвіду та неупередженості;

5) затверджується положення про наглядову раду та її склад.

Інституційні та кваліфікаційні вимоги до членів та незалежних членів наглядових рад, визначені нормами Закону України «Про управління об'єктами державної власності» та Вимогами до незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, затвердженими постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 р. № 142, не вимагають наявності в особи, що призначається (обирається) на посаду незалежного члена наглядової ради, громадянства України.

Під час конкурсного відбору передусім враховуються освіта, досвід роботи та професійні навички. Критеріями для призначення/обрання незалежним членом наглядової ради є:

– статус фізичної особи, яка відповідає вимогам стосовно незалежних членів, визначеним Законом України «Про управління об'єктами державної власності», та вимогам до незалежних директорів, визначеним Законом України «Про акціонерні товариства»;

– наявність повної цивільної дієздатності;

– наявність вищої освіти, професійних знань та навичок, досвіду роботи та інших характеристик, необхідних для належного здійснення повноважень члена наглядової ради, що відповідає видам діяльності державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі;

– добропорядність, неупередженість та бездоганна ділова репутація;

– не посідати виборні посади та не бути посадовою особою органів державної влади та/або місцевого самоврядування;

– відсутність непогашеної судимості;

– відповідність іншим вимогам та володіння необхідними компетенціями, визначеними комісією з конкурсного відбору кандидатів на посаду незалежного члена наглядової ради державного унітарного підприємства та господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, що не можуть відрізнятись від інших вимог та необхідних компетенцій, визначених для представників держави, що призначаються (обираються) до наглядової ради такого підприємства, господарського товариства.

Вважається, що призначенню іноземців незалежними членами сприяє відсутність спеціалістів потрібного рівня в Україні та той фактор, що іноземці більш незалежні від впливу різних політичних сил. Іноземці становлять більшість у наглядових радах державних підприємств, наприклад: 80 % – у НАК «Нафтогаз»; 71 % – в АТ «Укрзалізниці»; 67 % – в АТ «Укрпошта» [2].

Стаття 26 Конституції України, ч. 1 ст. 3 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року закріплюють принцип національного правового режиму для іноземців та осіб без громадянства, що перебувають (проживають) в Україні на законних підставах. Національний правовий режим має загальний (неперсоніфікований) характер. Іноземці користуються тими ж правами і виконують ті ж обов'язки, що й громадяни України. Тобто Конституцією та законами України іноземцям та особам без громадянства гарантуються особисті (громадянські) права, що належать до загальновизнаного переліку природних прав, право володіти, користуватись і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, здійснювати підприємницьку діяльність тощо.

Водночас дія національного режиму щодо іноземців має певні межі: вони повністю не прирівнюються у правах та обов'язках до громадян України. Загальноприйнятим у науці конституційного права є підхід щодо різного за обсягом прав та свобод конституційно-правового статусу громадян держави та інших категорій осіб, які можуть проживати на території цієї держави (іноземних громадян, осіб без громадянства, біженців).

Більш того, серед умов призначення/обрання особи на посаду члена наглядової ради відсутня вимога щодо перебування (проживання) в Україні іноземців та осіб

без громадянства, що дозволяє запрошувати та брати участь у конкурсі на посади незалежних членів наглядових рад особам, які не перебувають (проживають) в Україні. Такі особи не користуються в Україні національним правовим режимом.

При цьому слід враховувати особливості відносин корпоративного управління за участю голови та членів наглядової ради товариства та порядок роботи наглядової ради. Виконання функцій голови або члена наглядової ради не вимагає постійного перебування (проживання) в Україні. Засідання наглядової ради проводяться в міру необхідності з періодичністю, визначеною статутом, але не рідше одного разу на квартал (абз. 4 ч. 1 ст. 55 Закону України «Про акціонерні товариства»). Засідання наглядової ради можуть проводитись шляхом заочного голосування (опитування) (абз. 5 ч. 1 ст. 55 Закону України «Про акціонерні товариства»), а повний та своєчасний обмін інформацією між членами наглядової ради, виконавчим органом товариства може забезпечуватися секретарем наглядової ради або корпоративним секретарем товариства.

Обрання до наглядових рад та участь у них іноземців здійснюється на конкурсних засадах у порядку, визначеному постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 р. № 142. Оскільки членство в наглядових радах не є державною службою, у конкурсному відборі мають переважати професійні критерії, такі як освіта, досвід роботи, професійні навички у суб'єктах корпоративного типу відповідної галузі економіки, особисті якості кандидата.

До складу наглядових рад обираються члени (акціонери та їхні представники, представники уповноважених органів) та незалежні члени (незалежні директори). Іноземні громадяни та особи без громадянства мають право нарівні з громадянами України брати участь у конкурсі, але виключно на посади незалежних членів наглядової ради.

Водночас призначення до складу наглядових рад іноземних громадян та осіб без громадянства створює ризик та може завдати шкоди національним інтересам України в інформаційній сфері, якими відповідно до Закону України від 21 червня 2018 року «Про національну безпеку України», Доктрини інформаційної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 25 лютого 2017 року № 47/2017, Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 14 вересня 2020 року № 392/2020, є захищеність державної таємниці, конфіденційної інформації, комерційної таємниці та іншої інформації, вимоги щодо захисту якої встановлені законом. Відповідно до ч. 2 ст. 11^4 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» керівник державного унітарного підприємства забезпечує членам наглядової ради доступ до інформації в межах, передбачених законом та статутом державного підприємства.

Цей ризик може бути знижений шляхом включення до умов цивільно-правового договору, що укладається з незалежними членами наглядової ради, зобов'язань про збереження конфіденційної інформації та комерційної таємниці та реалізації інституту відповідальності за їх розголошення.

Ч. 2 ст. 38 Конституції України визначає, що громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування.

Визначення поняття «державна служба» містить ст. 1 Закону України «Про державну службу», яка визначає її як публічну, професійну, політично неупереджену діяльність із практичного виконання завдань і функцій держави, зокрема, у сферах, визначених цим законом.

Державний службовець – це громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті), одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого державного органу, а також дотримується принципів державної служби.

Державні органи у своїй сукупності утворюють державний апарат, який є складовою частиною механізму держави, до якого також входять державні установи, державні організації та державні підприємства. Останні, на відміну від державного органу, не мають державно-владних повноважень; не виступають від імені держави; виступають частиною механізму, а не апарату держави; мають певні права і обов'язки щодо створення матеріальних і духовних благ, а не компетенцію щодо реалізації функцій держави. Наявність державно-владних повноважень є найбільш важливою характеристикою органів державної влади, а також ознакою, що дозволяє відмежувати органи державної влади від інших суб'єктів [3, с. 28].

Конституцією та законами України для посадових і службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування встановлені певні правила поведінки, у тому числі й окремі обмеження щодо їхньої позаслужбової діяльності (ч. 2 ст. 42, ч. 2, 3

ст. 78, ч. 4 ст. 103, ч. 1 ст. 120, ч. 2 ст. 127 Конституції України). Особи, уповноважені на виконання функцій держави та місцевого самоврядування, зобов'язані вживати заходів щодо недопущення будь-якої можливості виникнення конфлікту інтересів.

Положеннями Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування:

а) посадові особи юридичних осіб публічного права, які не зазначені у пункті 1 частини першої цієї статті, члени Ради Національного банку України (крім Голови Національного банку України), особи, які входять до складу наглядової ради державного банку, державного підприємства або державної організації, що має на меті одержання прибутку, господарського товариства, у статутному капіталі якого більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі (Підпункт «а» пункту 2 частини першої статті 3 Закону «Про запобігання корупції»).

Особам, зазначеним у пункті 1 частини першої статті 3 Закону, забороняється 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 (ст. 25 Закону України «Про запобігання корупції»). Вказані обмеження визнано конституційними Конституційним Судом України в рішенні від 13 березня 2012 р. у справі № 6-рп/2012 за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 2 ч. 1 ст. 7, п. 2 розд. VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», за винятком встановлення заборони вказаним особам брати участь у загальних зборах такого підприємства або організації.

Водночас наглядова рада не є державним органом. Виконання функцій незалежного члена наглядової ради не є державною службою. На осіб, що обираються до складу наглядових рад (крім держслужбовців), не поширюється Закон України «Про державну службу». Наглядова рада є колегіальним органом корпоративного управління, що в межах компетенції, визначеної статутом, контролює та регулює діяльність виконавчого органу (керівника) (ч. 6 ст. 73 ГК України, ч. 1 ст. 51 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 2 ст. 38 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»), регулює діяльність товариства (ч. 1 ст. 51 Закону України «Про акціонерні товариства»), здійснює захист прав акціонерів товариства (ч. 1 ст. 51 Закону України «Про акціонерні товариства»). Члени наглядової ради не є особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Члени наглядової ради є посадовими особами державного унітарного підприємства, господарського товариства (ч. 2 ст. 65 Господарського кодексу України, п. 15 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 1 ст. 42 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»).

Відповідно до ч. 12, 13 ст. 11 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» у разі якщо корпоративні права держави перевищують 25 відсотків статутного капіталу господарської організації, до складу наглядової ради та ревізійної комісії обов'язково включається представник Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління. Головою наглядової ради господарської організації, у статутному капіталі якої корпоративні права держави перевищують 50 відсотків, обирається будь-який член наглядової ради.

Відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» члени наглядових рад мають право на оплату своєї діяльності та компенсацію витрат, пов'язаних з виконанням своїх функцій, за рахунок такого державного унітарного підприємства або господарського товариства. Порядок визначення умов оплати послуг членів наглядових рад встановлюється постановою Кабінету Міністрів України від 4 липня 2017 р. № 668 «Про затвердження Порядку визначення умов оплати послуг та компенсації витрат членів наглядових рад державних унітарних підприємств та господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі».

Дія Порядку не поширюється на членів наглядових рад, які займають посади державної служби, інші посади осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, визначених у пункті 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції».

Суб'єкт управління об'єктами державної власності, до сфери управління якого нале-

жить підприємство, загальні збори товариства приймають рішення про розмір річної винагороди членам наглядової ради з урахуванням показників визначення розміру винагороди членів наглядових рад підприємства, товариства, визначених у додатку до постанови Кабінету Міністрів України від 4 липня 2017 р. № 668.

Показники визначення розміру винагороди членів наглядових рад збільшуються залежно від чистого річного доходу від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) підприємства, товариства за даними останньої річної фінансової звітності. При цьому розмір місячної винагороди оплати послуг члена наглядової ради визначається у кратності (від 5 до 22) до середньомісячної заробітної плати за видами економічної діяльності за квартал у середньому по економіці, що передує кварталу розрахунку розмірів винагороди оплати послуг членів наглядової ради, за опублікованими статистичними даними Держстату.

Суб'єкт управління об'єктами державної власності, до сфери управління якого належить підприємство, загальні збори товариства щороку переглядають розмір річної винагороди членам наглядової ради, можуть прийняти рішення про виплату додаткової винагороди членам наглядової ради. Сума річної та додаткової винагород члену наглядової ради за виконання ним своїх функцій зазначається у цивільно-правовому договорі між членом наглядової ради та підприємством, товариством.

Отже, дохід незалежного члена наглядової ради складається з базової річної винагороди, яка залежить від розміру чистого річного доходу підприємства, додаткової винагороди та компенсації витрат на проїзд, проживання у готелі протягом часу участі у засіданнях наглядової ради, інших обґрунтованих витрат, які пов'язані з виконанням ним своїх функцій. Середній розмір винагороди членів наглядових рад у більшості державних підприємств становить близько 100 тисяч гривень на місяць, але у стратегічних компаніях, таких як НАК «Нафтогаз України» та АТ «Укрзалізниця», винагорода може бути більшою, оскільки їхні фінансові показники становлять сотні мільярдів гривень [4].

Аналіз вищезазначених положень свідчить, що розмір винагороди пов'язаний з кратністю до середньомісячної заробітної плати за видами економічної діяльності за квартал у середньому по економіці і прямо не пов'язаний із чистим прибутком відповідного підприємства, товариства; кратність є істотно завищеною (від 5 до 22); не обмежений максимальним розміром (в еквіваленті в грн.) і не враховує неповну занятість членів наглядової ради та той факт, що член наглядової ради може одночасно бути членом наглядових рад кількох юридичних осіб (не більше ніж п'яти юридичних осіб) (постанова КМУ від 10.03.2017 р. № 142).

Розмір винагороди членів наглядових рад має визначатись у відсотках від чистого прибутку суб'єкта господарювання за попередній звітній період (рік), оцінки ефективності діяльності наглядової ради в цілому, її комітетів і кожного члена наглядової ради, що стимулюватиме, завдяки управлінським рішенням членів наглядової ради, підвищення фінансово-економічних показників таких суб'єктів, належне виконання обов'язків членами наглядової ради. При цьому розмір відсотку має залежати від галузі економіки та фінансово-економічного стану суб'єкта господарювання.

Компенсації підлягають також витрати членів наглядових рад, пов'язані з виконанням ними своїх функцій, за умови їх документального підтвердження. До витрат, які компенсуються, належать, зокрема, витрати на проїзд; витрати на проживання у готелі протягом часу участі у засіданнях наглядової ради, витрати, пов'язані з отриманням віз до інших країн (якщо поїздки за кордон необхідні у зв'язку з виконанням функцій члена наглядової ради); інші обґрунтовані витрати члена наглядової ради, які пов'язані з виконанням ним своїх функцій. Участь іноземців у складі наглядової ради зумовлює додаткові витрати підприємств та господарських товариств, пов'язані з компенсацією окреслених витрат. Вважаємо, що умови цивільно-правового договору, що укладається з незалежним членом наглядової ради, обов'язково повинні містити обмеження щодо компенсації вищезгаданих витрат.

На жаль, ті сподівання, які покладав законодавець на запровадження наглядових рад у підприємствах державного сектора економіки, наразі не реалізувались, і незалежні члени наглядових рад не змогли зробити державні підприємства більш ефективнішими та прибутковими.

Нині на розгляді Верховної Ради України знаходиться законопроєкт «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення рівних прав та можливостей громадян із представництва у наглядових радах та органах правління державних унітарних підприємств, господарських товариств та державних банків та справедливого формування і ефективної діяльності таких наглядових рад із врахуванням національних інтересів України» № 3193-1 від 17.03.2020 р.

Згаданий проєкт встановлює принцип, відповідно до якого у наглядових радах державних унітарних підприємств, господарських товариств та державних банків можуть бути представлені виключно громадяни України, які є професіоналами у відповідній сфері та не залежать від тих чи інших громадських об'єднань.

Законопроект забороняє самим державним унітарним підприємствам, господарським товариствам та державним банкам здійснювати виплати винагород членам наглядових рад. Ця функція покладається виключно на Кабінет Міністрів України. Також передбачається законодавче обмеження розміру оплати праці членів наглядових рад. Зокрема, максимальний місячний розмір оплати їхніх послуг (враховуючи заробітну плату, будь-які надбавки, премії, заохочувальні виплати, компенсацію витрат, пов'язаних з виконанням їхніх функцій) не може перевищувати 50 прожиткових мінімумів, встановлених для працездатних осіб на 1 січня відповідного року.

Комітет Верховної Ради України з питань інтеграції України з Європейським Союзом у своєму висновку зазначив, що положення проєкту Закону «Про встановлення максимального місячного розміру оплати послуг членів наглядових рад» частково враховують Принципи ОЕСР щодо корпоративного врядування на підприємствах державної форми власності, якими передбачено, що для підприємств державної форми власності, що мають переважно цілі господарського характеру та працюють в конкурентному середовищі, необхідно, щоб рівні винагороди праці членів наглядових рад відображали наявні ринкові умови з метою залучати й утримувати на посаді кваліфікованих членів наглядової ради.

Комітет Верховної Ради України з питань бюджету на засіданні 25 листопада 2020 року розглянув проєкт та повідомив, що згідно з експертним висновком Міністерства фінансів України реалізація положень законопроєкту може призвести до додаткових витрат з державного бюджету на виплати членам наглядових рад державних унітарних підприємств та господарських товариств, проте оцінити вплив законопроєкту на показники бюджету неможливо через відсутність необхідних для розрахунку даних. При цьому Міністерство фінансів України зазначає, що положення законопроєкту щодо здійснення виплат виключно Кабінетом Міністрів України не містять механізму реалізації, що призведе до неможливості її практичного застосування. Загалом Мінфін надає зауваження до положень законопроекту та не підтримує його у запропонованій редакції.

Висновки

Враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що іноземні громадяни та особи без громадянства мають право нарівні з громадянами України брати участь у конкурсі, але виключно на посади незалежних членів наглядової ради. Оскільки членство в наглядових радах не є державною службою, у конкурсному відборі таких осіб мають переважати професійні критерії, такі як освіта, досвід роботи та професійні навички у суб'єктах господарювання корпоративного типу відповідної галузі економіки, а також особисті якості кандидата.

Розмір винагороди членів наглядових рад має визначатись у відсотках від чистого прибутку суб'єкта господарювання за попередній звітній період (рік), оцінки ефективності діяльності наглядової ради в цілому, її комітетів і кожного члена наглядової ради, що стимулюватиме, завдяки управлінським рішенням членів наглядової ради, підвищення фінансово-економічних показників таких суб'єктів, належне виконання обов'язків членами наглядової ради. При цьому розмір відсотку має залежати від галузі економіки та фінансово-економічного стану суб'єкта господарювання. Максимальний розмір винагороди має бути обмежено законом. Умови договору з незалежним членом наглядової ради обов'язково повинні містити обмеження щодо компенсації витрат, пов'язаних з виконанням його обов'язків.

Список використаних джерел:

1. Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2017. 225 с.

2. Чи можуть іноземні громадяни брати участь у роботі наглядових рад наших природних держмонополій? URL: https://ua.112.ua/mnenie/prodaty-vse-z-molotka--tse-bozhevillia-z-chym-mytodi-zalyshymosia-542374.html (дата звернення: 01.11.2020).

3. Органи державної влади в Україні: структура, функції й тенденції розвитку : навчальний посібник / заг. ред. Н.Р. Нижник. К. : НІЧЛАВА ; Івано-Франківськ, 2003. 284 с.

4. Дуже секретні зарплати. URL: https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2020/02 (дата звернення: 01.11.2020).

Oleksandra Kolohoida, Olena Chernenko. Legal status of independent members of the supervisory councils of state enterprises

The article is devoted to the issues of the state enterprises supervisory boards independent members legal status. The creation of a supervisory board as a control body designed to protect the company owners interests, recognized as appropriate in many countries around the world. Supervisory boards in the system of the state unitary enterprises governing bodies make it possible to involve professional and independent specialists in the management, in order to increase the economic results of public sector entities.

Institutional and qualification requirements to the supervisory boards members and independent members do not require Ukrainian citizenship for a person to be appointed (elected) to the supervisory board independent member position. Foreign citizens and stateless persons have the right to participate in the competition on an equal footing with Ukrainian citizens, but only for the positions of the supervisory board independent members. Supervisory boards membership is not a public service, so the competitive selection of such persons should be dominated by professional criteria such as education, work experience and professional skills in business entities of the economy relevant sector, as well as the personal qualities of the candidate.

The appointment of foreigners as a supervisory boards independent members is due to the lack of the required level specialists in Ukraine and the fact that foreigners are more independent of the various political forces influence. Today, foreigners make up the majority in the supervisory boards of state-owned enterprises. However, the appointment of foreigners to supervisory boards poses a risk and may harm Ukraine's national information interests, so the agreement with the supervisory board independent member should include obligations to maintain confidential information and trade secrets and the responsibility for its disclosure.

The supervisory boards independent members reward payment should be determined as a percentage of the previous reporting period (year) entity net profit, evaluation of the supervisory board efficiency as a whole, its committees and of the supervisory board each member. This interest rate should depend on economics and entity financial position. The maximum of reward payment compensation must be limited by law. The supervisory board independent member contract terms should contain the limited reimbursement of expenses related to the performance of his duties.

Key words: state enterprise, corporate governance, supervisory board, supervisory board independent members.

УДК 346:548
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.11

Світлана Подоляк,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарського та адміністративного права
факультету соціології та права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

КОМПЛАЄНС-КОНТРОЛЬ У ДІЯЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

У статті проводиться дослідження поняття та правової сутності комплаєнс-контролю як засобу самоорганізації господарської діяльності юридичних осіб, спрямованої на врахування ризиків, у тому числі підприємницьких, та попередження можливих правопорушень.

Традиційна модель комплаєнсу широко застосовується в країнах системи загального права, де на досить високому рівні перебувають бізнес-культура, відкритість і декларування поведінки господарюючих осіб, з огляду на те, що порушення обов'язкових вимог може привести не тільки до фінансових втрат, а інколи і до ліквідації юридичної особи, і до кримінальної відповідальності. Юридичні особи використовують комплаєнс також як систему захисту бізнесу від корупції і зловживань.

В Україні комплаєнс-контроль застосовується в основному юридичними особами – представниками так званого великого бізнесу. Малий та середній бізнес майже не мають реально діючого комплаєнс-контролю. Очевидно, це пов'язано із відсутністю чіткого правового регулювання у такій галузі й також із недостатністю у господарюючих осіб усвідомлення щодо економічних переваг та результатів його застосування.

Перші кроки у правовому регулюванні та застосуванні комплаєнс-контролю в Україні були зроблені у фінансово-банківський сфері, в якій було визначено повноваження підрозділу комплаєнсу, який має входити до системи внутрішнього контролю та разом з підрозділом управління ризиками має стати другою лінією захисту ефективного управління ризиками.

До найголовніших тенденцій для юридичних осіб, які працюють в інших галузях, можна віднести антикорупційний комплекс нормативно-правових актів. Оскільки законодавство не завжди зобов'язує суб'єктів господарювання застосовувати комплаєнс-контроль, то це і не знаходить відображення в компетенціях суб'єкта господарювання.

Тому можна зазначити, що хоча в чинному законодавстві України і створені певні умови розвитку комплаєнс-контролю в господарській діяльності юридичних осіб, але цього не досить. Комплаєнс-контроль має стати звичним інструментом для сучасних реалій для тих, що хочуть стати привабливими для іноземного інвестора, партнера.

Ключові слова: комплаєнс-контроль, юридичні особи, антикорупційний комплаєнс, комплаєнс-ризик, ризик-орієнтований підхід.

Постановка проблеми. У сучасних реаліях інтеграції українського бізнесу не тільки в європейську, але й у світову економіку, для яких притаманне дотримання основних принципів комплаєнс-контролю як результативного інструмента мінімізації ризиків, виникає необхідність застосування нових форм господарювання. Їх ефективна реалізація дає можливість мінімізувати правові та репутаційні ризики, які напряму впливають на ефективність бізнесу та на його прибутковість. З огляду на те, що рівень нефінансових ризиків постійно зростає, одночасно збільшується цінність для бізнесу комплаєнс-контролю. Тому запровадження українськими юридичними особами процедур комплаєнс-контролю дає їм можливість підвищити свою конкурентоздатність на світовому ринку та запобігти порушень законодавства у здійсненні господарської діяльності.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Натепер питання комплаєнс-контролю досліджуються як науковцями, так і практикуючими юристами.

Метою статті є розкриття правової сутності комплаєнс-контролю як правового інструмента попередження ризиків та практики його застосування юридичними особами.

Виклад основного матеріалу дослідження. Термін комплаєнс походить від англійського дієслова *to comply* – відповідати, тобто комплаєнс являє собою відповід-

© С. Подоляк, 2020

ність будь-яким внутрішнім або зовнішнім вимогам або нормам. За визначенням Міжнародної асоціації комплаєнсу, комплаєнс – це забезпечення відповідності діяльності встановленим вимогам та стандартам [1].

Базельський комітет з банківського нагляду визначив комплаєнс-ризик як ризик застосування юридичних санкцій або санкцій регулюючих органів, суттєвого фінансового збитку або втрати репутації банком як наслідку недотримання ним законів, інструкцій, правил, стандартів саморегулюючих організацій або кодексів поведінки, які стосуються банківської діяльності. Отже, застосування комплаєнсу прийшло із банківської галузі, де він використовувався для мінімізації ризиків у галузі протидії відмиванню доходів та фінансуванню тероризму. Нині юридичні особи використовують комплаєнс як систему захисту бізнесу від корупції, а також зловживань. У розробці та використанні комплаєнс-контролю зацікавлені як власники бізнесу, так і топ-менеджери, оскільки порушення обов'язкових вимог призводить не лише до фінансових втрат, а й інколи до ліквідації юридичної особи, а можливо й до кримінальної відповідальності топ-менеджерів.

Натепер в Україні комплаєнс-контроль застосовується в основному юридичними особами, які належать до представників так званого великого бізнесу, наприклад, група ДТЕК з 2010 року навіть має спеціальний підрозділ – службу комплаєнсу [2], ПАТ ВФ «Україна» (Vodafone) також [3]. Комплаєнс застосовується і у діяльності державних підприємств, наприклад, ДП НАЕК «Енергоатом» [4], Нафтогаз [5]. Малий та середній бізнес, на жаль, майже не мають реально діючого комплаєнс-контролю. Ймовірно, це пов'язано із тим, що немає чіткого правового регулювання у цій галузі, є недостатність певного усвідомлення щодо призначення, економічних переваг та результатів застосування комплаєнс-контролю, а можливо, й переконання, що введення комплаєнс-контролю, з огляду на невеликі розміри діяльності, не буде для них мати жодного ефекту.

Україна робить лише свої перші кроки у правовому регулюванні та застосуванні комплаєнс-контролю. Найбільше він застосовується у фінансово-банківській галузі. Рішенням Правління Національного Банку України від 03.12.2018 року № 814-рш було схвалено Методичні рекомендації щодо організації корпоративного управління в банках України, де визначаються повноваження підрозділу комплаєнсу, який входить до ефективної системи внутрішнього контролю та разом з підрозділом з управління ризиками є другою лінією захисту ефективного управління [6]. Для юридичних осіб, які працюють в інших галузях, до основних нормативно-правових актів можна віднести Закон України «Про запобігання корупції», Закон України «Про публічні закупівлі», Кримінальний кодекс України, Кодекс про адміністративні правопорушення.

Аналіз зарубіжних практик здійснення комплаєнс-контролю показує, що світова спільнота визначає стандарти ведення бізнесу по всьому світу і безпосередньо впливає на питання стабільності глобальної економіки та бізнесу конкретної компанії. Цікавим є такий приклад: якщо материнська компанія юридичної особи (зареєстрованої за законодавством України) зареєстрована або розміщує цінні папери у відповідних іноземних юрисдикціях, то вона зобов'язана також застосовувати у комплаєнс-контролі, а саме у разі антикорупційного комплаєнсу, законодавство цих країн. Найпоширенішими є Закон США «Про протидію корупції за кордоном» (Foreign Corrupt Practice Act, 1977), Закон Великої Британії «Про боротьбу з хабарництвом» (UK Bribery Act, 2010), Закон Франції «Про прозорість, боротьбу з корупцією та модернізацію економіки» (Sapin II, 2016) та інші. Застосування законодавства цих країн передбачає, що й відповідні санкції будуть застосовуватись згідно з цим законодавством. Так, відповідно до Закону США «Про протидію корупції за кордоном» санкцією для фізичної особи за порушення відповідних положень щодо хабарів є штраф до 100000 доларів США та/або позбавлення волі на строк до 5 років, за порушення положень щодо звітності – штраф до 5 мільйонів доларів США та/або позбавлення волі на строк до 20 років. Закон Великої Британії «Про боротьбу з хабарництвом» передбачає для фізичних осіб штраф, який не обмежений у розмірі, та до 10 років позбавлення волі. Для юридичних осіб Закон США «Про протидію корупції за кордоном» передбачає за порушення положень щодо хабарів штраф у розмірі до 2 мільйонів доларів США, за порушення положень щодо звітності – штраф до 25 мільйонів доларів США та/чи двократний розмір суми отриманої вигоди. Закон США «Про протидію корупції за кордоном» передбачає й для фізичних осіб штраф, який не обмежено у розмірі, а також відсторонення від участі у тендерах за участю країн ЄС.

Як приклад застосування вищезазначеного законодавства можна навести таку справу: у 2006 році було встановлено, що компанія Siemens протягом майже 10 років

систематично давала хабарі в Іраку, Венесуелі, Бангладеш, Аргентині, Франції, Нігерії, Туреччині, Італії, Китаї, Ізраїлі, В'єтнамі, Росії і Мексиці. За результатами розслідування було виявлено близько 1,5 млрд доларів сумнівних платежів, з них 805 мільйонів – підтверджені корупційні платежі. Siemens сплатив штрафи: 350 мільйонів доларів США – Комісії з цінних паперів та бірж, 450 мільйонів доларів США – Міністерству юстиції; та 800 мільйонів доларів США німецькій владі. На чотири роки був призначений незалежний спостерігач [7].

Практика здійснення комплаєнс-контролю дає змогу виділити як його об'єкт три види ризиків:

– операційний: контроль виробничих та технологічних процесів;

– правовий: контроль механізму дотримання нормативно-правових та локальних актів юридичної особи;

– репутаційний: контроль вибору контрагентів, моніторинг новин у засобах масової інформації про юридичну особу, керівництво, співробітників тощо.

Взагалі розуміння комплаєнсу як системи управління ризиками прояву негативних факторів під час здійснення діяльності відображено у стандарті ISO 19600-2014 "Compliance management systems – Guidelines".

Узагальнюючи світовий досвід використання комплаєнс-контролю в діяльності юридичних осіб, можна виокремити декілька «традиційних» політик комплаєнс-контролю, які застосовуються юридичними особами:

– Кодекс корпоративної етики – це загальний регламент, в якому прописані всі основні аспекти діяльності юридичної особи, у тому числі що стосується морально-етичних принципів, стандартів поведінки, пріоритетів та обов'язків співробітників.

– Політика протидії відмиванню доходів, отриманих злочинним шляхом та фінансування тероризму. Наявність такої політики попереджає потрапляння злочинно нажитих доходів у легальний сектор економіки та попереджує фінансування тероризму.

– Політика отримання та дарування подарунків – зазвичай у ній розмежовують, коли подарунок буде вже розглядатися як хабар або відкат. Наявність такої межі попереджає можливість маніпулювання посадовою особою юридичної особи з певною метою. Така політика загалом не повинна обмежувати дарування, а обмежує вартість подарунка та забезпечує контроль подарунків.

– Політика інформування про порушення етичних стандартів – правильно прописана політика дає можливість ефективно боротись із порушеннями всередині компанії. Зазвичай вона передбачає право на анонімність, а також процедуру розслідування та документування виявлених порушень.

– Політика для регулювання конфлікту інтересів регламентує порядок дій у ситуаціях, коли інтереси співробітника можуть суперечити інтересам юридичної особи, а також коли інтереси одного контрагента можуть суперечити інтересам іншого тощо. Така політика встановлює зобов'язання співробітника попереджати виникнення конфліктів інтересів, а також встановлюється, що інтереси юридичної особи повинні превалювати над інтересами окремо взятого співробітника.

– Політика взаємодії із державними органами регулює процедуру ефективної та правильної взаємодії із державними органами.

– Політика щодо конфіденційної інформації регламентує нерозголошення даних клієнтів та інформацію по угодах із ними. Вона визначає не тільки формування загальної культури поводження з даними клієнтів, а й забезпечення зберігання та стандартів поводження із персональними даними.

– Політика контролю купівлі цінних паперів співробітниками компанії. Ця політика потрібна для юридичних осіб, які працюють на ринку цінних паперів. Може бути встановлена заборона на купівлю цінних паперів юридичних осіб, з якими співпрацюють, для особистих цілей, також регламентується спеціальний порядок погодження такої купівлі за певних вимог. Це дає змогу уникнути нецільового використання робочого часу, службової інформації з метою особистого збагачення, уникнути звинувачень в неетичній поведінці співробітників на ринку цінних паперів.

– Політика «китайської стіни» в основному застосовується в юридичних особах, які працюють у фінансовому секторі, з метою попередження конфлікту інтересів та забезпечення умов для чесної конкуренції. У відповідності до принципу «китайської стіни» підрозділи юридичної особи поділяються на дві категорії залежно від того, якою інформацією володіють: «приватна сторона» – підрозділи, які в межах своїх функціональних обов'язків отримують доступ до непублічної інформації щодо клієнта (фінансовий стан, інвестиційні плани, підрозділи, які в межах своїх функціональних обов'язків отримують доступ до непублічної інформації), яка може надати переваги її володільцеві, «публічна сторона» – підрозділи, які в межах своїх функціональних обов'язків не отримують

доступ до непублічної інформації. Доступ до непублічної інформації надається співробітнику «публічної сторони» лише після надання згоди на це відділом комплаєнсу та за погодження з керівником підрозділу «приватної сторони». Співробітник, який через свої функціональні обов'язки має доступ до інформації «приватної» та «публічної» сторони, отримує статус «над стіною», що надається підрозділом комплаєнсу.

– Політика контролю добросовісності контрагентів та клієнтів визначає, що юридичні особи повинні ідентифікувати та встановити контрагента (його бенефіціарного власника), його репутацію тощо перш ніж провадити із ним бізнес-операції.

– Політика контролю реагування на скарги регламентує шлях отриманої скарги, процедуру проведення її розгляду на надання відповіді.

– Політика контролю підвищення кваліфікації співробітниками.

Наявність політик щодо комплаєнс-контролю може бути умовою для укладання договору з юридичною особою-нерезидентом. Для ефективного запровадження системи комплаєнс-контролю в діяльності юридичної особи є необхідним не лише наявність прописаних політик, а й особи, яка відповідає за їх реалізацію та постійне оновлення, оскільки як правове регулювання, так і бізнес-процеси змінюються. Таку особу називають комплаєнс-менеджером або комплаєнс-офіцером. Для дієвості затверджених політик з комплаєнс-контролю є також важливою підпорядкованість комплаєнс-менеджера, яка повинна бути за рівнем не нижчою за заступника керівника юридичної особи.

Під час розробки політик комплаєнс-контролю необхідно розуміти, що вони не повинні обмежувати бізнес, а повинні лише мінімізовувати ризики. Встановлення такого розмежування є дуже важливим, оскільки воно дає можливість найбільш ефективно організувати діяльність юридичної особи та інтегрувати комплаєнс-контроль без конфліктів з іншими бізнес-процесами. Комплаєнс-контроль дає змогу юридичній особі зменшувати ймовірність застосування різноманітних санкцій, мінімізувати фінансові втрати, а інколи й уникнути банкрутства та ліквідації; попереджувати ризики втрати ділової репутації; попереджувати факти шахрайства, корупції та зловживань; знижувати ризики взаємодії із контрагентами; збільшувати ефективність бізнес-процесів; збільшувати вартість компанії, а відповідно, і її конкурентоспроможність та інвестиційну привабливість.

Юридична особа повинна «відчувати», що застосування комплаєнс-контролю є для неї необхідним, оскільки найчастіше вона займається саме підприємницькою діяльністю, яка здійснюється нею самостійно та на власний ризик. Власне, підприємницька діяльність, яка здійснюється в спеціальних організаційно-правових формах, із наймом персоналу, щодо невизначеного кола осіб, має спеціальне правове регулювання залежно від сфери економіки, де містяться санкції за порушення, й повинна бути об'єктом комплаєнс-контролю. В Україні передбачена свобода підприємницької діяльності, що має свій відповідний ризик щодо наслідків дії (бездіяльності). Підприємницький ризик може мати як позитивні, так і негативні майнові наслідки діяльності. Це можуть бути як об'єктивні причини – стихійні лиха, якісь непередбачувані обставини, які можна намагатися зменшити, наприклад, через страхування; так і суб'єктивні наслідки – правопорушення власне юридичною особою або з боку третіх осіб щодо неї. Ніхто не може гарантувати результат підприємницької діяльності, оскільки він залежить від великої кількості внутрішніх та зовнішніх факторів, наприклад, професійності топменеджерів, контрагентів, споживачів тощо. Врахувати все неможливо, тому керівництво юридичної особи постійно ризикує, вибираючи ту чи іншу стратегію ведення бізнесу, поведінки на ринку.

Таким чином, можна зазначити, що комплаєнс-контроль повинен враховувати такі принципи, як: відповідність системи контролю юридичної особи важливим для її діяльності факторам; відповідальність керівних органів за загальний контроль і управління комплаєнс-ризиками; співставність комплаєнс-процедур потенційним ризикам, прозорість та постійність комплаєнс-процедур; відповідальність та невідворотність покарання.

Водночас, незважаючи на значні переваги комплаєнс-контролю, його застосування малим та середнім бізнесом не завжди доцільно, оскільки здебільшого затрати на нього можуть суттєво перебільшити його економічний ефект і це потребує оцінки. При цьому можна виокремити такі категорії господарюючих суб'єктів малого та середнього бізнесу, для яких забезпечення безпечного функціонування неможливе без застосування комплаєнс-контролю:

– підприємства, діяльність яких підлягає обов'язковому ліцензуванню;

– організації, продукція яких, послуги або робочі місця потребують обов'язкової сертифікації, а їх діяльність регламентується певними стандартами;

– підприємства, які працюють або планують свою діяльність у сфері державних замовлень та закупок;

– господарюючі суб'єкти, які за специфікою своєї діяльності мають значну кількість контрагентів (постачальників, підрядників, покупців, замовників).

Вищезазначене підтверджує необхідність розробки для них окремих методик функціонування комплаєнс-контролю.

Проведений аналіз дає нам можливість запропонувати авторське визначення комплаєнсу як соціально-правової господарської системи організації (у тому числі самоорганізації) управління можливими ризиками невідповідності господарської діяльності юридичної особи нормам права з метою мінімізації або попередження суттєвих збитків та втрати репутації не тільки самого господарюючого суб'єкта, але і взаємодіючих з ним суб'єктів.

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що комплаєнс-контроль як частина системи управління юридичною особою має бути інтегрованим у бізнес-процеси юридичної особи у розрізі контролю як співробітників, так і документів з метою дотримання внутрішніх та зовнішніх стандартів.

Список використаних джерел:

1. International compliance association. URL: https://www.intcomp.org/careers/a-career-in-compliance/what-is-compliance/ (дата звернення: 17.11.2020).

2. ДТЕК. URL: https://dtek.com/ru/investors_and_partners/ethics_and_compliance (дата звернення: 17.11.2020).

3. ПАТ ВФ «Україна». URL: https://www.vodafone.ua/ru/company/partneram/compliance (дата звернення: 17.11.2020).

4. ДП НАЕК «Енергоатом». URL: http://www.energoatom.com.ua/ua/komplaens-17/corporate_rules-167 (дата звернення: 17.11.2020).

5. Нафтогаз. URL: https://gas.ua/uk/compliance (дата звернення: 17.11.2020).

6. Рішення Правління Національного Банку України від 03.12.2018 року № 814-рш. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vr814500-18#Text (дата звернення: 17.11.2020).

7. Siemens Calls More Transactions Suspicious. URL: https://www.wsj.com/articles/SB119083161944740178 (дата звернення: 17.11.2020).

Svitlana Podoliak. Compliance control in legal entities activity in Ukraine

In the article the concept and legal essence of compliance control as self-organization of economic activity of legal entities is examined.

The traditional model of compliance is widely used in countries with common law system. Business culture, openness and clearness of legal entities activity are at high level. Violation of mandatory requirements can lead not only to financial losses, but sometimes to the termination of legal entities, and to criminal liability. Legal entities also use compliance as a system for protecting business from corruption and misuse.

In Ukraine compliance control is used mainly by legal entities – representatives of the so-called big business. Small and medium-sized business entities have almost no real compliance control. That could be so because of the lack of clear legal regulation in this area and also lack of awareness among businessmen about the economic benefits and the results of its application.

The first steps in the legal regulation and application of compliance control in Ukraine were made in the financial and banking sector, which defined the responsibility of the compliance unit, which should be a part of the internal control system and together with the risk management unit should become the second line of effective risk management.

The anti-corruption set of regulations is among the most important trends for legal entities working in other industries. As the law does not always oblige business entities to apply compliance control, this is not reflected in the competence of the business entity.

Therefore, it can be noted that although the current legislation of Ukraine creates certain conditions for the development of compliance control in the economic activities of legal entities, but this is not enough. Compliance control should become a familiar tool for today's realities for those who want to become attractive to a foreign investor, partner.

Key words: compliance control, legal entities, anticorruption compliance, compliance-risk, risk-management approach.

УДК 346.546
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.12

Валерій Полюхович,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,
завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ЩОДО ОКРЕМИХ ЗАКОНОДАВЧИХ ПРОПОЗИЦІЙ ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ»

У статті проаналізовано зміст Проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 в частині запропонованих змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Розглянуто можливості запровадження нової термінології з питань захисту економічної конкуренції, зокрема «конгломератна горизонтальна інтеграція», «горизонтальна інтеграція», «вертикальна інтеграція», «перехресне фінансування», і пов'язане із цією пропозицією запровадження додаткових критеріїв для визначення монопольного (домінуючого) становища та додаткових обмежень у господарській діяльності.

Надано оцінку пропозиції щодо зменшення порогових показників для визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Ці пропозиції є проконкурентними, адже при зменшенні показників для визнання монопольного (домінуючого) становища має місце стимулювання суб'єктів господарювання намагатися не перевищувати їх значення при концентрації виробництва товару, наданні послуг і тим самим створюються умови для збільшення кількості учасників на ринку. Але водночас концентрація виробництва сприяє оптимізації виробничих процесів, зменшенню собівартості, підвищенню якості продукції. Тому при визначенні розміру відсотків для визнання монопольного (домінуючого) становища необхідно встановлювати певний баланс між прийнятним рівнем монополізації та необхідним рівнем конкуренції на ринку. Тому запропонована в такому вигляді механічна зміна арифметичних значень відсотків не є прийнятною та достатньою. Навпаки, потребує уточнення наявна термінологія, а саме терміни «значна конкуренція», «незначна конкуренція», «порівняно невеликий розмір часток ринку, що належать конкурентам».

Підтримано пропозицію щодо внесення змін до положення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, а саме поділ шляхом створення 2 і більше юридичних осіб і/або примусове відчуження підприємств, що займають монопольне (домінуюче) становище. Ця пропозиція заслуговує на прийняття, адже в цьому разі має місце розвиток чинної норми та її суттєве уточнення.

Ключові слова: реформування системи правового регулювання, законопроект, захист економічної конкуренції, антимонопольне регулювання, конкуренційна політика.

Постановка проблеми. Кадрові зміни вищих ешелонів державної влади України в результаті президентських і парламентських виборів у 2019 році стали «тригером» до так званого «турборежиму» законотворчих процесів у тому числі й у сфері захисту економічної конкуренції. Було підготовлено низку об'ємних законопроектів з питань антимонопольного регулювання, якими охоплюється майже вся проблематика в означеній сфері господарських відносин. Проте станом на сьогодні можна констатувати, що оголошена конкуренційно-антимонопольна реформа повністю провалена, адже жоден із запропонованих законопроектів не прийнятий.

Метою статті є розгляд окремих законодавчих пропозицій до Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Виклад основного матеріалу. У попередній статті з означеної тематики нами проаналізовано зміст низки законопроектів, зокрема, у частині можливих змін до Закону України «Про Антимонопольний комітет України», а саме щодо організаційних засад функціонування органів антимонопольного регулювання [1]. У статті приділимо увагу аналізу можливих перспективних новел правового регулювання предметних засад законодавства про захист економічної конкуренції.

© В. Полюхович, 2020

У цьому сенсі на увагу заслуговує останній із зареєстрованих на час написання статті тематичний законопроект – Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 [2] (далі – Законопроект № 4122). Він є досить стислим, але ґрунтовним за змістом у частині базових засад антимонопольного регулювання. Зупинимо увагу на основних запропонованих новелах до Закону України «Про захист економічної конкуренції» [3].

Пропонується запровадження низки нових суттєвих за змістом термінів, а саме «конгломератна горизонтальна інтеграція», «горизонтальна інтеграція», «вертикальна інтеграція», «перехресне фінансування». Наведемо визначення цих термінів повністю для наступного аналізу їх нормативного змісту:

«Конгломератна горизонтальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, не пов'язаних спільним випуском товарів, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище.

Горизонтальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, пов'язаних спільним випуском товарів з використанням різних технологій, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище.

Вертикальна інтеграція – злиття в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром двох та більше суб'єктів господарювання, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище і які пов'язані спільним технологічним циклом, при цьому випуск товарів частиною з них є складовою собівартості інших учасників групи.

Перехресне фінансування – фінансування збиткових видів господарською діяльності за рахунок прибуткових видів діяльності у межах спільної господарської групи суб'єктів господарювання, об'єднаних спільним бенефіціаром, з яких хоча б один суб'єкт господарювання визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище» [2].

Як убачається з наведеного тексту, усі можливі види інтеграцій і перехресного фінансування мають дві спільні ознаки, а саме наявність в означених господарських відносинах хоча б одного суб'єкта господарювання, що визначений як такий, що займає монопольне (домінуюче) становище, і пов'язаність (об'єднаність) спільним бенефіціаром.

Запровадження такої термінології є прогресивним напрямом у правовому регулюванні й загалом співзвучне з нормативними засадами Договору про функціонування Європейського Союзу та Угоди про асоціацію України з Європейським Союзом. Проте необхідно звернути увагу на особливості формулювання норм права Європейського Союзу. Подібні правові норми відображені в Регламентах Ради ЄС і Комісії ЄС, проте там вони мають досить загальний характер і не мають наступної жорсткої нормативної прив'язки.

Узагалі правове регулювання Європейського Союзу у сфері антимонопольного регулювання характеризується поліваріантністю поведінки для господарюючих суб'єктів і можливістю застосування багатьох винятків навіть у здавалося б однозначних випадках. Вітчизняна правова традиція в цій сфері має більш чіткий нормативний порядок з обмеженим, як правило, набором можливих варіантів поведінки суб'єкта господарської діяльності.

У досліджуваному випадку в межах Законопроекту № 4122 запровадження цих норм має серед іншого таку реалізацію в нормах присвячених визначенню монопольного (домінуючого) становища та випадків застосування обмежень у діяльності суб'єктів господарювання. І саме у зв'язку з цим постає низка питань, які потребують додаткового обґрунтування й узгодження.

Так, стосовно визначення монопольного домінуючого становища запропоновано додати пункт 6 статті 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції» такого змісту:

«6. Монопольним (домінуючим) вважається також становище суб'єкта господарювання, якщо стосовно нього виконуються такі умови:

– він є учасником конгломератної горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 1 або більше відсотків;

– він є учасником вертикальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 10 або більше відсотків;

– він є учасником горизонтальної інтеграції і його частка на ринку товару складає 5 або більше відсотків» [2].

І водночас стосовно обмежень у діяльності суб'єктів господарювання запропоновано додати пункти 3.1, 3.2, 3.3 до статті 18 Закону України «Про захист економічної конкуренції» такого змісту:

«3.1. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час конгломерат-

ної горизонтальної інтеграції суміщати банківську та страхову діяльність із будь-якими іншими напрямками діяльності.

3.2. Суб'єктам господарювання, об'єднанням, забороняється під час вертикальної інтеграції використовувати перехресне фінансування.

3.3. Суб'єктам господарювання, об'єднанням забороняється під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи і податкові для окремих видів діяльності» [2].

Як ми бачимо, запровадження нової термінології та пов'язаних із цим наступних правових наслідків створює низку додаткових обмежень для суб'єктів господарській діяльності. На нашу думку, будь-які нові правові норми, що передбачають певні ускладнення й обмеження для господарюючих суб'єктів, повинні мати чітко визначену мету та обґрунтування їх запровадження. Проте викладені в пояснювальній записці до Проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» аргументи в обґрунтуванні необхідності прийняття Закону та мети й завдань Проекту мають здебільшого загальний характер і не містять конкретики в цій частині.

Виходячи зі змісту викладеного, цілком можливою є ситуація, коли суб'єкт господарської діяльності може бути визнаний монополістом з усіма наступними правовими наслідками за наявності частки на ринку товару в розмірі лише 1 відсотка. На нашу думку, така позиція є економічно необґрунтованою, містить пряме протиріччя й не кореспондує чинному масиву правового регулювання в цій сфері, адже учасником злиття в рамках конгломератної горизонтальної інтеграції, відповідно до визначеного терміна, є суб'єкт господарювання, який визначений таким, що займає монопольне (домінуюче) становище. Тоді постає логічне питання: за якими критеріями відбулося його визнання монополістом? Тобто він спочатку мав ознаки монопольного (домінуючого) становища, а потім став учасником конгломератної горизонтальної інтеграції чи навпаки? Тоді в першому випадку умовою визнання його монополістом, відповідно до чинного правового порядку, повинна бути частка в розмірі більше ніж 35 відсотків на ринку товару, а в другому – 1 відсоток або більше. Аналогічно постає питання й щодо учасників горизонтальної та вертикальної інтеграції.

На нашу думку, запровадження пов'язаних з новою термінологією додаткових критеріїв для визначення монопольного (домінуючого) становища є необґрунтованим, некореспондуючим чинному правовому регулюванню й таким, що невиправдано ускладнює діяльність суб'єктів господарювання.

Більше того, усі зазначені види інтеграцій є, відповідно до наведених визначень, злиттям в одну групу, пов'язану спільним бенефіціаром, тобто, по суті, одним із видів концентрації (ст. 22 Закону України «Про захист економічної конкуренції»). Тому в цьому випадку доцільним є узгодження з чинними положеннями щодо концентрації суб'єктів господарювання.

Водночас запровадження означеної термінології може бути виправдане розширенням у зв'язку з цим критеріїв обмежувальної діяльності суб'єктів господарювання. Але й у цьому випадку такі обмеження повинні мати своє обґрунтування та кореспондувати чинним положенням нормативних актів спеціального законодавства.

Так, при конгломератній горизонтальній інтеграції забороняється суміщення банківської та страхової діяльності з будь-якими іншими напрямами діяльності. Водночас спеціальними нормативними актами, якими регулюється банківська діяльність, зокрема Законом України «Про банки та банківську діяльність», передбачається існування банківської групи, у складі якої банківська діяльність може становити 50 і більше відсотків сукупного розміру середньоарифметичних значень активів усіх фінансових установ, що належать до цієї групи [4]. Разом із тим страхова діяльність, відповідно до Закону України «Про страхування», є виключним видом діяльності, а тому не потребує встановлення додаткових положень стосовно конгломератної горизонтальної інтеграції, адже в ст. 1 Закону України зазначено: «Підприємства, установи та організації не можуть стати страховиками шляхом внесення змін до статутних документів за умови, що вони попередньо займалися іншим видом діяльності, навіть у разі виконання положень цієї статті» [5].

Також як обмеження в діяльності суб'єктів господарювання пропонується заборонити суб'єктам господарювання, об'єднанням під час вертикальної інтеграції використовувати перехресне фінансування. У зв'язку з цим доцільно зазначити, що така заборона не є виправданою, адже в рамках технологічного процесу виробництва суб'єкти господарювання пов'язані спільним виробничим циклом, при цьому випуск товарів частиною з них є складником собівартості інших учасників групи. Окремі

ланки цього циклу можуть бути збитковими, але загалом група здійснює випуск продукції й бере участь у конкурентних відносинах на відповідному ринку.

Узагалі у світовій практиці антимонопольне регулювання більш терпимо ставиться до вертикальних обмежень конкуренції, ніж до горизонтальних. Це пояснюється тим, що такі угоди можуть сприяти появі нових продуктів, посиленню конкуренції між марками (навіть на шкоду конкуренції в межах однієї марки), супроводжуючись при цьому обмежуючою конкуренцію побічною дією. Потрібно відзначити, що низка систем антимонопольного права взагалі не містить вертикальної заборони, рівнозначної горизонтальній, а застосування вертикальних обмежень ставиться в залежність від ринкової сили (прецедентне право США, цей підхід довгий час застосовувався німецьким, а в період 1990–1996 років й угорським антимонопольним правом) [6].

Тому застосування вертикальних обмежень щодо перехресного фінансування, на наш погляд, можливе лише за наявності великого рівня монополізації ринку конкретного товару, про що має бути чітко визначено в законі.

Передбачена Законопроектом заборона суб'єктам господарювання, об'єднанням під час горизонтальної інтеграції використовувати встановлені законодавством державні пільги, субсидії, дотації та інші форми державної підтримки, включаючи й податкові для окремих видів діяльності, потребує не тільки аргументації, а й передусім регламентації, у тому числі й термінологічної, адже в цьому випадку повинні бути вироблені чіткі критерії для визначення суб'єкта учасником горизонтальної інтеграції, у тому числі з метою оподаткування.

Також суттєвою потенційної новелою в законодавстві є пропозиція внесення змін до ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції», спрямована на зменшення порогових відсотків для визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Так, у п. п. 2 і 3 ст. 12 Закону значення «35 відсотків» пропонується замінити на «20 відсотків», а в п. 5 – значення «50 відсотків» і «70 відсотків» замінити, відповідно, на «35 відсотків» і «40 відсотків».

Такі пропозиції, з одного боку, є проконкурентними, адже, зменшуючи порогові показники для визнання монопольного (домінуючого) становища, ми стимулюємо суб'єктів господарювання намагатися не перевищувати їх значення при концентрації виробництва товару, наданні послуг, тим самим створюються умови для збільшення кількості учасників на ринку. З іншого боку, як відомо, концентрація виробництва сприяє оптимізації виробничих процесів, зменшенню собівартості, підвищенню якості продукції. Тому при визначенні розміру відсотків для визнання монопольного (домінуючого) становища необхідно встановлювати певний баланс між прийнятним рівнем монополізації та необхідним рівнем конкуренції на ринку.

На нашу думку, проста зміна арифметичних значень відсотків не є адекватним засобом для підвищення якості регулятивних процесів. Уважаємо, що насамперед необхідним є розвиток і деталізація вже чинних положень, позитивні результати застосування яких підтверджені практикою, але водночас є потреба для більшої детермінації правового регулювання.

Наприклад, потребує уточнення та чіткої детермінації відповідна термінологія, що вживається в тексті тієї ж ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Передусім це терміни «значна конкуренція», «незначна конкуренція», «порівняно невеликий розмір часток ринку, що належать конкурентам», адже саме із застосуванням цих термінів здійснюється визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання. Сьогодні вони мають характер оціночної категорії, а їх застосування повністю залежить від особистого сприйняття відповідного суб'єкта владних повноважень.

Тому, на наш погляд, запропонована в такому вигляді механічна зміна арифметичних значень відсотків не є прийнятною та достатньою для внесення змін до ст. 12 Закону України «Про захист економічної конкуренції», а нормативні зміни в цій частині можливі лише при комплексному, обґрунтованому підході для визначення всіх суттєвих чинників процесу визнання монопольного (домінуючого) становища суб'єкта господарювання.

Також заслуговує на увагу пропозиція Законопроекту щодо зміни редакції пункту 1 ст. 53 Закону України «Про захист економічної конкуренції», де запропоновано деталізацію чинного положення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, а саме поділ шляхом створення 2 і більше юридичних осіб і/або примусове відчуження підприємств, що займають монопольне (домінуюче) становище. Ця пропозиція цілком слушна, адже в цьому випадку має місце розвиток чинної норми та її деталізація.

Висновки

Загалом оцінюючи зміст Проекту Закону України «Про внесення змін до дея-

ких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції» від 18.09.2020 № 4122 в частині внесення змін до Закону України «Про захист економічної конкуренції», необхідно відзначити, що запропоновані зміни є суттєвими й такими, що відповідають вимогам сьогодення. Проте більшість пропозицій потребують суттєвого доопрацювання, поглиблення та деталізації, що необхідно для того, щоб уникнути можливих небажаних ускладнень при здійсненні правового регулювання у сфері захисту економічної конкуренції.

Список використаних джерел:

1. Полюхович В. Перспективи вдосконалення законодавства про захист економічної конкуренції (з практики законотворення). *Підприємництво, господарство і право*. Київ, 2020. № 10. С. 51–60.

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері антимонопольної політики, деолігархізації та забезпечення добросовісної конкуренції : Проект Закону України від 18.09.2020 № 4122. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL:* http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69991.

3. Про захист економічної конкуренції : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 12. Ст. 64.

4. Про банки та банківську діяльність : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 5-6. Ст. 30.

5. Про страхування : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 18. Ст. 78.

6. Тихамер Тот. Антимонопольное право Европейского Союза. Будапешт, 2014. С. 150.

Valeriy Polyukhovych. Regarding certain legislative proposals to the Law of Ukraine "On protection of economic competition"

The article examines and analyzes the content of the draft Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts in the Sphere of Antimonopoly Policy, Deoligarchization and Fair Competition" № 4122 of 18.09.2020 in terms of proposed amendments to the Law of Ukraine "On Protection of Economic Competition".

The possibility of introducing new terminology for the protection of economic competition, in particular, "conglomerate horizontal integration", "horizontal integration", "vertical integration", "cross-financing" has been studied and evaluated.

The introduction of such terminology is a progressive direction in legal regulation and is generally in line with the normative principles of the Treaty on the Functioning of the European Union and the Association Agreement between Ukraine and the European Union. The introduction of a number of additional criteria for economic entities to determine the monopoly (dominant) position and additional restrictions in their economic activity related to the proposal of the new terminology is considered.

The introduction of additional criteria related to the new terminology to determine the monopoly (dominant) position is unjustified, does not correspond to the existing legal regulation and does not unduly complicate the activities of economic entities. New legal norms that provide for restrictions for business entities must have their own justification and correspond to the existing provisions of regulations of special banking and insurance legislation.

An assessment of the proposal to reduce the thresholds for recognizing the monopoly (dominant) position of the entity is given. It is determined that the mechanical replacement of arithmetic percentages proposed in this form is not acceptable and sufficient for making changes. On the contrary, the existing terminology of Art. 12 of the Law of Ukraine "On Protection of Economic Competition", namely the terms "significant competition", "minor competition", "relatively small size of market shares owned by competitors".

The proposal to detail the existing provision on compulsory division of an economic entity, namely division by creation of 2 or more legal entities and/or compulsory alienation of enterprises occupying a monopoly (dominant) position, is supported, because in this case the existing norm and its detailing.

Key words: reforming the system of legal regulation, draft law, protection of economic competition, antitrust regulation, competition policy.

УДК 347.7(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.13

Ірина Сядриста,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ СУБ'ЄКТА АКЦІОНЕРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті розглянуто проблемні питання правового становища учасників відносин акціонерної відповідальності. На підставі проведеного аналізу зроблено висновки, що акціонерне товариство й акціонери як самостійні учасники цивільно-правових зв'язків є невід'ємними учасниками акціонерних правовідносин і до них може застосовуватися акціонерна відповідальність як наслідок невиконання або неналежного виконання останніми покладених на них обов'язків. Товариство вважається основним суб'єктом корпоративних правовідносин, оскільки останні складаються саме у зв'язку зі створенням корпорації та існують за її участі. Акціонери, будучи невід'ємними суб'єктами акціонерних правовідносин, визначають основні напрями розвитку товариства, здійснюють загальне керівництво його діяльністю. Вплив акціонерів як суб'єктів акціонерної відповідальності особливо яскраво проявляється при проведенні загальних зборів, де створюється правова основа діяльності товариства. Реалізуючи свої корпоративні права, акціонери формують єдину волю товариства, що має прояв у зовнішніх його відносинах у цивільному обороті. Визначення основних прав та обов'язків акціонерів, можливість притягнення їх до відповідальності за невиконання або неналежне виконання ними своїх обов'язків і за порушення прав інших акціонерів і товариства має вагоме значення для дослідження особливостей правового становища товариства, оскільки, будучи власниками акцій, вони мають право вирішувати найголовніші питання його діяльності. Органи корпорації в зовнішніх відносинах не розглядаються як самостійні суб'єкти права, а в корпоративних відносинах набувають статусу самостійного суб'єкта, який наділяється суб'єктивними правами й обов'язками, що забезпечує можливість застосування до нього відповідальності. Повноваження органів акціонерного товариства можна визнати складником внутрішніх корпоративних правовідносин, оскільки останні наділяються сукупністю відповідних прав та обов'язків, що встановлюються законодавством і статутом. Якщо правовідносини, що виникають між товариством і його органами, стосуються не виконання останніми покладених на них трудовим договором обов'язків, а порушення корпоративних прав акціонерів і самого товариства, посадові особи юридичної особи повинні нести цивільно-правову відповідальність як учасники внутрішніх корпоративних правовідносин.

Ключові слова: акціонери, акціонерне товариство, органи товариства, акціонерні правовідносини, обов'язок, відповідальність.

Постановка проблеми. Акціонерна відповідальність тісно пов'язана з акціонерними правовідносинами, вона може застосовуватися виключно до учасників акціонерних правовідносин, виникає як наслідок невиконання або неналежного виконання останніми покладених на них обов'язків або порушення прав, законних інтересів акціонерів чи товариства. Сутність акціонерних відносин і певних закономірностей зав'язків між їх суб'єктами тягне за собою неможливість утиснути їх у прокрустове ложе уявлень, котрі склалися про відомі підходи до різновидів цивільних правовідносин [1, с. 185]. Цивільним законодавством визначаються лише загальні положення стосовно відповідальності учасників акціонерних правовідносин, а отже, їй як видовому явищу цивільної відповідальності притаманні всі ознаки останньої. Однак поряд із цим особливості правової природи відповідних правовідносин, покликаних на забезпечення балансу інтересів акціонерного товариства (далі – АТ) та його акціонерів, вимагають спеціального регулювання й визначення особливостей відповідальності відповідних суб'єктів.

Метою статті є з'ясування правового становища суб'єктів акціонерної відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Наукова думка стосовно суб'єктного складу акціонерних правовідносин не зводиться до єдиного знаменника. Основною проблемою встановлення суб'єктного складу акціонерних правовідносин є підходи до визнання (невизнання) поділу корпоративних правовідно-

© І. Сядриста, 2020

син на зовнішні та внутрішні. Класичному розумінню суб'єктів цивільних правовідносин кореспондує наділення осіб цивільною право- й дієздатністю. У такому розумінні ними варто визнати саме товариство та його акціонерів. Проте останнім часом отримала розвиток концепція виділення в окрему групу внутрішніх (корпоративних) правових зв'язків, де, крім означених осіб, учасниками визнаються й органи товариства, результатом діяльності яких є набуття АТ прав та обов'язків (ч. 1 ст. 92 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)) [2].

Сьогодні існує декілька підходів до вивчення суб'єктного складу акціонерних правовідносин:

а) одні вважають, що ними варто визнавати: акціонерів та АТ. Такої думки, зокрема, дотримується О.В. Щербина [3, с. 7], яка суб'єктами корпоративних правовідносин визначає АТ та акціонера (акціонерів) – окремий акціонер є самостійним учасником корпоративних правовідносин, проте в деяких випадках учасником корпоративних правовідносин поряд з АТ є всі акціонери цього товариства як єдиний суб'єкт.

У юридичній науці існує думка про недоречність висловлення щодо виникнення правовідносин між АТ та його акціонерами. Так, А.В. Бєжан уважає, що відносини між АТ (юридичною особою) та його акціонерами (учасниками) не можна розглядати як суспільні, а лише як філософські, що існують між організаційно-правовою формою та змістом. У таких відносинах АТ залишається без свого змісту (акціонерів), лише як форма. Зовсім інша річ, продовжує вчений, коли відносини складаються між АТ та третіми особами, які не є акціонерами. У цьому разі суб'єктом є не організаційно-правова форма, протипоставлена своєму змісту, а сукупність акціонерів, що є змістом організаційно-правової форми АТ. Товариство може бути суб'єктом цивільних правовідносин лише стосовно третіх осіб, що не є акціонерами. Правосуб'єктність АТ необхідно визнавати виключно для його участі в цивільному обороті [4, с. 6–7].

Варто не погодитися з наведеним підходом, оскільки цивільне законодавство визнає й АТ (ст. ст. 2, 92 ЦК України), і його акціонерів (ст. ст. 2, 30 ЦК України) самостійними учасниками цивільно-правових зв'язків. Незважаючи на те що волю товариства формують акціонери на загальних зборах, зовні, у цивільних правовідносинах, АТ визнається самостійним, відокремленим від своїх акціонерів учасником;

б) на думку інших учених, учасниками досліджуваних відносин є будь-які фізичні та юридичні особи, які вступають у правовідносини стосовно АТ [5, с. 43–44; 6, с. 209]. Так, В.М. Кравчук виділяє третіх осіб, які не є учасниками товариства, але вступають у правовідносини з приводу участі в товаристві (особи, що мають намір придбати акції додаткової емісії, особи, що мають намір придбати акції в акціонерів, спадкоємці інших акціонерів та ін.). Оскільки, відповідно до законодавства (ч. 3 ст. 11 Закону України «Про акціонерні товариства» [7]), кожний засновник АТ повинен оплатити повну вартість придбаних акцій до дати затвердження результатів розміщення першого випуску акцій, а самого АТ – корпорації – на той час ще не існує, то, на нашу думку, неправильно вести мову про корпоративні правовідносини між засновниками. Характер цих правовідносин є не корпоративним, а зобов'язальним, оскільки такі правовідносини виникають на підставі укладеної засновниками цивільно-правової угоди про заснування АТ. Підтвердженням такої думки є позиція Ю.М. Жорнокуя, що при подальшій емісії акцій умови придбання й оплати зумовлені договором купівлі-продажу, тому виникають не корпоративні відносини, а зобов'язальні [8, с. 157]. Отже, аналіз наукової літератури свідчить, що засновники й особи, які мають намір придбати акції вже наявного АТ, при додатковій емісії не можуть визнаватися учасниками акціонерних правовідносин.

О.Є. Молотніков указує на існування в акціонерних правовідносинах двох груп учасників: основну (АТ, його акціонерів, публічно-правові утворення, які мають спеціальні права на участь в управлінні товариством, довірчого управляючого акціями) і додаткову (органи товариства, членів лічильної комісії; аудитора товариства; членів ліквідаційної комісії та ін.). Аналізуючи наведену точку зору, варто зауважити, що окремі з названих відносин можуть входити до предмета регулювання інших галузей права (наприклад, ліквідація суб'єктів господарювання визначається господарським законодавством). У зв'язку з викладеним можна констатувати, що, незважаючи на велику кількість осіб, які можуть брати участь у корпоративних відносинах, не кожна з них може визнаватися учасником відповідних правовідносин;

в) на наш погляд, варто підтримати позиції О.Р. Кібенко [9, с. 43], В.М. Кравчука [5, с. 13], які суб'єктами акціонерних правовідносин визнають акціонерів, АТ і його органи, оскільки особливістю суб'єктного складу корпоративних правовідносин є те, що органи корпорації в зовнішніх відносинах не розглядаються як самостійні суб'єкти

права, а в корпоративних відносинах набувають статусу самостійного суб'єкта, який наділяється суб'єктивними правами й обов'язками, що забезпечує можливість застосування до нього відповідальності. Повноваження органів АТ можна визнати складником внутрішніх корпоративних правовідносин, оскільки останні наділяються сукупністю відповідних прав та обов'язків, що встановлюються законодавством і статутом. Отже, органи АТ можна визнати учасниками акціонерних правовідносин, але вони не можуть називатися особами, оскільки не відповідають критеріям, зазначеним у ч. 1 ст. 2 ЦК України.

Саме акціонери, будучи невід'ємними суб'єктами акціонерних правовідносин, визначають основні напрями розвитку товариства, здійснюють загальне керівництво його діяльністю. Вплив акціонерів як суб'єктів акціонерної відповідальності особливо яскраво проявляється при проведенні загальних зборів, де створюється правова основа діяльності товариства. Реалізуючи свої корпоративні права, акціонери формують єдину волю товариства, що має прояв у зовнішніх його відносинах у цивільному обороті. Визначення основних прав та обов'язків акціонерів, можливість притягнення їх до відповідальності за невиконання або неналежне виконання ними своїх обов'язків і за порушення прав інших акціонерів і товариства має вагоме значення для дослідження особливостей правового становища АТ, оскільки, будучи власниками акцій, вони мають право вирішувати найголовніші питання його діяльності.

Статтею 29 Закону України «Про акціонерні товариства» і ст. 117 ЦК України передбачено обов'язки акціонерів: дотримуватися статуту, інших внутрішніх документів товариства; виконувати рішення загальних зборів, інших органів товариства; виконувати свої зобов'язання перед товариством, у тому числі пов'язані з майновою участю; оплачувати акції в розмірі, у порядку та засобами, що передбачені статутом товариства; не розголошувати комерційну таємницю й конфіденційну інформацію про діяльність товариства. У рамках правовідносин права й обов'язки сторін кореспондують один одному, там, де є обов'язки однієї сторони правовідносин, є і права іншої. Саме за невиконання та неналежне виконання своїх обов'язків акціонери повинні нести відповідальність перед товариством та іншими акціонерами, а останні мають право вимагати виконання покладеного на перших обов'язку. У юридичній літературі корпоративний обов'язок визначено як забезпечену корпоративним законодавством чи внутрішніми корпоративними актами міру належної поведінки суб'єкта відповідних правовідносин при набутті чи реалізації ним корпоративних прав, установлених цими нормами [10, с. 13].

АТ вважається основним суб'єктом корпоративних правовідносин, оскільки останні складаються саме у зв'язку зі створенням корпорації та існують за її участі. Юридична особа – організація, що визнається державою суб'єктом права, виступає в цивільному обороті від власного імені, має відокремлене майно, що належить останньому залежно від виду юридичної особи, несе самостійну відповідальність за власними зобов'язаннями. Юридична особа є певна внутрішньо структурована соціальна спільність, яка має визначену мету своєї діяльності. Ця соціальна спільність або, іншими словами, організація здатна набувати прав та обов'язків, здійснювати певні види діяльності й нести відповідальність за свої дії [11, с. 141–142]. Як учасник цивільних, у тому числі акціонерних правовідносин, АТ наділяється цивільною право- та дієздатністю.

Набуття юридичною особою цивільних прав та обов'язків зумовлюється, зокрема, наявністю в неї власних органів волевиявлення (саме вони зазвичай і здійснюють дієздатність правосуб'єктної організації в правомірній діяльності й визначають функціональну єдність організаційної структури юридичної особи, через кожну з ланок якої організація може реалізувати свою дієздатність щодо набуття обов'язків, які виникають внаслідок вчинення відповідних протиправних дій), а можливість самостійно відповідати всім своїм майном – фактичною наявністю такого майна, на яке за потреби можна було б звернути стягнення [12, с. 224].

Внутрішні відносини в АТ як юридичній особі, до яких залучені її представницькі органи, працівники й акціонери (у разі наділення їх законом представницькими повноваженнями органу волевиявлення товариства), у сукупності становлять єдину в зовнішніх виявах діяльність правосуб'єктної організації. Виходячи із зазначеного, варто звернути увагу на те, що якщо правомірні дії товариства визнаються діями останнього, а не фізичних осіб, які входять до складу його органів, то, відповідно, і протиправні їхні дії повинні визнаватися діями саме такої організації.

Стаття 80 ЦК України містить указівку на риси, притаманні юридичній особі, однією з яких є її самостійна відповідальність за своїми цивільними зобов'язаннями. Зокрема, ст. 90 ЦК України закріплює загальний принцип, відповідно до якого юридична

особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями всім належним їй майном. Наявність відокремленого майна є необхідною передумовою участі юридичної особи в цивільному обороті. При цьому відокремленість майна проявляється не лише в його відділенні від майна інших учасників цивільного обороту, а й у чіткому розділенні майна АТ як юридичної особи та майна його акціонерів. Звідси похідним є положення цивільного законодавства про самостійну саме майнову відповідальність АТ, тобто неможливість притягнення товариства до відповідальності акціонерів за їхнім власними зобов'язаннями. Так, згідно з ч. 2 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства», акціонери не відповідають за зобов'язаннями АТ, так само як і товариство не відповідає за зобов'язаннями своїх акціонерів.

Юридичні особи, у тому числі АТ, виражають свою волю зовні через свої органи. Відповідне положення передбачено ст. 92 ЦК України, яка встановлює, що дієздатність юридичної особи здійснюється через її органи. Поняття дієздатності є цивілістичним, а отже, формування, зміна та припинення діяльності органів юридичної особи також мають визнаватися цивілістичними питаннями. Правовий статус керівника значно відрізняється від статусу інших працівників, що зумовлено специфікою його трудової діяльності, яка полягає у виконанні ним функцій з управління товариством. Він уповноважений здійснювати юридично значимі дії, зокрема виступаючи від імені товариства в цивільному обороті, організовуючи внутрішню діяльність у ньому, здійснюючи певною мірою правомочності власника з володіння, користування й розпорядження майном товариства.

Як свідчить судова практика, спори керівників з приводу їх звільнення з посади ґрунтуються на вимогах про визнання недійсним рішення загальних зборів унаслідок порушення процедури їх скликання або порядку прийняття ними рішень. Утім відносини щодо реалізації учасниками права на управління шляхом участі в загальних зборах, механізм їх проведення є суто корпоративними. Тому всі спори щодо скликання й проведення загальних зборів – це корпоративні спори, які б питання не були позначені в порядку денному. Тому, якщо посадові особи, з якими припинено трудові відносини на підставі рішення загальних зборів, оскаржують ці рішення як такі, що приймалися нелегітимними зборами – у порушення вимог про їх підготовку та скликання, ці спори мають бути підвідомчі господарським судам. Якщо ж посадові особи оспорюють звільнення їх із посади з інших підстав, передбачених трудовим законодавством, то це юрисдикція загальних судів. У пункті 1.12 Рекомендацій Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» від 28.12.2007 № 04-5/14 [13] зазначено, що для розмежування трудових і корпоративних спорів у справах, пов'язаних із рішеннями про обрання або звільнення, відкликання керівників та інших посадових осіб товариства, господарським судам варто враховувати підстави подання позову. Трудовим є спір, пов'язаний із застосуванням норм КЗпП України та з порушенням права позивача на працю; підставою ж виникнення корпоративного спору є порушення або оспорювання корпоративних прав учасників (акціонерів) господарських товариств, норм ЦК України, Господарського кодексу України, Закону України «Про акціонерні товариства», вимог установчих документів АТ.

Крім того, ураховуючи положення ч. 3 ст. 63 Закону України «Про акціонерні товариства», що передбачає солідарний характер відповідальності посадових осіб, можна дійти висновку, що в АТ до колегіального виконавчого органу товариства та до членів наглядової ради застосовується цивільно-правова відповідальність, оскільки солідарна відповідальність для трудоправових відносин є винятком, оскільки, згідно з п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування шкоди, заподіяної підприємствам, установам, організаціям їх працівниками» від 29.12.1992 № 14 [14], розмір шкоди, заподіяної з вини кількох працівників, визначається для кожного з них з урахуванням ступеня вини, виду й меж матеріальної відповідальності.

Висновки

Отже, ураховуючи особливий правовий статус органів АТ (діями яких останнє як суб'єкт корпоративних правовідносин набуває цивільних прав та обов'язків), повноваження, якими наділяються зазначені особи стосовно товариства, та особливості регулювання корпоративних правовідносин внутрішніми нормативно-правовими актами, у тому числі визначення статутом і договором компетенції посадових осіб АТ, можна зробити висновок, що суб'єктами акціонерної відповідальності можуть визнаватися саме АТ, його акціонери й органи управління. Якщо правовідносини, що виникають між АТ та його органами, стосуються безпосередньо не виконання останніми покладе-

них на них трудовим договором обов'язків, а порушення корпоративних прав акціонерів і самого товариства, посадові особи АТ повинні нести цивільно-правову відповідальність як учасники внутрішніх корпоративних правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Гришина І.І. Сутність відповідальності учасників акціонерних правовідносин. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ (збірник наукових праць)*. 2009. Вип. 45. С. 181–187.

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

3. Щербина О.В. Правове становище акціонерів за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2000. 15 с.

4. Бежан А.В. Акционерные правоотношения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кубанский государственный университет. Краснодар, 2010. 25 с.

5. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ : Істина, 2005. 720 с.

6. Молотников А.Е. Ответственность в акционерных обществах. Москва : Волтерс Клувер, 2006. 240 с.

7. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008. № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50, 50–51. Ст. 384.

8. Жорнокуй Ю.М. Цивилистическая основа реализации субъективного корпоративного права : монография. Харків : Золота миля, 2012. 186 с.

9. Кибенко Е.Р. Корпоративное право : учебное пособие. Харьков : Эспада, 2001. 288 с.

10. Саракун І.Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України. Київ, 2008. 20 с.

11. Винар Л.В. Теорії юридичної особи. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2007. № 3. С. 132–143.

12. Примак В.Д. Правосуб'єктність та ознаки юридичної особи в контексті її цивільно-правої відповідальності. *Вісник господарського судочинства*. 2003. № 4. С. 224–227.

13. Рекомендації Вищого господарського суду України від 28.12.2007 № 04-5/14. URL: http: //zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v514600-07 (дата звернення: 01.12.2020).

14. Постанови Пленуму Верховного Суду України від 29.12.1992 № 14. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-92#Text (дата звернення: 01.12.2020).

Iryna Siadrysta. Some problems of definition of a subject of shareholder liability

The article considers the problematic issues of the legal status of participants in the relationship of shareholder responsibility. Based on the analysis, it is concluded that the joint stock company and shareholders, as independent participants in civil law relations are integral participants in the joint stock relationship and may be subject to shareholder liability as a result of non-performance or improper performance of their duties. The company is considered the main subject of corporate relations, as the latter are formed in connection with the creation of the corporation and exist with its participation. Shareholders, being integral subjects of joint-stock legal relations, determine the main directions of development of the company, carry out the general management of its activity. The influence of shareholders as subjects of shareholder responsibility is especially evident during the general meeting, which creates the legal basis for the company. Exercising their corporate rights, shareholders form a single will of the company, which is manifested in its external relations in civil turnover. Defining the basic rights and obligations of shareholders, the possibility of bringing them to justice for non-performance or improper performance of their duties and for violation of the rights of other shareholders and the company is important to study the legal status of the company, because as shareholders they have the right to solve the most important issues of its activity. The company bodies of the corporation in foreign relations are not considered as independent subjects of law, and in corporate relations acquire the status of an independent subject, endowed with subjective rights and responsibilities, which provides the opportunity to apply responsibility to it. If the legal relationship arising between the company and its bodies does not relate to the latter's obligations under the employment contract, but to the violation of corporate rights of shareholders and the company itself, officials of the legal entity must be held civilly liable as participants in internal corporate relations.

Key words: shareholders, joint-stock company, company bodies, joint-stock legal relations, duty, responsibility.

УДК 346.52
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.14

Тетяна Швидка,
докт. юрид. наук, доцент,
адвокат,
асистент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Катерина Халецька,
студентка I курсу магістратури
господарсько-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КОМПЛАЄНС-КОНТРОЛЬ У СИСТЕМІ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛІННЯ ГОСПОДАРСЬКИМИ ТОВАРИСТВАМИ

Стаття присвячена проблемним питанням у сфері корпоративного управління та внутрішнього контролю господарських товариств. Для повного розуміння цих понять розглянуто різні наукові підходи до тлумачення корпоративного управління, його систему й концепції впровадження ефективного корпоративного управління на підприємствах. У статті пропонується визначення нового підходу до визначення корпоративного управління з урахуванням суб'єктивної сторони здійснення корпоративного управління. Установлено, що для забезпечення ефективного корпоративного управління на підприємстві існує необхідність запровадження комплаєнс-контролю. Також зазначається, що в українській науковій літературі досліджується переважно питання антимонопольного та податкового контролю. З'ясовано, що комплаєнс-контроль в Україні законодавчо передбачений лише для банківських установ і професійних учасників фондового ринку. Тому постає питання про розширення сфери внутрішнього контролю на підприємстві й запровадження такого контролю в інших господарських товариствах. Стаття має на меті проведення аналізу чинного законодавства України, що регулює питання внутрішнього контролю в системі корпоративного управління за різними сферами діяльності підприємства, а також вивчення необхідності закріплення на законодавчому рівні положень про механізм упровадження та функціонування комплаєнс-контролю в усіх господарських товариствах.

Під час розкриття проблеми досліджено наукові підходи до визначення корпоративного управління та його ефективності, визначено місце контролю за дотриманням вимог законодавства в системі корпоративного управління, зроблено аналіз видів комплаєнс-контролю, які виділяють українські вчені, а також установлено, у яких сферах господарської діяльності законодавчо передбачено впровадження системи комплаєнсу. Сучасний стан українського контролю за дотриманням законодавства в системі корпоративного управління вимагає досліджень і критичного аналізу його нормативної бази в Україні для визначення ефективних напрямів розвитку законодавства в цій галузі. Зрештою, визначено необхідність контролю за дотриманням вимог у системі корпоративного управління господарських товариств у розрізі дослідження напрямів підвищення ефективності такого управління.

Ключові слова: корпоративне управління, ефективність корпоративного управління, комплаєнс-контроль, внутрішній контроль, контроль за дотриманням вимог, підприємство, господарське товариство, законодавство.

Постановка проблеми. Сьогодні Україна перебуває в умовах активної політичної перебудови, яка складається з дій щодо створення та вдосконалення національної законодавчої бази з орієнтацією на міжнародну практику. Важливою сферою реформування українського законодавства є встановлення системи внутрішніх контрольних заходів корпоративного управління для всіх господарських товариств з метою забезпечення їх прозорості й надійності. Одним зі складників корпоративного управління є комплаєнс-контроль, за допомогою якого забезпечується ефективна діяльність компанії у правовому полі. Сьогоднішній стан комплаєнс-контролю в корпоративному управлінні в нашій країні потребує дослідження та критичного аналізу з погляду вітчизняної нормативно-правової бази задля визначення ефективних напрямів розвитку законодавства в цій сфері. Також необхідно звернути увагу, що в українській науковій літературі досліджуються

© Т. Швидка, К. Халецька, 2020

питання здебільшого антимонопольного та податкового комплаєнс-контролів, однак установлення внутрішнього контролю щодо діяльності господарського товариства потребує подальших наукових досліджень.

Дослідженнями комплаєнс-контролю в системі корпоративного управління займалися О.В. Морозов, Н.П. Карачина, Т.П. Халімон [1], М.В. Кочеров [6], Л.Л. Калініченко [5], П.В. Коломієць [7], О.В. Михайленко [4] та інші. Однак питання вдосконалення законодавства щодо корпоративного управління господарських товариств і закріплення на законодавчому рівні комплаєнс-контролю як елементу системи корпоративного управління залишається відкритим.

Мета статті полягає в аналізі нормативно-правової бази, що регулює питання внутрішнього контролю за різними сферами діяльності товариства, а також у доведенні необхідності закріплення на законодавчому рівні положень про механізм здійснення в усіх господарських товариствах комплаєнс-контролю.

Відповідно до поставленої мети, у статті мають бути вирішені такі завдання:

– дослідити деякі підходи до визначення поняття корпоративного управління;

– охарактеризувати місце комплаєнс-контролю в системі корпоративного управління та його види;

– установити, у яких сферах господарської діяльності законодавчо передбачено впровадження системи комплаєнсу;

– розглянути напрями підвищення ефективності корпоративного управління господарськими організаціями.

Виклад основного матеріалу. Дієвість функціонування будь-якого господарського товариства залежить від ефективності корпоративного управління цього суб'єкта господарювання. Важливим у діяльності господарського товариства є забезпечення довіри з боку контрагентів, інвесторів і клієнтів, що надає останнім упевненості в тому, що товариство провадить свою діяльність із дотриманням законодавства, стандартів, екологічної безпеки, безпечності та якості виготовленої продукції тощо. Надійність товариства надає контрагентам, інвесторам і клієнтам упевненості в добросовісній діяльності цього господарюючого суб'єкта й гарантії для підписання з ним договорів, здійснення фінансування з боку інвесторів тощо. Усе це залежить від вдалої роботи з корпоративного управління, що передбачає застосування надійних механізмів управління та контролю, відкритість і прозорість у діяльності, захист прав інвесторів тощо.

У науковій літературі існують різні підходи до визначення сутності корпоративного управління, узагальнення та систематизації, зокрема їх розглянули в наукових працях О.В. Морозов, Н.П. Карачина та Т.П. Халімон. Отже, до основних підходів до визначення поняття корпоративного управління можна зарахувати частковий (внутрішня архітектура), суспільний (зовнішні відносини), нормативний, економічний, управлінський, організаційний, юридичний, фінансовий, соціально-економічний [1, с. 12–15]. Така велика кількість підходів дає підстави вважати, що корпоративне управління – це багатоаспектне явище, яке стосується всіх сфер діяльності суб'єкта господарювання. Згадані вище науковці в монографії під корпоративним управлінням розуміють регламентований механізм забезпечення захисту й урахування інтересів основних груп соціальних агентів-учасників корпоративних відносин з метою забезпечення максимально можливої соціально-економічної результативності підприємства [1, с. 17].

Однак, беручи до уваги те що корпоративне управління здійснюють певні суб'єкти на підприємстві, доречно буде визначити, що корпоративне управління – це керівництво діяльністю господарського товариства через його органи управління з використанням розроблених методів і напрямів, за допомогою яких здійснюється контроль за діяльністю й досягненням мети товариства, виконанням поставлених завдань, здійсненням фінансових операцій, а також керівництво у сфері забезпечення відповідності діяльності товариства вимогам законодавства України. Якщо звернутися до Принципів корпоративного управління Організації економічного співробітництва та розвитку, прийнятих у 1999 році Радою ОЕСР, то в них зазначається, що ефективне корпоративне управління допомагає в забезпеченні ефективного використання капіталу товариствами. Крім того, за його допомогою зберігається довіра з боку національних та іноземних інвесторів, а також сприяння залученню довгострокового капіталу [2]. Цей документ також установлює рекомендації щодо закріплення в національних стандартах корпоративного управління конкретних проблем і шляхів їх подолання.

Ефективність управління є абстрактним поняттям, тому в науковій практиці сформувалися певна кількість підходів до його тлумачення, основними з яких можна виділити цільовий, системний, внутрішньо-організаційний і конкурентний підходи. У контексті теми статті доречним буде розглянути системний підхід до визначення ефективності

корпоративного управління. Системний підхід підкреслює критерії, якими забезпечується виживання організації в довгостроковому періоді, зберігаючи стабільність внутрішнього соціального організму й успішно взаємодіючи з навколишнім середовищем. Такий підхід більше зосереджується не на визначених цілях, а на засобах, необхідних для їх досягнення [3, с. 466–470]. З аналізу системного підходу можна констатувати, що ефективність управління досягається за умови якісної роботи кожного елементу системи корпоративного управління та підприємства загалом.

Для побудови та підтримки корпоративного управління світова практика пропонує використання концепції «трьох ліній захисту» підприємства, яка координує процеси керування ризиками та внутрішнього контролю за рахунок чіткого визначення й розмежування відповідних функцій та обов'язків. Відповідно до цієї концепції, основними функціями другої лінії захисту господарського товариства є встановлення певних підрозділів, які здійснюють контроль за діяльністю товариства, таких як ризик менеджмент, управління бізнес-процесами, служба безпеки та комплаєнс. У розрізі теми статті варто звернути увагу на поняття комплаєнсу та його роль у системі корпоративного управління господарськими товариствами.

Комплаєнс означає законність дій компанії загалом і кожного її співробітника. В очах контрагентів комплаєнс-перевірка підтверджує, що компанія відповідає вимогам стандартів і правилам, що встановлюються законодавством, умовам договору [4, с. 121]. Отже, система управління комплаєнс-контролю – це заходи, які мають на меті проведення аналізу та дослідження діяльності господарського товариства в розрізі дотримання всіма співробітниками встановлених правил і забезпечує знаходження діяльності такого товариства в правовому полі. Іншими словами, завданням комплаєнс-контролю є створення системи внутрішнього контролю, на меті якого є запобігання виникненню ризиків і/або їх ліквідація на підприємстві.

До функцій комплаєнс-контролю можна зарахувати розробку та закріплення на локальному рівні підприємства корпоративної політики, стандартів у сфері діяльності підприємства, серед яких – комплаєнс-програми, проведення аналізу відповідності корпоративної політики чинному законодавству України, перевірки на дотримання всіх чинних норм і правил регулювання діяльності підприємства та відповідність усіх нормативно-методичних і стратегічних документів, а також звітування про висновки такої перевірки й у разі необхідності здійснення коригувальних заходів [4, с. 121].

Комплаєнс-програма розуміється як локальний акт господарського товариства, що включає сукупність внутрішніх правил і процедур, реалізація яких у кінцевому підсумку приводить до досягнення цілей товариства та прозорості його діяльності. Така програма може включати розроблення й затвердження кодексу корпоративної поведінки та етики, політики про запобігання шахрайству, політики про вирішення конфліктів на самому підприємстві та з контрагентами, політики про конфіденційність даних тощо. Задля належної реалізації комплаєнс-програми необхідно створити постійно діючі підрозділи контролю (комплаєнс-підрозділ) або визначити окрему посадову особу (комплаєнс-офіцера) [5, с. 244–245].

У науковій літературі комплаєнс поділяють на певні види, основними з яких є антимонопольний комплаєнс і податковий комплаєнс. М.В. Кочеров у роботі визначає антимонопольний комплаєнс як систему внутрішнього забезпечення відповідності діяльності суб'єкта господарювання вимогам антимонопольного законодавства. Виходячи із цього визначення, можна виокремити завдання такого комплаєнсу, що полягає у виявленні ризиків порушення антимонопольного законодавства, управлінні цими ризиками, контролі за виконанням заходів, спрямованих на їх усунення, та оцінюванні ефективності функціонування підприємства з дотриманням норм антимонопольного законодавства. Однак автор зазначає, що, як і в будь-якій іншій внутрішній системі контролю, важливою передумовою запровадження комплаєнсу є зацікавленість керівництва підприємства в його ефективній роботі й у функціонуванні такої системи на основі принципів інформаційної відкритості, послідовності та безперервності [6].

Податковий комплаєнс – система заходів, метою яких є дотримання господарським товариством як платником податків вимог законодавства зі сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, податкового законодавства, а також належна та своєчасна сплата податків, зборів та інші платежів. П.В. Коломієць, яка в наукових роботах досліджувала сферу податкового комплаєнсу, зазначає, що його система дасть змогу мінімізувати ризики недотримання платниками вимог податкового законодавства, максимально спростити подання звітності та сплату податків, що буде діяти на принципи прозорості, спільно вирішувати про-

блеми й усувати перешкоди в забезпеченні податкової безпеки, а також установити між суб'єктами господарювання та державою відносини, які ґрунтуються на довірі й партнерстві [7, с. 260–261].

На нашу думку, для провадження ефективного корпоративного управління необхідно не лише запровадження антимонопольного та податкового комплаєнс-контролю. Наприклад, доречним буде розробити на підприємстві комплаєнс-контроль у сфері регулювання та перевірки добору кадрів, або, іншими словами, організаційно-кадровий комплаєнс. Метою такого комплаєнсу є здійснення перевірок відповідності кадрового потенціалу підприємства його цілям і завданням, а також проведення аналізу якісних і кількісних характеристик персоналу, запровадження принципів відбору кадрів, установлення певних правил поведінки та етики для працівників підприємства.

Також однією зі сфер господарської діяльності, що потребує встановлення комплаєнс-контролю в господарському товаристві, є діяльність такого товариства з додержанням норм природоохоронного законодавства. Законодавчо встановлено принцип екологічного підприємства, яким нехтують багато підприємців, або не звертають увагу на таке порушення через необачність. Комплаєнс-контроль дасть змогу уникнути можливості порушення норм екологічного законодавства та забезпечить діяльність підприємства в рамках закону.

Система комплаєнс-контролю в Україні є новим явищем, яке запроваджено лише в деяких сферах господарської діяльності. Отже, уперше в Україні комплаєнс-контроль передбачений у сфері банківської діяльності рішенням Правління Національного банку України «Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації корпоративного управління в банках України» від 3 грудня 2018 року № 814-рш (далі – Рішення № 814-рш) [8], а також Постановою Правління Національного банку України «Про затвердження Положення про організацію системи управління ризиками в банках України та банківських групах» від 11 червня 2018 року № 64 [9]. Банківські установи в діяльності у сфері корпоративного управління користуються концепцією трьох ліній захисту підприємства. Пунктом 120 Рішення № 814-рш запроваджено діяльність комплаєнс-підрозділу як другу лінію захисту підприємства, що має на меті проведення перевірки за дотриманням усіх чинних норм і правил, регулювання діяльності підприємства, звітування про висновки такої перевірки, а також розробку та закріплення на локальному рівні підприємства корпоративних політик і стандартів [8].

Відповідно до пункту 121 Рішення № 814-рш, підтвердженням належного функціонування моделі трьох ліній захисту в банківській діяльності є ефективність та економічна доцільність здійснюваних банком операцій; обачливе (обережне) ведення банківської та іншої діяльності банку, уключаючи збереження його активів та інвестицій; своєчасне й належне виявлення, вимірювання, моніторинг, контроль, звітування та пом'якшення за всіма видами ризиків; достовірність фінансової та статистичної звітності (уключаючи звітність, що подається до Національного банку, й управлінську звітність, що подається до органів управління банку), інформації щодо фінансово-господарської діяльності банку, що надається як внутрішнім, так зовнішнім користувачам; надійність інформаційних технологій, управлінських та облікових процесів, що базуються на чіткому визначенні обов'язків, розподілі повноважень і підзвітності; відповідність діяльності банку законодавству України, нормативно-правовим актам Національного банку, а також внутрішнім документам банку (політиці, процедурам, рішенням органів управління банку) [8].

По шляху запровадження комплаєнс-контролю також пішла й Національна комісія цінних паперів та фондового ринку, яка прийняла Рішення «Про затвердження Стандартів корпоративного управління в професійних учасниках фондового ринку» від 30 липня 2019 року № 420. Метою запровадження інституту комплаєнс для професійних учасників фондового ринку є забезпечення надійної діяльності таких учасників, гарантування захисту прав інвесторів і споживачів фінансових послуг, а також створення середовища на фінансових ринках України на засадах конкурентності. Система корпоративного управління професійними учасниками фондового ринку має стати невід'ємною частиною системи управління ризиками, що матиме на меті розроблення та підтримку внутрішніх правил і процедур, спрямованих на запобігання виникненню ризиків та управління ризиками, а також уживання заходів, спрямованих на мінімізацію зазначених ризиків [10].

Висновки

Отже, узагальнюючи вищевикладене, можна резюмувати таке:

1. У науковій літературі виділяють різні підходи до визначення корпоративного управління. Беручи до уваги суб'єктивну сторону здійснення корпоративного управ-

ління на підприємстві, можна дати таке визначення: корпоративне управління – це керівництво діяльністю господарського товариства через його органи управління з використанням розроблених методів і напрямів, за допомогою яких здійснюється контроль за діяльністю й досягненням мети товариства, виконанням поставлених завдань, здійсненням фінансових операцій, а також керівництво у сфері забезпечення відповідності діяльності товариства вимогам законодавства України.

2. З метою забезпечення ефективності корпоративного управління господарськими товариствами існує необхідність запровадження комплаєнс-контролю. Створення такого інституту можливе лише в разі наявності зацікавленості керівництва в ефективній роботі підприємства й у функціонуванні такої системи на основі принципів інформаційної відкритості, прозорості, послідовності й безперервності. Функціонування комплаєнс-контролю слугуватиме підтвердженням того, що компанія відповідає вимогам стандартів і правилам, що встановлюються законодавством.

3. Станом на сьогодні законодавчо врегульовано питання запровадження системи комплаєнс-контролю в банківській сфері. Постановами та рішення Правління Національного банку України визначено структуру функціонування комплаєнс-контролю в системі корпоративного управління. Також потрібно зазначити, що, відповідно до Рішення Національної комісії цінних паперів та фондового ринку № 420, із 2019 року внутрішній контроль за дотриманням норм законодавства запроваджується й для професійних учасників фондового ринку.

4. Сьогодні українським законодавством не регламентовано порядок створення та функціонування комплаєнс-контролю в системі корпоративного управління, не визначено місце його підрозділів у системі господарських товариств, вимоги до осіб, які відповідальні за здійснення комплаєнс-контролю, тощо. Тому основними напрямами підвищення ефективності комплаєнс-контролю можна визначити законодавче закріплення порядку його впровадження в господарських товариствах; визначення системи здійснення внутрішнього контролю на підприємстві; упровадження системи комплаєнсу не лише в банках і професійних учасників фондового ринку, а й в інших підприємствах з метою дотримання принципу прозорості ведення господарської діяльності.

Список використаних джерел:

1. Морозов О.В., Карачина Н.П., Халімон Т.П. Корпоративне управління на підприємствах України: постприватизаційний етап еволюції : монографія. Вінниця : УНІВЕРСУМ, 2007. 180 с.

2. Принципи корпоративного управління ОЕСР : Звід принципів Організації економічного співробітництва та розвитку від травня 1999 / Організації економічного співробітництва та розвитку. URL: https://old.bank.gov.ua/doccatalog/document?id=36989 (дата звернення: 23.10.2020).

3. Задихайло Д.В., Кібенко О.Р., Назарова Г.В. Корпоративне управління : навчальний посібник. Харків : Еспада, 2003. 688 с.

4. Михайленко О.В., Риштун Х.Ю. Ефективна система побудови комплаєнс-контролю в банківських установах. *Проблеми системного підходу в економіці*. 2018. № 3 (65). С. 120–126.

5. Калініченко Л.Л. Теоретичні аспекти функціонування комплаєнсу у вітчизняних банках. *Науковий вісник Херсонського Державного університету. Серія «Економічні науки»*. 2014. № 6. Ч. 4. С. 242–245.

6. Кочеров М.В. Антимонопольний комплаєнс в Україні: коли варто починати? *Юридична газета online*. 2019. № 15 (669). URL: https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/antimonopolniy-komplaens-v-ukrayini-koli-varto-pochinati.html (дата звернення: 23.10.2020).

7. Коломієць П.В. Погляди науковців стосовно комплаєнсу як елементу податкової безпеки України. *Право та суспільство*. 2020. № 2. Ч. 2. С. 258–263.

8. Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації корпоративного управління в банках України : Рішення Правління Національного банку України від 3 грудня 2018 року № 814-рш / Правління Національного банку України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/vr814500-18#Text (дата звернення: 22.10.2020).

9. Про затвердження Положення про організацію системи управління ризиками в банках України та банківських групах : Постанова Правління Національного банку України від 11 червня 2018 року № 64 / Правління Національного банку України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0064500-18#Text (дата звернення: 22.10.2020).

10. Про затвердження Стандартів корпоративного управління в професійних учасниках фондового ринку : Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 30 липня 2019 року № 420 / Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку України. URL: https://www.nssmc.gov.ua/proects_of_regular/pro-zatverdzhennya-standartv-korporativnogo-upravlnnya-v-profesynih-utchasnikah-fondovogo-rinku/ (дата звернення: 24.10.2020).

Tetiana Shvydka, Kateryna Khaletska. Compliance control in the system of corporate governance of business associations

This article is devoted to problematic issues in the field of corporate governance and internal control in enterprises. The article is proposed to define a new approach to the definition of corporate governance, taking into account the subjective side of corporate governance. It is established that in order to ensure effective corporate governance at the enterprise there is a need to introduce compliance control. It is also noted that the Ukrainian scientific literature examines the issues of mainly antitrust and tax control. The article is established that compliance control in Ukraine is provided by law only for banking institutions and professional participant of the securities market. Therefore, the question arises about expanding the scope of internal control in the enterprise and the introduction of such control in other business associations. The article aims are to analyze the current legislation of Ukraine, which regulates internal control in the corporate governance system in various areas of the enterprise, as well as to study the need to enshrine at the legislative level provisions on the mechanism of implementation and operation of compliance control in all business associations.

During the disclosure of the problem, scientific approaches to the definition of corporate governance and its effectiveness are studied, the place of control over compliance with the law in the corporate governance system is characterized, the types of compliance control identified by Ukrainian scientists are analyzed, and also establishes in which spheres of economic activity the introduction of the compliance system is legally provided. The current state of Ukrainian control over compliance with the law in the corporate governance system requires research and critical analysis of its regulatory framework in Ukraine to determine effective directions for the development of legislation in this area. Finally, the article identifies the need to monitor compliance with the requirements in the system of corporate governance of business associations in terms of research to improve the efficiency of such management.

Key words: corporate governance, effective corporate governance, compliance control, internal control, control over compliance with requirements, enterprise, business associations, legislation.

UDC 349.222
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.15

Ruslan Dotsenko,
2nd year Student at the International Law Faculty
Yaroslav Mudryi National Law University

Valeriy Aveskulov,
PhD in Law,
Assistant at the Department of Labour Law
Yaroslav Mudryi National Law University

SPECIFIC FEATURES AND LEGAL NATURE OF CONTRACTS OF FOOTBALL PLAYERS IN UKRAINE

The article is devoted to the analysis of the specific features and legal nature of the contract of football player in Ukraine. Authors analyzed the most important sources of law of Ukraine and competent national and international organizations, which regulate the structure, form and minimal requirements to the football contracts in our country. Particularly, the list of the relevant normative acts in this sphere consists from the Code of Laws on Labour of Ukraine, the Law of Ukraine "On Physical Culture and Sport", Football Federation of Ukraine (at the moment Ukrainian Association of Football) Regulations on the Status and Transfer of Players, FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players, Agreement between UEFA, EPFL, ECA and the FIFPro Division Europe Regarding the Minimum Requirements for Standard Player Contracts in the Professional Football Sector in the European Union and the rest of the UEFA Territory. Having synthesized the most important information from these sources, the complex list of specific features of football contracts has been formed (e.g. written form, the club's obligation to maintain the professional status, the player's obligation to be 15 years or older, definition of a precise salary etc.). Moreover, the article has analyzed the issue of legal nature of such a contract, namely two main approaches to this problem – "labouristic" and "civilistic", which mean regulating the aforementioned issues using the provisions of corresponding branch. In the article have also been analyzed the thoughts of scientists and the provisions of normative acts on this problem. Additionally here have been stated the main points derived from the judgment of the Cassation Administrative Court of the Supreme Court, which has included some precious interpretations of the legislative norms necessary to distinguish between civil and employment contracts, and this has been applied to the subject of the article. As a result a conclusion has been made that football contracts should be regulated by labour law. It has been summarized in the final part of the article that football should be considered an important element of the Ukrainian economy, which makes the regulation of employment relations to be considered significant; additionally it has been concluded that football contracts should be researched in particular in order to control efficiently the issues that may arise around them and in general – to take the functioning of the football sphere in Ukraine to the higher level.

Key words: football contract, sports contract, employment relations, sports law, differentiation between civil and employment contracts.

Formulation of the problem. Football is beyond any doubt the most popular sport in the world, and Ukraine is certainly not an exception to this rule. Before the COVID-19 outbreak this spectacular kind of activity was gathering thousands and tens of thousands of fans at the stadiums and probably even more (especially nowadays) – in front of their TVs. That's not surprising at all since our football history has plenty of bright moments: "Shakhtar's" victory in UEFA Cup in 2009, "Dnipro's" runner-up result in UEFA Europa League in 2015, "Dynamo's" participation in UEFA Champions League semi-finals in 1999 etc. Not a lesser pride for us are our players whose talent has been repeatedly considered outstanding: such ones are, for example, Oleh Blokhin, Ihor Belanov and Andriy Shevchenko, who have won the most prestigious individual award in football – Ballon d'Or.

The activity of such a demand among the population certainly needs a proper legal regulation. Sports law in general mainly overlaps spheres like civil, economic, corporative law and arbitration. However, the issue we touch upon is related to another important branch – the labour law. Athletes constitute an essential element of every sport, and unless they are not amateurs they usually sign a contract with a sports club or promoter depending on the particular activity they are engaged in. The same system is used in football.

© R. Dotsenko, V. Aveskulov, 2020

Yet the contractual relations between athletes and their clubs in football still largely lack legal regulation, especially in our country. Taking into account the huge salaries footballers often have nowadays and the complexity of possible contractual terms in their entirety makes the legal situation in this sphere to be considered intolerable.

The latest researches and publications analysis. The theoretical base for the research of the aforementioned topic is presented by such scientists as O. Chepys, Y. Sukha, M. Kozina, M. Tkalych, A. Polyans'kyi, S. Poshuleznyi et cetera. However, they mostly take into account the sports contractual relations in general, not the football ones, which makes us consider unsatisfying not only the legal regulation of these, but even their doctrinal development.

Therefore, **the goal of the article** is to define the specific features and nature of the contracts of football players in particular, using the sources of law, which are actual for Ukraine.

Statement of the main part. The first step we ought to take to understand the essence of the footballer's contract is to define the term "contract" in general. As the Article 21 of the Code of Laws on Labour of Ukraine states, it is a specific form of an employment agreement, which may contain such terms as the duration; rights, obligations and the responsibility of parties; conditions of material security and the organization of employee's work; conditions of termination of contract, – which all may be set by the parties [1].

The only Ukrainian law, which aims to regulate the sports contractual relations, is the Law on Physical Culture and Sport. However, its provisions are absolutely insufficient to do it effectively since this law does not even describe any features of the sports contract. The only important article in it for us is the Article 38, which defines the professional sport as a "commercial direction of a sports activity related to preparing and carrying out the spectacular sports events on a high organizational level in order to receive income". It also constitutes the presence of the contract as a necessary attribute of a professional athlete status. Yet the most useful for us in this article is the list of the sources of the professional sports (and, therefore, contract) law, which contains the aforementioned Law, the Code of Laws on Labour, the statutes and regulations of the subjects of the sphere of physical culture and sports and international organizations [2].

Taking into account the latter provision, the next document we should address is the relevant act of the Ukrainian Association of Football (former Football Federation of Ukraine) – the main subject in Ukrainian football. Since its Statute does not provide us with useful information, the most relevant act for us is the Regulation on the Status and Transfer of Football Players, which is the only one to try to define the term "contract" in the football context: it is stated in the "Definitions" section that the "contract is the form of an employment agreement between the professional football club and its employee with all annexes, changes and additions, which is to be concluded according to the Ukrainian legislation and this Regulation in order to participate in the competitions" [3]. From this definition and also from the Article 8(1) of the aforementioned Regulation we can derive the information about the subjective composition of the employment relations in football: a professional football club, on one side, and an employee of any kind ("footballer, coach or other specialist") – on the other. The term "professional club" should be understood as a "legal person with the status of an economic entity created to participate in football competitions under the aegis of FFU (UAF)", which "has the certificate of the right to participate in Ukrainian football championships..."; and the footballer is an "athlete who, being in the team squad, takes part in the training process and football competitions" [3].

Having analyzed the provisions of the FFU (UAF) Regulation on the Status and Transfer of Football Players, we may outline some specific features of a footballer's contract:

1. It defines the rights and obligations of the footballer and the professional club.
2. It must be only in writing.
3. It may be concluded only with the professional club (not the amateur).
4. It may be concluded only by a football player who is 15 years or older.
5. It must match the provisions of the Agreement between UEFA, EPFL, ECA and the FIFPro Division Europe Regarding the Minimum Requirements for Standard Player Contracts in the Professional Football Sector in the European Union and the Rest of the UEFA Territory.
6. It must contain the structural elements of the typical form of contract defined by the Annex III of the Regulation.
7. It must define the precise salary of the player.
8. Its minimum duration is the time between the conclusion of the contract and the end of the season. O. Chepys and M. Kekerchen' assert this means 6 months [4, p. 151]; however, it can be lesser, if speaking about free agents: according to the article 6 of FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players, "a pro-

fessional whose contract has expired prior to the end of a registration period ("transfer window") may be registered outside that registration period" [5].

9. Maximum duration – 5 years.

10. It is concluded in three specimens: the first remains for the club, the second – for the player and the third – for the Ukrainian Association of Football.

11. A minor may conclude the contract only for the maximum duration of three years; he would also need his parents' consent and the notorization of the contract.

12. It must contain the following information:

a) signatories of the parties;
b) name and surname of the player;
c) date of birth of the player;
d) address of the player;
e) citizenship of the player;
f) full name of the club;
g) registration number of the club;
h) address of the club;
i) name, surname and address of the club's representative;
j) precise date of the beginning and expiry of the contract (day/month/year);
k) information about the additional individuals, who have taken part in discussing and concluding the contract (for example, minor's parents, player's legal representative, player's licensed agent, interpreter etc.) [6].

Probably, the most controversial point in the discussion about specific features of football contracts are legal relations which emerge after the conclusion of the contract. Positions of scientists on this problem can be summed up in two main approaches:

1) "labouristic": a contract creates relations regulated by labour law;
2) "civilistic": a contract creates relations regulated by civil law.

M. Kozina, for example, tends to agree with the first approach. She asserts that professional sports activity is a type of work, which is executed systematically, has a certain goal (participation in competitions); it is also done using the employer's money and under the requirements of the labour regulations created by the employer (trainings, training camps, daily routine, prohibition of using alcohol and drugs etc.); an athlete usually receives a regular salary for his activity. She concludes that all these factors show us the fact that professional sports activity is a wage labour and, therefore, it ought to be the object of regulation of labour law sphere [7, p. 428].

On the other hand, M. Tkalych supports the second approach. He thinks that a sports' contract is a kind of a civil law contract for the performance of work, where the first party undertakes to perform the training activity in order to acquire skills necessary to participate in competitions successfully; and the second party undertakes to pay for these training works, at the same time acquiring the right to use the results achieved by the athlete. In Tkalych's opinion, these are clearly the signs of the civil character of the sports contract [8, p. 332].

In this scientific argument we tend to support the "labouristic" approach.

To begin with, we want to stress the fact that football contracts should be considered a specific type of sports contracts, which do not necessary share all the characteristics of other types of sports contracts. This means that contracts in other sports may really possess the features of civil law contracts, resembling employment agreements quite distantly. However, football ones are certainly to be regulated by labour law (at least in Ukraine) because of the following reasons.

As we stated before, according to the Article 21 of the Code of Laws on Labour of Ukraine, contract is a specific form of the employment agreement, thus, it is regulated by labour law. However, in Ukraine it is quite a widespread problem – how to tell the difference between the employment contract and civil contract? As long as legislation does not provide us with this information, we should address the judicial practice to fill in the blanks. Supreme Court of Ukraine had analyzed this issue in the case No. 820/1432/17 ("Alptekhprom' vs. Main Department of State Service on Labour Issues in Kharkiv Region) and outlined the following distinctions:

1. Employment agreement regulates the working process and its subject matter is labour itself, while the civil contract regulates the acquisition of a specific result and its subject matter is a certain scope of work.

2. After the performance of some work by the employee his labour obligations don't exhaust, while the validity of a civil contract expires.

3. Employee is put on the payroll and obliged to stick to the employment regulations, while the performer in civil legal relations doesn't need to be put on the payroll and may organize his working process freely [9].

Footballer's contract absolutely matches the requirements to the employment agreement stated in the aforementioned decision of the Supreme Court.

Firstly, the contract determines the labour function of the footballer and its particular manifestations, not the results for him to achieve. This can be proven quite clearly by the Article 7(2) of the Minimum Requirements Regarding the Standard Player Contracts, which lists the player's obligations to be mentioned in

contract: to play matches to the best of his best ability, to participate in training and match preparation according to the instructions of his superior (e.g. head coach), to maintain a healthy lifestyle and high standard of fitness, to comply with and act in accordance with club officials' instructions etc. [6]. There is no provision in any of the relevant acts of Ukrainian legislation, UAF, UEFA or FIFA, which obliges a player to achieve a certain result. Such a condition may actually be included in a particular contract, yet it is optional and mostly provides for the reward for a player for achieving a result of a certain kind and amount, not the sanctions for failing to do it. For example, a monetary reward for scoring 10 goals or more during the season.

Secondly, as we stated above, the player's contract expires only when the date of expiry comes or by mutual agreement [5]. It also may be terminated in accordance with the provisions of Article 10 of the UAF Regulation on the Status and Transfer of Players or the provisions of the Section IV of the FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players, but never after the achievement of some sort of a specific goal by a player.

Thirdly, the player must be formally included in the professional club's structure and obey the inner rules of the club. The first fact may be illustrated by the Annex III (typical contract form), which must be used as a template of the footballer's contract under the provisions of the Article 8(2) of the aforementioned UAF Regulation: particularly it is stated in the Annex that a certain person is "being hired for the position of the Professional Football Player of the football team of the Club" [3]. The mandatory performance of the employment regulations is enshrined in the UEFA Agreement's Article 7(2) on player's obligations: among them we can find the ones like "obeying club rules (including disciplinary regulations)", "acting in accordance with the club's officials' instructions", "undergoing regularly medical examination and medical treatment upon request of the club's doctor" etc [6]. These evidences clearly prove the fact that footballer is not actually free in organizing his working process and, moreover, he is officially put on the club's payroll for the appropriate position.

Conclusion

Summarizing all aforementioned information, we may quite clearly see the fact that football player's contract is a specific type of an employment agreement (contract) with its own features, which are distinct from those we can see in other sports contracts. However, despite the great popularity and role of professional football in the economy of our country, it is rather insufficiently regulated by law. But if the problem of regulation can be partially solved using the provisions of the official acts and documents of appropriate football organizations like UAF, UEFA or FIFA, it still remains unclear why the issues regarding employment relations in football are so unpopular with scientists. Almost everyone who tries to analyze this issue tends to generalize the specificities and nature of various sports contracts – and this is the biggest mistake that can be done in such a research.

All in all, we need to continue studying the issues regarding football contracts in order to make our legal field more favorable to the successful development and eventual prosperity of Ukrainian football as one of the most important spheres of our economy.

References:

1. Кодекс законів про працю України. 1971. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text.

2. Закон України «Про фізичну культуру і спорт». *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3808-12#Text.

3. Регламент Федерації футболу України зі статусу і трансферу футболістів. 2014. URL: http://www.aafu.org.ua/data/library/library4.pdf.

4. Чепис О.І. Контракт футболіста як особлива форма трудового договору / О.І. Чепис, М.І. Кекерчень. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 1. С. 150–155.

5. Regulations on the Status and Transfer of Players. 2020. URL: https://resources.fifa.com/image/upload/regulations-on-the-status-and-transfer-of-players-june-2020.pdf?cloudid=ixztobdwje3tn2bztqcp.

6. Agreement Regarding the Minimum Requirements for Standard Player Contracts in the Professional Football Sector in the European Union and the Rest of the UEFA Territory. 2012. URL: https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/02/63/58/66/2635866_DOWNLOAD.pdf.

7. Козіна М.В. Професійна діяльність спортсменів як об'єкт правового регулювання нормами трудового законодавства. *Публічне право*. 2012. № 4(8). С. 424–429.

8. Ткалич М.О. Правова природа та особливості укладання контракту про спортивну діяльність. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. № 51. С. 326–333.

9. Постанова від 04.07.2018 у справі 820/1432/17. Касаційний адміністративний суд Верховного Суду. URL: https://www.uacourt.openregister.info/administratyvni-spravy-do-01-01-2019-3000/spravy-zi-sporiv-z-pryvodu-zabezpechennya-gromadskogo-poryadku-ta-bezpeky-natsionalnoyi-bezpeky-ta-oborony-ukrayiny-zokrema-zi-sporiv-shchodo-5564/tsyvilnogo-zakhystu-okhorony-pratsi-5574?document=75148848.

Руслан Доценко, Валерій Авескулов. Особливості та юридична природа контрактів футболістів в Україні

Стаття присвячена аналізу особливостей та юридичної природи контракту футболіста в Україні. Авторами проаналізовано найважливіші джерела права України та компетентних національних і міжнародних організацій, які регулюють структуру, форму та мінімальні вимоги до футбольних контрактів у нашій державі. Зокрема, до релевантних нормативно-правових актів у цій галузі можна віднести Кодекс законів про працю України, Закон України «Про фізичну культуру та спорт», Регламент Футбольної федерації України (нині – Української асоціації футболу) про статус і трансфер футболістів, Регламент ФІФА про статус і трансфер футболістів, Угоду між УЄФА, ЄПФЛ, АЄК і Європейським дивізіоном ФІФПро про мінімальні вимоги до стандартного контракту футболіста-професіонала. Шляхом синтезу найбільш важливої інформації з цих джерел було складено комплексний перелік характерних рис футбольних контрактів (наприклад, письмова форма, необхідність наявності у клубу статусу професійного, досягнення футболістом 15 років, визначення точної заробітної плати футболіста тощо). Окрім того, у статті опрацьовано питання правової природи такого контракту, а саме два основні підходи до цього питання – «трудовий» та «цивілістичний», відповідно до яких питання, що постають навколо футбольного контракту, мають регулюватися приписами відповідної галузі права. Проаналізовано думки низки вчених та положення релевантних нормативно-правових актів з цього питання. Додатково були викладені головні думки з рішення Касаційного адміністративного суду Верховного Суду, в якому містилося цінне тлумачення законодавчих положень, необхідне для розрізнення цивільних правочинів та трудових договорів, що було за аналогією застосоване до предмета статті. У результаті зроблено висновок про належність інституту футбольного контракту до царини трудового права. У заключній частині статті підбито підсумок вищевикладеної інформації, відповідно до якого футбол слід вважати важливим елементом економіки України, що надає питанню ефективного регулювання трудових правовідносин особливого значення; окрім того, зроблено висновок про необхідність подальших досліджень футбольного контракту як самостійного типу спортивного контракту, специфіку якого слід ураховувати задля досягнення достатнього контролю над питаннями, з ним пов'язаними, та покращення загального рівня функціонування футбольної сфери в Україні.

Ключові слова: футбольний контракт, спортивний контракт, трудові відносини, спортивне право, розрізнення цивільно-правових та трудових контрактів.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.16

Тамара Кириченко,
здобувач
Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля

НЕДОЛІКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Актуальність статті полягає в тому, що чинне законодавство, яке урегульовує трудові правовідносини, є застарілим, незбалансованим, таким, що має проблеми, недоліки та містить прогалини і просто не придатне регулювати дану сферу в умовах ринкової економіки. Дослідження проблем, недоліків та прогалин правового регулювання трудових правовідносин в Україні не втрачає своєї актуальності, незважаючи на численні зміни, які вносяться до Кодексу законів про працю України та численні дослідження вітчизняних вчених. Згаданий нормативно-правовий акт залишається не придатним для ефективного регулювання відносин праці в сучасних умовах. Мета статті полягає у встановленні сутності проблем, недоліків та прогалин правового регулювання трудових правовідносин в Україні, визначенні окремих із них та пошуку шляхів їх вирішення, а також у формулюванні пропозицій щодо вдосконалення чинного трудового законодавства нашої держави. Одне із невідкладних завдань України як незалежної, демократичної, соціальної й правової держави полягає у створенні цілісної системи законодавчих та інших нормативно-правових актів, що регулюють трудові правовідносини. Незважаючи на те, що даній проблематиці присвячено велику кількість праць вітчизняних науковців, вона не втрачає свою актуальність з огляду на те, що правове регулювання трудових правовідносин в Україні все ще залишається недосконалим. Тож у даній статті встановлено, які аспекти становлять проблеми, недоліки та прогалини правового регулювання трудових правовідносин в Україні. На прикладі окремих проблем та прогалин проаналізовано, яким чином вони можуть бути вирішені. Запропоновано зміни до чинного трудового законодавства України, спрямовані на розв'язання проблем правового регулювання трудових правовідносин в нашій державі.

Ключові слова: трудове законодавство, праця, нормативно-правовий акт, Трудовий кодекс України, суд.

Постановка проблеми. В умовах демократизації України питання реформування законодавства, яке урегульовує трудові правовідносини в нашій державі, є таким, яке традиційно викликає велику кількість дискусій. Величезну кількість наукових праць присвячено пропозиціям щодо можливих шляхів проведення реформи трудового законодавства, адже очевидно, що Кодекс законів про працю України 1971 року [1] не відповідає вимогам часу. Вітчизняний законодавець вибрав шлях модифікації норм та принципів радянського трудового законодавства замість того, щоб принципово оновити правове регулювання трудових правовідносин. Тому, незважаючи на існування проектів Трудового кодексу України № 1108 від 14.02.2007 року [2], № 2902 від 22.04.2013 року [3], № 1658 від 27.12.2014 року [4], № 2410 від 08.11.2019 року [5] та № 2410-1 від 08.11.2019 року [6], задача формування належного та ефективного нормативно-правового поля у даній сфері досі не вирішена. Незважаючи на численні зміни, трудові правовідносини в нашій державі до цих пір частково урегульовані законодавством, прийнятим в період існування жорсткого правового регулювання трудових відносин, коли їх економічним базисом була державна власність.

Актуальність вибраної тематики дослідження зумовлена тим, що чинне законодавство, яке урегульовує трудові правовідносини, є застарілим, незбалансованим, таким, що має проблеми, недоліки та містить прогалини і просто не придатне регулювати дану сферу в умовах ринкової економіки. А отже, дослідження проблем, недоліків та прогалин правового регулювання трудових правовідносин в Україні не втрачає своєї актуальності, незважаючи на численні зміни, які вносяться до Кодексу законів про працю України [1], та численні дослідження вітчизняних вчених.

Мета даного дослідження полягає у встановленні сутності проблем, недоліків та прогалин правового регулювання трудових правовідносин в Україні, визначенні окремих із них та пошуку шляхів їх вирішення, а також у формулюванні пропозицій щодо удосконалення чинного трудового законодавства нашої держави.

© Т. Кириченко, 2020

Стан дослідження. Проблемам і прогалинам національного трудового законодавства присвячено наукові пошуки таких авторів, як А.В. Базилюк, О.Ю. Білоус, М.Т. Білуха, Д.П. Богиня, К.І. Дмитрієва, В.В. Жернаков, В.М. Зеленський, А.В. Калина, А.М. Колот, В.Л. Костюк, А.М. Кузьмінський, С.С. Лукаш, Д.С. Овсянко, М.Я. Остап'юк, К.О. Попченко, В.В. Сопко, Н.М. Ткаченко, О.М. Уманський, Ю.В. Чижмарь, Б.О. Шумляєв, О.М. Ярошенко та багато інших.

Виклад основного матеріалу. Першою категорією, яку ми проаналізуємо у рамках нашого дослідження, є проблеми правового регулювання трудових правовідносин в Україні. Так, проблемою у загальнотеоретичному розумінні є «складне теоретичне або практичне питання, що потребує вирішення, вивчення, дослідження» [7, с. 1143]. Отже, проблеми відрізняються від недоліків та прогалин передусім масштабністю та складністю їх вирішення, що потребує комплексного підходу.

Аналізуючи наукову літературу, ми дійшли висновку, що проблемою правового регулювання трудових правовідносин в Україні, яка найчастіше виділяється вітчизняними дослідниками, є проблема застарілості нормативно-правових актів, якими здійснюється правове регулювання трудових правовідносин в Україні. Прийняття Трудового кодексу України розглядається не просто як необхідність, а як «вимога часу», враховуючи усі зміни системи суспільних відносин, що відбуваються в Україні, які, безумовно, торкаються і сфери праці [8, с. 150]. Лише за радянських часів до Кодексу законів про працю України [1] вносились зміни 19 разів. Після проголошення незалежності Верховною Радою України було прийнято понад 100 законів про внесення змін до Кодексу законів про працю України [1], внаслідок чого із 265 статей та преамбул, що містились у першій редакції Кодексу, суттєво змінились майже всі, причому деякі із них неодноразово.

До позитивних аспектів сучасного стану правового регулювання трудових правовідносин варто віднести те, що чинне трудове законодавство поступово адаптується до сучасних трудових правовідносин шляхом численних змін. Враховуючи, що до трудового законодавства належить також цілий ряд нормативно-правових актів з окремих, найбільш важливих інститутів трудового права, також позитивним вважаємо те, що більшість їхніх головних положень вже були інкорпорованими до Кодексу законів про працю України [1] шляхом прийняття окремих законів про приведення кодексу у відповідність до цих законами. Проте Кодекс законів про працю України [1] не є єдиним нормативно-правовим актом, яким урегульовуються трудові правовідносини в нашій державі і який було прийнято за радянських часів, адже в Україні до сьогодні продовжують застосовуватись деякі законодавчі акти колишнього Союзу РСР або їх певні положення (деякі з них були прийняті в 1930, 1933, 1974 роках). Наприклад, досі питання виконання надомної роботи урегульовується Положенням про умови праці надомників, затвердженим Постановою Госкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦРПС від 29 вересня 1981 року № 275/17-99 [9]. Зокрема, ним здійснюється регламентація питання укладення трудового договору із такими працівниками, організації та умов надомної праці, оплати праці та відпустки надомників. На практиці необхідність застосування норм таких нормативно-правових актів негативно впливає на правове регулювання трудових правовідносин, адже вони розроблялись за інших економіко-соціальних умов і це може негативно відобразитись на захисті прав найманого працівника.

Отже, однією із наймасштабніших проблем правового регулювання трудових правовідносин в Україні є те, що Кодекс законів про працю України [1] являє собою суміш норм, прийнятих за різних історичних та економічних умов, частина із яких відповідає вимогам часу, а інша частина є застарілою та не може адекватно регулювати сучасні трудові правовідносини, а також те, що ряд інших нормативно-правових актів трудового законодавства, прийнятих за радянської епохи, також до цих пір зберігають свою чинність. Шлях до вирішення цієї проблеми є загальновідомим, і він полягає у необхідності прийняття нового Трудового кодексу України. Комплексний шлях до вирішення цієї проблеми полягає у тому, що Україна потребує не просто нового кодифікованого нормативно-правового акта у сфері праці, а насамперед ефективного правового документа, який відповідає сучасним трудовим правовідносинам та є адаптованим до принципів європейського трудового права. Усі проекти Трудового кодексу України, які розроблялись вітчизняним законодавцем (№ 1108 від 14.02.2007 року [2], № 2902 від 22.04.2013 року [3], № 1658 від 27.12.2014 року [4], № 2410 від 08.11.2019 року [5] та № 2410-1 від 08.11.2019 року [6]) були розкритиковані на науковому рівні. Зокрема, питанню проблем різних проектів Трудового кодексу України присвячувались праці таких авторів, як К.І. Дмитрієва [10], В.В. Жернаков [11], В.Л. Костюк [12],

Д.С. Овсянко [13] тощо, і, по суті, жоден із проектів не був оцінений позитивно. А отже, проблема застарілості нормативно-правових актів, якими здійснюється правове регулювання трудових правовідносин в Україні, має бути вирішена шляхом прийняття нового ефективного Трудового кодексу України, який відповідає сучасним трудовим правовідносинам та є адаптованим до принципів європейського трудового права.

Наступною проблемою правового регулювання трудових правовідносин в Україні, на яку досить часто звертають увагу вітчизняні науковці, є те, що положення міжнародно-правових актів, які встановлюють міжнародні стандарти праці, не є складовою частиною національного законодавства Україні, і тому відповідних дієвих механізмів захисту прав та інтересів осіб, яких вони стосуються, не передбачено чинним правовим регулюванням трудових правовідносин. Зокрема, як відзначає Ю.В. Чижмарь, відповідні акти міжнародного права мають таку конструкцію, яка робить їх застосування щодо конкретних трудових правовідносин у конкретній державі ускладненою, незважаючи на те, що їх змістом встановлено певні права та забезпечено інтереси відповідних суб'єктів трудових правовідносин [14, с. 39]. Як приклад, дослідником наводиться конструкція статті 6 Конвенції Міжнародної організації праці про роботу на умовах неповного робочого часу від 24.06.1994 р. № 175 [15], яка встановлює таке: «Передбачені законом системи соціального забезпечення, які охоплюють осіб, зайнятих професійною діяльністю, повинні бути пристосовані таким чином, щоб працівники, зайняті неповний робочий час, користувалися умовами, еквівалентними тим, якими користуються працівники, які є зайнятими повний робочий час та перебувають у схожій ситуації; ці умови можуть визначатися пропорційно тривалості робочого часу, внескам чи заробіткам, іншими методами, що відповідають національному законодавству й практиці». Іншими словами, держава, яка ратифікувала дану Конвенцію, визнає її обов'язковість на рівні національного законодавства, а отже, її положення можуть застосовуватись для правового регулювання будь-яких трудових правовідносин в межах такої держави. Це, з одного боку, наближує трудове законодавство держави до трудових законодавств інших країни, які ратифікували дану Конвенцію, а з іншого боку, надає гарантії особам, зайнятим на неповний робочий час, щодо дотримання їхніх прав із боку роботодавця та держави.

Наведена нами як приклад Конвенція Міжнародної організації праці про роботу на умовах неповного робочого часу від 24.06.1994 р. № 175 [15] не є ратифікованою нашою державою. Відповідно до статті 8-1 Кодексу законів про працю України [1], якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди. Втім, враховуючи, що наша держава не ратифікувала цей нормативно-правовий акт, у питаннях регламентації роботи на умовах неповного робочого часу в Україні застосовуються насамперед норми національного законодавства. У такій ситуації механізм захисту трудових прав та інтересів працівників, які працюють на таких умовах, є обмеженим, оскільки зобов'язати державу прийняти той чи інший закон у тому чи іншому вигляді громадянин не може, і, як наслідок, його права є менш захищеними, аніж це передбачено міжнародним законодавством.

О.Ю. Білоус у своєму дисертаційному дослідженні дійшла висновку, що станом на 2017 рік Україна ратифікувала 71 конвенцію Міжнародної організації праці, у тому числі 8 із 8 фундаментальних конвенцій, 4 із 4 пріоритетних конвенцій, 59 із 177 технічних конвенцій [16, с. 15-16]. Як позитив відзначимо те, що Україна ратифікувала усі 8 фундаментальних конвенцій Міжнародної організації праці. Але, з іншого боку, як відзначає О.Ю. Білоус, не всі положення зазначених конвенцій імплементовані у чинне трудове законодавство та не враховані в проектах Трудового кодексу України [16, с. 17]. Враховуючи необхідність привести національне трудове законодавство у відповідність до вимог та стандартів Європейського Союзу, вітчизняне законодавство потребує імплементації усіх положень таких нормативно-правових актів, як конвенції Міжнародної організації праці, й, окрім того, важливо, щоб вони мали не лише декларативний характер, але й забезпечувались механізмом реалізації.

Отже, вирішення проблеми, яка полягає в тому, що положення міжнародно-правових актів, які встановлюють міжнародні стандарти праці, не є складовою частиною національного законодавства України, також потребує комплексного вирішення. По-перше, Україна повинна ратифікувати усі важливі міжнародні нормативно-правові акти у цій сфері, для чого мають бути прийняті відповідні нормативно-правові акти про ратифікацію. По-друге, норми таких актів мають стати складовою частиною наці-

онального законодавства. Вони є такими, відповідно до 8-1 Кодексу законів про працю України [1], проте важливо забезпечити, щоб їх положення не суперечили положенням національного трудового законодавства України. Тому після ратифікації необхідно внести відповідні зміни до Кодексу законів про працю України [1] й інших актів трудового законодавства, а також забезпечити їх закріплення у майбутньому Трудовому кодексі України.

Таким чином, на прикладі проаналізованих проблем правового регулювання трудових правовідносин в Україні зробимо висновок, що ними є певні складні практичні питання, які мають законодавче підґрунтя та вирішення яких потребує комплексного підходу, що передбачає тривале вивчення, дослідження, залучення науковців й експертів, прийняття окремих нормативно-правових актів чи їх комплексу.

Дещо простішим є усунення недоліків правового регулювання трудових правовідносин. Недоліками у загальнотеоретичному розумінні є «упущення, помилка; негативна риса, ознака; відхилення від норми, дефект». Недолік правового регулювання трудових правовідносин відрізняється від проблеми правового регулювання трудових правовідносин тим, що процес його подолання є простішим, і зазвичай для цього необхідне внесення змін до певного нормативно-правового акта чи окремої його норми. Так, серед недоліків правового регулювання трудових правовідносин, на нашу думку, найбільш негативним чином відображається на правах та інтересах їх суб'єктів невідповідність окремих норм Кодексу законів про працю України [1] положенням Конституції України [17], тому пропонуємо проаналізувати деякі з них та запропонувати можливі шляхи їх вирішення.

Наприклад, К.О. Попченко та Б.О. Шумляєв звертають увагу на те, що одним із таких недоліків є примусове залучення працівника за згодою виборного органу профспілкової організації до надурочних робіт, передбачене частиною 3 статті 62 та статтею 64 Кодексу законів про працю України [1], адже примусове залучення до праці є порушенням принципу заборони примусової праці, передбаченого частиною 3 статті 43 Основного Закону нашої держави [17, с. 75]. Іншими словами, Конституція України встановлює, що використання примусової праці забороняється, тоді як Кодекс законів про працю України [1] містить норму, якою примусова праця допускається у разі наявності на те згоди виборного органу профспілкової організації.

Вирішення такої проблеми потребує внесення змін до Кодексу законів про працю України [1]. Так, абзац 1 частини 3 статті 62 цього нормативно-правового акта має бути викладений у такій редакції:

«[...] Власник або уповноважений ним орган може застосовувати надурочні роботи тільки у виняткових випадках за наявності письмової згоди працівника: [...]».

У свою чергу, стаття 64 Кодексу законів про працю України [1] має бути викладена у такій редакції:

«Надурочні роботи можуть провадитися лише з дозволу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) підприємства, установи, організації за наявності письмової згоди працівника».

Іншою невідповідністю норм Кодексу законів про працю України [1] положенням Конституції України [17], на яку звертають увагу К.О. Попченко та Б.О. Шумляєв, є те, що у чинному кодексі зберігається такий порядок вирішення індивідуальних трудових спорів, що не відповідає нормам Основного Закону [18, с. 76]. Зокрема, згідно зі статтею 224 Кодексу законів про працю України [1], комісія по трудових спорах є обов'язковим первинним органом із розгляду індивідуальних трудових спорів, крім низки випадків, передбачених законодавством. І при цьому трудовий спір підлягає розгляду саме в комісії по трудових спорах у тому випадку, коли працівник самостійно або з участю профспілкової організації, що представляє його інтереси, не врегулював розбіжності під час безпосередніх переговорів з власником або уповноваженим ним органом. Дані положення не відповідають частині 2 статті 124 Конституції України [17], якою встановлено, що юрисдикція судів поширюється на будь-які юридичні спори, що виникають в державі.

Усунення такого недоліку правового регулювання трудових правовідносин потребує внесення змін до Кодексу законів про працю України [1]. Погодимось із К.О. Попченком та Б.О. Шумляєвим у тому, що норма про обов'язковість первинного розгляду у комісії по трудових спорах має бути виключена зі змісту Кодексу законів про працю України [1], а звернення працівника до комісії по трудових спорах має бути добровільним у разі наявності у нього бажання вирішити спір у позасудовому порядку. Тому стаття 224 Кодексу законів про працю України [1] має бути викладена так:

«Комісія по трудових спорах є органом із розгляду трудових спорів, що виникають на підприємствах, в установах, організаціях, за

винятком спорів, зазначених у статтях 222, 232 цього Кодексу.

Трудовий спір підлягає розгляду в комісії по трудових спорах за бажанням працівника, якщо працівник самостійно або з участю профспілкової організації, що представляє його інтереси, не врегулював розбіжності під час безпосередніх переговорів з власником або уповноваженим ним органом».

Інша суперечність Кодексу законів про працю України [1] та Конституції України [17], на яку ми пропонуємо звернути увагу, пов'язана із гендерною рівністю суб'єктів трудових правовідносин. Так, частиною 1 статті 24 Конституції України [17] заборонено будь-які привілеї, в тому числі і за ознаками статі. Це означає, що держава має забезпечити рівні конституційні права і свободи громадян та їх рівність перед законом. Втім, в Кодексі законів про працю України [1] наявна велика кількість норм, в яких чоловікам й жінкам надається різний обсяг прав у трудових правовідносинах. Наприклад, статтею 56 передбачено: «На просьбу вагітної жінки, жінки, яка має дитину віком до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю, в тому числі таку, що знаходиться під її опікуванням, або здійснює догляд за хворим членом сім'ї відповідно до медичного висновку, власник або уповноважений ним орган зобов'язаний встановлювати їй неповний робочий день або неповний робочий тиждень». Стаття 63 встановлює, що жінки, які мають дітей віком від трьох до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю, можуть залучатись до надурочних робіт лише за їх згодою. Окрім того, регулюванню праці жінок присвячено окрему главу Кодексу законів про працю України [1]. Як відзначає із даного приводу І.П. Лаврінчук, надання додаткових пільг жінкам в питаннях зайнятості, по-перше, ще більше знижує їхню конкурентоспроможність на ринку праці, по-друге, порушує права представників іншої половини людства – чоловіків, які перебувають у тих самих умовах, а також жінок і чоловіків, які мають обов'язки з догляду за іншими близькими родичами [19, с. 30]. Дослідниця зазначає, що такі положення чинного законодавства про працю, які наведені нами вище, суперечать Конвенції Міжнародної організації праці про рівне ставлення і рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками від 23.06.1981 № 156 [20], ратифікованій Україною у жовтні 1999 року, яка передбачає формулювання «трудящий із сімейними обов'язками» щодо осіб, які в силу сімейних обставин потребують додаткових гарантій у трудових правовідносинах.

Вирішення цієї проблеми може бути здійснене шляхом внесення змін до Кодексу законів про працю України [1]. При цьому звернемо увагу на те, що деякі норми, які надають жінкам переваги у трудових правовідносинах, пов'язані із їхніми фізіологічними особливостями. Наприклад, статтею 174 Кодексу законів про працю України [1] передбачено заборону застосування праці жінок на важких роботах і на роботах зі шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах, крім деяких підземних робіт, та заборону залучення жінок до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми. Такі норми, на наше переконання, не мають зазнавати змін. Разом із тим положення частини 3 статті 63 цього нормативно-правового акта відповідно до Конвенції Міжнародної організації праці про рівне ставлення і рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками від 23.06.1981 № 156 [20] було би доцільно викласти так:

«[...] Трудящі із сімейними обов'язками, які мають дітей віком від трьох до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю, можуть залучатись до надурочних робіт лише за їхньою згодою [...]».

Подібних змін потребує ряд норм чинного Кодексу законів про працю України [1].

Ще одна суперечність Кодексу законів про працю України [1] та Конституції України [17], на яку варто звернути увагу, полягає в тому, що у статті 135-2 даного нормативно-правового акта зберігає чинність положення про колективну (бригадну) матеріальну відповідальність працівників. Очевидно, що дана норма суперечить статті 61 Конституції України [17], якою встановлюється індивідуальний характер юридичної відповідальності. На нашу думку, дана норма має бути виключена зі змісту Кодексу законів про працю України [1], і кожен працівник має нести відповідальність за той проступок, який він вчинив особисто та який спричинив настання негативних наслідків для іншої сторони трудових правовідносин.

Отже, зробимо висновок, що недоліками правового регулювання трудових правовідносин є певні упущення чи помилки законодавця, які призвели до прийняття дефектної норми права. Усунення недоліків правового регулювання трудових правовідносин здійснюється шляхом внесення змін до нормативно-правових актів, у змісті яких були допущені упущення чи помилки.

Останньою категорією, яку варто дослідити у рамках нашого дослідження, є про-

галини правового регулювання трудових правовідносин. Прогалини в законодавстві визначаються в науковій літературі як «відсутність (повністю або частково) конкретної юридичної норми в нормативно-правовому акті, яка регулює певні суспільні відносин» [21, с. 24]. Іншими словами, наявність прогалин у правовому регулюванні трудових правовідносин свідчить про повну або часткову відсутність законодавчої регламентації їхніх певних аспектів, і при цьому потреба у правовому регулюванні таких правовідносин об'єктивно існує. Даний вид юридичного дефекту відзначається у юридичній літературі як один із найпоширеніших (зокрема, на це вказує С.П. Погребняк [22, с. 44]), а однією із його ключових ознак є незапланованість, тобто наявна проблема не може бути вирішена через відсутність нормативного припису, який мав би бути застосований в даному конкретному випадку.

Прикладом прогалини трудового законодавства, з погляду Ю.В. Чижмарь, є не визначення місця рішень Європейського суду з прав людини у сфері трудового законодавства [14, с. 40]. Так, стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV [23] встановлює, що національні суди застосовують практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Однак ні в Кодексі законів про працю України [1], ні в інших актах законодавства, що урегульовують трудові правовідносини в Україні, не визначено, яке місце займає дане джерело в системі трудового права, не окреслено його юридичну силу, не вказано, яка його частина застосовується як джерело трудового права.

Як випливає із праць вітчизняних науковців, усунення прогалин правового регулювання трудових правовідносин має здійснюватися через нормотворчу діяльність шляхом внесення змін і доповнень у закони, видання нових, досконаліших юридичних актів чи створення юридичного прецеденту, або укладання нормативного договору [22, с. 50]. Наприклад, донедавна однією з прогалин правового регулювання трудових правовідносин, на яку чи не найчастіше звертали увагу вітчизняні науковці, було правове регулювання дистанційної зайнятості працівників. Ні положення Кодексу законів про працю України [1], ні положення Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 № 5067-VI [24] не містили поняття «дистанційна зайнятість», не визначали порядок та вимоги щодо укладення трудових договорів про виконання роботи на умовах дистанційної зайнятості. Однак із прийняттям 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)» від 30.03.2020 № 540-IX [25] до статті 60 Кодексу законів про працю України [1] було внесені зміни, і, як наслідок, дана прогалина була усунена.

Тобто для усунення вищенаведеної прогалини варто внести зміни до Кодексу законів про працю України [1] та доповнити його статтею 8-2 такого змісту:

«Практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини є джерелом трудового права».

Звернемо увагу на те, що натепер у науковій літературі домінуючим є підхід, згідно з яким усунення наявних прогалин у правовому регулюванні трудових правовідносин має бути здійснено шляхом прийняття нового Трудового кодексу України, норми якого відповідатимуть сучасним ідеологічним, соціальним, економічним, культурним процесам, будуть систематизувати норми трудового права України та Міжнародного трудового права [8, с. 150]. До тих пір, поки такий нормативно-правовий акт не прийнято, досить часто на практиці застосовується інший спосіб – подолання прогалин правового регулювання трудових правовідносин. Подолання прогалин правового регулювання трудових правовідносин здійснюється в процесі правозастосовної діяльності за допомогою аналогії закону. В основі аналогії закону (analogia legis) лежить вирішення справи (за наявності прогалини в законодавстві) на основі юридичної норми, що регулює подібні («аналогічні») суспільні відносини [26, с. 179]. На підставі застосування аналогії закону у правовому регулюванні трудових правовідносин можуть бути розширені межі регулюючого впливу норми. Тому у трудових спорах за аналогією може, для прикладу, застосовуватись частина 4 статті 10 Цивільного процесуального кодексу України [27], яка передбачає, що «суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права».

Отже, прогалиною правового регулювання трудових правовідносин в Україні є повна або часткова відсутність законодавчої регламентації їхніх певних аспектів, сутність якої полягає у відсутності в акті трудового законодавства нормативного припису,

який мав би бути застосований у конкретному випадку. Як нами встановлено, переборення прогалин правового регулювання трудових правовідносин здійснюється шляхом їхнього усунення (прийняття змін до законодавства) або подолання (застосування аналогії закону).

Висновки

Таким чином, наше дослідження засвідчило, що для чинного правового регулювання трудових правовідносин в Україні характерні і проблеми, і недоліки, і прогалини. Проблеми є найбільш масштабними характеристиками стану чинного трудового законодавства. У процесі дослідження нами встановлено, що чинне законодавство, яке здійснює регламентацію трудових правовідносин в Україні, є застарілим, не узгодженим із міжнародними нормативно-правовими актами і, незважаючи на його регулярне оновлення, все ще залишається актуальною потреба в прийнятті нового Трудового кодексу України. Недоліки зумовлені помилками та упущеннями, вчиненими законодавцем. Зокрема, нами проаналізовано ті помилки, які вносять суперечності між трудовими законодавством та Основним Законом, якому трудове законодавство має відповідати. Щодо прогалин правового регулювання трудових правовідносин, ми звернули увагу на те, як вони усуваються вітчизняним законодавцем. Водночас прийняття нового Трудового кодексу України все ще залишається найбільш ефективним способом, який має вирішити усі наявні проблеми, недоліки та прогалини правового регулювання трудових правовідносин в Україні.

Список використаних джерел:

1. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Додаток до № 50.

2. Трудовий кодекс України : проект Закону України від 14.02.2007 № 1108. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=30947 (дата звернення: 08.11.2020).

3. Трудовий кодекс України : проект Закону України від 22.04.2013 № 2902. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=46746 (дата звернення 08.11.2020).

4. Трудовий кодекс України : проект Закону України від 27.12.2014 № 1658. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221 (дата звернення: 08.11.2020).

5. Трудовий кодекс України : проект Закону України від 08.11.2019 № 2410. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331 (дата звернення: 08.11.2020).

6. Трудовий кодекс України : проект Закону України від 08.11.2019 № 2410-1. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67334 (дата звернення: 08.11.2020).

7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / гол. ред. В.Т. Бусел, редактори-лексикографи: В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ : Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

8. Лукаш С. С. Проблеми й прогалини в трудовому законодавстві України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2018. Вип. 53. Т. 1. С. 148-151.

9. Про затвердження Положення про умови праці надомників : Постанова Госкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦРПС від 29.09.1981 № 275/17-99. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0275400-81#Text (дата звернення: 08.11.2020).

10. Дмитрієва К. І. Правове регулювання часу відпочинку за проектом Трудового кодексу України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 57. С. 326-330.

11. Жернаков В. В. Кодифікація законодавства про працю: теоретичні засади і практика реалізації. *Право та інновації*. 2016. № 1. С. 11-16.

12. Костюк В. Л. Проблеми правового становища роботодавця за КЗПП України та проекту Трудового кодексу України: порівняльно-правовий аналіз. *Наукові записки НаУКМА*. 2009. Т. 90 : Юридичні науки. С. 87-90.

13. Овсянко Д. С. Повноваження роботодавця за Проектом Трудового кодексу України. *Форум права*. 2014. № 2. С. 312–315.

14. Чижмарь Ю. В. Проблеми й прогалини в національному та міжнародному трудовому праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 34(2). С. 38-41.

15. Конвенція про роботу на умовах неповного робочого часу № 175: Міжнародний документ від 24.06.1994 № 175. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_040#Text (дата звернення: 08.11.2020).

16. Білоус О.Ю. Конвенції Міжнародної організації праці як джерела трудового права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Одеса, 2017. 20 с.

17. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141.

18. Попченко К. О., Шумляєв Б. О. Недоліки чинного кодексу законів про працю та можливі шляхи їх подолання. *Проблеми економіки транспорту* : збірник наукових праць Дніпропетровського національного університету залізничного транспорту імені академіка В. Лазаряна. Вип. 3. Дніпро: Вид-во Дніпропетр. нац. ун-ту залізн. трансп. ім. акад. В. Лазаряна, 2012. С. 74-77.

19. Лаврінчук І.П. Трудове законодавство України. Гендерна експертиза. Київ: Логос, 2001. 70 с.

20. Конвенція про рівне ставлення й рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками № 156 : Міжнародний документ від 23.06.1981 № 156. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_010#Text (дата звернення: 08.11.2020).

21. Шевченко Т. В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 23-26.

22. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 44–56.

23. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

24. Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 24. Ст. 243.

25. 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 30.03.2020 № 540-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 18. Ст. 123.

26. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. 10-те вид., допов. Львів : Край, 2008. 224 с.

27. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.

Tamara Kyrychenko. Shortfalls of the legal regulation of labor relations in Ukraine

The relevance of the article is that the current legislation governing labor relations is outdated, unbalanced, with problems, shortcomings and gaps, and simply not suitable to regulate this area in a market economy. Despite the regular amendments to the content of the Labor Code of Ukraine, this is not enough, and this legal act remains unsuitable for effective regulation of labor relations in modern conditions. Consequently, the study of problems, shortcomings and gaps in the legal regulation of labor relations in Ukraine does not lose its relevance, despite the numerous changes to the Labor Code of Ukraine and numerous studies by domestic scientists. The purpose of the article is to establish the essence of the problems, shortcomings and gaps in the legal regulation of labor relations in Ukraine, identify some of them and find ways to solve them, as well as formulate proposals for improving the current labor legislation of our country. One of the urgent tasks of Ukraine as an independent, democratic, social and legal state is to create a comprehensive system of laws and other regulations of labor relations. However, as practice shows, the labor legislation of Ukraine today is characterized by a number of problems, shortcomings and gaps. Despite the fact that a large number of scientist's works are devoted to this issue, it does not lose its relevance given that the legal regulation of labor relations in Ukraine still remains imperfect. Therefore, in this article we have established what aspects are the problems, shortcomings and gaps in the legal regulation of labor relations in Ukraine. On the example of individual problems, shortcomings and gaps, we analyze how they can be solved. And in the process of research, we proposed amendments to the current labor legislation of Ukraine, which could solve some problems, shortcomings and gaps in the legal regulation of labor relations in our country.

Key words: labor legislation, labor, normative legal act, Labor Code of Ukraine, court.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.17

Сергій Козін,
канд. юрид. наук,
докторант
Науково-дослідного інституту публічного права

ДО ПИТАННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ МІГРАНТІВ

Актуальність статті полягає в тому, що сучасне життя характеризується цілою низкою інтеграційних та глобалізаційних процесів, характерною властивістю яких є суттєве та стрімке зростання міграції населення. Особливе місце серед міграційних процесів належить трудовій міграції. Прагнучи якомога повніше реалізувати свої здібності до праці та отримувати гідну винагороду за свою трудову діяльність, люди намагаються працевлаштуватися у країнах із високими показниками економічного розвитку, а також високими соціальними стандартами, зокрема, в частині захисту прав і законних інтересів трудящих. Посилення та поглиблення співпраці України з Європейським Союзом, яка у тому числі передбачає запровадження безвізового режиму, а також наявність цілої низки проблем в економічній, соціальній, політичній сферах суспільного життя в нашій державі, які призвели до значного погіршення матеріального становища громадян, їх зневіри у тому, що ситуація покращиться у найближчому майбутньому, спонукають чи навіть змушують десятки, сотні тисяч українців іммігрувати до інших, зокрема європейських, країн у пошуках гідної роботи та матеріального добробуту. Водночас Україна в особі її влади, прагнучи швидко та ефективно вирішити найбільш гострі проблеми в основних сферах суспільного життя, зацікавлена у залученні до роботи в нашій країні провідних світових фахівців. У статті розглянуто ключові міжнародні нормативно-правові акти з питань забезпечення трудових прав мігрантів. Звернено увагу на те, що протягом останніх років питання трудової міграції набуло неабиякого значення для України. Наголошено на важливості ратифікації Україною ряду важливих міжнародних нормативно-правових актів у сфері трудової міграції; підкреслюється необхідність подальшого розвитку і вдосконалення національного законодавства щодо забезпечення трудових і тісно пов'язаних із ними прав мігрантів, а також соціального захисту членів їхніх сімей. З'ясовано, що міжнародні документи не мають на меті створення нових чи виключних прав і умов для трудящих-мігрантів, натомість орієнтовані на забезпечення їх максимально можливого рівного становища із працівниками-громадянами, а також на взяття під контроль міграційних процесів і протидію правопорушенням та зловживанням у цій сфері, зокрема таким їх надзвичайно небезпечним проявам, як торгівля людьми та рабство.

Ключові слова: міграція, мігранти, працівник-мігрант, міжнародне законодавство, міжнародна спільнота.

Постановка проблеми. Сучасне життя характеризується цілою низкою інтеграційних та глобалізаційних процесів, характерною властивістю яких є суттєве та стрімке зростання міграції населення. Особливе місце серед міграційних процесів належить трудовій міграції. Прагнучи якомога повніше реалізувати свої здібності до праці та отримувати гідну винагороду за свою трудову діяльність, люди намагаються працевлаштуватися у країнах із високими показниками економічного розвитку, а також високими соціальними стандартами, зокрема, в частині захисту прав і законних інтересів трудящих. Посилення та поглиблення співпраці України з Європейським Союзом, яка у тому числі передбачає запровадження безвізового режиму (що прямо зазначається в Угоді про асоціацію, ратифікованій Законом України № 1678-VII від 16.09.2014), а також наявність цілої низки проблем в економічній, соціальній, політичній сферах суспільного життя в нашій державі, які призвели до значного погіршення матеріального становища громадян, їх зневіри у тому, що ситуація покращиться у найближчому майбутньому, спонукають чи навіть змушують десятки, сотні тисяч українців іммігрувати до інших, зокрема європейських, країн у пошуках гідної роботи та матеріального добробуту. Водночас Україна в особі її влади, прагнучи швидко та ефективно вирішити найбільш гострі проблеми в основних сферах суспільного життя, зацікавлена у залученні до роботи в нашій країні провідних світових фахівців. Важливими для держави, як справедливо зазначає З. В. Смутчак, є і питання фінансового капіталу трудових мігрантів,

© С. Козін, 2020

який має бути якнайкраще використаний для розвитку України. Уряд України, Парламент, приватний сектор та спільноти мігрантів повинні вжити заходів, щоб створити умови для продуктивного використання цих трансфертів в Україну та збільшити їх позитивний вплив на самих трудових мігрантів, їхні домогосподарства та економу країни в цілому [1].

Зазначена ситуація зумовлює доцільність та необхідність запровадження дієвих механізмів управління міграційними процесами та забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів мігрантів, зокрема трудових. Слід зазначити, що протягом останніх років в Україні було запроваджено деякі важливі кроки у напрямі захисту прав трудових мігрантів та членів їхніх сімей. Тим не менш ряд важливих питань у цій сфері й досі не мають належного врегулювання. Вирішуючи їх, важливо звернутися до аналізу основних засад міжнародного захисту трудових прав мігрантів, адже проблема трудової міграції, як ми зазначали вище, має глобальний характер, і з метою управління нею вже прийнято цілий ряд міжнародних актів.

Стан наукового дослідження. Проблематику міграційної політики, як внутрішньодержавної, такі міжнародної, в тому числі у контексті безпосередньо трудової міграції досліджували О. Бандурка, Ю, Битяк, О. Кузьменко, Н. Павлів-Самоїл, Е. Аметистов, Ю. Сергєєв, В. Батюк, М. Долішній, А. Довгерт, Я. Волоско, С. Мосьондз, Л. Лунц; О. Піскун, Т. Гнатюк, В. Капітан, А. Загробська, О. Малиновська, І. Ковалишин, М. Приз, З. Смутчак, І. Майданік, І. Ховрах, В. Стешенко, В. Товкун, Ю. Гуменюк, Ю. Римаренко, Н. Сирочук, О. Позняк та ін. Віддаючи належне науковому внеску цих та інших дослідників у розробку вищезазначеної проблематики, втім слід зазначити, що значка кількість важливих її аспектів не втрачає актуальності і потребує подальшого науково-теоретичного вивчення. Це, зокрема, зумовлено підвищеною динамікою сучасних суспільно-політичних процесів як у світі загалом, так і в окремих країнах, появою протягом останніх років нових та загостренням існуючих військових конфліктів. Ці та інші умови і фактори призводять до появи кризових ситуацій у сфері міграції.

Метою статті є вивчення основних міжнародних засад захисту трудових прав мігрантів, а також з'ясування стану їх реалізації (втілення) в українському політико-правовому просторі.

Виклад основного матеріалу. Проблематика міграції не є новою для міжнародної спільноти, однак особливої актуальності вона набрала наприкінці XX – на початку XXI ст. [2]. Протягом останніх років темпи та складність міграційних процесів тільки зростають. У доповіді Генерального Секретаря ООН «Міжнародна міграція і розвиток» (2012) зазначається, що сьогодні більше, ніж коли-небудь раніше, люди живуть за межами своєї країни походження. У період 1990 – 2010 рр. число міжнародних мігрантів по всьому світі зросло більш ніж на 77 млн, або 50 %. Велика частина цього зростання відбулася в період між 2000–2010 рр. Загальносвітова кількість міжнародних мігрантів збільшилася з 155 млн осіб у 1990 р. до 214 млн осіб у 2010 р., а в 2013 р., за оцінками ООН, у всьому світі було вже 232 млн. міжнародних мігрантів, або 3,2 % населення землі (порівняно з 2,9 % в 1990 р.). За цей період їх чисельність у найбільш розвинених регіонах зросла на 56 %, тоді як число мігрантів у країнах Півдня збільшилося на 18 %. У 2013 р. три чверті всіх міжнародних мігрантів були у віці від 20 до 64 років, жінки становили 48 %. Найбільш потужними стабільними центрами, що приваблювали населення з бідніших країн світу і в 1990 – 2000, і в 2000 – 2010 рр., були такі країни імміграції, як Австралія, Канада, Нова Зеландія, Сполучені Штати Америки, європейські країни. Між 1990–2000 рр. і 2000–2010 рр. число країн із чистою імміграцією збільшилося в Азії, Європі, Латинській Америці та Карибському басейні, скоротилося в Африці і Океанії і залишилося сталим у Північній Америці [3]. Умови та чинники інтенсифікації трудової міграції досить змістовно визначила Я. О. Волоско. По-перше, в результаті гострих демографічних проблем у промислово розвинених країнах створюються диспропорції на ринках праці. Внаслідок цього не лише розвиток, але й саме функціонування економіки стає неможливим без залучення трудових мігрантів. По-друге, збільшення тривалості життя, зменшення народжуваності та значні витрати на пенсійне утримання завдають значної шкоди бюджетам промислово розвинених країн. Натомість, імпортуючи платників податків, старіючі суспільства полегшують для себе податковий тиск. По-третє, міжнародна трудова міграція багато в чому нівелює негативні наслідки масштабної реструктуризації, що відбувається в багатьох країнах світу і супроводжується збільшенням кількості безробітних, загостренням проблем бідності та економічної нерівності. По-четверте, міжнародна трудова міграція супроводжується потужними потоками грошових переказів мігрантів, допомагає у боротьбі з бідністю, сприяє використанню

додаткових джерел фінансування країн, що розвиваються. По-п'яте, міжнародна трудова міграція позитивно впливає на стабільність функціонування фондових ринків [3]. Стрімке зростання трудової міграції має як суттєві позитивні, так і проблемні моменти. Дослідники зазначають, що світовий досвід переконливо свідчить, що трудова еміграція забезпечує як безперечні переваги, так і значні перешкоди як країнам, що приймають робочу силу, так і країнам, які її постачають. Міжнародна еміграція робочої сили породжує й гострі соціально-економічні проблеми. Країни, що приймають робочу силу, пише В. Смутчак, отримують при цьому такі переваги: 1) внаслідок зменшення витрат виробництва підвищується конкурентоспроможність товарів, які виробляються країною, що пов'язано з більш низькою ціною іноземної робочої сили; 2) іноземні робітники, створюючи додатковий попит на товари та послуги, стимулюють зростання виробництва і додаткову зайнятість у країні перебування; 3) у разі імпорту кваліфікованої робочої сили країна, що її приймає, економить на витратах на освіту та професійну підготовку; 4) іноземні робітники часто розглядаються як певний амортизатор у випадку кризи та безробіття; 5) іноземні робітники не забезпечуються пенсіями і не враховуються у реалізації різних соціальних програм [5; 1]. У контексті реалій українського життя переваги трудової імміграції виявляються в тому, що, по-перше, заробітки емігрантів є як мінімум в три рази вищими, ніж в Україні; по-друге, зменшується напруження на вітчизняному ринку праці, по-третє, заробітчани здійснюють перекази зароблених коштів своїм родичам, в економіку України [1].

Однак вищезазначені переваги для країн, що приймають робочу силу, а також для країн походження мігрантів досить часто виливаються у значні проблеми для самих трудових мігрантів, захисту прав, свобод і законних інтересів яких не приділяється значної уваги ані з боку держав, які приймають вказаних мігрантів, ані з боку держав їх походження. З метою запровадження єдиних засад механізму захисту трудових прав мігрантів міжнародною спільнотою було розроблено ряд фундаментальних нормативно-правових актів. Загально-правове підґрунтя захисту трудових прав мігрантів на міжнародному рівні становлять: Конвенція про примусову чи обов'язкову працю (1930 р.), Декларація стосовно цілей та завдань Міжнародної організації праці (1944 р.), Загальна декларація прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.). У даних документах не йдеться безпосередньо про трудові права мігрантів, однак у них закріплюються загальні положення щодо сутності та змісту трудових прав кожної особи, а також щодо обов'язків держав-учасниць зазначених договорів із забезпечення трудових прав людини, незалежно від її статусу (віку, статі, національності, расової приналежності, віросповідання, громадянства тощо). Тобто положення зазначених міжнародних документів щодо трудових прав рівною мірою стосуються будь-якої фізичної особи, в тому числі і мігрантів. Так, наприклад, у Загальній декларації прав людини проголошено, що кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття. Кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю [6]. У зазначеному Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права закріплено, що Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема: 1) винагороду, що забезпечувала б як мінімум усім трудящим: а) справедливу зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності без будь-якої різниці, причому, зокрема, жінкам повинні гарантуватись умови праці, не гірші від тих, якими користуються чоловіки, з рівною платою за рівну працю; б) задовільне існування для них самих та їхніх сімей відповідно до постанов цього Пакту; 2) умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни; 3) однакову для всіх можливість просування по роботі на відповідні більш високі ступені виключно на підставі трудового стажу і кваліфікації; 4) відпочинок, дозвілля і розумне обмеження робочого часу та оплачувану періодичну відпустку так само, як і винагороду за святкові дні [7].

Більш змістовне та конкретне врегулювання питання трудових прав саме мігрантів віднайшли у таких міжнародних актах, як:

– Конвенція про працівників-мігрантів (переглянута 1949 р.), в якій на офіційному рівні вперше було визначено поняття «працівник-мігрант» – це особа, яка мігрує з однієї країни в іншу з наміром отримати роботу інакше, ніж за власний рахунок, і охоплює будь-яку особу, яка визнається згідно із законом як працівник-мігрант [8]. Крім того, в конвенції було закріплено ряд інших важливих питань щодо прав і обов'язків осіб, які мігрують до інших країн з метою отримання роботи, а також щодо обов'язків держав, які таких мігрантів приймають. Зокрема, у конвенції встановлено, що кожний член Орга-

нізації, для якого ця Конвенція є чинною, зобов'язується надавати, без дискримінації за ознакою національності, раси, релігії або статі, іммігрантам, що законно прибувають на його територію, умови, не менш сприятливі, ніж ті, якими користуються його власні громадяни, щодо таких питань: a) наскільки такі питання регламентуються законодавством і підлягають контролю з боку адміністративних органів: i) заробітна плата, в тому числі допомога багатодітним сім'ям у разі, коли ця допомога є частиною заробітної плати; робочий час; понаднормова праця; оплачувані відпустки; обмеження надомної праці; вік прийняття на роботу; учнівство та професійне навчання; жіноча праця та праця підлітків; ii) членство в профспілках та користування перевагами, що надаються колективними договорами; iii) проживання; b) соціальне забезпечення (під яким розуміють постанови закону щодо нещасних випадків на виробництві, охорони материнства, хвороби, інвалідності, старості, смерті, безробіття та сімейних обов'язків, а також усіх інших випадків, які, згідно із законодавством країни, входять до системи соціального забезпечення) з урахуванням таких обмежень, як: i) існування відповідної угоди для збереження вже набутих прав або прав у процесі набуття; ii) законодавство країни імміграції може вимагати укладання спеціальних угод щодо допомоги або часткової допомоги, яка повністю виплачується з громадських фондів, а також допомоги, яка виплачується особам, котрі не задовольняють умов, потрібних для отримання нормальної пенсії; c) податки, збори або внески, що сплачуються за працівника; d) судочинство з питань, згаданих у цій Конвенції [8];

– Конвенція про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення (1975 р.). У даному нормативно-правовому акті, окрім проголошення того, що трудові мігранти є рівними у своїх можливостях з іншими працівниками, закріплено ряд важливих положень стосовно обов'язків держав-учасниць конвенції в частині управління процесами міждержавного пересування трудящих, контролю за законністю даних процесів. Конвенція має на меті мінімізувати існування незаконної або таємної міграції робочої сили, створити нормативне підґрунтя для боротьби зі зловживаннями у сфері трудової міграції. У даному документі, зокрема, передбачено, що у національних законодавствах держав-учасниць мають бути передбачені заходи для ефективного виявлення незаконної зайнятості працівників-мігрантів та для визначення застосування адміністративного, цивільного, кримінального покарання, включаючи тюремне ув'язнення, за незаконне використання праці працівників-мігрантів, за організацію міграції трудящих з метою одержання роботи, яка визначається як пов'язана зі зловживаннями, згаданими в статті 2 цієї Конвенції, будь-то свідоме надання допомоги такій міграції, чи ні [9];

– Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів (1977 р.), яка спрямована на: втілення в життя ідеалів і принципів, які є спільним надбанням держав-учасниць Ради-Європи (перш за все, в частині забезпечення прав людини і її основоположних свобод); сприяння економічному та соціальному прогресу в даних країнах. У конвенції проголошується, що правовий статус трудящих-мігрантів, які є громадянами держав-членів Ради Європи, повинен регулюватися таким чином, щоб забезпечити їм у міру можливості в усіх аспектах умов життя й праці режим, не менш сприятливий, ніж режим, що надається працівникам, які є громадянами держави, що приймає [10]. Конвекція містить положення щодо форми набору трудящих-мігрантів, їх медичного огляду та професійного іспиту, порядку в'їзду до країн, надання дозволу на роботу, порядку укладання договорів, умов праці, стягування обов'язкових платежів, переказу коштів, забезпечення сімей трудящих-мігрантів, надання соціальної та медичної допомоги, контролю за умовами праці тощо;

– Міжнародна конвенція про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей (1990 р.). Дана конвенція спирається на базові документи ООН з прав людини та документи МОП щодо прав трудящих-мігрантів. Є першим всеохоплюючим актом ООН із цього питання. Спрямована на боротьбу з незаконною міграцією та охорону прав трудящих-мігрантів [11; 12].

Також у контексті досліджуваного питання можна відзначити Конвенцію про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав (2008 р.), яка має на меті встановити нормативні засади для забезпечення: рівного ставлення стосовно трудящих-мігрантів, членів їхніх сімей та громадян приймаючої Сторони; ефективного регулювання трудових міграційних потоків, досягнення відповідності їх обсягів, напрямів та складу інтересам соціально-економічного розвитку Сторін. У зазначеному документі закріплені основні права трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей; положення, які застосовуються до прикордонних

і сезонних трудящих і членів їхніх сімей, та ін. [13].

З вищевикладеного видно, що загалом на міжнародному рівні питання забезпечення трудових прав і законних інтересів мігрантів, а також соціального захисту членів їхніх сімей мають досить якісне та змістовне урегулювання, що свідчить про глибоке та всебічне усвідомлення міжнародною спільнотою як переваг, так і проблем, що супроводжують трудову міграцію. При цьому важливо зазначити, що міжнародні документи не мають на меті створення нових чи виключних прав і умов для трудящих-мігрантів, натомість орієнтовані на забезпечення їхнього максимально можливого рівного становища із працівниками-громадянами, а також на взяття під контроль міграційних процесів і протидію правопорушенням та зловживанням у цій сфері, зокрема таким їх надзвичайно небезпечним проявам, як торгівля людьми та рабство. Разом із тим не можна не звернути увагу на те, що ряд із вищезазначених та інших міжнародних документів, які тією чи іншою мірою стосуються питань трудових та тісно пов'язаних із ними прав мігрантів, залишаються нератифікованими багатьма, в тому числі провідними, державами. Перевага при цьому надається укладанню відповідних двосторонніх угод з питань трудової міграції.

Що ж стосується України, то для неї проблематика міграції значно актуалізувалася після розпаду СРСР, однак, як зазначалося вище, з активізацією євроінтеграційних процесів за участю нашою держави питання міграції, особливо трудової, значно загострилися і потребували конструктивного вирішення. Деякі важливі кроки у цьому напрямі вже були зроблені: зокрема, Законом України № 755-V від 16.03.2007 ратифіковано Європейську конвенцію про правовий статус трудящих-мігрантів, було прийнято закон «Про зовнішню трудову міграцію» від 5.11.2015 р. № 761-VIII [14], розроблено Стратегію державної міграційної політики України на період до 2025 року [15], в якій в тому числі йдеться й про питання трудової міграції як такі, що потребують урегулювання. Водночас ряд важливих міжнародних нормативно-правових документів досі залишаються нератифікованими, наприклад Конвенція про рівноправність громадян країни та іноземців у галузі відшкодування працівникам під час нещасних випадків (1925 р.), Конвенція про працівників-мігрантів (1949 р.), Конвенція про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення (1975 р.); Конвенція про гідну працю домашніх працівників (2011 р.). Ратифікація даних правових актів є важливою для забезпечення трудових прав як громадян України, які працюють в зарубіжних країнах, так й іноземців та осіб без громадянства, які працюють в Україні.

Висновки

Вивчення змісту міжнародних нормативно-правових актів свідчить про те, міжнародна спільнота приділяє багато уваги питанням контролю за трудовою міграцією, забезпеченню захисту трудових прав, свобод і законних інтересів мігрантів, а також питанням забезпечення соціального захисту членів їхніх сімей. Хоча низка провідних держав, визначаючи важливість та необхідність захисту прав трудових мігрантів, утримуються від ратифікації багатосторонніх міжнародних угод, розроблених у рамках ООН та МОП, натомість віддаючи перевагу двосторонньому міждержавному урегулюванню даних питань. Україна також належить до тих держав, яка все ще не ратифікувала деякі дуже важливі міжнародні договори з питань трудової міграції. Втім, і ті, що вже ратифіковані, поки що також не можуть бути втілені повною мірою, оскільки в нашій державі й досі відсутній комплексний підхід до проведення міграційної політики, чітко не сформовані концептуальні засади державного регулювання трудової міграції. Вже запроваджені кроки, орієнтовані, перш за все, на врегулювання зовнішньої трудової міграції, тоді як питання захисту трудових прав іноземців та осіб без громадянства, які працюють в нашій державі, отримують значно меншої уваги з боку влади. Крім того, удосконалення потребує механізм державного контролю за законністю працевлаштування в Україні трудящих-мігрантів, якістю забезпечення їхніх трудових та тісно пов'язаних із ними прав, а також прав членів їхніх сімей.

Список використаних джерел:

1. Смутчак З. В. Проблема трудової міграції: позитивні і негативні наслідки для економіки. *Економічний вісник. Серія «Фінанси, облік, оподаткування»*. 2018. Вип. 2. С. 192-198. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ehsfat_2018_2_28 (дата звернення: 10.11.2020).

2. Волоско Я. О. Міжнародна трудова міграція населення: причини виникнення та наслідки для економіки. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 824. С. 21-26. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_824_6 (дата звернення: 10.11.2020).

3. Петроє О. М., Васільєв В. Т. Міжнародна трудова міграція: аналіз ситуації та наслідків для України. *Вісник Національної академії державного*

управління при Президентові України. Серія «Державне управління». 2015. № 4. С. 93-100. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadu_2015_4_16 (дата звернення: 10.11.2020).

4. Волоско Я.О. Міжнародна трудова міграція населення: причини виникнення та наслідки для економіки. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 824. С. 21-26. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_824_6 (дата звернення: 10.11.2020).

5. Світящук А. Академічна міграція / Центр дослідження суспільства, Ukrainian Resource and Development Centre (URDC). URL: www.cedos.org.ua/uk/osvita/akademichna-mihratsiia (дата звернення: 10.11.2020).

6. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 12.11.2020).

7. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (дата звернення: 15.11.2020).

8. Конвенція про працівників-мігрантів (переглянута 1949 року) № 97 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_159#Text (дата звернення: 10.11.2020).

9. Конвенція про зловживання в галузі міграції і про забезпечення працівникам-мігрантам рівних можливостей і рівного ставлення № 143 від 4.06.1975 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_163#Text (дата звернення: 10.11.2020).

10. Європейська конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів від 24.11.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_307#Text (дата звернення: 10.11.2020).

11. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.», 1998. URL: https://cyclop.com.ua/content/view/1183/58/1/6/#11139 (дата звернення: 15.11.2020).

12. Міжнародна конвенція про захист прав усіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей від 18.12.1990 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_203#Text (дата звернення: 14.11.2020).

13. Конвенція про правовий статус трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав від 14.11.2008. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_j82#Text (дата звернення: 12.11.2020).

14. Про зовнішню трудову міграцію : Закон України від 05.11.2015 р. № 761-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/761-VIII#Text (дата звернення: 12.11.2020).

15. Про схвалення Стратегії державної міграційної політики України на період до 2025 року : Розпорядження КМУ від 12.07.2017 р. № 482-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/482-2017-%D1%80#Text (дата звернення: 12.11.2020).

Serhii Kozin. On the issue of international-legal protection of migrants' labor rights

The relevance of the article is that modern life is characterized by a number of integration and globalization processes, the characteristic feature of which is a significant and rapid increase in population migration. A special place among migration processes belongs to labor migration. In an effort to realize their full potential and receive a decent reward for their work, people try to find employment in countries with high economic development and high social standards, in particular to protect the rights and legitimate interests of workers. Strengthening and deepening of Ukraine's cooperation with the European Union, which includes the introduction of a visa-free regime, as well as a number of problems in the economic, social, political spheres of public life in our country, which led to a significant deterioration of the financial situation of citizens that the situation will improve in the near future, encourage or even force tens, hundreds of thousands of Ukrainians to immigrate to other countries, including European ones, in search of decent work and material well-being. At the same time, Ukraine, represented by its authorities, seeking to quickly and effectively solve the most pressing problems in the main spheres of public life, is interested in attracting leading world experts to work in our country. The article considers the key international regulations on ensuring the labor rights of migrants. Attention is drawn to the fact that in recent years the issue of labor migration has become very important for Ukraine. The importance of Ukraine's ratification of a number of important international regulations in the field of labor migration was emphasized; emphasizes the need to further develop and improve national legislation to ensure the labor and closely related rights of migrants, as well as the social protection of their family members. It was found that international documents are not intended to create new or exclusive rights and conditions for migrant workers, but are aimed at ensuring their maximum possible equal status with workers-citizens; and the control of migration processes and the fight against crime and abuse in this area, in particular such extremely dangerous manifestations as human trafficking and slavery.

Key words: migration, migrants, migrant worker, international law, international community.

УДК 349.22:347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.18

Валентина Литвиненко,
канд. юрид. наук, доцентка,
доцентка кафедри трудового права, адміністративного права та процесу
Національного університету «Чернігівська політехніка»

ТРУДОВІ ТА ЦИВІЛЬНІ ПРАВОВІДНОСИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ВИКОНАННЯМ РОБОТИ: КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ

Стаття присвячена комплексному дослідженню і порівняльному аналізу трудових правовідносин та цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи. Проведене дослідження дало змогу визначити основні критерії, які відрізняють трудові правовідносини від цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи.

Зокрема, встановлено, що правовою передумовою виникнення порівнюваних правовідносин є різні нормативні акти. Для трудових правовідносин такою передумовою є Кодекс законів про працю України, для цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи, – Цивільний кодекс України. Визначено, що підставою для виникнення згаданих вище відносин відповідно є трудовий договір та договір підряду або договір про надання послуг.

Розкрито відмінність в оформленні трудових правовідносин і цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи, починаючи від подачі заяви працівником до видачі наказу та повідомлення відповідного 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.

У статті розкрито зміст договорів, які є підставою виникнення порівнюваних правовідносин. Аргументована відмінність у правових наслідках, які настають у разі виникнення трудових правовідносин і цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи. Такі наслідки пов'язані з оплатою праці та періодичністю її здійснення, нормуванням і балансуванням робочого часу та часу відпочинку, з наявністю трудових гарантій. З'ясовано, що для трудових правовідносин характерним є дотримання Правил внутрішнього розпорядку, виконання своїх обов'язків особисто, наявність заробітної плати не меншої за мінімальний розмір заробітної плати, встановлений законодавством, можливість реалізації права, різні види часу відпочинку.

Встановлена відмінність у видах юридичної відповідальності, до якої можуть притягнути сторони трудових правовідносин та цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи. Для трудових правовідносин характерними є дисциплінарна та матеріальна відповідальність, а для цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи, – майнова відповідальність.

Ключові слова: трудовий договір, трудові правовідносини, цивільно-правова угода, цивільно-правові відносини.

Постановка проблеми. До питання розмежування трудових правовідносин від цивільно-правових відносин, їхніх особливостей і правових наслідків укладення трудового договору й цивільно-правової угоди завжди прикута увага. Особливо це питання є актуальним у період стрімкого розвитку як відносин, які підпадають під дію норм трудового права, так і відносин, що регулюються нормами цивільного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проявляли та проявляють інтерес до змісту, підстав виникнення, особливостей трудових правовідносин та їх відмінностей від цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи, Н.Б. Болотіна, В.С. Венедіктов, М.І. Іншин, С.І. Кожушко, Н.О. Мельничук, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, Г.І. Чанишева, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та інші вчені. Проте значущість, комплексність та актуальність згаданого питання викликає підвищений інтерес наукової спільноти й актуалізує нові дослідження під різним кутом.

Метою статті є проведення порівняльного аналізу трудових правовідносин і цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи, з визначенням основних критеріїв їх розмежування та правових наслідків їх укладення.

© В. Литвиненко, 2020

Виклад основного матеріалу. Трудові правовідносини і цивільні правовідносини, пов'язані з виконанням роботи, регулюються нормами права, що є спільним для їх характеристики. Однак відмінним у регулюванні згаданих відносин є джерела правового регулювання. Відомо, що трудові відносини регулюються Кодексом законів про працю України (далі – КЗпП) та іншими нормативно-правовими актами різної юридичної сили, прийняття яких випливає із КЗпП та для його конкретизації, наприклад, Законом України «Про оплату праці» від 24 березня 1995 року, Порядком визначення розміру збитків від розкрадання, нестачі, знищення (псування) матеріальних цінностей, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 22 січня 1996 року № 116. Цивільно-правові відносини, пов'язані з виконанням роботи, регулюються цивільним законодавством, зокрема Цивільним кодексом України (далі – ЦК України), Законом України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року, Правилами торгівлі у розстрочку фізичним особам, затвердженими Постановою Кабінету Міністрів України від 30 березня 2011 р. № 383.

Підстави виникнення трудових правовідносин і цивільних правовідносин, пов'язаних з виконанням роботи, визначаються відповідно трудовим і цивільним законодавством.

Так, підставою виникнення трудових правовідносин є трудовий договір як одиничний юридичний факт, хоча, як ми знаємо, трудові правовідносини можуть виникати й на основі фактичного складу (наприклад, обрання на посаду та укладення контракту). Уся процедура укладення трудового договору (контракту) проводиться згідно з КЗпП та іншими актами трудового законодавства. Підставою виникнення цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи, є також договір, але іншого виду – договір підряду або договір про надання послуг. Особливості укладення згаданих договорів регулюються нормами цивільного права, головним джерелом якого є ЦК України.

Варто зауважити, що укладенню трудового договору передує подача заяви особою, яка хоче бути працівником відповідного підприємства, установи, організації або ж у фізичної особи-підприємця, а для укладення і договору підряду, і договору про надання послуг, крім пропозиції укласти договір будь-якою зі сторін, подавати заяву не потрібно.

Для укладення трудового договору, крім чітко визначених законодавством документів, майбутній працівник повинен подати трудову книжку, яка є основним документом про трудову діяльність працівника (сьогодні про цей факт можна сперечатися з огляду на запровадження у 2004 році персоніфікованого обліку) [1, с. 541] і в перспективі може вестися в електронній формі. Якщо особа влаштовується на роботу за трудовим договором уперше, вона трудову книжку не подає, і в цьому разі трудову книжку оформлюють на першому робочому місці й заповнюють вперше власник або уповноважений ним орган не пізніше тижневого строку з дня прийняття працівника на роботу [2]. Для укладення згаданих вище договорів, що тягнуть за собою виникнення цивільних правовідносин, такого документа, як трудова книжка, не потрібно.

Ще одним важливим фактом, який характерний для трудових правовідносин, є можливість встановлення у разі укладення трудового договору за угодою сторін випробувального строку, термін якого варіюється залежно від категорії працівників. На час випробування на працівника поширюється дія трудового законодавства, тобто виплата заробітної плати, вихідні, можливість як піти на лікарняний, так і бути притягнутим до дисциплінарної чи матеріальної відповідальності тощо [3]. КЗпП передбачено також категорії тих осіб, яким випробування не встановлюється. З огляду на те, що випробування встановлюється за угодою сторін (у разі укладення трудового договору із вказівкою цього факту в наказі про прийняття на роботу), трудовий договір може бути й не укладений у разі відмови працівника від випробування. Ініціатором цього може виступати тільки працівник. Це пов'язано з тим, що роботодавець, зацікавившись працівником, з метою перевірки відповідності його обійманій посаді чи виконуваній роботі може запропонувати випробування, а працівник, погоджуючись на випробування чи відмовляючись від нього, відповідно, укладає або не укладає трудовий договір. У цивільних правовідносинах, які виникають, зокрема, на основі договорів підряду та надання послуг, випробування немає [1, с. 541].

Варто зазначити, що завершальним в оформленні трудових правовідносин є видання наказу чи розпорядження власника або уповноваженого ним органу про прийняття на роботу, без чого неможливий допуск працівника до роботи [3]. Після чого допущена до виконання певної трудової функції людина стає працівником, який повинен дотримуватися Правил внутрішнього трудового розпорядку, і відповідно, частиною трудового колективу, який згідно з трудовим законодавством має комплекс прав для представлення та захисту своїх

інтересів. Стосовно ж оформлення цивільних правовідносин, крім укладення відповідних договорів, видання будь-яких наказів чи розпоряджень цивільним законодавством не передбачено, а особливо утворення додатково нового суб'єкта в цивільних відносинах.

Однією з важливих вимог оформлення трудових правовідносин, чого немає у разі оформлення цивільних правовідносин, є 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 [3]. Зразок повідомлення затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 2015 р. № 413 «Про порядок повідомлення Державній податковій службі та її територіальним органам про прийняття працівника на роботу». Таке повідомлення обов'язково повинно містити такі відомості, як код згідно з ЄДРПОУ/реєстраційний номер облікової картки платника податків або серія та номер паспорта, тип, порядковий номер, категорія особи, прізвище, ім'я, по батькові застрахованої особи, номер наказу або розпорядження про прийняття на роботу, дата видання наказу або розпорядження про прийняття на роботу, дата початку роботи та деякі інші дані [4].

Крім цього, трудові відносини відрізняються від цивільно-правових відносин змістом укладених договорів (відповідно до трудового договору та цивільно-правового договору, пов'язаного з виконанням роботи).

Змістом трудового договору є угода сторін про взаємні зобов'язання, які зводяться до виконання працівником роботи, визначеної цією угодою, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа (роботодавець) зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату й забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи [3]. До того ж предметом договору є не результат роботи, як у цивільних правовідносинах, пов'язаних із виконанням роботи, а сам процес роботи, тобто трудова функція. У трудовому договорі зазначається посада чи виконувана робота, яка повинна відповідати назві відповідно до Національного класифікатора професій України і у такому формулюванні використовуватися під час запису про роботу у трудову книжку працівника [5].

За цивільно-правовим договором одна сторона зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Крім того, у випадках, передбачених цивільно-правовим договором, зобов'язана сторона може покласти обов'язок за договором на іншу особу [6], що неприпустимо у трудових відносинах, оскільки працівник повинен виконувати доручену йому роботу особисто й не має права передоручати її виконання іншій особі, за винятком випадків, передбачених законодавством (ст. 30 КЗпП).

До того ж у трудовому договорі також зазначається розмір заробітної плати, який буде виплачуватися працівнику роботодавцем, та дата початку роботи або ж строк дії трудового договору, якщо трудовий договір є строковим. А в цивільно-правовому договорі вказується термін виконання роботи чи надання послуги і ціна за виконану роботу (надану послугу).

Доречно окремо зупинитися на оплаті праці (виконуваної роботи чи наданої послуги). За трудовими правовідносинами оплата праці здійснюється у вигляді заробітної плати, розмір якої в будь-якому разі повинен бути не меншим за мінімальну заробітну плату, своєю чергою, розмір останньої не може бути нижчим за розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб і встановлюється Верховною Радою України за поданням Кабінету Міністрів України не рідше одного разу на рік у Законі про Державний бюджет України на відповідний рік з урахуванням вироблених шляхом переговорів пропозицій спільного представницького органу об'єднань профспілок і спільного представницького органу об'єднань організацій роботодавців на національному рівні [7].

Стосовно ж винагороди в цивільно-правових відносинах, пов'язаних із виконанням роботи, то ціна за виконану роботу чи надані послуги визначається договором [6] і залежності ціни за роботу чи надану послугу від мінімальної заробітної плати не передбачено. Відрізняються в порівнюваних відносинах порядок і строк здійснення оплати праці. Так, у трудових відносинах заробітна плата виплачується не рідше 2 разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує шістнадцяти календарних днів, та не пізніше семи днів після закінчення періоду, за який здійснюється виплата [7]. У цивільних правовідносинах порядок і строк оплати роботи і послуг визначається договором (ст. 843, 903 ЦК України).

Не менш важливим критерієм, який відрізняє трудові правовідносини від цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи, є балансування робочого часу

і часу відпочинку. За трудовим договором вид і режим робочого часу визначається за домовленістю сторін, але в межах, визначених законодавством з урахуванням обійманої посади чи виконуваної роботи працівником. Наприклад, 33 години на тиждень становить робочий час для лікарів, зайнятих виключно амбулаторним прийомом хворих: амбулаторно-поліклінічних закладів; амбулаторно-поліклінічних підрозділів лікувально-профілактичних закладів, пунктів охорони здоров'я (здоровпунктів), фельдшерських та фельдшерсько-акушерських пунктів (у тому числі сільських та селищних рад) [8], тобто для цих категорій працівників (та деяких інших, визначених законодавством) передбачений скорочений робочий час, нормальна тривалість робочого часу згідно з трудовим законодавством становить 40 годин на тиждень (ст. 50 КЗпП). При чому у трудових правовідносинах працівник виконує свою трудову функцію, дотримуючись трудового розпорядку, який визначається Правилами внутрішнього трудового розпорядку. У цивільних правовідносинах, пов'язаних із виконанням роботи, строки та порядок виконання роботи визначаються договором [6] і дотримання трудової дисципліни не передбачено.

Стосовно ж часу відпочинку у трудових правовідносинах гарантовано право на відпочинок (ст. 45 Конституції України) шляхом встановлення меж робочого часу, визначення різних видів часу відпочинку та їх мінімальної тривалості у трудовому законодавстві. Наприклад, мінімальна тривалість щотижневого відпочинку становить 42 години (ст. 70 КЗпП), а мінімальна тривалість відпустки – 24 календарні дні (ст. 75 КЗпП). У цивільно-правових відносинах як такого часу відпочинку не передбачено й гарантій щодо тривалості щоденного чи іншого часу, вільного від виконання обов'язку, взятого за цивільно-правовим договором, не визначено. Отже, у трудових правовідносинах гарантії у сфері часу відпочинку передбачені й чітко регламентовані, чого не можна сказати про цивільні правовідносини.

Характерним для трудових правовідносин і відмінним від цивільних правовідносин є можливість отримувати гарантійні й компенсаційні виплати, наприклад, працівники мають право на відшкодування витрат та одержання інших компенсацій у зв'язку зі службовими відрядженнями. Працівникам, які направляються у відрядження, виплачуються: добові за час перебування у відрядженні, вартість проїзду до місця призначення і назад та витрати на наймання житлового приміщення в порядку й розмірах, встановлюваних законодавством. За відрядженими працівниками зберігається протягом усього часу відрядження місце роботи (посада) [3]. У цивільних правовідносинах, пов'язаних із виконанням роботи, таких гарантій не передбачено.

Важливою відмінністю трудових правовідносин і цивільно-правових відносин є види юридичної відповідальності. Для трудових правовідносин характерними є дисциплінарна та матеріальна відповідальність, яка може настати тільки після укладення трудового договору за наявності відповідних, чітко визначених трудовим законодавством підстав. У цивільно-правових відносинах, пов'язаних із виконанням роботи, сторони цих відносин несуть майнову відповідальність.

Висновки

Проведене комплексне дослідження та порівняльний аналіз дозволяють дійти таких основних висновків:

1. Правовою передумовою виникнення порівнюваних правовідносин є різні нормативно-правові акти – КЗпП та ЦК України.

2. Підставою виникнення трудових правовідносин є трудовий договір, а цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи, – цивільно-правовий договір (наприклад, договір підряду).

3. Укладення трудових правовідносин і цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи, викликають різні правові наслідки.

4. Трудові правовідносини, на відміну від цивільно-правових відносин, пов'язаних із виконанням роботи, тягнуть за собою: дотримання Правил внутрішнього розпорядку, виконання своїх обов'язків особисто; отримання заробітної плати в розмірі, не меншому за мінімальний розмір, встановлений Законом України про Державний бюджет на відповідний рік із періодичністю, визначеною на законодавчому рівні; право на різні види відпочинку, тривалість якого не може бути меншою за встановлену трудовим законодавством.

5. Трудові правовідносини можуть викликати два види юридичної відповідальності: матеріальну й дисциплінарну, цивільні правовідносини можуть викликати майнову відповідальність.

Список використаних джерел:

1. Литвиненко В.М. Деякі особливості оформлення трудових та цивільних правовідносин, пов'язаних із виконанням роботи. *Юність науки – 2020: соціально-економічні та гумані-*

тарні аспекти розвитку суспільства : збірник тез доповідей X Міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів і молодих учених (м. Чернігів, 23–24 квітня 2020 р.). Чернігів : ЧНТУ, 2020. С. 540–542.

2. Інструкція про порядок ведення трудових книжок працівників : Наказ Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту населення України від 29.07.1993 № 58. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0110-93/card6#Public.

3. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 року. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.

4. Про порядок повідомлення Державній податковій службі та її територіальним органам про прийняття працівника на роботу : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 червня 2015 р. № 413. *Офіційний вісник України*. 2015. № 50. С. 59.

5. Національний класифікатор України. Класифікатор професій ДК 003:2010 : Наказ Держспоживстандарту України 28.07.2010 № 327. URL: zakon.rada.gov.ua/rada/show/va327609-10#Text.

6. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

7. Про оплату праці : Закон України від 24 березня 1995 року № 108/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 17. Ст. 121.

8. Про затвердження норм робочого часу для працівників закладів та установ охорони здоров'я : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 25.05.2006 № 319. *Офіційний вісник*. 2006. № 24. С. 146.

Valentyna Lytvynenko. Labor and civil relations associated with the execution of work: differentiation criteria

The article is devoted to the comprehensive study and comparative analysis of labour and civil law relations related to the performing of work. The fulfilled research gave possibility to determine the main criteria which distinguish labour relations from civil law relations related to the performing of work.

In particular, it is established that the legal prerequisite for the emergence of comparable legal relations is various regulations. For labour relations, the prerequisite is the Code of Labour Laws of Ukraine, for civil legal relations related to the performing of work – the Civil Code of Ukraine. It is determined that the basis for the relations mentioned above, definitely, is the employment contract and the contract or service agreement.

The difference in the design of labour and civil relations related to the performing of work, starts from the application by the employee to the issuance of an order and notification of the relevant central executive body to ensure the formation and implementation of state policy on the administration of a single contribution to mandatory state social insurance in hiring an employee.

The article reveals the content of agreements which are the basis for the comparable legal relationship. The essential difference in the legal consequences which occur in the case of employment and civil relations related to the performing of work. Such consequences are related to the payment of labour and the frequency of its implementation, the rationing and balancing of working time and rest time, with the availability of labour guarantees. It was found that the employment relationship is characterized by compliance with internal regulations, performance of the duties personally, the availability of wages not less than the minimum wage established by law, the possibility of realisation the right according to different types of leisure time.

There is the difference in the types of legal liability, which may be involved in the parties to employment and civil relations related to the performing of work. Disciplinary and material liability is typical for labour relations however, property liability is typical for civil legal relations related to the performing of work.

Key words: employment contract, labour legal relations, civil law agreement, civil legal relations.

УДК 349
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.19

Наталія Карпінська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Волинського національного університету імені Лесі Українки

ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО САНІТАРНІ ТА ФІТОСАНІТАРНІ ЗАХОДИ НА ЕТАПІ ГАРМОНІЗАЦІЇ ІЗ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄС

Основна увага автором приділена розвитку законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів у період незалежності України.

Всебічний аналіз наукової літератури дає змогу зробити висновок про те, що у теорії аграрного права не проводились дослідження щодо того, які законодавчі акти розроблялись чи до яких законів та підзаконних актів вносились зміни відповідно до Угоди про застосування санітарних та фітосанітарних заходів СОТ, їх вплив на структуру і систему аграрного законодавства тощо.

Виділяючи три основні етапи еволюції вітчизняного законодавства щодо застосування санітарних та фітосанітарних заходів (СФЗ) – етап формування законодавства (1991–2004 роки), етап підготовки до вступу України до СОТ та гармонізації з її вимогами у сфері СФЗ (2005–2013 роки), етап гармонізації із законодавством ЄС (2014 – донині), автор розкриває крізь призму євроінтеграційних процесів та членства у СОТ особливості саме третього етапу (2014 – донині), який розпочався підписанням Угоди про асоціацію із ЄС – наймасштабнішого міжнародного документа, який будь-коли укладала Україна.

Окрему увагу приділено главі 4 «Санітарні та фітосанітарні заходи» Угоди про асоціацію з ЄС та Всеохоплюючій стратегію імплементації глави IV (Санітарні та фітосанітарні заходи) розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію, якою передбачено заходи з імплементації (всього 70), строки їх підготовки та впровадження.

У статті автором охарактеризовано виявлені ним тенденції розвитку законодавства у сфері СФЗ на третьому етапі: планування нормотворчої діяльності відповідно до виконання Угоди про асоціацію; ухвалення низки нових законів у сфері застосування СФЗ; підкорення нормотворчості законодавству ЄС); оновлення наявних законів у сфері СФЗ; простежування дерегуляційних тенденцій. Основна концептуальна ідея нормотворчих дій цього етапу полягає у підвищенні безпечності харчової продукції шляхом впровадження простежуваності на усіх етапах її виробництва.

Також зазначається ускладнення системи законодавства у сфері застосування СФЗ шляхом фізичного збільшення кількості нормативно-правових актів, що регулюють ці відносини; появи нових правових інститутів у цій сфері, деталізації нормативних вимог, їх значної спеціалізації.

Ключові слова: санітарні та фітосанітарні заходи, СОТ, ЄС.

Постановка проблеми. Приєднання України до Світової організації торгівлі фактично стало приєднанням до існуючої в цій організації системи прав та обов'язків, значна частина яких торкається питання захисту інтересів національних виробників. Зберігаючи право захищати своїх виробників, країна зобов'язується робити це відповідно до правил і процедур, встановлених СОТ. Правова база СОТ передбачає низку інструментів для захисту інтересів національних товаровиробників як на внутрішньому, так і на зовнішніх ринках. Окрім інших захисних заходів на внутрішньому ринку, ключовими є санітарні та фітосанітарні заходи [1]. Починаючи з 1994-2008 років на кожному раунді переговорів у рамках Робочої групи СОТ про вступ України в СОТ Україна брала на себе зобов'язання розробляти і приймати нові закони або вносити в чинні закони зміни і доповнення до таких ключових угод у сфері сільського господарства, як Угоди про сільське господарство та Угода про санітарні та фітосанітарні заходи (СФЗ). Водночас у теорії аграрного права не проводились дослідження щодо того, які законодавчі акти розроблялись чи до яких законів та підзаконних актів вносились зміни відповідно до Угоди про застосування санітарних та фітосанітарних заходів СОТ, їхнього впливу на

© Н. Карпінська, 2020

структуру і систему аграрного законодавства тощо. Виділяючи три основні етапи еволюції вітчизняного законодавства щодо застосування СФЗ – етап формування законодавства (1991–2004 роки), етап підготовки до вступу України до СОТ та гармонізації із її вимогами у сфері СФЗ (2005–2013 роки), етап гармонізації із законодавством ЄС (2014 – донині), зазначимо, що у світлі євроінтеграційних процесів особливий науковий інтерес становить етап гармонізації із законодавством ЄС.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Фундаментальною базою для дослідження слугували праці таких науковців: В. Носіка, В. Уркевича, В. Семчика, А. Статівки, Т. Коваленко, А. Годяк, А. Духневича, Х. Григор'євої, Ю. Шемшученка, В. Янчука, І. Бураковського, К. Кравчука, В. Мовчана та ін. Водночас членство у СОТ, підписання Угоди про асоціацію з ЄС та необхідність виконання передбачених зобов'язань зумовлюють потребу у дослідженні особливостей розвитку законодавства у сфері санітарних та фітосанітарних заходів на етапі гармонізації із законодавством ЄС.

Постановка завдання. Метою цієї статті є характеристика та виявлення специфічних рис, власних правових особливостей, властивих третьому етапу розвитку законодавства у сфері СФЗ у період незалежності України – етапу гармонізації із законодавством ЄС.

Виклад основного матеріалу. Етап гармонізації із законодавством ЄС, який охоплює часовий період з 2014 – донині, розпочався підписанням Угоди про асоціацію із ЄС – наймасштабнішого міжнародного документа, який будь-коли укладала Україна. Його підписання має величезний вплив на Україну і стосуватиметься, без перебільшення, кожної сфери нашого життя [2, с. 14-17]. Серед значної кількості зобов'язань, які Україна взяла на себе, підписуючи Угоду про асоціацію, варто звернути увагу на главу 4 «Санітарні та фітосанітарні заходи». Не применшуючи при цьому важливість інших розділів та глав, видається, що глава 4 «Санітарні та фітосанітарні заходи» відіграє важливу роль у визначенні безпечності харчових продуктів, а отже, й захисті життя та здоров'я людей. Недарма велика кількість проектів ЄС, які реалізовуються сьогодні в Україні, стосується саме зазначеної сфери.

Застосування СФЗ регулюється главою 4 «Санітарні та фітосанітарні заходи» Угоди про асоціацію. Метою цієї глави є сприяння здійсненню торгівлі товарами, що охоплюються санітарними та фітосанітарними заходами, між Сторонами, забезпечуючи при цьому охорону життя й здоров'я людей, тварин та рослин шляхом забезпечення повної прозорості стосовно санітарних та фітосанітарних заходів, що застосовуються у торгівлі; наближення законів України до законів ЄС; визнання стану здоров'я тварин і рослин Сторонами та застосування принципу регіоналізації; установлення механізму визнання еквівалентності стосовно санітарних та фітосанітарних заходів, що застосовуються Сторонами; подальшого впровадження принципів Угоди про застосування санітарних та фітосанітарних заходів; установлення механізмів та процедур щодо сприяння торгівлі; покращення взаємозв'язку та співробітництва між Сторонами з питань санітарних та фітосанітарних заходів. Зазначена глава також має на меті досягнення взаємного розуміння між Сторонами стосовно стандартів утримання та поводження з тваринами (стаття 59) [3, с. 43-48].

Третій етап розвитку законодавства у сфері СФЗ надзвичайно насичений та має власні характерні ознаки:

1) планування нормотворчої діяльності відповідно до виконання Угоди про асоціацію. Здійснюючи імплементацію глави 4 «Санітарні та фітосанітарні заходи», Україна має наблизити своє законодавство про санітарні та фітосанітарні заходи щодо охорони тварин до законодавства Європейського Союзу, як це визначено в Додатку V до Угоди про асоціацію. Із цією метою не пізніше трьох місяців після набрання чинності Угоди про асоціацію Україна зобов'язалася надати Підкомітету з управління санітарними та фітосанітарними заходами комплексну стратегію стосовно імплементації цієї глави, поділену на пріоритетні сектори, що стосуються заходів, визначених у Додатку IV-A, Додатку IV-B та Додатку IV-C до цієї Угоди, спрямованих на сприяння торгівлі певним видом товарів чи групою товарів. На виконання взятих Україною зобов'язань 24 лютого 2016 року Кабінет Міністрів України розпорядженням № 228-р схвалив Всеохоплюючу стратегію імплементації глави IV (Санітарні та фітосанітарні заходи) розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію, якою передбачив заходи з імплементації (всього 70), строки їх підготовки та впровадження. Стратегія охоплює три розділи: «Громадське здоров'я», «Здоров'я тварин», «Фітосанітарні заходи», які містять дев'ять підрозділів: «Базове законодавство», «Маркування та інформація про харчові продукти», «Заходи, що застосовуються до продуктів тваринного походження», «Інші заходи, зазначені у главі IV

(Санітарні та фітосанітарні заходи)», «Заходи, які повинні бути включені після наближення законодавства України до законодавства Європейського Союзу» (належать до першого розділу), «Заходи, що застосовуються до основних категорій живих тварин», «Заходи, що застосовуються до кормових добавок та кормів», «Стандарти утримання та поводження з тваринами» (другий розділ) та «Рослини, продукти рослинного походження та інші об'єкти регулювання» (третій розділ) [3, с. 43-48].

Проект цієї стратегії був розроблений Держветфітослужбою за підтримки експертів проекту ЄС «Вдосконалення системи контролю безпечності харчових продуктів в Україні». У Стратегії було визначено графік систематичної нормативно-правової адаптації вітчизняного законодавства у сфері СФЗ до законодавства ЄС. Відповідно до зазначеної Стратегії Україна повинна до кінця 2021 року запровадити у національне законодавство більше ніж 250 актів ЄС, серед яких – сімдесят заходів з імплементації українського аграрного законодавства щодо основних принципів і вимог до безпечності харчових продуктів та кормів; державного контролю у сфері СФЗ; заходів, які застосовуються щодо маркування, заяв стосовно харчової цінності й користі для здоров'я людини; які застосовуються стосовно свіжого м'яса домашніх копитних тварин, птиці та заячих, промислових тварин і дичини, включаючи внутрішні органи; щодо рубленого м'яса (фаршу), м'ясних напівфабрикатів, м'яса механічного обвалювання, м'ясних продуктів, продуктів риболовства, сирого молока, молозива, молочних продуктів і продуктів на основі молозива, щодо меду та продуктів бджільництва, харчових добавок; які застосовуються щодо генетично модифікованих організмів, і т. д. [4, с. 85-89]. У науці Стратегію назвали дороговказом для імплементації законодавства СФЗ [5, с. 104-105].

Із метою забезпечення виконання Угоди про асоціацію Кабінет Міністрів України Постановою від 31 травня 2017 року № 447 затвердив Порядок проведення планування, моніторингу та оцінки результативності виконання цієї Угоди [6]. Також зазначеною Постановою Секретаріат Кабінету Міністрів України було зобов'язано до 30 червня 2017 року розробити план заходів щодо виконання Угоди про асоціацію. Його було затверджено дещо пізніше – 25 жовтня 2017 року Кабінет Міністрів України прийняв Постанову № 1106 [7], якою затвердив ще один, вже новий, План заходів із виконання Угоди про асоціацію (попередні автоматично втратили чинність). Порівняно з попередніми редакціями затверджений План заходів є надзвичайно об'ємним та деталізованим документом: лише завдань, які Україна ставить перед собою з імплементації Угоди про асоціацію, є 1943 [3, с. 43-48]. Ним передбачено реалізацію 433 заходів з адаптації національного аграрного законодавства до вимог Acquis communautaire [8, с. 185-190]. Значно збільшилась кількість завдань і, відповідно, запланованих заходів щодо імплементації глави IV «Санітарні та фітосанітарні заходи» Угоди про асоціацію. Зокрема, для імплементації цієї глави новий план установив 232 завдання, для досягнення яких необхідно здійснити понад 600 різноманітних заходів. Строки виконання цих завдань є різними. Максимальний строк – до 31 грудня 2021 року. Два завдання перенесені з попереднього Плану у зв'язку з порушенням строків виконання. Це встановлення загальних вимог до забезпечення безпечності харчових продуктів та кормів; забезпечення належного рівня захисту життя та здоров'я споживачів (зокрема, шляхом установлення вимог до розроблення, перегляду, затвердження та застосування СФЗ, регламентації вимог до операторів ринку харчових продуктів та кормів; установлення вимог щодо забезпечення простежування операторами ринку харчових продуктів та кормів), а також проведення заходів, що застосовуються до харчових продуктів тваринного походження, відповідно до законодавства ЄС щодо контролю температур у транспортних засобах, сховищах і на складах харчових продуктів швидкої заморозки, призначених для споживання людиною [3, с. 43-48]. Отже, обов'язковість вимог Угоди про асоціацію зумовила необхідність чіткого плану виконання зобов'язань. Це стало передумовою активних змін законодавства на цьому етапі;

2) прийняття низки нових законів у сфері застосування СФЗ. За порівняно незначний проміжок часу нормотворчість у цій сфері дуже активізувалася. Були прийняті закони України «Про побічні продукти тваринного походження, не призначені для споживання людиною» (2015), «Про безпечність та гігієну кормів» (2017), «Про державний контроль за доготриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» (2017), «Про інформацію для споживачів щодо харчових продуктів» (2018). Усі ці закони ніби «відбрунькувалися» від попередніх законів. Наприклад, у 2017 році положення про регулювання відносин щодо кормів були винесені за рамки Закону України «Про ветеринарну медицину» та втілилися в самостійному законі. Так само у 2017 році

значна частина положень, що стосувалися державно-контрольних повноважень, була винесена за рамки Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» та знайшла своє відображення у самостійному Законі України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин». Через рік те саме відбулося із положеннями про інформування споживачів харчових продуктів. Указані процеси спричинили значне розростання та ускладнення нормативно-правових засад ведення аграрного бізнесу в аспекті застосування СФЗ;

3) нормотворчість підкорена законодавству ЄС (змісту конкретних регламентів та інших актів із різних питань застосування СФЗ). Нова редакція Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» передбачає запровадження в Україні європейської моделі системи безпечності та якості харчових продуктів, яка побудована на принципі «від лану до столу» та вимогах простежування (відповідно до вимог Регламенту (ЄС) 178/2002), а також встановлює поступовий перехід операторів ринку на обов'язкове використання процедур, заснованих на принципах НАССР. Закон України «Про безпечність та гігієну кормів» теж запроваджує європейські вимоги (всього 12 актів ЄС, зокрема Регламент (ЄС) 183/2005, Регламент (ЄС) 1831/2003, Регламент (ЄС) 767/2009, Директива Комісії 2008/38, Регламент Комісії (ЄС) 429/2008, Регламент Комісії (ЄС) 378/2005, Регламент (ЄС) 178/2002 та ін.) Закон України «Про державний контроль, що здійснюється з метою перевірки відповідності законодавству харчових продуктів та кормів, здоров'я та благополуччя тварин» впроваджує положення Регламенту (ЄС) 854/2004, Регламенту (ЄС) 669/2009, Регламенту (ЄС) 882/2004, Директиви 97/78/ЄС, Рішення Комісії 2006/778. Закон передбачає повне оновлення системи державного контролю, що базується на вимогах законодавства ЄС. У літературі зазначається, що на прийняття Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» дуже сподівалося Представництво ЄС в Україні та неодноразово нагадувало, що розроблений законопроект є одним із зобов'язань України згідно з Угодою про асоціацію. «Він розроблений на основі норм європейського права. Законопроект визначає засадничі принципи та вимоги до державного контролю, що здійснюється державними інспекторами з метою перевірки відповідності законодавству про безпечність харчових продуктів та кормів, а також про здоров'я та благополуччя тварин. Ухвалення та імплементація цього законопроекту забезпечать наближення української системи контролю продуктів харчування до тієї, що вже діє у ЄС», – йдеться у повідомленні Представництва ЄС [9];

4) оновлення наявних законів у цій сфері. Найбільш суттєву трансформацію пережив Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», який не лише отримав нову назву, але й втілив нову правову модель регулювання відносин відповідно до законодавства ЄС. Учені висловлюють різні думки з приводу нової редакції цього Закону. Наприклад, М. Носова вважає докорінно оновлений Закон важливим нормотворчим кроком. На її думку, він гарантує безпечність продукції на повному шляху харчового ланцюжка та надає змогу виявити усі критичні точки, які можуть вплинути на безпечність кінцевого продукту, усунути шкідливі фактори та контролювати повний процес виробництва. Необхідно звернути увагу, що система НАССР є обов'язком у рамках законодавства більшості цивілізованих країн, таких як: країни Євросоюзу, США, Канада, Японія, Нова Зеландія та інші. Внаслідок впровадження Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів», на початок 2019 року майже на всіх українських підприємствах, діяльність яких так або інакше пов'язана з харчовими продуктами, була впроваджена система безпечності харчової продукції НАССР [10, с. 127-130].

Оновленню підлягали не лише спеціальні законодавчі акти. Зокрема, у науці також наголошують на важливій ролі оновленого Митного кодексу України у регулюванні застосування санітарних та фітосанітарних норм стосовно імпорту продукції [11, с. 156-162];

5) зростання кількості не формує систему. Значне зростання нормативно-правової основи регулювання відносин застосування СФЗ не відбувається у напрямі формування їх чіткої системи, а є здебільшого механічним виконанням плану – прийняття законів, що є аналогами відповідних регламентів із законодавства ЄС. Як правильно наголошує Ю. Боснюк-Григор'єва, країни-учасниці ЄС є одночасно і членами СОТ, а тому Україна повинна розробити та прийняти такі нормативно-правові акти щодо СФЗ, які б задовольняли вимоги обох організацій, і при цьому дати потужний імпульс для розвитку

своєї економіки, проте не створити додаткові перешкоди для національного виробника. На думку вченої, незважаючи на значну кількість нормативно-правових актів щодо безпечності сільськогосподарської та харчової продукції, їх норми не завжди узгоджуються із досить жорсткими регламентами ЄС, а тому є необхідність системного підходу у прийнятті законів у сфері забезпечення відповідних СФЗ [12, с. 170-175].

6) основна концептуальна ідея нормотворчих дій цього етапу полягає у підвищенні безпечності харчової продукції шляхом впровадження простежуваності на усіх етапах її виробництва. Відповідно до стратегії нормотворчих дій прийнято низку законів, які створюють фундамент для адаптації української системи безпечності харчової продукції до європейських вимог. Для реалізації ключового європейського принципу «від лану до столу» з вересня 2017 р. по 2018 р. (а з 2019 р. дрібними підприємствами) усіма великими вітчизняними виробниками харчової продукції з/без умісту необроблених інгредієнтів тваринного походження запроваджуються система НАССР, європейські правила виробництва органічної продукції тваринного і рослинного походження, вимоги до продуктів із какао й шоколаду та організації торгівлі рослинами, насінням рослин, продуктами рослинного походження [13, с. 165-168]. Водночас нині Закон оперує поняттями СФЗ, стандарту, технічного регламенту, технічних умов, визначення яких закріплено у ст. 1 Закону. На практиці відбувається поступовий перехід від стандартів, перейнятих від СРСР (ГОСТ), на основі яких було створено національні стандарти (ДСТУ), до впровадження документів, гармонізованих зі стандартами ЄС та міжнародними стандартами (ISO), введення системи аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках (НАССР). Внаслідок цього має місце складна ситуація, яка поки що не дає повного забезпечення безпечності та якості сільськогосподарської продукції, зокрема, тому що, допоки не відбулося повної заміни старих ГОСТ на нові ДСТУ, повільно здійснюється гармонізація національних вимог до безпечності сільськогосподарської продукції з європейськими та міжнародними вимогами та їх впровадження у практику [14, с. 37-41];

7) дерегуляційні тенденції. Передусім, слід підкреслити важливість прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо дерегуляції в агропромисловому комплексі» від 08.12.2015 року, яким було скасовано низку дозвільних документів та процедур, що були визнані зайвими та обтяжливими для агробізнесу. У цьому ж році також був прийнятий дерегуляційний Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про карантин рослин» щодо зменшення адміністративного навантаження» [15].

Висновки

Система законодавства, що регулює відносини застосування СФЗ в Україні, розвивається під впливом багатьох внутрішніх та зовнішніх факторів, у зв'язку з чим має власні особливості. Зокрема, встановлено, що для етапу гармонізації із законодавством ЄС (2014 – до нині) характерне планування нормотворчої діяльності відповідно до виконання Угоди про асоціацію, прийняття низки нових законів у сфері застосування СФЗ, підкорення нормотворчості законодавству ЄС (змісту конкретних регламентів та інших актів із різних питань застосування СФЗ), оновлення наявних законів у сфері СФЗ, простежування дерегуляційних тенденцій тощо. Основна концептуальна ідея нормотворчих дій цього етапу полягає у підвищенні безпечності харчової продукції шляхом впровадження простежуваності на усіх етапах її виробництва.

Також спостерігається ускладнення системи законодавства у сфері застосування СФЗ, зокрема, через збільшення кількості нормативно-правових актів, що регулюють ці відносини; появу нових правових інститутів у цій сфері; деталізацію нормативних вимог, їх значну спеціалізацію. Отже, становлення та розвиток законодавства у сфері СФЗ нині проходить складний етап, який був у цілому детермінований особливостями усього попереднього розвитку, а також є відображенням обраного євроінтеграційного курсу держави.

Список використаних джерел:

1. Національний інститут стратегічних досліджень URL: http://www.niss.gov.ua/articles/1278/ (дата звернення: 03.11.2020).

2. Маниліч М. І., Штерма Т. В. Угода про асоціацію між Україною та ЄС: переваги та виклики. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Економіка і менеджмент»*. 2015. Вип. 12. С. 14–17.

3. Годяк А. Деякі аспекти імплементації Глави 4 «Санітарні та фітосантарні заходи» Угоди про асоціацію. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. Вип. 2. Ч. 1. С. 43–48.

4. Карпінська Н. Санітарні та фітосанітарні заходи у контексті вимог Світової організації торгівлі та Європейського Союзу. *Історико-правовий часопис*. 2018. № 2 (12). С. 85–89.

5. Хоменко О. О. Виконання зобов'язань у аграрній сфері в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. *Сучасний стан та перспективи*

розвитку екологічного, земельного та аграрного права в умовах євроінтеграції : матеріали «круглого столу» (м. Харків, 8 грудня 2017 року). Харків, 2017. С. 104–105.

6. Питання проведення планування, моніторингу та оцінки результативності виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Постанова Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 447. *Офіційний вісник України*. 2017. № 53. Ст. 1605.

7. Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2017 року № 1106. *Урядовий кур'єр*. 2018. № 52.

8. Коваленко Т. О. Адаптація аграрного законодавства України до aquis communautaire: сучасний стан та перспективи. *Пріоритетні напрями розвитку аграрного законодавства і права в сучасних умовах* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 квітня 2018 року). Харків, 2018. С. 185–190.

9. Європейський Союз очікує від Ради остаточного ухвалення закону про держконтроль харчових продуктів. URL: http://www.eurointegration.com.ua/news/2017/05/16/7065757 (дата звернення: 03.11.2020).

10. Носова М., Цимбалюк С. Фітосанітарний контроль як складова державного регулювання екобезпеки. *Техногенно-екологічна безпека України: стан та перспективи розвитку :* матер. IX Всеукр. наук.-практ. Інтернет-конф. (4-15 лист. 2019). С. 127–130.

11. Кобилянська А. В. Проблеми ефективності інфраструктури регулювання застосування санітарних та фітосанітарних норм до суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. *Вісник ХНАУ ім. В.В. Докучаєва. Серія «Економічні науки»*. 2015. № 1. С. 156–162.

12. Боснюк-Григор'єва Ю. Україна на шляху до європейських стандартів у сфері санітарних та фітосанітарних заходів: що зроблено та які виклики слід подолати. *Історико-правовий часопис*. 2017. № 2 (10). С. 170–175.

13. Карпінська Н. В. Правова регламентація санітарних та фітосанітарних заходів в Україні у світлі вимог ЄС. *Особливості правового регулювання екологічних, земельних, аграрних, природоресурсних відносин в умовах глобалізації* : зб. матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ – м. Яремче, 20–22 вересня 2019 р.) / відп. ред. Н. Р. Кобецька. Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2019. С. 165–168.

14. Яцков С. М., Павлюченко Ю. М. Роль держави у забезпеченні безпечності та якості сільськогосподарської продукції. *Журнал студентського наукового товариства*. 2019. С. 37–41.

15. Про внесення змін до Закону України «Про карантин рослин» щодо зменшення адміністративного навантаження : Закон України від 15.07.2015 року. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 35. Ст. 353.

Nataliia Karpinska. Legal features of the development of Ukrainian legislation on sanitary and phytosanitary practices at the stage of harmonization with EU acquis

The author focuses on the development of legislation in the field of sanitary and phytosanitary measures during the period of Ukrainian independence.

A comprehensive analysis of the scientific literature allows us to conclude that in the theory of agricultural law, research on which laws were developed, or which laws and regulations were amended in accordance with the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, their impact on structure and system of agrarian legislation, etc., has not been conducted.

Highlighting the three main stages of the domestic legislation evolution as to sanitary and phytosanitary measures (SPS) – the stage of legislation (1991-2004), the stage of preparation for Ukraine's accession to the WTO and harmonization with its requirements in the field of SPS (2005 – 2013), harmonization with EU legislation (2014 – present), the author reveals through the prism of European integration processes and WTO membership features of the third stage (2014 – present), which began with the signing of the Association Agreement with the EU – the largest international document ever concluded by Ukraine.

Particular attention is paid to Chapter 4 "Sanitary and Phytosanitary Measures" of the Association Agreement with the EU and the Comprehensive Implementation Strategy of Chapter IV (Sanitary and Phytosanitary Measures) of Section IV "Trade and Trade-Related Issues" of the Association Agreement, which provides measures of implement (total 70), terms of their preparation and implementation.

In the article the author characterizes the tendencies of development of the legislation in the field of SPS revealed by him at the third stage: planning of normative activity according to execution of the Association agreement; adoption of a number of new laws in the field of SPS application; compliance with EU legislation); updating existing laws in the field of SPS; tracking of deregulation trends. The main conceptual idea of rule-making actions at this stage is to increase food safety by introducing traceability at all stages of its production.

Also, there is a complication of the legislation system in the field of SPS by physically increasing the number of regulations governing these relations; emergence of new legal institutions in this area, detailing regulatory requirements, their significant specialization.

Key words: sanitary and phytosanitary measures, WTO, EU.

УДК 349.6:630*:379.845/.85
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.20

Альона Журина,
аспірант кафедри аграрного, земельного та екологічного права
імені академіка В. З. Янчука
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЛІСОКОРИСТУВАННЯ ДЛЯ ПОТРЕБ ЕКОТУРИЗМУ

У науковій статті досліджуються особливості правового регулювання використання лісів та лісових ресурсів для потреб екотуризму. Визначається поняття та характерні ознаки правового регулювання, досліджено систему нормативно-правових актів, які регулюють відносини використання, охорони та захисту лісів і лісових ресурсів в екологічному туризмі. Особливу увагу приділено основним положенням Лісового кодексу України як визначального нормативно-правового акта в даній сфері.

Також у статті проаналізовано окремі положення Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та низки інших підзаконних нормативно-правових актів Президента України та Кабінету Міністрів України, що стосуються правового регулювання використання лісових ресурсів у туристичній індустрії.

Разом із тим у статті визначено, що основними категоріями Лісового кодексу України виступають «ліс», «землі лісогосподарського призначення», «охорона і захист лісів», які стосуються екотуризму в тому числі, що в загальних рисах досліджені в роботі.

На основі аналізу нормативної бази визначено, що для потреб екотуризму найбільше значення мають рекреаційно-оздоровчі ліси, які за своєю природою відповідають характеристикам екологічного туризму та можуть бути найбільш продуктивно використані в туристичній індустрії.

Зроблено висновок, що сучасна система нормативно-правових актів, що регулює використання лісів та лісових ресурсів для потреб екологічного туризму, є найбільш оптимальною та не потребує системоутворюючих змін.

Також у статті визначено, що положеннями Лісового кодексу України не вичерпується регулювання відносин у сфері екологічного туризму із використанням лісу та лісових ресурсів. Тому здійснено аналіз положень й інших нормативно-правових актів у сфері екологічного туризму. Зокрема, серед нормативних актів у досліджуваній галузі можна виділити й підзаконні нормативно-правові акти, які регулюють відносини у сфері використання лісових ресурсів для потреб екотуризму, окремі аспекти яких досліджено в роботі.

Ключові слова: ліс, лісові ресурси, закон, підзаконний акт, Конституція України, Лісовий кодекс України.

Постановка проблеми. Ні в кого не виникає сумнівів, що одним із найбільших багатств України виступають саме ліси, які є ключовим джерелом деревини, технічної та лікарської сировини, що безпосередньо використовуються в різноманітних сферах суспільного життя, зокрема в промисловості та господарстві. Однією із популярних сфер сучасного життя є саме туризм, а особливої популярності останніми роками набирає саме екологічний (сільський, зелений) туризм, розвиток якого без лісу та лісових ресурсів уявити неможливо апріорі, адже саме ліси відіграють надзвичайно важливу екологічну роль, а саме ту, що ліси виступають джерелом покращення клімату, місцем для життя звірів та птахів, захищають ґрунти від ерозії, а також використовуються в рекреаційних, культурно-оздоровчих та естетичних цілях, отже, їх використання в екотуризмі є надзвичайно необхідним для розвитку галузі в цілому [1, с. 276]. Таким чином, враховуючи такі особливості, дослідження особливостей правового регулювання використання лісових ресурсів для потреб екотуризму є надзвичайно актуальним та потребує наукового дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що використання лісових ресурсів для потреб екотуризму безпосередньо не досліджувалося в науці екологічного права. Проте окремі аспекти правового регулювання використання для потреб екотуризму лісових ресурсів опосередковано досліджували: С. С. Алексєєв, Г. І. Балюк, Н. В. Бондарчук.

© А. Журина, 2020

Метою статті є дослідження особливостей правового регулювання використання лісових ресурсів для потреб екотуризму.

Виклад основного матеріалу дослідження. Дослідження необхідно розпочати з визначення поняття «правове регулювання». У перекладі з латини «regula» (планка, правило) означає впорядковування, уведення в певні межі шляхом впливу на певний об'єкт. У середині 60-х рр. минулого століття С. С. Алексєєв запропонував теоретичну конструкцію розуміння сутності правового регулювання, яка не зазнала фактично ніяких змін дотепер. С. С. Алексєєв узагальнив науковий досвід радянських юристів і запропонував під правовим регулюванням розуміти «здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів та ін.) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони та розвитку відповідно до суспільних потреб» [2, с. 57].

Отже, правове регулювання являє собою цілеспрямований результативний вплив права на конкретні суспільні відносини з метою їх упорядкування та вдосконалення за допомогою виключно правових засобів. Дане визначення містить усі найважливіші характеристики правового регулювання:

– є різновидом соціального регулювання;

– воно має цілеспрямований характер, оскільки виступає певним регулятором суспільних відносин, упорядковуючи їх за допомогою права на рівні суспільства;

– воно має організаційний та упорядкований характер, тобто здійснюється за допомогою певних засобів;

– правове регулювання повинно бути спрямоване на досягнення певних цілей, а тому має результативний характер;

– воно має певний предмет та сферу правового впливу, які усвідомлюються суб'єктами та суспільством та мають для них певне значення;

– правове регулювання забезпечується певними методами, які або координують діяльність суб'єктів у сфері права, або здійснюються за допомогою їх субординаційної підлеглості в процесі виконання чи використання норми права;

– має визначені стадії, що передбачають насамперед правову регламентацію суспільних відносин, виникнення суб'єктивних прав і юридичних обов'язків та їх реалізацію;

– має конкретний характер – завжди пов'язане з реальними (конкретними) відносинами [3, с. 227].

Що стосується правового регулювання використання лісових ресурсів для потреб екотуризму, то зазначимо, що система норм права, які регулюють суспільні лісові відносини на основі права державної власності на ліси і особливих принципів, становить самостійну підгалузь екологічного права – лісове право України.

Базовим нормативним актом, яким врегульовуються найбільш важливі суспільні відносини, є Конституція України. Основним Законом держави визначено, що земля, її надра, атмосферне повітря, водні й інші природні ресурси, які знаходяться у межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу [4]. При цьому аналіз вищевказаної норми Конституції України чітко свідчить про те, що безпосередньо «ліс» чи «лісові ресурси» не згадуються в даній нормі. Проте, незважаючи на це, саме Конституція України очолює ієрархію нормативних актів, що регулюють лісові відносини в державі, а положення інших законів повинні відповідати та не суперечити їй.

Разом із тим ключовим законодавчим актом, який регулює правові відносини на території України з метою забезпечення підвищення продуктивності, посилення корисних властивостей, охорони та відтворення лісів, задоволення потреб населення і суспільства в деревині, технічній і лікарській сировині, кормових, харчових продуктах лісу, є Лісового кодексу України (далі – ЛК України) [5]. Отже, з вищезазначеного випливає, що саме ЛК України регулює всі відносини, пов'язані із використанням і експлуатацією лісів в Україні, в тому числі і щодо використання лісових ресурсів в екотуризмі.

Основними категоріями ЛК України виступають «ліс», «землі лісогосподарського призначення», «охорона і захист лісів», які стосуються екотуризму в тому числі.

Відповідно до ст. 1 ЛК України ліс – це тип природних комплексів (екосистема), у якому поєднуються переважно деревна та чагарникова рослинність з відповідними ґрунтами, трав'яною рослинністю, тваринним світом, мікроорганізмами та іншими природними компонентами, що взаємопов'язані у своєму розвитку, впливають один на одного і на навколишнє природне середовище [5]. Зазначимо, що в даному визначенні ліс визнано природним комплексом, що фактично прирівнюється до природних ресурсів.

До земель лісогосподарського призначення належать лісові землі, на яких розташовані лісові ділянки, та нелісові землі,

зайняті сільськогосподарськими угіддями, водами й болотами, спорудами, комунікаціями, малопродуктивними землями тощо, які надані в установленому порядку та використовуються для потреб лісового господарства. Віднесення земельних ділянок до складу земель лісогосподарського призначення здійснюється відповідно до земельного законодавства. При цьому необхідно вказати, що до лісового фонду України належать лісові ділянки, в тому числі захисні насадження лінійного типу, площею не менше 0,1 гектара. Разом із тим до лісового фонду України не належать: зелені насадження в межах населених пунктів (парки, сади, сквери, бульвари тощо), які не віднесені в установленому порядку до лісів; окремі дерева і групи дерев, чагарники на сільськогосподарських угіддях, присадибних, дачних і садових ділянках [5].

Також, як вже було визначено, для потреб екотуризму важливе значення мають положення ЛК України, які стосуються охорони і захисту лісів, котрим присвячена Глава 16 ЛК України. Так, наприклад, організація охорони і захисту лісів передбачає здійснення комплексу заходів, спрямованих на збереження лісів від пожеж, незаконних рубок, пошкодження, ослаблення та іншого шкідливого впливу, захист від шкідників і хвороб. Власники лісів та постійні лісокористувачі зобов'язані розробляти та проводити в установлений строк комплекс протипожежних та інших заходів, спрямованих на збереження, охорону та захист лісів. Перелік протипожежних та інших заходів, вимоги щодо складання планів цих заходів визначаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері лісового господарства, органами місцевого самоврядування відповідно до їхніх повноважень [5]. Крім того, слід погодитися із Г. І. Балюк у тому, що захист лісів від шкідників і хвороб забезпечується шляхом систематичного спостереження за станом лісів, своєчасного виявлення осередків шкідників і хвороб лісу, здійснення профілактики виникнення таких осередків, їх локалізації і ліквідації [6, с. 357].

Для потреб екотуризму важливе значення мають категорії лісів. Ліси залежно від основних виконуваних ними функцій поділяються на такі категорії:

– ліси природоохоронного, наукового, історико-культурного призначення;
– рекреаційно-оздоровчі ліси;
– захисні ліси;
– експлуатаційні ліси [7].

Серед вищезазначених категорій лісів для потреб екотуризму найбільше значення мають рекреаційно-оздоровчі ліси, які за своєю природою відповідають характеристикам екологічного туризму і можуть бути найбільш продуктивно використані в туристичній індустрії.

Разом із тим положеннями ЛК України не вичерпується регулювання відносин у сфері екотуризму із використанням лісу та лісових ресурсів. У даній галузі дуже важливим законодавчим актом в процесі використання лісових ресурсів виступає Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища», який визначає правові, економічні та соціальні основи організації охорони навколишнього природного середовища в інтересах нинішнього і майбутніх поколінь [8]. Завданням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, згідно зі ст. 1 зазначеного вище закону, є регулювання відносин у галузі охорони, використання і відтворення природних ресурсів, у тому числі лісових. Зокрема, згідно з вказаним законом розроблено законодавчі акти земельного, водного, лісового законодавства, законодавства про надра, про охорону атмосферного повітря, про охорону і використання рослинного і тваринного світу та інші спеціальні законодавчі акти [9, с. 131]. Тобто констатуємо, що фактично ЛК України розроблено на виконання даного Закону.

Також серед нормативних актів у досліджуваній галузі можемо виділити й підзаконні нормативно-правові акти, які регулюють відносини у сфері використання лісових ресурсів для потреб екотуризму. Серед таких актів можна виділити підзаконні акти глави держави та уряду.

Наприклад, серед підзаконних актів Президента України варто згадати Указ від 5 січня 2004 року № 1/2004 «Про заходи щодо посилення державного контролю у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів», який свого часу був спрямований на підвищення ефективності державного управління та контролю в сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів, забезпечення створення умов для дальшого розвитку лісового господарства [10]; Указ «Про додаткові заходи щодо розвитку лісового господарства, раціонального природокористування та збереження об'єктів природно-заповідного фонду», який видано безпосередньо з метою забезпечення сталого природокористування, розвитку лісів, удосконалення системи державного управління у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісових насаджень, ведення лісового господарства, а також збереження цінних природних комплексів та екосистем, розвитку заповідної справи [11].

Серед підзаконних актів уряду у галузі охорони лісів варто згадати Правила поліпшення якісного складу лісів, затверджені постановою Уряду від 12 травня 2007 р. № 724. Дані Правила визначають основні вимоги до здійснення лісогосподарських заходів, спрямованих на підвищення стійкості та продуктивності деревостанів, збереження біорізноманіття лісів, їх оздоровлення і посилення захисних, санітарно-гігієнічних, оздоровчих та інших функцій шляхом проведення рубок формування і оздоровлення лісів [12]. Також треба назвати Порядок спеціального використання лісових ресурсів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2007 р. № 761. Вищезазначений Порядок визначає умови та механізм спеціального використання лісових ресурсів – заготівлі деревини під час проведення рубок головного користування, другорядних лісових матеріалів, побічних лісових користувань та використання корисних властивостей лісів [13].

Крім того, необхідно зазначити, що екологічний аспект діяльності Кабінету Міністрів України відображено і в його нормативно-правових актах, якими затверджуються положення про міністерства й інші центральні органи виконавчої влади. Зокрема, Постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 521 затверджено Положення про Державне агентство лісових ресурсів України, яке реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства [14].

Разом із тим, на нашу думку, для екотуризму надзвичайно важливими є також Санітарні правила в лісах України, затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 27 липня 1995 р. № 555 (в редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2016 р. № 756). Так, зокрема, Санітарні правила в лісах України – це сукупність норм стосовно здійснення заходів з поліпшення санітарного стану лісів та санітарних вимог, які встановлюються з метою охорони та захисту лісів під час ведення лісового господарства, використання лісових ресурсів та проведення робіт, не пов'язаних з веденням лісового господарства, підприємствами, установами, організаціями та громадянами [15].

Висновки

Отже, проаналізувавши особливості правового регулювання використання лісових ресурсів для потреб екотуризму, можемо зробити висновок, що правові засади використання лісових ресурсів в екотуризмі є надзвичайно розгалуженими та охоплюють собою як закони, так і підзаконні нормативно-правові акти, серед яких ключову роль відіграють Конституція України та Лісовий кодекс України, які окреслюють законодавчі засади в даній сфері, спрямовані на раціональне використання лісових ресурсів, захист і охорону лісів, що є важливим для екотуризму. Вважаємо, що законодавство в даній сфері натепер є практично оптимальним і не потребує кардинальних оновлень.

Список використаних джерел:

1. Бондарчук Н. В. Актуальні питання правового режиму лісів України. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 4. С. 276-279.

2. Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятия, классификация. *Советское государство и право*. 1987. № 6. С. 56-58.

3. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / ред. О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. 2-ге вид., переробл. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 688 с.

4. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96- ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

5. Лісовий кодекс України : Закон України від 21.01.1994 № 3852-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 17. Ст. 99.

6. Науково-практичний коментар Лісового кодексу / за ред. Г. І. Балюк. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 480 с.

7. Про затвердження Порядку поділу лісів на категорії та виділення особливо захисних лісових ділянок : Постанова Кабінету Міністрів України від 16.05.2007. № 733. *Офіційний вісник України*. 2007. № 37. С. 207. Ст. 1483.

8. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

9. Захист прокурором прав громадян та інтересів держави у сфері охорони довкілля : науково-практичний посібник / за ред. О. М. Литвака, Є. М. Блажівського. Київ: Алерта, 2013. 358 с.

10. Про заходи щодо посилення державного контролю у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів : Указ Президента України від 05.01.2004 № 1/2004. *Урядовий кур'єр*. 2004. № 7.

11. Про додаткові заходи щодо розвитку лісового господарства, раціонального природокористування та збереження об'єктів природно-заповідного фонду : Указ Президента України від 21.11.2017 № 381/2017. *Офіційний вісник Президента України*. 2017. № 26. С. 20. Ст. 520.

12. Правила поліпшення якісного складу лісів : затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 12.05.2007. № 724. *Урядовий кур'єр*. 2007. № 89.

13. Порядок спеціального використання лісових ресурсів : затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 23.05.2007 № 761. *Офіційний вісник України*. 2007. № 39. С. 31. Ст. 1550.

14. Положення про Державне агентство лісових ресурсів України : затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 521. *Офіційний вісник України*. 2014. № 82. С. 73. Ст. 2333.

15. Санітарні правила в лісах України : затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 27.07.1995 р. № 555. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/555-95-%D0%BF/card6#Public. (дата звернення: 12.09.2020).

Alona Zhuryna. Legal regulation of forest utilization for the needs of eco-tourism

This scientific article examines the features of legal regulation of the use of forests and forest resources for ecotourism. The concept and characteristic features of legal regulation are defined, the system of normative-legal acts which regulate relations of use, protection and protection of forests and forest resources in ecological tourism is investigated. Particular attention is paid to the main provisions of the Forest Code of Ukraine, as a defining legal act in this area.

The scientific article also analyzes some provisions of the Law of Ukraine "On Environmental Protection" and a number of other bylaws of the President of Ukraine and the Cabinet of Ministers of Ukraine concerning the legal regulation of the use of forest resources in the tourism industry.

However, this scientific article defines that the main categories of the Forest Code of Ukraine are "forest", "forest lands", "protection and conservation of forests", which relate to ecotourism, including those that are generally studied in the work.

Based on the analysis of the regulatory framework, it is determined that for the needs of ecotourism the most important are recreational and health forests, which by their nature correspond to the characteristics of eco-tourism and can be most productively used in the tourism industry.

The scientific article concludes that the modern system of regulations governing the use of forests and forest resources for eco-tourism is the most optimal and does not require a system of formative changes.

Also in the scientific article it is determined that the provisions of the Forest Code of Ukraine do not exhaust the regulation of relations in the field of ecological tourism with the use of forests and forest resources. Therefore, the analysis of provisions and other regulations in the field of ecological tourism is carried out. In particular, among the normative acts in the field we study, we can single out by laws that regulate relations in the field of use of forest resources for ecotourism, some aspects of which are studied in the work.

Key words: forest, forest resources, law, bylaw, Constitution of Ukraine, Forest Code of Ukraine.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.21

В'ячеслав Аброськін,
канд. юрид. наук,
ректор
Одеського державного університету внутрішніх справ

ЗАВДАННЯ ЗАКЛАДІВ ВИЩОЇ ОСВІТИ МВС УКРАЇНИ ЯК СУБ'ЄКТІВ РЕАЛІЗАЦІЇ ОСВІТНЬОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ

Предметом дослідження вибрано закономірності освітньої діяльності закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання Міністерства внутрішніх справ України. Мета дослідження полягає у розкритті змісту завдань закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання Міністерства внутрішніх справ України в контексті реалізації освітньої функції держави.

Беручи до уваги тривалу перебудову системи вищої освіти в Україні і реформування державних органів, підпорядкованих Міністерству внутрішніх справ, увагу дослідження зосереджено на аналізі змісту та порівнянні сутності понять «завдання», «мета», «повноваження», «обов'язки» та «права» закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання Міністерства внутрішніх справ України. Їх характеристики наведено крізь призму розвитку вищої освіти в Україні та проблематику, притаманну відомчим закладам вищої освіти на сучасному етапі розбудови системи Міністерства внутрішніх справ України.

Зроблено висновок, що завдання закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання Міністерства внутрішніх справ України можна класифікувати: за специфікою закладу – типові для всіх закладів вищої освіти та такі, що віддзеркалюють потреби відомства та окремого державного органу; а також за змістом завдань: 1) ті, що містять вимоги до якості рівня освіти; 2) ті, що містять завдання щодо організації управління закладом, тобто відомості щодо ступенів, форм та інших особливостей провадження освітньої діяльності; 3) ті, що містять вимоги до інших функцій, пов'язаних з освітою (таких як профорієнтація тощо); 4) а також ті, що містять інші завдання. Аналіз нормативно-правових актів усіх найважливіших рівнів юридичної сили свідчить про схильність авторів закріплювати лише «основні» завдання. Тим самим, по-перше, роблячи перелік завдань невичерпним; а по-друге, сприяючи розширенню переліку завдань на рівні нормативно-правових актів меншої юридичної сили. Щодо ж до визначення повноважень, то вони, як правило, викладені на рівні Статутів закладів вищої освіти, але здебільшого зорієнтовані на визначення прав та обов'язків засновників і керівників закладів вищої освіти, а не закладів вищої освіти загалом.

Ключові слова: освіта, вища освіта, заклади вищої освіти, специфічні умови навчання, Міністерство внутрішніх справ України, завдання, мета, повноваження.

Постановка проблеми. Суттєві зміни у перебудові Міністерства внутрішніх справ були пов'язані із реалізацією «Стратегії розвитку органів внутрішніх справ України», затвердженою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 року № 1118-р. Саме внаслідок розпочатих тоді змін МВС України стало багатопрофільним цивільним відомством європейського типу, що формує правоохоронну та безпекову політику [1]. Отже, фокусування із караючої та мілітаризованої функцій було зміщене у бік сервісного підходу, що не могло не відбитися на діяльності із провадження вищої освіти. Нині «Стратегією розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року» передбачено, що: «забезпечення належного функціонування органів системи МВС здійснюють заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання, <...> науково-дослідні експертно-криміналістичні центри та наукові установи, що належать до сфери управління МВС». А вдосконалення «кадрового потенціалу та соціальний захист працівників пов'язуються зазначеною Стратегією із розвитком відомчої системи освіти та підготовки кадрів, яка відповідає професійним потребам персоналу органів системи МВС і сприяє формуванню його загальних цінностей; розробленням механізмів забезпечення прозорості відбору кадрів і кар'єрного зростання; розробленням і впровадженням програм безперервного професійного розвитку персоналу...» [2]. Отже, заклади вищої освіти зі специфічними умовами навчання, що перебувають у сфері управління Міні-

© В. Аброськін, 2020

терства внутрішніх справ, є важливою складовою частиною системи підготовки та потужним засобом забезпечення кадрами правоохоронних органів України.

Як зазначають науковці та практики з правничої діяльності, на сучасному етапі виділилися два основні напрями розвитку відомчої освіти МВС в Україні. Один із них задекларовано у наказі МВС України від 25 листопада 2016 року № 1252 «Про затвердження Концепції реформування освіти в Міністерстві внутрішніх справ України» [3], три етапи якої були розраховані для реалізації до 2019 року та результати якої вже визначають побудову діяльності ЗВО МВС. А інший напрям пов'язаний із проєктами Концепції вдосконалення юридичної освіти, розробленими відповідно до світових напрацювань провадження вищої освіти у правничій професії, обговорення та розбудова яких досі тривають.

Аналіз останніх досліджень. Вивченням проблематики відомчої вищої освіти займалися багато науковців та практиків. Оскільки питання вищої освіти виходять за межі не лише окремої галузі права, а й юридичної царини взагалі, то цілком природним є інтерес до зазначеного кола досліджень з боку не лише юристів, але й учених з галузей педагогіки, філософії, соціології, історії. Крім того, практичні аспекти організації системи вищої освіти збагачені напрацюваннями економістів, державних управлінців, учених у галузі менеджменту тощо.

Питанням відомчої освіти дослідження присвятили багато провідних адміністративістів та правників. Серед них – В. Авер'янов, А. Андреєв, О. Андрійко, В. Астахов, О. Бандурка, О. Безпалова, Ю. Битяк, А. Бондаренко, В. Буга, В. Волкова, В. Глуховеря, Н. Губерська, Б. Деревянко, О. Джафарова, М. Іншин, Т. Кагановська, Р. Калюжний, М. Каплюк, Т. Коломоєць, В. Колпаков, А. Комзюк, О. Кузьменко, М. Легенький, І. Литвин, А. Манжула, О. Миколенко, Т. Мінка, В. Олефір, В. Пєтков, Д. Приймаченко, О. Рябченко, І. Савельєва, О. Салманова, О. Сезонова, М. Тищенко, Ю. Фролов, О. Харитонова, С. Шатрава, Ю. Шемшученко, Х. Ярмакі, П. Ясько, М. Ярош, а також багато інших провідних учених.

З огляду на інтенсивне одночасне реформування систем вищої освіти в Україні та системи МВС України, що в сукупності призводить до необхідності якісного розв'язання нагальних проблем забезпечення вищої освіти, маємо засвідчити недостатню вивченість усього наявного на поточний час спектра проблем відомчої вищої освіти. Хоча питання, що виникають, за своєю сутністю не нові, але їх вирішення потребує проведення додаткових досліджень та аналізу.

Нині система відомчої освіти в черговий раз стикається із проблемами, які вже вирішувала у минулому: якого рівня освіти, якої спеціалізації та у якій кількості готувати кадри для системи МВС України? Проте якщо раніше ці питання випливали із потреб самого МВС, то сьогодні їх актуальність викликана перебудовою галузі вищої освіти загалом.

Отже, вже зараз потребує уточнення питання: чи відбудеться в разі обговорюваних реформ зміна функцій і завдань закладів вищої освіти МВС України? З'ясуванням зазначеної проблеми і обґрунтовується актуальність вибраної теми дослідження.

Мета наукової роботи полягає у розкритті змісту завдань ЗВО МВС у контексті реалізації освітньої функції держави. Досягнення цієї мети передбачає виконання низки завдань, а саме: проаналізувати, розкрити зміст та порівняти поняття «завдання», «права», «обов'язки», «повноваження», «напрями діяльності» ЗВО МВС; розкрити особливості їх нормативно-правової регламентації, класифікувати завдання закладів вищої освіти зі специфічними умовами навчання, що перебувають у підпорядкуванні МВС України тощо.

Виклад основного матеріалу. Одразу зазначимо, що поняття «завдання» використовується в національній нормативно-правовій базі між іншим і як термін, тобто має своє нормативно закріплене визначення. У найбільш узагальненому значенні термін «завдання» був закріплений як «комплекс заходів, які випливають із головної мети і підлягають вирішенню для її досягнення, конкретизують цілі органу і становлять цільову функцію структурного підрозділу [4]. Крім того, у чинних нормативно-правових актах «завдання» розцінюються як «напрями діяльності, що забезпечують досягнення головної мети функціонування державного органу чи структурного підрозділу» [4].

Словник української мови за редакцією І. Білодіда визначає більш узагальнений зміст слова «завдання», розуміючи під ним «наперед визначений, запланований для виконання обсяг роботи або справи» [5]. Публічний електронний словник української мови ототожнює «завдання» з метою, до якої прагнуть, тобто тим, що хочуть здійснити [6]. Вільна енциклопедія тлумачить «завдання» як синонім слова «задача», наводячи його у широкому та вузькому визначенні, сформульованому біофізиком-системологом Ю. Вороном: «проблемна ситуація

з чітко визначеною ідеєю мети, яку необхідно досягти...» [7].

Отже, фактично всі наведені визначення тим чи іншим чином пов'язують сутність «завдання» із категорією «мета». Оцінюючи співвідношення цих понять, наголосимо на ступені більшого узагальнення, яке притаманне терміну «мета». Остання, на відміну від «завдання», не дає детального опису бажаного результату, зазначаючи лише його кінцевий результат. «Завдання» ж, своєю чергою, дає змогу виділити та сформулювати окремі кроки для досягнення загальної мети, які можуть оцінюватись не лише в сукупності, а й поодинці, мають цінність отримання певного бажаного обсягу виконаних робіт. Відмінною рисою завдань є можливість їх як послідовного, так і паралельного (одночасного) виконання.

Аналізуючи нормативно-правові акти національного законодавства, маємо відзначити спрямованість законотворця під час визначення завдань йти шляхом їх конкретизації та перерахування, що зумовлене практичним призначенням правових норм.

Отже, докладне визначення завдань закладів вищої освіти наведене у розділі VI Закону України «Про вищу освіту». Стаття 26 зазначеного Закону визначає 10 завдань [8], спрямованих на: провадження освітньої, наукової та інноваційної діяльності на високому рівні, сприяння забезпеченню суспільного та економічного розвитку держави шляхом формування людського капіталу та реалізації учасниками освітнього процесу їхніх здібностей і талантів, виховання відповідних якостей та здібностей тощо. Зазначені завдання одночасно стверджують права та обов'язки закладів вищої освіти. Зміст закріплених завдань охоплює діяльність ЗВО щодо взаємодії зі здобувачами вищої освіти, учасниками освітнього процесу, суспільством та відповідними міжнародними організаціями.

З часу набуття чинності Законом України «Про вищу освіту» у вересні 2014 року до переліку завдань ЗВО була внесена лише одна правка. Вона стосувалася змін до пункту 10 частини 1 статті 26 та передбачала сприяння ЗВО працевлаштуванню випускників [9, п. 2 ч. 1]. Зазначимо, що зроблене уточнення стосовно відомчих ЗВО носить скоріше констатуючий характер, адже всі здобувачі вищої освіти, надання якої в ЗВО МВС здійснюється за кошт державного бюджету, зобов'язані відпрацювати певний час на робочих місцях у системі МВС, направлення на які вони отримують у обов'язковому порядку. Отже, відомчі ЗВО МВС перебували та перебувають попереду цивільних ЗВО з питання реалізації зазначеного завдання.

Маємо зазначити, що Закон «Про вищу освіту», закріплюючи термін «вищий військовий навчальний заклад», дає лише загальне визначення сутності закладів відомчої освіти. «ЗВО зі специфічними умовами навчання» характеризуються зазначеним терміном як: «заклад вищої освіти державної форми власності, який здійснює на певних рівнях вищої освіти підготовку курсантів (слухачів, студентів), ад'юнктів для подальшої служби на посадах офіцерського (сержантського, старшинського) або начальницького складу з метою задоволення потреб ... (зокрема, МВС України) [8]. Отже, законодавством однозначно обмежується лише форма власності ЗВО МВС, що ж до напрямів та рівнів освіти, необхідних для посад майбутніх службовців, то вони визначаються виходячи із потреб відомства, тобто самого МВС. Таким чином, цілком природним та очікуваним є уточнення переліку завдань ЗВО зі специфічними умовами навчання на рівні підзаконних нормативно-правових актів МВС.

Таким підзаконним нормативно-правовим актом, зокрема, є чинний наказ МВС України «Про затвердження Положення про вищі навчальні заклади МВС» від 2008 року (зі змінами 2013, 2014 та 2015 років). Відзначаючи деяку застарілість термінології, використаної у зазначеному Положенні (зокрема, оперування терміном ВНЗ замість ЗВО – п. 1.1.; посилання на нормативно-правові акти, що втратили чинність, наприклад, стосовно переліку напрямів підготовки та спеціальностей, за якими здійснюється освітня функція ЗВО МВС, – п. 1.8. тощо), звернемо увагу на закріплення цим нормативно-правовим актом завдань, прав та обов'язків ВНЗ, згрупованих в одну структурну частину Положення.

Аналізуючи таку особливість, перш за все необхідно розтлумачити поєднане використання нормотворцем одразу трьох перелічених понять (термінів). Для цього дослідимо сутність понять «обов'язок» та «право» (як терміна, що закріплює можливості особи).

Нині, не заглиблюючись у історичні, філософські, економічні, управлінські та інші передумови й основи виникнення термінів (оскільки ця тема є більш ніж змістовною), зазначимо, що визначення поняття «права особи» має своє закріплення у чинній національній законодавчій базі.

Законотворець оперує такими термінами, як «академічні права», «професійні права», «виборчі права», «податкові права» тощо. При цьому розкриваючи сутність саме сфери,

якої стосується сукупність певних прав. Крім того, в нормативно-правових актах закріплені терміни щодо права: вимоги, доступу, перевезення тощо. У визначенні цих понять увага зосереджується на сукупності дій, які може реалізовувати особа.

Найбільш узагальненим визначенням поняття «права особи», що розкриває його зміст, реалізованим на підзаконному нормативно-правовому рівні, на нашу думку, є перша частина терміна (до слів «під час проходження державної служби»), закріпленого у Наказі Національного агентства України з питань державної служби від 11.09.2019 року № 172-19. Отже, нормативно-правовий акт зазначає: «права – (це) можливість вчиняти дії чи бездіяльність...» [10, п. 2 ч. 1]. Маємо доповнити це положення важливим, на наш погляд, уточненням. А саме вчиняти: на законних підставах та у відповідності до чинних правових норм.

Загальновідомо, що виникнення прав, як правило, пов'язане із одночасним виникненням і обов'язків. Отже, ці терміни доцільно розглядати разом. Закріплюючи сутність поняття «обов'язки», законодавство (подібно до випадку визначення «прав») оперує термінами: «службові обов'язки», «посадові обов'язки», «адміністративно-господарські обов'язки» тощо. Тож підхід законотворця до визначення терміна «обов'язки» схожий до вже розібраного нами вище.

Безпосереднє розкриття змісту поняття «обов'язки», так само як і «права особи», реалізоване на підзаконному рівні. Наказ Міністерства інфраструктури України від 01.04.2011 року № 27 визначає «обов'язки» як: «нормативно закріплене коло дій, покладених на органи управління або працівників, які слід безумовно виконувати» [11, п. 1.4. ч. 1]. Отже, замістивши у цьому визначенні слова «органи управління або працівників» на «осіб» ми отримуємо нормативно підкріплений зміст терміна «обов'язки», що дозволяє проводити подальший аналіз.

«Обов'язки», на відміну від «прав», не є можливістю, а являють собою дії, які мають бути виконані згідно з відповідним чином закріпленими правовими вимогами (нормами). Отже, логічне поєднання цих двох термінів у одну змістову структуру є доцільним для окреслення всієї сукупності умов діяльності певної особи (посадової, фізичної або юридичної). Поняттям, що виконує цю задачу, є термін «повноваження».

Нормативно-правове визначення терміна «повноваження», яке дає змогу аналізувати зміст цього поняття, було здійснене у рамках ініціювання адміністративної реформи в Україні, розпочатої відповідним Указом Президента України у 1998 році. Згідно з термінологічним словником Концепції зазначеної реформи під «повноваженнями органу виконавчої влади» слід розуміти: «закріплені за органом виконавчої влади права і обов'язки (в тому числі обов'язки нести відповідальність за наслідки виконання повноважень – так звані «юрисдикційні» обов'язки). Для визначення певного обсягу повноважень, закріпленого за кожним органом виконавчої влади відповідно до покладених на нього завдань і функцій, застосовується поняття «компетенція»...» [12, розділ VII].

Таким чином, наведене визначення наглядно демонструє практику поєднання понять «права» та «обов'язки», а також свідчить про використання узагальнюючого терміна «повноваження» як бази для побудови й інших правових термінів. Окрім того, саме існування зазначених понять дає змогу додатково виокремити зміст терміна «завдання» серед інших вимог нормативно-правових актів, а також відокремити його від «прав» та «обов'язків».

Звернемо увагу на те, що «повноваження», «права» та «обов'язки», як і «завдання» ЗВО, певним чином випливають із «мети» закладу вищої освіти й спрямовані на забезпечення її досягнення. Але якщо «завдання» завжди являють собою складники «мети», то повноваження стосуються скоріше забезпечення умов, необхідних для її досягнення. Але при цьому «повноваження» органічно доповнюють зміст «завдань» і дозволяють зрозуміти, завдяки чому і яким саме чином вони мають виконуватись. Тісний зв'язок зазначених понять дає змогу стверджувати, що аналіз сукупності повноважень здатен: по-перше, надавати досить чітке уявлення про завдання ЗВО; а по-друге, придатний для виявлення і обґрунтування «завдань» закладу вищої освіти, які не знайшли закріплення у окремих правових нормах. Отже, цими властивостями і пояснюється, чому Положення про ВНЗ МВС викладає норми щодо завдань, прав та обов'язків, об'єднавши їх у пунктах 2.1.–2.5. частини 2 Положення.

Продовжуючи аналіз завдань відомчих ЗВО, закріплених у пункті 2.1. «Положення про вищі навчальні заклади МВС», звернемо увагу на те, що підзаконний акт розкриває, конкретизує та уточнює зміст норм Закону «Про вищу освіту».

Так, п. 1 ч. 1 ст. 26 Закону, у якому йдеться про «провадження на високому рівні освітньої діяльності...», розкривається через здійснення «підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації та спеціалізації фахівців відповідних освітньо-кваліфікаційних рівнів згідно зі стандартами вищої освіти» [13].

Пункт 2 ч. 1 ст. 26 Закону, у якій зокрема визначена вимога до «підготовки наукових кадрів вищої кваліфікації», уточняється через закріплення завдання з «підготовки наукових та науково-педагогічних кадрів для МВС та їх атестації» [13].

Пункт 5 ч. 1 ст. 26 Закону щодо «забезпечення органічного поєднання в освітньому процесі освітньої, наукової та інноваційної діяльності» конкретизується через пункт Положення, яким передбачена «наукова, науково-педагогічна, науково-практична, науково-технічна і культурно-виховна діяльність» [13].

У Положенні окремо акцентована увага на таких завданнях, як: «виконання державного замовлення та угод на підготовку фахівців з вищою освітою; спеціальна курсова підготовка; довузівська профорієнтаційна підготовка учнів шкіл, ліцеїв, гімназій та інших загальноосвітніх навчальних закладів, а також інших осіб, які мають право вступу до ВНЗ» [13].

Порівнявши зміст завдань ЗВО та закладів відомчої вищої освіти МВС України, можна аргументовано стверджувати, що підзаконна нормативно-правова база МВС відповідає (не суперечить) переліку завдань ВНЗ, закріпленому на рівні законодавства і, крім того, розширює цей перелік шляхом конкретизації й уточнення завдань, а також шляхом додавання завдань, важливих для ЗВО МВС, але не формалізованих на рівні закону. Схожа закономірність спостерігається й у разі визначення прав і обов'язків.

Зроблений нами висновок підтверджується й аналізом Статутів ЗВО МВС, які являють собою такий рівень підзаконних нормативно-правових актів, що регламентують діяльність відомчих закладів вищої освіти. Прикладом наведемо: Статут Одеського державного університету внутрішніх справ (частина 7 розділу I статуту якого закріплює основні завдання університету [14]), Статут Харківського національного університету внутрішніх справ (визначає основні завдання університету, перелічені у частині 8 розділу I статуту [15]), Статут Національної академії внутрішніх справ (основні завдання якої перелічені у частині 7 розділу I [16]).

Висновки

Завдання ЗВО МВС можна класифікувати: за специфікою закладу – типові для всіх ЗВО та такі, що віддзеркалюють потреби відомства та окремого державного органу; а також за змістом завдань: 1) ті, що містять вимоги до якості рівня освіти; 2) ті, що містять завдання щодо організації управління закладом, тобто відомості щодо ступенів, форм та інших особливостей провадження освітньої діяльності; 3) ті, що містять вимоги до інших функцій, пов'язаних з освітою (таких як профорієнтація тощо); 4) а також ті, що містять інші завдання.

Аналіз нормативно-правових актів усіх найважливіших рівнів юридичної сили свідчить про схильність авторів закріплювати лише «основні» завдання. Тим самим, по-перше, роблячи перелік завдань невичерпним; а по-друге, сприяючи розширенню переліку завдань на рівні нормативно-правових актів меншої юридичної сили. Щодо ж до визначення повноважень, то вони, як правило, викладені на рівні Статутів ЗВО, але здебільшого зорієнтовані на визначення прав та обов'язків засновників і керівників закладів вищої освіти, а не ЗВО загалом.

Отже, беручи до уваги зазначені особливості, кожен відомчий заклад вищої освіти теоретично може мати перелік завдань, прав та обов'язків з індивідуальними, лише йому властивими особливостями. І хоча на практиці такі відмінності досить незначні (звісно ж, за винятком специфіки, пов'язаної з особливостями органу, для якого здійснюється підготовка кадрів, та профілю за рівнем підготовки, яку забезпечує заклад), проте має існувати й додатковий критерій, який дає змогу співставляти між собою нормативні підстави діяльності відомчих ЗВО у їх сукупності, а також контролювати їх певні стандарти і спрямованість. Таким критерієм може бути поняття «функції закладів вищої освіти», що становить предмет подальшого наукового дослідження.

Список використаних джерел:

1. Міністерство внутрішніх справ України (офіційний сайт), «Стратегія 2020». URL: https://mvs.gov.ua/ua/pages/strategiya_2020.htm.

2. Про схвалення Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.11.2017 р. № 1023-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-2017-р#Text.

3. Про затвердження Концепції реформування освіти в Міністерстві внутрішніх справ України : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 25.11.2016 р. № 1252. URL: http://consultant.parus.ua/?doc=0AMQ2E07D1.

4. Верховна Рада України (офіційний сайт), Термінологія законодавства «Завдання». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/8984.

5. Академічний тлумачний словник – словник української мови (СУМ): в 11 томах / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970–1980. Том 3, 1972. С. 40. URL: http://sum.in.ua/p/3/40/2.

6. Публічний електронний словник української мови «УКРЛІТ.ORG», «Завдання». URL: http://ukrlit.org/slovnyk/завдання.

7. Вікіпедія : *вільна енциклопедія*. «Завдання». URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/завдання.

8. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 р. № 1556-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/ laws/ show/1556-18#Text.

9. Про внесення змін до Закону України «Про вищу освіту» щодо працевлаштування випускників : Закон України від 06.10.2016 р. № 1662-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1662-19#Text.

10. Про затвердження Порядку розроблення посадових інструкцій державних службовців категорій «Б» та «В» : наказ Національного агентства України з питань державної служби від 11.09.2019 р. № 172-19. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1077-19#Text.

11. Про затвердження Положення про систему управління безпекою руху поїздів у Державній адміністрації залізничного транспорту України : наказ Міністерства інфраструктури України від 01.04.2011 р. № 27. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0729-11#Text.

12. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22.07.1998 р. № 810/98. URL: https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98#Text.

13. Про затвердження Положення про вищі навчальні заклади МВС : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 14.02.2008 р. № 62. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0193-08#Text.

14. Статут Одеського державного університету внутрішніх справ : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 15.05.2012 р. № 429. Дата оновлення: 01.03.2018. URL: http://oduvs.edu.ua/wp-content/uploads/2016/06/Statut-zi-zminami-2018.pdf.

15. Статут Харківського національного університету внутрішніх справ (нова редакція) : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 15.05.2012 р. № 429. URL: http://univd.edu.ua/files/generaldocs/regulations.pdf?ver=2019.

16. Статут Національної академії внутрішніх справ (нова редакція) : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 17.11.2010 р. № 555. URL: https://www.naiau.kiev.ua/pravoustanovchi-dokumenti/zrazki-dokumentiv/statut-nacionalnoyi-akademiyi-vnutrishnih-sprav.pdfpdf.

Viacheslav Abroskin. Tasks of higher education institutions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine as subjects of implementation of the educational function of the state

The subject of the research is the patterns of educational activities of higher educational institutions with specific learning conditions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. The purpose of the study is to reveal the content of the tasks of higher educational institutions of the Ministry of Internal Affairs in the context of the implementation of the educational function of the state.

Taking into account the long-term restructuring of the higher education system in Ukraine and the reform of state bodies subordinate to the Ministry of Internal Affairs, the study focuses on analyzing the content and comparing the essence of the concepts of "task", "goal", "authority", "responsibility" and "rights" of higher educational institutions of the Ministry of Internal Affairs. Their characteristics are given through the prism of the development of higher education in Ukraine and the problems inherent in departmental institutions of higher education at the present stage of development of the Ministry of Internal Affairs.

It is concluded that the tasks of higher education institutions with specific training conditions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine can be classified: according to the specifics of the institution – typical for all higher education institutions and reflecting the needs of the department and individual state body; as well as the content of tasks: 1) those that contain requirements for the quality of education; 2) those that contain tasks for the organization of management of the institution, i.e. information on the degrees, forms and other features of educational activities; 3) those that contain requirements for other functions related to education (such as career guidance, etc.); 4) as well as those that contain other tasks. The analysis of normative legal acts of all the most important levels of legal force testifies to the tendency of the authors to fix only the "main" tasks. Thus: first, making the list of tasks inexhaustible; and secondly, contributing to the expansion of the list of tasks at the level of regulations of lesser legal force. As for the definition of powers, they are usually grouped at the level of the Statutes of higher education institutions of higher education institutions, but are mostly focused on defining the rights and responsibilities of founders and heads of higher education institutions, not higher education institutions as a whole.

Key words: education, higher education, higher educational institutions, special learning conditions, Ministry of Internal Affairs of Ukraine, task, purpose, powers.

УДК 342.92
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.22

Владислава Бобріченко,
студентка ІІІ курсу юридичного факультету
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

Євгенія Кобрусєва,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного і кримінального права,
заступник декана з наукової роботи і міжнародних зв'язків
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ НЕПОВНОЛІТНІХ ЗА АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З ВОГНЕПАЛЬНОЮ, ХОЛОДНОЮ ЧИ ПНЕВМАТИЧНОЮ ЗБРОЄЮ

У статті проаналізовано відповідальність неповнолітніх за вчинення адміністративних проступків, пов'язаних зі зброєю, які, відповідно, передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення. Розглянуто питання зброї взагалі і окремих її видів, а саме: вогнепальної, холодної та пневматичної. Досліджено наявні тлумачення поняття «зброя» в українському законодавстві і наукові доробки провідних вчених та у зв'язку з відсутністю як спеціального, так і загального визначення поняття надано авторське розуміння цього терміна. На основі аналізу національної правової бази та практики судів України досліджено співвідношення розуміння цієї сфери законодавцем та судовими представниками влади, на основі чого зроблений висновок, що, як і вимагає правова держава, воно абсолютно однакове. На підставі інформації, яку містить Єдиний реєстр судових рішень, наведені приклади із судової практики і (додатково) норми закону, на яких вони базуються. Судові рішення, наведені після правових норм КУпАП, допомогли більш конкретно і детально проаналізувати положення законодавства (з практичним аспектом їх застосування). Також проаналізовано, які стягнення накладаються на неповнолітніх і у яких випадках відповідальність за вчинені адміністративні правопорушення настає на загальних підставах. Встановлено, в якому випадку за неповнолітнього відповідають його батьки, та висловлено думку, що відповідальність батьків за свою дитину є цілком логічною і очевидною, і з метою кращого виконання батьківських обов'язків їх також доцільно «виховувати». Підсумовано, що хоча законодавець і визнає певну самостійність неповнолітньої особи, але все одно за нього несуть відповідальність його батьки. Зроблено висновок, що законодавець основою встановлення відповідальності неповнолітніх за адміністративні проступки, пов'язані з вогнепальною, холодною чи пневматичною зброєю, робить те, що вони все ще діти і у разі незначного покарання даний факт може бути пом'якшуючою обставиною. З'ясовано, що за найбільш суттєві адміністративні правопорушення відповідальність настає на загальних підставах, що є доцільним з метою виконання принципу невідворотності і сумірності покарань.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, неповнолітній, судова практика, правопорушення.

Постановка проблеми. Нині проблеми, пов'язані зі зброєю, є одними з наймасовіших, адже останнім часом обставини, які складаються у світі, спонукають людей купляти зброю як законно, так і не дуже. Ніхто, звичайно, не передбачає, що вона може потрапити до рук неповнолітніх, але через недбалість батьків або пошук пригод неповнолітніми такі ситуації трапляються. І хоча в судовій практиці адміністративних правопорушень, пов'язаних з вогнепальною, холодною чи пневматичною зброєю, знаходиться невелика кількість справ порівняно з іншими галузями, але вони також потребують уваги, у зв'язку з чим і виникла ідея цього дослідження.

Аналіз останніх досліджень. Тему відповідальності неповнолітніх за адміністративні правопорушення досліджують дуже багато виданих українських і зарубіжних вчених, адже порушення закону неповнолітніми є найбільш важким питанням як у моральному плані, так і в сенсі «що ж з цим робити». Цьому питанню свої роботи присвятили

© В. Бобріченко, Є. Кобрусєва, 2020

такі вчені, як О.М. Рєзнік, О.Л. Чернецький, Р.В. Кімлик, а над поняттям зброї, яке також досліджується у статті, працювали А.В. Корнієць, О.С. Фролов, В.П. Пєтков та інші. Наукові праці згаданих науковців здебільшого торкаються відповідальності неповнолітніх у загальних сферах, тому ми вирішили зробити аналіз саме стосовно правопорушень, пов'язаних з вогнепальною, холодною чи пневматичною зброєю.

Мета статті – дослідити відповідальність неповнолітніх за адміністративні правопорушення. пов'язані зі зброєю, дослідити як нормативне регулювання даного питання, так і судову практику і на підставі цього зробити висновок про відповідність їх одна одній.

Виклад основного матеріалу. Аналіз запропонованої теми ми пропонуємо почати з визначення термінів. Так, *адміністративним правопорушенням*, згідно з абз. 1 ст. 9 КУпАП, є протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність. Згідно із загальним правилом, відповідальність за адміністративні правопорушення несуть особи, які на момент його вчинення досягли 16-річного віку (ст. 12 КУпАП) [1]. А отже, виникає необхідність передбачити особливості відповідальності неповнолітніх за вчинення адміністративного проступку. Неповнолітньою визнається особа віком від 16 до 18 років. Якщо ж особа на момент вчинення правопорушення не досягла 16 років, то згідно з п. 2 ч. 1 ст. 247 КУпАП провадження в такій справі не може бути розпочато, а розпочате закривається, окрім випадків, як свідчить аналіз КУпАП, коли вік винного не передбачений в самій статті, наприклад ст. 173-4 «Булінг» (малолітній) [1].

У КУпАП передбачено адміністративну відповідальність за : 1) стрільбу з вогнепальної, холодної метальної чи пневматичної зброї, пристроїв для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії в населених пунктах і в не відведених для цього місцях або з порушенням установленого порядку (ст. 174), 2) Порушення громадянами порядку придбання, зберігання, передачі іншим особам або продажу вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї (ст. 190), 3) Порушення громадянами правил зберігання, носіння або перевезення нагородної, вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї і бойових припасів (ст. 191), 4) Порушення громадянами строків реєстрації (перереєстрації) нагородної, вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї і правил взяття її на облік (ст. 192), 5) Ухилення від реалізації вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї і бойових припасів (ст. 193), 6) Порушення працівниками торговельних підприємств (організацій) порядку продажу вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї і бойових припасів(ст. 194), 7) Порушення працівниками підприємств, установ, організацій правил зберігання або перевезення вогнепальної, холодної чи пневматичної зброї і бойових припасів (ст. 195) та ін.

Натепер в українському законодавстві немає чіткого визначення поняття зброї, що робить складнішим віднесення певного предмета до зброї.

Як зазначають А.В. Корнієць та О.С. Фролов, для адміністративного права важливість чіткого розуміння поняття «зброя» полягає у тому, що органи виконавчої влади, і насамперед органи внутрішніх справ, наділяються виключними повноваженнями щодо здійснення регулювання обігу зброї, і неоднозначне, занадто широке (загальне) або, навпаки, вузьке (спеціальне), тлумачення даного поняття може призвести до порушення прав та свобод громадян і юридичних осіб – учасників управлінських відносин [3, с. 8]. У нашому законодавстві є чотири визначення поняття «зброя», але всі вони мають або спеціальне тлумачення (згідно з абз. 2 п. 1.3 «Інструкції про застосування зброї, бойової техніки, озброєння Державної прикордонної служби України, спеціальних засобів та заходів фізичного впливу під час охорони державного кордону та виключної (морської) економічної зони України» *зброя* – це предмети та пристрої, що призначені для ураження живих цілей, кораблів, літаків (вертольотів) та інших об'єктів і не мають іншого призначення[4]), або загальне (наприклад, відповідно до абз. 1 п. 1 ст. 1 «Модельного закону про зброю», *зброя* – це пристрої та предмети, конструктивно призначені для ураження живої або іншої цілі та подачі сигналів [5]).

На основі минулих напрацювань правознавців ми вважаємо за доцільне запропонувати таке визначення *зброї*: *це предмет матеріального світу, який умисно сконструйований для уражання живих або інших цілей, подачі сигналів і власник якого потребує спеціального дозволу, виданого уповноваженим органом державної влади, (надання права) на користування ним, його носіння та зберігання.*

Зброя поділяється на види: вогнепальна, холодна, пневматична. Зрозуміло, що зброя має набагато більше видів, але в цій статті будуть розглянуті правопорушення саме з цими видами зброї. Отже, вогнепальна зброя – зброя, яка призначена для ураження цілей снарядами, що одержують спрямований рух у стволі (за допомогою сили тиску газів, які утворюються в результаті згоряння метального заряду) та мають достатню кінетичну енергію для ураження цілі, що знаходиться на визначеній відстані (п. 8.2 Інструкції про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної та холодної і охолощеної зброї... [6]). Холодна зброя – це предмети та пристрої, конструктивно призначені та за своїми властивостями придатні для неодноразового заподіяння шляхом безпосередньої дії тяжких (небезпечних для життя в момент спричинення) і смертельних тілесних ушкоджень, дія яких ґрунтується на використанні м'язової сили людини (п. 8.1. тієї ж Інструкції [6]). Визначення поняття «пневматична зброя» у сучасному українському законодавстві відсутнє, тому вважаємо за доцільне навести визначення А.В. Корнієць та О.С. Фролова: «пневматична зброя – це пристрої та прилади, конструктивно призначені та технічно придатні для прицільного механічного ураження цілі метальним снарядом, який отримує певну кінетичну енергію від енергії стиснутих газів або повітря» [3].

Стосовно відповідальності саме неповнолітніх дітей у ст. 24^1 КУпАП передбачено: «*За вчинення адміністративних правопорушень до неповнолітніх у віці від шістнадцяти до вісімнадцяти років можуть бути застосовані такі заходи впливу: 1) зобов'язання публічно або в іншій формі попросити вибачення у потерпілого; 2) попередження; 3) догана або сувора догана; 4) передача неповнолітнього під нагляд батькам або особам, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічному або трудовому колективу за їх згодою, а також окремим громадянам на їх прохання*» [1].

Відповідно до ст. 13 КУпАП неповнолітній може притягуватися до адміністративної відповідальності на загальних підставах за вчинення правопорушення (пов'язаного зі зброєю), передбаченого статтями 174, 190-195 КУпАП. Але з урахуванням особи порушника до нього можуть бути також застосовані заходи впливу, передбачені у ст. 24^1 КУпАП.

Порядок застосування цих заходів впливу в українському законодавстві чітко не врегульований. Призначення того чи іншого покарання відбувається виключно за рішенням суду, з урахуванням особи порушника та конкретних обставин справи. На думку деяких науковців, заходи, передбачені в ст. 24^1 КУпАП, не виступають адміністративними стягненнями в розумінні ст. 23 КУпАП. Вони є альтернативними видами покарання, тобто позитивно вплинути на поведінку порушника з метою запобігання подальшим порушенням закону можливо і без накладення жорстких санкцій.

Так, з метою кращого розуміння судової практики з приводу відповідальності неповнолітніх за адміністративні правопорушення, пов'язані зі зброєю, нами було взято справи з Єдиного реєстру судових рішень і з отриманої інформації зроблені відповідні висновки.

Більшість справ, пов'язаних з незаконним поводженням зі зброєю неповнолітніми, було закрито на підставі недосягнення віку, з якого настає адміністративна відповідальність, або неналежного предмета злочину. Але якщо у разі недосягнення неповнолітнім 16-річного віку до адміністративної відповідальності притягуються його батьки у зв'язку з невиконанням ними або особами, що їх замінюють, обов'язків щодо виховання дітей (ст. 184КУпАП), і відповідно до статті на них накладається штраф у розмірі від 50 до 30 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (залежно від наслідків, які настали, та самої поведінки батьків або осіб, що їх замінюють), то у разі відсутності предмета злочину звільняються від відповідальності не тільки неповнолітній, а і його батьки. Так, Київський районний суд м. Полтави у справі № 552/4803/19 від 23.09.2019 встановив, що неповнолітній вчинив адміністративне правопорушення, передбачене ст. 174 КУпАП, а саме: стріляв з пневматичної зброї у не відведеному для цього місці, але через те, що він не досяг шістнадцятирічного віку, до адміністративної відповідальності притягується один з його батьків за ч. 3 ст. 184 КУпАП. Проте і в діях неповнолітнього не було складу адміністративного правопорушення, бо відповідно до диспозиції ст. 174 КУпАП відповідальність передбачена за стрільбу з вогнепальної чи холодної метальної зброї, пристроїв для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії або пневматичної зброї калібру **понад** 4,5 міліметра і швидкістю польоту кулі понад 100 метрів. Пневматична зброя, з якої стріляв неповнолітній, мала калібр 4,5 міліметри, тобто не відповідала вимогам диспозиції статті, у зв'язку з чим від відповідальності був звільнений і один з батьків неповнолітнього, а справу закрито [7].

Цікавим є факт, що в одному й тому самому суді було 2 справи, які розглядалися з різницею у 20 днів, але наведену вище справу було закрито у зв'язку з відсутністю складу злочину. В іншій ж справі дії одного з батьків були перекваліфіковані на ч. 1 ст. 184 КУпАП, тобто «ухилення батьків або осіб, які їх замінюють, від виконання передбачених законодавством обов'язків щодо забезпечення необхідних умов життя, навчання та виховання неповнолітніх дітей», тоді як ч. 3 ст. 184 передбачає «вчинення неповнолітніми віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років правопорушення, відповідальність за яке передбачено КУпАП, крім порушень, передбачених 3 або 4 статті 173[4] Кодексу». І з урахуванням обставин справи у вигляді покарання було застосовано попередження [8]. На нашу думку, у другій наведеній справі було, по-перше, правильно кваліфіковані дії, а по-друге, винесений справедливий вирок, адже, незважаючи на те, що у діях неповнолітнього не було складу злочину, це не означає, що від відповідальності мають звільнятися і батьки. Через недбалість, допущену батьками, могли настати гіркі наслідки, тому з метою виховання батьків доцільно застосовувати такі види покарання. І суд, наклавши стягнення, не вийшов за вимоги принципу диспозитивності.

Якщо ж особа вже досягла 16 років і вчинила правопорушення у цій сфері, то до відповідальності притягують саме її. При цьому судом враховується, що вона неповнолітня, і, відповідно, накладається покарання, передбачене у ст. 24[1] КУпАП. Проте за діяння, передбачені ст. 174 та ст. 190-195 КУпАП, відповідальність неповнолітнього настає на загальних підставах, тобто до нього може бути застосовано такий вид покарання, як, наприклад, штраф. У судовій практиці таких справ нами не було знайдено, тому вважаємо за доцільне навести приклад, коли на неповнолітнього за адміністративне правопорушення, передбачене ст. 174 КУпАП, було накладено стягнення за ст. 24[1] КУпАП.

Так, Бердянський міськрайонний суд Запорізької області у справі № 310/3922/19 від 18 червня 2019 року розглянув такі обставини: неповнолітній, який вже досяг 16 років, стріляв з пневматичної зброї у громадському, не відведеному для цього місці, чим вчинив правопорушення, передбачене у ст. 174 КУпАП. У судовому засіданні неповнолітній визнав вчинення правопорушення та пояснив, що не має постійного заробітку, бо є студентом, просив суворо не карати та обіцяв більше не порушувати закон. Урахувавши всі обставини справи, зокрема і те, що винна особа є неповнолітньою, відповідно до ч. 2 ст. 13 КУпАП суд призначив йому покарання, виходячи зі ст. 24[1], у вигляді попередження [9]. Тобто якщо правопорушення передбачене в ч. 2 ст. 13 (крім ст. 185 КУпАП), але за обставинами справи не завдало великої шкоди, ніхто не постраждав, винний є неповнолітнім та саме правопорушення мало незначний характер, то виключно з метою виховання особи до нього можуть бути застосовані заходи впливу, передбачені в ст. 24[1] КУпАП. Якби судом на нього був накладений штраф і він не міг його оплатити, то згідно з ч. 2 ст. 307, «у разі відсутності самостійного заробітку в осіб віком від шістнадцяти до вісімнадцяти років, які вчинили адміністративне правопорушення, штраф стягується з батьків або осіб, які їх замінюють» [2]. Таким чином, на нашу думку, незважаючи на те, що законодавець визнає певну самостійність неповнолітньої особи, в будь-якому разі за нього і деякою мірою за його дії відповідають батьки.

Висновки

Незважаючи на те, що адміністративні правопорушення, пов'язані з вогнепальною, холодною чи пневматичною зброєю, є, на нашу думку, одними з найсерйозніших правопорушень, неповнолітні за вчиненні діяння несуть таку саму відповідальність, як і за будь-яке інше. Проаналізувавши судову практику та законодавство, можна підсумувати: хоча зброя є однією з найтяжчих проблем сучасного суспільства, і суди, і законодавець, ухвалюючи рішення, враховують ту пом'якшуючу обставину, що винний є неповнолітнім і на нього можна вплинути. не застосовуючи покарання у вигляді позбавлення волі абощо. Звичайно, українським законодавством передбачена можливість суворого покарання навіть неповнолітньої особи за злочин, який завдав тяжких наслідків, зокрема, згідно з ч. 2 ст. 13 КУпАП, за вчиненні правопорушення, диспозиція яких підпадає під ст. 174 КУпАП. Водночас, якщо правопорушення було вчинено особою, яка не досягла 16 років, тобто дитина є неповнолітньою у віці від 14 до 16 років, то вона не несе відповідальність у зв'язку з недосягненням віку адміністративної відповідальності. Передбачається, що неповнолітні вчиняють адміністративні правопорушення, пов'язані зі зброєю, через невиконання їхніми батьками або особами, що їх заміняють, батьківських обов'язків, тому якщо особа не досягла 16-річного віку, то до адміністративної відповідальності притягуються саме вони і зазвичай несуть покарання у вигляді накладення штрафу. На підставі проведеного дослідження можна сказати, що суди

чітко дотримуються українського законодавства і тим самим роблять внесок у правильне розуміння і застосування закону. Питання виховання дітей і їх можливого застереження від вчинення страшних вчинків буде завжди актуальним. Тому про потребу в розробці даної теми можна говорити ще довго. Адже, на нашу думку, адміністративна відповідальність передує кримінальній, і за допомогою таких покарань, які передбачені КУпАП, або навіть трошки жорсткіших, можливо уникнути катастроф у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення (ст. 1-212[24]). Остання редакція від 13.08.2020 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text (дата звернення: 02.11.2020)

2. Кодекс України про адміністративні правопорушення (ст. 213-330). Остання редакція 13.08.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text (дата звернення: 02.11.2020).

3. Організація соціальних систем обігу зброї : монографія. А.В. Корнієць, О.С. Фролов / за заг. ред. В.П. Пєткова. Київ: КНТ, 2008. 182 с.

4. Інструкція про застосування зброї, бойової техніки, озброєння кораблів (катерів), літаків і вертольотів Державної прикордонної служби України, спеціальних засобів та заходів фізичного впливу під час охорони державного кордону та виключної (морської) економічної зони України : затверджена наказом Адміністрації Державної прикордонної служби Українивід 21 жовтня 2003 року № 200. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0963-03#Text (дата звернення: 02.11.2020),

5. Модельний закон про зброю : прийнятий 06.12.1997. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_a16#Text (дата звернення: 02.11.2020),

6. Інструкція про порядок виготовлення, придбання, зберігання, обліку, перевезення та використання вогнепальної, пневматичної, холодної і охолощеної зброї, пристроїв вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями метальними снарядами несмертельної дії, та патронів до них, а також боєприпасів до зброї, основних частин зброї та вибухових матеріалів : затверджена наказом МВС України від 21.08.1998 № 622. Остання редакція від 04.09.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0637-98#Text (дата звернення: 02.11.2020).

7. Постанова Київського районного суду м. Полтави у справі № 552/4803/19 від 23.09.2019. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84464600 (дата звернення: 02.11.2020).

8. Постанова Київського районного суду м. Полтави у справі № 552/4802/19 від 03.09. 2019. URL:http://reyestr.court.gov.ua/Review/83991551 (дата звернення: 02.11.2020).

9. Постанова Бердянського міськрайонного суду Запорізької області у справі № 310/3922/19 від 18.06.2019. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82516651 (дата звернення: 02.11.2020).

Vladyslava Bobrichenko, Yevheniia Kobrusieva. Juvenile responsibility for committing administrative offences related to firearms, cold steel and pneumatic weapons

This article dedicated to juveniles responsibility for committing administrative offenses related to weapons, which are provided by The Code of the Ukraine about Administrative offenses. The general issue of "gun" and some kind of it, such as firearms, cold steel and pneumatic were researched. The existing concepts of "weapons" in the Ukrainian legislation and scientific developments of leading scientists have been studied. The author's vision of term "gun" was provided, because of lack of non-specific and non-general definition of the concept. In study was researched the understanding of this sphere by legislative and court branches, which is based on the national legal framework and judicial practice, and came to the conclusion that as it is required by law-based country it is the same. Based on the information, which is found in the Unified register of court decisions, this article provides examples of judicial practice and, in addition, rules of law, which are used in it. Court decisions which were provided after legal norms of The Code of the Ukraine about Administrative offenses, help us to more specifically and in detail understand the meaning of the rules. It is also analyzed what kind of punishment is imposed on juvenile and when responsibility arises on a general basis. It is established in which case parents are responsible for their children, and it is supposed to be quite logical and obvious, so it is advisable to "educate" to make them fulfill the responsibility more properly. Although the legislator recognizes a certain independence of juveniles, their parents make the commitment to their children. It is concluded that Ukrainian legislator defined the rate of the juvenile responsibility for administrative offenses related to firearms, cold steel or air guns is taking into account the fact that they are still children, which can be consider as mitigating circumstance. It was found that responsibility for the most significant administrative offenses are liable on general basis, which is appropriate in order to comply with the principle of inevitability and proportionality of penalties.

Key words: administrative responsibility, minor, judicial practice, offence.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.23

Андрій Веліканов,
аспірант кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗМІСТ ПУБЛІЧНИХ ЕЛЕКТРОННИХ ПОСЛУГ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

У статті розглянуто сутність та зміст надання публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я в аспекті розвитку науки адміністративного права та теорії публічного адміністрування. Проаналізовано правові категорії «публічний інтерес», «послуги», «публічні послуги», «електронні публічні послуги», «адміністративні послуги», «адміністративні електронні послуги», «медичні послуги». Запропоновано власне визначення поняття «публічні електронні послуги у сфері охорони здоров'я», а саме як адміністративної або іншої публічної послуги, що надається в електронній формі із застосуванням спеціалізованих інформаційно-комунікаційних систем на платній чи безоплатній основі фізичній або юридичній особі суб'єктами, спеціально уповноваженими державою органами відповідно до закону і не потребує особистого контакту між отримувачем та надавачем послуги на окремих стадіях отримання послуги або протягом усієї процедури. З'ясовано, що публічні послуги сфери охорони здоров'я надаються публічним сектором, за рахунок публічних коштів, за їх надання відповідальність несе публічна влада. Наведено, що залежно від суб'єкта, що надає публічні послуги, розрізняють державні та муніципальні послуги. Встановлено, що адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів публічних послуг. Запропоновано під адміністративними послугами сфери охорони здоров'я розуміти функцію публічного адміністрування сервісного спрямування, спрямовану на створення належних умов державою (відповідно до закону) з метою реалізації фізичними та юридичними особами (за заявою) своїх прав, результатом якої є юридичне оформлення набуття, зміни чи припинення прав та/або обов'язків такої особи у сфері охорони здоров'я.

Аргументовано, що публічні електронні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів інструментів публічного адміністрування. Зроблено висновок, що у правовій демократичній державі надання органами публічної влади якісних публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я повинно бути пріоритетним завданням. Публічні електронні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів інструментів публічного адміністрування.

Ключові слова: публічні електроні послуги, охорона здоров'я, адміністративно-правове регулювання, адміністративні електроні послуги, медичні послуги, публічний інтерес.

Постановка проблеми. В Україні, як асоційованому члені Європейського Союзу, метою державної політики у сфері охорони здоров'я є кардинальне, системне реформування, спрямоване на створення системи, орієнтованої на пацієнта, здатної забезпечити медичне обслуговування для всіх громадян України на рівні розвинутих європейських держав [1], одним із напрямів проведення медичної реформи є удосконалення надання публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я, тому розвиток держави на шляху європейської інтеграції неможливий без усунення правових проблем у цьому напрямі. Серед основних проблем сфери охорони здоров'я України є: відставання України від європейських країн за показниками тривалості життя та смертності; відсутність своєчасної та стандартизованої інформації про пацієнта у лікарів; використання закладами охорони здоров'я неефективних інструментів, що пов'язано з веденням великої кількості паперових форм медичної документації; фрагментарність інформації про стан здоров'я пацієнта; збереження первинної медичної інформації у різних надавачів медичних послуг; обмежена доступність медичних послуг; непрозорість системи охорони здоров'я, недостовірні дані та корупція тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми надання адміністративних послуг досліджували такі вчені, як В. Б. Авер'янов, Ю. П. Битяк, В. Я. Настюк, І. В. Бойко, О. М. Буханевич [2], Н. Б. Писаренко, О. Т. Зима, О. М. Соловйова [3], В. П. Тимощук, І. Б. Коліушко та ін. Так, О. А. Музика-Стефанчук зі співавторами розкрила окремі правові аспекти надання публічних адміністративних послуг у сфері охорони здоров'я [4], І. В. Венедіктова вивчила специфіку надання публічних послуг в медичній сфері [5], О. М. Шевчук зі співавторами з'ясував особливості правового регулювання надання

© А. Веліканов, 2020

медичних послуг [6] та ін. В Україні активно функціонують «E-Zdorovya», «e-Health», «e-Helsi», що включає використання електронних рецептів і медичних карт, електронних медичних історій пацієнтів. Однак питання стосовно з'ясування змісту та сутності публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я як адміністративно-правової категорії в наукових джерелах не розкрито, що вказує на актуальність даної роботи та її практичне значення.

Метою статті є з'ясування змісту публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я як адміністративно-правової категорії.

Виклад основного матеріалу. У положеннях Конституції України найвищою соціальною цінністю є людина, її життя і здоров'я, честь та гідність [7], що стало основним стимулом до активізації процесів розбудови публічно-сервісної держави. О. В. Карпенко пропонує сервісну діяльність органів державної влади розглядати як пріоритетний напрям розвитку державного управління в Україні, сутність якого полягає в наданні управлінських послуг громадянам, які є їх одержувачами – клієнтами держави (вигодонабувачами), а державні службовці й посадові особи органів місцевого самоврядування є надавачами (виконавцями), що реалізують ці послуги від імені держави [8, с. 11]. Так, В. Б. Авер'янов зазначив, що «у результаті трансформації адміністративного права на засадах «людиноцентристської» ідеології ця галузь має стати основним засобом гармонізації відносин між публічною владою і людиною» [9, с. 238]. У розвитку публічно-сервісної діяльності держави окреме місце займає надання публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я. Розкриваючи зміст цієї правової конструкції, треба вказати на розуміння «публічного інтересу» як категорії адміністративного права. Так, М. М. Тернущак публічний інтерес розуміє як складник публічного управління, вважаючи його метою, самоціллю, кінцевим результатом публічно-адміністративної діяльності [10, с. 283]. М. І. Васильєва визначає, що публічні інтереси відображають державні, якщо вони задовольняють потреби суспільства [11, с. 64]. Л. О. Золотухіна під публічним інтересом розуміє сукупність потреб, прагнень учасників суспільних відносин, що визнаються державою, реалізація яких гарантуються засобами публічного управління та сприяє забезпеченню прав і свобод людини. Належне забезпечення реалізації публічного інтересу визначає рівень ефективності функціонування органів державної влади та місцевого самоврядування, характеризує рівень розвитку суспільства [12 с. 147, 148]. В основному ми погоджуємось з вищенаведеною думкою автора. Наступним складовим елементом правової конструкції «публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я» є термін «публічні послуги». У свою чергу, поняття «послуга» у словниковій літературі визначено як «дія, вчинок, що дає користь, допомогу іншому; 2) робота, виконувана для задоволення чиїх-небудь потреб; обслуговування» [13]. Закон України «Про захист прав споживачів» визначає послугу як діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб (п. 17 ч. 1 ст. 1) [14]. У положеннях Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади вказується, які послуги становлять сферу публічних послуг. До цієї сфери відносять послуги, що надаються органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями, які перебувають в їх управлінні [15]. Так, на думку, І. В. Венедіктової, термін «публічна послуга» слід розуміти як суспільно значущу, чітко регламентовану законодавством діяльність, для якої характерним є добровільний інтерес споживача послуги та індивідуальний характер її надання будь-якій особі, яка має на це право або звертається за реалізацією своїх прав, свобод і законних інтересів, на рівних підставах безоплатно або в межах цін, що визначені державою [16, с. 10]. З погляду І. Б. Коліушка та В. П. Тимощука, «публічними є всі послуги, які надаються публічним сектором, за рахунок публічних коштів та за надання яких відповідальність несе публічна влада» [17, с. 117]. Отже, взявши за основу вищенаведену позицію, зазначимо, що публічні послуги у сфері охорони здоров'я надаються публічним сектором, за рахунок публічних коштів, за їх надання відповідальність несе публічна влада. При цьому сфера охорони здоров'я – це система заходів, спрямованих на забезпечення збереження і розвитку фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості життя. (ч. 1 ст. 3) [18].

Питанням надання «електронних послуг» приділяли увагу О. О. Берназюк, І. О. Тищенкова, Е. Г. Шевчук та ін. Так, Е. Г. Шевчук у кандидатській дисертації з'ясував особливості надання безконтактних адміністратив-

них послуг у сфері державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду [19]. У загальному розумінні існують такі погляди на термін «адміністративна послуга»: (1) це «публічні послуги, що надаються органами виконавчої влади, виконавчими органами місцевого самоврядування та іншими уповноваженими суб'єктами, і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень щодо ухвалення згідно з нормативно-правовими актами на звернення юридичної або фізичної особи адміністративного акту, спрямованого на реалізацію та захист її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов'язків отримання дозволу (ліцензії), сертифіката, посвідчення та інших документів, реєстрації тощо» (Н. М. Мариняк) [20, с. 63]; (2) «функція публічного управління як обов'язок держави перед приватними особами зі створення необхідних умов для того, щоб фізична особа могла в повному обсязі реалізувати свої права чи законні інтереси» (І. Л. Бородін та Р. А. Калюжний) [21, с. 169]; (3) функція публічного адміністрування сервісного спрямування, яка полягає у створенні належних умов державою для реалізації фізичними та юридичними особами своїх суб'єктивних прав (Е. Г. Шевчук) [22, с. 43]; (4) «публічні (тобто державні та муніципальні) послуги, що надаються органами виконавчої влади, виконавчими органами місцевого самоврядування й іншими уповноваженими суб'єктами і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень» (К. К. Афанасьєв) [23, с. 28]. Отже, залежно від суб'єкта, що надає публічні послуги у сфері охорони здоров'я, слід розрізняти державні та муніципальні послуги. Важливими їх складниками є адміністративні послуги. Адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів публічних послуг.

На думку О. А. Музики-Стефанчук, «адміністративна послуга у сфері охорони здоров'я» – це результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, який реалізує публічні функції у сфері охорони здоров'я та відповідно до закону й за заявою фізичної або юридичної особи забезпечує юридичне оформлення набуття, зміни чи припинення прав та/або обов'язків такої особи» [24, с. 263]. З нашого погляду, адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я слід розуміти як функцію публічного адміністрування сервісного спрямування, спрямовану на створення належних умов державою (відповідно до закону) з метою реалізації фізичними та юридичними особами (за заявою) своїх прав, результатом якої є юридичне оформлення набуття, зміни чи припинення прав та/або обов'язків такої особи у сфері охорони здоров'я. О. А. Музика-Стефанчук пропонує розмежовувати медичні послуги та адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я [25, с. 263]. У статі 1 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» медична послуга визначається як послуга, що надається пацієнту закладом охорони здоров'я або фізичною особою-підприємцем, яка зареєстрована та одержала в установленому законом порядку ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, та оплачується її замовником. Замовником послуги з медичного обслуговування населення можуть бути держава, відповідні органи місцевого самоврядування, юридичні та фізичні особи, у тому числі пацієнт [26]. Натомість С. В. Антонов визначає медичну послугу як «вид професійної або господарської діяльності медичних закладів (організацій), фізичних осіб-підприємців, які займаються приватною практикою, що включає застосування спеціальних заходів стосовно здоров'я (результатом яких є поліпшення загального стану, функціонування окремих органів або систем організму людини) чи спрямованих на досягнення певних естетичних змін зовнішності» [27, с. 21]. О. М. Шевчук під «медичною послугою» розуміє корисну діяльність постачальника послуг, яка спрямована на задоволення потреб здоров'я людини. Ця послуга спрямована на діагностику, лікування або профілактику захворювання, реабілітацію та надання медичної допомоги, пов'язаної з вагітністю, пологами, і підлягає ліцензуванню [28 с. 364]. Із вищенаведеною позицію ми погоджуємось.

Щодо змісту публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я. У положеннях Концепцією розвитку електронного урядування в Україні електронна (або е-послуга) визначена як «адміністративна або інша публічна послуга, що надається громадянину або юридичній особі в електронній формі [29]. Закон України «Про електронні довірчі послуги» визначає електронну послугу як будь-яку послугу, що надається через інформаційно-телекомунікаційну систему (ст.) [30]. Розпорядженням КМ України від 15 лютого 2006 року № 90-р затверджено Концепцію розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади [31]. Згідно з положеннями цієї Концепції, адміністративні послуги, які є складовою частиною публічних послуг, – це «результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, що відповідно до закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними та юридичними

особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо)» [32]. Зокрема, І. О. Тищенкова вважає, що електронними послугами в діяльності публічної адміністрації слід розуміти «правовідносини, що виникають завдяки інформаційно-комунікаційним технологіям з приводу реалізації суб'єктивних прав фізичної чи юридичної особи переважно за їх заявою у процесі публічно-владної діяльності публічної адміністрації» [33, с. 17]. На думку О. О. Берназюк, електронна адміністративна послуга являє собою «адміністративну послугу, яка повністю або частково надається за допомогою онлайн-сервісів» [34, с. 198]. Отже, публічна електронна послуга у сфері охорони здоров'я – це адміністративна або інша публічна послуга, що надається в електронній формі із застосуванням спеціалізованих інформаційно-комунікаційних систем на платній чи безоплатній основі фізичній або юридичній особі суб'єктами, спеціально уповноваженими державою органами відповідно до закону і не потребує особистого контакту між отримувачем та надавачем послуги на окремих стадіях отримання послуги або протягом усієї процедури. Публічні електронні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів інструментів публічного адміністрування. У цьому контексті особливої уваги заслуговує впровадження системи «E-Health» – електронної системи охорони здоров'я, що забезпечує обмін медичною інформацією та реалізацію програми медичних гарантій населенню [35]. Наприклад, уже впроваджено послугу «електронний рецепт», яка функціонує на ресурсі «Доступні ліки». Розглянемо її докладніше. На сайті МОЗ України розміщена чітка інструкція для лікарів з видачі електронного рецепту пацієнтам, якою регламентовано використання електронної картки пацієнта, що є найбільш зручним для лікаря, адже мінімізує можливість помилок. Алгоритм дій виглядає так: пацієнт приходить до лікаря; лікар відкриває його е-картку та у відповідному розділі вибирає «Виписати рецепт»; заповнює інформацію про лікарський засіб у відповідних електронних формах: «Міжнародна непатентована назва ліків», «Дозування», «Лікарська форма», «Кількість доз», «Спосіб вживання ліків»; перевіряє правильність номеру телефона пацієнта, а потім лікар накладає свій ЕЦП або КЕП. Далі пацієнту приходить СМС із номером рецепта та кодом підтвердження. Після чого пацієнт вибирає аптеку з тих, що підписали договори з НЗСУ, та без паперового варіанту, маючи лише номер та код підтвердження у вигляді СМС, прямує отримувати ліки [36].

Аналізуючи формат надання інформаційних та інших послуг з використанням електронної інформаційної системи «Електронний Уряд», можна вирізнити чотири види електронного надання інформаційної послуги: (1) інформування (надання безпосередньо інформації про державні (адміністративні) послуги); (2) одностороння взаємодія (забезпечена можливість користувачу отримати електронну форму документа); (3) двостороння взаємодія (забезпечена можливість обробки електронної форми документа, включаючи ідентифікацію); (4) проведення трансакцій (електронна реалізація можливостей прийняття рішень та їх доставка) [37]. Завдання та функціональні можливості електронної системи охорони здоров'я визначені Порядком функціонування електронної системи охорони здоров'я, затвердженим Постановою КМ України від 25 квітня 2018 р. № 411. Так, згідно з п. 7 даного Порядку, завданням електронної системи охорони здоров'я є забезпечення можливості використання пацієнтами електронних сервісів для реалізації їхніх прав, зокрема, за програмою державних гарантій медичного обслуговування населення, автоматизація ведення обліку медичних послуг і управління медичною інформацією, запровадження електронного документообігу у сфері медичного обслуговування населення. Відповідно до п. 8 Порядку, функціональні можливості електронної системи охорони здоров'я повинні забезпечувати: (1) можливість реєстрації користувачів у центральній базі даних, у тому числі з використанням засобів електронної ідентифікації; розмежування прав користувачів на внесення, перегляд інформації у центральній базі даних, внесення змін та доповнень до неї; (2) можливість створення, внесення, перегляду та обміну деклараціями про вибір лікаря, який надає первину медичну допомогу, рецептами, направленнями, медичними записами, іншою інформацією та документами через електронні кабінети відповідно до прав доступу користувачів; (3) можливість використання електронної системи охорони здоров'я особами з порушенням зору та слуху; (4) можливість надання пацієнтами (їх законними представниками) згоди у письмовій формі або у формі, що дає змогу зробити висновок про надання згоди, на доступ до даних про себе (про пацієнта для законних представників), що міститься в електронній системі охорони здоров'я, лікарям, третім особам; (5) отримання пацієнтами відомостей про осіб, які подавали запити щодо надання інформації,

що міститься в електронній системі охорони здоров'я, про таких пацієнтів; (6) здійснення пошуку та перегляду відомостей у центральній базі даних відповідно до прав доступу користувача з дотриманням вимог Закону України «Про захист персональних даних» можливість укладення, зміни та припинення договорів про медичне обслуговування населення та договорів про реімбурсацію за програмою медичних гарантій, формування та подання електронних звітів, первинних, розрахункових та інших документів за договорами через центральну базу даних [38].

Висновки

У правовій демократичній державі надання органами публічної влади якісних публічних електронних послуг у сфері охорони здоров'я повинно бути пріоритетним завданням. Публічні електронні послуги у сфері охорони здоров'я є одним із різновидів інструментів публічного адміністрування. Публічна електронна послуга у сфері охорони здоров'я це адміністративна або інша публічна послуга, що надається в електронній формі із застосуванням спеціалізованих інформаційно-комунікаційних систем на платній чи безоплатній основі фізичній або юридичній особі суб'єктами, спеціально уповноваженими державою органами відповідно до закону і не потребує особистого контакту між отримувачем та надавачем послуги на окремих стадіях отримання послуги або протягом усієї процедури.

Список використаних джерел:

1. Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 4. Ст. 67.

2. Буханевич О. М. Адміністративні послуги в Україні: теорія та практика реалізації : монографія. Київ : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 2015. 385 с.

3. Соловйова О.Н. Требования к качеству административных услуг. *Legea si Viata*. 2015. С. 95–99.

4. Музика-Стефанчук О.А. Публічні адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я. *Запорізький медичний журнал*. 2020. Т. 22. № 2(119). С. 261–266.

5. Венедіктова І.В. Публічні послуги в медичній сфері. *Медичне право*. 2009. № 3. С. 7–14.

6. Shevchuk O. et. al. Aspects of legal regulation of the provision of medical services. *Amazonia investiga*. 2020. Vol. 9. Issue 27. P. 357–366.

7. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96–ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

8. Карпенко О.В. Механізм формування та реалізації сервісно-орієнтованої державної політики в Україні : дис. ... докт. наук з держ. управл. : 25.00.02. Київ, 2016. 466 с.

9. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право. Авер'янов В. Б., Дерець В. А., Школик А. М. та ін.; за заг. ред. Авер'янова В.Б. Київ: Юстініан, 2007. 287 с.

10. Тернущак М. М. Зміст категорії «публічний інтерес» в адміністративно-судочинському провадженні. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 4. С. 282-283. URL: http://www.pap.in.ua/4_2015/86.pdf (дата звернення: 04.12.2020).

11. Васильева В. И. Публичные интересы в экологическом праве. Москва: МГУ, 2003. 424 с.

12. Золотухіна Л. О. Публічний інтерес як адміністративно-правова категорія : дисер. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2019. 486 с.

13. Словник української мови : в 11 т. / за ред. І. К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970–1980. URL: http://ukrlit.org/slovnyk/slovnyk_ukrainskoi_movy_v_11_tomakh (дата звернення: 05.12.2020).

14. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379.

15. Про затвердження Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : розпорядження КМ України від 15.02.2006 р. № 90-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80?lang=uk. (дата звернення: 05.12.2020).

16. Венедіктова І.В. Публічні послуги в медичній сфері. *Медичне право*. 2009. № 3. С. 7–14.

17. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адміністративні послуги» / за заг. ред. В.П. Тимощука. Київ: ФОП Москаленко О.М. 392 с.

18. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 10.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

19. Шевчук Е.Г. Безконтактні адміністративні послуги у сфері державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2020. 195 с.

20. Мариняк Н. М. Адміністративна послуга та її співвідношення з суміжними поняттями. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 824. С. 60-64.

21. Бородін І., Калюжний Р. Адміністративна послуга – функція публічного управління. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2015. Vol. 2, Iss. 3. С. 168-173.

22. Шевчук Е.Г. Безконтактні адміністративні послуги у сфері державного архітектурно-будівельного контролю та нагляду : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2020. 195 с.

23. Афанасьєв К.К. Адміністративні послуги : навчальний посібник. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2010. 175 с.

24. Музика-Стефанчук, О.А. Публічні адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я.

Запорізький медичний журнал. 2020. Т. 22. № 2(119). С. 261–266.

25. Музика-Стефанчук О.А. Публічні адміністративні послуги у сфері охорони здоров'я. *Запорізький медичний журнал*. 2020. Т. 22. № 2(119). С. 261–266.

26. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 10.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст.19.

27. Антонов С. В. Правова регламентація надання медичних послуг. *Управління закладом охорони здоров'я*. Київ, 2007. С. 18–22.

28. Shevchuk O. et. al. Aspects of legal regulation of the provision of medical services. *Amazonia investiga*. 2020. Vol. 9. Issue 27. P. 357–366.

29. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : розпорядження КМ України від 15.02.2006 № 90-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80#Text (дата звернення: 04.12.2020).

30. Закон України про електронні довірчі послуги від 05.10.2017 № 2155-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19 (дата звернення: 04.12.2020).

31. Про затвердження Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : розпорядження КМ України від 15.02.2006 р. № 90-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80?lang=uk (дата звернення: 04.12.2020).

32. Про затвердження Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : розпорядження КМ України від 15.02.2006 р. № 90-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-%D1%80?lang=uk (дата звернення: 04.12.2020)

33. Тищенкова І. О. Електронні послуги у діяльності публічної адміністрації України : монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. 156 с.

34. Берназюк О. Адміністративні електронні послуги: поняття та умови впровадження в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 5. С. 196-199.

35. Helsi Реформа». Про Helsi. URL: https://reform.helsi.me/about-us (дата звернення: 04.12.2020)

36. Як виписувати електронний рецепт на «Доступні ліки»: інструкція для лікарів. URL: https://moz.gov.ua/article/for-medical-staff/jak-vipisuvati-elektronnij-recept-na-dostupni-liki-instrukcija-dlja-likariv (дата звернення: 4.12.2020)

37. Порядок надання інформаційних та інших послуг з використанням електронної інформаційної системи «Електронний Уряд» : наказ Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 16 серпня 2003 р. № 149. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1066-03 (дата звернення: 04.12.2020).

38. Деякі питання електронної системи охорони здоров'я. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2018-%D0%BF#Text (дата звернення: 04.12.2020)

Andrii Velikanov. The essence of public electronic services in the health care

The article reviews the essence and content of public electronic services providing in the field of health care in terms of development in field of administrative law science and the theory of public administration. The legal categories of "public interest", "services", "public services", "electronic public services", "administrative services", "administrative electronic services", "medical services" were analyzed.

The own definition of "public electronic services in the field of health care" was proposed, and here it follows: administrative or any public service provided in electronic form using specialized information and communication systems on a paid or free basis for individuals or legal entities, which are authorized by the state in accordance with the law and does not require any personal contact between the recipient and the service provider within certain stages or throughout the procedure.

There was disclosed that public health services are provided by the public sector, at the expense of public funds and for the provision of which public authorities are responsible. Also, it is stated that depending on institution providing public services, there are state and municipal services. Administrative services in the field of health care have been identified as a type of public services. It is suggested that administrative services in the field of health care should be understood as a service related function of public administration, aimed on creating appropriate conditions by the state (according to the law) for individuals and legal institutions (using application) for realization of their rights, legal registration of acquisition, change or termination of such rights and / or obligations of such person in the field of health care. It is proven that public e-health services are one of public administration tools. It is concluded that in a state governed by the rule of law, the provision of quality public e-health services must be considered as a priority task.

Key words: public electronic services, health care, administrative and legal regulation, administrative electronic services, medical services, public interest.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.24

Олексій Дніпров,
докт. юрид. наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

ВИДАННЯ НОРМАТИВНИХ АКТІВ ЯК ФОРМА ДІЯЛЬНОСТІ ЦЕНТРАЛЬНИХ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Актуальність статті полягає в тому, що правотворення традиційно вважається одним із невід'ємних складників діяльності органів публічної влади. У сучасних умовах видається за доцільне визначити таку форму діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні, як видання нормативних актів або ж правотворча діяльність на рівні підзаконних нормативно-правових актів у межах виконавчо-розпорядчої діяльності. У статті досліджено видання нормативних актів як форму діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні шляхом визначення змістового складника категорії «центральні органи виконавчої влади» та аналізу такої форми діяльності означених суб'єктів, як правотворення. Поняття «видання нормативних актів», «встановлення правових норм» та «правотворча діяльність» розглянуто як синоніми. Визначено, що системоутворюючими елементами правової категорії «центральні органи виконавчої влади», поряд із міністерствами, виступають також служби, інспекції, агентства та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом. З'ясовано, що ключова відмінність між цими суб'єктами полягає в тому, що міністерства виступають провідними органами в системі центральних органів виконавчої влади в забезпеченні впровадження державної політики у конкретній сфері суспільного життя. Визначено, що видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади – це зовнішньо виражена форма правотворчої діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, яка здійснюється шляхом встановлення правових норм на підзаконному нормативно-правовому рівні відповідно до положень Конституції України та законів України та спрямована на врегулювання суспільних відносин у певній галузі/сфері життєдіяльності. Вказано, що видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади характеризується недоліками, які пов'язані із самою системою означених органів. Зазначено, що законодавець не надає чіткого трактування суб'єктного складника категорії «центральні органи виконавчої влади», відносячи до даної категорії міністерства та безпосередньо центральні органи виконавчої влади, що може провокувати певні неточності та невизначеність з приводу ролі та місця міністерств під час реалізації ними такої форми діяльності, як видання нормативних актів, та сфери дії цих актів стосовно інших суб'єктів виконавчої влади.

Ключові слова: видання нормативних актів, встановлення правових норм, правотворча діяльність, центральні органи виконавчої влади, міністерства.

Постановка проблеми. Правотворення традиційно вважається одним з невід'ємних складників діяльності органів публічної влади. Зокрема, Верховна Рада України, як єдиний законодавчий орган, уповноважена провадити законотворчу діяльність. Своєю чергою представники виконавчої гілки влади уповноважені здійснювати правотворчу діяльність під час реалізації своїх виконавчо-розпорядчих функцій. Відповідне встановлення правових норм відбувається на рівні підзаконних нормативно-правових актів, які мають бути прийняті відповідно за законів, не суперечити їх нормам та конкретизувати або доповнювати їх. У сучасних умовах видається за доцільне визначити таку форму діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні, як видання нормативних актів або ж правотворча діяльність (тобто встановлення правових норм) на рівні підзаконних нормативно-правових актів у межах виконавчо-розпорядчої діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями органів виконавчої влади займалися такі науковці, як В. Авер'янов, О. Андрійко, Ю. Битяк, В. Гаращук, В. Гриценко, І. Голосніченко, В. Зуй, Т. Коломоєць, Т. Кравцова, В. Курило, О. Остапенко, С. Стеценко, Ю. Фрицький, В. Шкарупа та інші. Однак дослідженням правотворчої діяльності як однієї із форм реалізації державної влади центральними органами вико-

© О. Дніпров, 2020

навчої влади в Україні в наукових розробках було приділено недостатньо уваги.

Формулювання цілей статті. Мета статті – дослідити видання нормативних актів як форму діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні шляхом визначення змістового складника категорії центральних органів виконавчої влади та аналізу такої форми діяльності означених суб'єктів, як правотворення.

Виклад основного матеріалу. Перед розглядом встановлення правових норм як форми діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні необхідно зупинити увагу на суб'єктах, які безпосередньо належать до правової категорії «центральні органи виконавчої влади».

Так, зазначимо, що натепер питання «центральних» органів виконавчої влади залишається відкритим. Конституція України легітимно визначає, що до даної категорії доцільно відносити міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, докладно не називаючи їх. Такий розподіл на найвищому юридичному рівні вбачається логічним, адже категорія «міністерства» є перманентною по відношенню до «інших центральних органів виконавчої влади», суб'єктний складник яких варіюється протягом усього часу дії Конституції.

У зв'язку із зазначени, у наукових колах неодноразово виникали пропозиції розмежування цих категорій та утвердження провідної ролі міністерств серед центральних органів виконавчої влади та легального розмежування «міністерств» і «центральних органів виконавчої влади» як нерівнозначних ланок системи органів виконавчої влади [1, с. 11].

Дійсно, досліджуючи низку наукових напрацювань, що розкривають дефініцію органів виконавчої влади, а також центральних органів виконавчої влади, більшість науковців [2; 3; 4],під час тлумачення вказаних категорій наводить легітимний розподіл суб'єктів на міністерства та інші центральні органи виконавчої влади. Наприклад, В. Федоренко, І. Чипенко та Т. Рубан наголошують, що центральний орган виконавчої влади – це утворене Кабінетом Міністром України міністерство або інший центральний орган виконавчої влади, компетенція якого поширюється на всю територію України, а керівник призначається на посаду та звільняється з посади в порядку визначеному Конституцією України. Центральний орган виконавчої влади відповідальний перед Кабінетом Міністрів України, підзвітний йому і підконтрольний [5, с. 57].

Звернемось до нормативно-правового регулювання зазначених питань. Так, аналізуючи положення Постанови Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 10.09.2014 № 442 [6], можна зробити висновок, що системоутворюючими елементами правової категорії «центральні органи виконавчої влади», поряд із міністерствами, виступають також служби, інспекції, агентства та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Цікавим видається факт, що навіть зазначеним нормативно-правовим актом робиться акцент на розмежуванні центральних органів виконавчої влади на два складника – міністерства та безпосередньо центральні органи виконавчої влади. Таке відмежування підтверджує позиції науковців про те, що вказані суб'єкти є нерівнозначними. На нашу думку, ключова відмінність між цими суб'єктами полягає в тому, що міністерства виступають провідними органами в системі центральних органів виконавчої влади в забезпеченні впровадження державної політики у конкретній сфері суспільного життя.

Підтвердженням даної тези слугує ч. 2 ст. 1 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 № 3166-VI, яка регламентує, що «міністерства забезпечують формування та реалізують державну політику в одній чи декількох сферах, інші центральні органи виконавчої влади виконують окремі функції з реалізації державної політики» [7]. Тобто міністерство є загальним органом, яке, відповідно до покладених на нього повноважень, забезпечує державну політику у певній сфері, тоді як служби, інспекції, агентства та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом виконують одне або декілька завдань під час реалізації вказаної державної політики.

У даному контексті варто вказати, що основними завданнями служб, інспекцій та агентств, відповідно до чинного законодавства, є:

1) надання адміністративних послуг;

2) здійснення державного нагляду (контролю);

3) управління об'єктами державної власності;

4) внесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики на розгляд міністрів, які спрямовують та координують їхню діяльність;

5) здійснення інших завдань, визначених законами України [7].

З наведеного стає очевидним, що центральні органи виконавчої влади у вигляді

служб, інспекцій та агентств у контексті визначення ієрархічної моделі системи суб'єктів виконавчої влади знаходяться нижче міністерств. Це означає, що відповідні відносини між міністерством та іншими суб'єктами виконавчої влади характеризуються вертикальними зв'язками.

У даному випадку видається логічним навести позицію О. Лавриновича, який зазначає, що міністерства є ключовими органами виконавчої влади, що формують державну політику в межах своєї компетенції, контролюють діяльність інших центральних органів виконавчої влади, які перебувають у їх підпорядкуванні. Далі автор веде мову про інші центральні органи виконавчої влади, визначаючи, що: по-перше, головна функція служб – це надання державних послуг громадянам та юридичним особам; по-друге, інспекції здійснюють нагляд та контроль за дотриманням і виконанням законодавства; агентства наділені управлінськими функціями щодо державного майна й надають послуги юридичним особам, які пов'язані з об'єктами державної власності [8].

Таким чином, аналіз чинної законодавчої бази та наукових напрацювань показав, що категорія «центральні органи виконавчої влади» розкривається крізь призму системи суб'єктів, до яких належать міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, які своєю чергою включають служби, інспекції, агентства та центральні органі виконавчої влади зі спеціальним статусом. Ці суб'єкти є нерівнозначними та не характеризуються горизонтальними зв'язками. За таких обставин можна говорити про те, що й відповідне видання нормативних актів також відрізняється залежно від того, яким суб'єктом було здійснено правотворення.

Перш за все варто визначити, що видання нормативних актів – це форма діяльності публічної адміністрації, яка пов'язана з офіційним закріпленням норм права шляхом формування приписів, їх зміни, доповнення та скасування, що спрямована на створення та вдосконалення єдиної, внутрішньо узгодженої системи норм, що регулюють суспільні відносини у сфері публічного адміністрування [9, с. 359].

З урахуванням усього викладеного можна визначити, що видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади – це зовнішньо виражена форма правотворчої діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, яка здійснюється шляхом встановлення правових норм на підзаконному нормативно-правовому рівні відповідно до положень Конституції України та законів України та спрямована на врегулювання суспільних відносин у певній галузі/сфері життєдіяльності.

Видання нормативних актів як особливий вид діяльності центральних органів виконавчої влади знаходить своє відображення на законодавчому рівні. Зокрема, згідно зі ст. 15 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17.03.2011 № 3166-VI міністерство у межах своїх повноважень, на основі і на виконання Конституції та законів України, актів Президента України та постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, актів Кабінету Міністрів України видає накази, які підписує міністр. Ці накази є обов'язковими для виконання центральними органами виконавчої влади, їх територіальними органами, місцевими державними адміністраціями, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами і організаціями всіх форм власності та громадянами [7], наприклад наказ Міністерства освіти і науки України «Про затвердження типової освітньої програми спеціальних закладів загальної середньої освіти і ступеня для дітей з особливими освітніми потребами» від 25.06.2018 № 693 [10]. Отже, правотворча діяльність міністерств відбувається шляхом видання наказів. При цьому варто звернути увагу, що ці накази є обов'язковими для виконання центральними органами виконавчої влади. Тобто законодавець навмисно робить акцент на тому, що міністерства в ієрархічній системі центральних органів виконавчої влади посідають більш високе місце, аніж звичайні центральні органи виконавчої влади.

Зазначене підтверджується також тим, що законодавчий орган ст. 23 вищевказаного Закону № 3166-VI окремо регламентує накази центрального органу виконавчої влади. Так, центральний орган виконавчої влади у межах своїх повноважень, на основі і на виконання Конституції та законів України, актів Президента України та постанов Верховної Ради України, прийнятих відповідно до Конституції та законів України, актів Кабінету Міністрів України та наказів міністерств видає накази організаційно-розпорядчого характеру, організовує та контролює їх виконання [7], наприклад наказ Державної служби якості освіти України «Про затвердження загального списку експертів, які можуть залучатися до проведення сертифікації у 2019/2020 н. р.» від 10.09.2019 № 01-11/49 [11].

З огляду на вказане можна зробити висновок, що видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади характеризується недоліками, які пов'язані із самою системою означених органів. Дійсно, законодавець не надає чіткого трактування суб'єктного складника категорії «центральні органи виконавчої влади», відносячи до даної категорії міністерства та безпосередньо центральні органи виконавчої влади, що може провокувати певні неточності та невизначеність з приводу ролі та місця міністерств під час реалізації ними такої форми діяльності, як видання нормативних актів, та сфери дії цих актів стосовно інших суб'єктів виконавчої влади.

У зв'язку із зазначеним вважаємо за доцільне здійснити концептуальне відмежування міністерств від центральних органів виконавчої влади та виокремити їх в окремий рівень органів виконавчої влади. Вважаємо, що міністерства України посідають проміжне місце між вищим органом виконавчої влади – Кабінетом Міністрів України – та центральними органами виконавчої влади, адже результати їхньої правотворчої діяльності поширюються на центральні органи виконавчої влади та є обов'язковими для їх виконання. У свою чергу типові центральні органи виконавчої влади, а саме служби, інспекції та агентства, уповноважені здійснювати видання нормативних актів організаційно-розпорядчого спрямування. Відповідно, дія означених наказів поширюється на підлеглих конкретному органу виконавчої влади суб'єктів, до яких не належать міністерства.

Висновки

Отже, дослідження видання нормативних актів як форми діяльності центральних органів виконавчої влади в Україні шляхом визначення змістового складника категорії «центральні органи виконавчої влади» та аналізу такої форми діяльності зазначених суб'єктів, як правотворення, показав, що згадана діяльність характеризується низкою недоліків, які потребують концептуально нового бачення правової категорії «центральні органи виконавчої влади». Зокрема, системоутворюючими елементами даної категорії, поряд із міністерствами, є служби, інспекції, агентства та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом. Ключова відмінність між цими суб'єктами полягає в тому, що міністерства виступають базовими, основними органами у системі центральних органів виконавчої влади в забезпеченні впровадження державної політики у конкретній сфері суспільного життя. Так, міністерство є загальним органом, яке відповідно до покладених на нього повноважень забезпечує державну політику у певній сфері, тоді як служби, інспекції, агентства та центральні органи виконавчої влади зі спеціальним статусом виконують одне або декілька завдань під час реалізації вказаної державної політики. Таким чином, на основі проведеного аналізу вбачається за доцільне здійснити законодавче розмежування міністерств та центральних органів виконавчої влади, що зумовлено, в контексті цього дослідження, сферою дії правотворчих актів та їх поширенням на конкретних суб'єктів виконавчої влади, характером зв'язків та відносин, які при цьому виникають.

Окрім того, варто зазначити, що видання нормативних актів як форма діяльності центральних органів виконавчої влади – це зовнішньо виражена форма правотворчої діяльності міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, яка здійснюється шляхом встановлення правових норм на підзаконному нормативно-правовому рівні відповідно до положень Конституції України та законів України та спрямована на врегулювання суспільних відносин у певній галузі/сфері життєдіяльності.

Список використаних джерел:

1. Проблеми удосконалення організаційно-правового механізму реалізації виконавчої влади в Україні / за заг. ред. В. Авер'янова. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького, 2006. 12 с.

2. Виконавча влада і адміністративне право / за ред. В. Авер'янова. Київ: Ін-Юре, 2002. 668 с.

3. Ониськів М. Організаційно-правове забезпечення адміністративної реформи в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2009. 26 с.

4. Коліушко І. Виконавча влада та проблеми адміністративної реформи в Україні. Київ: Факт, 2002. 260 с.

5. Федоренко В., Чипенко І., Рубан Т. Проблеми визначення та класифікація центральних органів виконавчої влади: теоретико-методологічні та нормопроектні аспекти. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2008. № 11–12 (85-86). С. 47-62.

6. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 № 442. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF#Text (дата звернення: 12.11.2020).

7. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 № 3166-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 38. Ст. 385.

8. Лавринович О. «Побачите самі, як зміняться Адміністрація Президента, РНБОУ, яка

випаде доля центральним органам виконавчої влади...». *Дзеркало тижня*. 2010. № 46 (826). С. 3.

9. Курс адміністративного права України : підручник / В. Колпаков, О. Кузьменко, І. Пастух, В. Сущенко ; за ред. В. Коваленка. Київ: Юрінком Інтер, 2012. 808 с.

10. Про затвердження типової освітньої програми спеціальних закладів загальної середньої освіти і ступеня для дітей з особливими освітніми потребами : наказ Міністерства освіти і науки України від 25.06.2018 № 693. URL: https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-tipovoyi-osvitnoyi-programi-specialnih-zakladiv-zagalnoyi-serednoyi-osviti-i-stupenya-dlya-ditej-z-osoblivimi-osvitnimi-potrebami (дата звернення: 12.11.2020).

11. Про затвердження загального списку експертів, які можуть залучатися до проведення сертифікації у 2019/2020 н. р.: наказ Державної служби якості освіти України від 10.09.2019. URL: № 01-11/49http://www.sqe.gov.ua/images/category/Сертифікація/NormatPravovaBaza/наказ_експерти/Наказ%2001-11_49.pdf. (дата звернення: 12.11.2020).

Oleksii Dniprov. Publication of regulatory acts as a form of activity of central executive authorities in Ukraine

The relevance of the article is that lawmaking has traditionally been considered one of the integral components of public authorities. In modern conditions, it seems appropriate to define such a form of activity of central executive bodies in Ukraine as the issuance of regulations, or law-making activities at the level of bylaws within the executive-administrative activities. The article examines the publication of regulations as a form of activity of central executive bodies in Ukraine by determining the substantive component of the category of central executive bodies and analysis of such a form of activity of these entities as lawmaking. The concepts of "issuance of regulations", "establishment of legal norms" and "law-making activity" are considered as synonyms. It is determined that the system-forming elements of the legal category of "central executive bodies", along with ministries, are also services, inspections, agencies and central executive bodies with a special status. It was found that the key difference between these entities is that the ministries are the leading bodies in the system of central executive bodies in ensuring the implementation of state policy in a particular area of public life. It is determined that the issuance of regulations as a form of activity of central executive bodies is an externally expressed form of law-making activity of ministries and other central executive bodies, which is carried out by establishing legal norms at the bylaw in accordance with the Constitution of Ukraine and laws of Ukraine. to regulate public relations in a particular field / sphere of life. It is stated that the issuance of regulations as a form of activity of central executive bodies is characterized by shortcomings that are related to the system of these bodies. It is noted that the legislator does not provide a clear interpretation of the subjective component of the category "central executive bodies" referring to this category of ministries and directly central executive bodies, which may provoke certain inaccuracies and uncertainties about the role and place of ministries in their implementation. activities as the issuance of regulations and the scope of these acts in relation to other subjects of executive power.

Key words: issuance of regulations, establishment of legal norms, law-making activity, central executive bodies, ministries.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.25

Зоря Журавльова,
канд. юрид. наук,
приватний нотаріус
Київського міського нотаріального округу

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО НОТАРІАТУ

Актуальність статті полягає в тому, що одним із суб'єктів захисту та охорони прав, свобод та інтересів громадян нині виступає нотаріат як чинник формування правової держави. Тож цифрова трансформація суспільства та процедури надання послуг у сфері прав свобод та інтересів особи не оминають і інститут нотаріату, який також має зазнати певних змін, адаптувавшись до вимог «цифрової держави». З огляду на це, діяльність нотаріату потребує належного правового забезпечення, що змушує здійснювати наукові пошуки у цьому напрямі. Стаття присвячена розгляду питання адміністративно-правового регулювання функціонування інституту електронного нотаріату в Україні. Автор обґрунтовує необхідність та позитивні аспекти запровадження та нормативного закріплення електронного нотаріату в Україні на рівні закону. Наголошується на необхідності закріплення важливих для Е-нотаріату новацій, пов'язаних з використанням інформаційно-комунікаційних технологій, які пропонується об'єднати в такі групи: ведення нотаріусом електронних реєстрів; створення нотаріально посвідчених документів в електронному форматі, що матимуть юридичну силу; прийняття нотаріусом від клієнта електронних документів, що посвідчують особу, для вчинення нотаріальної дії. Акцентовано увагу на необхідності модернізації українського нотаріату та відповідності його європейським стандартам. Зроблено висновок, що на законодавчому рівні має бути передбачено функціонування Єдиної нотаріальної інформаційної системи, за допомогою якої реєструватимуться всі здійснювані нотаріальні дії, що дозволить забезпечити захист нотаріальних документів від підробок, а також гарантувати достовірність юридично значимої інформації, розміщеної в них. Завдяки цій системі буде реалізовано цифрове співробітництво нотаріусів з державними реєстрами, банками та іншими організаціями. Розпорядником Єдиної нотаріальної інформаційної системи має виступати Міністерство юстиції України як центральний орган виконавчої влади, який регулює діяльність нотаріату. Така інформаційна система має відповідати всім встановленим вимогам про захист інформації і бути забезпечена необхідними засобами захисту, такими як шифрування, крипто-захист тощо.

Ключові слова: нотаріат, інститут нотаріату, нотаріальна дія, електронний нотаріат, адміністративно-правове регулювання.

Постановка проблеми. В умовах сьогодення Україна рухається шляхом реформування процесу державотворення, запровадження нових форм та методів адміністративно-правового регулювання відносин публічного характеру, вдосконалення процедури надання адміністративних послуг, спрямованих на реалізацію ідеалів правової держави. Зазначені заходи мають сприяти належній реалізації прав і свобод громадян та забезпечити можливість здійснювати їх захист та охорону від порушень з боку як самої держави, так і інших учасників суспільних правовідносин. Поміж розпочатих державою реформ провідне місце займає діджиталізація України, оскільки ми прагнемо дотримуватись світової тенденції діджитал-трансформації.

Одним із суб'єктів захисту та охорони таких прав, свобод та інтересів нині виступає нотаріат як чинник формування правової держави. Тож цифрова трансформація суспільства та процедури надання послуг у сфері прав свобод та інтересів особи не оминають і інститут нотаріату, який також має зазнати певних змін, адаптувавшись до вимог «цифрової держави». З огляду на це, діяльність нотаріату потребує належного правового забезпечення, що змушує здійснювати наукові пошуки у цьому напрямі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питань електронного нотаріату присвячено роботи таких науковців, як Н.Є. Блажівська, А. Волков, О. Кирилюк, С.Я. Фурса та інших. Теоретико-методологічну основу нашого дослідження сформували праці І.А. Гавловського, В. Марченка, К. Рудой.

© З. Журавльова, 2020

Мета статті – висвітлення окремих проблемних аспектів адміністративно-правового регулювання процедури запровадження та функціонування електронного нотаріату в Україні.

Виклад основного матеріалу. Як зазначає К. Рудой, інтеграція України у європейське співтовариство, проведення ринкових реформ – усе це зумовило не тільки удосконалення чинних адміністративно-правових норм, а й створення зовсім нових, що відповідають світовим стандартам та вимогам. Ці стандарти, як і вся чинна міжнародна правнича система, будуються перш за все на принципах охорони та захисту прав людини і громадянина [1, с. 4].

Ситуація з пандемією коронавірусу COVID-19 змусила світ у пришвидшених темпах навчатися жити в новому, цифровому форматі. Саме за допомогою цифрових технологій суспільство змушене було вести бізнес, здобувати освіту, отримувати публічні послуги від держави, здійснювати придбання життєво необхідних товарів тощо.

Запроваджені карантинні заходи позначились і на роботі нотаріату, який в період пандемії надавав переважно послуги щодо вчинення лише невідкладних нотаріальних дій, для вчинення яких законодавством встановлено певні строки. У зв'язку з цим, враховуючи стрімкий розвиток інформаційних технологій, збільшення кількості публічних послуг з боку держави в інтересах її громадян, що надаються в електронному форматі, модернізація нотаріату дедалі стає актуальнішою.

Тому варто погодитися з поглядами В. Марченка стосовно переформатування інституту нотаріату в цифровий формат; на його переконання, впровадження цифрового нотаріату – неминучий процес для України. Однак для його ефективного функціонування потрібні системні дії, спрямовані на використання цифрових технологій як на користь професії, так і на користь наших громадян. Це дозволить оновити нотаріальний процес, зробить його більш зручним та зрозумілим, інтегрує нотаріуса у транснаціональні правовідносини та надасть можливість зміцнити позиції професії [2].

Однак чинне законодавство нормативно не визначає зміст понять «електронний нотаріат», «цифровий нотаріат», «Е-нотаріат». Натепер це лише абстрактні поняття, які характеризують частину майбутньої нотаріальної діяльності, яку прагне започаткувати та запровадити Міністерство юстиції України.

Адміністративно-правове регулювання застосування інформаційних технологій у сфері функціонування нотаріату необхідно впроваджувати поступово, максимально обґрунтовано і забезпечувати вдосконалення процедури надання нотаріальних послуг.

Як зазначила О. Оніщук, анонсувавши реформування нотаріату шляхом запровадження електронної системи, нинішня масштабна реформа, яка передбачає перехід до Е-нотаріату, – це насамперед про безпеку, доступність і якість нотаріальних дій для громадян. Гарантувати доступність і високу якість нотаріальних та реєстраційних дій для всіх верств населення, особливо соціально незахищених, – один із основних пріоритетів Мін'юсту [3].

Одним із напрямів реформування передбачається запровадження Єдиної нотаріальної інформаційної системи, яка покликана забезпечити надійну технологічну інфраструктуру для реєстрації всіх вчинюваних нотаріальних дій, здійснення електронної міжвідомчої взаємодії, ведення електронних реєстрів спадкових справ, записів про заставу майна і нотаріально посвідчених довіреностей тощо.

Цифровізація нотаріальної діяльності – давно назріла потреба, оскільки способи організації нотаріальної діяльності, що наразі не відповідають вимогам сучасності, використання неперевіреної, а часом неактуальної інформації ставлять під сумнів законність документів, які оформляються нотаріусом, тим самим не забезпечують захист прав і законних інтересів осіб, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій.

Але норми чинного Закону України «Про нотаріат» не пристосовані до процедури функціонування електронного нотаріату. Хоча в цьому напрямі Верховною радою України прийнято ряд законодавчих актів, що мали б сприяти реформуванню нотаріальної діяльності, перевівши її у цифрову площину. До цих актів насамперед слід віднести ухвалені Закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронні довірчі послуги» та «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах».

У квітні цього року Постановою Кабінету Міністрів України від 15.04.2020 № 278 «Про реалізацію експериментального проекту щодо застосування відображення в електронному вигляді інформації, яка міститься в паспорті громадянина України у формі картки, та відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України для виїзду за кордон» погоджено проведення експериментального проекту, за яким передбачено можливість пред'явлення цих документів за допомогою вебпорталу електронних послуг «Портал

Дія» [4]. Проте такий спосіб ідентифікації осіб, які звернулись для вчинення нотаріальних дій, спеціальним законодавством наразі не врегульований.

Для забезпечення адміністративно-правового регулювання здійснення цифровізації нотаріату спеціальним законом, який регулює діяльність нотаріусів, має бути закріплено важливі для Е-нотаріату новації, пов'язані з використанням інформаційно-комунікаційних технологій, які можна об'єднати в такі групи: ведення нотаріусом електронних реєстрів; створення нотаріально посвідчених документів в електронному форматі, що матимуть юридичну силу; прийняття нотаріусом від клієнта електронних документів, що посвідчують особу, для вчинення нотаріальної дії.

Це, на нашу думку, сприятиме пришвидшенню нотаріальних процедур та забезпечить спрощення процесу отримання громадянами нотаріальних послуг, оскільки буде відсутня необхідність збирання численних документів задля повноцінного вчинення нотаріальних дій.

Щодо ведення нотаріусами реєстрів варто відзначити, що на законодавчому рівні має бути передбачено функціонування Єдиної нотаріальної інформаційної системи, за допомогою якої реєструватимуться всі здійснювані нотаріальні дії, що дозволить забезпечити захист нотаріальних документів від підробок, а також гарантувати достовірність юридично значимої інформації, розміщеної в них. Завдяки цій системі буде реалізовано цифрове співробітництво нотаріусів з державними реєстрами, банками та іншими організаціями. Розпорядником Єдиної нотаріальної інформаційної системи має виступати Міністерство юстиції України як центральний орган виконавчої влади, який регулює діяльність нотаріату. Така інформаційна система має відповідати всім встановленим вимогам про захист інформації і бути забезпечена необхідними засобами захисту, такими як шифрування, крипто-захист тощо. Це дозволить запобігти втручанню в роботу системи, незаконному заволодінню відомостями з реєстру і, як результат, вчиненню будь-яких шахрайських дій.

На думку В.М. Марченко, створення єдиного реєстру нотаріальних дій дозволить оптимізувати роботу нотаріусів, адже відмова від паперових архівів та перехід на електронний формат можуть значно спростити роботу нотаріусу. Однак головним наслідком впровадження електронного реєстру будуть позитивні зміни в процесі вчинення нотаріальної дії та захисті прав осіб, які звернулися за її вчиненням [5, с. 44].

Також законодавчо має бути врегульовано питання закріплення нового виду нотаріальних дій, а саме посвідчення тотожності електронного документа документу на паперовому носії та, відповідно, посвідчення тотожності документа на паперовому носії електронному документу. Посвідчення електронних документів має здійснюватися із застосуванням електронного цифрового підпису, процедура застосування якого регламентована нормами Закону України «Про електронний цифровий підпис» та Закону України «Про електронні документи і електронний документообіг».

Досліджуючи адміністративно-правові відносини у сфері використання електронного цифрового підпису в широкому розумінні, І.А. Гавловський стверджує, що це форма соціального прогресу як взаємодія спеціальної публічної адміністрації, що легалізує електронний цифровий підпис, підписувачів і споживачів електронного цифрового підпису на підставі адміністративно-правових норм із метою більш ефективного забезпечення прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства і держави, учасники якої несуть адміністративні обов'язки та мають суб'єктивні права [6, с. 57-58].

Таким чином, держава має забезпечити на законодавчому рівні основи для функціонування нотаріату нового формату, запровадивши певні правові та організаційні механізми, що забезпечать високий рівень якості нотаріальних послуг.

Висновки

Сучасна модель розвитку українського нотаріату – це розвиток моделі активного нотаріату, яка ставить нотаріуса в центр цивільного обороту і наділяє його повноваженнями для надання кваліфікованої юридичної допомоги комплексного характеру, з урахуванням адміністративно-правового складника.

Належне адміністративно-правове регулювання функціонування електронного нотаріату надасть можливість забезпечити реалізацію, за новими, адаптованими до сучасних умов правилами, загальних цілей інституту нотаріату, таких як:

– покращення якості нотаріального обслуговування населення;

– пришвидшення процедури здійснення нотаріальних дій і, як наслідок, збільшення їх кількості;

– зростання ефективності функціонування інституту нотаріату на основі єдиного реєстру нотаріальних дій;

– зростання рівня захисту прав і законних інтересів осіб від шахрайських дій.

Список використаних джерел:

1. Рудой К. Адаптація адміністративного законодавства України у сфері охорони особистих прав громадян до норм Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 Харків. 2004. 214 с.
2. Марченко В.М., Желтухін Є. Нотаріат у фокусі реформ. *Юридична Газета online*. URL: http://yur-gazeta.com/interview/notariat-u-fokusi-reform.html (дата звернення: 10.11.2020).
3. Оніщук О. Реформа нотаріату передбачає запровадження електронної системи / Урядовий портал. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/olga-onishchuk-reforma-notariatu-peredbachaye-zaprovadzhennya-elektronnoyi-sistemi (дата звернення: 10.11.2020).
4. Про реалізацію експериментального проекту щодо застосування відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України у формі картки, та відображення в електронному вигляді інформації, що міститься у паспорті громадянина України для виїзду за кордон : Постанова Кабінету Міністрів України від 15.04.2020 № 278. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/278-2020-%D0%BF#Text (дата звернення: 10.11.2020).
5. Марченко В.М. Окремі питання впровадження в Україні системи Е-нотаріату. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Випуск 1(30). С. 42-46. URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v1_2020/11.pdf (дата звернення: 10.11.2020).
6. Гавловський І.А. Адміністративно-правові відносини з використанням електронного цифрового підпису в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 Київ, 2018. 212 с. URL: http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2018/10/dis_%D0%93%D0%B0%D0%B2%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9.pdf. (дата звернення: 10.11.2020).

Zorya Zhuravlyova. Administrative and legal regulation of electronic notary functioning

The relevance of the article is that one of the subjects of protection and protection of the rights, freedoms and interests of citizens is currently the notary, as a factor in the formation of the rule of law. Therefore, the digital transformation of society and the procedure for providing services in the field of freedoms and interests of the individual do not bypass the institution of notaries, which must also undergo certain changes, adapting to the requirements of the "digital state". In view of this, the activities of the notary need proper legal support, which forces to carry out scientific research in this direction. The article is devoted to the issue of administrative and legal regulation of the functioning of the institute of electronic notary in Ukraine. The author substantiates the need and positive aspects of the introduction and regulatory consolidation of electronic notaries in Ukraine at the level of law. Attention is drawn to the need to consolidate important for E-notary innovations related to the use of information and communication technologies, which are proposed to be grouped into the following groups: maintenance of electronic registers by a notary; creation of notarized documents in electronic format that will have legal force; acceptance by the notary from the client of electronic identity documents for the performance of a notarial act. The need to modernize the Ukrainian notary and its compliance with European standards was emphasized. It is concluded that at the legislative level should be provided for the functioning of the Unified Notarial Information System, which will register all notarial acts, which will protect notarial documents from forgery, as well as guarantee the accuracy of legally significant information contained in them. Thanks to this system, digital cooperation of notaries with state registers, banks and other organizations will be implemented. The administrator of the Unified Notarial Information System should be the Ministry of Justice of Ukraine, as the central executive body that regulates the activities of the notary. Such an information system must meet all the established requirements for information security and be provided with the necessary means of protection, such as encryption, crypto-protection, etc.

Key words: notary, notary institute, notarial act, electronic notary, administrative and legal regulation.

УДК 342.922:[351.74:341.4](477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.26

Ангеліна Калайда,
ад'юнкт кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ

СУБ'ЄКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

У статті розглядаються суб'єкти адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва Національної поліції України. Визначено, що одним із елементів механізму адміністративно-правового регулювання є система суб'єктів. З'ясовано, що суб'єкти адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України мають бути розділені на групи. Перша – суб'єкти, які призначені для забезпечення адміністративно-правового регулювання (для формування та реалізації державної політики у сфері міжнародного співробітництва поліції України) у сфері міжнародної співпраці органів та підрозділів Національної поліції України; друга – суб'єкти, які безпосередньо здійснюють міжнародне співробітництво, тобто органи та підрозділи Національної поліції України. Під суб'єктами адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України пропонується розуміти сукупність органів державної поліції, міжнародна діяльність яких спрямована на реалізацію своїх завдань та функцій та на захист міжнародного простору, боротьбу з міжнародною злочинністю, а також вжиття заходів міжнародно-правового характеру з метою відновлення порушених прав. За результатами дослідження запропоновано таку класифікацію суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України: 1) за сферами діяльності: суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері міжнародного миру та безпеки; суб'єкти міжнародного співробітництва у галузі наукового, науково-технічного, криміналістичного забезпечення; суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства; суб'єкти міжнародного співробітництва у галузі протидії кіберзлочинності; суб'єкти міжнародного співробітництва у галузі підготовки міліції; 2) за рівнем підпорядкування: суб'єкти міжнародної співпраці співробітників МВС України; суб'єкти міжнародної співпраці структурних підрозділів Національної поліції України. Зроблено висновок про те, що діяльність суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України тісно пов'язана. Ступінь ефективності одних суб'єктів залежить від ступеня відповідальності інших у процесі реалізації державної політики у сфері міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Ключові слова: органи та підрозділи Національної поліції України, процесуальна діяльність, громадські організації, правовідносини.

Постановка проблеми. Забезпечення міжнародної безпеки та протидії злочинності нині є першочерговим завданням держав, що реалізується за допомогою відповідної системи як органів державної влади, так і ряду недержавних інституцій. Якщо коло суб'єктів міжнародного співробітництва поліції за кордоном врегульовано на рівні нормативно-правових актів, то коло суб'єктів міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України не має законодавчого закріплення.

Аналіз доктринальних джерел у цій сфері дозволяє дійти висновку про відсутність наукових досліджень, що присвячені визначенню кола суб'єктів міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, а тому вважаємо актуальним науковим напрямом дослідження та визначення системи суб'єктів міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України як одного із елементів механізму адміністративно-правового регулювання. Отже, з урахуванням положень чинного національного законодавства нами проаналізовано систему суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України з метою формування пропозицій щодо вдосконалення адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

© А. Калайда, 2020

Насамперед маємо дослідити сутність таких базових понять, як: «суб'єкт», «суб'єкт права», «суб'єкт адміністративного права», «суб'єкт відносин», та з'ясувати сутність категорії «суб'єкт адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів».

Метою статті є дослідження кола суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Загальними питаннями взаємодії міліції (поліції) з іншими органами державної влади та міжнародними організаціями (правоохоронного спрямування) займалися такі представники у галузі адміністративного права, як: А. М. Ануфрієв, О. М. Бандурка, В. О. Басс, О. І. Виноградова, В. І. Гаврилюк, Т. С. Гавриш, С. М. Гусаров, В. С. Гуславський, О. Ю. Дрозд, Є. В. Зозуля, М. І. Іншин, В. С. Ковальський, А. Т. Комзюк, В. С. Кузьмічов, М. Н. Курко, О. В. Легка, В. В. Марков, О. В. Негодченко, С. М. Перепьолкін, Ю. М. Рашевський, О. Ю. Салманова, О. Ю. Синявська, М. М. Сірант, В. В. Сокуренко, А. В. Солонар, В. М. Тертишник, Ю. О. Толстенко, В. В. Чернєй, В. В. Чумак, Д. В. Швець, О. Н. Ярмиш та інші. Водночас нині майже відсутні комплексні наукові дослідження, присвячені вивченню суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, що також зумовлює актуальність даної наукової статті.

Отже, необхідність підвищення ефективності міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, недосконалість адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, недостатність наукових розробок із зазначеної проблематики зумовлюють актуальність комплексного наукового дослідження сутності та суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Виклад основного матеріалу. У сучасних філософських дискурсах характерне використання поняття «суб'єкт» для визначення носія предметно-практичної діяльності та пізнання. Як суб'єкти тут виступають індивіди або соціальні групи, тобто «тілесні» суб'єкти. Це зумовлювало розробку гносеологічної проблематики, пов'язаної з цим поняттям. Саме гносеологія вирішувала проблему тотожності суб'єкта як активного начала в пізнавальному процесі і об'єкта в процесі досягнення загального і необхідного знання [1, с. 244]. Г. С. Батищев розглядає суб'єкта в аспекті діяльнісної сутності людини: людина є суб'єктом діяльності, яка здійснюється в різних формах. Діяльність уявляється вченим як взаємоперехід суб'єкта в об'єкт. Саме в такому суб'єктивно-об'єктивному процесі людина пізнає себе, усвідомлює себе як суб'єкта предметної діяльності, як творця світу речей та самої себе [2, с. 79-85].

Результати досліджень у царині соціальної філософії свідчать, що суб'єкт права є учасником усієї сукупності суспільних відносин, як правових, так і неправових; феномен суб'єкта у праві детермінує фіксовану сукупність правовідносин, у яких виявляється наявний рівень його внутрішньої досконалості і через удосконалення зовнішніх відносин. Суб'єкт права використовує, виконує і дотримується правових норм з урахуванням чинних у суспільстві соціальних норм, правил, традицій [3, с. 10–11].

Так, під суб'єктом адміністративного права розуміють учасника суспільних відносин, який має суб'єктивні права та виконує юридичні (суб'єктивні) обов'язки, встановлені адміністративно-правовими нормами [4, с. 189]. Т. О. Коломоєць вважає, що суб'єкт адміністративного права – це юридична чи фізична особа, що є носієм прав і обов'язків у сфері державного управління, передбачених адміністративно-правовими нормами, та має здатність надані права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати [5, с. 78]. І. П. Голосніченко, М. Ф. Стахурський, Н. І. Золотарьова розуміють під суб'єктами адміністративного права учасників правовідносин, які мають суб'єктивні права та обов'язки, визначені нормами адміністративного права [6, с. 12]. О. В. Кузьменко, досліджуючи проблеми сутності співвідношення понять «суб'єкти процесу (провадження)» і «учасники процесу (провадження)», пропонує визначити суб'єкта адміністративного процесу із застосуванням онтолого-гносеологічного підходу. Суб'єктом адміністративного процесу визначається носій прав і обов'язків з реалізації процесуальної діяльності у сфері публічного управління, здатний надані права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати; учасником вчена називає реально існуючого індивіда адміністративного процесу [7, с. 176].

Тобто, суб'єкт адміністративного права – це юридична чи фізична особа, що є носієм прав і обов'язків у сфері державного управління, передбачених адміністративно-пра-

вовими нормами, та має здатність надані права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати [5, с. 31]. Обов'язковою умовою визнання особи (юридичної чи фізичної) суб'єктом адміністративного права є наявність у неї елементів адміністративної правосуб'єктності.

Під суб'єктами адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України запропоновано розуміти сукупність поліцейських органів держави, міжнародна діяльність яких спрямована на реалізацію покладених на них державою завдань та функцій та на захист міжнародного простору, протидію міжнародній злочинності, а також на вжиття заходів міжнародно-правового характеру з метою відновлення порушених прав.

Визначившись із розумінням категорії «суб'єкти адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України», слушним вважаємо дослідити та класифікувати суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва поліції України.

Так, дослідник В. В. Галунько зазначає, що суб'єктами адміністративного права можуть бути: індивідуальні суб'єкти (фізичні особи, які поділяються на: громадян (володіють усіма правами і обов'язками у державі), іноземці та особи без громадянства (мають обмеження щодо політичних прав, не виконують військовий обов'язок), фізичні особи з іншим спеціальним статусом (фізичні особи – підприємці чи фізична особа – водій транспортного засобу) та колективні суб'єкти (юридичні особи: держава, державні органи та установи, громадські об'єднання, адміністративно-територіальні одиниці та їх населення, виборчі округи, релігійні організації, промислові підприємства, іноземні підприємства тощо) [8, с. 121].

Н. В. Александров та І. Б. Коліушко пропонують розрізняти суб'єкти адміністративного права, які: а) наділені владними повноваженнями; б) не наділені владними повноваженнями [9, с. 44].

Також окремі дослідники, дотримуючись такої класифікації, до суб'єктів, наділених владною компетенцією, відносять:

а) державні структури та їх посадових осіб (Президент України; органи виконавчої, законодавчої, судової влади; Нацбанк України та інші державні органи);

б) недержавні владні органи (органи місцевого самоврядування та їх посадові особи);

в) громадські організації, що мають делеговані державою владні повноваження (об'єднання громадян, народні дружини, різноманітні спілки та ін.) [10, с. 23; 11, с. 132].

Отже, враховуючи викладене, зазначимо, що будь-якого з наявних критеріїв не досить для розмежування суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України. Комплексна класифікація суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України можлива лише на основі застосування у сукупності декількох способів їх поділу.

Так, суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України доцільно поділити на групи. Перша – суб'єкти, що покликані забезпечувати адміністративно-правове регулювання (формувати та реалізовувати державну політику у сфері міжнародного співробітництва поліції України) сфери міжнародної співпраці органів та підрозділів Національної поліції України; друга – суб'єкти, які безпосередньо здійснюють міжнародне співробітництво, тобто власне органи та підрозділи Національної поліції України.

Так, до числа суб'єктів, що покликані забезпечувати адміністративно-правове регулювання (формувати та реалізовувати державну політику у сфері міжнародного співробітництва поліції України) сфери міжнародної співпраці органів та підрозділів Національної поліції України належать:

1) Верховна Рада України, яка надає згоду та ратифікує міжнародні угоди та договори у сфері міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України;

2) Міністерство внутрішніх справ України (зокрема, Департамент міжнародного співробітництва), що координує діяльність Національної поліції України у тому числі й у питанні міжнародної взаємодії.

Вказані органи влади в межах наданих законом повноважень беруть участь у формуванні і реалізації державної політики у сфері міжнародного співробітництва поліції України та визначають вектор розвитку даної політики.

У свою чергу, до числа суб'єктів, які безпосередньо здійснюють міжнародне співробітництво, належать: безпосередньо органи та підрозділи Національної поліції України (кіберполіція, органи досудового розслідування, органи карного розшуку та оперативні підрозділи), заклади вищої освіти системи МВС України, експертна служба МВС та її науково-дослідні експертно-криміналістичні

центри. Вказані суб'єкти здійснюють міжнародне співробітництво у відповідній сфері їхньої діяльності.

З урахуванням специфіки виконуваних зазначеними суб'єктами завдань та функцій суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України запропоновано класифікувати таким чином:

– загальні суб'єкти – ті, які визначають (формують) державну політику у сфері міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України. Щодо характеристики їхньої діяльності, адміністративно-правового статусу у сфері міжнародного співробітництва слід вказати, що здійснення міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України не є для них основним завданням. Так, загальними суб'єктами є: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство юстиції України, Міністерство внутрішніх справ України.

– спеціальні суб'єкти – ті, для яких налагодження міжнародного співробітництва з урахуванням особливостей їхньої діяльності та виконуваних ними завдань та функцій держави є основним призначенням. Сюди можна віднести: Департамент міжнародного співробітництва МВС України, Департамент стратегічних розслідувань Національної поліції України, Департамент кіберполіції національної поліції України, органи досудового розслідування, науково-дослідні експертно-криміналістичні центри МВС України, заклади зі специфічними умовами навчання системи МВС України.

З огляду на сутність вказаних суб'єктів, пропонуємо також таку класифікацію суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України:

1) за напрямами діяльності:

– суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері забезпечення міжнародного миру та безпеки;

– суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері наукового, науково-технічного, експертно-криміналістичного забезпечення;

– суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері кримінального судочинства;

– суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері протидії кіберзлочинності;

– суб'єкти міжнародного співробітництва у сфері підготовки поліцейських кадрів;

2) за рівнем підпорядкованості:

– суб'єкти міжнародного співробітництва апарату МВС України;

– суб'єкти міжнародного співробітництва структурних підрозділів Національної поліції України.

Підсумовуючи вищезазначене, необхідно вказати, що діяльність вказаних суб'єктів механізму адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України тісно пов'язана. Ступінь ефективності діяльності одних суб'єктів залежить від ступеня відповідальності інших у процесі здійснення державної політики у сфері міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Висновки

Під суб'єктами адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України запропоновано розуміти сукупність поліцейських органів держави, міжнародна діяльність яких спрямована на реалізацію покладених на них державою завдань та функцій та захист міжнародного простору, протидію міжнародній злочинності, а також на вжиття заходів міжнародно-правового характеру з метою відновлення порушених прав.

Визначено перелік суб'єктів адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, а саме: Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство юстиції України, Міністерство внутрішніх справ України, Департамент міжнародного співробітництва МВС України, Департамент стратегічних розслідувань Національної поліції України, Департамент кіберполіції національної поліції України, органи досудового розслідування, науково-дослідні експертно-криміналістичні центри МВС України, заклади зі специфічними умовами навчання системи МВС України.

Список використаних джерел:

1. Прохоренко Ю. И. Субъективность в структурах социальной реальности : дисс. ... доктора филос. наук: 09.00.11. Москва : РГБ, 2005. 449 с.

2. Батищев Г. С. Деятельностная сущность человека как философский принцип. Проблема человека в современной философии. Москва, 1969. С. 79-85.

3. Мельникова Т. В. Юридическое лицо как субъект права (филос.-методол. анализ) : автореф. дис. ... д-ра филос. наук: 09.00.11. Красноярск, 2009. 37 с.

4. Авер'янов В. Б. Адміністративне право України. Академічний курс : в 2-х томах. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»,

2007. Том 1: Загальна частина : підручник / ред. колегія : Авер'янов В. Б. (голова) та ін. 592 с.

5. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. д.ю.н., проф. Т. О. Коломоєць. Київ : «Істина», 2008. 500 с.

6. Адміністративне право України: основні поняття : навчальний посібник / Голосніченко І. П., Стахурський М. Ф., Золотарьова Н. І. / за заг. ред. доктора юридичних наук, професора І. П. Голосніченка. Київ : ГАН, 2005. 232 с.

7. Кузьменко О. В. Теоретичні засади адміністративного процесу : монографія. Київ : Атіка, 2005. 352 с.

8. Адміністративне право України в сучасних умовах (виклики початку XXI століття) : монографія / В. В. Галунько, В. І. Олефір, М. П. Пихтін та ін. ; за заг. ред. В. В. Галунька. Херсон : ВАТ «Херсонська міська друкарня», 2010. 378 с.

9. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права / за заг. ред. Н. В. Александрової. Київ : Конус-Ю, 2006. 256 с.

10. Курінний Є. В. Адміністративне право України: тенденції трансформації в умовах реформування : навчальний посібник. Дніпропетровськ : Юридична академія МВС України, 2002. 92 с.

11. Чумак В. В. Адміністративно-правові засади діяльності поліції Грузії, країн Балтії та України: порівняльний аналіз : монографія. Харків : Константа, 2019. 490 с.

Anhelina Kalaida. Subjects of legal regulation of the international cooperation of the National Police of Ukraine

The article examines the subjects of administrative and legal regulation of international cooperation of the National Police of Ukraine. It is determined that one of the elements of the mechanism of administrative and legal regulation is, as indicated in the previous section of the dissertation research – the system of subjects. It was found out that the subjects of administrative and legal regulation of international cooperation of bodies and divisions of the National Police of Ukraine should be divided into groups. The first – entities that are designed to ensure administrative and legal regulation (to form and implement state policy in the field of international cooperation of the police of Ukraine) in the field of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine; and the next – entities that directly carry out international cooperation, ie the actual bodies and units of the National Police of Ukraine. It is proposed to understand the subjects of administrative and legal regulation of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine as a set of state police bodies whose international activities are aimed at implementing their tasks and functions and which are aimed at protecting the international space, combating international crime and also to take measures of an international legal nature in order to restore the violated rights. It is investigated that taking into account the essence of these subjects, we also offer the following classification of subjects of administrative and legal regulation of international cooperation of bodies and divisions of the National Police of Ukraine, namely: 1) by areas of activity: subjects of international cooperation in international peace and security; subjects of international cooperation in the field of scientific, scientific and technical, forensic support; subjects of international cooperation in the field of criminal justice; subjects of international cooperation in the field of combating cybercrime; subjects of international cooperation in the field of police training; 2) by the level of subordination: – subjects of international cooperation of the staff of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine; subjects of international cooperation of structural subdivisions of the National Police of Ukraine. It is concluded that the activities of the subjects of the mechanism of administrative and legal regulation of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine are closely linked. The degree of efficiency of some entities depends on the degree of responsibility of others in the implementation of state policy in the field of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine.

Key words: bodies and subdivisions of the National Police of Ukraine, procedural activity, public organizations, legal relations.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.27

Роман Шаповал,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Христина Солнцева,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОПТИМІЗАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОЦЕДУР КАДРОВОЇ ПОЛІТИКИ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

Стаття присвячена вибору найбільш доцільних шляхів оптимізації адміністративних процедур з питань кадрової політики в органах Національної поліції України, ураховуючи низку нагальних проблем, таких як низький рівень освіти за професійною спрямованістю, високий рівень корумпованості, низький авторитет і рівень довіри населення до працівників органів Національної поліцій України тощо. Розглянуто визначення «кадрова політика» й основні форми кадрового забезпечення Національної поліції України, а також нормативно-правове регулювання цього питання. Проаналізована Стратегія розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року в питанні кадрового забезпечення органів Національної поліції, зокрема її основна мета й напрями реалізації. Під час дослідження кадрової політики Національної поліції в аспекті встановлення компетенцій, визначення завдань, повноважень, обов'язків кадрового складу та ступеня відповідальності працівників підрозділів поліції ключову роль відіграє принцип прозорості, передбачений достатній рівень відкритості в процесі діяльності поліцейських підрозділів у питаннях дотримання прав і свобод людини для громадського контролю, а також державного й міжнародного моніторингу. Розглянуто здобутки поліцейських реформ і досвід роботи з кадрами в органах поліції в Грузії, Естонії та Латвії. У статті автори пропонують упровадження ефективних напрямів оптимізації процедур кадрового забезпечення органів Національної поліції України, зокрема більш прозорий і відкритий процес добору персоналу, підвищення кваліфікації та професіоналізму правоохоронців шляхом їх підготовки й перепідготовки, підвищення якості умов праці, а також удосконалення законодавства, яке регулює діяльність правоохоронних органів. На прикладі поліцейських реформ вищезазначених країн автори зробили висновок, що нестача кваліфікованих кадрів не завжди є перепоною для побудови якісно нового поліцейського корпусу; звільнення за корупційні правопорушення також є доцільним; нагальним є проведення реструктуризації й удосконалення наявних органів Національної поліції і створення спеціалізованих шкіл, які б готували нові кваліфіковані кадри.

Ключові слова: кадрова політика, адміністративні процедури, Національна поліція, кадрове забезпечення, органи Національної поліції України.

Постановка проблеми. Питання кадрового забезпечення органів Національної Поліції України є одним із найважливіших для вдосконалення її функціонування. Відповідно до Закону України «Про Національну поліцію», Національна поліція України визначається як центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки й порядку [4].

Отже, законодавець наголосив на тому, що органи Національної поліції відіграють провідну роль у забезпеченні функціонування держави та суспільства й підтриманні правопорядку. Нині процедура кадрового забезпечення органів не є досконалою, виходячи із цього, питання оптимізації адміністративних процедур з питань кадрової політики в Національній поліції України набуває неабиякого значення, особливо в умовах сучасного стану розвитку держави.

Зважаючи на те що проблема оптимізації кадрового забезпечення в органах Національної поліції постала нещодавно, то ця тема не є дослідженою науковцями. Однак варто виокремити деяких правників, які досліджували це та суміжні питання, такі як

© Р. Шаповал, Х. Солнцева, 2020

В. Авер'янов, О. Бандурка, А. Комзюк, О. Проневич, А. Танько, В. Тетеря, А. Потопальський, П. Маннінг, Д.Е. Барлоу, М.Х. Барлоу, М.Х. Мур і багато інших науковців. Однак це питання потребує подальшого наукового доопрацювання, оскільки адміністративні процедури з кадрового забезпечення зараз перебувають у процесі реформування й зазнають досить динамічних змін. Отже, обрана тема потребує подальшої наукової розробки.

Нині не вирішеною проблемою є обрання найбільш оптимальних і досконалих шляхів оптимізації кадрового забезпечення органів Національної поліції, їх оптимізація та відкритість. Діяльність Національної поліції зазнала чималих змін у процесі реформування, включаючи й кадровий корпус. Однак процедури кадрового забезпечення сьогодні не є досконалими, а тому потребують подальшого доопрацювання.

Метою статті є системний аналіз можливих адміністративних процедур оптимізації кадрового забезпечення та нормативно-правової бази, яка регулює це питання, а також унесення пропозицій щодо вдосконалення законодавства із цього питання з урахуванням досвіду іноземних країн.

Виклад основного матеріалу.

1. Поняття й загальна характеристика кадрового забезпечення органів Національної поліції

Із прийняттям Закону України «Про Національну поліцію» закладено фундамент реформ щодо створення сучасної правоохоронної системи, яка дасть змогу відновити рівень довіри суспільства до правоохоронних органів. Бездіяльність окремих працівників органів внутрішніх справ на Сході України, яка стала одним із факторів, які призвели до дестабілізації ситуації в країні, висока корумпованість на всіх ланках і в структурах внутрішньо кадрового забезпечення системи МВС – усе це вказує на критичну потребу в змінах.

У зв'язку із цим запровадження прозорості й відкритості в процедурах відбору кадрів до органів Національної поліції України, на наш погляд, є необхідним та одним із першочергових завдань.

Нині існує низка проблем, які прямо чи опосередковано стосуються забезпечення кадрами органи Національної поліції України. По-перше, це низький рівень освіти за професійною спрямованістю, адже професія поліцейського є досить складною та потребує багато спеціальних знань і навичок для ефективного розслідування правопорушень тощо.

Наступною проблемою є високий рівень корумпованості, починаючи з прийняття поліцейського на роботу. При такому рівні корупції не можна вести мову про ефективну діяльність органів Національної поліції України, тому повне викоренення корупції є одним із ключових питань. До того ж, окрім корупційних правопорушень, є багато випадків, коли працівники поліції вчиняють злочини прямо під час виконання своїх повноважень. Це суттєво підриває авторитет поліцейських і зменшує рівень довіри населення до працівників органів Національної поліцій України.

Наступним важливим питанням є кадрове планування, оскільки таке планування не є характерним у нашій державі. Планування кадрового забезпечення є важливим, щоб не було нестачі кваліфікованих кадрів. Необхідність такого планування потрібне, щоб не створювалося багато підрозділів органів поліції, які дублюють функції один одного, що, урешті-решт, призводить до зниження якості й ефективності роботи.

Реформою Національної поліції України визначено один із пріоритетних напрямів удосконалення діяльності поліції в Україні – оптимізація кадрових процедур у Національній поліції України з метою забезпечення ефективного відбору, підготовки та навчання кадрів, проходження ними служби, запровадження оптимальної системи мотивації, просування по службі, звільнення тощо. Мета такої оптимізації кадрових процедур – забезпечення якісного укомплектування Національної поліції України кваліфікованими та професійними кадрами, які були б адаптовані до викликів сучасності, якісно виконували покладені на них завдання, що має призвести до зростання рівні довіри населення органами Національної поліції України та забезпечить дотримання правопорядку, а також прав і свобод людини та громадянина. На жаль, наступні позитивні зміни не відбуваються повною мірою, що негативно відбивається на загальному функціонуванні органів поліції.

Нині науковці не дійшли згоди щодо єдиного визначення поняття «кадрова політика», трактують це поняття по-різному. Далі визначимо найбільш доцільні поняття.

Наприклад, С. Дембіцька зазначає, що кадрова політика – це загальний курс, а також послідовна діяльність держави щодо формування вимог до службовців, їх добору, підготовки й раціонального використання з урахуванням стану та перспектив розвитку державного апарату, прогнозів щодо кількісних і якісних потреб у кадрах [3].

На думку В. Сокуренка, кадрова політика являє собою закономірну реалізацію певних заходів, які, зокрема, передбачені нормативно-правовими актами. Така діяльність спрямована на формування стабільного висококваліфікованого персоналу в органах поліції, тобто його підбір, підготовку та розстановку, а також забезпечення професійного й особистого розвитку [11].

На нашу думку, найбільш доцільним є визначення кадрової політики, надане К. Бугайчуком, який зазначає, що кадрова політика за своєю сутністю є нормативно закріпленою сукупністю принципів, правил, норм, поглядів і рекомендацій, спрямованих на регулювання загальної організації роботи з персоналом у рамках певної сфери суспільного життя, державного органу, відокремленого підрозділу або господарського підприємства [2].

Основними формами кадрового забезпечення Національної поліції України є:

1) відбір поліцейського на посаду (кандидат складає тест професійного спрямування, тест на загальні вміння та навички, психологічний тест, проходить співбесіду, можливе також тестування на поліграфі);

2) медичні обстеження кандидатів на поліцейську службу (кандидат проходить профілактичний огляд, перевірку простої зорово-моторної реакції, складає тест на реакцію на рухомий об'єкт);

3) прийняття та призначення кандидата на службу в Національній поліції України;

4) просування поліцейського по службі (поліцейський складає тест загальних навичок, тест за конкретним напрямом роботи; проходить тест-оцінку знання професійної етики);

5) оцінювання та контроль діяльності поліцейського під час перебування на займаній посаді (проходження перевірки фізичної підготовки, атестаційний лист);

6) громадський контроль за кадровим забезпеченням і діяльністю Національної поліції [10].

До цих форм також доцільно додати:

1) запровадження ефективної системи навчання кандидатів (курсантів, студентів) на службу в поліції;

2) підвищення кваліфікації поліцейських;

3) запобігання корупційним проявам при прийнятті на службу та профілактика протидії корупції в подальшій діяльності поліцейських.

2. Основні напрями оптимізації адміністративних процедур з питань кадрової політики

В умовах євроінтеграції одним із зобов'язань, покладених на нашу державу, є приведення законодавства України у відповідність до європейських стандартів. У царині діяльності поліції варто взяти за орієнтир практику Європейського суду з прав людини, а також положення Європейського кодексу поліцейської етики, досвід зарубіжних країн, де поліцейська система успішно функціонує вже тривалий час [8].

Одним із пріоритетів Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року є формування стабільного та високопрофесійного кадрового складу органів системи МВС, який здатний належно реагувати на виклики й загрози у визначених сферах. Варто зазначити, що підвищення ефективності кадрових процедур є одним із напрямів Стратегії державної кадрової політики на 2012–2020 рр., що передбачає вирішення в т. ч. таких важливих завдань:

1) розроблення національної системи оцінювання якості освіти;

2) формування узгодженої системи оцінювання отриманих знань, умінь і навичок за результатами підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації згідно з вимогами, необхідними для виконання роботи за певною професією, посадою, а також формування системи оцінювання під час добору фахівців;

3) запровадження системи безперервного професійного навчання кадрів;

4) створення механізму професійної адаптації новопризначених працівників;

5) запровадження періодичного оцінювання результатів професійної діяльності працівників тощо [5].

Поряд із тим, що необхідно підвищувати рівень професіоналізму нових поліцейських, працівники кадрової служби також мають відповідати певним новим вимогам, зокрема, окрім спеціальної підготовки, працівники кадрової служби повинні володіти знаннями права, психології, педагогіки, соціології та економіки. Кадровій службі потрібно проводити планування кар'єри державних службовців, створювати програму розвитку персоналу. Процеси добору персоналу мають базуватися на принципі інформатизації, що буде цілком відповідати сучасним вимогам суспільства, для цього працівникам кадрової служби необхідне відповідне технічне оснащення.

Структура кадрової служби має передусім базуватися не на загальній чисельності робітників, а на покладених на поліцейський орган завданнях і функціях.

Під час дослідження кадрової політики Національної поліції в аспекті встановлення компетенцій, визначення завдань, повно-

важень, обов'язків кадрового складу та ступеня відповідальності працівників підрозділів поліції потрібно наголосити на тому, що Національна поліція та її окремі органи й підрозділи, відповідно до норм сучасного законодавства, повинні діяти згідно з принципом прозорості. Цим принципом передбачений достатній рівень відкритості в процесі діяльності поліцейських підрозділів у питаннях дотримання прав і свобод людини для громадського контролю, а також державного й міжнародного моніторингу [9].

Становлення та розвиток Національної поліції вимагає виховання й підготовки нової когорти правоохоронців, які будуть дійсно новим поколінням, із новими прогресивними поглядами, новим ставленням до роботи, нетерпимістю до корупційних проявів, світогляд яких буде базуватися на основі загальнолюдських цінностей, принципах гуманізму та демократії, з усвідомленням свободи й прав людини та громадянина як найважливішого здобутку суспільства.

Освіта та професійна підготовка нового покоління правоохоронців потребують удосконалення й реформування з обов'язковим включенням таких складників:

– реорганізація всіх закладів вищої освіти, що підпорядковані Міністерству внутрішніх справ;

– створення мережі закладів професійної підготовки (так званих поліцейських шкіл), які б здійснювали первинну підготовку поліцейських тільки призначених на посаду, а також і перепідготовку вже працюючих правоохоронців [6].

Отже, на основі проведеного аналізу автори пропонують такі можливі напрями оптимізації кадрового забезпечення органів Національної поліції України:

– необхідно організувати відбір і розстановку кадрів в органах внутрішніх справ на кожному рівні задля оптимізації якісного складу кадрів органів внутрішніх справ і забезпечення якісного та професійного виконання правоохоронцями покладених на них завдань;

– спростити й зробити відкритим і прозорим процес кадрового забезпечення й управління кадрами, модернізувати та запровадити інформатизацію управління кадрами, це, зокрема, підвищить довіру громадськості до правоохоронних органів;

– реформувати системи навчальних закладів, які готують кадри для органів поліції, з метою більш якісного та професійного навчання кадрів, здатних адаптуватися до сучасних потреб і запитів суспільства;

– забезпечити можливість підвищення кваліфікації вже працюючих правоохоронців;

– закріпити оптимальні умови праці, у т. ч. режиму робочого часу й відпочинку, оплати праці, трудової дисципліни, охорони й безпеки праці, щоб професія поліцейського була привабливою для професіоналів і не виникало проблеми нестачі кваліфікованих кадрів;

– і, звичайно, усі описані вище напрями неможливо впровадити без відповідного нормативно-правового регулювання, тобто законодавча база також має бути вдосконалена й адаптована під європейські стандарти та сучасні виклики суспільства. На законодавчому рівні необхідно, зокрема, оптимізувати процедури розподілу навантаження й повноважень між органами та підрозділами поліції та їх працівниками, посилити контроль за дотриманням штатної дисципліни в органах поліції, а також визначити процедуру притягнення до відповідальності всіх категорій працівників правоохоронних органів, а також визначити можливі заходи впливу на порушників.

С. Стеценко наводить таку класифікацію адміністративних процедур:

1) нормативні процедури;
2) засновні процедури;
3) правоохоронні процедури;
4) порядок реєстрації;
5) сертифікаційні процедури;
6) контрольні та наглядні процедури [15].

На нашу думку, безпосередньо у функціонуванні Національної поліції України важливу роль відіграють нормативні, правоохоронні, сертифікаційні, контрольно-наглядні та сервісно-консультаційні адміністративні процедури [14].

3. Міжнародний досвід оптимізації адміністративних процедур із питань кадрової політики в поліції

Міжнародні та національні експерти вказують на значний прогрес у реформуванні української поліції. Лише за два роки Україні вдалося здійснити пакет реформ, який упровадив багато європейських країн протягом десяти років. Реформа поліції вважається однією з найбільш успішних і динамічних з усіх реформ у державі.

У багатьох країнах світу (Велика Британія, Чехія,Бельгія, Данія, Німеччина, Естонія, Латвія, Литва, США тощо) місцева поліція розглядається населенням як організація, основою якої є ідея спільної відповідальності й безпеки; яка має місію і стратегію запобігання злочинності на конкретній території; де профілактична робота стоїть на високому рівні та рівноцінна розслідуванню вже скоєних правопорушень [7].

У вищеназваних країнах зберігається дуже високий рівень довіри населення до

правоохоронних органів загалом і поліцейських зокрема, яких уважають професіоналами в правоохоронній сфері, бо правоохоронці добросовісно та якісно виконують покладені на них функції з дотримання правопорядку. Також необхідно зазначити, що населення цих країн є широко поінформованим у питанні діяльності правоохоронних органів, їхньої діяльності, функцій та обов'язків.

Після проголошення декларації «Про відновлення державної незалежності Латвійської Республіки» судова реформа визначена одним із пріоритетних завдань Латвії. У державі створена нова система правоохоронних органів, у розвитку яких визначено три напрями:

1) деякі правоохоронні органи, які, по суті, не відповідали державному устрою, припинили своє існування;

2) створені нові, раніше не існуючі правоохоронні установи, які необхідні для зміцнення держави;

3) ті правоохоронні органи, які вже були створені й продовжили функціонувати після проголошення незалежності, бо без них неможливе функціонування та розвиток правової демократичної держави, пройшли крізь реформування, зокрема такі органи проходили процеси реструктуризації та вдосконалення.

Кінцева мета таких змін – створення правової та демократичної держави [13].

В Естонії значну увагу було приділено освіті кадрів, які мали на меті працювати в правоохоронних органах, створено школу поліції – навчальний заклад під юрисдикцією Міністерства внутрішніх справ та Управління поліції, який готує молодших і старших поліцейських на основі середньої освіти.

Отже, проблема забезпечення органів поліції кваліфікованими кадрами вирішена шляхом створення спеціалізованого навчального закладу, підпорядкованого МВС.

Існувала ще одна проблема – організація управління сімнадцятьма територіальними підрозділами поліції, які входили до складу Департаменту поліції з розслідування кримінальних злочинів. Ця проблема вирішена організаційною реформою цих підрозділів, яка проводилася в рамках адміністративно-територіальної реформи [13].

У Грузії в короткий термін проведена структурна реформа МВС. Одні міліцейські відомства ліквідовані, інші об'єднані. Передусім скасування піддалася найбільш корумпована структура – ДАІ.

Чотирнадцять тисяч співробітників автоінспекції були звільнені в один день, а протягом наступних декількох місяців, поки формувався новий підрозділ, за порядком на дорогах у Грузії ніхто не стежив.

Загалом протягом двох років із 85 тисяч старих співробітників МВС звільнено 75 тисяч, тобто оновився майже весь поліцейський корпус, однак такі радикальні реформи принесли свої результати.

Реформа загалом базувалася на принципі повної нетерпимості до корупції, а не обмежувалася звільненням поліцейських і прийняттям на роботу нових кадрів. Будь-які корупційні прояви одразу придушувалися, держава взяла повний контроль над ними, зокрема навіть призначалися «офіцери під прикриттям» для контролю за тим, щоб поліцейські прямували до встановлених правил. Рядовий співробітник міг працювати в парі з офіцером під прикриттям і ніколи про це не дізнатися, якщо тільки він не порушував правил.

Також постійно проводилися вибіркові перевірки задля контролю за виконанням усіх внутрішніх розпоряджень поліції. Співробітник під прикриттям міг подати заяву з приводу домашнього скандалу в поліцейську дільницю, щоб проконтролювати, як на нього відреагують. Інший такий співробітник міг їздити вночі з вимкненими фарами. Коли його зупиняли, він пояснював, що їде відремонтувати фари й пропонував гроші. Поліцейські, викриті в хабарництві, звільнялися. Такий підхід наочно демонстрував новоприбулим поліцейським, наскільки серйозно міністерство ставиться до дотримання кодексу й етичних норм поведінки поліцейських [12].

Нова професійна поліція була орієнтована на забезпечення правопорядку, надання якісних послуг громадянам, а також забезпечення дотримання прав і свобод громадян. Через велику корумпованість старого поліцейського корпусу майже весь він був звільнений, з'явилося багато вакантних місць, однак необхідні були лише такі кадри, які мали нові професійні якості й нове ставлення до роботи. Потрібна була велика кількість професіоналів, нетерпимих до будь-яких корупційних проявів. Для залучення найбільш талановитих фахівців уряд найняв на службу значну кількість нових поліцейських серед випускників університетів і юридичних факультетів, які мали скласти іспит. Нові співробітники проходили прискорену підготовку з метою освоєння основ поліцейської служби, внутрішніх правил і спілкування з громадянами. Для всієї країни цієї кількості поліцейських було недостатньо, тому до роботи були підключені інші правоохоронні органи, які були задіяні на рівні регіонів країни. Знову найняті патрульні

поліцейські пройшли шестимісячний випробувальний термін.

Згодом у патрульну службу стали наймати випускників середніх шкіл, а базова підготовка була збільшена з двох тижнів до двох місяців з періодичними курсами підвищення кваліфікації. Як й очікувалося, деяких із раніше прийнятих на службу патрульних довелося замінити: одних за хабарі або порушення внутрішніх правил, іншим же їх становище з блискучим автомобілем і красивою формою запаморочила голови, чимало офіцерів звільнено за перевищення повноважень [1].

Отже, на прикладі Грузії ми можемо наочно побачити, що навіть нестачу кваліфікованих кадрів можна подолати, треба лише продовжувати будувати новий поліцейський корпус на принципі нетерпимості до корупції, бо інакше корупцію не подолати. Недостатньо просто набрати нові кадри, необхідно перевірити їхній професіоналізм і нетерпимість до корупції.

Висновки

В умовах євроінтеграції Україна має провести чимало реформ задля адаптації до європейських стандартів. Одна з таких реформ – реформа правоохоронних органів. Ця реформа вже дала велику кількість позитивних результатів, однак нині ще зарано говорити про досконалість її впровадження. Зокрема, потребують реформування й оптимізації адміністративні процедури кадрового забезпечення.

Авторами пропонується запровадження конкретних напрямів оптимізації кадрових процедур, зокрема більш прозорий і відкритий процес добору персоналу, підвищення кваліфікації та професіоналізму правоохоронців шляхом їх підготовки й перепідготовки, підвищення якості умов праці, а також удосконалення законодавства, яке регулює діяльність правоохоронних органів.

На прикладі поліцейської реформи Грузії можна зробити висновок, що нестача кваліфікованих кадрів не завжди є перепоною для побудови якісно нового поліцейського корпусу. Цілковите викоренення корупції є першим кроком у такому реформуванні. Звільнення за корупційні правопорушення також є доцільним, оскільки корупційні прояви можуть поширюватися лише у випадках, коли залишаються безкарними. Саме така нетерпимість до корупції запроваджена в Грузії, що й дало змогу успішно провести поліцейську реформу.

З досвіду Латвії необхідно зробити висновок, що в Україні є доцільним проведення реструктуризації та вдосконалення наявних органів Національної поліції.

Досвід Естонії вказує на важливість професійної освіти поліцейського, тому в Україні необхідно створення спеціалізованих шкіл, які б готували нові кваліфіковані кадри.

З огляду на міжнародний досвід, запровадження вищезазначених заходів сприятиме оптимізації адміністративних процедур кадрового забезпечення в органах національної поліції України, а також зробить поліцейську діяльність максимально наближеною до європейських стандартів.

Список використаних джерел:

1. Борьба с коррупцией в сфере государственных услуг: Хроника реформ в Грузии. URL: chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdfmadadm/http://documents1.worldbank.org/curated/pt/330531468274499014/pdf/664490PUB0RUSS0Georgia0Book0Russian.pdf.

2. Бугайчук К. Кадрова політика та кадрове забезпечення публічного адміністрування в органах Національної поліції.

3. Дембіцька С. Кадрове забезпечення органів державної влади в Україні. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2014. № 782. С. 33–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2014_782_.

4. Про Національну поліцію : Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2015. № 40–41. Ст. 379. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text.

5. Про затвердження плану заходів з реалізації Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 21 серпня 2019 р. № 693-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/693-2019-%D1%80#Text\.

6. Потопальський А.В. Удосконалення адміністративних процедур та організаційних засад професійної підготовки поліцейських в Україні. *Право і безпека – Право и безопасность – Law and Safety*. 2019. № 2 (73). URL: http://pb.univd.edu.ua/index.php/PB/article/view/255/204.

7. Солнцева Х.В. Деякі питання організації поліцейської діяльності. *Право та інновації*. 2017. № 1 (17).

8. Солнцева Х.В. Поняття «поліцейська діяльність» в Україні та США. *Право та інновації*. 2016. № 1 (13).

9. Танько А.В. Стратегія кадрової політики Національної поліції України у контексті оновлення адміністративно-правових засад захисту прав і свобод людини. *Вісник ХНУВС – Bulletin of KhNUIA*. 2020. № 2 (89). URL: http://visnyk.univd.edu.ua/index.php/VNUAF/article/view/273/259.

10. Тетеря В.М. Адміністративно-правові засади кадрового забезпечення Національної поліції України на регіональному рівні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2018.

11. Управління органами Національної поліції України : підручник / за заг. ред. докт. юрид. наук, доц. В.В. Сокуренка ; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 580 с.

12. Федоровская И. Реформы в Грузии – что дальше? URL: https://www.imemo.ru/files/File/magazines/rossia_i_novay/2012_03/IFED_reforms.pdf.

13. Problematic Issues of the Administrative and Legal Status of the Police in the Baltic States (Lithuania, Latvia, Estonia) / R. Shapoval, I. Bytiak, N. Khrystynchenko, Kh. Solntseva. *ASERS Publishing*. 2018. Volume IX. Issue 1 (31.

14. Solntseva K.V., Kurakin O.M., Chanysheva A.R., Sobakar A.O. Classification of Personnel Procedures in the National Police of Ukraine. *Amazonia Investiga*. 2020. Volume 9 – Issue 28.

15. Stetsenko S.G. Administrative Law of Ukraine : Textbook. K. : Atica, 2008. 624 p.

Roman Shapoval, Khrystyna Solntseva. Optimization of administrative procedures of the personnel policy of the National Police of Ukraine

The article is devoted to the choice of the most appropriate ways to optimize administrative procedures on personnel policy in the National Police of Ukraine, considering several pressing issues such as low level of education, high level of corruption, low authority and public confidence in the National Police of Ukraine. The definition of "personnel policy" and the main forms of staffing of the National Police of Ukraine, as well as the legal regulation of this issue are considered. The Strategy for the development of the system of the Ministry of Internal Affairs for the period up to 2020 in the issue of staffing of the National Police, its main purpose and areas of implementation are analysed. In the study of the personnel policy of the National Police in terms of establishing competencies, defining tasks, powers, responsibilities of staff and the degree of responsibility of police officers, the key role is played by the principle of transparency, sufficient level of openness in policing for public control, as well as state and international monitoring. The achievements of police reforms and the experience of working with personnel in the police in Georgia, Estonia and Latvia are considered. In the article, the authors propose the introduction of effective ways to optimize the procedures for staffing the National Police of Ukraine, in particular, a more transparent and open process of personnel selection, training and professionalism of law enforcement officers through training and retraining, improving working conditions as well as legislation regulating activities of the law enforcement agencies. On the example of police reforms in the above mentioned countries, the authors concluded that the lack of qualified personnel is not always an obstacle to building a qualitatively new police corps; dismissal for corruption offenses is also appropriate; it is urgent to restructure and improve the existing bodies of the National Police and to create specialized schools that would train new qualified personnel.

Key words: personnel policy, administrative procedures, National Police, staffing, bodies of the National Police of Ukraine.

УДК 342.81
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.28

Ольга Лотюк,
докт. юрид. наук,
професор кафедри конституційного права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Вікторія Шуліка,
студентка II курсу магістратури
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОНЯТЬ «МІСЦЕ ПРОЖИВАННЯ» ТА «ВИБОРЧА АДРЕСА» В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

У статті проаналізовано низку нормативно-правових актів, що регулюють категоріально-понятійний апарат місцевих виборів згідно з чинним законодавством України про вибори та відповідні нормативні акти, досліджено рекомендації міжнародних інституцій контролю за дотриманням виборчого законодавства щодо використання правових засобів для усунення термінологічної невідповідності виборчого законодавства України. Комплексний аналіз доктринальних досліджень місцевих виборів, правового регулювання принципів виборчого законодавства, визнаних міжнародним співтовариством в українському законодавстві, на основі яких автори сформулювали основні суперечливі аспекти визначення ключових концепцій для підготовки, організації та адміністрування місцевих виборів та запропоновані рішення. Автори підкреслюють порівняльно-правовий аналіз нормативно-правових актів, що регулюють визначення основних понять місцевих виборів в Україні: терміни «місце проживання» та «виборча адреса», різниця у розумінні цих понять у різних правових актах України та правових положеннях Конституційного Суду України, вказується співвідношення понять «місце проживання» та «виборча адреса» виборця та підкреслюється виняткова важливість уніфікації концептуальної бази законодавця. У дослідженні зазначено прямий правовий зв'язок між принципом територіальності місцевих виборів та категоріями «місце проживання» та «виборча адреса» в контексті деталізації положень статті 141 Конституції України. У статті сформульовано основні проблемні аспекти відсутності єдиного підходу до визначення цих понять, зосереджено увагу на можливих та фактичних порушеннях виборчих прав громадян під час виборчого процесу на місцевих виборах, спричинених відсутністю єдиного виборчого законодавства та суміжного законодавства «Про Державний реєстр виборців», «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», положення Цивільного кодексу України та правові позиції Конституційного Суду України, на підставі яких автори синтезували рекомендації щодо їх усунення.

Ключові слова: місцеві вибори, принципи місцевих виборів, місце проживання, виборча адреса, виборче законодавство.

Постановка проблеми. Виходячи із конституційних принципів правової держави і верховенства права та гарантій захисту реалізації прав людини і громадянина, діяльність державних органів, що регулюють виборчий процес, повинна бути спрямована на захист реалізації виборчих прав громадян шляхом, зокрема, визначення механізмів (процедур) такого захисту відповідно до тих повноважень, якими наділені відповідні органи законами України. Серед основних проблем ефективності захисту виборчих прав громадян на місцевих виборах є відсутність єдиного підходу законодавця до визначення основного категоріального апарату організації, підготовки та проведення виборів. Серед них – і нормативно-правові колізії визначення понять «місце проживання», «виборча адреса» виборця та співвідношення між ними.

Мета статті. З'ясування основних векторів проблем відсутності єдиного підходу органів державної влади до категоріального апарату місцевих виборів та формулювання шляхів їх усунення на законодавчому та теоретичному рівні становить основні завдання, які ми поставили перед собою в процесі цього дослідження.

© О. Лотюк, В. Шуліка, 2020

На теоретичному рівні проблематику систематизації підходів органів державної влади до визначення основних категорій виборчого права досліджували Ю.М. Тодика (загальнотеоретичний рівень), О.М. Бандурка (понятійні категорії виборів народних депутатів), А.В. Зінов'єв, І.С. Поляшова, С.В. Фоміна, А.П. Забайкалов та інші. Значною теоретичною базою для нашого дослідження стали монографічні праці Ю.Б. Ключковського.

Виклад основного матеріалу. Українське виборче законодавство є динамічним, що не може не мати наслідком постійні зміни у нормативних актах, що прямо чи опосередковано врегульовують розуміння та використання понятійно-категоріального апарату виборів в Україні. Як наслідок, у своїх висновках ціла низка європейських інститутів, органів та організацій зробили загальний висновок про проблеми відсутності єдиного понятійного апарату виборів в Україні. Серед таких органів мають місце і висновки структурних підрозділів Ради Європи, що здійснюють контроль за додержанням виборчих прав громадян, зокрема висновки Європейської комісії за демократію через право (Венеційської комісії, Венеціанської комісії), одним з трьох основних напрямів роботи якої є питання виборів, референдумів та діяльності політичних партій. Документи Венеційської комісії хоча й не мають нормативної сили та є за своєю суттю рекомендаціями ("soft low"), однак містять універсальні стандарти, які покликані забезпечити громадянам їхнє право на участь у виборах та реалізації ними своїх виборчих прав. Вказані стандарти сформовані на підставі багаторічного європейського досвіду. Венеційська комісія надає висновки на законопроєкти та закони України (наприклад, висновок № 593/2010 щодо проєкту Виборчого кодексу Верховної Ради України, спільний висновок з ОБСЄ/БДІПЛ № 635/2011 щодо законопроєкту «Про вибори народних депутатів України»), а у 2002 році на 52-й сесії ухвалила Кодекс належної практики у виборчих справах (який включає керівні принципи та пояснювальну доповідь) – універсальний звід демократичних принципів та правил проведення виборів [1, с. 18]. Так само і ОБСЄ/БДІПЛ проводить регулярні місії зі спостереження за виборами, за результатами яких публікуються звіти, висновки та заяви про попередні результати (наприклад, підсумковий звіт зі спостереження за місцевими виборами 2015 року [2], остаточний звіт зі спостереження за виборами Президента 2019 року [3], остаточний звіт зі спостереження за позачерговими виборами народних депутатів України 2019 року [4]). Вказані європейські інституції, крім загальних, базових рекомендацій щодо організації виборчого процесу, у своїх звітах та рекомендаціях звертають нашу увагу на основоположність **принципу територіальності** місцевих виборів та необхідності забезпечити усім громадянам, що мають право голосу, участь у виборчому процесі.

Серед основних засад виборчого права багато дослідників, аналогічно до європейських інституцій, виділяють *територіальний принцип* (організації) виборів. Так, за А.В. Зінов'євим та І.С. Поляшовою, цей принципи «означає, що виборці беруть участь у виборах за місцем проживання» [5, с. 110]. Таке формулювання слід визнати неточним, оскільки жорстка прив'язка щодо місця *участі у виборах* у сучасних державах повністю відсутня (можна припустити, що автори цього твердження мали на увазі *участь у голосуванні*, що, однак, теж не відповідає реальності). Так, наприклад, обмеження, пов'язане з місцем проживання, щодо участі виборців у роботі виборчих комісій (що є однією з форм участі громадян у виборах) відсутнє у виборчому праві України стосовно загальнонаціональних виборів. Таке обмеження, пов'язане з вимогою проживання у відповідному територіальному виборчому окрузі, запроваджене свого часу у нині нечинному Законі України «Про вибори Президента України» у редакції 1999 року і збережене у редакції Закону 2004 року (стаття 23 Закону), рішенням Конституційного Суду України визнане таким, що не відповідає Конституції [6]. Натепер територіальний принцип виборів депутатів зазначався свого часу (ще до прийняття Конституції України 1996 р.) Ю.М. Тодикою та О.М. Бандуркою [7, с. 12]; сьогодні його згадують рідко. Це твердження виступає як антитеза так званого «виробничого» або «виробничо-територіального» принципу організації голосування виборців, характерного для ранніх років (до 1936 р.) радянського режиму в СРСР, коли вибори проводилися на виборчих зборах у сільській місцевості за територіальною ознакою, а у містах – у виробничих чи професійних одиницях, за винятком так званого «неорганізованого населення» у містах – домогосподарок, пенсіонерів, ремісників-одноосібників, збори яких проводилися за територіальною ознакою [5, с. 110; 8 с. 133–134; 7, с. 20]. Акцентування територіального принципу виборів нині виглядає анахронізмом, оскільки виробничий підхід, характерний для так званого корпоративного представництва, тепер слід вважати давно подоланим. Сучасна територіальна організація виборів має значною мірою

технологічний характер, а в частині, що стосується виборчої системи, є явищем, що належить до згаданої вище сфери конституційної чи виборчої інженерії [10, ст. 249 і далі].

Цікавою є думка Ю.Б. Ключковського щодо визначення понять «місце проживання» та «виборча адреса», яка була висловлена на засіданні круглого столу на тему: «Про проблеми функціонування Державного реєстру виборців та шляхи їх розв'язання» від 14. 09.2010 року при комітеті з питань державного будівництва та місцевого самоврядування. За словами науковця, загальне розуміння передбачає, що виборчою адресою особи є адреса, за якою зареєстроване її місце проживання. Водночас Виборчий кодекс закріпив можливість «прив'язати» виборчу адресу виборця не лише до місця зареєстрованого проживання, а й до фактичного місця проживання. Так, раніше виборчу адресу можна було змінити, лише змінивши місце реєстрації, що позбавляло значну кількість виборців можливості проголосувати на виборах. Для прикладу: трудові мігранти – виборці, які працюють в одному місці, а зареєстровані в іншому, вони не мали права голосувати, зокрема на місцевих виборах. Наприклад, якщо громадянин фактично проживає та працює в Києві, але місце реєстрації у нього у Львові, такий виборець не мав права голосувати на місцевих виборах за столичних кандидатів/партії. Те саме стосується і внутрішньо переміщених осіб, які тривалий час не мали змоги реалізувати свої виборчі права та проголосувати на виборах. Тепер кожен виборець незалежно від того, де зареєстроване його місце проживання, може закріпити своє фактичне місце проживання як виборчу адресу та проголосувати на виборах у відповідній місцевості [11]. Досить ґрунтовним є погляд Ю.Б. Ключковського і на проблематику єдиного підходу законодавцем до визначення поняття «місце проживання». Отже, у своїй монографії науковець вказує на те, що, незважаючи на законодавче визначення, у яких випадках тривале перебування особи за межами держави не вважається порушенням вимоги неперервного проживання в Україні, судова практика під час виборів народних депутатів України 2012–2013 рр. продемонструвала неоднозначну оцінку критеріїв проживання в Україні [10, с. 249 і далі]. Так, наприклад, Київський апеляційний адміністративний суд у своїй постанові від 19 серпня 2012 р. у справі щодо реєстрації В. Сацюка кандидатом у народні депутати України за основу прийняв як доказ інформацію, витребувану судом від Державної прикордонної служби України, про перетинання Державного кордону України В. Сацюком, звідки випливало, що кандидат у 2005 р. виїхав з України і повернувся лише у грудні 2010 р. На цій підставі суд скасував постанову ЦВК про реєстрацію В. Сацюка кандидатом у народні депутати України; водночас суд не вивчав того факту, що відповідач протягом цього часу мав зареєстроване місце проживання в Україні [12]. Ця позиція з аналогічною аргументацією була у повному обсязі підтримана Вищим адміністративним судом України [13].

Більш детально цей підхід до розуміння місця проживання в аспекті цензу осілості як фактичного, а не формального (зареєстрованого) проживання викладений у постанові Київського апеляційного адміністративного суду від 1 грудня 2013 р. щодо реєстрації В. Романюка кандидатом у народні депутати України на повторних виборах в одномандатному виборчому окрузі № 94 [14]. Так, суд ствердив, що «наявність відмітки у паспорті щодо реєстрації місця проживання в Україні протягом п'яти останніх років *не може бути безумовною підставою* для визнання його таким, що проживає в Україні протягом останніх п'яти років»; більше того, суд вказав, що «визначення особи такою, що проживає в Україні, виключно на підставі наявності реєстрації в Україні, здійсненої згідно із Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», є *формальним підходом, який суперечить самій сутності встановлених вимог щодо необхідного терміну проживання в Україні*». Переглядаючи зазначене судове рішення в апеляційному порядку, Вищий адміністративний суд України підтримав таку правову позицію, акцентуючи на тому, що для конституційного цензу осілості важливим є *фактичне проживання*, а не формальна реєстрація. Суд ствердив: «Наявність реєстрації проживання в Україні не дає права вважати, що особа проживає фактично за зареєстрованою адресою. *Фактичне проживання та реєстрація місця проживання не є тотожними поняттями*. Наявність реєстрації за певною адресою не свідчить про фактичне проживання особи за такою адресою» [15].

Для того щоб здійснити порівняльно-правовий аналіз використання законодавцем понять «місце проживання» та «виборча адреса», пропонуємо звернутись до низки нормативно-правових актів, які містять у собі вищезгадані поняття та різні підходи до їх визначення. Отже, стаття 33 Конституції України визначає, що кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, якій кореспондує і ст. 2 ЗУ «Про

свободу пересування та вільний вибір місця проживання».

Так само і положення статті 141 Конституції України закріплює положення про те, що до складу сільської, селищної, міської, районної, обласної ради входять депутати, які вибираються **жителями** села, селища, міста, району, області на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Тут варто прокоментувати положення Конституції України в контексті того, що таким чином Конституція закріплює територіальний принцип місцевих виборів та чітко закріплює прив'язку реалізації виборчого права жителями конкретної територіальної одиниці.

Своєю чергою Цивільний кодекс України у ч. 1 статті 29 вказує, що «Місцем проживання фізичної особи є житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово». І містить кореспондуючі їй положення ч. 6 ст. 29 ЦК про те, що «Фізична особа може мати **кілька місць проживання**». Таке трактування законодавцем поняття «місце проживання», на нашу думку, можна розуміти як визначення місця проживання у вузькому розумінні (конкретне житлове приміщення) без темпоральної прив'язки до тривалості проживання у такому приміщенні. На нашу думку, таке твердження законодавця у ЦК дещо суперечить положенням Конституції України стосовно територіальної прив'язки виборця на місцевих виборах, а також положення ЗУ «Про державний реєстр виборців» у контексті визначення виборчої адреси виборця, за якою він має бути включений до списків виборців на відповідній виборчій дільниці.

Ключовою проблемою цього положення є те, що свого часу ми думали, чи не можна зупинитися на інших способах прив'язки виборця до місця голосування, бо саме це функція виборчої адреси. Вона визначає, на яку дільницю має прийти виборець, щоби реалізувати свій голос. Однак, як виявилося, наявні серйозні проблеми з електронним обліком громадян в органах внутрішніх справ, і такої бази просто немає. Таким чином, кожен з цих підходів не забезпечував основного принципу, який мав бути закладений у властиво двох одночасно, але взаємосуперечливих принципах, які закладені в основу діяльності реєстру. Кожен виборець повинен бути включений у реєстр, у базу даних, але лише один раз.

Варто зазначити, що у тому ж Цивільному кодексі (ст. 310) право на місце проживання визначається як право фізичної особи на вільний вибір місця проживання та його зміну, крім випадків, встановлених законом. Необхідно звернути нашу увагу і на статтю 379 ЦК України, котра закріплює поняття житла. Отже, житлом фізичної особи є житловий будинок, квартира, інше житлове приміщення, призначені та придатні для постійного або тимчасового проживання в них.

Звертаємо увагу на те, що таке визначення ч. 1 ст. 379 ЦК прямо суперечить правовій позиції КСУ щодо розуміння місця проживання, яка висвітлена у Рішенні КСУ № 10-рп/2000 від 28.09.2000 року [16]. У абзаці 2 п. 3 Рішення КСУ визначає, що «За змістом статті 24 Конституції України під словосполученням «місце проживання» мається на увазі місце проживання громадян за територіальною ознакою (село, селище, місто чи інша адміністративно-територіальна одиниця), а не конкретне жиле приміщення (будинок, квартира, службова квартира). Як бачимо, позиція нинішнього законодавця, яка висвітлена у ст. ст. 19, 20 ЗУ «Про державний реєстр виборців» та ч. 1 ст. 29 та ч. 1 ст. 379 Цивільного кодексу України, суперечить правовій позиції Конституційного Суду України.

Щодо співвідношення понять «виборча адреса» та «місце проживання», яке наявне нині у різних законодавчих актах України, то варто зазначити, що у Виборчому кодексі (абз. 2 п. 5 ст. 7) право голосу на виборах депутатів сільської, селищної, міської ради, сільського, селищного, міського голови мають виборці, виборча адреса яких віднесена до території відповідної територіальної громади. А за ч. 4 ст. 7 Виборчого кодексу підставою реалізації виборцем свого права голосу на виборах є його включення до списку виборців на виборчій дільниці відповідно до цього Кодексу. Кореспондує вказаним положенням і ч. 6 ст. 7 Кодексу, що вказує на належність громадянина до відповідної територіальної громади та проживання його на відповідній території визначається його виборчою адресою (крім випадків, передбачених законом).

Схожа позиція законодавця висвітлена і у ЗУ «Про державний реєстр виборців» (ч. 1 статті 8), яка надає поняття «*виборча адреса*» виборця, що є підставою для віднесення виборця до відповідної виборчої дільниці. *Закон визначає, що* **виборчою адресою виборця є адреса, за якою зареєстроване його місце проживання** відповідно до Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», якщо інше не передбачене цією статтею.

У контексті статті 19 ЗУ «Про державний реєстр виборців» про порядок звернення особи за власною ініціативою до органу ведення Реєстру щодо включення до Реє-

стру, а саме ч.ч. 4, 8, 10 ст. 19 Закону, де вказується, що повідомлення, яке надсилається особі в порядку ст. 19 вказаного Закону, надсилається особі на вказану нею виборчу адресу або на адресу електронної пошти, з чого можемо обґрунтовано констатувати про ототожнення законодавцем понять «місце проживання» та «виборча адреса». Такого ж висновку доходимо, проаналізувавши положення ч. 4 ст. 20 ЗУ «Про державний реєстр виборців», котра визначає, що у разі звернення щодо зміни виборчої адреси у заяві виборця вказується **адреса житла,** за якою він фактично проживає та **яку просить визначити його новою виборчою адресою.**

Висновки

Здійснивши порівняльно-правовий аналіз чинного законодавства України, що визначає поняття «місце проживання», «виборча адреса» та їх співвідношення з урахуванням рекомендації міжнародних фундацій виборчих систем та європейських інституцій контролю за дотриманням принципів виборчого законодавства, можемо констатувати таке:

По-перше, аналіз цілої низки нормативно-правових актів, що регулюють поняття «місце проживання», «виборча адреса» та їх співвідношення, дає нам можливість синтезувати власне бачення про відсутність єдиного нормативного підходу до трактування вказаних понять, що своєю чергою породжує цілу низку законодавчих колізій у площині правового регулювання законодавства про вибори в Україні.

По-друге, законодавцю необхідно здійснити комплексну систематизацію підходів до визначення понять «місце проживання» та «виборча адреса», а саме привести у відповідність положення ст. ст. 33 та 141 Конституції України, ст. ст. 19, 20 ЗУ «Про державний реєстр виборців», ч. 1 ст. 29 та ч. 1 ст. 379 Цивільного кодексу України, ст. 19 та ч. 4 ст. 20 ЗУ «Про державний реєстр виборців». Крім того, важливо врахувати правову позицію КСУ, викладену у Рішенні КСУ № 10-рп/2000 від 28.09.2000 року. На нашу думку, логічно було б на законодавчому рівні визнати тотожність понять «місце проживання» та «виборча адреса» і надалі використовувати єдиний термін для позначення вказаного інституту у виборчому законодавстві.

По-третє, проблемними залишаються питання щодо складання списків виборців для проведення як загальнодержавних виборів, коли кожен виборець має можливість визначити свою виборчу адресу відповідно до закону про свободу пересування. А також питання щодо формування і голосування, формування списків виборців до голосування на місцевих виборах, в яких беруть участь тільки виборці, які належать до відповідних територіальних громад. У зв'язку з цим механізм, який забезпечує реалізацію виборцями свого виборчого права та права брати участь у відповідних виборах, повинен бути більш чітко описаний у законі таким чином, щоб не виникало питань про можливе переміщення, недопущення виборців до реалізації їхніх виборчих прав у зв'язку із трансформацією фактичного місця проживання із категорії «місце проживання» у категорію «виборча адреса».

Список використаних джерел:

1. Губська О., Ковриженко Д., Мохончук Б., Писаренко Н., Романюк П., Цуркан М. Місцеві вибори 2020 : посібник для суддів / за ред. М. Цуркана. Київ : «AK-Group», 2020. 308 с.

2. Підсумковий звіт зі спостереження за місцевими виборами 2015 року. URL: https://www.osce.org/uk/odihr/elections/ukraine/223811.

3. Остаточний звіт зі спостереження за виборами Президента 2019 року. URL: https://www.osce.org/uk/odihr/elections/ukraine/441931.

4. Остаточний звіт зі спостереження за позачерговими виборами народних депутатів України 2019 року. URL: https://www.osce.org/uk/odihr/elections/ukraine/441925.

5. Зиновьев А.В., Поляшова И.С. Избирательная система России : монография. Санкт-Петербург : Юридический центр «Пресс», 2003. 359 с.

6. Рішення Конституційного Суду України від 19 жовтня 2009 р. № 26-рп/2009 (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України). *Офіційний вісник України.* 2009. № 82. Ст. 2793.

7. Тодика Ю.М., Бандурка О.М. Вибори народних депутатів України : монографія. Харків : ХІВС, 1994. 118 с.

8. Ким А.И. Советское избирательное право: Вопросы теории избирательного законодательства и практики его применения. Москва : Юридическая литература, 1965. 211 с.

9. Ключковський Ю. Виборчі системи та українське виборче законодавство : монографія. Київ : Час Друку, 2011. 132 с.

10. Ключковський Ю.Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні : монографія. Київ : Ваіте, 2018. 908 с.

11. Стенограма круглого столу на тему: «Про проблеми функціонування

Державного реєстру виборців та шляхи їх розв'язання» від 14 вересня 2010 року при комітеті з питань державного будівництва та місцевого самоврядування.

12. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 19 серпня 2012 р. у справі за позовом Федорченко Г.Г. до Центральної виборчої комісії. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25655487 (дата звернення: 12.01.2018).

13. Постанова Вищого адміністративного суду України від 24 серпня 2012 р. у справі за позовом Федорченко Г.Г. до Центральної виборчої комісії. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25754264 (дата звернення: 12.03.2018).

14. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 1 грудня 2013 р. у справі за позовом Шпаковича В.В. до Центральної виборчої комісії. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35694241 (дата звернення: 12.01.2018).

15. Постанова Вищого адміністративного суду України від 4 грудня 2013 р. у справі за позовом Шпаковича В.В. до Центральної виборчої комісії. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35793413 (дата звернення: 12.01.2018).

16. Рішення КСУ № 10-рп/2000 від 28.09.2000 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-00?find=1&text=місце+проживання#Text.

Olha Lotiuk, Viktoriia Shulika. Comparative legal analysis of the relationship between the concepts of "place of residence" and "electoral address" in Ukrainian legislation

The article analyzes a number of normative legal acts regulating the categorical-conceptual apparatus of local elections under the current legislation of Ukraine on elections and related normative acts, studies the recommendations of international institutions of control over observance of electoral legislation to use legal means to eliminate terminological inconsistency of electoral legislation of Ukraine. A comprehensive analysis of doctrinal studies of local elections, legal regulation of the principles of electoral law recognized by the international community in Ukrainian law, based on which the author formed the main conflicting aspects of defining key concepts for the preparation, organization and administration of local elections and suggested solutions. The author highlights the comparative legal analysis of regulations governing the definition of basic concepts of local elections in Ukraine: the terms "place of residence" and "electoral address", the difference in understanding of these concepts in various legal acts of Ukraine and legal provisions of the Constitutional Court of Ukraine, the ratio of the concepts "place of residence" and "electoral address" of the voter is indicated and the exceptional importance of unification of the conceptual base of the legislator is emphasized. The study states a direct legal link between the principle of territoriality of local elections and the categories of "place of residence" and "electoral address" in the context of detailing the provisions of Article 141 of the Constitution of Ukraine. The article formulates the main problematic aspects of the lack of a unified approach to the definition of these concepts, focuses on possible and actual violations of voting rights of citizens during the election process in local elections, caused by lack of unified election legislation and related law "On State Register of Voters", "On freedom of movement and free choice of place of residence in Ukraine", provisions of the Civil Code of Ukraine and legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, on the basis of which, the authors synthesized recommendations for their elimination.

Key words: local elections, principles of local elections, place of residence, election address, election legislation.

УДК 343.32
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.29

Юрій Когут,
здобувач
Навчально-наукового інституту права імені князя Володимира Великого
ПрАТ «ВНЗ «Міжрегіональна Академія управління персоналом»,
генеральний директор
ТОВ «Консалтингова компанія «СІДКОН»

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ТА РОЗВИТКУ ДЕРЖАВНОЇ СИСТЕМИ ПРОТИДІЇ КІБЕРТЕРОРИЗМУ В УКРАЇНІ

У статті проаналізовані законодавчі та інші нормативно-правові акти, які врегульовують протидію кібертероризму в Україні. У межах розгляду правових засад формування та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні як загрозі інформаційній безпеці автор підтримує і розвиває думку, що сучасне законодавство з кібербезпеки України не має чіткої, ієрархічної побудови, єдності, комплексності, що спричиняє суперечливе тлумачення та застосування його норм на практиці, зокрема, через те, що окремі цілісні проблеми вирішуються в різних нормативних актах фрагментарно і без узгодження між собою. Зокрема, автором визначено, що у Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» не надані дефініції багатьох ключових термінів, які вживаються у сфері протидії кібертероризму («інформаційний тероризм», «комп'ютерний тероризм», «віртуальний тероризм»), що слід усунути. Поряд із цим також встановлено, що визначення, по суті, головним органом національної системи кібербезпеки Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації (Держспецзв'язку) зумовило виникнення низки проблемних питань у правозастосуванні Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», до яких, зокрема, належать насамперед особливості статусу Держспецзв'язку, який попри те, що не є міністерством, формує та реалізує державну політику у сферах криптографічного та технічного захисту інформації, кіберзахисту, телекомунікацій тощо. Крім того, у статті доведено, що правовий статус CERT-UA (урядової команди реагування на комп'ютерні надзвичайні події України) та Державного центру кіберзахисту також законодавчо не визначений. Водночас автором обґрунтовано, що робочий орган РНБОУ – Національний координаційний центр кібербезпеки, який здійснює координацію та контроль за діяльністю суб'єктів сектору безпеки і оборони, що забезпечують кібербезпеку, повинен мати функції управління, а не лише функції координації, які мають здійснюватися на основі інформації про кібератаки зі всіх ресурсів у режимі real-time чи близькому для нього.

Ключові слова: кібертероризм, кібербезпека, стратегія кібербезпеки, національна система кібербезпеки, кіберзахист, кіберзлочини, кіберінциденти, кіберпростір, кібератаки.

Постановка проблеми. Інформаційні відносини, пов'язані із забезпеченням кібернетичної безпеки та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні, натепер урегульовані законами України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», «Про інформацію», «Про державну таємницю», «Про науково-технічну інформацію», «Про телекомунікації», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про національну безпеку України», «Про боротьбу з тероризмом» та Указами Президента України «Про Доктрину інформаційної безпеки України», «Про Стратегію кібербезпеки України», «Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні», «Про Стратегію національної безпеки України», «Воєнна Доктрина України». Водночас у межах даної проблематики діють три стратегічні документи – «Стратегія кібербезпеки України», «Доктрина інформаційної безпеки України» та Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України». Крім того, 07.09.2005 р. Верховною Радою України ратифікована Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність (Будапештська Конвенція) [9], яка є першим і найбільш визнаним міжнародно-правовим документом у сфері боротьби з міжнародною і національною кіберзлочинністю, у тому числі кібертероризмом. Однак Україна ратифікувала цю Конвенцію, щоправда, не в повному обсязі – із заявами і застереженнями. Наприклад, в українське законодавство не імплементовані положення цієї Конвенції щодо Процедурного права. Можливо,

© Ю. Когут, 2020

не в останню чергу це пояснюється низькою якістю офіційного українського перекладу Конвенції, розміщеного на сайті Верховної Ради України [4, с. 7].

Аналіз публікацій, у яких започатковано розв'язання задекларованої проблематики. Аналіз генези наукової думки щодо розуміння поняття «кібертероризм» та напрямів протидії кібертероризму в Україні дозволило виділити низку вчених-правознавців, які вивчали правові засади забезпечення кібербезпеки держави: В. М. Бутузова, В. А. Васенина, В. А. Голубєва, І. В. Діордіца, В. В. Топчія, Г. В. Форос, А. В. Фороса, К. Л. Бугайчука, Г. М. Шорохову, М. А. Ожевана, В. К. Грищука, В. Л. Бурячка, В. Б. Толубка, В. О. Хорошка, С. В. Толюпу, О. Д. Довганя, І. М. Дороніна, О. І. Жайворонка, А. В. Турчак, Т. Ю. Ткачука, О. В. Бойченка, С. О. Гнатюка, В. В. Мохора, С. Б. Гавриша, М. В. Гуцалюка тощо. Однак, незважаючи на чималу увагу цих правознавців до досліджуваної проблематики, винятково значення для забезпечення кібербезпеки України набуває наукове обґрунтування перспективних напрямів удосконалення захисту інформаційного простору України від загроз кібертероризму на основі удосконалення законодавчих та інших нормативно-правових актів, які врегульовують протидію кібертероризму в Україні.

Мета статті полягає у здійсненні аналізу правових засад формування та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні як загрозі інформаційній безпеці та формулюванні пропозицій щодо їх вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Розвиток вітчизняного законодавства у сфері забезпечення кібербезпеки відбувався поступово, з урахуванням документів міжнародно-правового характеру та стратегій кібербезпеки зарубіжних країн.

Початок формування та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні був покладений у 2011 р. рішенням РНБОУ «Про виклики та загрози національній безпеці України у 2011 році», яке було введено в дію Указом Президента від 10.12.2010 р. № 1119/2010 (натепер втратило чинність) та яким передбачалось розроблення за участю СБУ пропозицій щодо створення єдиної загальнодержавної системи протидії кіберзлочинності, а також переліку об'єктів, що мають важливе значення для забезпечення національної безпеки і оборони України та потребують першочергового захисту від кібернетичних атак.

Важливим кроком у процесі протидії проявам кібертероризму слід вважати Указ Президента України від 15.03.2016 р. № 96/2016 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» [10]. Метою Стратегії кібербезпеки України є створення умов для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства і держави.

Саме цією Стратегією з метою розвитку потенціалу сектору безпеки і оборони у сфері боротьби з кібертероризмом передбачається необхідність «підвищення спроможності суб'єктів боротьби з кібертероризмом щодо протидії кібератакам на державні електронні інформаційні ресурси, об'єкти критичної інфраструктури, а також розвідувально-підривної діяльності іноземних спецслужб, організацій, груп та осіб проти України у кіберпросторі» [10].

Однак найбільш вагомим нормативно-правовим актом, який фактично заклав засади формування та розвитку державної системи протидії кібертероризму в Україні, став Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8], який визначає правові та організаційні основи забезпечення захисту життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави, національних інтересів України у кіберпросторі, основні цілі, напрями та принципи державної політики у сфері кібербезпеки, повноваження державних органів, підприємств, установ, організацій, осіб та громадян у цій сфері, основні засади координації їхньої діяльності із забезпечення кібербезпеки. Цей Закон є комплексним спеціальним законодавчим актом у сфері забезпечення кібербезпеки [2, с. 103].

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] є важливим кроком на шляху створення національної системи кібербезпеки – одного з ключових завдань політики національної безпеки. Такий системоутворюючий (базовий) закон у сфері кібербезпеки зафіксував ключові терміни в цій сфері, визначив поняття критично важливих об'єктів інфраструктури, об'єктів критичної інформаційної інфраструктури та механізми захисту таких об'єктів, принцип побудови національної системи кібербезпеки та її складових елементів, повноваження і координацію дій суб'єктів забезпечення кібербезпеки.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] національна система кібербезпеки є сукупністю суб'єктів забезпечення кібербезпеки та взаємопов'язаних заходів політичного, науково-технічного, інфор-

маційного, освітнього характеру, організаційних, правових, оперативно-розшукових, розвідувальних, контррозвідувальних, оборонних, інженерно-технічних заходів, а також заходів криптографічного і технічного захисту національних інформаційних ресурсів, кіберзахисту об'єктів критичної інформаційної інфраструктури. Тобто у національну систему кібербезпеки одночасно входять і суб'єкти забезпечення кібербезпеки, і відповідні заходи.

Одним з основних суб'єктів національної системи кібербезпеки є Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації (Держспецзв'язку), у складі якої знаходиться Державний центр кіберзахисту – ДЦКЗ, який був створений 1 липня 2015 р. Його було створено на базі Державного центру захисту інформаційно-телекомунікаційних систем Держспецзв'язку [11].

Визначення, по суті, головним органом національної системи кібербезпеки Держспецзв'язку зумовило виникнення низки проблемних питань у правозастосуванні Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8]. До них належать насамперед особливості статусу Держспецзв'язку, що відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України» є державним органом, який формує та реалізує державну політику у сферах криптографічного та технічного захисту інформації, кіберзахисту, телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, поштового зв'язку спеціального призначення, урядового фельд'єгерського зв'язку. Але згідно з вимогами ч. 1 ст. 1 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» формують державну політику тільки міністерства, а згадана Держспецзв'язку не належить до міністерств.

Вказаний вище Державний центр кіберзахисту (разом з урядовою командою CERT) має діяти за умови забезпечення його функціонування з боку Держспецзв'язку, при цьому їхні завдання хоча і визначені у Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] (ст.ст. 8 і 9), але окремі повноваження цим органам не надані, отже, виконання завдань буде організовано з урахуванням повноважень, законодавчо наданих Держспецзв'язку, правовий статус якої з формування державної політики у певних сферах не повністю відповідає вимогам чинного законодавства [3, с. 64].

Серед завдань ДЦКЗ – забезпечення функціонування команди реагування на комп'ютерні надзвичайні події України CERT-UA, а також проведення оцінки стану захищеності державних інформаційних ресурсів в інформаційно-телекомунікаційних системах органів державної влади. Крім того, ДЦКЗ відповідатиме за функціонування, безпеку та розвиток Національної системи конфіденційного зв'язку, функціонування та розвиток системи антивірусного захисту інформації для органів державної влади, національних інформаційних ресурсів, забезпечення функціонування та модернізації системи захищеного доступу державних органів до мережі Інтернет та Захищеного вузлу Інтернет-доступу Держспецзв'язку [11].

Відповідно до ч. 5 ст. 8 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] ДЦКЗ здійснює впровадження організаційно-технічної моделі кібербезпеки як складової частини національної системи кібербезпеки.

Водночас правовий статус ДЦКЗ не розкривається ні у Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [11], ні у Законі України «Про державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України», ні у будь-якому іншому чинному нормативно-правовому акті, проте Державний центр кіберзахисту дійсно функціонує, як вже наголошувалось, з 2015 р. як структурний підрозділ Держспецзв'язку.

Нині Міністерство цифрової трансформації разом з Адміністрацією Держспецзв'язку готують Кабінету Міністрів пропозиції з реорганізації ДЦКЗ Держспецзв'язку. Передбачається, що Держспецзв'язку оптимізує свою організаційну структуру, позбудеться невластивих їй функцій та посилить кіберзахист об'єктів критичної інфраструктури. Додатково Держспецзв'язку координуватиме забезпечення кібербезпеки.

У свою чергу, CERT-UA – урядова команда реагування на комп'ютерні надзвичайні події України – спеціалізований структурний підрозділ Державного центру кіберзахисту, що функціонує в рамках Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України. Проте це відомство може займатися тільки технічним припиненням кібератак. При цьому правовий статус CERT-UA, як й ДЦКЗ, також законодавчо не визначений.

Структурний підрозділ Держспецзв'язку – CERT-UA – створений, по суті, щоб запобігати кіберзлочинам, виявляти їх, збирати інформацію та інформувати про них [6, с. 160].

Відповідно до розділу 6 «Доктрини інформаційної безпеки України» та п. 1 ст. 5 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] координація

діяльності органів виконавчої влади у сфері кібербезпеки, зокрема, щодо забезпечення національної безпеки в інформаційній сфері здійснюється Президентом України через очолювану ним Раду національної безпеки і оборони України (РНБОУ). Як відомо, ці положення закону корелюються з вимогами ст. 3 Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України», де визначається, що до її функцій належить, окрім іншого, координація та здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері національної безпеки і оборони.

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] визначає у ч. 2 ст. 5 робочим органом РНБОУ Національний координаційний центр кібербезпеки (НКЦК), який здійснює координацію та контроль за діяльністю суб'єктів сектору безпеки і оборони, що забезпечують кібербезпеку, та який вносить Президентові України пропозиції щодо формування та уточнення Стратегії кібербезпеки України.

НКЦК утворений у 2016 р. відповідно до рішення РНБОУ від 27.01.2016 р. «Про Стратегію кібербезпеки України», уведеного в дію Указом Президента України від 15.03.2016 р. № 96 [10]. 7 червня 2016 р. Указом Президента України № 242/2016 було затверджено «Положення про Національний координаційний центр кібербезпеки» [7].

НКЦК відіграє вагому координуючу роль у національній системі кібербезпеки України. Зокрема, діяльність НКЦК дозволяє забезпечити координацію та контроль за діяльністю суб'єктів національної системи кібербезпеки під час реалізації Стратегії кібербезпеки України, підвищити ефективність системи державного управління у процесі формування та реалізації державної політики у сфері кібербезпеки. НКЦК вносить Президентові України пропозиції щодо формування та уточнення Стратегії кібербезпеки України.

Фактично фахівці НКЦК займаються аналітикою, аналізом кіберінцидентів, подій, про які звітують основні суб'єкти забезпечення кібербезпеки. Зараз НКЦК займається тим, щоб залучити до звітування кіберінцидентів й приватний сектор.

Отже, створення в Україні НКЦК було зумовлено саме необхідністю вирішення питання ефективної координації всіх суб'єктів, які діють у сфері кіберзахисту України.

Водночас НКЦК повинен мати функції управління, а не лише функції координації [5], які мають здійснюватися на основі інформації про кібератаки зі всіх ресурсів у режимі real-time чи близькому для нього.

Однак, незважаючи на формулювання концептуальних засад щодо особливостей функціонування національної системи кібербезпеки, досі не розроблені і не впроваджені суб'єктами забезпечення кібербезпеки в Україні дієві механізми обміну інформацією, необхідною для організації реагування на кібератаки і кіберінциденти, усунення їх чинників та негативних наслідків. Підрозділи кібербезпеки Збройних Сил України, інші утворені відповідно до законів України військові формування, правоохоронні органи спеціального призначення повинні узгоджувати та координувати розгортання заходів протидії кібертероризму.

Суб'єкти системи забезпечення кібербезпеки України мають тісно взаємодіяти між собою, водночас кожний з них спеціалізується на вирішенні конкретних завдань відповідно до своєї предметної компетенції. У результаті такої взаємодії зазначені суб'єкти доповнюють один одного, внаслідок чого утворюють струнку організаційно-функціональну систему, об'єднану як системою владно-розпорядчих повноважень, так і функцією із забезпечення кібербезпеки [12].

Висновки

Отже, сучасне законодавство з кібербезпеки України не має чіткої, ієрархічної побудови, єдності, комплексності, це спричиняє суперечливе тлумачення та застосування його норм на практиці, зокрема, через те, що окремі цілісні проблеми вирішуються в різних нормативних актах фрагментарно і без узгодження між собою [1].

У Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» [8] нарешті надане визначення терміна «кібертероризм», адже багато років чинне законодавство оперувало зазначеним терміном без його офіційного визначення, тому вчені розуміли цю дефініцію кожний по-своєму. Водночас у цьому законі не надані визначення інших ключових термінів, які вживаються у сфері кібербезпеки. Зокрема, не зрозуміло, як співвідносяться між собою такі терміни, як «кібертероризм», «інформаційний тероризм», «комп'ютерний тероризм», «віртуальний тероризм».

Незважаючи на регулювання вищевказаними нормативно-правовими документами процесу забезпечення державної кібербезпеки, в Україні тільки формується правова база з боротьби з кібертероризмом. Потребує досконалого правового обґрунтування питання організації ефективного протистояння кібертероризму в умовах активізації глобальних викликів та впливів, нових інформаційних технологій [2, с. 105].

Список використаних джерел:

1. Бугайчук К. Л., Шорохова Г. М. Забезпечення кібербезпеки як умова протидії терористичній діяльності: нормативно-правові аспекти. *Протидія терористичній діяльності: міжнародний досвід і його актуальність для України* : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. (15 груд. 2017 р.). Київ, 2018. С. 135–138.
2. Довгань О. Д., Доронін І. М. Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту : монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк». 2017. 107 с.
3. Доронін І. М. Правові проблеми визначення компетенції суб'єктів забезпечення кібербезпеки України. *Актуальні проблеми управління інформаційною безпекою держави* : зб. тез наук. доп. наук.-практ. конф. (Київ, 30 березня 2018 р.). Київ: Нац. акад. СБУ, 2018. С. 62–64. URL: http://academy.ssu.gov.ua/upload/file/aktualn_problemi_upravl_nnya_nformac_ycnoyu_bezpekoyu_derzhavi.pdf. (дата звернення: 02.11.2020).
4. Кольцов М., Аушев Є. Пропозиції до політики щодо реформування сфери кібербезпеки в Україні (Policy Paper). USAID. 2017. 28 с.
5. Національний координаційний центр кібербезпеки посилює співпрацю із міжнародними виробниками кібер-технологій. URL: https://www.rnbo.gov.ua/ua/Diialnist/4658.html. (дата звернення: 02.11.2020).
6. Потерейко О. О. Віртуалізація держави: теоретико-методологічний аналіз : дис. ... канд. політич. наук: 23.00.01. Львів, 2019. 201 с.
7. Про Національний координаційний центр кібербезпеки : Указ Президента України від 07.06.2016 р., № 242/2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/242/2016#Text. (дата звернення: 02.11.2020).
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. (дата звернення: 02.11.2020).
9. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про кіберзлочинність: Закон України від 07.09.2005 р. № 2824-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2824-15#Text. (дата звернення: 02.11.2020).
10. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» : Указ Президента України від 15.03.2016 р. № 96/2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/96/2016#n11. (дата звернення: 02.11.2020).
11. У Держспецзв'язку створено Державний центр кіберзахисту та протидії кіберзагрозам. URL: http://www.dsszzi.gov.ua/dsszzi/control/uk/publish/article?art_id=156473. (дата звернення: 02.11.2020).
12. Шпачук В. В. Суб'єкти державного управління кібербезпекою країни: зарубіжний досвід. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2019. № 2. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/pdf/2_2019/7.pdf. (дата звернення: 02.11.2020).

Yurii Kohut. Legal fundamentals of the formation and development of the state system of cyber-security in Ukraine

The article analyzes the legislative and other regulations that regulate the fight against cyberterrorism in Ukraine. As part of the legal framework for the formation and development of the state system of combating cyberterrorism in Ukraine as a threat to information security, the author joins, supports and develops the view that modern cybersecurity legislation in Ukraine does not have a clear, hierarchical structure, unity, complexity, which causes conflicting interpretation and application. norms in practice, in particular due to the fact that individual holistic problems are solved in different regulations in fragments and without coordination with each other. In particular, the author states that the Law of Ukraine "On Basic Principles of Cyber Security of Ukraine" does not provide a definition of many key terms used in the field of combating cyberterrorism ("information terrorism", "computer terrorism", "virtual terrorism"), which should be eliminated. In addition, it was also established that the determination, in fact, the main body of the national cybersecurity system of the State Service for Special Communications and Information Protection (State Special Communications) led to a number of problematic issues in law enforcement of the Law of Ukraine "On Basic Principles of Cyber Security of Ukraine". which, in particular, include, first of all, the peculiarities of the status of the State Special Communications, which, not being a ministry, but forms and implements state policy in the areas of cryptographic and technical protection of information, cyber security, telecommunications and more. In addition, the article proves that the legal status of CERT-UA (the government team for responding to computer emergencies in Ukraine) and the State Center for Cyber Security is also not legally defined. At the same time, the author substantiates that the working body of the National Security and Defense Council – the National Cyber Security Coordination Center, which coordinates and monitors the activities of security and defense sector entities that provide cybersecurity, should have management functions, not only information-based coordination functions. about cyberattacks from all resources in real-time mode or close to it.

Key words: cyberterrorism, cybersecurity, cybersecurity strategy, national cybersecurity system, cyber defense, cybercrime, cyber incidents, cyberspace, cyber attacks.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.30

Дмитро Гладчук,
ад'юнкт
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ЧИННИКИ ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ПРАЦІВНИКАМИ МІНІСТЕРСТВА ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

У статті акцентується увага на забезпеченні прав людини і громадянина в діяльності працівників Міністерства внутрішніх справ України. Наголошується, що суспільство і державу цікавить не тільки результат діяльності поліції, а й те, як цей результат досягається, а вимога боротися за дотримання правопорядку законними методами і засобами залишається особливо важливою, коли в Україні будуються правова держава і громадянське суспільство. Автор зазначає, що порушення прав і свобод людини і громадянина у поліцейській діяльності можуть бути різними, проте кваліфікуються вони однаково – як правопорушення проти особи, зловживання владою, перевищення службових повноважень та ін., що є причиною проведення низки службових розслідувань, а в деяких випадках і порушення кримінальних проваджень проти працівників поліції. Висловлено переконання, що випадки порушення прав і свобод людини і громадянина з боку працівника поліції є ганебними проявами у поліцейській діяльності, що дискредитують правоохоронну систему в цілому, знижують рівень довіри населення до поліції, а також підривають міжнародний авторитет нашої держави, яка позиціонує себе як така, що активно намагається протидіяти злочинності та проявам корупції. Автором визначено чинники, які впливають на порушення прав і свобод людини і громадянина в правоохоронній, в тому числі і поліцейській, діяльності: доктринальний, законодавчий, особистісний, соціально-психологічний, оціночний чинники, чинник безпеки самого поліцейського. Запропоновано шляхи оптимізації в роботі Міністерства внутрішніх справ України з метою зменшення впливу чинників, які впливають на порушення прав і свобод людини і громадянина у професійній діяльності поліцейського. Зокрема, наголошено, що питання забезпечення працівниками МВС України, в тому числі і поліції, прав і свобод людини і громадянина, визначення характеру морально-етичного спілкування з населенням, встановлення деонтологічних стандартів самої поліцейської діяльності потребує свого концептуального осмислення, доктринального визначення та нормативного закріплення.

Ключові слова: причини та умови, поліцейська діяльність, забезпечення прав людини, порушення, шляхи вирішення.

Постановка проблеми. Реалізація конституційних положень, що проголошують Україну як демократичну, соціальну і правову державу, неможлива без усебічного зміцнення законності й правопорядку, забезпечення прав і свобод громадян. У системі правоохоронних органів України відбуваються серйозні зміни, вдосконалюється їх структура й оновлюється правова база, покращується система підготовки кадрів, зміцнюється матеріально-технічна база, корегуються стратегія і тактика протидії злочинності. Суспільство і державу цікавить не тільки результат діяльності правоохоронних органів, а й те, як цей результат досягається. Вимога боротися за дотримання правопорядку законними методами і засобами залишається особливо важливою, коли в Україні будуються правова держава і громадянське суспільство [1, с. 91-92].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню законності під час забезпечення прав людини у професійній діяльності працівників МВС України у своїх працях приділяли увагу такі вчені, як: О. Бандурка, Є. Гіда, Л. Гула, Ю. Загуменна, М. Криштанович, О. Негодченко, І. Строков, Л. Шаповал та ін.

Метою статті є виявлення та обґрунтування причин і умов, що сприяють порушенням прав людини у професійній діяльності працівників МВС України.

Виклад основного матеріалу. Як це не прикро констатувати, поряд із тим, що працівники поліції забезпечують та захищають передбачені Конституцією України права і свободи людини і громадянина, вони водночас є потенційними порушниками цих прав і свобод, адже наділені повноваженнями застосовувати заходи примусу. У цьому разі

© Д. Гладчук, 2020

досить складне завдання – витримати паритетні стосунки, які б не викликали критики та нарікань.

Слід, на наш погляд, згадати принцип, закріплений ст. 29 Загальної декларації прав людини: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [2, с. 12].

Порушення прав і свобод людини і громадянина у поліцейській діяльності можуть бути різними, проте кваліфікуються вони однаково – як правопорушення проти особи, зловживання владою, перевищення службових повноважень та ін., що є причиною проведення низки службових розслідувань, а в деяких випадках і порушення кримінальних проваджень проти працівників поліції.

До найбільш небезпечних посягань на особисті права людини належить незаконне застосування до неї фізичного або психічного насильства, зокрема катування, яке означає будь-яку дію, що нею будь-якій особі навмисне спричиняються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дію, яку вчинила вона або третя особа чи в учиненні якої вона підозрюється. У діяльності працівників поліції факти жорстокого поводження з громадянами не лише мають місце, але є досить поширеним явищем. Порушення законності й дисципліни може бути наслідком свідомого невиконання працівником поліції службових обов'язків, зневажливого ставлення до прав і законних інтересів громадян, нестриманості, невміння орієнтуватися й діяти в складній обстановці тощо. Маючи широкі повноваження, окремі правоохоронці у своїх діях не уникають брутального насильства, що є навмисним та протиправним застосуванням сили працівниками поліції, які свідомо перевищують повноваження, надані їм. Подібно до правопорушників, які ретельно планують злочини, брутальні працівники поліції зазвичай удаються до запобіжних заходів, і їхні злочинні дії залишаються невиявленими [3, с. 175].

Трапляються також випадки застосування надмірної сили або як результат непридатності чи недбалості працівника поліції, або ж коли вони виявляються неспроможними розібратися із ситуацією, у якій вони опинилися, без зайвого чи надто нерозважливого застосування сили [4, с. 7].

Тиск чи погрозу застосування насильства до затриманої або якоїсь іншої особи виділяє як порушення прав людини з боку працівників поліції і Є. О. Гіда, який зазначає, що такі протиправні дії трапляються, коли працівникові, що проводить допит, не вдається отримати потрібну інформацію законним способом [5, с. 12].

Проблема катувань – одна з найбільш важких. У суспільній думці існує стійке уявлення, що заради викорінювання злочинності припустимі будь-які, іноді жорстокі, методи. На основі визнання підозрюваним своєї вини базується формування основної доказової бази про причетність його до вчинення злочину. Тому, незважаючи на декларації про прихильність до ідей прав людини, і законодавець, і суди неохоче йдуть на зміну сформованої практики й законодавства. Це, з одного боку, не досить ефективно запобігає застосуванню катувань, а з іншого – створює сприятливі умови для високого ступеня латентності цього злочину. Остання обставина дає можливість подавати проблему і в очах українського суспільства, і в очах міжнародної громадськості та міжнародних інститутів як незначну. На жаль, часто жорстоке поводження і застосування катувань залишаються безкарними чи, що ще гірше, сприймаються як норма [3, с. 176].

Ще одним видом порушення прав людини з боку працівників поліції є фабрикування доказів, що пов'язано з усними свідченнями, які ніколи не давалися затриманою особою під час допиту, або з речовими доказами, що були підкинуті особі під час затримання або у приміщення, де проводився обшук [5, с. 13].

Ми переконані, що випадки порушення прав і свобод людини і громадянина з боку працівника поліції є ганебними проявами поліцейської діяльності, що дискредитують правоохоронну систему в цілому, знижують рівень довіри населення до поліції, а також підривають міжнародний авторитет нашої держави, яка позиціонує себе як така, що активно намагається протидіяти злочинності та проявам корупції.

Слушно у цьому аспекті наголошує Л. Ф. Гула, зазначаючи, що важливим аспектом забезпечення прав людини в діяльності МВС України є як недопущення проявів кримінального насильства на всій території країни, так і викорінення фактів жорстокого поводження з громадянами в діяльності окремих співробітників, забезпечення належної правової оцінки кожної такої події [3, с. 176].

Компетенція Національної поліції України у сфері забезпечення прав і свобод людини й громадянина складається з таких

повноважень: 1) забезпечення публічної безпеки і порядку, тобто підтримання встановлених правовими актами правил поведінки та відносин між людьми, які перебувають у громадських місцях; 2) охорона прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави; 3) протидія злочинності, тобто попередження та припинення правопорушень, забезпечення притягнення до відповідальності винних, відновлення порушених прав і свобод громадян; виявлення й розслідування злочинів та розшук осіб, які їх вчинили [6].

На продовження зазначеного слушно зауважує М. Криштанович, зокрема: здійснюючи захист прав особи на недоторканість житла, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, на невтручання в особисте і сімейне життя, на свободу пересування, вільний вибір місця проживання, правоохоронні органи мають виконувати завдання, яке полягає в тому, щоб кожний працівник не міг втручатися (обмежувати) здійснення цих прав інакше, ніж згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної і громадянської безпеки, економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб [7, с. 22].

Вважаємо, що для викорінення випадків порушення працівниками поліції прав і свобод людини у професійній діяльності необхідно також встановити причини і умови, що їх породжують. У цьому аспекті думки вчених різноманітні. Проаналізуємо їх.

Так, наприклад, Ю. О. Загуменна вважає, що причиною порушення прав і свобод людини і громадянина поліцейськими та неналежного виконання професійних обов'язків є інтенсивність праці, незадовільне соціальне і грошове забезпечення, законодавча відсутність можливості роботи за сумісництвом тощо.

Якщо професійний ризик, який інколи обертається для працівників органів внутрішніх справ втратою життя й здоров'я, постійні перевантаження на службі свого часу компенсувалися підвищеним матеріальним забезпеченням та соціальними гарантіями, то тепер більшість працівників поліції (насамперед у регіонах) поповнює соціально вразливі верстви [8, с. 380].

Л. Ф. Гула визначає, що причиною безвідповідального ставлення працівників МВС до захисту прав і свобод людини іноді є сама специфіка правоохоронної діяльності, а іноді це пов'язано з недостатнім рівнем їхніх професійних, моральних та психологічних якостей, відсутністю в них необхідної впевненості у важливості та відповідальності їхньої суспільної ролі. Негативний вплив, який відчуває правоохоронець у спілкуванні зі злочинним середовищем, часом стає на заваді виконанню обов'язків із забезпечення прав і свобод людей, яким він присягався чесно служити [3, с. 177].

Враховуючи висловлені вище думки вчених, ми визначили причини і умови та систематизували чинники, які впливають на порушення прав і свобод людини і громадянина в правоохоронній, в тому числі і поліцейській, діяльності:

1) доктринальний чинник – відсутність єдиної концепції на загальнодержавному рівні для представників різних правоохоронних відомств і служб щодо деонтологічних стандартів юридичної діяльності, єдиних морально-етичних норм, які повинні бути доведені до відома кожного працівника правоохоронного відомства;

2) законодавчий чинник – відсутність належного нормативного визначення основних етичних норм, деонтологічних засад: детальна регламентація процесу морально-етичної взаємодії поліції з населенням, визначення пріоритетів, встановлення еталонів поведінки працівника поліції тощо;

3) особистісний чинник – визначається рівнем правової культури, правової свідомості працівника поліції, його психофізіологічним станом, естетичним смаком та ін.;

4) чинник безпеки самого поліцейського – відчуття стану захищеності працівника поліції державою від необ'єктивної оцінки його дій, наявність відповідних юридичних гарантій тощо;

5) соціально-психологічні чинники – постійні контакти зі злочинцями та аморальними елементами, конфліктність роботи, задоволення або незадоволення роботою, престиж поліцейської діяльності;

6) оціночний чинник – ефективність діяльності того чи іншого підрозділу поліції визначається встановленими статистичними показниками роботи, коли здійснюється порівняння з аналогічними періодами минулого року і визначається начебто погіршення або покращення в діяльності поліції.

Визначені нами причини та умови, які сприяють порушенню прав і свобод людини і громадянина у поліцейській діяльності, дозволяють сформувати пропозиції щодо їх розв'язання та виокремити перспективні шляхи вирішення таких проблемних питань.

Слушною є пропозиція Л. Ф. Гули, яка полягає в тому, що у професійній діяльності працівника поліції треба зламати стерео-

типи мислення й поведінки, часто наперед агресивного ставлення до осіб, які вчинили злочини, а також міцні редути «кругової поруки» й обстоювання будь-якою ціною «честі мундира» навіть у разі очевидності вчинення злочину колегою – працівником правоохоронного органу [3, с. 178].

Наступною пропозицією є посилення уваги керівництва МВС України до діяльності служб внутрішньої безпеки, моніторингу, інспекції з особового складу в аспекті здійснення профілактичної роботи, спрямованої на упередження виникнення причин та умов, що сприяють порушенню прав і свобод людини і громадянина з боку працівника поліції. Адже, як зазначає Ю. О. Загуменна, цими службами застосовуються різноманітні форми контролю, серед яких – інспектування, планові та раптові перевірки, комплексні відпрацювання, під час яких виявляються недоліки та надається практична допомога. Контрольні функції реалізуються як гласними, так і негласними методами відповідно до чинного законодавства [8, с. 378-379]. Сподіваємось, що у недалекій перспективі служба внутрішньої безпеки МВС стане такою структурою, в діяльності якої буде домінувати захист працівника поліції від протиправних посягань, соціальних конфліктів і вже на другому місці будуть контрольні й каральні функції.

Крім цього, питання забезпечення працівниками МВС України, в тому числі і поліції, прав і свобод людини і громадянина, визначення характеру морально-етичного спілкування з населенням, встановлення деонтологічних стандартів самої поліцейської діяльності потребує свого концептуального осмислення, доктринального визначення та нормативного закріплення. Позитивним прикладом такого роду проведеної діяльності є зарубіжний досвід таких країн, як Люксембург, Нідерланди, Німеччина, Ірландія, США, Франція та ін., де на законодавчому рівні прийнято кодекси деонтологічної поведінки поліцейських.

Не менш важливою, на наш погляд, є пропозиція щодо підвищення «професіоналізму» сучасного поліцейського, відхід від стереотипу, що працівник поліції – це вузькоспеціалізований фахівець. Навпаки, для налагодження партнерських відносин із населенням працівник поліції повинен бути духовно та інтелектуально розвиненою особистістю, мати високий рівень правової культури, належний освітній рівень, відповідні службові знання, вміння та навички, керуватися професійними цінностями, мати належне психологічне налаштування та постійно підвищувати рівень своєї майстерності. У цьому аспекті нагальною є робота з кадрами, включаючи відбір, підготовку та розміщення. Удосконалення потребують механізм і методика відбору кандидатів на службу в поліцію на конкурсній основі за міжнародними стандартами поліцейської системи, причому це стосується як відбору кандидатів на службу в конкретних службах і підрозділах, так і комплектування абітурієнтами навчальних закладів системи МВС України.

Актуальною у всі часи була і залишається пропозиція щодо формування позитивного іміджу поліцейської діяльності насамперед через засоби масової інформації шляхом налагодження ефективної та конструктивної взаємодії, обміну інформацією, висвітлення позитивних прикладів службової діяльності тощо.

Варто позбавити поліцію залежності від статистичних показників про стан злочинності. Необхідна якісно нова система критеріїв оцінки ефективності діяльності та організації контролю. Такими критеріями оцінки, на наш погляд, можуть бути: навантаження, інтенсивність праці, якість діяльності та дотримання законності тощо.

Очевидно, що в процесі правоохоронної діяльності мають місце суперечності, вирішення яких можливе, як видається, лише на найбільш високому, філософсько-правовому рівні, а не на рівні галузевих юридичних наук. Йдеться насамперед про суперечності між обов'язками держави щодо створення гарантій забезпечення прав та свобод громадян, системи правового захисту їх від злочинних посягань та особливостями правоохоронної діяльності, які передбачають в окремих випадках обмеження прав та свобод громадян, зокрема, під час проведення заходів щодо розкриття злочинів. У цьому зв'язку показовим є питання, яке ставиться дуже чітко вітчизняними науковцями-криміналістами: «Чому саме віддається перевага в боротьбі зі злочинністю – захисту прав та свобод людини або створенню умов для встановлення об'єктивної істини при розслідуванні кримінальних проваджень?» [9, с. 107].

Слушно у цьому аспекті зазначає Л. А. Шаповал: «У правовому суспільстві засоби забезпечення та захисту прав та свобод не можуть бути будь-якими, а благородна мета ніяк не виправдовує аморальних і протиправних діянь, спрямованих на її досягнення, бо в такій державі чинний принцип верховенства права, а це означає, що діяльність правоохоронних органів може ґрунтуватися лише на морально-етичних та правових засадах» [10, с. 35].

Висновки

Таким чином, особливості діяльності МВС України щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина визначаються засобами та методами цієї діяльності, а причини та умови, що породжують їх порушення у професійній діяльності, багато в чому залежать від рівня соціально-економічного та політичного розвитку країни, професіоналізму самих співробітників, закріплених та регламентованих деонтологічних стандартів тощо. У зв'язку з цим зазначене питання завжди буде актуальним в українському суспільстві, адже динамічні зміни у розвитку соціальних явищ і процесів зумовлюють використання та запровадження нових методів, засобів і заходів щодо забезпечення прав людини працівниками МВС України у своїй повсякденній діяльності, що не завжди вдається швидко та оперативно здійснити. Тому необхідно застосовувати елементи стратегічного планування та прогнозування роботи відомства, зокрема, і в напрямі забезпечення прав людини.

Список використаних джерел:

1. Антонов К.В., Антонов Р.К. Окремі проблеми забезпечення прав і свобод громадян в оперативно-розшуковій діяльності правоохоронних органів в умовах дії нового КПК України. *Вісник АМСУ. Серія «Право»*. 2013. № 2 (11). С. 91-97.

2. Загальна декларація прав людини. Права людини і професійні стандарти для працівників правоохоронних органів в документах міжнародних організацій. Київ : Сфера, 2002. С. 9–12.

3. Гула Л.Ф. Заходи щодо запобігання порушення законності та прав і свобод людини працівниками органів внутрішніх справ. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2015. № 2. С. 173-180.

4. Діяльність ОВС України в забезпеченні прав людини за сучасних умов. *Іменем Закону*. 2005. № 42 (5480). 44 с.

5. Гіда Є.О. Загальнолюдські стандарти прав людини і забезпечення їх реалізації в діяльності міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2000. 16 с.

6. Про Національну поліцію України : Закон України від 02 липня 2015 року № 580-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text (дата звернення: 12.11.2020).

7. Криштанович М. Діяльність ОВС щодо захисту прав і свобод людини як важлива умова забезпечення національної безпеки України. *Науковий вісник «Демократичне самоврядування»*. 2013. Вип. 12. С. 17-25.

8. Загуменна Ю.О. Основні напрямки забезпечення прав і свобод людини в діяльності органів внутрішніх справ. *Форум Права*. 2010. № 4. С. 376-382.

9. Строков І. Забезпечення прав і свобод людини у кримінальному судочинстві. *Право України*. 2001. № 3. С. 106-110.

10. Шаповал Л.А. Морально-етичні засади діяльності працівників органів внутрішніх справ. *Іменем Закону*. 2007. № 14. С. 35.

Dmytro Hladchuk. Factors of human rights violations by employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine

The article focuses on ensuring human and civil rights in the activities of employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. It is emphasized that society and the state are interested not only in the result of policing, but also in how this result is achieved, and the requirement to fight for law and order by legal methods and means remains especially important when building the rule of law and civil society in Ukraine. The author notes that violations of human and civil rights and freedoms in policing may be different, but they are classified equally – as an offense against a person, abuse of power, abuse of office, etc., which is the reason for a number of official investigations, and in some cases, and the initiation of criminal proceedings against police officers. It is believed that violations of human and civil rights and freedoms by police officers are shameful manifestations of policing, discrediting the law enforcement system as a whole, reducing public confidence in the police, and undermining the international prestige of our state, which positions itself as such. which actively tries to combat crime and corruption. The author identifies the factors that affect the violation of human and civil rights and freedoms in law enforcement, including and policing: doctrinal, legislative, personal, socio-psychological, evaluative factors, the safety factor of the policeman. Ways to optimize the work of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine in order to reduce the impact of factors that affect the violation of human and civil rights and freedoms in the professional activities of police officers. In particular, it was emphasized that the issue of providing employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, including and the police, human and civil rights and freedoms, determining the nature of moral and ethical communication with the population, establishing deontological standards of policing itself, requires its conceptual understanding, doctrinal definition and normative consolidation.

Key words: causes and conditions, policing, human rights, violations, solutions.

UDC 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.31

Veronika Horielova,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor at the Department of State Legal Sciences
"KROK" University

IMMORAL ACTIVITY OF JUDGES IN THE CONTEXT OF "BANAL EVIL": LEGAL ASPECT

The article examines the issue of immoral activity of judges, which harms a person seeking salvation and justice in court – which is a vivid illustration of the "banal evil" of our century. The main prerequisites for "banal evil" are human weakness, which allows a person to go against the moral law. Another important prerequisite for the immoral behaviour of judges is the motivation for illegal and easy enrichment against the background of general impunity. Thus, the inner manifestations and inclinations and temptations of the outside world push the judge to commit immoral acts, as a result of which the judge misuses his freedom and inviolability, commits "banal evil", which should be blamed. The article examines international legal acts relating to the moral conduct of judges and analyzes the current national legislation on this issue, based on which it is concluded that the regulation of moral principles of a judge is only declarative. It was found that the category of "justice of the court" is the main counterweight to the category of "banal evil". The whole system of European legislation is aimed at the criterion of "fairness of the court", as evidenced by the numerous decisions of the European Court of Human Rights against Ukraine. The article presents cases of immoral actions of judges, which were established by the Public Integrity Council, which approved the Indicators for determining the non-compliance of judges with the criteria of integrity and professional ethics. Such criteria include the Public Integrity Council: independence of judges and their impartiality, honesty and integrity, observance of ethical norms and diligence. According to the indicators, the Public Integrity Council established several violations, however, as life shows, the judges were not responsible. But here it is not enough to talk only about non-compliance with moral norms or violation of professional ethics by judges, because, behind every decision, action or inaction of a judge is another person's life, quality of life, property changes and most importantly moral (emotional) concerns. The banality of evil in the actions of a judge, in our opinion, is: any injustice (decisions, actions or omissions) and any untruthfulness (distortion of the truth, not a remark on the truth).

Key words: morality, justice, judges, banal evil, society.

Formulation of the problem. Despite the large number of legal documents correcting the conduct of judges, the number of decisions of the European Court of Human Rights in terms of violations of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is not reduced. The problem of frequent cases of dishonesty and bribery of judges, as well as violations of reasonable time limits for consideration of the case, remains relevant. Because of this, this problem remains relevant and needs constant consideration to improve the situation.

Analysis of recent research and publications. Scientists V.D. Tkachenko, S.P. Pogrebnyak, D.V. Lukyanov devoted their works to the issue of ethical behaviour of judges. However, this problem still has not lost its scientific significance in the works of Soviet scientists: M.S. Strogovich, Yu.V. Korenevsky, etc.

Part of the general problem has not been solved previously. In modern conditions of society development, issues of law and morality are focused, first of all, in the space of ensuring human rights and freedoms. Compliance with the high moral standards of the position of a judge is taking into account, in addition to the doctrine of legal normativism, also the social doctrine of morality. Moreover, the immorality of judges, in our opinion, can be considered from the standpoint of "banal evil".

Formulating the goals of the article. Given the above, the purpose of the article is to study the moral and legal approaches in determining the immoral actions of judges as a "banal evil".

Presentation of the main research material. In this matter, we are primarily interested in evil, not natural, which can happen by itself and does not depend on human actions, but only moral evil, which is always the result of active or passive behaviour of a person to whom all who seek justice resort. The task of evil (illegal decision) to a person seeking salvation and justice in court is a vivid illustration of banal moral evil.

© V. Horielova, 2020

According to I. Kant, the category of "evil" is the maxim that does not agree with the moral law. Relevant in this regard is also another view of Kant, when he argues that in any single object of grounds for evil does not exist, just as there is no evil in the natural attraction to the object, and evil exists only in the rule, which a person establishes for the application of his arbitrary will [1]. Therefore, the main reason for an immoral act is human weakness, which allows a person to go against the moral law. Another important reason for the immoral behaviour of judges is the motivation for illegal and easy enrichment, received from others (judges, lawyers, etc.), which against the background of general impunity turns into a commitment to "evil". Thus, we can assume that the cause of evil lies in the misuse of the judge's freedom. Internal manifestations, inclinations and temptations push the judge to commit immoral acts, and thus we can say that we are dealing with a "banal evil" that must be blamed. According to researchers, "banal" or "radical evil" is characteristic and fully revealed only within a totalitarian state [2], because where there is state responsibility to man and guarantee the right of access to a fair trial of "banal evil" can not exist. To prevent "banal evil" in the judiciary, the rule of law sets up management systems, control, create appropriate legal cultures, have generated a huge array of demotivators for immoral acts. Therefore, starting to understand the issue of motivation for immoral acts, it is necessary to identify demotivating factors and find methods to eliminate them. In this regard, Ukraine has already taken many steps to overcome barriers to such a shameful motivation: raising judges' salaries, bonuses and allowances, the system of personal protection of judges, the implementation of the Code of Judicial Ethics, etc., but this in the realities of today is not enough.

So, following Art. 1 of the Code of Professional Ethics of Judges, a judge must be an example of obedience to the law, strictly abide by the oath and always act in such a way as to strengthen the faith of citizens in honesty, independence, impartiality and justice of the court [3]. Unfortunately, this Code only regulates moral principles and norms, but according to the preamble to it "these norms cannot be used as a basis for disciplinary liability of judges and determine the degree of their guilt", which means that judges should only strive to comply with them and privacy, but are not responsible for their violations. Also, the term "justice" – as the main moral postulate of the idea of creation and operation of the court occurs only once in the above Article 1. However, justice is, first of all, the human right to a fair trial, which following Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms include: independence and impartiality of the court, a reasonable time for consideration of the case, treatment of a person as innocent until proven guilty, providing a person with professional protection [4]. The fairness of the court as the main guarantee of equality before the law and timely, impartial consideration of the case is reflected in the International Covenant on Civil and Political Rights [5]. The Bangalore Principles on the Conduct of Judges of 19 May 2006 also emphasize the need for independence, the impartiality of judges, which is important for courts to fulfil their role in upholding constitutionalism and the rule of law, establishing public confidence in the judiciary in matters of morality, honesty and integrity, without which it is impossible to build a democratic state governed by the rule of law. A judge must perform his judicial function solely based on a factual assessment, following a conscious understanding of the law, regardless of outside influence, motivation, pressure, threats or interference (direct or indirect), demonstrating his conduct as impeccable, even from the point of view of an outside observer [6]. The European Charter on the Law on the Status of Judges, which aims to ensure the moral principles of incorruptibility and impartiality of judges "which everyone lawfully counts on when going to court", is also aimed at fairness, and the state is obliged to provide judges with funds for the proper performance of their duties and for consideration of the case within a reasonable time [7]. Accordingly, Art. 7 of the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" obliges judges in addition to fair, impartial and timely consideration of cases to adhere to the rules of judicial ethics, including to identify and maintain high standards of conduct in any activity to strengthen public confidence in the court, ensuring public confidence in the honesty and integrity of judges; submit a declaration of integrity of the judge and a declaration of family ties of the judge [8]. Thus, it turns out that the Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges" obliges judges to adhere to the rules of judicial ethics, which, as noted above, are only declarative.

The category of "justice" includes the category of "truthfulness". The problem of "moral evil" is also in the degree of truthfulness of the court, which today, on a real general scale, gives an impressive understanding of the general moral collapse. Truthfulness covers all the objective aspects of the trial, as well as the human ability to judge, which prevents "blindness" and "deafness" of the trial, and the will of the judge must always coincide with the moral norms of the law. In other

words, such behaviour of a judge would be ideal if his behaviour, qualities and "practical reason" could and should become the norms of moral law. In this case, the law of morality for judges would be written by the judges themselves in the process of life and their professional activities. That is why true morality is a manifestation of a person's character, and its realization should be manifested only freely and consciously.

Thus, the banality of evil in the actions of the judge is:

– any injustice (decisions, actions or omissions);

– any untruth (distortion of the truth, not remarks on the truth).

Thus, the European Court of Human Rights considers unfair "excessive length of the contested process", "unreasonable terms of the trial" (cases "Voitenko vs Ukraine", "Zhovnir vs Ukraine", "Naumenko vs Ukraine", "Shmalko vs. Ukraine", "Poltorachenko vs Ukraine", "Sokur v. Ukraine", "Piven vs Ukraine", "Romashov vs Ukraine", etc.

In January 2019, the Public Integrity Council (PIC) approved the Indicators for Determining Judges' Non-Compliance with Integrity and Professional Ethics Criteria [9]. Among the criteria for the integrity of the GRD included:

– independence of judges. GRD investigates violations of the principle of political neutrality by a judge; receiving incompatible with the position awards; illegal interference in the work of the automated document management system of the court; support for aggressive actions of other states against Ukraine; using family, friends, and other informal connections to pursue a career or gain unjustified preferences; admission by a judge of actions or inaction, or decision-making due to political motives, corporate solidarity, manipulating circumstances or legislation, or having economic, corruption or other personal interest in making or not making a decision [10, p. 6–11];

– impartiality. The GRD provides a list of rulings in favour of a certain person, other than in other similar cases, or taking action to unduly complicate or delay the case; consideration of the case in the illegal composition of the court, about which the judge could not but know; consideration of the case received in violation, selective evasion of consideration of cases by declaring self-recusal in some, and failure to declare in other similar cases [10, p. 12–13];

– honesty and incorruptibility. The GRD indicates intentional or due to manifest negligence in the performance of its duties the reporting of inaccurate, incomplete information in the declaration of integrity; failure to notify the existence of a conflict of interest and failure to take measures to prevent it; arbitrary imposition of restrictions on the exercise of the right to peaceful assembly; participation in the adoption of a court decision, consideration of the case that led to the repeated loss of Ukraine in the European Court of Human Rights; involvement in decisions that have caused damage to cultural heritage or created a significant risk of such damage; abnormally fast consideration of the case despite a clear legal prohibition and without the participation of the parties, the use of dubious methods of acquiring property; tax evasion, action or omission that led to the avoidance of lustration of him or another person; involvement in the abuse of procedural powers or rights, other actions that negatively affect the authority of justice, and failure to make efforts to eliminate the negative consequences of these actions [10, p. 13–20];

– observance of ethical norms. The GRD establishes cases of violation of the rules of ethics in professional activities or in private life, for example: the judge insulted the participants of the process, other persons or exerted unjustified pressure on them; violated the rights of journalists, allowed unethical communication with them; did not perform or dishonestly performed his/her parental or family responsibilities, in particular, tried to reduce their scope through the court by means of a fictitious lawsuit agreed with the other party; allowed gross violations of traffic rules; used the court form for correspondence for personal purposes, disseminated knowingly false information; allowed academic dishonesty (for example, used the results of someone else's scientific or creative work on his own behalf); used his status to satisfy his own interests or the interests of others or allowed his actions or inaction to others to use his status to obtain illegal benefits or unjustified and unfair advantage; unreasonably failed to declare in time his property or family member, which is a liquid asset, income, or significantly underestimated its amount and (or) value, or unreasonably did not provide information for declaration by a family member; did not take sufficient measures to clarify the property status of the persons in respect of whom he must submit a declaration of a person authorized to perform the functions of state or local self-government, as a result of which he stated a false including incomplete) information; did not convincingly explain the origin of liquid assets, expenses, benefits received (him, family members or relatives) or legal income, in the opinion of a prudent observer, raise doubts about the adequacy to acquire such assets, the implementation of such costs, the receipt of benefits; received property, income or benefit,

the legality of the origin of which, in the opinion of a prudent observer, raises reasonable doubts (interest-free loan in significant amounts to the detriment of the lender, receiving as a gift, free use or with a significant discount there is no evidence of the legality of income for the acquisition of such property, understatement of such property, etc.); received official housing as a result of abuse or privatized an apartment that was provided as official, for example, artificially increased the number of registered family members; if you have your own home, you have registered in a dormitory; registered his own real estate for relatives; received in this way the second or third apartment; received an apartment, privatized it and immediately sold it; received an apartment as a service apartment and took steps to privatize it, in particular, removed from office; violated the requirements of incompatibility, for example, did not transfer the right to manage its share in the company; did not react to known cases of dishonest or unethical behavior of colleagues, covered such behavior or known facts of illegal activities of judges, court employees, lawyers, law enforcement officers, neglecting responsibility not only for their behavior but for the justice system in general [10, p. 21–27].

– diligence. GRD proves cases when a judge: allowed obviously negligent execution of documents (decisions, rulings or other documents related to the judge's professional activity; documents submitted for participation in the competition or for evaluation, etc.); ignored the case-law of the European Court of Human Rights; allowed litigation, in particular, if it led to a violation of reasonable time in order to give the party to the process of actual benefits (for example, to take action that will prevent the execution of the decision or deprive it of the subject, avoid liability, etc.); committed a violation of the principle of publicity and openness (for example, prohibited audio recording in open court, as well as video recording by portable technical means); obstructed access to public information; not being at work (for example, was abroad, studying, in the temporarily occupied territory, etc.), made court decisions; untimely made court decisions or transmitted them for publication, if it was systematic and intentional [10, p. 28–30].

It should be noted that these remarks of the Public Council of Integrity did not gain wide resonance and involvement of the perpetrators of the mentioned immoral violations.

Conclusions

Thus, the moral principles of judges are mostly declarative, and practical decisions regarding the immoral actions of the "ministers of Themis" may in exceptional cases be only a belated reaction and only as loud speeches or debates.

References:

1. Kant I. Religion within the limits of reason alone. Treatises and Letters / Editor-in-Chief and author of articles by A.V. Gulyga. Moskva : Izd-vo Nauka, 1980.
2. Arendt X. Sources of totalitarianism. Moskva : Center Com. 1996
3. Code of Judicial Ethics. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text.
4. CONVENTION ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.
5. International Covenant on Civil and Political Rights. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text.
6. Bangalore Principles for the Conduct of Judges of 19 May 2006. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_j67#Text.
7. European Charter on the Law on the Status of Judges. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/994_236#Text.
8. Law of Ukraine "On the Judiciary and the Status of Judges". URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text.
9. What are violations of integrity criteria: the practice of GRD. URL: https://grd.gov.ua/news/shcho-ie-porushenniamy-kryteriiv-dobrochesnosti-praktyka-hrd/.
10. Sereda M.L. Generalization of the practice of the Public Integrity Council in 2019. Kyiv, 2020. 32 p.

Вероніка Горєлова. Концептуальні тенденції сучасної моралі в правовому суспільстві

У статті досліджується питання аморальної діяльності суддів, що завдає шкоди особі, яка шукає порятунку та справедливості в суді, що є яскравою ілюстрацією «банального зла» нашого століття. Основними передумовами «банального зла» є людська слабкість, що дозволяє особі йти врозріз моральному закону. Іншою важливою передумовою аморальної поведінки суддів можна назвати мотивацію до незаконного та легкого збагачення на фоні загальної безкарності. Таким чином, внутрішні прояви і схильності та спокуси зовнішнього світу штовхають суддю здійснювати аморальні вчинки, внаслідок чого суддя неправильно використовує власну свободу та недоторканість, вчиняє «банальне зло», що повинно ставитися в провину. У статті досліджені міжнародні правові акти, які стосуються моральної поведінки суддів, та проаналізовані норми чинного національного законодавства з цього питання, на підставі чого зроблено висновок про те, що регламентація моральних принципів судді має

лише декларативний характер. Виявлено, що категорія «справедливість суду» є головною противагою категорії «банальне зло». На критерій «справедливість суду» націлена вся система європейського законодавства, про що свідчать численні рішення Європейського Суду з прав людини, винесені проти України. У статті наведені випадки аморальних дій суддів, які були встановлені Громадською радою доброчесності, яка затвердила Індикатори визначення невідповідності суддів критеріям доброчесності і професійної етики. До таких критеріїв Громадська рада доброчесності віднесла: незалежність суддів та їх неупередженість, чесність та непідкупність, дотримання етичних норм та старанність. За такими індикаторами Громадською радою доброчесності встановлена численна кількість порушень, утім, як показує життя, відповідальність судді не несли. Але тут замало говорити про лише недотримання моральних норм чи порушення професійної етики суддями, оскільки за кожним рішенням, дією чи бездіяльністю судді стоїть життя іншої людини, якість її життя, майнові зрушення та головне моральні (душевні) хвилювання. Банальність зла в діях судді, на нашу думку, полягає у будь-якій несправедливості (рішеннях, дії чи бездіяльності) та будь-якій неправдивості (спотворення правди, не зауваження на правду).

Ключові слова: мораль, справедливість, судді, банальне зло, суспільство.

УДК 343.122
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.32

Володимир Беньківський,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри кримінально-правової політики та кримінального права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСНОВНІ КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ТА ПРОБЛЕМИ ПРИЧИННОГО ЗВ'ЯЗКУ В ТЕОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Стаття присвячена комплексному дослідженню основних концепцій і підходів щодо причинного зв'язку у кримінальному праві. Досліджено сутність та обґрунтування уявлень про причинний зв'язок у кримінальному праві як об'єктивної реальності.

Зазначається, що уявлення про причинний зв'язок, що має кримінально-правове значення, як про об'єктивний закладалося ще у межах німецької кримінально-правової доктрини.

Також автор зазначає, що сучасні уявлення про об'єктивну властивість або характеристику причинного зв'язку були синтезом англійської та німецької кримінально-правової доктрин.

Автор зазначає, що у межах іншого підходу щодо об'єктивності каузальності передбачалося значне теоретичне, методологічне її обґрунтування, яке мало діалектико-матеріалістичний характер.

Автор наголошує, що певний формально-логічний підхід до розуміння каузального зв'язку у працях англійських логіків та філософів не виключає уявлення про даний зв'язок як об'єктивний.

Констатується, що новим рівнем розуміння об'єктивної каузальності можна вважати інформаційний підхід. Зокрема, у науковій доктрині України обґрунтовується думка, що існують суттєві відмінності між інформаційними та неінформаційними діяннями; відповідно, існує відмінність причинних зв'язків у межах даних діянь.

Автор звертає увагу на те, що інформаційна причинність (інформаційний причинний зв'язок) не має однозначної наукової характеристики як суто об'єктивна, оскільки діяння в інформаційному просторі так чи інакше передбачає опосередкування усвідомленням (усвідомленою діяльністю суб'єкта).

Особливу увагу автор звертає на таку характеристику у межах спричинення, як можливість (класично-реальна можливість діяння).

З погляду автора, у кримінальному праві виникають «граничні» ситуації, коли необхідно акцентувати увагу на значенні суб'єкта (його дії, діяння) у межах процесу, що породжує (об'єктивно) небезпечні для суспільства наслідки. Відповідно, реальна можливість як результат, на думку автора, усієї суми необхідних ситуаційних чинників може враховуватися у кримінально-правовій оцінці поведінки суб'єкта. Традиційно застосовуване абстрагування від поведінки суб'єкта шляхом застосування поняття «діяння» утруднює, з погляду автора, правову оцінку дій особи.

Автор констатує також наявність значної методологічної і обґрунтувальної бази щодо розуміння причинності і причинного зв'язку як суб'єктивного.

Особливу увагу автор звертає на те, що в умовах формування нового кримінального законодавства України формально можна констатувати виникнення проблеми поділу причинного зв'язку на причинний зв'язок у межах складу кримінального проступку та причинний зв'язок у межах складу злочину.

Ключові слова: причинний зв'язок, кримінальне право, кримінальне законодавство, інформаційна причинність, суб'єктивна причинність, склад злочину, склад кримінально-правового проступку.

Постановка проблеми. Важливість представленої автором проблематики зумовлена необхідністю переосмислення й аналізу основних концепцій і підходів щодо розуміння юридично значущого причинного зв'язку як умови кримінальної відповідальності суб'єкта.

Вибір найбільш обґрунтованого уявлення про причинний зв'язок у кримінальному праві – основа точної правової оцінки діяння, вчиненого суб'єктом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з теми. В огляді сучасного стану розроблення проблеми причинності і причинного зв'язку важливими є наукові і доктринальні праці таких авторів, як А.А. Піонтковський, Н.Ф. Кузнєцова, М.Д. Шаргородський,

© В. Беньківський, 2020

Г.А. Крігер, В.М. Кудрявцев, Г.В. Тімейко та ін.

В українській кримінально-правовій доктрині необхідно звернути увагу на роботи таких відомих науковців, як Я.М. Брайнін, А.А. Музика, Н.М. Ярмиш, С.Р. Багіров, О.Л. Тимчук та ін.

За останній час необхідно звернути увагу на праці таких українських вчених щодо проблематики причинного зв'язку в кримінальному праві, як С.В. Бабанін (стаття «Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони порушення чинних на транспорті правил» 2014 р.), К.В. Катеринчук («Проблеми причинного зв'язку у злочинах проти здоров'я особи» 2017 р.), В.А. Мисливий та ін.

Цілі статті (постановка завдання). У рамках представленого дослідження можна сформулювати такі цілі:

1) визначити основні концептуальні підходи та уявлення про причинний зв'язок;

2) проаналізувати перспективність окремих уявлень про причинний зв'язок в контексті сучасного його розуміння та ефективності застосування в рамках здійснення правової оцінки діянь;

3) звернути увагу на особливі уявлення про причинний зв'язок (інформаційна причинність, фіктивна причинність та ін.) у контексті меж їх застосування у сучасній кримінально-правовій доктрині;

4) врахувати у загальному плані зміни у сучасному кримінальному законодавстві України для визначення перспектив нового розуміння причинного зв'язку (причинний зв'язок у складі кримінального проступку, причинний зв'язок у складі злочину).

Виклад основного матеріалу. Проблематика причинного зв'язку у кримінально-правовій доктрині характеризується рядом не до кінця вирішених питань, які знаходять своє особливе рішення у межах концептуальних підходів, запропонованих юристами-науковцями.

До згаданих проблемних питань, з погляду автора, належать такі:

1) питання про те, чи розглядати причинний зв'язок у кримінальному праві як об'єктивний або як суб'єктивний;

2) питання методики встановлення причинного зв'язку у кримінальному праві;

3) пов'язане з п. 2 питання «протяжності» або юридично доцільної компонентності причинного зв'язку (тобто яка кількість складників причинного зв'язку є допустимою у межах кримінального права);

4) проблема ступеня значущості причинного зв'язку у вирішенні питання кримінальної відповідальності особи.

Зазначені питання не вичерпують усієї проблематики причинного зв'язку.

Зокрема, на особливу увагу заслуговують питання «нетипової» каузальності (статистична, інформаційна, винна та ін.). Як вже зазначалося вище, ключовим проблемним питанням каузальності є з'ясування концептуальної дилеми: розглядати причинний зв'язок, що має кримінально-правове значення, як об'єктивний (що існує незалежно від усвідомлення його учасниками кримінально-правових відносин) або як суб'єктивний (зв'язок має кримінально-правове значення, оскільки суб'єкт злочину усвідомлює його розвиток, з точки зору осіб, які здійснюють кримінально-правову оцінку).

Питання об'єктивного причинного зв'язку у науці пов'язується з однорідністю (або одноманітністю) наукових підходів до розуміння даного зв'язку у межах конкретних наук, зокрема у межах кримінального права. Єдине розуміння причинного зв'язку – умова (на думку науковців, що обстоюють позицію об'єктивної каузальності) не утворення конкретно-наукових і значною мірою суб'єктивістських версій причинного зв'язку.

Аналіз проблеми об'єктивної каузальності у кримінальному праві дає змогу говорити про включення причинного зв'язку в об'єктивну сторону складу злочину (кримінального правопорушення); юридичним наслідком визнання об'єктивності причинного зв'язку є його розгляд в об'єктивній частині складу злочину (кримінального правопорушення), виникнення його значення як об'єктивної умови кримінальної відповідальності.

Також уявлення про причинний зв'язок як про об'єктивний у спеціальному аспекті впливає на вирішення питання відповідальності співучасників скоєння злочину, можливо, осіб, причетних до скоєння злочину, якщо йдеться про те, що роль кожного складника злочину у загальному комплексі нерівноцінна на відміну від, зокрема, прийнятої у теорії «conditio sine qua non» повної рівноцінності (але не рівнозначності) всіх попередніх близьких чи віддалених умов його настання [1, с. 258].

Проблематика об'єктивної каузальності з точки зору відомих фахівців у галузі права є в основному вирішеною, сформованою.

На думку автора представленого дослідження, сформувалися принаймні два підходи щодо проблематики об'єктивної каузальності.

Перший підхід характерний для англійської та німецької школи кримінального права і стосується прагматичного викорис-

тання властивостей причинного зв'язку (структура, часова характеристика) для обґрунтування кримінальної відповідальності особи.

У межах даного підходу враховується:

1) структура зв'язку («причина-наслідок»);

2) часовий «лаг» між дією причини та настанням суспільно-небезпечних наслідків.

Перший підхід до розуміння об'єктивної каузальності (який можна назвати також «аксіоматичним») є акцентуацією на причинному зв'язку як інструменті правової оцінки поведінки особи, що вчинила (або вчинює) суспільно-небезпечне діяння (злочин, кримінальне правопорушення або кримінальний проступок).

Перший підхід передбачає також певний консенсус відомих науковців (засновників теорій, прийнятих у кримінальному праві, та їх послідовників) щодо об'єктивності причинного зв'язку як базисного посилу для встановлення даного зв'язку. Зокрема, для таких науковців, як М. Бурі, Круг, Глазер та ін., об'єктивність зв'язку не потребувала доведення.

Тобто у межах згаданого підходу до розуміння об'єктивної каузальності існує її іманентна характеристика «об'єктивність».

Зазначений науковий підхід реалізувався, зокрема, у теорії адекватної причинності (Кріс, Рюмелін), в тій її частині, де не досліджується суб'єктивне ставлення юриста щодо врахування причинного зв'язку у правовій оцінці (науковий підхід Трегера).

Усі інші теорії (наукові підходи), які «сприйняли» об'єктивність каузальності аксіоматично (теорія причин і умов, головної причини та ін.), є цілісними і не характеризуються «суб'єктивістськими» винятками щодо і у межах визначення юридично значимого причинного зв'язку.

Другий підхід щодо об'єктивності каузальності передбачає теоретичне (значною мірою філософське) її обґрунтування; тобто науковці, що дотримуються другого підходу, вважають, що для застосування причинного зв'язку як об'єктивної межі відповідальності необхідне доктринальне обґрунтування каузальності як такої, що розуміється універсально, не передбачає спеціальних, кримінально-правових винятків.

Необхідно зазначити, що даний підхід реалізувався у рамках протидії «ідеалістичним» (або суб'єктивістським) тенденціям у науці (зокрема, правовій науці).

Даний підхід у науці вибудовувався на таких засадах:

1) на діалектичному підході, або, точніше, на його матеріалістичному аспекті;

2) на логічних характеристиках каузальності (конкретно: логічній характеристиці поняття «причина»).

Необхідно зауважити, що п. 2 тісно пов'язаний з розмежуванням співвідносних у рамках дослідження каузальності і причинного зв'язку понять «причина» та «умова».

Зокрема, у науковій ретроспекції простежується зв'язок між науковими поглядами К. Біндінга, К. Біркмейєра та зазначеного вище, відомого англійського логіка і філософа Д.С. Мілля.

У багатьох кримінально-правових дослідженнях проблематики причинного зв'язку наводиться дефініція Д.С. Мілля щодо причини, яка розглядається як сума умов, позитивних і негативних, узятих разом, сукупність випадковостей різного роду, настання яких незмінно супроводжується наслідком.

Уявлення Мілля щодо умов підтримав К. Біркмейєр; К. Біндінг вважав, що причина виникає тоді, коли виникає перевага позитивних умов над негативними [2].

Але «матеріалістичне» уявлення щодо причин і умов було сприйняте у доктрині кримінального права і полягає у такому:

1) якщо за основу аналізу взаємодії явищ береться поняття «причина», то розглядається такий вид детермінізму, як причинність;

2) якщо за основу аналізу взаємодії явищ береться поняття «умова», то розглядається такий вид детермінізму, як зумовленість явищ;

3) причина породжує явище (у кримінально-правовій інтерпретації – діяння породжує суспільно-небезпечні наслідки);

4) умова створює сприятливе «середовище» (зокрема, інтенсифікує процес) для настання наслідку.

Якщо не враховувати наведені відмінності понять «причина» і «умова», відбувається їх ототожнення; дане ототожнення своїм наслідком має неточність кримінально-правової оцінки поведінки особи.

Представники «матеріалістичного» та об'єктивного підходу до розуміння та обґрунтування каузальності на основі з'ясування сутності і змісту властивості «об'єктивність» звертаються до праць філософів, які застосовували «стихійно-діалектичні» або науково-діалектичні підходи до розуміння причинності.

У цьому зв'язку необхідно виділити філософську оцінку щодо каузальності такого відомого мислителя й науковця, як Л. Фейєрбах (за визначенням марксистів, представник «вульгарно-матеріалістичного» підходу); «матеріалістично» акцентовані наукові підходи щодо розуміння причин-

ності таких визначних французьких науковців, як Гольбах, Дідро; в англійській філософії необхідно виділити такого науковця, як Т. Гоббс. Певна «логізація» каузального зв'язку у працях Ф. Бекона також, з точкина погляд автора, не виключає уявлення про зв'язок як об'єктивний, матеріальний.

Однак названі науковці у «матеріалістичній» парадигмі об'єктивної каузальності є лише попередниками «об'єктивно-ідеалістичного» підходу Г.В.Ф. Гегеля, діалектико-матеріалістичних підходів Ф. Енгельса, К. Маркса.

Сформульовані щодо обґрунтування об'єктивної каузальності наукові положення активно використовуються такими фахівцями кримінального права України, як В.О. Беньківський, Н.М. Ярмиш, О.Л. Тимчук, А.А. Музика та ін.

Новим рівнем розуміння об'єктивної каузальності можна вважати «інформаційний» підхід, у межах якого враховуються поняття «інформація», «віртуальність», «кіберсфера» та ін.

Необхідно звернути увагу на те, що проблематикою злочинів у віртуальній сфері займалися такі науковці, як В.П. Бєлєнький, Д.С. Азаров, М.В. Карчевський, М.О. Кравцова, М.В. Плугатир та ін.

Зокрема, необхідно звернути увагу на наукові праці Д.С. Азарова [3], у яких взагалі було поставлене питання щодо концептуальних відмінностей «комп'ютерних» злочинів від інших діянь, передбачених в Особливій частині КК України.

Вищезазначені науковці у зв'язку з кримінально-правовою характеристикою злочинів у комп'ютерній сфері також сформували кримінологічне поняття «кіберзлочинність».

Вищеназвані категорії відображають (при їх осмисленні) намагання науковців розглянути новітні підходи у межах розуміння причинного зв'язку як об'єктивного.

Необхідно акцентувати увагу на тому, що використання категорії «інформація» у поєднанні з парадигмою об'єктивної каузальності для пояснення суспільної небезпечності особливих проявів кримінального правопорушення (злочину, проступку) породжує певну суперечність.

Дана суперечність полягає в тому, що інформація сама по собі, без опосередкування свідомістю суб'єкта, не породжує і, отже, не може бути виключно об'єктивним чинником породження (у кримінально-правовому сенсі) результату. Разом із тим науковці, що розглядають інформаційну причинність (зокрема, Н.М. Ярмиш, А.Ф. Парфьонов), не висловлюють застереження щодо її об'єктивності.

Проблематика інформаційної причинності розглядається науковцями без з'ясування «докорінного» питання об'єктивності (або суб'єктивності) причинного зв'язку.

Дана проблематика зводиться такими науковцями, як Г.В. Тімейко, Н.М. Ярмиш (а серед молодих науковців – І.В. Черепанов), до з'ясування механізму інформаційного спричинення.

Також необхідно зазначити, що категорія «інформація» використовується згаданими та іншими науковцями для пояснення механізму спричинення злочинною бездіяльністю.

У зв'язку з наведеними аспектами питання інформаційної причинності можна погодитись з іншою її назвою – «мотивуюча причинність» (Г.В. Тімейко).

Використання категорії «інформація», з погляду автора, не дозволяє зробити однозначний висновок щодо об'єктивного або суб'єктивного характеру каузальності й причинного зв'язку в кримінальному праві.

Дана неоднозначність визначена самим об'єктивно-суб'єктивним характером інформації.

З погляду автора, інформаційна причинність, а підкресленням моменту активності – інформаційне спричинення, є об'єктивно-суб'єктивним.

Дане твердження базується, на думку автора, на таких підставах:

1) інформація має (враховуючи матеріальні носії) об'єктивний або зовні об'єктивований характер;

2) зміст інформації (як чинника, що враховується у кримінально-правових оцінках) «опосередковується» свідомістю суб'єкта;

3) «опосередкування» інформації свідомістю суб'єкта (який, відповідно до пропозицій Н.М. Ярмиш, безпосередньо вчинює злочин) перетворює інформацію на дієвий чинник, що заподіює результат, оцінюваний у кримінальному праві;

4) об'єктивно-суб'єктивний характер інформаційної причинності підтверджується різними за характером і змістовим «наповненням» етапами інформаційного спричинення.

Якщо теорія інформаційної причинності розглядає об'єктивність причинного зв'язку як певну «даність», модульовану та включену в інформаційний простір [4, с. 294], то теорія можливості і дійсності може розглядатися як оригінально-науковий спосіб доказування об'єктивності зв'язку через доказування його необхідності.

Необхідно зазначити, що виділення у межах даного наукового дослідження

інформаційного підходу, а також підходу, заснованого на категоріях «можливість» і «дійсність», обґрунтоване часто виникаючими проблемами, пов'язаними з правовою оцінкою «граничних» кримінально-правових ситуацій, злочинів, зв'язок у межах яких є опосередкованим або формується під дією привхідних обставин або для нього існує значний проміжок часу [5, с. 60] щодо настання наслідку діяння.

У філософії традиційно розглядається два різновиди категорії «можливість»:

1) формальна, що взагалі передбачає можливість реалізації процесу, явища;

2) реальна, у межах якої вже додається певна «векторність» або напрям реалізації того або іншого процесу або явища.

Серед науковців, що формували засади причинної теорії можливості і дійсності, традиційно виділяють Т.Л. Сєргєєву, В.С. Прохорова, П.Г. Семенова.

Серед сучасних праць необхідно звернути увагу на наукові узагальнення щодо концепцій причинного зв'язку професора Тарбагаєва А.Н., у яких окреме і важливе місце було також віддане причинній теорії можливості і дійсності.

На думку автора, теорія можливості і дійсності виникла як певна наукова «рефлексія», пов'язана з необхідністю обґрунтування закономірного і необхідного характеру причинного зв'язку у межах кримінально-правової науки.

У межах названої теорії необхідно розглянути такі критерії щодо обґрунтування виникнення закономірного й об'єктивного спричинення:

1) дія (діяння) суб'єкта передує у часі настанню результату;

2) дія (діяння) суб'єкта є одним зі складників – необхідною умовою результату;

3) дія (діяння) суб'єкта утворює реальну можливість настання небезпечного результату [6, с. 379].

З погляду автора, у кримінальному праві виникають «граничні» ситуації, коли необхідно акцентувати увагу на значенні суб'єкта (його дії, діяння) у межах процесу, що породжує (об'єктивно) небезпечні для суспільства наслідки. Відповідно, реальна можливість як результат, на думку автора, усієї суми необхідних ситуаційних чинників може враховуватися у кримінально-правовій оцінці поведінки суб'єкта. Традиційно застосовуване абстрагування від поведінки суб'єкта шляхом застосування поняття «діяння» утруднює, на думку автора, правову оцінку дій особи.

Особливе місце серед оригінальних підходів щодо об'єктивності (або суб'єктивного характеру) причинного зв'язку займає юридична теорія фіктивної причинності.

За загальним правилом, юридична фікція – правовий прийом, що полягає у припущенні факту поза його дійсністю (дійсною наявністю). Як термін юридична фікція обмежує [7, с. 184] (у розумінні «визначає») твердження (дефініцію) відносно самого себе.

На думку автора, зазначений підхід (аналіз причинності на основі уявлення про правову фікцію) має право на існування та застосування у такому вузьконауковому сегменті кримінального права, як уявлення про кримінально-правовий, юридично-значущий причинний зв'язок, але при цьому (як буде показано далі) повинні бути дотримані ряд умов або підстав, пов'язаних з аналізом конкретної ситуації.

Питаннями юридичної теорії фіктивної причинності займався такий відомий науковець, як А.В. Федотов; серед інших дослідників даної проблематики варто виділити Є. Григоніса, О. Леонтьєва.

У критичному аспекті теорію фіктивної причинності та доцільність її застосування в межах кримінального права розглядає професор В.Б. Малінін.

Теорія фіктивної причинності детально була розглянута й критично проаналізована згаданим науковцем у четвертому томі колективної наукової праці «Энциклопедия уголовного права» (проф. В.Б. Малінін та ін.).

Треба звернути увагу, що науковий підхід у рамках зазначеної теорії причинності та її критичної інтерпретації передбачає:

1) застосування юридичної фікції для з'ясування юридично значущого причинного зв'язку у «граничних» ситуаціях;

2) об'єктивний характер причинного зв'язку, по суті, обґрунтовується використанням поняття «достовірність».

«Граничний» характер ситуації пов'язаний з такими особливостями:

1) достовірно та у відносно невизначеній ситуації передбачається суспільно небезпечне заподіяння;

2) є підстави вважати (достовірно встановлено), що у межах діяльності кола осіб існувала певна дія, що може призвести (або призвела) до спричинення шкоди потерпілому.

Класичною (і водночас «граничною» з точки зору особливостей кримінально-правової оцінки) є ситуація на полюванні, коли кожен із суб'єктів міг заподіяти шкоду потерпілому в результаті неналежної оцінки зв'язку подій, проявленої недбалості та ін.

Встановлення юридично фіктивного причинного зв'язку є необхідністю з таких підстав:

1) достовірно встановлене коло суб'єктів і характер їхніх дій;

2) достовірно встановлено, що потерпілому заподіяна шкода;

3) для кримінально-правової оцінки ситуації необхідно припустити існування об'єктивного причинного зв'язку між діями (або можливими діями) одного із суб'єктів та шкодою, завданою потерпілому; як результат (з погляду А.В. Федотова) можливе визначення кола суб'єктів кримінальної відповідальності.

Необхідно підкреслити додатково, що алгоритм дослідження об'єктивності як іманентної характеристики причинного зв'язку у тому числі в рамках юридичної теорії фіктивної причинності полягає в розгляді «граничних» ситуацій, структурною частиною яких є заподіяння й пов'язаними з даним фактом особливостями кримінально-правової оцінки.

Юридичну теорію фіктивної причинності та ряд інших теорій можна охарактеризувати як особливі теорії. Ряд науковців (зокрема, А.І. Коробєєв та ін.) пов'язують згадану особливість з різною юридичною природою суспільно-небезпечних діянь: фізичною, інформаційною, нормативно-програмною.

Розгляд об'єктивності як іманентної характеристики причинного зв'язку у межах «особливих» теорій причинності породжує ряд проблемних питань, які потребують додаткового наукового дослідження.

Зокрема, об'єктивність каузального зв'язку в теорії інформаційного спричинення можна розглядати (враховуючи механізм спричинення типу «інформаційний сигнал – опосередковане його сприйняття суб'єктом (взаємопов'язаними суб'єктами) – дія (невиконання бажаної дії) – злочинний результат») як його приблизну або умовну («прийняту за замовчуванням») характеристику.

З точки зору автора дослідження, у вищенаведеному випадку можна говорити про об'єктивно-суб'єктивний причинний зв'язок.

У межах причинної теорії можливості і дійсності (яка вважається рядом науковців завершеною і зрозумілою) постає проблема критеріїв «вимірювання» або оцінки реальної можливості спричинення суспільно-небезпечного наслідку. Реальна можливість (а у конкретних юридичних складах – «реальна загроза») повинна стати аргументованою частиною кримінально-правової оцінки у врахуванні особливостей злочинного заподіяння та аналізі характеристик діяння.

Так, на думку доктора юридичних наук Р. Вереші, професора М.І. Панова та ін., суспільно-небезпечному діянню мають бути властиві неминучість чи реальна можливість настання шкідливого наслідку [8, с. 111].

Що стосується уявлення про суб'єктивну причинність (суб'єктивний причинний зв'язок), то тут наголошувалося і наголошується на обґрунтувальному кримінальному характері усвідомленості зв'язку. Відсутність такого усвідомлення виключала і виключає розгляд причинного зв'язку як умови кримінальної відповідальності суб'єкта.

У цьому зв'язку можна виділити погляди таких науковців, як Е. Гафтер, А. Меркель, які вважали, що суто об'єктивну причинність для юриспруденції не можна вважати прийнятною.

У парадигмі українського кримінального права особливе місце у тому, що стосується розгляду кримінально-правового причинного зв'язку, займає науковий підхід проф. О.М. Костенка; у межах природної правової доктрини характеристика причинного зв'язку, значущого у кримінальному праві як усвідомленого, науковцем вважається необхідною.

Особливо необхідно зупинитись на тому, що уявлення про причинний зв'язок у парадигмі кримінального права України повинні бути уточненими; дане твердження насамперед пов'язане з розробкою принаймні у «кримінальній» частині нових законопроектів (проф. М.І. Хавронюк, М.І. Мельник та інші відомі представники кримінального права України) окремо законодавчих характеристик злочинів та кримінально-правових проступків. Тобто йдеться про принаймні формальну констатацію двох типів причинного зв'язку:

1) причинного зв'язку у межах складу кримінального проступку;

2) причинного зв'язку у межах складу злочину.

Аналіз нововиниклої юридичної «реальності» – предмет подальшого і перспективного дослідження у контексті проблематики причинного зв'язку в кримінальному праві.

Висновки

За результатами проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1) парадигма основних концепцій і підходів щодо розуміння причинного зв'язку в кримінальному праві залишається відносно незмінною;

2) перспективним є дослідження особливих концепцій і підходів щодо розуміння причинного зв'язку в кримінальному праві (теорія інформаційної причинності, фіктивної причинності, спричинення реальної можливості виникнення шкоди та ін.);

3) необхідно звернути особливу увагу на зміни у праві та законодавстві України, поставивши питання: чи необхідно у межах Загальної частини проектів нових кримінально-правових кодифікованих актів України більш точно визначити і взагалі передбачити законодавче поняття причинного зв'язку;

4) важливою з точки зору подальших досліджень є формальна констатація наявності двох типів причинного зв'язку у сучасному кримінальному праві та законодавстві України: причинний зв'язок у складі кримінального проступку (offense) та причинний зв'язок у складі злочину (crime).

Список використаних джерел:

1. Бабанін С. В. Причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони порушення чинних на транспорті правил. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 257-263.

2. Binding. Die Normen und ihre Übertretung. Leipzig, 1890. B.I. S. 113 / Цит. по кн.: Шаргородский М.Д. Избранные работы по уголовному праву. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. 434 с.

3. Азаров Д.С. Злочини у сфері комп'ютерної інформації (кримінально-правове дослідження) : монографія. Київ: Атіка, 2007. 304 с.

4. Кримінологія : підручник / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйський та ін. / за ред. В.В. Головкіна, Б.М. Головкіна. Харків: Право, 2014. 449 с.

5. Бережний С.Д. Відповідальність за умисне вбивство з корисливих мотивів за кримінальним законодавством України : монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2011. 236 с.

6. Полный курс уголовного права : в 5 т. / под ред. докт. юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. *Преступление и наказание*. СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. Т. 1. 1133 с.

7. Європейський словник філософій: Лексикон неперекладностей. Вінниця: «Дух і Літера», 2013. Т. 3. 326 с.

8. Вереша Р.В. Кримінальне право України. Загальна частина. Конспект лекцій : навчальний посібник. Київ: Алерта, 2019. 362 с.

Volodymyr Benkivsky. Basic conceptual approaches and problems in the theory of criminal law

The article is devoted to a comprehensive study of the basic concepts and approaches to causation in criminal law. The essence and substantiation of ideas about causation in criminal law as an objective reality are studied.

It is noted that the notion of causation, which has a criminal-legal significance as an objective one, was established within the framework of German criminal law doctrine.

In particular, the author notes that modern ideas about the objective property or characteristics of causation were a synthesis of English and German criminal law doctrines.

The author notes that another approach to the objectivity of causality provided a significant theoretical, methodological justification, which was dialectical-materialistic in nature.

The author also notes that a certain formal-logical approach to understanding the causal connection in the works of English logicians and philosophers does not exclude the idea of this connection as objective.

The author states that a new level of understanding of objective causality can be considered an information approach. In particular, the scientific doctrine of Ukraine substantiates the opinion that there are significant differences between informational and non-informational acts; accordingly, there is a difference in causation within these actions.

The author draws attention to the fact that information causality (information causation) does not have an unambiguous scientific characteristic as a purely objective one; because, causing in the information space in one way or another involves mediation by awareness (conscious activity of the subject).

The author pays special attention to such a characteristic within the cause as a possibility (classical-real possibility of causing).

From the author's point of view, in criminal law there are «borderline» situations when it is necessary to emphasize the importance of the subject (his actions, deeds) within the process that creates (objectively) dangerous consequences for society. Accordingly, the real possibility as a result, according to the author, of the whole sum of the necessary situational factors can be taken into account in the criminal-legal assessment of the subject's behavior. Traditionally used abstraction from the subject's behavior by applying the concept of «action», complicates, from the point of view of the author, the legal assessment of a person's actions.

The author also states that there is a significant methodological and substantiating basis for understanding causality and causation as subjective.

The author pays special attention to the fact that in the conditions of formation of the new criminal legislation of Ukraine it is possible to formally state the problem of division of causation into causation within the criminal offense and causation within the crime.

Key words: causation, criminal law, criminal legislation, information causality, subjective causality, crime of corpus delicti, offense of corpus delicti.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.33

Максим Калатур,
докт. юрид. наук, доцент,
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

КЛЮЧОВІ ЗАВДАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧИХ ПІДРОЗДІЛІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ ДЕРЖАВИ

Актуальність статті полягає в тому, що сучасний незадовільний стан безпеки, високий рівень злочинності в державі та недосконалий адміністративно-правовий статус органів досудового розслідування і слідчого зумовили розширення завдань і підвищення складності справ, напруженості провадження, зростання психологічного навантаження, що вимагає якісно нового рівня професіоналізму та ефективності діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави. Тому питання зміни бачення та вдосконалення концептуальних засад діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави, передусім її мети, завдань та принципів, особливо з урахуванням курсу на євроінтеграцію, є сьогодні досить актуальним. У статті на основі аналізу наукових поглядів учених та норм чинного законодавства узагальнено та здійснено класифікацію завдань слідчих підрозділів правоохоронних органів, які запропоновано поділити на: основні (процесуальні); забезпечувальні (організаційно-управлінські); специфічні. Зазначено, що ефективність здійснення зазначених завдань залежить від фундаментальних і концептуальних засад провадження діяльності в цій сфері – принципів діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави. Визначено, що завданням Державної фіскальної служби України є реалізація державної податкової політики та політики у сфері державної митної справи, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового, митного законодавства, здійснення в межах повноважень, передбачених законом, контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків і зборів, митних та інших платежів, державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів, державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань сплати єдиного внеску, державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установлений законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону, торгових патентів.

Ключові слова: процесуальні завдання, організаційно-управлінські завдання, державна політика, ліцензування.

Постановка проблеми. Сучасний незадовільний стан безпеки, високий рівень злочинності в державі та недосконалий адміністративно-правовий статус органів досудового розслідування і слідчого зумовили розширення завдань і підвищення складності справ, напруженості провадження, зростання психологічного навантаження, що вимагає якісно нового рівня професіоналізму та ефективності діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави. Тому питання зміни бачення та вдосконалення концептуальних засад діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави, передусім її мети, завдань та принципів, особливо з урахуванням курсу на євроінтеграцію, є сьогодні досить актуальним.

Стан дослідження. Окремі проблемні питання щодо діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави у своїх наукових працях висвітлювали: О. М. Бандурка, О. А. Баулін, В. М. Галунько, А. Є. Голубов, Ю. М. Грошевий, О. О. Кіпер, Ю. Ф. Кравченко, О. І. Литвинчук, В. Т. Маляренко, А. Г. Нікуліна, М. І. Панов, М. С. Строгович, В. І. Фаринник, М. І. Хавронюк та інші. Втім, незважаючи на чималу кількість наукових здобутків, правознавці недостатньо уваги присвятили характеристиці завдань діяльності відповідних підрозділів. А тому це питання потребує уточнення та змістовного дослідження.

Мета статті – надати характеристику ключових завдань діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави.

© М. Калатур, 2020

Виклад основного матеріалу. Починаючи наукове дослідження, слід відзначити, що наразі мета діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави однозначно й повно не закріплена в кримінальному процесуальному законодавстві. Проте, виходячи із завдань кримінального провадження, проголошених у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України, можна зробити певні висновки щодо мети та завдань діяльності досліджуваних підрозділів правоохоронних органів.

Так, завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду для того, 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 провадження була застосована належна правова процедура [1].

Тому вважаємо, що кожен слідчий підрозділ, діючи від імені й за дорученням держави, має певний адміністративно-правовий статус і є носієм юридичних повноважень організаційного характеру, реалізація яких забезпечена наявністю закріплених виконавчо-розпорядчих функцій. Метою діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави є забезпечення ефективного та якісного досудового розслідування, що передбачає встановлення в оптимальні строки істинних обставин справи, у якій відкрито провадження, і забезпечення прав, свобод та інтересів його учасників на стадії досудового розслідування. Пропонуємо закріпити мету діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави в ст. 38 Кримінального процесуального кодексу України [2, с. 121–127].

Досягнення поставленої мети вимагає виконання ряду завдань. Основним із них, на наш погляд, є організація, проведення та завершення повного та неупередженого розслідування в розумні строки відповідно до встановлених законом порядку й процедури. Окрім цього, слідчі підрозділи правоохоронних органів держави виконують і низку інших – другорядних та специфічних, при цьому взаємопов'язаних і взаємодоповнюючих завдань.

Так, згідно з Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 06.07.2017 р. № 570 «Про організацію діяльності органів досудового розслідування Національної поліції України», на органи досудового розслідування покладаються такі завдання:

1) захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень;

2) охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження;

3) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності слідчих органів Національної поліції;

4) забезпечення відшкодування фізичним і юридичним особам шкоди, заподіяної кримінальними правопорушеннями;

5) виявлення причин і умов, які сприяють учиненню кримінальних правопорушень, і вжиття через відповідні органи заходів щодо їх усунення [3].

Аналогічно в Наказі Міністерства юстиції України від 04.07.2017 р. № 2166/5 «Про затвердження Положення про органи досудового розслідування Державної кримінально-виконавчої служби України» зазначається, що завданнями органів досудового розслідування є:

1) захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень;

2) охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження;

3) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування кримінальних правопорушень, що підслідні слідчим органів Державної кримінально-виконавчої служби України (злочинів – у формі досудового слідства, кримінальних проступків – у формі дізнання);

4) забезпечення відшкодування фізичним і юридичним особам шкоди, заподіяної кримінальними правопорушеннями;

5) виявлення причин і умов, які сприяють учиненню кримінальних правопорушень, і вжиття через відповідні органи заходів щодо їх усунення [4].

У свою чергу, Державне бюро розслідувань виконує завдання із запобігання, виявлення, припинення, розкриття і розслідування (ст. 5 Закону України «Про Державне бюро розслідувань»):

1) злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище відповідно до частини першої статті 9 Закону України «Про державну службу», особами, посади яких віднесено до першої – третьої категорій посад державної служби, суддями та працівниками правоохоронних органів, крім випадків, коли ці

злочини віднесено до підслідності детективів Національного антикорупційного бюро України;

2) злочинів, вчинених службовими особами Національного антикорупційного бюро України, заступником Генерального прокурора – керівником Спеціалізованої антикорупційної прокуратури – або іншими прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, крім випадків, коли досудове розслідування цих злочинів віднесено до підслідності детективів підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України;

3) злочинів проти встановленого порядку несення військової служби (військових злочинів), крім злочинів, передбачених статтею 422 Кримінального кодексу України [5].

Натомість завданням Національного антикорупційного бюро України є протидія кримінальним корупційним правопорушенням, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та становлять загрозу національній безпеці [6]. Детективи Національного антикорупційного бюро України здійснюють досудове розслідування злочинів, передбачених статтями 191, 206-2, 209, 210, 211, 354 (стосовно працівників юридичних осіб публічного права), 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410 Кримінального кодексу України [132], якщо наявна хоча б одна з таких умов (відповідно до ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України) [1]:

1) злочин вчинено:

а) Президентом України, повноваження якого припинено, народним депутатом України, Прем'єр-міністром України, членом Кабінету Міністрів України, першим заступником та заступником міністра, членом Національної ради України з питань телебачення і радіомовлення, Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, Антимонопольного комітету України, Головою Державного комітету телебачення і радіомовлення України, Головою Фонду державного майна України, його першим заступником та заступником, членом Центральної виборчої комісії, Головою Національного банку України, його першим заступником та заступником, членом Ради Національного банку України, Секретарем Ради національної безпеки і оборони України, його першим заступником та заступником, Постійним Представником Президента України в Автономній Республіці Крим, його першим заступником та заступником, радником або помічником Президента України, Голови Верховної Ради України, Прем'єр-міністра України;

б) державним службовцем, посада якого належить до категорії «А»;

в) депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатом обласної ради, міської ради міст Києва та Севастополя, посадовою особою місцевого самоврядування, посаду якої віднесено до першої та другої категорій посад;

г) суддею, суддею Конституційного Суду України, присяжним (під час виконання ним обов'язків у суді), Головою, заступником Голови, членом, інспектором Вищої ради правосуддя, Головою, заступником Голови, членом, інспектором Вищої кваліфікаційної комісії суддів України;

д) прокурорами органів прокуратури, зазначеними у пунктах 1-4, 5-11 частини першої статті 15 Закону України «Про прокуратуру» [7];

е) особою вищого начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, органів та підрозділів цивільного захисту, вищого складу Національної поліції, посадовою особою митної служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника податкової та митної справи III рангу і вище, посадовою особою органів державної податкової служби, якій присвоєно спеціальне звання державного радника податкової та митної справи III рангу і вище;

є) військовослужбовцем вищого офіцерського складу Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Державної спеціальної служби транспорту, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України;

ж) керівником суб'єкта великого підприємництва, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків;

2) розмір предмета злочину або завданої ним шкоди в п'ятсот і більше разів перевищує розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, встановленої законом на час вчинення злочину (якщо злочин вчинено службовою особою державного органу, правоохоронного органу, військового формування, органу місцевого самоврядування, суб'єкта господарювання, у статутному капіталі якого частка державної або комунальної власності перевищує 50 відсотків);

3) злочин, передбачений статтею 369, частиною першою статті 369-2 Кримінального кодексу України, вчинено щодо служ-

бової особи, визначеної у частині четвертій статті 18 Кримінального кодексу України або у пп. 1 п. 5 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України.

Натомість на Службу безпеки України покладається у межах визначеної законодавством компетенції захист державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного і оборонного потенціалу України, законних інтересів держави та прав громадян від розвідувально-підривної діяльності іноземних спеціальних служб, посягань з боку окремих організацій, груп та осіб, а також забезпечення охорони державної таємниці. У зв'язку з цим до завдань безпосередньо слідчих підрозділів Служби безпеки України входить попередження, виявлення, припинення та розкриття злочинів проти миру і безпеки людства, тероризму, корупції та організованої злочинної діяльності у сфері управління і економіки та інших протиправних дій, які безпосередньо створюють загрозу життєво важливим інтересам України (ст. 2 Закону України «Про Службу безпеки України») [8].

У контексті дослідження слід звернути увагу й на основні завдання діяльності слідчих підрозділів органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства. Загалом завданням Державної фіскальної служби України є реалізація державної податкової політики та політики у сфері державної митної справи, державної політики у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового, митного законодавства, здійснення в межах повноважень, передбачених законом, контролю за надходженням до бюджетів та державних цільових фондів податків і зборів, митних та інших платежів, державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів, державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також боротьби з правопорушеннями під час застосування законодавства з питань сплати єдиного внеску, державної політики у сфері контролю за своєчасністю здійснення розрахунків в іноземній валюті в установлений законом строк, дотриманням порядку проведення готівкових розрахунків за товари (послуги), а також за наявністю ліцензій на провадження видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню відповідно до закону, торгових патентів. Даний орган провадить відповідно до закону оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, а також вживає заходів щодо відшкодування завданих державі збитків [9].

Висновки

Отже, підсумовуючи вищевказане, пропонуємо узагальнити та класифікувати завдання слідчих підрозділів правоохоронних органів таким чином:

1) основні (процесуальні) – організація, проведення та завершення повного та неупередженого розслідування в розумні строки відповідно до встановлених законом порядку та процедури, враховуючи підслідність, установлену ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України;

2) забезпечувальні (організаційно-управлінські) – попередження вчинення злочинів, виявлення причин і умов кримінальних правопорушень, вжиття через відповідні органи заходів щодо їх усунення; забезпечення відшкодування фізичним і юридичним особам шкоди, заподіяної кримінальними правопорушеннями, тощо;

3) специфічні – завдання, характерні для окремо взятих органів досудового розслідування: розслідування злочинів, вчинених службовими особами, які займають особливо відповідальне становище (Державне бюро розслідувань); розслідування та протидія кримінальним корупційним правопорушенням, які вчинені вищими посадовими особами (Національне антикорупційне бюро України); розкриття злочинів проти миру і безпеки людства, тероризму, корупції та організованої злочинної діяльності у сфері управління і економіки та інших протиправних дій, які безпосередньо створюють загрозу життєво важливим інтересам України (Служба безпеки України) тощо.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс : прийнятий 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

2. Калатур М. В. Мета, завдання та принципи діяльності слідчих підрозділів правоохоронних органів держави. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 3. С. 121–127.

3. Про організацію діяльності органів досудового розслідування Національної поліції України : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 06 лип. 2017 р. № 570 / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/z0918-17 (дата звернення: 02.11.2020).

4. Про затвердження Положення про органи досудового розслідування Державної кримінально-виконавчої служби України : наказ Міністерства юстиції України від 04 лип. 2017 р. № 2166/5 / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0822-17 (дата звернення: 02.11.2020).

5. Про Державне бюро розслідувань : Закон України від 12 листоп. 2015 р. № 794-

VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 6. Ст. 55.

6. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1698-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 47. Ст. 2051.

7. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12.

8. Про Службу безпеки України : Закон України від 25 берез. 1992 р. № 2229-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. Ст. 382.

9. Про Державну фіскальну службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 трав. 2014 р. № 236 / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/236-2014-%D0%BF (дата звернення: 02.11.2020).

Maksym Kalatur. Key tasks of the activities of investigative units of law enforcement bodies

The relevance of the article is that the current unsatisfactory security situation and the level of crime in the country and the imperfect administrative and legal status of pre-trial investigation and investigator led to the expansion of tasks and complexity of cases, intensity of proceedings, increasing psychological burden and efficiency in the activities of investigative units of state law enforcement agencies. Therefore, the issue of changing the vision and improving the conceptual framework of the investigative units of law enforcement agencies of the state, especially its goals, objectives and principles, especially given the course of European integration, is quite relevant today. In the article, on the basis of the analysis of scientific views of scientists and norms of the current legislation the classification of tasks of investigative divisions of law enforcement agencies which are offered to divide as follows is carried out and carried out: basic (procedural); security (organizational and managerial); specific. It is noted that the effectiveness of these tasks depends on the fundamental and conceptual foundations of activities in this area – the principles of the investigative units of law enforcement agencies. It is determined that the task of the State Fiscal Service of Ukraine is the implementation of state tax policy and policy in the field of state customs, state policy in the field of combating offenses in the application of tax, customs legislation, exercise within the powers provided by law, control over budget revenues and state trust funds for taxes and duties, customs and other payments, state policy in the field of control over the production and circulation of alcohol, alcoholic beverages and tobacco products, state policy on single administration, as well as combating offenses in the application of single contribution legislation, state policy in the field of control over the timeliness of settlements in foreign currency within the period prescribed by law, compliance with the procedure for cash settlements for goods (services), as well as the availability of licenses for economic activities subject to licensing according to the law, trade patents.

Key words: procedural tasks, organizational and managerial tasks, state policy, licensing.

УДК 343.28/.29
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.34

Володимир Коротаєв,
канд. юрид. наук,
директор
Дніпропетровського науково-дослідного експертно-криміналістичного центру
Міністерства внутрішніх справ України

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОВІЧНОГО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

У статті з'ясовано поняття довічного позбавлення волі за наявними правовими та науковими джерелами, яке має концептуальний характер: «Довічне позбавлення волі – це найбільш суворий захід примусу із основних видів покарань, який відповідно до ст. 64 КК України 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». Наголошено, що довічне позбавлення волі дійсно є найсуворішим видом покарання у сучасному Кримінальному кодексі України, оскільки воно передбачає пожиттєве позбавлення волі, обмеження певних прав і свобод особи, а процеси гуманізації впливають на тенденції законодавчого реформування умов відбування довічного позбавлення волі. З'ясовано, що в усіх санкціях, де передбачено довічне позбавлення волі, як альтернатива також міститься позбавлення волі на певний строк. Пояснюється це тим, що закон розглядає покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк насамперед, і лише за наявності додаткових вагомих обставин може бути призначено довічне позбавлення волі. Зроблено висновок, що світова спільнота намагається протидіяти існуванню покарання у вигляді смертної кари. Ретроспектива смертної кари вказує, що вона завжди мала більше ефект залякування, ніж превенції та виховання особи злочинця. Сучасне прогресивне суспільство потребує оновлення у всіх сферах життєдіяльності, зокрема і у сфері виконання покарань, а тому такі методи мають бути спрямовані не на фізичне знищення злочинця, а на повернення його до життя та зміну злочинного світогляду внаслідок застосування довічного позбавлення волі із можливістю звільнення від відбування вказаного покарання за певних умов, насамперед шляхом умовно-дострокового звільнення.

Ключові слова: злочин, покарання, довічне ув'язнення, надія, звільнення від відбування покарання.

Постановка проблеми. На XX Конгресі Міжнародної асоціації кримінального права «Кримінальна юстиція та корпоративний бізнес» (Рим, 13-16 листопада 2019 р.) Папа Римський Франциск висловив таку думку: «У кожному злочині потерпіла сторона і два пошкоджені зв'язки: між злочинцем і жертвою та між злочинцем і суспільством <...> скоєння зла не виправдовує накладення іншого зла у відповідь. Йдеться про справедливість щодо потерпілого, а не про те, щоб засудити агресора».

Тож дедалі частіше постає питання про перспективи звільнення від відбування покарання у вигляді довічного позбавлення волі, які недостатньо опрацьовані у вітчизняному законодавстві, а тому це питання потребує подальшого оновлення та модернізації відповідно до правового прогресу.

Метою статті є розгляд поняття довічного позбавлення волі за наявними правовими та науковими джерелами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Довічне позбавлення волі як захід кримінально-правового примусу всебічно та повно досліджували вітчизняні вчені О.Ф. Кістяківський і Н.Д. Сергієвський. Вагомий внесок у дослідження довічного позбавлення волі зробили: Б.О. Кирись, Н.М. Михальська, Л.О. Мостепанюк, А.А. Музика, В.В. Сташис, А.Х. Степанюк, В.Я. Тацій, В.М. Трубніков, М.І. Хавронюк; досліджували питання смертної кари та її альтернатив такі українські науковці, як М.І. Бажанов, І.Г. Богатирьов, В.Ф. Бойко, О.М. Джужа, П.С. Матишевський, М.І. Мельник та ін.

Виклад основного матеріалу. Найбільш суворим інститутом державно-правового примусу є кримінальне покарання у вигляді позбавлення волі та довічного позбавлення волі, особливо довічне позбавлення волі, до якого у світлі сучасних гуманізаційних процесів на світовій арені досить неоднозначне ставлення [1, с. 84-91]. Наприклад, сьогодні в Україні існує тенденція до видозмінення

© В. Коротаєв, 2020

санкцій статей Кримінального кодексу України (далі – КК України), де зазначене покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк або довічного позбавлення волі. У процесі дослідження Кримінального кодексу України щодо наявності такої санкції виявлено, що її містять близько 90 % всіх статей Особливої частини [2].

Необхідність постійного пошуку й удосконалення найбільш ефективних засобів протидії злочинності та запобігання злочинам з боку суспільства і держави зумовлюється взагалі існуванням держави, яка за допомогою дискреційних приписів права забезпечує реалізацію своїх функцій [1, с. 84].

У КК України відсутня дефініція довічного позбавлення волі. Незважаючи на це, жодних прогалин у теоретичному та практичному аспектах кримінального права не утворюється.

На думку Л.О. Мостепанюк, довічне позбавлення волі – це найтяжчий вид основних покарань, що полягає в довічній (пожиттєвій) ізоляції особи, визнаної судом винною у вчиненні особливо тяжкого злочину, від суспільства у спеціальних кримінально-виконавчих установах [3, с. 279-288].

Довічне позбавлення волі – це найбільш суворий захід примусу з основних видів покарань, яке відповідно до ст. 64 КК України 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 (додаток 1) [2].

У понятті «довічне позбавлення волі» можна виокремити такі ознаки: 1) вид покарання у вигляді довічного позбавлення волі застосовується судом лише тоді, коли воно вказане в санкції статті (частини статті) Особливої частини КК України [4]; 2) довічне позбавлення волі може бути призначено судом лише за вчинення особливо тяжких злочинів. У ст. 12 зазначено, що особливо тяжкими злочинами є такі, за які передбачено покарання понад 10 років або довічне позбавлення волі (ст. 112, ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 258, ст.ст. 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ч. 2 ст. 438, ч. 2 ст. 439, ч. 1 ст. 442, ст. 443 КК України). Переважно родовим об'єктом таких злочинів є основи національної безпеки України, життя та здоров'я особи, громадська безпека, встановлений порядок несення військової служби, а також мир, безпека людства та міжнародний правопорядок, тобто найважливіші цінності, охоронювані кримінальним законом; 3) покарання у вигляді довічного позбавлення волі не може бути призначено для окремих категорій осіб, які зазначені у ч. 2 ст. 64 КК України, а саме: а) осіб до 18 років; б) осіб понад 65 років; в) жінок, які були у стані вагітності на момент вчинення злочину або постановлення вироку; г) за ч. 4 ст. 68 КК України [2]; 4) засуджені до довічного позбавлення волі не підлягають звільненню від відбування покарання з випробуванням або умовно-достроковому звільненню від відбування покарання [4].

Сьогодні спостерігається законодавче реформування призначення покарання у вигляді довічного позбавлення волі стосовно жінок. Це пов'язано із соціально-психологічними дослідженнями, які довели, що ув'язнені жінки становлять незначну частину серед тих, хто відбуває покарання у всьому світі. Більшість жінок, засуджених до довічного позбавлення волі за серйозні насильницькі злочини, вчиняли їх через те, що самі піддавались насильству. Як правило, специфічні соціально-демографічні, соціально-психологічні та психофізичні властивості жінок виявляються в особливостях вчинення ними злочинів. В Україні покарання у вигляді довічного позбавлення волі відбувають 24 жінки [5]. Юрій Мірошніченко, народний депутат Верховної Ради України V-VIII скликань, є автором законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо скасування довічного позбавлення волі для жінок)», який було зареєстровано у Верховній Раді України 20 червня 2019 року за номером 10392 [5]. Даний законопроект викликав неоднозначну реакцію з боку правників і наукової спільноти, тому що більшість із них вважає невиправданим скасовувати довічне позбавлення волі стосовно жінок, які під час вчинення особливо тяжких злочинів можуть керуватися аналогічними з чоловіками задумами. І це цілком виправдана позиція, проте таких жінок меншість, а сучасне вітчизняне законодавство має удосконалюватися відповідно до європейських стандартів.

Відповідно до ст. 87 КК України тільки Президент України актом про помилування може замінити засудженому довічне позбавлення волі на строк не менше 25 років, тобто його може бути помилувано мінімум через 20 років відбування покарання із заміною на певний строк, який не може бути менший за 25 років [2], за наявності підстав і в порядку, передбаченому ст.ст. 152, 153 Кримінально-виконавчого кодексу України [10]. Згідно з абз. 2 п. 4 Указу Президента України «Про Положення про порядок здійснення помилування» від 21.04.2015 року № 223/2015 у разі засудження особи до довічного позбавлення волі клопотання про її помилування може бути подано після відбуття нею не менше

двадцяти років призначеного покарання. Повторне ж подання засудженим клопотання про помилування у разі його відхилення Комісією за відсутності нових обставин, що заслуговують на увагу, може бути надане не раніше ніж через рік із часу відхилення попереднього клопотання (п. 14 Положення) [6]. Таким чином, до того як засуджений відбув 20 років позбавлення волі, він позбавлений будь-якої можливості перегляду його покарання з метою дострокового звільнення [13].

Українська Гельсінська спілка з прав людини надавала лист-звернення від 11.01.2019 року до Конституційного Суду України з вимогою перегляду відповідності Конституції ч. 1 ст. 81 і ч. 1 ст. 82 КК України. У документі висловлена правова позиція правників стосовно надання можливості особам, які відбувають покарання у вигляді довічного позбавлення волі, скористатися механізмом умовно-дострокового звільнення від відбування покарання. Аргументують таку позицію тим, що відсутність дострокового звільнення порушує норми міжнародних приписів, а саме ст. 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка стверджує, що жодна особа не повинна піддаватися «нелюдському поводженню». З позиції правників Спілки відсутність можливості умовно-дострокового звільнення за довічного позбавлення волі можна трактувати як «нелюдське поводження», а також пряме порушення права людини через відсутність реальної перспективи отримати умовно-дострокове звільнення [7].

Наведене вище підтверджує той факт, що довічне позбавлення волі дійсно є найсуворішим видом покарання у сучасному Кримінальному кодексі України, оскільки воно передбачає пожиттєве позбавлення волі, обмеження певних прав і свобод особи, а процеси гуманізації впливають на тенденції законодавчого реформування умов відбування довічного позбавлення волі.

У сучасній системі покарань України довічне позбавлення волі є найвищою мірою покарання, альтернативою смертній карі, тому що призначається в окремих випадках, прямо передбачених законом, а також лише за вчинення особливо тяжких злочинів. Сьогодні досі ведуться наукові дискусії про те, чи є довічне позбавлення волі альтернативою смертній карі, тому що є держави світу, де від смертної кари відмовилися, але є й такі, де вона продовжує існувати, хоча й існує переважно як стримуючий фактор. Довічне позбавлення волі як вид покарання з'явилося завдяки зростанню тенденцій гуманізму, проте слід враховувати, що не завжди високі ідеї зможуть подолати юридичні й економічні проблеми, які вони і породжують.

Як вже зазначалося, нині у світі існують держави, де зберігається найвища міра покарання – смертна кара, тобто такий вид покарання, який полягає у примусовому позбавленні життя засудженого від імені держави за вироком суду [8]. В Україні смертна кара як найвища міра покарання відсутня. Для аналізу довічного позбавлення волі як альтернативного смертній карі слід розглянути, перш за все, ретроспективу смертної кари.

Одним із перших фундаментальних кодексів, де наведена ґрунтовна диференціація злочинів і покарань залежно від тяжкості правопорушення, є Кодекс Хаммурапі (1754 р. до н.е.). Крім того, у даному зводі звертається увага на стать і соціальний стан жертви з метою призначення справедливого покарання, проте у такому випадку поняття справедливості було прямо пропорційне поняттю суспільної нерівності. Саме тому жертвами закону ставали найменш матеріально забезпечені верстви, до них частіше застосовувалася смертна кара. Значної уваги в історії смертної кари заслуговують «драконівські закони» архонта Афін Драконта, яким приписують особливу жорстокість, тому що згідно з ними смертна кара була найпоширенішим видом покарання за повної відсутності класифікації злочинів за ступенем тяжкості.

В епоху Середньовіччя смертна кара мала переважно релігійний характер, тому що каралися або віровідступники, або особи, які ставали жертвами такого релігійно-соціального явища, як «полювання на відьом» [9].

На теренах Київської Русі досить довго існував принцип таліону, тобто кровної помсти. До запровадження християнства у законодавчих актах Київської Русі спостерігалась майже повна відсутність смертної кари. Із християнізацією історики кримінального права пов'язують появу смертної кари та самого поняття «страта» (датується 996 роком). Церква як носій християнської віри намагалася викоренити кровну помсту, вважаючи її пережитком язичництва, і для цього їй потрібен був еквівалент – смертна кара [9]. Проте інститут таліону продовжував існувати у нормах звичаєвого права поряд із законодавчо закріпленою смертною карою. Остаточне закріплення смертної кари як найсуворішого виду покарання відбулося тільки у XIV столітті.

Досить поширеною смертна кара була у Війську Запорозькому: козаки, як військове формування, натренувалися у способах позбавлення життя, а тому їх способи покарання у деяких аспектах навіть надзви-

чайно жорстокі: поховання винного разом із труною померлого, забивання киями біля ганебного стовпа, а також шибениця [9].

Сьогодні в Україні покарання у вигляді смертної кари не існує. Такий суворий вид покарання передбачав Кримінальний кодекс УРСР 1961 року [11]. До 1995 року Україна входила до переліку держав із високими показниками по кількості винесених вироків із покараннями у вигляді смертної кари. Так, за всі роки незалежності з 1991 по 1999 рік в Україні було виконано 612 страт [9].

Водночас у країні масово розгорталися дискусії про те, що смертна кара суперечить Конституції України в частині охорони та гарантування невід'ємного права на життя [13, с. 74]. Крім того, якщо звернути увагу на саму дефініцію терміна «покарання», то і в юридичному словнику, і в Кримінальному кодексі вказано, що покарання як захід примусу спрямоване на обмеження прав і свобод людини, але не позбавлення життя – фундаментального та ключового права кожної особи [14].

Законом України від 17 червня 1992 року було скасовано смертну кару за окремі категорії злочинів, а згодом перед Україною постав ультиматум: перебувати у складі Ради Європи або застосовувати стосовно винних смертну кару, тому на неї був встановлений не один мораторій. На жаль, це не зупинило смертних вироків, тому що продовжував діяти Кримінальний кодекс УРСР. 29 грудня 1999 року Конституційний Суд України після тривалих дебатів і суперечок визнав положення щодо смертної кари у кримінальному законі неконституційними, а тому 22.02.2000 року Верховною Радою України було вилучено поняття смертної кари із чинного законодавства Законом України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального, Виправно-трудового кодексів України» [12; 34]. Нині в Україні покарання у вигляді смертної кари немає.

Поняття «смертна кара» та «довічне позбавлення волі» досить багатоаспектні, тому що вміщують правовий, економічно-соціальний, моральний аспекти тощо. В економічному аспекті смертна кара – це дуже простий і дешевий спосіб боротьби зі злочинністю, тому що не потребує особливих умов і зусиль, значних державних асигнувань у сферу виконання покарань. Також смертна кара назавжди позбавляє злочинця можливості завдати значної шкоди охоронюваним кримінальним законом об'єктам [13, с. 74]. Натомість довічне позбавлення волі є довготривалим, фінансово вибагливим способом виправлення особи, але частіше він сприяє радикальній зміні злочинного світогляду, а іноді навіть повертає засуджених до життя, роблячи їх безпечними, тобто довічне позбавлення волі насамперед сприяє виправленню злочинців. Найголовніше те, що таким чином гарантується право особи на життя. З моральної точки зору смертна кара у світлі сучасних гуманізаційних процесів є неприпустимим явищем для деяких держав, які давно відмовилися на законодавчому рівні від застосування даного найбільш суворого заходу примусу. Найсуворіший характер покарання у виді довічного позбавлення волі визначається істотністю, тривалістю позбавлень та обмежень прав і свобод людини, засудженої до цього покарання, позначається на порядку й умовах його встановлення, застосування та відбування [15, с. 212].

В усіх санкціях, де передбачено довічне позбавлення волі, як альтернатива також міститься позбавлення волі на певний строк. Пояснюється це тим, що закон розглядає покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк перш за все, і лише за наявності додаткових вагомих обставин може бути призначено довічне позбавлення волі. Воно вважається винятковим заходом впливу на винного, тому рішення суду про застосування такого виду покарання має бути належно мотивованим.

Висновки

Таким чином, сьогодні світова спільнота намагається протидіяти існуванню покарання у вигляді смертної кари. Ретроспектива смертної кари вказує, що вона завжди мала більше ефект залякування, ніж превенції та виховання особи злочинця. Сучасне прогресивне суспільство потребує оновлення у всіх сферах життєдіяльності, зокрема й у сфері виконання покарань, а тому такі методи мають бути спрямовані не на фізичне знищення злочинця, а на повернення його до життя та зміну злочинного світогляду внаслідок застосування довічного позбавлення волі із можливістю звільнення від відбування вказаного покарання за певних умов, насамперед шляхом умовно-дострокового звільнення.

Список використаних джерел:

1. Крикушенко О.Г. Кримінальне покарання у виді позбавлення волі: концептуальні підходи до його сучасного дослідження. *Фінанси і право.* 2017. № 3. С. 84-91.

2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/2341-14 (дата звернення: 20.08.2020).

3. Бурда С.Я. Покарання у виді довічного позбавлення волі в Україні: шлях до гуманізації.

Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична». 2017. Вип. 4. С. 279-288.

4. Коментар до статті 64 «Довічне позбавлення волі». *Юридичні послуги онлайн:* веб-сайт. URL: http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/062.php (дата звернення: 20.08.2020).

5. Законопроект про скасування довічного позбавлення волі для жінок подано до Верховної Ради. URL: https://blogs.pravda.com.ua/authors/yurii-miroshnychenko/5d10a88606da3/ (дата звернення: 20.08.2020).

6. Про положення про порядок здійснення помилування : Указ Президента України від 21 квітня 2015 р. № 223/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/223/2015 (дата звернення: 20.08.2020).

7. Лист громадської спілки «Українська Гельсінська спілка з прав людини» до Конституційного Суду України від 11 січня 2019 р. URL: https://helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2019/01/20190111_KSU.pdf (дата звернення: 20.08.2020).

8. Музика А.А. Смертна кара. URL: http://www.zakony.com.ua (дата звернення: 20.08.2020).

9. 17 років без смертної кари в Україні. URL: https://ridna.ua/2017/02/17-rokiv-bez-smertnoji-kary-v-ukrajini/ (дата звернення: 20.08.2020).

10. Кримінальний виконавчий кодекс від 11.07.2003 № 1129-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15 (дата звернення: 20.08.2020).

11. Кримінальний кодекс УРСР : Закон УРСР від 28.12.1960 року № 2001-05. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05 (дата звернення: 20.08.2020).

12. Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудового кодексів України : Закон України від 22 лютого 2000 року № 1483-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1483-14 (дата звернення: 20.08.2020).

13. Кистяковский А.Ф. Исследование о смертной казни. Тула: Автограф, 2000. 272 с.

14. Термін «покарання». *Законодавство України*: офіційний сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/term/21992 (дата звернення: 20.08.2020).

15. Бурда С.Я. Покарання у виді довічного позбавлення волі за КК України як альтернатива смертної кари. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Випуск 4. Львів: ЛДУВС, 2013. С. 207-214.

Volodymyr Korotaiev. Legal nature of life imprisonment

The article clarifies the concept of life imprisonment according to the available legal and scientific sources, which is conceptual in nature: "Life imprisonment is the most severe measure of coercion of the main types of punishment, which in accordance with Art. 64 of the Criminal Code of Ukraine is established for the commission of particularly serious crimes and is applied only in cases specifically provided for by this Code, if the court does not consider it possible to apply imprisonment for a specified period. The retrospective of the death penalty has shown that it has always had more of an intimidating effect than the prevention and upbringing of the offender. Modern progressive society needs renewal in all spheres of life, including in the field of execution of punishments, and therefore such methods should be aimed not at the physical destruction of the offender, but at his return to life and change the criminal worldview due to life imprisonment with the possibility of release. of this punishment under certain conditions. It is emphasized that life imprisonment is indeed the most severe type of punishment in the current Criminal Code of Ukraine, as it provides for life imprisonment, restriction of certain rights and freedoms, and humanization processes affect the trend of legislative reform of life imprisonment. It was found that all sanctions, which provide for life imprisonment, also include a term of imprisonment. This is explained by the fact that the law considers imprisonment for a certain period of time in the first place, and only in the presence of additional serious circumstances can be sentenced to life imprisonment. It is concluded that the world community is trying to oppose the existence of the death penalty. The retrospective of the death penalty indicates that it has always had more of an intimidating effect than the prevention and upbringing of the offender. Modern progressive society needs renewal in all spheres of life, including in the field of execution of punishments, and therefore such methods should be aimed not at physical destruction of the offender, but at his return to life and change the criminal worldview due to life imprisonment with the possibility of release. of the specified punishment under certain conditions, first of all by conditional early release.

Key words: crime, punishment, life imprisonment, hope, release from serving a sentence.

УДК 343
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.35

Олександр Красноборов,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального та адміністративного права
Академії адвокатури України

РЕТРОСПЕКТИВА ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЛЕГАЛІЗАЦІЮ (ВІДМИВАННЯ) МАЙНА, ОДЕРЖАНОГО ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ

У статті проаналізовано хронологію внесення законодавцем змін до статті 209 Кримінального кодексу України за допомогою історичного міжнародно-правового екскурсу й аналізу існуючих нормативно-правових засад Європейського Союзу та Ради Європи щодо відмивання, пошуку, арешту та конфіскації доходів, одержаних злочинним шляхом, з метою забезпечення поглибленого розуміння передумов формулювання диспозиції вказаної статті у національному кримінальному законодавстві у конкретний період часу, що дасть змогу простежити тенденції змін її змістового наповнення.

Окреслено ряд причин та умов, які призвели до неоднозначного тлумачення вищезазначеної норми у процесі правозастосування, що на практиці робило процес доказування легалізації (відмивання) доходів (майна) досить складним та вкрай неефективним. Вимоги, передбачені законодавцем у Кримінальному кодексі України, потребували від прокурорів та слідчих насамперед доводити вчинення саме злочину, який передував легалізації (відмиванню), тим самим доволі часто роблячи розслідування злочину, передбаченого безпосередньо статтею 209 Кримінального кодексу України, другорядним, так би мовити «за залишковим принципом».

Висвітлено роль окремих міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, завдяки яким посилено двостороннє та міжнародне співробітництво у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму, зокрема співробітництво на оперативному рівні, між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

Основну увагу в статті приділено поступовій імплементації у національне кримінальне законодавство відповідних міжнародних стандартів, зокрема стандартів Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму (FATF) та стандартів, рівнозначних тим, які були прийняті Європейським Союзом та закріплені у відповідних конвенціях Ради Європи, що, безумовно, повинно покращити боротьбу з тяжкими транснаціональними злочинами, які нині стали міжнародною проблемою, що зростає.

Ключові слова: легалізація (відмивання) майна, боротьба з відмиванням коштів, предикатний злочин, стандарти FATF, імплементація міжнародних стандартів.

Постановка проблеми. Вже не одне десятиріччя Україна рухається шляхом поступального приведення власної нормативно-правової бази до стандартів Європейського Союзу та використання передових європейських напрацювань у різних галузях діяльності держави, зокрема у кримінально-правовій сфері.

Так, ще у 2001 році на виконання взятих Україною на себе міжнародних зобов'язань, передбачених Конвенцією Ради Європи від 8 листопада 1990 року про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом [1] (далі – Страсбурзька конвенція), ратифікованою із певними заявами і застереженнями Законом України від 17 грудня 1997 року № 738/97-ВР [2], законодавцем було криміналізовано легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом.

Надалі, беручи до уваги зазначену Страсбурзьку конвенцію, а також необхідність вжиття негайних заходів для ратифікації та повної імплементації Міжнародної конвенції ООН про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийнятої Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1999 року [3], у місті Варшава підписано ще одну Конвенцію Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом,

© О. Красноборов, 2020

та про фінансування тероризму від 16 травня 2005 року [4] (далі – Варшавська конвенція), яка набрала чинності для України лише 1 червня 2011 року, оскільки її було ратифіковано Верховною Радою України з певними заявами і застереженнями тільки у 2010 році.

Одним із ключових застережень в Законі України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму» від 17 листопада 2010 року № 2698-VI [5] стало те, що відповідно до пункту 4 статті 9 Варшавської конвенції Україна заявила, що буде застосовувати пункт 1 статті 9 цієї конвенції тільки у випадках, коли за предикатний злочин передбачено покарання у вигляді позбавлення волі, що, відповідно, зобов'язало органи досудового розслідування тривалий час обов'язково точно встановлювати конкретний злочин чи злочини, які передували легалізації.

Отже, наразі вищевказані конвенції Ради Європи та ООН є основним підґрунтям і орієнтиром для всіх законодавчих змін, пов'язаних з легалізацією (відмиванням) майна, одержаного злочинним шляхом, а визначення їх ролі в трансформації вітчизняного кримінального законодавства останніми роками є важливим науковим та практичним завданням.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання становлення та розвитку європейського законодавства у сфері боротьби з відмиванням коштів та іншого майна, одержаного злочинним шляхом, а також окремі аспекти антилегалізаційного європейського законодавства досліджувались такими вченими, як Ю. В. Александров, Т. А. Качка, А. Т. Ковальчук, О. Є. Користін, А. В. Наумов, І. М. Гаєвський, та іншими. Однак постійні зміни нормативно-правової бази зумовлюють необхідність подальших ґрунтовних наукових досліджень у цьому напрямі [6, с. 120].

Водночас у вітчизняних наукових колах тематика, присвячена ретроспективі змін національного антилегалізаційного кримінального законодавства за два останні десятиріччя, ретельно не вивчалась, у зв'язку з чим ця стаття має на меті узагальнити та опрацювати відповідні зміни.

Метою статті є детальний розгляд законодавчого закріплення відповідних конвенційних норм про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму, що містяться у Страсбурзькій та Варшавські конвенціях, у національному кримінальному законодавстві починаючи з 2001 року, а саме з моменту набрання чинності новим Кримінальним кодексом України.

Виклад основного матеріалу. У національному законодавстві України кримінальна відповідальність за легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом, була вперше встановлена статтею 209 Кримінального кодексу України [7] (у редакції 2001 року) та передбачала відповідальність за «вчинення фінансових операцій та інших угод з грошовими коштами та іншим майном, здобутих завідомо злочинним шляхом, а також використання зазначених коштів та іншого майна для здійснення підприємницької або іншої господарської діяльності, а також створення організованих груп в Україні чи за її межами для легалізації (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих завідомо злочинним шляхом».

Зазначена редакція статті була досить прогресивною та відповідала духу європейського законодавства у цій сфері, насамперед Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, від 8 листопада 1990 року.

Проте відповідна норма в першій редакції передбачала кримінальну відповідальність за легалізацію (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих не просто злочинним шляхом, а саме «завідомо» злочинним шляхом, що все ж таки вимагало встановлення природи набуття відповідного майна та потребувало від органів слідства доведення саме конкретного злочину, внаслідок вчинення якого було здобуте це майно та про який безумовно повинна була знати особа, яка надалі «відмивала» здобуті цим шляхом грошові кошти чи інші злочинні доходи.

Водночас вказана стаття не мала примітки, не містила будь-якої іншої норми, якою б закріплювався конкретний перелік злочинних діянь чи перелік статей Кримінального кодексу України, які передбачали б відповідальність за відповідні злочинні діяння, що передували легалізації (відмиванню) грошових коштів чи іншого майна.

На практиці ж недостатня конкретизація злочинів, пов'язаних з легалізацією грошових коштів та іншого майна, призвела до неоднозначного тлумачення вказаної норми, а також до складнощів у правильному її застосуванні, наслідком чого стало притягнення до кримінальної відповідальності за 209 статтею здебільшого осіб, які вчинювали злочини невеликої тяжкості, тоді як одним з основних завдань імплементації вказаної норми в національний кримінальний закон, з огляду на Страсбурзьку конвенцію, була боротьба саме з тяжкими транснаціональ-

ними злочинами, що стали зростаючою міжнародною проблемою.

Утім, це виявилося не єдиною вадою зазначеної норми, оскільки, крім вказаного, як зазначалося у пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та кримінально-процесуального кодексів України» [8], нею не охоплювались випадки, коли в Україні відмивались кошти чи майно, здобуті за її межами в результаті вчинення діянь, що визнавалися злочинами в інших країнах.

Задля виправлення ситуації, що склалася, вже у 2003 році законодавцем було чітко визначено, що легалізовані (відмиті) могли бути лише доходи, одержані внаслідок вчинення суспільно небезпечного протиправного діяння, тобто «предикатного злочину», за який Кримінальним кодексом України передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох і більше років (за винятком діянь, передбачених статтями 207 і 212 Кримінального кодексу України), або внаслідок діяння, яке визнається злочином за кримінальним законом іншої держави, причому за таке ж саме діяння передбачена відповідальність Кримінальним кодексом України та внаслідок його вчинення незаконно одержані доходи.

Надалі стаття 209 Кримінального кодексу України зазнавала здебільшого «косметичних» правок, продовжуючи містити в собі примітку з чітким нормативним закріпленням поняття «предикатний злочин», за який Кримінальним кодексом України передбачалось відповідне покарання, що на практиці робило процес доказування легалізації (відмивання) доходів досить складним та вкрай неефективним, оскільки потребувало від органів досудового розслідування насамперед доводити вчинення саме злочину, який передував легалізації, тим самим доволі часто роблячи розслідування злочину, передбаченого статтею 209 Кримінального кодексу України, другорядним, так би мовити «за залишковим принципом».

Така ситуація мала місце більше 16 років, аж допоки наприкінці 2019 року не було прийнято Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 06.12.2019 № 361-IX [9], яким статтю 209 Кримінального кодексу України було викладено у новій (і останній) доволі «революційній» редакції.

Підставою для внесення вказаних законодавчих змін стало підписання 27 червня 2014 року Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) [10], яку було ратифіковано із заявою Законом України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII [11] та яка набрала чинності для України 1 вересня 2017 року.

Так, згідно зі статтею 20 вказаної Угоди про асоціацію сторони, що її підписали, крім іншого, домовилися про посилення двостороннього та міжнародного співробітництва у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму, зокрема співробітництва на оперативному рівні. Водночас сторони взяли на себе зобов'язання щодо забезпечення імплементації відповідних міжнародних стандартів, зокрема стандартів Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму (FATF) та стандартів, рівнозначних тим, які були прийняті Європейським Союзом.

Тож відповідно до пункту 586 Плану заходів з виконання Угоди про асоціацію, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2017 року № 1106 [12], а також пункту 26 Плану заходів на 2017–2019 роки з реалізації Стратегії розвитку системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення на період до 2020 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 серпня 2017 року № 601-р [13], в статтю 209 Кримінального кодексу України були імплементовані відповідні міжнародні стандарти, визначені в актах Європейського Союзу, щодо запобігання відмиванню грошей та фінансуванню тероризму.

На перший погляд, остання редакція статті 209 Кримінального кодексу України, позбувшись примітки, яка зобов'язувала чітко доводити конкретний предикатний злочин, більшою мірою стала схожа саме на першу редакцію цієї статті від 2001 року, втім на відміну від неї містить доволі суттєві покращення.

Так, ключовою відмінністю статті 209 Кримінального кодексу України нині стало те, що вона не зобов'язує сторону обвинувачення безальтернативно доводити, що майно (дохід) було одержано саме «завідомо» злочинним шляхом, оскільки для кваліфікації діяння особи за цією статтею зараз досить навіть і того, що ця особа повинна була знати про те, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано зло-

чинним шляхом. Це, безумовно, розширює можливості притягнення до кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) майна не тільки безпосередньо тих осіб, які здобули це майно злочинним шляхом, а й тих, дії яких були спрямовані на надання походженню цього майна легального статусу.

З огляду на нову редакцію статті 209 Кримінального кодексу України наразі також немає особливої різниці й у тому, чи було здобуто майно, яке у подальшому легалізувалось (відмивалось), на території України або за її межами. Головне у цьому, щоб сам шлях набуття такого майна обґрунтовано вважався злочинним.

Висновки

Ураховуючи викладене, можна підсумувати, що нині стаття 209 Кримінального кодексу України містить структурований перелік діянь, за вчинення яких натепер можливе притягнення особи до кримінальної відповідальності, зокрема навіть:

– якщо ці діяння вчинені особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом;

– без обов'язкового встановлення конкретного предикатного злочину.

Тож, з огляду на викладене, на нашу думку, трансформація диспозиції статті 209 Кримінального кодексу України за останні 19 років свідчить про сталий курс до остаточної відмови вже у найближчому майбутньому від точного встановлення конкретного предикатного злочину, який передував легалізації, що корелюється з прогресивними світовими тенденціями у сфері боротьби з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму.

Список використаних джерел:

1. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом : Конвенція Ради Європи від 08.11.1990. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029 (дата звернення: 29.11.2020).

2. Про ратифікацію Конвенції про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, 1990 рік : Закон України від 17.12.1997 № 738/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/738/97-вр (дата звернення: 29.11.2020).

3. Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму : Конвенція ООН від 09.12.1999. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_518 (дата звернення: 29.11.2020).

4. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму : Конвенція Ради Європи від 16.05.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_948 (дата звернення: 29.11.2020).

5. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму : Закон України від 17.11.2010 № 2698-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2698-17 (дата звернення: 29.11.2020).

6. Гаєвський І. М. Європейське законодавство проти відмивання коштів: становлення та розвиток. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Випуск 3. С. 119–125. URL: http://www.nvppp.in.ua/vip/2016/3/27.pdf (дата звернення: 29.11.2020).

7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 29.11.2020).

8. Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України : Закон України від 16.01.2003 № 430-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/430-15 (дата звернення: 29.11.2020).

9. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06.12.2019 № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20 (дата звернення: 29.11.2020).

10. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 29.11.2020).

11. 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 16.09.2014 № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18 (дата звернення: 29.11.2020).

12. Про виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : постанова Кабінету Міністрів України від 25.10.2017 № 1106. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1106-2017-п (дата звернення: 29.11.2020).

13. Про реалізацію Стратегії розвитку системи запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 30.08.2017 № 601-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/601-2017-р (дата звернення: 29.11.2020).

Oleksandr Krasnoborov. Retrospective of the legislative regulation of criminal liability for the legalization (laundering) of criminally-obtained property

The article analyzes the chronology of the legislation amendments to Article 209 of the Criminal Code of Ukraine via historical and international legal digression and analysis of the existing legal framework of the European Union and the Council of Europe on money laundering, search, seizure and confiscation of illegal assets. The aim of the article is to provide the understanding of the preconditions for formulating the disposition of Article 209 in the national criminal law during a specific period of time, as well as to allow to follow the trends of changes in its content.

A number of reasons and conditions that led to ambiguous interpretation of the above rule in the criminal proceedings are outlined, which in practice made the process of proving the money laundering quite complex and extremely inefficient. The requirements provided by the legislator in the Criminal Code of Ukraine required prosecutors and investigators, first of all, to prove the conducting of a crime that preceded money laundering (predicate offence), thus often making the investigation of a crime under Article 209 of the Criminal Code of Ukraine less important. would say "on a residual basis".

The role of certain international agreements ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, which strengthened bilateral and international cooperation in the fight against money laundering and financing of terrorism, including cooperation at the operational level, between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand.

The article focuses on the gradual implementation into national criminal law of relevant international standards, in particular the standards of the Financial Action Task Force on Money Laundering and Terrorist Financing (FATF) and standards equivalent to those adopted by the European Union and enshrined in relevant Council of Europe conventions, which should certainly improve the fight against serious transnational crimes, which has now become a growing international problem.

Key words: money laundering, fight against money laundering, predicate offence, FATF standards, implementation of international standards.

УДК 159.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.36

Максим Гребенюк,
канд. юрид. наук, доцент,
військовослужбовець
Управління державної охорони України

ПСИХОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ СПІЛКУВАННЯ ОХОРОНЦЯ З ОСОБАМИ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ У НЕБЕЗПЕЧНИХ ПСИХІЧНИХ СТАНАХ

Актуальність статті полягає в тому, що спілкування в діяльності охоронця, як і в діяльності всіх правоохоронців, має особливий характер, адже позначене переважно професійним спрямуванням і не завжди може починатися зі знайомства, хоч останнє і є бажаним. Загалом можна констатувати, що процес спілкування в діяльності охоронця набуває особливого характеру, адже в результаті професійного спілкування правоохоронець отримує щось більше, ніж інформацію. Він вибудовує стратегію взаємодії з об'єктом професійної уваги й сам стає джерелом інформації, а отже, об'єктом психологічного впливу. У статті розглянуто професійно-психологічні питання покращення діяльності охоронців шляхом формування практичних навичок спілкування з особами, що перебувають у небезпечних психічних станах, і врахування її в практичній діяльності. З'ясовано місце психології у формуванні охоронця-професіонала. Виконання професійних обов'язків охоронцями з досить великою ймовірністю передбачає взаємодію з особами, що становлять реальну або потенційну загрозу для оточення, перебуваючи в небезпечних психічних станах. Найчастіше це наркотичне (у тому числі алкогольне) сп'яніння, наявність психічних аномалій межового характеру чи психічне захворювання. Оскільки в цих випадках порушується нормальний перебіг пізнавальних процесів (сприймання, мислення, уваги) та емоційно-вольова регуляція поведінки, людина починає неадекватно сприймати, оцінювати й реагувати на навколишню ситуацію. Тому охоронець повинен володіти навиками діагностувати ці стани та знати загальні правила спілкування з такими особами. Мотив стає властивістю особистості в тому випадку, якщо він стереотипізується й закріплюється на всі ті однорідні ситуації, що його спочатку викликали. Із цього випливає, що сталість – це невід'ємна риса, головна властивість нормальної особистості; і, навпаки, мінливість є однією з найважливіших ознак патологічного характеру. Відносини алкоголіка з оточенням визначаються випадковими фактами, залежать від випадкових моментів. Переконання, що в минулому визначали поводження людини, перестають керувати її поведінкою. Визначено психологічні рекомендації щодо оцінювання поведінки та можливості встановлення професійного психологічного контакту, а також подолання бар'єрів у спілкуванні.

Ключові слова: спілкування, інформація, охоронець, спеціальні психологічні знання.

Хто володіє інформацією,
той володіє світом.
В. Черчилль

Постановка проблеми. Спілкування в діяльності охоронця, як і в діяльності всіх правоохоронців, має особливий характер, адже позначене переважно професійним спрямуванням і не завжди може починатися зі знайомства, хоч останнє і є бажаним. Загалом можна констатувати, що процес спілкування в діяльності охоронця набуває особливого характеру, адже в результаті професійного спілкування правоохоронець отримує щось більше, ніж інформацію. Він вибудовує стратегію взаємодії з об'єктом професійної уваги й сам стає джерелом інформації, а отже, об'єктом психологічного впливу. Звичайно, коли з людьми починає розмову незнайома людина, вони найчастіше несвідомо аналізують логічність, зрозумілість і природність приводу. Можна з упевненістю говорити, що для деяких людей вступ у контакт з незнайомою людиною пов'язаний із серйозними труднощами, а тим більше коли ця особа перебуває в небезпечних психічних станах.

Виконання професійних обов'язків охоронцями з досить великою ймовірністю передбачає взаємодію з особами, що становлять реальну або потенційну загрозу для оточення, перебуваючи в небезпечних психічних станах. Найчастіше це наркотичне (у тому числі алкогольне) сп'яніння, наявність психічних аномалій межового характеру чи психічне захворювання. Оскільки в цих випадках порушується нормальний перебіг пізнавальних процесів (сприймання,

© М. Гребенюк, 2020

мислення, уваги) та емоційно-вольова регуляція поведінки, людина починає неадекватно сприймати, оцінювати й реагувати на навколишню ситуацію. Тому охоронець повинен володіти навиками діагностувати ці стани та знати загальні правила спілкування з такими особами.

Людство з давніх часів знає про особливі психічні зміни, що виникають під впливом психотропних речовин. Їх уживали, щоб угамувати біль, мати нормальний сон, підбадьорити себе в необхідні моменти, але найчастіше просто для того, щоб відчути себе іншим, набути внутрішнього благополуччя. Тютюн, кава й алкоголь, без сумніву, найбільш розповсюджені легальні (дозволені, не заборонені для вживання в суспільстві) психотропні засоби. На жаль, нелегально широко використовуються також опіати, гашиш, марихуана, медичні й синтетичні наркотичні препарати. Усі вони активно впливають на головний мозок, прискорюючи, блокуючи або змінюючи передачу сенсорних сигналів, заважаючи нервовим центрам нормально функціонувати; з часом призводять до характерологічних та особистісних змін. Особа, що опиняється в полоні алкоголю чи наркотиків, «перероджується», утрачає свої найкращі властивості та якості, набуваючи натомість інших, у тому числі й суспільно небезпечних.

Мета статті – розглянути професійно-психологічні питання покращення діяльності охоронців шляхом формування практичних навичок спілкування з особами, що перебувають у небезпечних психічних станах, і врахування її в практичній діяльності, з'ясувати місце психології у формуванні охоронця-професіонала.

Виклад основного матеріалу. Гостре алкогольне сп'яніння має певні закономірності перебігу, зокрема виділяють три його стадії.

I (легка) – на перший план виступає підвищення настрою (ейфорія). Послаблюється критичність, як наслідок – переоцінка своїх фізичних та інтелектуальних можливостей, усі турботи, перешкоди й сумніви зникають. Сп'янілий стає веселим, розв'язним, вступає в контакт із малознайомими й зовсім незнайомими людьми. Стан ейфорії змушує його голосно говорити, співати, випробовувати свою силу, спритність. Якщо його не розсердять, він стає добросердим, надто товариським, запрошує розділити з ним компанію. Рухи активізуються, по всьому тілу розливається тепло, обличчя червоніє, шкіра стає гарячою, очі набувають особливого блиску.

II (середня) – виражене алкогольне сп'яніння. Гіперболізуються (патологічно загострюються) індивідуальні характерологічні особливості: веселі люди голосно говорять, жваво жестикулюють, співають, танцюють, смутні – впадають у ще більший смуток, плачуть, каються, просять у присутніх вибачення. Люди дратівливі, грубі, нестримані стають ще більш грубими, украй дратівливими, цинічними, безтактними, причепливими, настирливими, схильними до агресії, асоціальних вчинків.

Сп'янілі люди погано розбираються в тому, що їм говорять, що навколо них відбувається. Вони будують здогадки з приводу характеру й намірів навколишніх, виразу їхнього обличчя або слів; сприймають їх за недругів, ображають і вступають у бійку. Утрачається належний такт, не беруться до уваги пристойності. Нерідко п'яний ображає словом і дією, особливо тоді, коли йому роблять якесь зауваження, закликають до порядку, суперечать. Непристойні зауваження, цинічні жарти – звичайне явище для сп'янілих. Оголюються інстинкти, реакції на зовнішні подразники набувають явно афективного вигляду. Рухові реакції порушуються, спостерігається помітне похитування при ходьбі, знижується больова чутливість.

Мова, спочатку пожвавлена, робиться монотонною, погано артикульованою, іноді з'являється заїкання. П'яні стереотипно повторюють ті самі слова і фрази, утрачають спроможність до розумних суджень. Порушується координація тонких рухів, з'являється незграбність, падають речі, хода стає невпевненою, хиткою. М'язова сила, больова й температурна чутливість знижуються. П'яні не відчувають больових подразнень та ударів, не чутливі до поранень, опіків. Зорові сприйняття стають недостатньо чіткими. Безумовні реакції (харчова, статева) на початку сп'яніння підвищуються, а потім пригнічуються. Зіниці дещо звужуються, подих прискорюється, пульс частішає.

Людина в середній стадії алкогольного сп'яніння хоча й усвідомлює все, що відбувається навколо неї, але втрачає критику до себе. Асоціативний процес утруднюється і сповільнюється. Увага знижується. Сп'янілому важко осмислити обстановку, оцінити її. Іноді з'являються ілюзії, сп'янілий плутає людей і предмети, заговорює з неживими речами або із самим собою, при цьому веде безпредметні стереотипні розмови. У такому стані схильні до імпульсивних учинків, наносять собі ушкодження, каліцтва й можуть загинути, прийнявши вікно за двері, ріку – за дорогу.

III (важка) – поступово збудження змінюється пригніченням. Повністю порушу-

ється орієнтування в просторі. З'являється сонливість, сп'янілий заспокоюється й засинає, нерідко в будь-якому місці й у будь-якому положенні, там, де він опинився, байдужий до незручностей і небезпек, на які наражається.

Алкоголізм – тривале зловживання алкоголем, що призводить до підвищення емоційності, легкості виникнення афектів, їх патологічної рухливості (лабільності), нестійкості реакцій, особливо у сфері мотивів і спонукань до дії. Реакцію алкоголіка на ту чи іншу подію передбачити важко, можна лише припускати, що вона буде більш афективною, ніж у здорової людини.

При алкоголізмі відбувається загальне зниження рівня особистості. У здорової людини поведінка залежить від характеру, від якої вона може, якщо цього вимагає ситуація, звільнитися. Алкоголік перебуває в повній залежності від випадку. Стає неможливим, наприклад, скористатися виробленим у процесі індивідуальної історії стереотипом особистісних реакцій, правильно і швидко оцінити ситуацію, на основі адекватного емоційного тла зайняти найбільш необхідну й вигідну позицію. Хворий щоразу виявляється перед такого роду необхідністю «без належного особистісного оснащення», тобто без підтримки характеру. У реакції вибору визначальним стимулом стають випадкові асоціації чи патологічний потяг до алкоголю.

Мотив стає властивістю особистості в тому випадку, якщо він стереотипізується й закріплюється на всі ті однорідні ситуації, що його спочатку викликали. Із цього випливає, що сталість – це невід'ємна риса, головна властивість нормальної особистості; і, навпаки, мінливість є однією з найважливіших ознак патологічного характеру. Відносини алкоголіка з оточенням визначаються випадковими фактами, залежать від випадкових моментів. Переконання, що в минулому визначали поводження людини, перестають керувати її поведінкою.

Зміна змісту особистості насамперед стосується моральних переконань та інтересів. Моральні риси алкоголіка досить докладно описані в літературі. Загальним висновком є визнання, що моральні почуття – чесність, прихильність, любов, почуття подяки, почуття відповідальності – мають для алкоголіка дуже відносне значення, більше вербального характеру, не визначаючи його поводження. Етичні норми для хворих не відіграють ролі: вони неохайні, недбалі в одязі, найчастіше – просто брудні й обірвані. Поведінка їхня украй цинічна й безтактна. Вони брехливі й безсоромні, можуть красти і шахраювати, щоправда, без винахідливості й украй примітивно. Людські взаємини втрачають зміст і цінність. Зникає повага до авторитетів та особистості. Для правопорушень алкоголіків характерне насильство над особистістю інших. Без твердих переконань і поглядів на життя вони не здатні до систематичних і послідовних дій, праці. Позбавлені почуття відповідальності за свої вчинки, робота для них – спосіб добування грошей на горілку, причому один із найбільш неприємних. Вони не замислюються над тим, що важливо й потрібно робити, украй безтурботні й легковажні.

Емоційне життя алкоголіків утрачає свою сталість, гармонію, широту, диференційованість. Крім крайньої нестійкості, неврівноваженості, лабільності емоційних проявів, останні змінюються і якісно. Поряд із плаксивістю, легкодухістю з'являється черствість, байдужність до долі й життя близьких, егоїзм, що має прямолінійний, грубий, нічим не замаскований характер. Почуття поверхові, незважаючи на удавану іноді щирість, і швидкоплинні. Емоції визначають поведінку більшою мірою, ніж воля й інтелект, через слабкий контроль з боку останніх.

Окремо варто зупинитися на клінічній картині патологічного сп'яніння, що зустрічається досить рідко, але є надзвичайно суспільно небезпечним. Як правило, воно настає в осіб, що перенесли в минулому травму голови, напередодні недосипали, перевтомилися й були під впливом інших чинників, що послабляють організм.

Зазвичай патологічне сп'яніння виникає раптово, без усіляких провісників; іноді йому передує короткочасний сон. Патологічне сп'яніння переважно проявляється важким потьмаренням свідомості й порушенням орієнтування. Спостерігаються афекти страху, гніву, люті, злості. Страх буває то безпричинним, то зумовленим різними побоюваннями. Ейфорія відсутня. Часто спостерігаються ілюзії, зорові та слухові галюцинації (шепіт, лайка, погрози). Уявляються якісь люди, вороже налаштовані. З'являється манія переслідування: здається, що хтось загрожує, стежить, обвинувачує у важких злочинах тощо. Нерідко друзів або компаньйонів по випивці людина сприймає за своїх запеклих ворогів, починає від них люто захищатися, нападає на них і часом учиняє найтяжчі злочини. Іноді вони до деякої міри керують своєю поведінкою, а потім знову підпадають під владу дикої злості. Схильні до агресивних учинків: вступають у бійку, наносять образи словом і дією, пускають у хід ножі, зброю.

Для патологічного сп'яніння характерною є низка неврологічних і соматичних ознак, зокрема спроможність (на відміну

від простого сп'яніння) до швидких, спритних і складнокоординованих дій під владою «придуманої» ідеї, відсутність виражених фізичних ознак того, що людина «під градусом». Порушення координації рухів, як правило, не відзначається. Нападають на навколишніх осіб, виявляючи при цьому велику спритність і спроможність переборювати навіть значні перешкоди.

Злочини та правопорушення, учинені в стані патологічного сп'яніння, вражають своєю дикістю й жорстокістю. Іноді під впливом страхітливих марень учиняють спроби самогубства, наносять собі ушкодження. Патологічне сп'яніння зазвичай закінчується сном, після чого спостерігається повна амнезія, лише в декого залишаються нечіткі, уривчасті спогади. Іноді такі особи засинають поруч із жертвою своєї агресії.

Опіати (наркотики, що виробляються з маку), конопля та її похідні (марихуана, гашиш) викликають відчуття особливої легкості, веселості, зненацька настають приступи сміху, з'являється прагнення до негайних дій, «поглиблюються» розумові можливості. Нерідко при сп'янінні пробують піднімати величезну вагу, хочеться співати, танцювати, відзначаються психічні й моторні порушення. Думки течуть усе швидше і швидше, без будь-якого асоціативного зв'язку. Спостерігаються мовні порушення, можуть виникати яскраві зорові галюцинації, оточення набуває яскравого забарвлення. Легко виникають ілюзії – невеликий шум сприймається як гуркіт водоспаду, простий акорд – як прекрасний музика. Усі переживання, усі емоції гіпертрофуються. Тривалість ейфорії, зумовленої дією препаратів маку й коноплі, досить невелика, виникає страх, відчуття нереальності переживань. Власне тіло здається стороннім. Складні сприйняття карикатурно спотворюються. Наплив думок змінюється розгубленістю, супроводжуваною страхом збожеволіти. Сп'янілі то дещо тверезіють, то знову занурюються у світ ілюзорних переживань. Поступово стан сп'яніння наростає, тіло холодіє, вкривається потом. Виникають головний біль, занепокоєння, фізична слабкість, а потім настає глибокий, важкий сон.

Амфетаміни – сильні збуджувальні речовини, що породжують відчуття активності, збудження й емоційності. Галюциногени (ЛСД-25, мескалін, псилоцибін тощо) впливають на сферу відчуттів, сприйняття й мислення; спричиняють сильний галюциноз і маячіння, відповідно до сюжету якого може діяти особа, хоча найчастіше в цьому стані людина не спроможна до активних дій, вона лише спостерігає. Іноді бувають випадки загибелі під впливом галюциногенів, коли особа намагається пройти «крізь» транспортну мережу, зупинити одним рухом автомобіль чи потяг, полетіти з вікна наче птах тощо. Дуже рідко, але все ж таки бувають випадки насильницьких дій, коли з'являється маячіння переслідування чи загрози з боку «ворогів».

Уживання нейродепресантів, зокрема барбітуратів, як правило, не несе загрози громадськості. В осіб, які їх уживають, обличчя бліде, виснажене, стомлене, як у людини, котра довго не спала. Міміка в'яла, вираз обличчя апатичний. Активні рухи загальмовані. Зіниці вузькі, реакція на світло млява або відсутня. Мова монотонна, повільна, змазана; повільно добирають необхідні слова, часто використовують їх невлад і не одразу знаходять потрібне. Точність тонких рухів порушується, що виявляється в зміні почерку, він робиться великим, розгонистим, переривчастим, із пропусками окремих літер. Мислення уповільнене. Характер змінюється: вони робляться слабовільними, нерішучими, тривожними, підозрілими, астенізованими.

Тремор рук, іноді спостерігається розлад ковтання. На вигляд загальмовані, апатичні, сонливі. Часті головні болі, запаморочення, порушується сон, нерідко з'являється безсоння, а якщо людина засинає на нетривалий час, виникають кошмарні сни. Чутливість до больових подразнень підвищується.

При наркотичному сп'янінні людина має майже нормальний вигляд, однак при уважному погляді можна помітити в неї не зовсім адекватне реагування на питання або ситуації, немотивовану рухову активність, змінений темп і манеру мовлення, безпідставні зміни настрою (веселий, сміхотливий змінюється настороженістю, смутком), розширені або звужені зіниці, своєрідний блиск очей. Можна помітити сліди від ін'єкцій на руках і ногах, темні «окуляри» або набряклості навколо очей, пересихання слизових оболонок (облизування губ, ковтання слини) тощо.

Уживання алкоголю й наркотиків з часом (це залежить від їх властивостей та особливостей організму) неминуче призводить до звикання, тобто виникнення спочатку психологічної, а потім і фізіологічної залежності. Із цього моменту організм не здатний більше обходитися без наркотику, оскільки той стає невід'ємним компонентом системи обміну речовин. За його відсутності виникає стан абстиненції (болісні неврологічні та соматичні відчуття), коли не тільки погіршується фізичний стан, а й з'являється озлоблення, дратівливість, підозрілість, агре-

сивність, виникає потреба отримати дозу наркотику за будь-яку ціну. У цьому стані наркоман досить небезпечний, бо майже не відповідає за свої вчинки, здатен на будь-які дії заради отримання грошей або безпосередньо наркотику.

Окрім осіб із наркотичною залежністю, досить численною та складною для професійного спілкування є категорія людей, особистісні й поведінкові особливості яких сформувалися внаслідок неправильного (викривленого, дисгармонійного) процесу соціалізації. Їх не варто вважати проявами психічного захворювання, але вони виходять і за межі певної умовної, прийнятої в суспільстві норми. Психічні аномалії межового характеру відносно стабільні й мало корегуються, створюють специфічний «портрет» індивіда, вони перешкоджають адаптації людини, зокрема можуть впливати на її схильність до антисуспільних учинків. Ідеться насамперед про деякі варіанти акцентуацій характеру (К. Леонгард, О. Личко й ін.) та психопатій.

Акцентуація – надмірне посилення, загострення окремої риси характеру, підвищена чутливість до одних психотравмувальних впливів при достатній витривалості до інших («слабке місце»). Психопатія – хворобливе загострення особливостей характеру, що виникає без видимих причин і проявляється незалежно від ситуації, з великою ймовірністю призводить до соціальної дезадаптації та має незворотний характер. Варто зазначити, що в несприятливих соціальних умовах акцентуація набуває все більшого ступеня вираженості й, зрештою, сягає рівня психопатії; у сприятливих – її прояви мінімізуються.

Психічні аномалії межового характеру цікавлять нас із погляду кримінальної та загальносоціальної небезпеки, переважно це представники збудливого, істеричного, епілептоїдного й нестійкого типів.

Збудливі – надмірно рухливі, у все втручаються, прагнуть до керівництва; афективні реакції мають бурхливий характер зі звуження поля свідомості; реакції протесту відзначаються активністю, прагненням зробити «на зло», помститися, руйнувати; виражені елементи «самонакручування» характеризуються вибуховістю, нетерпимістю до оточення, підозрілістю, злопам'ятством та образливістю.

Істероїди – рухливі, примхливі, крикливі, уперті; схильні до клоунади й фантазування, емоції контрастні та демонстративні; у стані емоційного збудження виникають бурхливі афективні реакції (падають, качаються по підлозі, кусаються), схильні до агресії або суїциду як засобу самоствердження і привернення до себе уваги.

Епілептоїди – головними рисами є схильність до поступового накопичення подразливості й пошук об'єкта, на якому можна було б «зірвати злість»; гнівливі, дратівливі, прагнуть до влади; часті напади злісно-гнітючого настрою, причому емоційні вибухи зумовлюються не зовнішніми причинами, а внутрішнім напруженням.

Нестійкі – підвищена рухливість з елементами істероїдного реагування, навіюваність, нездатність до вольових зусиль, бурхливі афективні реакції, упертість спричиняють податливість негативним впливам і схильність до асоціальних учинків.

Поведінка осіб з акцентуаціями та межовими психічними розладами досить часто неадекватна ситуації, але, на відміну від психічно хворої людини, вони здатні керувати нею й усвідомлюють свої дії.

З усього розмаїття проявів хворої психіки ми зупинимося лише на тих, що можуть становити небезпеку для оточення.

Шизофренія характеризується насамперед розладом емоційно-вольової сфери. Частково або повністю втрачений зв'язок із реальністю; з'являються галюцинації, зокрема вербальні, що сприймаються як наказ (імперативні). Під їх впливом хворий може вчиняти немотивовані, безглузді, часто небезпечні для оточення вчинки (наприклад, ні з ким не розмовляти, ходити по даху, шукати «чаклунку», скоїти самогубство чи вбити когось). Про галюцинації хворі, як правило, не говорять, тому велике значення мають об'єктивні ознаки: вони до чогось прислухаються, уважно дивляться в певному напрямку, щось шепочуть, закладають вуха ватою.

Епілепсія – психіка стає загальмованою та все менш гнучкою, хворі підозрілі й легко ображаються, причому серйозність приводу тут не має значення (кажуть, що епілептик може вбити людину через дрібницю). У сутінковому стані (до та після епілептичного нападу) поведінка зовні виглядає цілеспрямованою, але людина не орієнтується в навколишньому світі, на запитання відповідає «не в плані запитання». У такому стані схильні до агресивних дій, можуть кудись їхати, бігти, учиняти підпали й убивства; можуть стати жертвою нещасного випадку, оскільки зовнішніх подразників практично не сприймають, не оцінюють, що відбувається.

Олігофренія (розумова недорозвиненість) характеризується незрілістю суджень, одноманітністю й нерозвиненістю мови, тугоумством, недоступністю абстрактних

понять, елементарністю мислення. Недостатня соціальна адаптованість і насмішки оточення можуть підштовхнути хворого до насильницького самоствердження як засобу вирішення особистісних проблем.

Висновки

Найбільш загальними рекомендаціями при спілкуванні із зазначеними категоріями осіб є:

1) спокій і впевненість у собі: не робити різких рухів, не метушитися, попереджати про кожну наступну свою дію чи рух. Така поведінка здійснює вплив за механізмом зараження й запобігає розростанню конфліктної ситуації;

2) уважне, але не нав'язливе чи демонстративне спостереження за поведінкою. Прямий контакт очами може спричинити імпульсивну реакцію у вигляді агресії;

3) чіткість, конкретність, зрозумілість формулювань. Неприпустимими є довгі та заплутані фрази, уживання спеціальних термінів чи просто незрозумілих слів, натяки, двозначності;

4) уникати проявів зверхності й глузування. Гумор і жарти, які зазвичай чинять значний нейтралізуючий вплив, розряджають ситуацію, сприяють виникненню психологічного контакту, у цих випадках можуть сприйматися як ворожість і діяти парадоксально;

5) спробувати надати своєму мовленню характеру навіювання. Слова діють не тільки своїм змістом, а й ритмом, інтонацією, тембром звучання, їх емоційним забарвленням (наприклад, «Слухайте мене уважно! Зосередьтеся на тому, що я кажу Вам! У цій ситуації найкраще ... Це корисно й для Вас, і для оточення, бо ...»).

Отже, одержання професійно значущої інформації є складним видом діяльності, що потребує не тільки наявності спеціальних знань, умінь і навичок збирання інформації, а й комплексу психологічних якостей, що мають професійну значимість. До них передусім належать такі: комунікабельність, спостережливість, активність, цілеспрямованість, наполегливість, самовладання тощо.

Список використаних джерел:

1. Александровский Ю.А. Пограничные психические расстройства : учебное пособие. Москва : Медицина, 2000. 496 с.

2. Болотов Д.М. Клініко-психопатологічні особливості хворих на посттравматичні стресові розлади і розлади адаптації та їх комплексне лікування : дис. ... канд. мед. наук : 14.01.16. Харків, 2008. 153 с.

3. Личко А.Е. Психопатии и акцентуации характера у подростков. Ленинград : Медицина, 1977. 208 с.

4. Meyer J.-J.Ch. Reasoning about emotional agents. London : IOS Press, 2004. 133 p.

Maksym Hrebeniuk. Psychological aspects of communication of the security guard with persons who are in dangerous mental states

The relevance of the article is that communication in the activities of a security guard, as well as in the activities of all law enforcement officers, has a special character, because it is marked mainly by professional orientation and can not always begin with acquaintance, although the latter is desirable. In general, it can be stated that the process of communication in the activities of a security guard acquires a special character, because as a result of professional communication, a law enforcement officer receives something more than information. He builds a strategy of interaction with the object of professional attention and himself becomes a source of information and, consequently, the object of psychological influence. The article considers professional and psychological issues of improving the activities of security guards by developing practical skills of communication with people in dangerous mental states, and taking it into account in practice. The place of psychology in the formation of a professional security guard is clarified. The performance of professional duties by security guards is highly likely to involve persons who pose a real or potential threat to the environment while in a dangerous mental state. These are most often narcotic (including alcoholic) intoxication, the presence of mental anomalies of a borderline nature or mental illness. Because in these cases the normal course of cognitive processes (perception, thinking, attention) and emotional-volitional regulation of behavior is disturbed, a person begins to inadequately perceive, evaluate and react to the surrounding situation. Therefore, the security guard must have the skills to diagnose these conditions and know the general rules of communication with such persons. The motive becomes a property of the individual if it is stereotyped and fixed on all the homogeneous situations that originally caused it. It follows that permanence is an integral feature, the main property of a normal personality; conversely, variability is one of the most important signs of a pathological nature. The alcoholic's relationship with his surroundings is determined by random facts, depending on random moments. Beliefs that in the past determined a person's behavior cease to control his behavior. Psychological recommendations for assessing behavior and the possibility of establishing professional psychological contact, as well as overcoming barriers to communication.

Key words: communication, information, security guard, special psychological knowledge.

УДК 343.985:351.74
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.37

Андрій Швець,
аспірант кафедри криміналістичного забезпечення та судових експертиз
Національної академії внутрішніх справ

СПОСОБИ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ПОВОДЖЕННЯМ ІЗ НЕБЕЗПЕЧНИМИ МАТЕРІАЛАМИ

Актуальність статті полягає в тому, що кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, а саме у сфері обігу радіоактивних, хімічних, біологічних і ядерних матеріалів, належать до нових видів протиправної діяльності й полягають у застосуванні або погрозі застосування радіоактивних, хімічних, біологічних і ядерних матеріалів або забруднюючих пристроїв на їх основі для досягнення соціальних, економічних чи політичних цілей. Однією з категорій криміналістичної методики є спосіб учинення кримінальних правопорушень. У його основі покладена об'єктивна закономірність, відома з найдавніших часів як повторюваність образу дій при вчиненні протиправних діянь. Важливою якістю повторюваності є те, що вона властива тією чи іншою мірою способам дій одних і тих же осіб, що систематично вчиняють однорідні кримінальні правопорушення, а також різних, не пов'язаних між собою осіб, якщо виникає збіг детермінуючих чинників або правопорушник використовує чужий досвід. У статті доведено, що спосіб учинення злочину є найбільш інформативним елементом криміналістичної характеристики, і проведено наукову систематизацію найбільш поширених способів учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням з небезпечними матеріалами, відповідно до предмета кримінального правопорушення, його кількісних і якісних ознак; особливостей обстановки, місця, часу вчинення кримінального правопорушення; можливості здійснення підготовчих дій; наявності в правопорушника професійних знань, його стосунку до сфери обігу небезпечних матеріалів, фізичного стану, психологічних особливостей, мети вчинення кримінального правопорушення, галузей обігу радіоактивних, хімічних, біологічних і ядерних матеріалів. З'ясовано, що інформація про спосіб учинення слугує основою для розробки криміналістичних характеристик цього виду кримінальних правопорушень; виявлення взаємозв'язку між структурними елементами криміналістичної характеристики (спосіб – особа правопорушника, спосіб – сліди, спосіб – предмети посягання тощо); побудови слідчих версій; планування досудового розслідування; розробки конструкції тактики проведення слідчих (розшукових) дій; розробки криміналістичної профілактики кримінальних правопорушень.

Ключові слова: небезпечні матеріали, кримінальне правопорушення, криміналістична характеристика, спосіб учинення, розслідування.

Постановка проблеми. Кримінальні правопорушення, пов'язані з незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, а саме у сфері обігу радіоактивних, хімічних, біологічних і ядерних (далі – РХБЯ) матеріалів, належать до нових видів протиправної діяльності й полягають у застосуванні або погрозі застосування радіоактивних, хімічних, біологічних і ядерних матеріалів або забруднюючих пристроїв на їх основі для досягнення соціальних, економічних чи політичних цілей.

Однією з категорій криміналістичної методики є спосіб учинення кримінальних правопорушень. У його основі покладена об'єктивна закономірність, відома з найдавніших часів як повторюваність образу дій при вчиненні протиправних діянь. Важливою якістю повторюваності є те, що вона властива тією чи іншою мірою способам дій одних і тих же осіб, що систематично вчиняють однорідні кримінальні правопорушення, а також різних, не пов'язаних між собою осіб, якщо виникає збіг детермінуючих чинників або правопорушник використовує чужий досвід. Вивчення способу вчинення конкретного кримінально-протиправного посягання є надзвичайно важливим, з огляду на те що суд, постановляючи вирок, індивідуалізує покарання, ураховуючи спосіб учинення кримінального правопорушення, який характеризує подію кримінального правопорушення. Спосіб учинення кримінального правопорушення – один із центральних еле-

© А. Швець, 2020

ментів криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень, який дає найбільший обсяг криміналістичної інформації, що дає змогу зорієнтуватися слідчому в події кримінального правопорушення та визначити оптимальні методи його розслідування.

Саме через спосіб передусім виражаються дії правопорушника відносно навколишнього середовища. До того ж спосіб учинення кримінального правопорушення породжує тільки йому подібні зміни в навколишній обстановці.

Теоретичним підґрунтям статті є праці вітчизняних і зарубіжних учених із криміналістики, кримінального процесу, судової експертизи а саме: В.П. Бахіна, Р.С. Бєлкіна, В.Д. Берназа, А.Ф. Волобуєва, В.Г. Гончаренка, В.А. Журавля, А.В. Іщенка, Н.І. Клименко, О.Н. Колесніченка, В.П. Колмакова, В.О. Коновалової, В.С. Кузьмічова, В.В. Лисенка, В.К. Лисиченка, Є.Д. Лук'янчикова, Ю.Ю. Орлова, В.Л. Ортинського, М.А. Погорецького, М.В. Салтевського, О.В. Таран, В.В. Тіщенка, П.В. Цимбала, К.О. Чаплинського, С.С. Чернявського, В.Ю. Шепітька та ін. В умовах реалізації чинного Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України окремими аспектам розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, приділено увагу в роботах О.О. Мілевського, О.В. Маслюка. Водночас сьогодні існує потреба в науковій систематизації способів учинення таких кримінальних правопорушень.

З огляду на наведене **метою статті** є систематизація найбільш поширених способів учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами.

Виклад основного матеріалу. Невипадково М.П. Яблоков зазначав, що спосіб учинення – це система, що об'єктивно та суб'єктивно обумовлює поведінку суб'єкта до й під час учинення ним кримінального правопорушення [1, с. 46–53]. Виявлені сліди за допомогою криміналістичних прийомів і засобів дають змогу отримати уявлення про сутність події, своєрідність злочинної поведінки правопорушника, його окремі особисті характеристики. Безпосередньо інформація про спосіб учинення кримінального правопорушення використовується для встановлення кола осіб, причетних до кримінального правопорушення, виявлення конкретного суб'єкта правопорушення й визначення шляхів і засобів розшуку правопорушників [2, с. 45–46].

Інформація про спосіб учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, слугує основою для:

1) розробки криміналістичних характеристик цього виду кримінальних правопорушень;

2) виявлення взаємозв'язку між структурними елементами криміналістичної характеристики (спосіб – особа правопорушника, спосіб – сліди, спосіб – предмети посягання тощо);

3) побудови слідчих версій;

4) планування досудового розслідування;

5) розробки конструкції тактики проведення слідчих (розшукових) дій (СРД);

6) розробки криміналістичної профілактики кримінальних правопорушень [3; 4].

Варто додати, що в криміналістичному аспекті спосіб учинення кримінальних правопорушень охоплює безліч ознак, що не мають кримінально-правового значення, але відіграють важливу роль для пошуку слідів і встановлення ознак кримінального правопорушення.

Більш того, необхідно зазначити, що на спосіб учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, суттєвий вплив мають обставини, що характеризують предмет злочинного посягання, так як у кожному конкретному кримінальному правопорушенні у сфері незаконного поводження з небезпечними матеріалами він може бути різний і, відповідно, мати свої особливості.

Наприклад:

– у разі вчинення незаконного поводження з радіоактивними матеріалами (ст. 265 Кримінального кодексу (далі – КК) України) предметом кримінального правопорушення є радіоактивні матеріали, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці, виробі чи в іншому вигляді. До них належать джерела іонізуючого випромінювання, радіоактивні речовини, ядерні матеріали, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці, виробі чи в іншому вигляді;

– у разі незаконного виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (ст. 265^1 КК України), предметом кримінального правопорушення є ядерний вибуховий пристрій, пристрій, що розсіює радіоактивний матеріал, або пристрій, який випромінює радіацію;

– при незаконному виробництві, виготовленні, придбанні, перевезенні, пересиланні, зберіганні з метою збуту або збуті отруйних чи сильнодіючих речовин або

отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ст. 321 КК України) предметом кримінального правопорушення є отруйні та сильнодіючі речовини, які не є наркотичними засобами або психотропними речовинами чи їх аналогами, отруйні й сильнодіючі лікарські засоби, а також обладнання, призначене для виробництва чи виготовлення таких речовин і засобів;

– у разі порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами (ст. 326 КК України) предметом кримінального правопорушення є мікробіологічні агенти, інші біологічні агенти й токсини [5, с. 615–616].

Як результат належність речовин до категорії небезпечних матеріалів зовсім не означає їх однотипність, що, власне, зумовлює необхідність виділення та дослідження типових способів учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами.

На необхідність детального дослідження способів учинення будь-якого кримінального правопорушення прямо вказано й у ст. 91 КПК України як на обставину, що встановлюється при доведенні події кримінального правопорушення, у тому числі й при розслідуванні кримінальних правопорушень, учинених із застосуванням РХБЯ матеріалів [6].

Варто розрізняти спосіб учинення кримінального правопорушення як елемент предмету доведення та як елемент криміналістичної характеристики. Так, спосіб учинення кримінального правопорушення входить у предмет доведення, тому що є основним компонентом об'єктивної сторони кримінального правопорушення: зіставляючи характер дій (бездіяльності) особи з кримінальним законом, слідчий і суд визначають, чи є в цьому діянні ознаки кримінального правопорушення, чи містять дії винного обтяжливі та пом'якшувальні його відповідальність обставини тощо [7, с. 85].

Установлення способу вчинення незаконного поводження з радіоактивними матеріалами, незаконного виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію, незаконного виробництва, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання з метою збуту або збуту отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, порушення правил поводження з мікробіологічними або іншими біологічними агентами чи токсинами є основною для висунення оперативно-розшукових і слідчих версій і розробки окремих тактичних прийомів, які застосовують підрозділи по боротьбі із цими видами кримінальних правопорушень. Це дає змогу сконцентрувати необхідні сили й засоби в місцях імовірного вчинення незаконного поводження з небезпечними матеріалами, забезпечити ефективне оперативне обслуговування найбільш криміногенних об'єктів [8, с. 12].

Для кримінального правопорушення, передбаченого ст. 265 КК України (Незаконне поводження з радіоактивними матеріалами), характерними способами вчинення є придбання, носіння, зберігання, використання, передача, видозмінення, знищення, розпилення або руйнування радіоактивних матеріалів (джерел іонізуючого випромінювання, радіоактивних речовин або ядерних матеріалів, що перебувають у будь-якому фізичному стані в установці або виробі чи іншому вигляді) без передбаченого законом дозволу.

Незаконне придбання радіоактивних матеріалів передбачає умисні дії, пов'язані з їх набуттям (крім викрадення, привласнення, вимагання, заволодіння шляхом шахрайства чи зловживання службовим становищем), усупереч передбаченому законом порядку, у результаті купівлі, обміну, привласнення знайденого, одержання як подарунка, на відшкодування боргу, плати за виконану роботу чи надані послуги, позики тощо.

Незаконне носіння радіоактивних матеріалів включає умисні, учинені без передбаченого законом дозволу дії з їх переміщення, транспортування особою безпосередньо при собі (у руках, одязі, сумці, спеціальному футлярі, транспортному засобі тощо.)

Незаконне зберігання радіоактивних матеріалів передбачає умисні дії, що полягають у володінні (незалежно від тривалості в часі) без відповідного дозволу чи з простроченням його дії будь-яким із зазначених предметів (джерела іонізуючого випромінювання, радіоактивні речовини, ядерні матеріали), що перебуває не при особі, а в обраному нею місці. Це може бути квартира, приватний будинок, підсобне приміщення, прибудинкова територія, гараж тощо. При цьому відповідальність настає незалежно від тривалості, способів (таємно чи відкрито) і місця зберігання. З огляду на слідчу практику, у домашніх умовах часто використовують радіоактивний матеріал 226-Ra (радій-226) у хімічних дослідах та експериментах, який потім збувають з метою незаконного збагачення.

Використання радіоактивних матеріалів полягає в отриманні їх корисних властивостей, застосуванні як джерела іонізуючого випромінювання.

Передача радіоактивних матеріалів охоплює як оплатне, так і безоплатне їх вручення постійно чи тимчасово іншій особі. Вибір способу залежить від місця вчинення незаконного діяння:

– у людному місці, на вулиці, на ринку передача може здійснюватися як одноособово, так і групою осіб з розподілом ролей між ними («продавець», «контролер», «охоронець» тощо), що перебувають у різних місцях і виконують заздалегідь обумовлені дії; передачу можуть здійснювати жінки під прикриттям торгівлі товарами господарського призначення тощо. У такому разі насамперед необхідне спостереження за обстановкою, установлення всіх учасників кримінального правопорушення та їх функцій, а при нагоді й фіксація спостережень за допомогою відеокамери;

– у приміщенні за місцем свого проживання посильний або умовний власник, хоч і незаконний, «працює» переважно поодинці, дотримуючись конспірації та маючи вже сформоване коло «покупців»; там же він зберігає різного роду радіоактивні матеріали.

Видозмінення радіоактивних матеріалів передбачає перетворення їх з одного виду в інший. Маються на увазі зміна агрегатного стану (з твердого на рідкий чи газоподібний) чи концентрації (збагачення) радіоактивних матеріалів; хімічні реакції з такими матеріалами, унаслідок чого змінюється їх хімічна формула; ядерні реакції, які призводять до переходу радіоактивної речовини в інший вид за складом елементів.

Знищення радіоактивних матеріалів – приведення їх до стану, коли вони не можуть використовуватися за цільовим призначенням, унаслідок хімічних перетворень, механічних ушкоджень, фізичних змін, зокрема на ядерному рівні.

Розпилення радіоактивних матеріалів передбачає дії з їх розпорошення дрібними частками в багатьох місцях, що призводить до зниження їх концентрації й утрати радіаційних можливостей. При цьому відбувається зменшення інтенсивності випромінювання до меж, коли матеріали не можна використовувати за призначенням.

Розпилення здійснюється шляхом випуску радіоактивних газів в атмосферу, виливання рідких радіоактивних матеріалів у водні об'єкти, розсипання порошку над поверхнею, змішування радіоактивних матеріалів з комунальними чи виробничими відходами, додавання їх у сировину, з якої продукуються вироби, тощо.

Руйнування радіоактивних матеріалів – один із головних способів приведення їх до непридатного стану, що полягає насамперед у фізичних змінах – механічних пошкодженнях захисних оболонок джерел іонізуючого випромінювання, збірок ядерних тепловиділяючих елементів тощо.

Однак варто мати на увазі, що наявність радіоактивної властивості в якогось матеріалу й можливість його використання для виготовлення ядерного вибухового пристрою – різні речі [9, с. 28].

Так, на думку спеціалістів, непромислове напрацювання (виготовлення) ядерних збройних матеріалів з радіоактивних компонентів, таких як ізотопи U-235 і Pu-239, у кількості, необхідній терористам для створення ядерного вибухового заряду, практично неможливе [10]. Не підходить для цієї мети й слабо збагачений уран з топливних елементів ядерних реакторів, а також зразки радіоізотопної продукції, яка використовується в ядерній медицині та промисловості. Попри це, існує чорний ринок, який у змозі забезпечити поставки практично всіх радіоактивних матеріалів і компонентів для їх виготовлення в обхід чинних регламентів [11, с. 53].

Для незаконного виготовлення ядерного вибухового пристрою чи пристрою, що розсіює радіоактивний матеріал або випромінює радіацію (ст. 265[1] КК України), теж властивий спосіб учинення кримінального правопорушення, який передбачає умисні дії всупереч установленого законом порядку щодо створення чи перероблення цих предметів, унаслідок чого вони набувають відповідних характерних властивостей. Мова йде про виготовлення таких матеріалів поза спеціалізованими підприємствами в умовах підпільних лабораторій.

Зауважимо, що, незважаючи на можливості застосування різних ізотопів подільних матеріалів для виготовлення ядерного вибухового пристрою, практичне застосування знайшли в основному лише ізотопи урану-235 і плутонію-239. Викликано це насамперед результатом відносної доступності й простоти отримання цих матеріалів [12, с. 26].

Криміналістичне дослідження способів учинення незаконних діянь з отруйними та сильнодіючими речовинами або отруйними чи сильнодіючими лікарськими засобами має бути спрямовано на з'ясування найпоширеніших прийомів, що використовують правопорушники при вчинення тих чи інших кримінально-протиправних діянь.

При незаконному виробництві, виготовленні, придбанні, перевезенні, пересиланні, зберіганні з метою збуту або збуті отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів (ч. 1 ст. 321 КК України) спосіб учинення

безпосередньо виплаває з назви цієї кримінально-правової норми й може бути реалізований через виробництво, виготовлення, придбання, перевезення, пересилання, зберігання та збут отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, а також через учинення таких дій щодо обладнання, призначеного для виробництва чи виготовлення зазначених речовин чи засобів.

До незаконного способу вчинення цього кримінального правопорушення необхідно зарахувати будь-які із зазначених дій, що вчинені без реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії) у випадках, коли такий дозвіл (ліцензія) є обов'язковими. При цьому для незаконного виробництва будуть характерні всі дії, пов'язані із серійним одержанням отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів. Серійне одержання зазначених засобів або речовин означає їх виготовлення серіями, за певним стандартом (нормою, зразком, мірилом), тобто вони є типовим виробом, що має відповідати певним вимогам щодо якості, хімічного складу, фізичних властивостей, ваги, форм і розмірів, у тому числі вимогам фармацевтичного підприємства. Тобто йдеться про промисловий спосіб виготовлення цих засобів і речовин.

Діяння, окреслені в ч. 2 ст. 321 КК України, можуть бути реалізовані шляхом порушення встановлених правил виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, відпуску, обліку, перевезення, пересилання отруйних чи сильнодіючих речовин, що не є наркотичними або психотропними чи їх аналогами, або порушення таких правил щодо отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів.

У ході дослідження ми встановили типові способи виведення отруйних і сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів із законного обігу:

1. Виробництво отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів в умовах «уявної законності», тобто на підприємствах, що мають спеціальний дозвіл і працюють із зазначеними речовинами та засобами на законних підставах, але виробляють їх понад дозволені обсяги з додатково придбаної сировини, без відповідного оформлення, обліку, з метою виведення із законного обігу й використання в подальшому в кримінально-протиправній діяльності. Може здійснюватися особами (або групою осіб за попередньою змовою), які керують зазначеними вище підприємствами, відповідають одночасно за придбання сировини, її використання, виробництво продукції та її подальшу реалізацію. У результаті відбувається виробництво в завищених обсягах, із «дублюванням» номерів партій, складанням підроблених документів, їх дублікатів або взагалі без них (підпільно-цехова діяльність).

2. Розкрадання отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів на підприємствах, установах, де вони виготовляються особами, які безпосередньо задіяні в процесі виробництва, зберігання, обліку, відпуску таких речовин, наприклад, керівниками окремих виробничих ділянок, цехів, лабораторій (як з відома та за сприяння керівництва, так і без нього).

3. Розкрадання отруйних і сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів в установах, організаціях, де вони зберігаються, використовуються, реалізуються, транспортуються:

а) працівниками складів, баз, переробних промислових чи сільськогосподарських підприємств, різних установ та організацій тощо, наприклад, фармацевтичними працівниками, які здійснюють отримання, зберігання, облік і відпуск отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, шляхом не проведення оприбутковування (повного або часткового) указаних лікарських засобів (чи інших отруйних, сильнодіючих речовин), що надійшли для реалізації (зберігання, переробки тощо), з подальшим відпуском «з-під прилавку», поза касою й без будь-якого обліку; відпуску оприбуткованих отруйних, сильнодіючих речовин із подальшою фальсифікацією обліково-реєстраційних документів (наприклад, при відпуску лікарських засобів, що підлягають предметно-кількісному обліку) або без фальсифікації документів (наприклад, при відпуску лікарських засобів, що не підлягають предметно-кількісному обліку, без пред'явлення рецепту лікаря); відпуску отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, що зараховані рішенням компетентних органів до відходів і підлягають утилізації або знищенню (неякісних, фальсифікованих, незареєстрованих, з терміном придатності, що вийшов тощо) зі складанням фіктивних актів про їх знищення; розкрадання зазначених речовин з баз, складів тощо, де вони зберігаються, які вчиняються їх працівниками з подальшою фальсифікацією документів щодо їх обліку або без такої.

4. Придбання, отримання отруйних і сильнодіючих лікарських засобів в аптеках за підробленими рецептами. Такий спосіб може мати декілька форм залежно від обсягу дій з підробки рецепту:

– виготовлення бланка, занесення до нього всіх відомостей, оформлення згідно з вимогами, що до нього висуваються (дотримання форми виписування, виконання підпису лікаря й печатки);

– унесення змін у справжній рецепт: дописування назви лікарського засобу або зміна прописаної кількості, зазначеної форми випуску лікарського засобу, його дозування, дати виписування рецепту, дописування спеціальних вказівок («Хронічно хворому», «За спеціальним призначенням», які, згідно з п. 12 Порядку відпуску лікарських засобів і виробів медичного призначення з аптек та їх структурних підрозділів [12], надають право неодноразово придбавати отруйні чи сильнодіючі лікарські засоби), придбання підробленого рецепту в інших осіб.

5. Незаконний збут отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів особами, які мають право на придбання таких засобів, для власних потреб (за медичними показаннями) або їхніми родичами.

Висновки

Отже, дослідження способів учинення кримінальних правопорушень, пов'язаних із незаконним поводженням з небезпечними матеріалами, як одного з головних елементів криміналістичної характеристики повною мірою відображають специфічні особливості досліджуваного виду кримінальних правопорушень, що, у свою чергу, сприяє виробленню методики досудового розслідування.

Отже, проведене дослідження теоретичного складника й аналіз практичної діяльності дають змогу дійти висновку, що у сфері, пов'язаній із незаконним поводженням із небезпечними матеріалами, існує різноманіття способів учинення кримінальних правопорушень. Зазвичай правоохоронці розслідують різні види порушення правил поводження з радіоактивними матеріалами та правил виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, відпуску, обліку, пересилання, збуту отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів, поєднаних із підробленням документів, а слідчо-судова практика дає матеріал для аналізу й узагальнення способів, методів та інших обставин вчинення кримінальних правопорушень із застосуванням РХБЯ матеріалів.

Список використаних джерел:

1. Яблоков Н.П. Информационные основы расследования и криминалистическая характеристика преступлений. Москва : БЕК, 1995. 245 с.

2. Яблоков Н.П. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений. Москва, 1980. 396 с.

3. 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.

4. Белкин Р.С. Курс криминалистики : учебное пособие. 3-е изд. Москва : ЮНИТА-ДАНА, Закон и право, 2001. 837 с.

5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернєя. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.

6. 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.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.

8. Особливості розслідування злочинів у сфері обігу радіоактивних матеріалів : монографія / за ред. П.Д. Біленчука. Київ : ННІПСК КНУВС, 2009. 88 с.

9. Маслюк О.В. Розслідування злочинів у сфері обігу радіоактивних матеріалів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 Київ, 2008. 232 с.

10. Папижук В.Н. Ядерний тероризм. *Фізична ядерна безпека :* матеріали І-го Міжнародного форуму (Київ, 23–26 листоп. 2005 р.). URL: http://lexltd.com.ua/forum_2005_programma_3.html.

11. Орлов В.В. Незаконний обіг радіоактивних речовин. *Вісник МАГАТЕ*. 2004. № 46/1. С. 53–56.

12. Порядок відпуску лікарських засобів і виробів медичного призначення з аптек та їх структурних підрозділів : Наказ МОЗ України від 19.07.2005 № 360. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0783-05#Text.

Andrii Shvets. Ways of committing criminal offences associated with unlawful use of hazardous materials

The relevance of the article is that criminal offenses related to the illicit handling of hazardous materials, namely in the field of circulation of radioactive, chemical, biological and nuclear materials is a new type of illegal activity and is the use or threat of use of radioactive, chemical, biological and nuclear materials or contaminants based on them to achieve social, economic or political goals. One of the categories of forensic methodology is the method of committing criminal offenses. It is based on an objective law, known since ancient times as the recurrence of the act of committing illegal acts. An important quality of recidivism is that it is inherent to some extent in the ways of action of the same persons who systematically commit homogeneous

criminal offenses, as well as different, unrelated persons, if there is a coincidence of determinants or the offender uses someone else experience. The article proves that the method of committing a crime is the most informative element of forensic characteristics and scientifically systematizes the most common ways of committing criminal offenses related to illegal handling of hazardous materials in accordance with: the subject of the criminal offense, its quantitative and qualitative characteristics; features of the situation, place, time of commission of a criminal offense; opportunities for preparatory actions; the offender has professional knowledge, his attitude to the circulation of hazardous materials, physical condition, psychological characteristics, the purpose of the criminal offense of the circulation of radioactive, chemical, biological and nuclear materials. It was found that information on the method of commission is the basis for: development of forensic characteristics of this type of criminal offenses; identification of the relationship between the structural elements of the forensic characteristics (method – the identity of the offender, method – traces, method – objects of encroachment, etc.); construction of investigative versions; pre-trial investigation planning; development of a design of tactics of carrying out investigative (search) actions; development of forensic prevention of criminal offenses.

Key words: *dangerous materials, criminal offense, forensic characteristics, method of commission, investigation.*

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.38

Андрій Жук,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС ПІДОЗРЮВАНОГО У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У запропонованій статті наголошено, що повідомлення особі про підозру є початковим моментом реалізації функції обвинувачення та забезпечення кримінальної відповідальності особи, винуватої у вчиненні кримінального правопорушення. Воно нерозривно пов'язане з тим, що у процесі досудового розслідування накопичено достатньо доказів для підозри у вчиненні злочину конкретною особою. Визначено, що повідомлення про підозру можна розглядати як кримінальну процесуальну гарантію прав підозрюваного, тобто сукупність установлених законом правових норм, що забезпечують виконання завдань кримінального провадження і надають можливість суб'єктам кримінального процесу виконувати обов'язки та реалізовувати права. З'ясовано, що у слідчій практиці існує тенденція, що в особи, яка є потенційним підозрюваним, перед її затриманням відбирають показання у вигляді явки з повинною, написаною власноручно, або від неї приймають пояснення без участі адвоката. Зроблено висновок про доповнення процесуального статусу підозрюваного чітко визначеним правом на поводження з ним як з невинуватим у вчиненні злочину до набрання обвинувальним вироком законної сили, так званим правом користуватись привілеями презумпції невинуватості, а також уніфікацію рішення про надання особі статусу підозрюваного, яке полягає у заміні такого процесуального документа, як «повідомлення особі про підозру», на винесення слідчим за погодженням із прокурором або прокурором постанови про залучення особи як підозрюваного з обов'язковим врученням копії даної постанови та пам'ятки про роз'яснення прав. Відповідно до цього, особа повинна визнаватися підозрюваним з моменту складення постанови про залучення особи як підозрюваного. Зазначені зміни запропоновано внести до Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, повноваження, слідчий, прокурор, постанова.

Постановка проблеми. У статі 3 Конституції України закріплено вихідну засаду правової демократичної соціальної держави: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю; утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Іншими словами, на державу покладається обов'язок не тільки визнавати, а й гарантувати і забезпечувати додержання прав людини і громадянина, сприяти їм у реалізації своїх особистих прав, основні з яких закріплені у розділі II Конституції України, що являє собою один з аспектів здійснення правоохоронної функції держави.

Серед учасників кримінального провадження особливе місце займає підозрюваний, але не завжди особа, яка отримує статус підозрюваного, є такою, а встановлення під час проведення процедури кримінального провадження необґрунтованості набуття статусу підозрюваного або порушення його прав і свобод вже в цьому статусі не є рідким явищем та сьогодні надзвичайно актуалізовано. Тому звернемо увагу на набуття процесуального статусу підозрюваного, а також його правові передумови.

Стан дослідження. Завдяки зусиллям науковців теорія притягнення особи до кримінальної відповідальності збагатилась дослідженнями, які сприяли покращенню практики кримінального провадження та вдосконаленню чинного законодавства. У процесі написання статті вивчалися наукові доробки О. В. Батюка, О. В. Винокурова, О. В. Капліна, О. С. Мазур, М. Я. Никоненка, Г. І. Процько, В. В. Рожнової, О. Ю. Татаров, О. В. Фараон, утім потребують розв'язання проблеми процесуального статусу підозрюваного у кримінальному проваджені, порядку повідомлення особі про підозру, гарантій забезпечення його прав.

З огляду на наведене, **метою статті** є дослідження процесуального статусу підозрюваного у кримінальному провадженні, надання його поняття.

Виклад основного матеріалу. Ідея підозри у вітчизняному кримінальному процесі була закладена ще на початку XVIII ст. як причина появи у кримінальній процесуаль-

© А. Жук, 2020

ній діяльності підозрюваного, до середини XX ст. набула на практиці дещо спотворений, парадоксальний вигляд: за наявності в органу кримінального переслідування фактичних даних, що дають підставу підозрювати особу в учиненні злочину, вона наділяється статусом обвинуваченого або свідка, але не підозрюваного. Норми кримінально-процесуального закону або інших нормативних документів намагалися виключити з кримінально-процесуальної діяльності не тільки етап підозри, а й фігуру підозрюваного [1, с. 75].

Для розв'язання цієї проблеми М. С. Строгович запропонував уважати підозрюваними тільки тих, стосовно яких під час провадження кримінальної справи до притягнення як обвинуваченого застосовувались затримання або інший запобіжний захід [2, с. 12]. Л. М. Лобойко зазначає: «Підозрюваний – це фізична особа, якій повідомлено про підозру або яку затримано за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення» [3, с. 116].

У науці кримінального процесуального права думки щодо інституту підозрюваного зводяться до того, що деякі вчені вважають процесуальний статус підозрюваного некоректним, інші вважають, що статус підозрюваного порушує права людини, адже у разі здійснення слідчих дій може бути негативний вплив на його репутацію, та останні говорять про те, що запровадження цього статусу фактично надає безмежні повноваження слідчим для наділення ним будь-якої особи, не маючи достатніх для цього юридично обґрунтованих підстав [4]. Загалом, інститут підозрюваного являє собою складний правовий механізм, щодо якого досі не вщухають дискусії, оскільки вчені-процесуалісти поділилися на тих, хто повністю підтримує запровадження самостійного суб'єкта кримінального провадження з боку захисту, а інші вважають його вкрай специфічним, неоднозначним та таким, що потребує додаткового обговорення.

Варто зазначити, що чинний КПК України закріплює підозрюваного як єдиного суб'єкта кримінального провадження, щодо якого триває кримінальне переслідування в стадії досудового розслідування.

У ст. 42 КПК України внесено зміни до порядку набуття статусу підозрюваного. Так, підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому ст.ст. 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок не встановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень [5].

Судячи з названих новел, законодавець повністю відмовився від інституту пред'явлення обвинувачення у досудовому розслідуванні, замінивши його маловідомим механізмом «повідомлення про підозру». Відповідно, можливість появи на досудовому слідстві обвинуваченого виключається, підозрювана особа стає обвинувачуваною після вручення їй після завершення досудового розслідування копії обвинувального акта. Разом із тим запроваджена у КПК України модель, коли обвинуваченою особа стає лише після завершення розслідування і першим актом її обвинувачення стає обвинувальний акт, може бути вразливою з огляду на положення Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, який проголосив у ч. 2 ст. 9, що «кожному арештованому повідомляється при арешті причини його арешту та негайно повідомляється будь-яке пред'явлене йому обвинувачення». Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод також передбачає: «Кожен, кого заарештовано, має бути негайно поінформований зрозумілою для нього мовою про підстави його арешту і про будь-яке обвинувачення, висунуте проти нього» (ч. 2 ст. 5).

З огляду на вказану проблему юридичної дефініції та те, що відповідно до чинного законодавства поняттям «підозрюваний» не охоплюється статус особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження, але вона ще не затримана і стосовно неї не застосовано запобіжний захід, у наукових працях висловлювалась пропозиція ввести в законодавчий обіг замість поняття «підозрюваний» новий термін «підслідний» [6, с. 88-89]. І ця пропозиція, на нашу думку, заслуговує на увагу. Нині науковці, юристи і вчені висловлюють багато зауважень щодо набуття статусу підозрюваного, викладаючи свої думки у наукових працях, але і досі жодна з них не відображена у законодавчих актах.

У слідчій практиці існує тенденція, що в особи, яка є потенційним підозрюваним, перед її затриманням відбирають показання у вигляді явки з повинною, написаною власноручно, або від неї приймають пояснення без участі адвоката. Тут потрібно мати на увазі, що будь-яке порушення права на захист чи права не свідчити проти себе може тягти за собою значні негативні наслідки.

Незважаючи на те, що ч. 1 ст. 32 КПК України визначено правовий статус особи, яка затримується на місці злочину, а ч. 2 даної статті – його права, необхідно зауважити, що даною статтею не врегульований відповід-

ний обов'язок органів влади щодо їх належного забезпечення [5].

Існує думка науковців, що до змісту КПК України, з урахуванням впровадження інституту повідомлення про підозру, слід включити такі дефініції: а) «Підозрюваний» – особа, тимчасово затримана на місці злочину чи з поличним; б) «Підслідний» – особа, щодо якої розпочато кримінальне процесуальне провадження або щодо якої обрано будь-який передбачений законом запобіжний захід до вручення їй обвинувального висновку, а також особа, якій надано повідомлення, що стосовно неї здійснюється кримінальне розслідування; в) «Обвинувачений» – особа, обвинувальний акт щодо якої вручений даній особі; г) «Підсудний» – обвинувачений, щодо якого здійснюється судовий розгляд справи (В. Г. Уваров, Т. Г. Фоміна, ін.).

В аспекті закріплення прав, зазначених у ч. 3 ст. 42 КПК України, процесуальні права підозрюваного, обвинуваченого визначені законодавцем з урахуванням засад змагальності та диспозитивності, що за логікою передбачає необхідність широкого кола процесуальних можливостей цих суб'єктів сторони захисту [7, с. 29]. Тому вважаємо, що права підозрюваного, закріплені ч. 3 ст. 42 КПК України, потребують розширення.

Наголосимо, що Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, проголосив: «Кожний, хто був жертвою незаконного арешту або тримання під вартою, має право на компенсацію, яка має позовну силу» (стаття 9); «всі особи, які позбавлені волі, мають право на гуманне звернення та повагу гідності, притаманні людської особистості» (стаття 10); «кожен обвинувачуваний в кримінальному злочині має право вважатись невинуватим, доки винуватість його не буде доведена відповідно до закону» (стаття 14); «не бути примушеним давати свідчення проти самого себе чи до визнання себе винним» (стаття 14); «кожна людина, де б вона не знаходилась, має право на визнання його правосуб'єктності» (стаття 16) [8].

Європейський Суд з прав людини (ЄСПЛ) неодноразово звертав увагу на необхідність дотримання принципу привілея від самообвинувачення (Справа «Гіні Макгіннесс проти Ірландії», рішення від 21 грудня 2000 року; Справа «Ван Вандел проти Нідерладдів», рішення від 23 березня 2006 року; Справа «Яременко проти України», рішення від 12 червня 2008 року, та деякі інші). У ч. 1 ст. 63 Конституції зазначено, що «особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом» [9]. Виходячи з цього, п. 4 і 5 прав підозрюваного, які викладені в ч. 3 ст. 42 КПК України, доцільно об'єднати і викласти більш лаконічно: «вправі давати показання чи відмовитись від дачі показань, а в разі згоди давати показання користуватись привілеєм звільнення від самообвинувачення – не говорити нічого проти самого себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів» [10, с. 37].

У справі «Шабельник проти України» ЄСПЛ констатував: заявник був допитаний в якості свідка, зізнався в процесі такого допиту за відсутності адвоката у вчиненому злочині; брав участь у відтворенні обстановки і обставин злочину в якості свідка і без захисника, де підтвердив свої зізнання; скаржився на те, що в основу обвинувачення покладені докази, здобуті незаконним шляхом. Суд установив, що засудження ґрунтується на показаннях, здобутих із порушенням права особи «на мовчання та права не свідчити проти самого себе» та з перешкодами для здійснення права на захист [8, с. 149].

Отже, повідомлення особі про підозру – це одне із важливих процесуальних рішень, яке приймає прокурор або слідчий за погодженням з прокурором до закінчення розслідування у кримінальному провадженні. Акт повідомлення особі про підозру має важливе юридичне значення і спричиняє відповідні наслідки. Він служить одним із засобів забезпечення невідворотності відповідальності осіб, які вчинили кримінальне правопорушення. Обґрунтована підозра дозволяє призначити таким особам справедливе покарання відповідно до характеру і тяжкості вчиненого кримінального правопорушення.

З огляду на те, що поняття «обґрунтована підозра» не визначено у національному законодавстві, та зважаючи на положення, закріплені у ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», слідчим суддям необхідно враховувати позицію ЄСПЛ, відображену, зокрема, у п. 175 рішення від 21 квітня 2011 року у справі «Нечипорук і Йонкало проти України», відповідно до якої 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 «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» від 30 серпня 1990 року, п. 32, Series A, № 182). Мета затримання для допиту полягає у сприянні розслідуванню злочину через підтвердження або спростування підозр, які стали підставою для затримання (рішення у справі «Мюррей проти Сполуче-

ного Королівства» від 28 жовтня 1994 року, п. 55, Series A, № 300-A). Однак вимога про те, що підозра має базуватись на обґрунтованих підставах, є значною частиною гарантії недопущення свавільного затримання і тримання під вартою. Більше того, за відсутності обґрунтованої підозри особа не може бути за жодних обставин затримана або взята під варту з метою примушення її зізнатися у злочині, свідчити проти інших осіб або з метою отримання від неї фактів чи інформації, які можуть слугувати підставою для обґрунтованої підозри (рішення у справі «Чеботарі проти Молдови» від 13 листопада 2007 року № 35615/06, п. 48). Водночас у КПК України міститься загальне положення, відповідно до якого для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні [11].

Повідомлення особі про підозру є початковим моментом реалізації функції обвинувачення та забезпечення кримінальної відповідальності особи, винуватої у вчиненні кримінального правопорушення. Воно нерозривно пов'язане з тим, що в процесі досудового розслідування накопичено достатньо доказів для підозри у вчиненні злочину конкретною особою. Ця підозра вперше чітко сформульована в офіційному документі – повідомленні особі про підозру. У ній слідчий вперше надає висновок про наявність і сутність кримінально караного діяння, вчиненого конкретною особою. Ю. П. Аленін вважає, що повідомлення про підозру – це одне із найважливіших процесуальних рішень, яке приймає прокурор або слідчий за погодженням із прокурором (ч. 1 ст. 277) до закінчення розслідування у кримінальному провадженні [12, с. 166].

Розкриваючи поняття повідомлення про підозру, вважаємо за необхідне звернутися до визначення, яке надає О. В. Капліна. Вона зазначає, що це процесуальна діяльність, зміст якої полягає у складанні слідчим або прокурором письмового повідомлення про підозру та його врученні особі відповідно до ст. 276–279 КПК України, та звертає увагу на багатозначність термінів «підозра» та «повідомлення про підозру». Вони можуть вживатися у кримінальному провадженні та у навчальній літературі в інших, крім зазначених вище, значеннях. Терміном «підозра» можна назвати процесуальний документ – повідомлення про підозру, який складається та вручається особі. Крім того, ним може позначатися інститут кримінального процесуального права, який становить уособлену групу правових норм, що регулюють однорідні кримінальні процесуальні відносини, які виникають у зв'язку з притягненням особи до кримінальної відповідальності, складанням та врученням особі повідомлення про підозру та одночасним наданням підозрюваному можливості захищати свої права та законні інтереси [13, с. 239].

Терміном «повідомлення про підозру» може позначатися певний етап стадії досудового розслідування, з якого починається притягнення особи до кримінальної відповідальності. Його можуть розуміти як сукупність кримінальних процесуальних дій та рішень, що здійснюються та приймаються на цьому етапі [14, с. 184].

О. Ю. Татаров зазначає, що повідомлення про підозру – один із ключових актів на стадії досудового розслідування, і процес доказування у кримінальному провадженні здійснюється саме для того, щоб процесуальними засобами підтвердити або спростувати винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення і забезпечити притягнення її до кримінальної відповідальності, яка розпочинається саме з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК) [15; 16].

Ю. П. Аленін та І. В. Гловюк стверджують, що повідомлення про підозру як процесуальний документ є процесуальним рішенням – юридичним актом початку та одночасно персоніфікації кримінального переслідування, оскільки у зв'язку з повідомленням про підозру з'являється такий суб'єкт кримінального провадження, як підозрюваний, а з моменту повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення починається притягнення особи до кримінальної відповідальності (п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК України) [12, с. 162]. І. Г. Івасюк пропонує своє визначення повідомлення про підозру. Він говорить, що це кримінальне процесуальне рішення слідчого, прокурора, яке приймається в обов'язковому порядку у разі затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення у письмовій формі і спричиняє набуття особою, щодо якої воно прийняте, процесуального статусу підозрюваного [1, с. 77].

Отже, повідомлення про підозру можна розглядати як кримінальну процесуальну гарантію прав підозрюваного, тобто сукупність установлених законом правових норм, що забезпечують виконання завдань кримінального провадження і надають можливість суб'єктам кримінального процесу виконувати обов'язки та реалізовувати права.

За своїм процесуальним статусом підозрюваний є суб'єктом прав; суб'єктом обов'язків; особою, статус якої пов'язується із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження; особою, показання якої є одним із джерел доказів у кримінальному процесі [17, с. 49]. Саме внаслідок повідомлення особи про підозру у кримінальному провадженні з'являється новий учасник кримінального процесу – підозрюваний, який має свій процесуальний статус. У ст. 42 КПК України закріплено процесуальний статус підозрюваного, але окремі питання його процесуального статусу в кримінальному провадженні, а також загальні стандарти реалізації підозрюваним своїх прав закріплено також і в нормах низки міжнародно-правових актів. У деяких із них міститься досить обмежена кількість норм, які охоплюють специфічні ознаки та дефініції, що характеризують особу підозрюваного [18].

Досліджуючи інститут підозри у кримінальному провадженні, О. В. Фараон зазначала, що права особи, якій повідомлено про підозру, можна розділити на дві групи: перша – загальні права, передбачені Конституцією України та нормами міжнародного права (наприклад, Загальною декларацією з прав людини, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародним пактом про громадянські та політичні права та права, закріплені іншими міжнародними нормативними документами, ратифікованими Україною), які мають бути враховані органами, що ведуть кримінальне провадження у своїй процесуальній діяльності на підставі засад кримінального провадження (ст. 7 КПК), і друга – спеціальні права, передбачені кримінальним процесуальним законом, що виникають з моменту повідомлення особі про підозру (ст. 42 КПК) [14, с. 81].

З метою уніфікації рішення про надання особі статусу підозрюваного, яке полягає у заміні такого процесуального документа, як «повідомлення особі про підозру», на винесену слідчим за погодженням із прокурором або прокурором постанову про залучення особи як підозрюваного з обов'язковим врученням копії даної постанови та пам'ятки про роз'яснення прав. Відповідно до цього, особа повинна визнаватися підозрюваним з моменту складення постанови про залучення особи як підозрюваного. Вручення копії постанови та пам'ятки обмежити строком: протягом 24 годин з моменту складення постанови, а у разі, якщо особа ухиляється від розслідування, її місцезнаходження невідоме, – негайно після її явки до слідчого, прокурора або у цей строк з моменту встановлення її місцезнаходження [12].

Вказані зміни пропонуємо відобразити у главі 22 КПК України, що на нашу думку, буде сприяти чіткому закріпленню статусу підозрюваного у кримінальному процесі і передбачатиме реалізацію процесуального статусу підозрюваного в цілому, закріпить його гарантії у кримінальному процесі з метою реалізації завдань кримінального провадження. Відповідно до цього, особа повинна визнаватися підозрюваним з моменту складення постанови про залучення особи як підозрюваного. Зазначені зміни запропоновано внести до глави 22 КПК України, доповнивши статтею 276-1 «Постанова про залучення особи як підозрюваного», яку викласти у такій редакції:

1. У випадках, передбачених ч. 1 ст. 276 цього Кодексу, прокурор, слідчий за погодженням з прокурором виносить постанову про залучення особи як підозрюваного.

2. У постанові зазначається зміст підозри, фактичні обставини і правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність і наводяться мотиви прийнятого рішення.

3. Копія постанови та пам'ятка вручається підозрюваному одночасно з врученням письмового повідомлення про підозру».

Висновки

Процедура та порядок набуття статусу підозрюваного не є досконалими та потребують більш серйозної уваги як з боку законодавців, так і вчених. Це пов'язано з обґрунтованістю доказів, які повинні мати місце під час повідомлення про підозру; поєднанням обставин справи з відповідною особою на основі достовірності та ймовірності; чітким виконанням правоохоронними органами положень чинного кримінального процесуального законодавства та недопущенням порушень прав і свобод людини, навіть якщо ця людина має статус підозрюваної особи.

Список використаних джерел:

1. Івасюк І. Г. Інститут «повідомлення про підозру» нового кримінального процесуального законодавства України. *Митна справа*. 2013. № 4 (88). Ч. 2, книга 2. С. 74–79.

2. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса : учебник. Москва : Наука, 1968. Т. 1. 468 с.

3. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : підручник. Київ: Істина, 2014. 432 с.

4. Лисюк Ю. В. Окремі аспекти набуття процесуального статусу підозрюваного у досудовому розслідуванні. *Вісник Академії адвокатури України*. 2014. Т. 11. № 2. С. 56–62. URL: http://nbuv.gov.ua/

UJRN/vaau_2014_11_2_9 (дата звернення: 11.11.2020).

5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13 квіт. 2012 р. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 11.11.2020).

6. Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Загальна частина : підручник. Київ: Алерта, 2014. 440 с.

7. Кучинська О. Механізм забезпечення прав особи в кримінальному процесі. *Закон и жизнь*. 2012. № 4. С. 28–30.

8. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Київ: Алерта, 2014. 768 с.

9. Конституція України : Закон від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 11.11.2020).

10. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : наук.-метод. посіб. для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.

11. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон від 23 лют. 2006 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 (дата звернення: 11.11.2020).

12. Аленін Ю. П., Гловюк І. В. Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 161–169.

13. Капліна О. В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 238–242.

14. Фараон О. В. Поняття повідомлення про підозру. *Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства* : матеріали кругл. столу (Київ, 28 листоп. 2013 р.). Київ, 2013. С. 183–186.

15. Татаров О. Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади (за матеріалами МВС) : монографія. Донецьк: ТОВ «ВПП «ПРОМІНЬ», 2012. 640 с.

16. Татаров О.Ю. Особливості застосування деяких нових інститутів кримінального процесуального законодавства України. *Право України*. 2013. № 11. С. 63-70.

17. Кримінальне процесуальне право України : навчальний посібник / за ред. проф. В. Г. Гончаренка, В. А. Колесника. Київ: Юстиніан, 2014. 576 с.

18. Гузела М. До проблеми прав підозрюваного в кримінальному провадженні: міжнародні стандарти забезпечення. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2016. Вип. 63. С. 187–194. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vlnu_yu_2016_63_22 (дата звернення: 11.11.2020).

Andrii Zhuk. Procedural status of a suspect in criminal proceedings

The proposed article emphasizes that notifying a person of suspicion is the starting point for the implementation of the function of prosecution and ensuring the criminal responsibility of the person guilty of a criminal offense. It is inextricably linked to the fact that the pre-trial investigation has accumulated enough evidence to suspect a particular person of committing a crime. It is determined that the notice of suspicion can be considered as a criminal procedural guarantee of the rights of the suspect, ie a set of statutory legal norms that ensure the implementation of criminal proceedings and enable criminal subjects to perform their duties and exercise their rights. It is emphasized that notifying a person of suspicion is the initial moment of realization of the function of accusation and ensuring criminal responsibility of a person guilty of committing a criminal offense. It is inextricably linked to the fact that the pre-trial investigation has accumulated enough evidence to suspect a particular person of committing a crime. It has been found that in investigative practice there is a tendency for a person who is a potential suspect to be deprived of testimony in the form of a guilty plea written in his own handwriting or to receive explanations without the participation of a lawyer. It is concluded that the procedural status of the suspect is supplemented by a clearly defined right to be treated as an innocent person before the conviction enters into force, the so-called right to enjoy the privileges of presumption of innocence, and unification of the decision to grant such a suspect status. procedural document as a "notification to a person of suspicion", for the issuance of an investigator in agreement with the prosecutor or the prosecutor of the decision to involve a person as a suspect, with the mandatory delivery of a copy of this decision and a memorandum of understanding. Accordingly, a person must be recognized as a suspect from the moment of drawing up a decision to involve a person as a suspect. It is proposed to make these changes to the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Key words: measures to ensure criminal proceedings, powers, investigator, prosecutor, resolution.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.39

Тимур Лоскутов,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри організації досудового розслідування
Криворізького навчально-наукового інституту
Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ОБМЕЖЕННЯ ТА ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОКРЕМИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Стаття присвячується дослідженню питання щодо обмеження і порушення права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій. Аналізуються положення кримінального процесуального законодавства та практика кримінального провадження щодо обмеження права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій. Підкреслюється, що використання примусу є властивим процесу проведення слідчих (розшукових) дій, а це вже може призводити до обмеження прав людини, зокрема порушення права особи на свободу. Відзначається, що у ході здійснення огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання може обмежуватися свобода особи, яка не має кримінального процесуального статусу, зокрема, конкретних процесуальних прав і свобод для захисту від кримінального переслідування (обвинувачення). Виокремлюються формальний та змістовий підходи до визначення порушення права на свободу у перебігу здійснення деяких слідчих (розшукових) дій. Формальний підхід виявляється у тому, що момент фактичного обмеження свободи особи, її фізичного пересування ототожнюється із кримінальним процесуальним затриманням, яке часто у практичній діяльності жодним чином не оформлюється. Змістовий (сутнісний) підхід щодо порушення права на свободу ґрунтується на практиці Європейського суду з прав людини, зокрема, на визначених цим Судом критеріїв. Наголошується, що у разі користування сутнісним підходом до визначення порушення права на свободу особи під час проведення огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання, то не завжди можна однозначно констатувати, що вказане право є неправомірно обмеженим органами кримінального судочинства. Підсумовується, що серед критеріїв порушення права особи на свободу у перебігу слідчих (розшукових) дій визначальне місце посідає такий критерій, як «наслідки». Зазначається, що коли наслідком здійснення слідчих (розшукових) дій є викриття особи, яка не має закріплених у законодавстві конкретних прав та свобод для свого захисту, навіть незначне обмеження свободи потрібно визнавати порушенням права людини на свободу. Визначаються перспективи подальших розвідок стосовно обмеження і порушення права на свободу під час здійснення процесуальних дій.

Ключові слова: слідчі (розшукові) дії, огляд, обшук, пред'явлення для впізнання, обмеження свободи, порушення свободи.

Постановка проблеми. Одним із фундаментальних прав людини є право на свободу. Забезпечення цього права у межах кримінального провадження є особливо важливим. Оскільки внаслідок незаконного обмеження права на свободу можуть порушуватися інші права та свободи особи під час досудового та судового проваджень у кримінальному процесі. У зв'язку з цим дослідження питання щодо обмеження права на свободу під час проведення слідчих (розшукових) дій не може не бути актуальним нині.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання забезпечення права на свободу у кримінальному провадженні досліджувалося такими вченими, як: К.Д. Волков, І.В. Гловюк, О.В. Гончар, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, П.М. Маланчук, А.О. Побережник, М.А. Погорецький, О.Г. Шило та інші. Проте науковці у своїх роботах не акцентували увагу на питанні обмеження права на свободу у ході здійснення слідчих (розшукових) дій.

Метою статті є дослідження питання щодо обмеження і порушення права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій. Для досягнення цієї мети були поставлені такі завдання, як: аналіз приписів процесуального законодавства та практики кримінального провадження щодо обмеження права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій; виокремлення підходів до визначення порушення права на свободу у перебігу здійснення вказаних дій.

© Т. Лоскутов, 2020

Виклад основного матеріалу. У теорії кримінального процесу забезпечення права на свободу насамперед розглядається щодо запобіжних заходів та заходів забезпечення кримінального провадження [1; 2]. Це є цілком закономірним, оскільки застосування таких запобіжних заходів, як домашній арешт та тримання під вартою, безпосередньо пов'язане з обмеженням права особи на свободу під час кримінального процесу. Те ж саме можна зазначити і щодо заходів забезпечення кримінального провадження, котрі також реалізуються через обмеження свободи особи. Яскравим прикладом є застосування приводу та затримання особи за підозрою у скоєнні кримінального правопорушення. Таким чином, опрацювання питання стосовно обмеження права на свободу у ході реалізації заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, є прогнозованим та передбачуваним у кримінальній процесуальній доктрині. Застосування вказаних заходів здійснюється шляхом використання значного примусу, спрямованого на обмеження права на свободу особи у перебігу кримінального провадження.

Так однозначно, як щодо заходів забезпечення кримінального провадження, не можна вести мову про слідчі (розшукові) дії у контексті обмеження права на свободу. Тому що слідчі (розшукові) дії, на відміну від заходів забезпечення, спрямовані на одержання та перевірку доказової інформації. Таке призначення слідчих (розшукових) дій визначається як науковцями [3; 4], так і законодавцем (ч. 1 ст. 223 КПК) [5].

Разом із тим буде помилкою вважати, що слідчі (розшукові) дії здійснюються без використання жодного примусового впливу. Проведення слідчих дій може включати застосування примусу. Залежно від виду слідчої дії змінюється і характер примусу. Останній є неоднаковим під час обшуку, виїмки, освідування порівняно з оглядом, допитом, призначенням експертизи [6, с. 104]. Тобто використання примусу є властивим процесу проведення слідчих (розшукових) дій, а це вже може призводити до обмеження прав людини, зокрема, порушення права особи на свободу.

Розглядаючи правову регламентацію окремих слідчих (розшукових) дій, можна відзначити, що деякі з них прямо передбачають застосування примусового впливу, що може стосуватися обмеження або навіть порушення права на свободу. Так, змістом ч. 3 ст. 241 КПК встановлюється можливість проведення примусового освідування у разі відмови особи здійснити його за добровільною згодою [5]. Аналогічним є нормативне положення щодо примусового відібрання у особи біологічних зразків для проведення експертизи [5].

Безумовно, що реалізація примусового освідування та примусового відібрання у особи біологічних зразків, як мінімум, буде зачіпати право особи на свободу, оскільки важко уявити примусовий огляд тіла людини та примусове отримання біологічних зразків у особи без обмеження її пересування.

Окрім того, нормами ч. 6 ст. 237 та ч. 3 ст. 236 КПК закріплюється право слідчого, прокурора щодо реалізації заборони будь-якій особі залишати місце огляду та обшуку до їх завершення [5]. Таким чином, цими законодавчими приписами слідчому, прокурору дозволяється обмежувати свободу пересування осіб, які беруть участь у проведенні огляду та обшуку.

До того ж можна навести таку слідчу (розшукову) дію, як пред'явлення особи для впізнання (ст. 228 КПК). Правове регулювання останнього хоча і прямо не передбачає застосування примусу, але він на практиці може проявлятися через підкорення особою наказу залишитися у певному місці або посісти конкретне місце поряд з іншими особами, які пред'являються для впізнання. У зазначений спосіб обмежується право на свободу особи, котра підлягає впізнанню.

Обмеження права на свободу під час примусового освідування та примусового відібрання у особи біологічних зрізків може відрізнятися від обмеження права на свободу під час проведення огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання. Ця різниця полягає у наявності або відсутності у особи, свобода якої обмежується, кримінального процесуального статусу, зокрема, процесуальних прав і свобод для захисту від викривальної діяльності сторони обвинувачення. Якщо у перебігу примусового освідування та примусового одержання біологічних зразків у особи (яке проводиться за правилами освідування) [5] обмеження свободи може мати місце лише стосовно осіб у певному кримінальному процесуальному статусі (наприклад, свідок, підозрюваний, які мають відповідні права на правову допомогу та на захист (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК та п. 3 ч. 3 ст. 42 КПК)) [5], то у процесі реалізації огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання може обмежуватися право на свободу особи, яка у кримінальному провадженні не має конкретного процесуального статусу. Отже, під час здійснення останніх слідчих (розшукових) дій обмежується свобода особи, яка не має ніяких процесуальних можливостей для захисту від кримінального переслідування (обвинувачення).

Якщо особа, яка впізнає, заздалегідь допитується у конкретному процесуаль-

ному статусі, а значить на момент впізнання має відповідні права і свободи, то особа, яка пред'являється для впізнання, може не мати жодного процесуального статусу. Використаний термін «особа, яка підлягає впізнанню» не можна визнати правовим статусом особи у ході реалізації зазначеного засобу отримання відомостей, оскільки цей термін не передбачає наявність прав і свобод [7, с. 110]. Відповідно, у разі підкорення особою наказу залишитися у певному місці або посісти конкретне місце поряд з іншими особами, які пред'являються для впізнання, порушується право на свободу особи, яка не має кримінального процесуального статусу, а отже, прав і свобод для захисту від фактичної обвинувальної діяльності дізнавача, слідчого, прокурора.

Схожа ситуація можлива на практиці у разі застосування вищевказаних положень ч. 6 ст. 237 та ч. 3 ст. 236 КПК. Шляхом реалізації заборони щодо залишення будь-якою особою місця огляду та обшуку до їх завершення може порушувати право на свободу особи, яка не має чіткого процесуального статусу. Іншими словами, застосування цих кримінально-процесуальних положень КПК може стосуватися обмеження свободи особи, яка за приписами законодавства позбавлена процесуальних засобів стосовно захисту від обвинувачення.

Окрім того, треба відзначити, що з огляду на приписи ст. 209 КПК [5] особа у зазначених випадках обмеження свободи у ході здійснення огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання має вважатися затриманою, а тому на неї має поширюватися кримінальний процесуальний статус підозрюваного з усіма процесуальними правами та свободами. Проте у практиці кримінального провадження за результатами застосування ч. 6 ст. 237 та ч. 3 ст. 236 КПК ніякий протокол про затримання не складається та особа, свобода якої обмежується, де-факто не користується процесуальними можливостями статусу підозрюваного. У цьому іноді можна вбачати порушення права людини на свободу під час кримінального провадження.

У Постанові Верховного Суду від 21 січня 2020 року описуються обставини, за яких органи досудового розслідування використали таку слідчу розшукову дію, як огляд місця події для обмеження свободи особи. Причому, як випливає зі змісту зазначеного рішення, органи кримінального судочинства ніякого протоколу про затримання не складали та процесуальні права підозрюваного не роз'яснювали. Тому Верховним Судом було констатовано істотне порушення кримінальних процесуальних приписів [8].

У цьому полягає формальний підхід до визначення порушення права на свободу особи під час здійснення процесуальних дій, у тому числі огляду, обшуку та пред'явлення для впізнання. Зазначений підхід виявляється у тому, що момент фактичного обмеження свободи особи, її фізичного пересування ототожнюється із кримінальним процесуальним затриманням, яке часто у практичній діяльності жодним чином не оформлюється.

Можна виокремити ще змістовий (сутнісний) підхід щодо обмеження права на свободу. Цей підхід ґрунтується на практиці Європейського суду з прав людини, відповідно до якої «позбавлення свободи» у значенні ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначається з урахуванням конкретного становища особи. Для цього береться до уваги ціла низка критеріїв, зокрема, тип, тривалість, наслідки і спосіб виконання певного заходу (Рішення «Ґуццарді проти Італії») [9].

Таким чином, якщо користуватися сутнісним підходом до визначення порушення права на свободу особи під час слідчих (розшукових) дій, наприклад, огляду, обшуку та пред'явлення особи для впізнання, то не завжди можна однозначно констатувати, що вказане право було неправомірно обмежене органами кримінального судочинства. Оскільки у разі, коли тривалість, наслідки та спосіб обмеження свободи особи у ході процесуальних дій (зокрема, такого типу, як слідчі (розшукові) дії) не були досить обтяжливими для особи та суттєво не впливають на її конкретне процесуальне становище, не можна вести мову про порушення у кримінальному провадженні права особи на свободу. Прикладом може бути застосування вищеописаної заборони щодо перебування на місці проведення огляду та обшуку до їх закінчення. Якщо часова тривалість здійснення зазначених слідчих (розшукових) дій є невеликою, спосіб обмеження свободи особи проявляється у висловленні та добровільному дотриманні відповідної заборони, а результатом здійснення огляду та обшуку не є викриття особи, свобода якої тимчасово обмежується, то у цій ситуації кримінального провадження важко визнати порушення права людини на свободу.

Вочевидь, у перебігу кримінального провадження можуть виникати обставини, за яких свобода особи має на деякий невеликий проміжок часу обмежуватися для з'ясування фактичних даних вчинення кримінального правопорушення. Не є винятком окремі слідчі (розшукові) дії, внаслідок здійснення яких здобувається важлива кримінальна процесуальна інформація про кримінальне пра-

вопорушення та особу, яка могла його скоїти. Разом із тим за критеріями тривалості, способу та наслідків обмеження свободи особи під час огляду та обшуку не є суворим (порівняно наприклад із обмеженням свободи під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження), що у певних випадках унеможливлює констатацію порушення права людини на свободу. Хоча формально за нормами КПК особу, свобода якої тимчасово обмежується у ході слідчих (розшукових) дій, можна вважати затриманою.

Розглядаючи обмеження свободи під час здійснення слідчих (розшукових) дій, слід окремо зупинитися на такому критерії, як «наслідки». У контексті нашої тематики він є визначальним, оскільки інші критерії, а саме тип, тривалість та спосіб, є менш вагомими з огляду на природу самих по собі слідчих (розшукових) дій, котрі безпосередньо не є заходами примусу, а тому переважно тривалість та спосіб обмеження свободи у ході їх проведення є не обтяжуючими для особи. Водночас зазначені, на перший погляд, незначні критерії обмеження свободи особи у ході здійснення огляду, обшуку, пред'явлення для впізнання можуть перетворитися на досить вагомі у поєднанні з критерієм наслідків. Бо якщо слідчі (розшукові) дії будуть спрямовані на викриття особи, свобода якої обмежується під час їх проведення, то навіть досить невелика тривалість та несуворий спосіб суттєво погіршують реальне становище відповідної особи. До того ж, як ми наголошували вище, особа, свобода якої обмежується у процесі здійснення огляду, обшуку, пред'явлення для впізнання, може не мати ніякого кримінального процесуального статусу, тобто жодних процесуальних інструментів для захисту від кримінального переслідування.

Беззаперечно, коли наслідком здійснення слідчих (розшукових) дій є викриття особи, яка не має закріплених у КПК конкретних прав для свого захисту, навіть незначне обмеження свободи потрібно визнавати порушенням права людини на свободу. Тому що за відсутності чітко визначеного у законодавстві процесуального положення особи, кримінальне переслідування останньої ставить її у вразливе становище, котре погіршується далі більше, якщо свобода такої особи обмежується у межах реалізації слідчих (розшукових) дій. Тому за умови викривальної діяльності щодо особи, яка обмежується у свободі у ході слідчих (розшукових) дій, така особа має визнаватися затриманою за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення та користуватися кримінальним процесуальним статусом підозрюваного з метою захисту від обвинувачення.

Висновки

Аналіз норм кримінального процесуального законодавства та практики кримінального провадження свідчить про те, що свобода особи може обмежуватися під час реалізації окремих слідчих (розшукових) дій. Причому особа, свобода якої обмежується, може не мати жодного кримінального процесуального статусу.

Порушення права на свободу під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій (огляд, обшук, пред'явлення для впізнання) можна розглядати за формальним та змістовим (сутнісним) підходом.

Перспективами подальших розвідок у такому науковому напрямі можуть бути такі: розкриття питання щодо обмеження та порушення свободи у перебігу проведення інших слідчих (розшукових) дій; визначення особливостей обмеження і порушення свободи у ході реалізації заходів забезпечення кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Гончар О.В. Застосування запобіжних заходів, які частково обмежують конституційне право особи на свободу пересування у кримінальному процесі України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 90–96.

2. Волков К. Забезпечення права на свободу та особисту недоторканність при затриманні особи. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. № 3. С. 108–112.

3. Журавель В.А. Слідчі (розшукові) дії як засоби формування доказів за чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2013. Вип. 13. С. 22–30.

4. Пришляк С.О. Слідчі (розшукові) дії як засоби збирання доказів під час розслідування окремих кримінальних правопорушень. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 4. С. 417–427.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text.

6. Лоскутов Т.О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим : монографія. Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2011. 164 с.

7. Лисаченко С.Л. Засоби отримання відомостей від особи у досудовому кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків : Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2020. 249 с.

8. Постанова Верховного Суду від 21 січня 2020 року, справа № 756/8425/17, провадження № 51-859км19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87053575.

9. Рішення Європейського суду з прав людини «Ґуццарді проти Італії». URL: http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-105922&filename=CASE%20OF%20GUZZARDI%20v.%20ITALY%20-%20%5BUkrainian%20Translation%5D.pdf.

Tymur Loskutov. Limitation and violation of the right to freedom when conducting individual investigative (search) actions

The article is devoted to the study of the issue of restriction and violation of the right to liberty during certain investigative (search) actions. The provisions of the criminal procedural legislation and the practice of criminal proceedings concerning the restriction of the right to liberty during the conduct of certain investigative (search) actions are analyzed. It is emphasized that the use of coercion is inherent in the process of conducting investigative (search) actions, and this can already lead to restrictions on human rights, in particular the violation of a person's right to liberty. It is noted that during the inspection, search and presentation of a person for identification, the freedom of a person who does not have a criminal procedural status, in particular, specific procedural rights and freedoms to protect against criminal prosecution (prosecution) may be restricted. There are formal and substantive approaches to determining the violation of the right to liberty in the course of some investigative (investigative) actions. The formal approach is manifested in the fact that the moment of actual restriction of a person's freedom, his physical movement of a person is identified with criminal procedural detention, which is often not formalized in any way in practice. A substantive (substantive) approach to the violation of the right to liberty is based on the case law of the European Court of Human Rights, in particular, on the criteria set by this Court. It is emphasized that in the case of using an essential approach to determining the violation of the right to liberty of a person during the search, search and presentation of a person for identification, it is not always clear that this right is illegally restricted by criminal justice. It is concluded that among the criteria for violation of a person's right to liberty in the course of investigative (investigative) actions, such a criterion as "consequences" occupies a decisive place. It is noted that when the consequence of investigative (search) actions is to expose a person who does not have specific rights and freedoms enshrined in law for his protection, even a minor restriction of liberty should be recognized as a violation of the human right to liberty. Prospects for further investigation into the restriction and violation of the right to liberty in the course of proceedings are determined.

Key words: investigative (search) actions, inspection, search, presentation for identification, restriction of liberty, violation of liberty.

УДК 343.132
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.40

Оксана Лучко,
викладачка циклу загальноправових дисциплін
Державної установи «Криворізька академія патрульної поліції»

ОГЛЯД У КРИМІНАЛЬНОМУ ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ФУНКЦІОНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ПРИЗНАЧЕННЯ

У статті на підставі аналізу кримінального процесуального законодавства, наукових досліджень учених та судової практики були виокремлені та охарактеризовані функції огляду, що визначають його функціональне призначення у кримінальному досудовому провадженні. Робиться висновок про те, що огляд є винятковим процесуальним засобом збору фактичних даних про кримінальне правопорушення, особливо на первинному етапі розслідування. Розкриваються такі функції огляду у кримінальному досудовому провадженні, як фіксація невербальної інформації, перевірка належності доказів до події кримінального правопорушення, вилучення об'єктів, що вилучені законом з обігу, кооперація спеціальних знань, що необхідні для якісного виявлення та збереження доказів, функція забезпечення присутності осіб під час встановлення обставин кримінального правопорушення. У статті зроблено висновок про неприпустимість фіксації у протоколі огляду пояснень, показань осіб, у присутності яких здійснюється огляд, що не стосуються порядку та особливостей його проведення, і наголошується на тому, що у протоколі огляду не можна фіксувати вербальну інформацію про обставини кримінального правопорушення.

Аргументується позиція про те, що натепер у кримінальному процесуальному законодавстві немає іншого способу фіксації подання доказів не уповноваженими особами, аніж опису їх у протоколі огляду. Автор наводить приклади оформлення процедури отримання слідчим доказів від учасників кримінального провадження у правозастосовній діяльності. Також у статті наголошується на проблемних питаннях, пов'язаних із забезпеченням присутності осіб під час встановлення обставин кримінального правопорушення, а саме пов'язаних з обмеженням права особи на свободу пересування та з визначенням правового статусу особи, яка залишилася поряд з уповноваженою на проведення огляду особою. Робиться висновок про те, що обмеження свободи пересування певних осіб через підкорення вимозі уповноваженої особи щодо заборони залишення місця огляду може мати місце у виняткових випадках як тимчасовий захід забезпечення проведення огляду, коли досягнення його мети є неможливим без їхньої присутності.

Ключові слова: функції огляду, подання доказів, належність, кооперація, вилучення, фіксація.

Постановка проблеми. Актуальність теми дослідження зумовлена практичним значенням результатів дослідження, адже огляд є однією із найбільш поширених слідчих (розшукових) дій. Визначення функціонального призначення огляду у кримінальному досудовому провадженні дасть змогу розкрити завдання та роль огляду у досудовому провадженні. Донесення результатів наукових розробок до практичних працівників щодо проведення огляду, у тому числі крізь призму дослідження його функцій, дасть можливість проводити його більш ефективно, що сприятиме зростанню ефективності досудового розслідування загалом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з цієї теми. У теорії кримінального процесу є чимала кількість наукових праць, присвячених слідчим (розшуковим) діям. Так, В.І. Галаган, О.І. Галаган, В.С. Зеленецький, Л.М. Лобойко, Т.О. Лоскутов, Д.П. Письменний, М.А. Погорецький, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова досліджували слідчі (розшукові) дії під різним кутом, у тому числі крізь призму їх функціонального призначення. Однак дотепер окремих наукових досліджень стосовно функціонального призначення огляду у кримінальному досудовому провадженні не проводилось.

Метою і завданням дослідження є визначення функціонального призначення огляду у кримінальному досудовому провадженні. Для досягнення мети автором були поставлені такі завдання: виокремити та охарактеризувати функції огляду у кримінальному досудовому провадженні.

Виклад основного матеріалу. Здійснюючи наукову розвідку щодо огляду у кри-

© О. Лучко, 2020

мінальному досудовому провадженні, нами було виокремлено функції огляду, що визначають його функціональне призначення на вказаному етапі кримінального процесу. Розглянемо та охарактеризуємо кожну функцію окремо.

1) Функція виняткового процесуального засобу збору фактичних даних про кримінальне правопорушення.

Для розслідування кримінального провадження і збору доказів у сторони обвинувачення є певні інструменти, а саме слідчі (розшукові) дії. Про їх спрямованість на отримання (збирання) доказів вказано у ч. 1 ст. 223 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України [1].

Беззаперечним є факт, що для успішного розслідування дуже важливим є первинний етап формування доказів, і велику роль у цьому відіграє огляд, особливо місця події, який може бути проведений до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Як слушно зазначає А.А. Павлишина, практично всі науковці і практики відносять огляд до необхідної слідчої (розшукової) дії, яка обов'язково проводиться вже на початковому етапі досудового розслідування [2, с. 113].

Зауважимо, що у сторони обвинувачення немає іншого способу отримати інформацію про наявність чи відсутність факту кримінального правопорушення, матеріальної обстановки, виявлення та фіксації речових доказів до внесення відомостей до ЄРДР інакшим способом, аніж проведення огляду місця події. Лише огляд місця події у виключних невідкладних випадках може бути проведений до внесення відомостей до ЄРДР з обов'язковим внесенням таких відомостей негайно після його проведення (ч. 3 ст. 214 КПК України) [1].

У попередньому дослідженні нами було аргументовано позицію щодо необхідності розширення видів огляду, що можуть бути проведені до внесення відомостей до ЄРДР, у тому числі огляду тіла живої людини (освідування) [3]. На практиці часто виникає необхідність проведення огляду речей, документів, тіла людини та її одягу, приміщення чи місцевості, які не є місцем вчинення кримінального правопорушення, однак через відсутність у КПК України норми, що дозволяє його здійснити до внесення відомостей до ЄРДР, все це оформлюється протоколом огляду місця події як єдиної слідчої (розшукової) дії, яка може бути проведена до внесення відомостей до ЄРДР. Розширення видів огляду, що можуть бути проведені до внесення відомостей до ЄРДР, урегулює відповідність потреб практики законодавчим приписам, сприятиме швидкому встановленню обставин вчиненого та фіксації слідів, спрощенню процедури, а значить, і зменшення витрат часу, сил та засобів уповноважених осіб, що у кінцевому рахунку сприятиме підвищенню ефективності огляду.

2) Функція фіксації невербальної інформації про кримінальне правопорушення.

Криміналістична інформація про злочин може бути отримана слідчими і дізнавачами переважно за двома напрямами: з показань осіб, які опинилися так чи інакше учасниками процесу розслідування (свідків, потерпілих тощо), що є вербальною інформацією, та шляхом виявлення і дослідження безлічі матеріальних носіїв, у яких значима для справи інформація виражена у вигляді їхньої фізичної, хімічної й іншої ознак; розмірах, обсязі, формі, кольорі, складі і т.п., яка може бути названа невербальною [4, с. 16]. Для фіксації такої невербальної інформації здійснюється огляд, під час якого за допомогою методу спостереження досліджуються всі матеріальні об'єкти щодо обставин вчиненого, про що складається протокол.

Хоча деякі автори стверджують про можливість фіксації під час огляду вербальної інформації, а саме пояснень його учасників не з приводу його проведення, а з приводу обставин кримінального правопорушення. Так, Р.М. Дмитрів вказує на доцільність фіксації у протоколі огляду документів пояснень підозрюваного, при якому він проводиться, «оскільки в такий спосіб демонструється обізнаність слідчого про обставини злочину» [5, с. 390].

Протилежною є думка Л.Д. Скільської, яка наголошує на тому, що у протоколі огляду місця події не повинно міститися пояснень, тлумачень виявлених фактів, явищ, викладення думок слідчого про механізм утворення тих або інших виявлених слідів, про походження і приналежність знайдених знарядь і т.п. Протокол являє собою опис виявленого, а не його пояснення [6, с. 11].

Погоджуємося з попереднім твердженням і вважаємо, що у протоколі огляду неприпустимим є фіксація пояснень, показань осіб, у присутності яких він здійснюється, що не стосується порядку та особливостей його проведення. Тобто у протоколі огляду не можна фіксувати вербальну інформацію про обставини вчиненого кримінального правопорушення.

Протокол огляду – це завжди відображення дійсності, а не те, що залишилось у пам'яті людини, що свідчить про його об'єктивність і значимість для розслідування.

3) *Функція документування подання не уповноваженими особами доказів щодо кримінального правопорушення.*

Відповідно до ст. 93 КПК України збирання доказів здійснюється не лише стороною обвинувачення, а й стороною захисту, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, шляхом ініціювання про проведення слідчих (розшукових) дій, а також подання доказів самостійно [1]. Хоча в КПК України передбачено право на подання доказів, зокрема підозрюваним, обвинуваченим (ст. 42), потерпілим (ст. 56), цивільним позивачем (ст. 61), спосіб оформлення такої процедури у кримінальному процесуальному законодавстві не визначено.

Зауважимо, що невизначеність процедури подання доказів іншими, не уповноваженими на проведення досудового розслідування суб'єктами, була і у попередньому КПК України 1960 року, на що звертали увагу В.С. Зеленецький та Л.М. Лобойко і пропонували доповнити його статтею «Прийняття доказової інформації» [7, с. 237], однак такі пропозиції не були враховані під час прийняття КПК України 2012 року.

С.А. Крушинський, досліджуючи питання подання доказів на етапі подання заяви про кримінальне правопорушення, пропонує передбачити процедуру подання предметів і документів разом із заявою кримінального правопорушення, доповнивши відповідним змістом ст. 214 КПК України [8, с. 166].

Зауважимо, що подання доказів стороною обвинувачення, потерпілим, цивільним позивачем може бути не лише під час подачі заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, а й у будь-який момент кримінального провадження, тому у КПК необхідно передбачити процедуру оформлення подачі ними доказів під час досудового розслідування загалом.

Натепер єдиним законодавчим приписом щодо порядку отримання стороною обвинувачення доказів є ч. 2 ст. 100 КПК України, відповідно до якої речові докази, які отримані слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються у протоколі огляду [1].

У правозастосовній діяльності оформлення процедури отримання слідчим доказів від учасників кримінального провадження здійснюється такими способами: 1) складенням протоколу добровільної видачі та огляду речей чи документів (вирок Кам'янець-Подільського міськрайонного суду від 28 вересня 2020 року, справа № 676/7681/19 провадження № 1-кп/676/146/20, у якому в основу обвинувачення ОСОБИ-1 було прийнято протокол добровільної видачі та огляду речового доказу, наданого стороні кримінального провадження) [9]; 2) складенням двох протоколів – протоколу добровільної видачі та протоколу огляду (вирок Першотравневого районного суду м. Чернівців від 23.09.2020 року, єдиний унікальний номер 725/2125/20, номер провадження 1-кп/725/104/20, де зазначено, що доказами є протокол добровільної видачі куртки та протокол огляду куртки) [10]; 3) прийняттям заяви про факт видачі речі і складенням протоколу огляду (вирок Ленінського районного суд м. Миколаєва від 25.09.2020 року, справа № 489/6416/19, кримінальне провадження № 1-кп/489/496/20, де факт добровільної видачі фіксується заявою, після чого окремо складається протокол огляду) [11]; 4) фіксація у протоколі огляду місця події (у обвинувальних вироках судів: Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 19.11.2020, Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 19.11.2020, Дніпровського районного суду м. Києва від 19.11.2020, одним із доказів є протокол огляду місця події, у якому зафіксовано факт вилучення наркотичних засобів, які особа добровільно видала працівникам поліції) [12; 13; 14].

Іншими словами, обов'язковим способом документування подання доказів щодо кримінального провадження не уповноваженими особами натепер залишається огляд та відповідний протокол про результати його здійснення.

4) Функція перевірки належності доказів до події кримінального правопорушення.

Однією з головних ознак, якими повинні володіти докази, є їх належність [1]. За словами Д.Б. Сергєєвої, належність доказу – це його придатність встановлювати обставини, що є предметом доказування, через логічний зв'язок між отриманими фактичними даними і тим, що потрібно доказувати [15, с. 236].

Вилучення матеріальних об'єктів, які є речовими доказами, під час досудового провадження може бути здійснено як під час огляду, зокрема місця події, так і під час інших слідчих чи процесуальних дій, наприклад обшуку, тимчасового доступу до речей і документів, затримання особи. Наприклад, під час огляду місця події може бути вилучено відеозапис з камери відеоспостереження; під час огляду місця ДТП може бути вилучено запис з відеореєстратора транспортного засобу; під час виконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів надається інформація від операторів

мобільного зв'язку про з'єднання абонентів тощо. Крім цього, як було зазначено вище, такі докази можуть бути подані будь-яким учасником кримінального провадження самостійно. Однак не завжди одразу можна дати відповідь про те, чи має відношення інформація, зафіксована на матеріальних носіях, до події кримінального правопорушення, адже через брак часу чи відсутність технічної можливості переглянути зафіксовану на таких матеріальних об'єктах інформацію уповноважена особа не має можливості. Такі матеріальні об'єкти, на яких зафіксована інформація, оглядаються і детально описуються у протоколі окремого огляду слідчим чи дізнавачем, як правило, у службовому кабінеті пізніше. Лише після цього уповноважена особа може вирішити питання належності доказів до події кримінального правопорушення. Таким чином, шляхом проведення окремого огляду перевіряється належність доказів до події кримінального правопорушення.

5) Функція вилучення об'єктів, що вилучені законом з обігу.

У ч. 7 ст. 237 КПК України закріплено, що предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження [1]. У разі виявлення таких речей, наприклад наркотичних засобів, психотропних речовин, боєприпасів, вогнепальної зброї тощо, уповноважена на проведення огляду особа вилучає їх без будь-якого роздуму щодо того, чи мають такі речі відношення до справи, чи ні, адже така норма в КПК України є імперативною. Отже, огляд спрямований на вилучення об'єктів, що вилучені законом з обігу, що не можна не визнати частиною його призначення.

6) Функція кооперації спеціальних знань, що необхідні для якісного виявлення та збереження доказів.

Беззаперечним є факт, що запорукою якісного виявлення та фіксації доказів під час огляду є використання спеціальних знань. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор може запросити спеціаліста (ч. 3 ст. 237 КПК). Відповідно до Наказу МВС від 03.11.2015 року 1339 «Про затвердження Інструкції про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби МВС як спеціалістів для участі в проведенні огляду місця події» до огляду місця події можуть залучатися інспектори-криміналісти, Спеціалізована пересувна лабораторія Експертної служби МВС у певних випадках [16]. Під час проведення огляду трупа участь судово-медичного експерта або лікаря є обов'язковою (ч. 1 ст. 238 КПК України) [1].

З огляду на те, що на місці події можуть бути залишені різноманітні сліди – біологічні, дактилоскопічні, сліди від застосування вогнепальної зброї тощо, виявлення і вилучення яких має свою специфіку, погоджуємося з думкою І.В. Пирога про те, що для участі в огляді місця події доцільно було б залучати декількох вузькопрофільних спеціалістів [17, с. 126].

При цьому ефективність використання спеціальних знань, незалежно від виду слідчої дії, досягається тоді, коли діяльність засновується на певних принципах взаємодії слідчого і спеціаліста. Одним із таких принципів є кооперація, що проявляється у постановці завдань з боку слідчого й обранні відповідно до цих завдань засобів і методів їх вирішення [18, с. 50–51]. Застосування терміна «кооперація» у такому разі, на нашу думку, є дуже вдалим, адже за тлумачним словником означає «особливу форму організації праці, за якої багато людей разом беруть участь у тому самому процесі або в різних, але зв'язаних між собою процесах праці» [19]. Так, справді, під час огляду, наприклад місця ДТП, слідчий може залучити як спеціаліста інспектора-криміналіста, експерта-автотехніка, судово-медичного експерта. Всі вони мають спеціальні знання у певній галузі, але під час огляду кооперуються задля досягнення мети – виявлення, фіксації і збереження доказової інформації.

7) Функція забезпечення присутності осіб під час встановлення обставин кримінального правопорушення.

В юридичній літературі справедливо визнається, що проведення огляду, як і інших слідчих дій, може бути пов'язане із застосуванням певного примусу [20, с. 104]. У результаті останнього можуть частково обмежуватися права і свободи учасників огляду, зокрема право на свободу пересування. Так, відповідно до ч. 6 ст. 237 КПК України слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце огляду до його закінчення [1]. У КПК України не конкретизовано статус осіб, щодо яких уповноважена на проведення огляду особа може заборонити залишити місце огляду. Так, це можуть бути поняті, спеціаліст, заявник, а також особа, яку застали на місці вчинення кримінального правопорушення (наприклад, у разі зберігання наркотичних засобів, одержання неправомірної вигоди, учасники ДТП). З одного боку, таке правило сприяє забезпеченню об'єктивності під час огляду, схоронності доказів, попередження їх зни-

щення. У практичній діяльності можуть виникнути випадки, коли немає підстав до затримання особи у порядку ст. 208 КПК України (наприклад, щодо проступків, за які не передбачено покарання у вигляді позбавлення волі), однак огляд необхідно провести за обов'язкової участі особи, яку застали на місці події (наприклад, у разі виявлення факту незаконного зберігання наркотичних засобів).

Але, з іншого боку, таке правило зумовлює проблеми з обмеженням права особи на свободу пересування та з визначенням правового статусу особи, яка залишилася поряд з уповноваженою на проведення огляду особою через підкорення її наказу, адже за правилами ст. 209 КПК України така особа може вважатися затриманою, а значить має відповідні права, у тому числі на захист.

Про те, що під час огляду може відбуватися обмеження у здійсненні права на вільне пересування, наголошує і В.Л. Бучківська [21, с. 156]. Таку проблему раніше ми порушували у нашому попередньому дослідженні [22].

Погоджуючись з думкою В.В. Назарова, що будь-яке обмеження конституційних прав і свобод у кримінальному провадженні має бути вибірковим, обмеження не може бути більш суворим, ніж це необхідно, і повинно мати винятковий і тимчасовий характер [23, с. 15]. Тож обмеження свободи пересування певних осіб через підкорення вимозі уповноваженої особи щодо заборони залишення місця огляду може мати місце у виняткових випадках як тимчасовий захід забезпечення проведення огляду, коли досягнення його мети є неможливим без їхньої присутності.

Висновки

Таким чином, функціональне призначення огляду у кримінальному досудовому провадженні проявляється через певні функції, котрими є: функція виняткового процесуального засобу збору фактичних даних про кримінальне правопорушення; функція фіксації невербальної інформації про кримінальне правопорушення; функція документування подання не уповноваженими особами доказів щодо кримінального правопорушення; функція перевірки належності доказів до події кримінального правопорушення; функція вилучення об'єктів, що вилучені законом з обігу; функція кооперації спеціальних знань, що необхідні для якісного виявлення та збереження доказів; функція забезпечення присутності осіб під час встановлення обставин кримінального правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 11.09.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 30.11.2020).

2. Павлишина А.А. Слідчий огляд як засіб збирання доказів у досудовому розслідуванні незаконного наркобізнесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2017. № 26. С. 111–114.

3. Лучко О.А. Напрями підвищення ефективності огляду у кримінальному досудовому провадженні. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 4 (73).

4. Удалова Л.Д. Теорія та практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України : монографія. Київ : НАВСУ, 2005. 324 с.

5. Дмитрів Р.М. Особливості проведення окремих слідчих дій у сфері господарської діяльності. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 388–397.

6. Скільська Л.Д. Кримінально-процесуальні та тактико-криміналістичні особливості фіксації результатів огляду місця події : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 23 с.

7. Зеленецкий В.С., Лобойко Л.Н. Доследственный уголовный процесс : монография. Донецк : ДЮИ МВД, 2012. 564 с.

8. Крушинський С.А. Подання доказів на етапі подання заяви (повідомлення) про кримінальне правопорушення. *Університетські наукові записки*. 2015. № 55. С. 161–168.

9. Вирок Кам'янець-Подільського міськрайонного суду від 28 вересня 2020 року : справа № 676/7681/19, провадження № 1-кп/676/146/20. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/91835809 (дата звернення: 28.11.2020).

10. Вирок Першотравневого районного суду м. Чернівців від 23.09.2020 року : справа 725/2125/20, провадження 1-кп/725/104/20. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/91731134 (дата звернення: 29.11.2020).

11. Вирок Ленінського районного суд м. Миколаєва від 25.09.2020 року, справа № 489/6416/19, провадження №1-кп/489/496/20. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/91801393 (дата звернення: 29.11.2020).

12. Вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 19.11.2020 : справа № 658/2898/20, провадження № 1-кп/658/685/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93000130 (дата звернення: 28.11.2020).

13. Вирок Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 19.11.2020 : справа № 233/3397/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92979367 (дата звернення: 29.11.2020).

14. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 19.11.2020 : справа № 755/14436/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92995463 (дата звернення: 29.11.2020).

15. Сергєєва Д.Б. Належність доказів за новим КПК України. *Боротьба з організованою злочин-*

ністю і корупцією (теорія і практика). № 3 (31). 2013. С. 234–239.

16. Про затвердження Інструкції про порядок залучення працівників органів досудового розслідування поліції та Експертної служби МВС як спеціалістів для участі в проведенні огляду місця події : Наказ МВС України від 03.11.2015 року № 1339. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1392-15#n14 (дата звернення: 30.11.2020).

17. Пиріг І.В. Щодо компетенції учасників огляду місця події. *Теорія і практика судової експертизи і криміналістики* : матеріали II науково- практичної конференції (м. Київ, м. Маріуполь, 27 лютого 2019 року). Київ– Маріуполь, 2019. С. 124–126.

18. Кузьмічов В.С., Пиріг І.В. Використання спеціальних знань при розслідуванні розкрадань вантажів на залізничному транспорті : монографія. Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2008. 168 с.

19. Академічний тлумачний словник української мови (1970–1980). URL: http://sum.in.ua/s/kooperacija (дата звернення 30.11.2020).

20. Лоскутов Т.О. Кримінальне переслідування, здійснюване слідчим : монографія. Дніпропетровськ : Ліра ЛТД, 2011. 164 с.

21. Бучківська В.Л. Обмеження свободи особи та її недоторканності під час кримінального провадження: новий кримінально-процесуальний закон з урахуванням практики Європейського Суду з прав людини. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2013. Вип. 10. С. 153–158.

22. Лучко О.А. Щодо можливості застосування примусу під час огляду. *Сучасні проблеми правоохоронної діяльності та підготовки профільних фахівців :* матеріали наук.-практ. семінару (м. Одеса, 20 листопада 2020 р.).

23. Назаров В.В. Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Дніпропетровськ, 2009. 38 с.

Oksana Luchko. Inspection in criminal pretrial proceeding: functional-legal purpose

The article analyzes the criminal procedure legislation, scientific research of scientists and judicial practice. Based on the analysis, the functions of the review that determine its functional purpose in criminal pre-trial proceedings were identified and characterized. It is concluded that the review is an exceptional procedural means of collecting factual data on a criminal offense, especially at the initial stage of the investigation. The functions of inspection in criminal pre-trial proceedings are revealed, such as recording non-verbal information, checking the affiliation of evidence to the event of a criminal offense, seizure of objects seized by law, cooperation of special knowledge necessary for quality detection and preservation of evidence, during the establishment of the circumstances of a criminal offense. The article concludes that it is inadmissible to record in the inspection report explanations, testimonies of persons in whose presence the inspection is conducted, which does not relate to the procedure and features of its conduct and emphasizes that the inspection protocol cannot record verbal information about the circumstances of a criminal offense.

The position is argued that at present in the criminal procedure legislation there is no other way to record the submission of evidence by unauthorized persons than to describe them in the inspection report. The author gives examples of the procedure for obtaining evidence by investigators from participants in criminal proceedings in law enforcement. The article also emphasizes the problematic issues related to ensuring the presence of persons during the establishment of the circumstances of a criminal offense, namely related to the restriction of a person's right to freedom of movement and determining the legal status of a person who remained with the person authorized to inspect. It is concluded that the restriction of the freedom of movement of certain persons by complying with the authorized person's request to prohibit leaving the inspection site may occur in exceptional cases, as a temporary measure to ensure the inspection, when achieving its goal is impossible without their presence.

Key words: review functions, submission of evidence, belonging, cooperation, withdrawal, fixation.

УДК 343.132
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.41

Аліна Поплавська,
аспірант другого року навчання
Академії Державної пенітенціарної служби,
слідчий відділу розслідування злочинів загально-кримінальної спрямованості
Слідчого управління Головного управління Національної поліції в Чернігівській області

ЗНАЧЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ ПРИ ПРОВЕДЕННІ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ ПІД ЧАС ВИНЕСЕННЯ СУДАМИ ВИРОКІВ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕННЯХ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТ. 307 КК УКРАЇНИ

XXI століття характеризується стрімким розвитком науки й техніки, не оминула така тенденція й злочинний світ. Правопорушники постійно змінюють, удосконалюють свої методи та способи вчинення протиправних діянь, значний вплив має широкий доступ до мережі Інтернет, розповсюдження засобів мобільного зв'язку. 13 квітня 2012 року прийнято новий Кримінальний процесуальний кодекс України, в якому глава 21 присвячена негласним слідчим (розшуковим) діям, основними відмінностями яких від інших способів розслідування є таємність та обмеження конституційних прав і свобод людини. Досвід роботи правоохоронних органів за новим КПК України становить вісім років, за цей період виявлено його певні недоліки, колізії, науковцями проведено значну кількість досліджень, законодавці вносять зміни до окремих статей з метою усунення недоліків.

Автором статті поставлено за мету дослідження значення діяльності слідчого органу досудового розслідування Національної поліції України при проведенні негласних слідчих (розшукових) дій під час вирішення судом питання про визнання особи винуватою в учиненні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 307 КК України.

За результатами дослідження доходимо висновку, що негласні слідчі розшукові дії є дуже значимими в кримінальних провадженнях у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, оскільки основна доказова база здобувається саме під час проведення НСРД. Ключове значення в процесі визнання судом таких доказів належними й допустимими належить діяльності слідчого, який уповноважений законом проводити НСРД. Установлено, що від професійної діяльності слідчого залежить якість проведення НСРД, наслідком чого є можливість суду винести справедливий законний вирок. Під час аналізу емпіричних даних нами встановлено, що внаслідок прогалин у законодавстві, помилок слідчих на етапі досудового розслідування інформативні докази визнаються судом недопустимими, внаслідок чого обвинувачена особа уникає покарання.

Проблематика у сфері проведення слідчими НСРД потребує подальших наукових досліджень і вдосконалень як у галузі кримінально-процесуального законодавства, так і в галузі відомчих нормативних актів Міністерства внутрішніх справ України, що стосуються діяльності слідчих та оперативних підрозділів, які уповноважені проводити НСРД.

Ключові слова: протиправне діяння, наркотичні засоби, доказ, вирок, обвинувальний акт.

Постановка проблеми. Сьогодні суспільство та держава переживають багато стрімких змін, що торкаються всіх сфер життєдіяльності, зокрема правових, технічних, змінюються деякі моральні цінності. Активного розвивається протиправна діяльність осіб із кримінального середовища, а саме: з'являються нові методи та способи вчинення кримінальних правопорушень, правопорушники стають дедалі більше обізнаними зі специфікою діяльності правоохоронних органів. Відповідно, держава має створити ефективний механізм запобігання злочинним проявам як на етапі досудового розслідування, так і на етапі судового розгляду й вирішення питання про визнання особи винуватою в учиненні кримінального правопорушення.

© А. Поплавська, 2020

Актуальність теми дослідження полягає в тому, що кримінальні правопорушення у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення є одним із найнебезпечніших видів кримінальних правопорушень, що передбачені чинним Кримінальним кодексом України (далі – КК України) [2]. Характер учинення таких кримінальних правопорушень постійно змінюється, значний вплив має широкий доступ користувачів до мережі Інтернет, що вимагає постійного вивчення, а також тягне за собою необхідність проведення правоохоронцями значного спектру слідчих (розшукових) дій, щоб зібрати повний комплекс доказів для притягнення судом винної особи до кримінальної відповідальності, зокрема мова йде про використання негласних слідчих (розшукових) дій, оскільки особливості розслідування кримінально протиправних діянь у сфері незаконного обігу наркотичних засобів полягають у широкому застосуванні негласних слідчих розшукових дій (далі – НСРД).

Аналіз останніх досліджень і публікацій показує, що проблемні питання використання НСРД у кримінальному процесі досліджувала значна кількість вітчизняних учених, а саме: С.Р. Тагієв, Р.С. Веприцький, Є.Д. Лук'янчиков, Б.Є. Лук'янчиков, Д.Б. Сергєєва, М.А. Погорецький, В.Г. Уваров. Проте питання щодо використання доказів, отриманих у результаті проведення слідчими органів досудового розслідування Національної поліції України НСРД, під час вирішення судом питання про визнання особи винуватою в учиненні кримінальних правопорушень у сфері незаконного обігу наркотичних засобів є малодослідженим і потребує більш ґрунтовного вивчення.

Мета статті – дослідити особливості використання доказів, отриманих у результаті проведення НСРД під час розслідування злочинів у сфері наркозлочинності, визначити напрями вдосконалення механізму використання таких доказів у судовому процесі.

Виклад основного матеріалу. Справедливий, із дотриманням чинного законодавства судовий розгляд кримінального провадження виконує низку важливих функцій, таких як виправна, виховна та превентивна. Маємо зазначити, що суд розглядає, досліджує й оцінює докази, які надані сторонами кримінального провадження. У статті нами буде досліджуватися питання значення доказів, отриманих у результаті проведення слідчими органів досудового розслідування Національної поліції України НСРД під час вирішення судом питання про визнання особи винуватою в учиненні кримінальних правопорушень у сфері наркозлочинів.

Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) передбачає вичерпний перелік повноважень слідчого Національної поліції України, зокрема, згідно з п. 2 ч. 2 ст. 40, слідчий уповноважений проводити НСРД [1]. Негласні слідчі (розшукові) дії деякою мірою є специфічним способом отримання доказів, оскільки передбачають обмеження прав і свобод людини. Згідно з ч. 2 ст. 246 КПК України, НСРД проводяться у виняткових випадках, якщо в інший спосіб неможливо отримати відомості про кримінальне правопорушення й особу, яка його вчинила [1].

Варто наголосити, що кримінальні правопорушення у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів в більшості випадків як основи доказової бази мають матеріали, отримані в результаті проведення НСРД. Відповідно, такі докази мають відповідати вимогам належності й допустимості, що прямо передбачено в ст. ст. 85 і 86 КПК України, щоб суд мав законні підстави використовувати їх для встановлення винуватості особи в учиненні кримінального правопорушення або виправдання такої особи.

При цьому заслуговує на увагу думка Р.С. Веприцького, який уважає, що НСРД є важливим інструментом запобігання правоохоронними органами вчиненню тяжких та особливо тяжких злочинів, також науковець стверджує, що докази, отримані в результаті проведення НСРД, можуть використовуватися в доказуванні на однакових підставах із такими, що отримані в результаті проведення інших слідчих (розшукових) дій [3, с. 93].

Слушною є позиція Д.Б. Сергєєвої, яку вона сформулювала в статті: «Напрями використання негласних слідчих (розшукових) дій», зміст якої полягає в тому, що розкриття й розслідування значної кількості тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень можливе із застосуванням негласних засобів отримання доказів, якими являються НСРД, перелік яких викладений у главі 21 чинного КПК України. Також авторка зазначає, що у світі значний відсоток кримінально протиправних діянь розкриваються саме з використанням НСРД, результати проведення яких у більшості випадків визнаються доказами в судах західних країн [4, с. 82].

Не менш цікавою є думка Є.Д. Лук'янчикова й Б.Є. Лук'янчикова, які в праці «Слідчі (розшукові) дії, як засоби інформаційного забезпечення кримінального провадження» доводять, що чинний КПК України значно розширив способи отримання інформації про кримінальне правопорушення для формування доказової бази в суді, зокрема мається на увазі той факт, що в новому КПК України запроваджено інститут НСРД, що дає можливість більш повного досудового розслідування та справедливого судового розгляду [5, с. 72].

У свою чергу, В.Г. Уваров у статті «Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми юридичної визначеності та ефективності», навпаки, критикує новації нового КПК України в частині НСРД, зокрема вказує на те, що такі слідчі дії за рахунок негласності й нечіткого юридичного визначення й закріплення в законі можуть суттєво порушувати права та свободи громадян, а також дають можливості правоохоронного свавілля й судових помилок [6, с. 163–169]. Ми підтримуємо думку вченого, оскільки існують категорії кримінально протиправних діянь, об'єктивне розслідування яких неможливо проводити в інший спосіб, як із використанням НСРД. До таких кримінальних правопорушень належать тяжкі й особливо тяжкі кримінальні правопорушення, які передбачені чинним КК України.

Із цього приводу як на підтвердження позиції В.Г. Уварова, так і на користь діяльності органів досудового розслідування під час проведення ними НСРД вважаємо за доцільне зазначити позицію Європейського суду з прав людини, а саме в рішенні по справі «Фуке проти Франції» (від 25.02.1993 № 10828/84), у якому вказано, що «не допускається втручання з боку державних органів в особисті права і свободи людини за винятком втручання, передбаченого законом в інтересах державної безпеки, економічного стану країни, з метою запобігання злочинам, для охорони здоров'я, моральності або захисту прав і свобод інших осіб» [7].

При цьому варто зазначити, що ефективність проведення НСРД під час розкриття окремих категорій кримінально протиправних діянь на стадії досудового розслідування як щодо кількості засуджених осіб, так і виправданих, підтверджується статистичними даними, зокрема нами досліджується доказування кримінальних правопорушень у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші кримінальні правопорушення проти здоров'я населення.

Оскільки одними із найнебезпечніших і тяжких кримінально протиправних діянь у цій сфері є кримінальні правопорушення, передбачені ч. ч. 1, 2, 3 ст. 307 КК України, пропонуємо розглянути статистичні дані щодо кількості засуджених за останні п'ять років на прикладі зазначених кримінальних правопорушень. Так, за даними звіту про осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності, і види кримінальної відповідальності, який надається судовими органами до Державної служби статистики України, у 2019 році засуджено за ч. ч. 1, 2, 3 с. 307 КК України 522 особи, виправдано – 12 [8], за аналогічний період 2018 року засуджено 571 особу, виправдано – 3 [9], за звітний період 2017 року – засуджено 562 особи, виправдано – 17 [10], 2016 рік – засуджено 729 осіб, виправдано – 16 [11], 2015 рік – засуджено 1564 особи, виправдано – 17 [12]. Аналізуючи наведені статистичні дані, робимо висновок, що за період останніх п'ятьох років спостерігається стала тенденція щодо зменшення кількості засуджених за ст. 307 КК України, на що можуть указувати декілька фактів, а саме: ефективна превентивна діяльність правоохоронних органів, спрямована на запобігання вчиненню кримінальних правопорушень у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, а також удосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства, більш глибоке його дослідження науковцями, досвід роботи за новим КПК України практичними працівниками правоохоронних органів, які здійснюють досудове розслідування, і суду, наявність відповідних наукових напрацювань, результатом яких є повний, об'єктивний, справедливий судовий розгляд кримінального провадження. Також варто відмітити, що цей показник є свідченням того, що судова система працює більш професійно, виважено й об'єктивно, тобто правоохоронні органи працюють у напрямі справедливого судового розгляду, а не стовідсоткового засудження особи, яка в силу тих чи інших обставин стала підозрюваною, оскільки, на жаль, зловживання з боку правоохоронних органів як на рівні досудового розслідування, так і на рівні судового розгляду все ще не викоріненні.

Відповідно до вимог ч. 3 ст. 246 КПК України, рішення про проведення НСРД приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених Кодексом, – слідчий суддя за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. Отже, відповідальність за законність і якість проведення НСРД покладається на слідчого, що вимагає від нього високої компетентності, обізнаності в нормативній базі, серйозної інтелектуальної праці, оскільки

в ч. 1 ст. 94 КПК України зазначено, що слідчий, прокурор, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному та неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження [1]. У результаті проведення НСРД слідчий отримує комплекс доказів, які в подальшому можуть мати ключове значення під час вирішення судом питання про визнання особи винуватою в учиненні кримінального правопорушення чи виправдання такої особи.

Для ґрунтовного розуміння значення доказів, отриманих у результаті НСРД, пропонуємо розглянути деякі вироки, якими особи визнані винуватими в учиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. ч. 1, 2, 3 ст. 307 КК України.

Так, вироком Довгинцівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 23.06.2020 (справа № 211/2283/17 провадження № 1-кп/211/41/20, дата набрання законної сили: 24.07.2020) Особу 1 визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України. В описовій частині вироку вказано, що Особа 1 відмовився визнати свою вину в межах обвинувального акта. Проте після дослідження матеріалів кримінального провадження в судовому засіданні визнав свою вину, підтвердив факти, викладені в обвинувальному акті, але відмовився давати пояснення з приводу вчиненого ним кримінального правопорушення. Судом досліджені докази, надані стороною обвинувачення, серед яких такі, що отримані за результатами проведення НСРД і становили значну частину доказової бази в цьому кримінальному провадженні. Ураховуючи те що НСРД проведені з дотриманням усіх вимог законодавства, містили в собі цінну для кримінального провадження доказову інформацію, можемо стверджувати, такі слідчі дії є ефективними та значимими для здійснення правосуддя в кримінальних справах [13].

Крім того, вироком Вінницького міського суду Вінницької області від 26.05.2020 (справа № 127/13350/18 провадження № 1-кп/127/547/18, дата набрання законної сили: 05.08.2020) Особу 1 визнано винуватим у вчиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 3 ст. 311, ч. 1 ст. 313 КК України. В описовій частині вироку вказано, що Особа 1 свою вину в учиненні кримінального правопорушення не визнав. Суд дослідив докази, які надані стороною обвинувачення, серед яких – протоколи про проведення НСРД. У результаті судового розгляду Особу 1 визнано винуватим у вчиненні інкримінованих йому кримінальних правопорушень [14].

Також варто розглянути вирок Цюрупинського районного суду Херсонської області від 06.04.2020 (провадження № 664/701/18, дата набрання законної сили: 06.07.2020), яким Особу 1 засуджено до кримінального покарання за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309, ч. 1 ст. 317, ч. 1, 3 ст. 321 КК України. У судовому засіданні обвинувачений не визнав своєї вини в учиненні кримінальних правопорушень. Проте суд, дослідивши надані стороною обвинувачення докази, у тому числі матеріали НСРД, дійшов висновку, що Особа 1 є винуватим у вчинені інкримінованих йому кримінальних правопорушень [15].

Під час опрацювання вироків, які набули законної сили, розміщених на електронному ресурсі «Єдиний державний реєстр судових рішень», де оприлюднюються всі судові рішення [15], установлено, що внаслідок низького професіоналізму, недобросовісного ставлення до своїх посадових обов'язків слідчих органів досудового розслідування під час проведення НСРД допускаються грубі помилки, які в подальшому призводять до того, що суд визнає докази, отримані проведення НСРД, недопустимими, унаслідок чого обвинувачена особа виправдовується судом за недостатністю доказів.

Це явище чітко ілюструє вирок Тернівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 13.03.2020 (справа № 193/843/17 провадження № 1-кп/215/78/20, дата набрання законної сили: 31.08.2020) [16]. Так, Особа 1 та Особа 2 обвинувачуються в учиненні кримінальних правопорушень, передбачених ч. 2 ст. 307, ч. 2 ст. 309 КК України. Розглянувши матеріали кримінального провадження, суд визнав невинуватим Особу 1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 307 КК України, і прийняв рішення про виправдання за недоведеністю вини. В описовій частині вироку суд чітко обґрунтував свою позицію, указавши, що під час дослідження доказів, наданих стороною обвинувачення, установлено, що докази, які отримані в результаті проведення НСРД, стосовно Особи 1 не є допустимими та належними, оскільки НСРД проведені з грубими порушеннями чинного кримінально-процесуального законодавства на етапі прийняття рішення про їх проведення, безпосереднього проведення, у матеріалах кримінального провадження відсутні процесуальні документи, які повинні обов'язково долучатися до письмових матеріалів справи й бути надані стороні захисти для ознайомлення згідно з вимогами ст. 290 КПК України [1].

Висновки

На основі викладеного доходимо висновку, що докази, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, є дуже важливим елементом у доказуванні винуватості особи в учиненні кримінального правопорушення.

Згідно з вимогами чинного кримінально-процесуального законодавства, за принципом змагальності сторін, як сторона обвинувачення, так і сторона захисту самостійно обстоюють свою правову позицію [1]. Слідчий є посадовою особою, яка представляє сторону обвинувачення, і його обов'язком є повне, усебічне, неупереджене досудове розслідування кримінального провадження, що включає в себе проведення НСРД як способу отримання цінної та об'єктивної доказової інформації. Від того, наскільки слідчий є кваліфікованим, добросовісним і наскільки якісно він організує проведення негласної слідчої (розшукової) дії, залежить подальший хід кримінального провадження не тільки на етапі досудового розслідування, а й під час розгляду справи в суді, хоча питання про визнання особи винуватою вирішує виключно суд, це рішення залежить від того, які докази представлені суду, а вже далі суд, керуючись законодавством, за своїм внутрішнім переконанням досліджує та оцінює їх і вирішує визнати особу винуватою чи виправдати. Тому для успішної службової діяльності слідчий органу досудового розслідування Національної поліції України повинен володіти такими професійними якостями, як далекоглядність, логічне, критичне мислення, бути здатним до складної інтелектуальної та аналітичної діяльності, що є необхідними для прийняття рішення про своєчасне, необхідне й насамперед законне проведення НРСД. Слідчому варто більш виважено ставитися до прийняття рішення про проведення НСРД, зокрема оцінювати наявність достатніх законних підстав, приділяти більше уваги правильному складанню процесуальних документів, суворо дотримуватися вимог режиму секретності, провадити всі процесуальні дії своєчасно, зокрема мається на увазі такий важливий аспект, як надання розсекречених матеріалів для ознайомлення стороні захисту, оскільки неодноразово інформативні матеріали НСРД визнавалися судом недопустимими у зв'язку з несвоєчасним відкриттям їх матеріалів стороні захисту.

Подальше дослідження цієї проблематики є досить перспективним, оскільки сьогодні існують прогалини в діяльності органів досудового розслідування, необхідно вдосконалювати кримінально-процесуальне законодавство з метою недопущення уповноваженими особами помилок для того, щоб правосуддя могло в повному обсязі виконувати свої функції, спрямовані на відновлення справедливості, притягнення винної особи до кримінальної відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. Дата оновлення: 11.09.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 05.11.2020).

2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. Дата оновлення: 27.10.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 075.11.2020).

3. Веприцький Р.С. Використання негласних (слідчих) розшукових дій. *Право.UA*. Київ, 2015. № 2. С. 93.

4. Сергєєва Д.Б. Напрями використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесуальному доказуванні. *Вісник кримінального судочинства*. Київ, 2018. № 2. С. 81–91.

5. Лук'янчиков Є.Д., Лук'янчиков Б.Є. Слідчі (розшукові) дії, як засоби інформаційного забезпечення кримінального провадження. *Інформація і право*. Київ, 2016. № 3 (18). С. 68–72.

6. Уваров В.Г. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми юридичної визначеності та ефективності. *Правова позиція*. Дніпропетровськ, 2016. № 2 (17). С. 163–169.

7. Рішення ЄСПЛ по справі «Фуке проти Франції» (№ 10828/84 від 25.02.1993). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_154#Text (дата звернення: 07.11.2020).

8. Звіт про осіб притягнутих до кримінальної відповідальності та види кримінальної відповідальності. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2019 (дата звернення: 06.11.2020).

9. Звіт про осіб притягнутих до кримінальної відповідальності та види кримінальної відповідальності. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2018 (дата звернення: 06.11.2020).

10. Звіт про осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/rik_2017 (дата звернення: 06.11.2020).

11. Звіт про осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/2016_zvit (дата звернення: 07.11.2020).

12. Звіт про осіб, засуджених, виправданих, справи щодо яких закрито, справи щодо яких закрито, неосудних, до яких застосовано примусові заходи медичного характеру та види кримінального покарання. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/Sud_statustuka_Zvit_2015 (дата звернення: 07.11.2020).

13. Вирок Довгинцівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 23.06.2020 (справа № 211/2283/17 провадження № 1-кп/211/41/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90037387 (дата звернення: 07.11.2020).

14. Вирок Вінницького міського суду Вінницької області від 26.05.2020 (справа № 127/13350/18 провадження № 1-кп/127/547/18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89441928 (дата звернення: 07.11.2020).

15. Вирок Цюрупинського районного суду Херсонської області від 06.04.2020 (провадження № 664/701/18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88609055 (дата звернення: 07.11.2020).

16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/ (дата звернення: 07.11.2020).

17. Вирок Тернівського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 13.03.2020 (справа № 193/843/17 провадження № 1-кп/215/78/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88176769 (дата звернення: 10.11.2020).

Alina Poplavska. Significance of activities of an investigator of the National Police of Ukraine when conducting criminal investigative (surveillance) operations during sentencing in the context of criminal offences prescribed by Art. 307 of the CC of Ukraine

The XXI century is characterized by the rapid development of science and technology. This tendency is actual for the criminal world as well. Offenders are constantly changing, improving their methods and ways of committing illegal acts. Significant impact makes the wide access to the Internet and spreading of mobile communications. The new Criminal Procedural Code of Ukraine was adopted on April 13, 2012. Its Chapter 21 deals with covert investigative (search) actions (hereinafter – CISA), the main differences of which from other methods of investigation are secrecy and restriction of constitutional human rights and freedoms. The experience of law enforcement agencies under the new CPC of Ukraine lasts eight years. During this period some its shortcomings and conflicts were revealed, scientists conducted a significant amount of research, legislators make changes to certain articles in order to eliminate the drawbacks.

The author of the article aims to study the importance of the activity of investigating authority of pretrial investigation of the national police of Ukraine in the process of conducting covert investigative (search) actions while dealing an issue concerning recognition a person being accused of a criminal offense under article 307 of the criminal code of Ukraine with the court.

According to the results of the research, we come to the conclusion that covert investigative actions are very important while conducting criminal proceedings in the field of drug trafficking, as the main evidence is obtained during the CISA. The key role in the process of recognizing such evidence as appropriate and admissible by the court belongs to the activity of an investigator, who is authorized by law to conduct CISA. It has been found out that the quality of the CISA depends on the professional activity of an investigator, as a result of which the court is able to pass a fair legal sentence. Under the analysis of the empirical data, we found out that due to the gaps in law, errors of investigators at the stage of pre-trial investigation, informative evidence is declared inadmissible by the court, as a result of which the accused person avoids punishment.

Problem issues in the field of conducting CISA by investigators require further research and improvement, both in the area of criminal procedural legislation and in the field of departmental regulations of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine concerning the activities of investigative and operational units authorized to conduct CISA.

Key words: illegal act, drugs, evidence, sentence, indictment.

УДК 343.974
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.42

Володимир Севрук,
канд. юрид. наук, старший дослідник,
провідний науковий співробітник відділу організації наукової діяльності
та захисту прав інтелектуальної власності
Національної академії внутрішніх справ

АНАЛІЗ АПРОБАЦІЙНОГО МАТЕРІАЛУ ЩОДО ПРОБЛЕМ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ І ЗЛОЧИННИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ, ЯКІ СФОРМОВАНІ НА ЕТНІЧНІЙ ОСНОВІ

У статті здійснено аналіз апробаційного матеріалу щодо стану наукової розробленості проблем протидії та запобігання злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, шляхом узагальнення й систематизації матеріалів тез конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів, що проводилися в України, СНД та інших зарубіжних країн з досліджуваної тематики. Установлено негативні причини, що вплинули на організаційні засади протидії етнічній організованій злочинності, яка являє собою загрозу інтересам людини й громадянина, суспільства та держави. Показано, що в умовах сьогодення гостро постало питання протидії злочинам, що вчиняють представники окремих національностей чи народностей відповідно до притаманної їм кримінальної спеціалізації. У дослідженні через дані судової практики, історичні документи й інший матеріал проаналізовано виникнення етнічної злочинності на певних територіях, а також їхню злочинну поведінку, звичаї та традиції, сферу діяльності. Констатовано, що сьогодні у вітчизняних учених відсутні комплексні дослідження історичного розвитку організованих груп і злочинних організацій, які сформовані на етнічній основі. Водночас такі комплексні дослідженні відсутні й у європейських та американських. дослідників. Хоча в останніх є позитивні поодинокі зрушення в цій сфері. Основна увага дослідників приділена саме широкомасштабним організованим етнічним групам. Відзначено, що значення наукової розвідки передусім полягає в тому, щоб на практиці правоохоронні органи, які займаються протидією організованим групам і злочинним організаціям, які сформовані на етнічній основі, мали уявлення про це негативне явище. Акцентовано увагу на тому, що необхідно розробити алгоритм дій щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами й злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, в Україні. Наголошено, що кількість учинених злочинів представниками етнічних меншин у нашій державі залишається стабільно значною. Також зібраний оригінальний матеріал дасть можливість продовжити дослідження теоретикам у цій сфері.

Ключові слова: наукова розробленість, апробація, протидія, етнічна злочинність, організовані групи, які сформовані на етнічній основі, злочинні організації, які сформовані на етнічній основі, матеріали тез конференцій, круглі столи, конгреси, симпозіуми, семінари.

Постановка проблеми. Україна на сучасному етапі свого розвитку зазнає постійних перетворень: змінюється структура економічних відносин, формуються нові суб'єкти власності й політичної діяльності, трансформуються базові цінності, життєвий устрій, традиції [1, с. 289]. Посилення економічної кризи й утворення в різних країнах етнічних діаспор успішно використовують організовані злочинці з інших країн для створення національних угруповань, які відрізняються більшою згуртованістю й захищеністю від правоохоронних органів. Національна солідарність, а іноді й родинні зв'язки, мовний і культурний бар'єри надійно захищають такі угруповання від проникнення в них сторонніх осіб [2]. Сьогодні українська держава ставить серед пріоритетів роботи Національної поліції протидію латентній, організованій, міжрегіональній та етнічній злочинності [3–4]. Протидія етнічним злочинам потребує особливої уваги й особливих підходів як з боку вчених, так і практичних працівників [5, с. 80].

Теоретичну базу дослідження становлять монографічні праці таких *українських учених*, як О.О. Байов, В.В. Босенко, Д.Є. Завідонов, В.М. Матвійченко, А.В. Науменко, В.В. Ніж-

© В. Севрук, 2020

нов, М.В. Підболячний, В.В. Проскурнін, В.В. Ремський, М.Т. Сінетар, Ю.О. Сидоренко, І.С. Стіхарна, М.О. Торохтін; *науковців країн СНД*: І.В. Анжирова, Б.С. Артикова, А.В. Бадирханова, Г.М. Геворгяна, А.М. Зюкова, Н.М. Карькіної, І.Х. Касаєва, М.О. Касьяненка, І.М. Картоєва, К.В. Кузнецова, О.М. Позднякова, В.А. Пономаренка, В.Г. Рубцова, В.О. Самсонова, У.Т. Сайгітова, О.М. Смирнової, О.І. Фойгеля, Р.Г. Чевходзе; *зарубіжних учених*: Alexandre Biotteau, Alice Charles, Amato Giovanna, Andrew San Aung Ch, Anquinette L. Barry, Anthony E. Bacon, Ben H. Feldmeyer, Bence Takacs, Brandy LaShawn Ethridge, Brett Michael Gordon, Calvin Conzelus Moore, Chad Posick, Chelsea J. King, Christina Tam, Corral-Camacho, Guadalupe, Cynthia Perez McCluskey, Ekaterina Gorislavsky, Graziella Thake, Hollianne Elizabeth Marshall, Hugh E. Watkins, Irshad Altheimer, Jackson Toby, John Buttle, Jordona Jackson, Jose Fabian Gonzalez Dominquez, Julius R. Petrash, Kazyrytski Leanid, Kerryn E. Bell, Kristin Marie Golden, LaTashia R. Reedus, Lindsey N Devers, Lyndsay Nicole Boggess, Marta Bolognani, Paul Kim, Raul G. Ortiz, Robert Webb, Romie D. Hargrove, Ross L Matsueda, Ruth D. Peterson, Sabrina Deaton, Salvador Fernando Rodriguez, Sam O'Brien-Olinger, Sou Lee, Tamara J. Parker, Tamara S. Davis, Tia Dafnos, Tina M. Kabarec-Quiroz, Tracee L. Perryman, Victor Merlan Rios, Yong K. Lee, які вивчали різні аспекти протидії етнічній злочинності у різних сферах [6]. Отже, теорія і практика свідчить, що одним із дієвих і традиційних напрямів удосконалення протидії злочинам є покращення її теоретичного забезпечення, що досягається шляхом приділення з боку науковців належної уваги [7, с. 66].

Метою статті є аналіз стану наукової розробленості проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, шляхом узагальнення, аналізу й систематизації апробаційного матеріалу щодо проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі.

Виклад основного матеріалу. Проаналізувавши наукові дослідження, можна сказати, що наявні праці охоплюють широке коло питань протидії організованій етнічній злочинності, серед яких є філософські підходи до розуміння такого явища, як організована злочинність, історичні, політичні, кримінологічні, управлінські, адміністративні, кримінально-правові, кримінально-процесуальні, криміналістичні, оперативно-розшукові тощо. Ураховуючи високу адаптованість організованої етнічної злочинності до зовнішніх умов і стійкості в самозбереженні, ми цілком поділяємо різногалузевий підхід до проведення наукових досліджень у цьому напрямі [8, с. 36].

Переходячи до останнього пункту дослідження стану наукової розробленості проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, за матеріалами тез конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів, необхідно відзначити, що сьогодні під час проведення дослідження стану наукової розробленості проблем з будь-якої юридичної теми зовсім не приділяється увага дослідженню саме за матеріалами тез конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів і семінарів. Більшість дослідників обмежується аналізом монографій і дисертацій, іноді виокремлюються окремі посібники, методичні рекомендації, досить рідко згадуються автори статей. Відповідно, низка дослідників уважає, що виокремлювати в стані наукової розробленості окремим пунктом дослідження за матеріалами тез конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів недоцільно, тому що це переобтяжує отриманий матеріал. Ми вважаємо, навпаки, що під час дослідження будь-якої тематики необхідно звертати увагу на матеріали тез конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів. Обґрунтуємо нашу позицію, спираючись на нормативні акти й окремі положення і позиції. Так, згідно з:

– п. 12 Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 567, до опублікованих праць, які додатково відображають наукові результати дисертації, належать дипломи на відкриття; патенти й авторські свідоцтва на винаходи, державні стандарти, промислові зразки, алгоритми та програми, що пройшли експертизу на новизну; рукописи праць, депонованих в установах державної системи науково-технічної інформації та анотованих у наукових журналах; брошури, препринти; технологічні частини проєктів на будівництво, розширення, реконструкцію й технічне переоснащення підприємств; інформаційні карти на нові матеріали, що внесені до державного банку даних; друковані тези, доповіді й інші матеріали наукових конференцій, конгресів, симпозіумів, семінарів, шкіл тощо. Апробація матеріалів дисертації на наукових конференціях, конгресах, симпозіумах, семінарах, школах тощо обов'язкова [9];

– п. 4 Вимог до оформлення дисертації, затверджених Наказом Міністерства освіти і науки України від 12 січня 2017 р. № 40, після ключових слів наводиться список публікацій здобувача за темою дисертації, указуються наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації [10];

– п. 8 зазначених вище Вимог до оформлення дисертації, у вступі подається загальна характеристика дисертації, а саме апробація матеріалів дисертації (зазначаються назви конференції, конгресу, симпозіуму, семінару, школи, місце та дата проведення) [10];

– п. 13 Вимог до оформлення дисертації, обов'язковим додатком до дисертації є список публікацій здобувача за темою дисертації та відомості про апробацію результатів дисертації (зазначаються назви конференції, конгресу, симпозіуму, семінару, школи, місце й дата проведення, форма участі) [10].

Останнім часом тема етнічної злочинності, а саме вчинення злочинів організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, стала настільки актуальною, що їй постійно присвячують спеціальні прес-конференції, конференції, конгреси, симпозіуми, семінари. Нині у світовому науковому товаристві сформувалися декілька шкіл, що здійснили низку досліджень у цій сфері й розробили окремі положення щодо запобігання та протидії етнічним організованим групам і злочинним організаціям. Найвідомішими школами є італійська, американська, латинська та вітчизняна.

Спеціальні теорії в науці – це відносно самостійні наукові напрями, які, спираючись на загальнотеоретичну базу цієї науки, розробляють концептуальні засади і стратегію боротьби зі злочинністю в окремих сферах соціального життя з використанням сил, засобів і методів спеціальної превенції. Підставами для зародження нових теорій є поява актуальної проблеми в цій сфері правоохоронної діяльності, значущість її розробки для реалізації завдань ОРД, недостатня розробка нормативно-правової основи й методології її застосування в практичній діяльності правоохоронних органів [11, с. 132–136].

У цьому контексті варто розглядати й необхідність розробки теорії оперативно-розшукової діяльності щодо боротьби з етнічною злочинністю. У такій ситуації розробка наукових методик з боротьби зі злочинами, учиненими членами етнічних структур, є своєчасною і виключно важливим завданням. Звісно ж, реалізація завдань такого роду повинна здійснюватися в рамках відповідної приватної (спеціальної) теорії. У цьому випадку вона може бути позначена як «оперативно-розшукова діяльність з боротьби з етнічною злочинністю». Розробка цієї окремої теорії (окремого навчання) не повинна обмежуватися розробкою її теоретичних основ. Паралельно необхідно розробляти й методики, необхідні, зокрема, для прогнозування та визначення основних напрямів оволодіння членами етнічних злочинних структур новим кримінальним простором і вироблення превентивних заходів з використанням сил і засобів, наявних на озброєнні оперативних підрозділів правоохоронних органів. Як зазначено вище, формальні підстави для її розробки є сучасна етнічна злочинність – це «реальна соціальна проблематика, вивчення якої диктує необхідність комплексного міждисциплінарного підходу» [11].

Як основні завдання в рамках цієї теорії розглядаються такі аспекти: проведення дослідження історичного та сучасного зарубіжного досвіду боротьби з етнічною злочинністю; розроблення базових понять і термінів, що пов'язані з боротьбою правоохоронних органів з етнічною злочинністю, і визначення їх змісту; дослідження та розроблення основних напрямів вдосконалення нормативно-правової основи організації боротьби правоохоронних органів з етнічною злочинністю; беручи до уваги особливе значення інформаційно-аналітичного забезпечення оперативно-розшукової діяльності правоохоронних органів у боротьбі з етнічною злочинністю, розроблення основних напрямів щодо її вдосконалення; розроблення навчально-методичної бази для здійснення професійної підготовки працівників правоохоронних органів, які здійснюють боротьбу з етнічною злочинністю [11].

Здійснивши аналіз науково-методичних праць вітчизняних науковців-юристів і зарубіжних учених, окремих положень національного законодавства щодо проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, варто наголосити, що ця тематика постійно спричиняє як на держаному, так і міжнародному рівнях постійну дискусію щодо проблеми вдосконалення кримінально-правових засобів запобігання та протидії організованій етнічній злочинності й постійно висвітлюється в матеріалах конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів з метою розв'язання зазначеної проблеми, а саме:

1. Етнічна мобілізація і міжетнічна інтеграція: джерела, чинники, перспективи (1998 р.) [12];

2. Трансатлантичний симпозіум проти контрабанди мігрантів (2000 р.) [13];

3. Організована злочинність, тероризм та етнічні проблеми (2003 р.) [14];

4. Етнічна злочинність: міф чи реальність? (2006 р.) [15];

5. Етнічна організована злочинність Росії: сучасний стан, динаміка, передумови виникнення. Локальні етнічні групи: склад, структура, напрями злочинної діяльності (2007 р) [16];

6. Система протидії етнічним злочинам (2008 р.) [17];

7. Протидія етнічній злочинності (2009 р.) [18];

8. Етнодискримінаційні прояви в сучасному російському суспільстві:_етнічна злочинність ілюзії і реальність. Проблеми обігу «етнічної інформації» в Інтернеті. Питання взаємозв'язку кланової та етнічної злочинності. Асоціальні звичаї і традиції народів. Етноасоціальні рухи в молодіжному середовищі. Етнокультурна політика держави як частина національної політики. Феномен етнокультурної толерантності та його стан в РФ. Компетенція органів державної влади та МСУ в питаннях національної політики. Традиції та звичаї етногрупи та їхня роль у ювенальній юстиції (2010 р.) [19];

9. Організація роботи столичного управління карного розшуку з протидії організованим етнічним злочинним групам (2014 р.) [20];

10. Етнічна злочинність, «національні» організовані злочинні співтовариства, «професіоналізація» етнічних злочинних угруповань (зокрема, «етнічні» схеми розповсюдження наркотиків), міжнародна злочинність з національним елементом (2014 р.) [21];

11. Етнічна злочинність як окремий вид злочинності (2015 р.) [22];

12. Поліпшення участі етнічних меншин у суспільно-політичному житті Киргизької Республіки (2015 р.) [23];

13. Протидія етнічній злочинності в місцях позбавлення волі (2016 р.) [24];

14. Етнічні процеси в глобальному світі (досліджувався феномен етнічної злочинності, порушувалися питання щодо правового регулювання міграції, закону й толерантності, місця культурно-релігійних громад у правовому полі та за його межами; прав і проблем національного сепаратизму, невизнаних суб'єктів міжнародних відносин, зовнішніх і внутрішніх факторів еволюції законодавства в аспекті національно-культурних проблем) (2016 р.) [25];

15. Актуальні питання розслідування та профілактики етнічної злочинності в Росії. На форумі обговорювалися такі питання: етнічні аспекти злочинності в Росії; причини й умови вчинення злочинів особами, об'єднаними за етнічними ознаками; взаємодія правоохоронних органів у виявленні, розслідуванні та профілактиці етнічної злочинності; забезпечення прав людини в розслідуванні злочинів, учинених учасниками етнічних злочинних груп; проблеми розслідування злочинів екстремістської спрямованості; питання розслідування кримінальних справ про торгівлю людьми з урахуванням етнічного аспекту; можливих заходів профілактики етнічної злочинності в Росії; шляхи вдосконалення міграційного законодавства; зарубіжний досвід розслідування і профілактики етнічних злочинів (2016 р.) [26];

16. Азіатська організована злочинність: міжнародна конференція, організована Міжнародною академією правоохоронних органів. Зазначалося, що на міжнародному рівні правоохоронними органами США проведено безліч заходів з метою налагодження міжнародної співпраці проти китайських організованих злочинних груп, зокрема створення (МАПО) в Бангкоку, Таїланд, і матеріальне забезпечення безлічі міжнародних з'їздів, що порушують тему азіатської організованої злочинності. Щорічна Міжнародна конференція з азіатської організованої злочинності збирає понад тисячу чиновників правоохоронних органів з багатьох країн. Конференції, що проводяться Міжнародною академією правоохоронних органів, сприяють взаємодії офіційних осіб залучених країн, ефективному співробітництву й обміну інформацією [27].

Реалізація адекватних заходів щодо протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, правоохоронними органами України неможлива без належного наукового дослідження. Тому питання протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, становить не лише виключно практичний, а й науковий інтерес, що вимагає від науковців термінового вивчення та окреслення можливих шляхів удосконалення механізмів запобігання та протидії цим злочинам, а також розроблення відповідних методичних розробок.

Висновки

За результатами вивчення стану наукової розробленості проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, зокрема матеріалів низки конференцій, круглих столів, конгресів, симпозіумів, семінарів, що проводилися в Україні, країнах СНД та інших зарубіжних країнах, можемо підсумувати, що питання

етнічної злочинності порушувалися лише часткового.

Такий аналіз апробаційного матеріалу щодо проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, створить певні напрацювання для подолання цього явища у світовому масштабі суб'єктами, які здійснюють заходи щодо запобігання та протидії злочинам, що вчиняються організованими групами й злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі, що буде запорукою плідної міжнародної співпраці щодо запобігання організованій етнічній злочинності загалом [28, с. 1003–1004].

Значення наукової розвідки полягає передусім у тому, щоб на практиці правоохоронні органи, які займаються протидією організованим групам і злочинним організаціям, що сформовані на етнічній основі, мали можливість сформувати уявлення про це негативне явище. Також зібраний оригінальний емпіричний матеріал дасть змогу теоретикам продовжувати дослідження в цьому напрямі [29, с. 78].

Підсумовуючи, можна констатувати, що сьогодні, ураховуючи економічні, політичні, правові та моральні сфери суспільства й зростання числа організованих груп і злочинних організацій, які сформовані на етнічній основі, і негативний вплив останніх на ці сфери, постала нагальна необхідність наукової розробки основних положень з протидії та запобігання злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі.

Список використаних джерел:

1. Севрук В.Г. Протидія Національної поліції України злочинам, що вчиняються організованими групами та злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2 (252). С. 288–293.

2. Жаровська Г.П. Транснаціональна організована злочинність в Україні: феномен, детермінація, протидія : монографія / Чернів. нац. ун-т ім. Юрія Федьковича. Чернівці : ЧНУ : Рута, 2018. 567 с.

3. Деканоїдзе назначила першим заступником голови Нацполіції Трояна. *Інформаційно-аналітичний центр «ЛІГА»*. URL: http://news.liga.net/ua/news/politics/9378717-dekano_dze_naznachila_pershim_zastupnikom_golovi_natspol_ts_troyana.htm.

4. Севрук В.Г. Гіпноз як складова способу протиправної діяльності учасників організованих груп і злочинних організацій, сформованих на етнічній основі. *Правові реформи в Україні: реалії сьогодення :* матеріали VIII Всеукр. наук.-теорет. конф. (Київ, 24 листоп. 2016 р.) / В.В. Чернєй, С.Д. Гусарєв, С.С. Чернявський та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. С. 219–225.

5. Sevruk V. Ethnic crime in Ukraine. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ України*. 2016. № 1 (11). С. 73–83.

6. Севрук В.Г. Стан наукової розробленості проблем протидії злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 3. С. 314–321.

7. Ганжа А.А. Науковий генезис проблеми протидії оперативними підрозділами ОВС України діяльності організованих злочинних груп, які готують вчинення крадіжок із квартир громадян. *Право і безпека*. 2013. № 3 (50). С. 65–67.

8. Доценко О.С. Стан наукової розробленості адміністративно-правового механізму протидії організованій злочинності. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. № 2. С. 32–37.

9. Про затвердження Порядку присудження наукових ступенів : Постанова Кабінету Міністрів України від 24 лип. 2013 р. № 567. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/567-2013-%D0%BF#n39.

10. Про затвердження Вимог до оформлення дисертації : Наказ МОН України від 12 січ. 2017 р. № 40. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0155-17.

11. Поздняков А.Н. К вопросу о частных теориях в оперативно-разыскной науке: теория оперативно-разыскной деятельности по борьбе с этнической преступностью. *Историческая и социально-образовательная мысль*. 2016. № 3/1. Том 8. С. 132–136.

12. Этническая мобилизация и межэтническая интеграция: источники, факторы, перспективы : Международная конференция (г. Кишинев, 21 сент. 1998 г.). 1998. URL: http://docstore.ohchr.org/.

13. Трансатлантический симпозиум против контрабанды мигрантов : отчет по конференции (Вашингтон, 4–5 июня 2000 г.) / Университет Джорджтауна, Вашингтон, Округ Колумбия. 2000. URL: http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1224047.

14. Организованная преступность, терроризм и этнические проблемы: отчет по конференции (г. Москва, 13 нояб. 2003 г.). *Электронный каталог библиотеки юридического факультета СПбГУ*. URL: http://lib.law.spbu.ru.

15. Этническая преступность: миф или реальность? : научная конференция (г. Москва, 23 нояб. 2006 г.). URL: https://www.trend.az/azerbaijan/society/797354.html.

16. Этническая организованная преступность России: современное состояние, динамика, предпосылки возникновения. Локальные этнические группы: состав, структура, направления преступной деятельности. *Современная организованная преступность и коррупция в России: состояние, тенденции, проблемы и возможности*

эффективного противодействия (г. Саратов, 27–28 февр. 2007 г.) / Саратовская государственная академия права совместно с Генеральной прокуратурой Российской Федерации. URL: http://inter.criminology.onua.edu.ua/materials/conferences/konfsar.htm.

17. Система протидії етнічним злочинам : пресконференція, присвячена Міжнародному дню з викорінення всіх форм расової дискримінації (2008 р.). URL: http://mvs.gov.ua/upload/file/proti_rasizmu9.pdf.

18. Противодействие этнической преступности : пресс-конференция МВД (г. Чернигов, 9 окт. 2009 г.). URL: http://svoboda.fm/crime/adventure/201070.html?language=ru.

19. Этнодискриминационные проявления в современном российском обществе : 1-я Межрегиональная научная online-конференция (27–28 марта 2010 г.). URL: http://www.info-pravo.com/forum.

20. Организация работы столичного управления уголовного розыска по противодействию организованным этническим преступным группам: пресс-конференция (26 марта 2014 г.). URL: https://77.xn--b1aew.xn--p1ai/folder/6028769.

21. Европа – Россия – Азия: диалог континентальных культур (история, право, гражданское общество, геополитика) : сборник материалов 5-й и 6-й всероссийских научно-практических конференций (г. Иркутск, 11 окт. 2013 г., 20–21 ноября 2014 г.), обзор выступлений на круглом столе (г. Иркутск, 14 янв. 2014 г.) / М-во образования и науки РФ, ФГБОУ ВО «Иркут. нац. исслед. техн. ун-т» ; под ред. М.А. Мушинского. Иркутск : ИРНИТУ, 2015. 282 с. URL: https://www.rapn.ru/in.php?part=in&gr=42&d=4880&n=35&p=6&to=.

22. Інформація про роботу наукового гуртку кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права Національного університету «Одеська юридична академія». URL: http://onua.edu.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=897%3A2011-10-11-06-49-17&catid=112%3A2011-10-10-07-45-55&lang=ru.

23. Улучшение участия этнических меньшинств в общественно-политической жизни Кыргызской Республики : национальная конференция (г. Бишкек, 30 нояб. 2015 г.). URL: https://www.facebook.com/peacebuilding.kyrgyzstan/posts/.

24. Уголовно-исполнительная политика и вопросы исполнения уголовных наказаний. Противодействие этнической преступности в местах лишения свободы : материалы Международной научно-практической конференции (г. Москва, 24–25 нояб. 2016 г.) / Главное оперативное управление ФСИН России; кафедра организации оперативно-розыскной деятельности, философии и истории. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnaya-nauchno-prakticheskaya-konferentsiya-ugolovno-ispolnitelnaya-politika-i-voprosy-ispolneniya-ugolovnyh-nakazaniy.

25. Этнические процессы в глобальном мире : VIII Ежегодная международная междисциплинарная научная конференция (г. Санкт-Петербург, апрель 2016 г.) / Санкт-Петербургский институт управления и права. URL: http://www.kon-ferenc.ru/konferenc15_03_16_4.html.

26. Актуальные вопросы расследования и профилактики этнической преступности в России : материалы Международной научно-практической конференции (г. Москва, 16 дек. 2016 г.). URL: http://skspba.ru/forum/.

27. Чин Ко-Лин. Банды Чайнатауна. Оксфорд : Издательство Оксфордского университета, 1996. URL: http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1224047.

28. Севрук В.Г. Правоохоронні органи, які здійснюють протидію злочинам, що вчиняються організованими групами і злочинними організаціями, які сформовані на етнічній основі: український та міжнародний досвід. *Молодий вчений*. 2017. № 11 (51). С. 995–1005.

29. Севрук В.Г. Поняття та сутність етнічної злочинності. *Форум права* : електрон. наук. фахове вид. 2018. № 4. С. 64–94. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2018_4_8.pdf. DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.1495597.

Volodymyr Sevruk. Analysis of the approbation material on the problems of counteracting crimes committed by organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis

The article analyzes the approbation material on the state of scientific development of problems of counteraction and prevention of crimes committed by organized groups and criminal organizations, which are formed on ethnic basis by generalization and systematization of abstracts of conferences, round tables, congresses, symposia, seminars held in Ukraine. CIS and other foreign countries on the subject. Negative reasons have been identified that have influenced the organizational principles of combating ethnic organized crime, which is a threat to the interests of man and citizen, society and the state. It is shown that in today's conditions the issue of counteracting crimes committed by representatives of certain nationalities or nationalities in accordance with their inherent criminal specialization has become acute. This study, through case law, historical documents and using other material, analyzes the occurrence of ethnic crime in certain areas, as well as their criminal behavior, customs and traditions, sphere of activity. It is stated that today among domestic scientists there are no comprehensive studies of the historical development of organized groups and criminal organizations, which are formed on an ethnic basis. At the same time, such comprehensive studies are absent in European and American. researchers. Although the latter have positive isolated changes in this area. The main attention and efforts of researchers are attracted to large-scale organized ethnic groups.

It is noted that the importance of our scientific intelligence, first of all, is that in practice, law enforcement agencies engaged in combating organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis, had the opportunity to have an idea of this negative phenomenon. Emphasis is placed on the need to develop an algorithm for combating crimes committed by organized groups and criminal organizations that are formed on an ethnic basis in Ukraine. It is emphasized that the number of crimes committed by ethnic minorities in our country remains consistently significant. Also, the collected original material will allow theorists in this field to continue their research.

Key words: scientific development, approbation, counteraction, ethnic crime, organized groups that are formed on an ethnic basis, criminal organizations that are formed on an ethnic basis, conference abstracts, round tables, congresses, symposia, seminars.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.43

Юлія Венгерова,
аспірант кафедри криміналістики та домедичної підготовки Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ТА ІНШІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ДІЇ З ВИЛУЧЕННЯ ДОКУМЕНТАЛЬНИХ ДЖЕРЕЛ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ТУРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Наголошено, що розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності відрізняється певною специфікою, зумовленою обставинами та механізмом вчинення злочинних дій. Серед інших джерел доказів особливе місце у провадженнях щодо злочинів у сфері туристичної діяльності займають документи, які відіграють важливу роль, оскільки в них можуть відображатися як обставини здійснення підприємницької діяльності, пов'язаної з туризмом, так і фінансові махінації, що свідчать про незаконні дії, у тому числі й шахрайства. Своєчасна організація і проведення слідчих (розшукових) дій, метою яких є вилучення та дослідження документальних джерел доказів, є гарантією успішного розслідування. Проте під час вилучення і дослідження документів слідчі нерідко стикаються з труднощами як процесуального, так і організаційно-тактичного характеру. Адже документи набувають форми доказів лише у разі правильного їх отримання, із дотриманням прав, свобод та законних інтересів осіб, які ними володіють, а також правильного процесуального оформлення результатів вилучення. Висвітлено проблемні питання, що виникають під час проведення слідчих дій, спрямованих на вилучення документальних джерел доказів у разі розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності.

Зазначено, що перед тим, як прийняти рішення про проведення процесуальної дії, спрямованої на отримання таких документів, необхідно вирішити ряд організаційно-тактичних питань. По-перше, постає питання про з'ясування переліку документів, в яких відображено певні юридичні факти, обставини вчинення протиправних дій, а також тих, що є знаряддям вчинення злочину. По-друге, необхідно з'ясувати дані осіб, які володіють певними документами та їх місцезнаходження, місця зберігання документів. По-третє, важливо визначити спосіб вилучення таких документів, правові підстави, а також вид їх експертного дослідження. При цьому, перелік документів, місця їх зберігання, а також коло осіб, в яких вони вилучаються, може різнитися, залежно від того, на які саме відносини було злочинне посягання.

Ключові слова: злочини, туризм, туристична діяльність, документ, обшук, тимчасовий доступ до речей та документів, слідчі (розшукові) дії.

Постановка проблеми. Розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності відрізняється певною специфікою, зумовленою обставинами та механізмом вчинення злочинних дій. Серед інших джерел доказів особливе місце у провадженнях щодо злочинів у сфері туристичної діяльності займають документи, які відіграють важливу роль, оскільки в них можуть відображатися як обставини здійснення підприємницької діяльності, пов'язаної з туризмом, так і фінансові махінації, що свідчать про незаконні дії, у тому числі й шахрайства. Своєчасна організація і проведення слідчих (розшукових) дій (далі – СРД), метою яких є вилучення та дослідження документальних джерел доказів, є гарантією успішного розслідування.

Проте під час вилучення та дослідження документів у справах даної категорії слідчі нерідко стикаються з труднощами як процесуального, так і організаційно-тактичного характеру. Адже документи набувають форми доказів лише у разі правильного їх отримання, із дотриманням прав, свобод та законних інтересів осіб, які ними володіють, а також правильного процесуального оформлення результатів вилучення.

Аналіз досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми свідчить, що проблеми проведення СРД та інших процесуальних дій, спрямованих на вилучення документів, неодноразово розглядалися у наукових працях В. П. Бахіна, В. О. Коновалової, В. О. Образцова, М. І. Порубова, О. Р. Ратинова, С. М. Стахів-

© Ю. Венгерова, 2020

ського, К. О. Чаплинського, Л. Д. Удалової та інших вчених. Проте залишається ряд дискусійних та невирішених питань щодо проведення обшуків, оглядів документів, тимчасового доступу до речей та документів під час розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності.

Метою статті є висвітлення проблемних питань, що виникають під час підготовки та проведення процесуальних дій, спрямованих на вилучення документальних джерел у процесі розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності, а також надання рекомендацій щодо найбільш ефективної організації і тактики проведення таких процесуальних дій.

Виклад основного матеріалу. Як показав аналіз кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері туристичної діяльності, найпоширенішим серед усіх процесуальних дій, спрямованих на вилучення документів, виявився такий захід забезпечення кримінального провадження, як тимчасовий доступ до речей та документів (98 % випадків). Обшук проводився рідше і склав 46 %. Практичні працівники пояснили цей факт складністю отримання ухвали про проведення обшуку у слідчого судді та відсутністю необхідності у деяких ситуаціях проведення примусового вилучення. Перед тим, як прийняти рішення про проведення процесуальної дії, спрямованої на отримання таких документів, необхідно вирішити ряд організаційно-тактичних питань. По-перше, постає питання про з'ясування переліку документів, в яких відображено певні юридичні факти, обставини вчинення протиправних дій, а також тих, що є знаряддям учинення злочину. По-друге, необхідно з'ясувати дані осіб, які володіють певними документами та їх місцезнаходження, місця зберігання документів. По-третє, важливо визначити спосіб вилучення таких документів, правові підстави, а також вид їх експертного дослідження. При цьому перелік документів, місця їх зберігання, а також коло осіб, в яких вони вилучаються, може різнитися залежно від того, на які саме відносини було злочинне посягання.

Так, у розслідуванні злочинів, пов'язаних з відкриттям та веденням підприємницької діяльності (туристичної, у сфері готельно-ресторанного бізнесу) всупереч нормам закону, основну роль відіграють ліцензійні, статутні й фінансові документи, бухгалтерський облік та статистична звітність.

Обставини ведення туристичного бізнесу, що включає в себе й надання послуг з перевезення, екскурсійних послуг та послуг із ресторанно-готельного обслуговування, відображаються у таких документах: 1) накази та розпорядження суб'єктів підприємництва; 2) копії актів ревізій та перевірок; 3) бухгалтерські рахунки, накладні, журнали обліку; бухгалтерський баланс, квитанції, заяви на відкриття рахунків, журнал платіжних документів, журнал реєстрації надходжень на поточний рахунок, платіжні доручення; 4) документи обліку і звітності; 5) документи з охорони праці на підприємстві та щодо продовольчої безпеки; 6) блокноти, книги, аркуші із чорновими нотатками, в яких відображаються особливості ведення господарської діяльності; 7) договори на туристичне обслуговування; 8) агентський договір про надання послуг з реалізації туристичного продукту туроператора; 9) договори надання туристичних послуг з іншими суб'єктами підприємницької діяльності (проживання, перевезення, екскурсійного обслуговування); 10) документи про проведення перевірки технічного стану і обов'язкового технічного контролю, технічних оглядів та ремонту транспортних засобів, акти виконаних робіт; звіти з питань діяльності підприємства з перевезення небезпечних вантажів; 11) фінансові документи, що відображають господарські операції у напрямі готельного обслуговування; 12) фінансові документи, що відображають господарські операції підприємств ресторанного господарства; 13) електронні документи та їх копії на письмових документах тощо.

У разі вчинення шахрайських дій з боку як справжніх, так і фіктивних суб'єктів туристичної діяльності, шахрайські дії можуть відображатися в таких документах: 1) реєстраційні й установчі документи туристичного підприємства; 2) фінансові та бухгалтерські документи; 3) бланки страхових компаній, страхові поліси; 4) договори зі споживачами туристичних послуг, з партнерами; 5) підроблені документи для виїзду за кордон; підроблені паспорти; підроблені ваучери на проживання у готелях; 6) проїзні документи, електронні квитки; 7) товарні чеки, розрахункові квитанції, касовий чек; 8) рекламні буклети, каталоги, вивіски; 9) електронні документи (інформація з веб-сайту, переписка між суб'єктами туристичної діяльності та туристами, дані електронних реєстрів) та ін.

У разі незаконного використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, здобутків туристичного продукту, розробленого певним суб'єктом туристичної діяльності, джерелом доказів можуть бути: фальсифіковані патенти; паперові та електронні документи, що відображають дизайн, візитку; складники чужого туристичного

продукту; маркетингові програми; підроблені договори франчайзингу.

У документах можуть відображатися й злочинні дії, вчинені під «прикриттям туризму». Це, наприклад, стосується тих випадків, коли для здійснення злочинної діяльності створюються юридичні особи – туристичні підприємства тощо, які на підставі легальної туристичної візи переправляють осіб за кордон із метою подальшої їх трудової, сексуальної експлуатації, контрабанди культурних цінностей, наркотичних засобів, зброї та боєприпасів тощо.

Як справедливо наголошує К. Кравченко, питання проведення обшуку на «фіктивному підприємництві» є проблемним. Прогалиною в чинному законодавстві є те, що всі СРД, у тому числі й обшуки, проводяться щодо окремих фізичних осіб, які можуть бути залучені до діяльності зазначених юридичних осіб, але не безпосередньо юридичних осіб. Тобто ситуація фактично ускладнюється необхідністю доведення причетності конкретних фізичних осіб до діяльності фіктивних фірм, під прикриттям яких вчиняються різноманітні злочини, обґрунтування підстав проведення обшуку у їхніх приміщеннях тощо [1, с. 251]. До того ж А. М. Багмета наголошує, що проведення обшуків в офісних приміщеннях ускладнюється наявністю великої кількості приміщень, які необхідно досліджувати. У зв'язку з цим у ході підготовки до обшуку доцільно зібрати інформацію про розташування цих приміщень, шляхи підходу та відходу, внутрішню обстановку, наявність охорони та оснащення [2]. При цьому слід мати на увазі, що у значних за обсягом приміщеннях працює значна кількість осіб, які можуть не мати жодного стосунку до кримінального правопорушення. Натомість І. Вегера переконана, що незважаючи на те, що такі особи не мають чітко визначеного процесуального статусу у конкретному кримінальному провадженні під час проведення СРД, необхідно забезпечити таким особам надання правової допомоги відповідно до статті 59 Конституції України. Відмова ж слідчого, прокурора у допуску адвоката до участі в обшуку обмежує конституційне право особи на правову допомогу й у такий спосіб позбавляє її конституційних гарантій [3, с. 144].

Як показали результати опитування практичних працівників, певні проблеми з цим справді є. Зокрема, 67 % респондентів заявили, що адвокати, намагаючись відстояти права підзахисних осіб, які є учасниками обшуку, нерідко перевищують свої функції і перешкоджають проведенню цієї СРД. Серед проблем обшуку опитувані також вказали на поширення ситуацій, коли раптово виникає необхідність вилучення предметів та документів, які не були зазначені в ухвалі слідчого суді про дозвіл на проведення обшуку, але у ході пошукових дій з'ясувалося, що вони також мають доказове значення у кримінальному провадженні.

У п. 7 ст. 234 КПК України окреслені обов'язкові вимоги вказувати у клопотанні про проведення обшуку індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням. Водночас законодавець передбачив і випадки, коли раптом під час обшуку виявляються речі та документи, що не вказані в переліку. Зокрема, вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не належать до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном [4]. Однак слідчому необхідно уважно ставитися до строків подачі клопотання до слідчого судді, щоб не втратити доказову інформацію, яка міститься у вилучених документах.

Ще досить поширеною проблемою обшуку є його проведення на об'єктах, де тимчасово проживають (для офісів – працюють) не їх власники, а інші особи (орендарі, родичі власника, друзі). У цьому аспекті виникає питання: кого вказувати в ухвалі – власника чи користувача приміщення, в якому проводиться обшук. Так, 63 % практичних працівників, які брали участь у проведенні обшуків, надали відповідь, що вони вказували в ухвалі на проведення обшуку житла чи іншого володіння законного власника, навіть якщо фактично цим житлом (приміщенням) користуються інші особи. Натомість 27 % респондентів відповіли, що в ухвалі доцільно писати осіб, які фактично володіють житлом (приміщенням), а не власників. І всього 10 % респондентів акцентували увагу, що вони вказують володільців житла (приміщення), але за обов'язкової умови наявності документів, що засвідчують факт такого володіння (наприклад, договір оренди).

Проаналізуємо норми закону. Відповідно до ч. 1 ст. 235 КПК України, ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні слідчого, надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи [4]. У свою чергу, у ст. 397 ЦК України визначено, що особа, яка фактично користується майном, незалежно від того, чи є ця особа власником майна, є володільцем. При цьому право володіння виникає на підставі договору з власни-

ком або особою, якій майно було передане власником [5]. Із цього виходить, що власник житла (приміщення) не має права надавати дозвіл на обшук тієї частини житла (приміщення), яку орендує інша особа. Але це володіння повинно бути доведено юридично посвідчувальними документами.

Щодо вилучених об'єктів слід зазначити, що під час обшуків у процесі розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності переважно вилучалися: паспорти громадян України (як справжні, так і підроблені) (15 %), закордонні паспорти (15 %), страхові поліси (17 %), рекламні буклети (87 %), бланки договорів (66 %), установчі документи (87%), записи і схеми про злочинні дії (17 %), печатки й штампи (як справжні, так і підроблені) (32 %), кліше підписів (14 %), документи про фінансову діяльність туристичного підприємства (96 %), відомості внутрішнього контролю та управлінська звітність туристичного підприємства (87 %).

Разом із тим, як показав аналіз кримінальних проваджень, у разі проведення обшуку, особливо підприємств туристичного бізнесу, найчастіше виникає необхідність у вилученні електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку (98 %). Така необхідність спричинена тим, що сьогодні суб'єкти господарювання, у тому числі суб'єкти туристичної діяльності, у своїй фінансово-господарській діяльності активно використовують комп'ютерну техніку.

Згідно з п. 2 ст. 168 КПК України, під час обшуку, огляду можна тимчасово вилучати електронні інформаційні системи або їх частини, мобільні термінали систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження. Натомість це дозволяється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду. При цьому слід звернути увагу, що законодавець забороняє тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, за винятком випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту. У разі необхідності слідчий чи прокурор здійснює копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах. Копіювання такої інформації здійснюється із залученням спеціаліста [4].

Натомість у цьому розрізі постає питання: чи можна буде використовувати надалі не сервісне обладнання, а електронні копії як докази у справі. З цього приводу слід погодитися з О. Бургай у тому, що електронна інформація, отримана шляхом копіювання з відповідного пристрою, стає «електронним доказом», якщо її процесуальне оформлення здійснене у визначеному порядку. Вона має бути закріплена на відповідних носіях, що вказується у протоколі із зазначенням технічних засобів та програм, за допомогою яких здійснювалося копіювання такої інформації. Під час копіювання електронної інформації обов'язково має проводитися відеозапис із зазначенням технічних засобів, які використовувалися для його проведення [6]. Звідси постає питання і щодо оцінки на предмет допустимості матеріалів фото- відеозйомки злочинної події. Як свідчать матеріали кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері туристичної діяльності, інформація, що міститься на таких носіях, може допомогти встановити низку фактів, послідовність злочинних дій, причетність осіб до факту вчинення злочину, час вчинення злочинних дій. Отримати такі матеріали можна у різний спосіб: шляхом тимчасового доступу до речей та документів (ст. 159 КПК), шляхом проведення НСРД (ч. 1 ст. 256 КПК); у ході обшуку (ст. 234 КПК) тощо. Право на добровільне надання таких матеріалів потерпілою особою на підтвердження своєї заяви передбачено й у ст. 56 КПК.

Натомість слід погодитися з Н. В. Павловою, що звуко-, відеозапис, матеріали фотозйомки можуть розглядатися як документ, у тому числі і як джерело доказу за умови дотримання певних процесуальних вимог. Проте допустимість доказів, отриманих із використанням засобів звуко-, відеозапису та фотозйомки, викликає низку суперечок, і суд може не взяти до уваги такі матеріали, виявивши, що вони здобуті з порушенням визначеної законом процедури, без згоди певних осіб, із порушенням їхніх прав, свобод та законних інтересів [7, с. 264].

Наприклад, якщо до матеріалів кримінального провадження потерпілим будуть надані матеріали прихованого фото-, відеозапису номерів готелю (якщо вони в них не проживають); фото-, відеозапису підсобних приміщень ресторану, готелю; кабінетів володільця ресторану, адміністрації готелю; офісу туристичного оператора тощо у разі, якщо відеоспостереження проводиться без згоди осіб, які є володільцями цих об'єктів,

таке відеоспостереження вважатиметься недопустимими, а матеріали не є допустимими як докази у провадженні.

Вказаний перелік документів можна вилучити під час обшуку і тимчасового доступу до речей та документів, іноді – через проведення НСРД. Найчастіше місцями вилучення у провадженнях щодо злочинів у сфері туристичної діяльності є: 1) приміщення виконавчих комітетів міських та районних рад (з питань видачі свідоцтва про реєстрацію туристичного підприємства); 2) податкова адміністрація; 3) страхові компанії; 4) офіси туристичних агентств і туристичного оператора (як фіктивні, так і справжні); 5) приміщення адміністративно-управлінських служб туристичних підприємств (готелів, ресторанів); 6) приміщення господарчого призначення туристичних підприємств та планово-економічних відділів; 7) кабінет директора і його заступників; 8) кабінети служби безпеки туристичних підприємств; 9) рекламно-інформаційні компанії, органи ліцензування; 10) банківські установи, підприємства транспортного зв'язку та ін.

Здебільшого документи, що знаходяться у вищевказаних місцях, можна отримати тимчасовим доступом до речей та документів на підставі судового рішення. Між тим, як наголошує Г. А. Матусовський, обшук із метою вилучення документів проводиться, коли є інформація про приховування документів або в разі відмови керівника чи головного бухгалтера чи іншого суб'єкта господарювання добровільно видати документи [8, с. 210]. У 23 % випадків обшук проводився за місцем проживання керівників підприємства, що здійснює туристичну діяльність, та осіб, які відповідають за фінансові операції підприємства. У 9 % випадків обшуки проводилися за місцем проживання їхніх родичів та знайомих.

Висновки

Отже, документи у провадженнях щодо злочинів у сфері туристичної діяльності відіграють важливу роль, оскільки в них відображаються як обставини здійснення підприємницької діяльності, пов'язаної з туризмом, так і фінансові махінації, що свідчать про незаконні дії, у тому числі й шахрайства. Серед СРД та інших процесуальних дій, спрямованих на вилучення документів, найпоширенішими є обшук та тимчасовий доступ до речей та документів. Проведення вказаних процесуальних дій під час розслідування злочинів у сфері туристичної діяльності супроводжується низкою труднощів як процесуального, так і організаційно-тактичного характеру. Тому володіння правоохоронними органами інформацією щодо основних прийомів, методів та способів проведення обшуку та тимчасового доступу до речей та документів, а також специфіки злочинів зазначеного виду, сприятимуть успіху.

Список використаних джерел:

1. Кравченко К. Тактика проведення обшуків під час розслідування торгівлі людьми з метою трудової експлуатації. *Підприємство, господарство і право*. 2019. № 2. С. 249-253.

2. Багмета А.М. Особенности выявления, раскрытия и расследования рейдерских захватов имущественных комплексов : учебно-методическое пособие / под ред. А.М. Багмета, В.В. Бычкова. Москва, 2014. 227 с.

3. Вегера І. Проблемні питання участі адвоката у проведенні обшуку. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 144-147.

4. Кримінальний процесуальний Кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 02.11.2020).

5. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

6. Бургай О. Носії речових доказів. *Закон і бізнес*. 2020. URL: https://zib.com.ua/graphics/logotype_zib_small_ua.gif. (дата звернення: 01.11.2020).

7. Павлова Н.В. Оцінка на предмет допустимості як доказів матеріалів фотозйомки, звуковідеозапису події злочину. *Науковий вісник Дніпропетровського університету внутрішніх справ*. 2017. № 1. С. 262-271.

8. Матусовский Г.А. Экономические преступления: криминалистический анализ. Харьков: Консум, 1999. С. 210.

Yuliia Venherova. Investigative (surveillance) and other procedural actions for withdrawing documental evidence sources when investigating crimes in tourism

It is emphasized that the investigation of crimes in the field of tourism differs in certain specifics due to the circumstances and mechanism of criminal acts. Among other sources of evidence, a special place in criminal proceedings in the field of tourism is occupied by documents that play an important role, as they may reflect both the circumstances of business activities related to tourism, and financial fraud, indicating illegal actions, including fraud. Timely organization and conduct of investigative (search) and other procedural actions, the purpose of which is to extract and investigate documentary sources of evidence, is a guarantee of a successful investigation. However, during the seizure and examination of documents in cases of this category, investigators often face difficulties of both procedural and organizational and tactical nature. After

all, documents take the form of evidence only in the case of their proper receipt, in compliance with the rights, freedoms and legitimate interests of persons who possess them, as well as the correct procedural design of the results of seizure. The problematic issues and difficulties that arise during the preparation and conduct of investigative (search) and other procedural actions aimed at removing documentary sources of evidence in the investigation of crimes in the field of tourism are highlighted.

It is noted that before making a decision on the procedural action aimed at obtaining such documents, it is necessary to resolve a number of organizational and tactical issues. First, there is the question of clarifying the list of documents that reflect certain legal facts, the circumstances of the commission of illegal acts, as well as those that are instruments of the crime. Secondly, it is necessary to find out the data of persons who possess certain documents and their location, place of storage of documents. Third, it is important to determine the method of seizure of such documents, the legal basis, as well as the type of their expert examination. At the same time, the list of documents, their places of storage, as well as the range of persons from whom they are seized, may differ, depending on what kind of relationship was a criminal encroachment.

Recommendations on the most effective organization and tactics of such procedural actions in proceedings of this category are given.

Key words: crimes, tourism, tourist activity, document, search, temporary access to things and documents, investigative (search) actions.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.44

Ірина Гукова,
аспірант кафедри криміналістики та домедичної підготовки
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ВЗАЄМОДІЯ СЛІДЧИХ З ОРГАНАМИ ВЛАДИ У РОЗСЛІДУВАННІ ШАХРАЙСТВА У СФЕРІ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ

Стаття присвячена актуальним проблемним питанням взаємодії слідчих з оперативними підрозділами Національної поліції та органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення і трудової міграції під час розслідування шахрайства у сфері працевлаштування.

Доводиться, що ефективно здійснювати розслідування вказаної категорії злочинів неможливо без взаємодії слідчих органів з оперативними підрозділами поліції, а також без належної співпраці слідчого з органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення, у тому числі структурними підрозділами Міністерства соціальної політики, державного центру зайнятості в областях, містах та районах. Вказана взаємодія та співпраця допомагає у зборі необхідної інформації, її систематизації та використанні як для встановлення певних фактів, так і для кращого з'ясування обставин злочину. Наголошено на необхідності законодавчої регламентації взаємодії слідчих з оперативними підрозділами, а також на доцільності внесення змін до окремих законодавчих та відомчих нормативно-правових актів з питань взаємодії під час розслідування злочинів даної категорії.

Наголошено, що аналізу стану взаємодії працівників слідчих органів з оперативними підрозділами поліції у провадженнях щодо шахрайства у сфері працевлаштування не приділялося належної уваги. Така ситуація зумовлює дослідження організаційно-правових аспектів взаємодії та співробітництва під час розслідування шахрайства у сфері працевлаштування, що і визначає актуальність статті. Визначаються правила, дотримання яких заробітчанами дозволяють обмежити ризики їх потрапляння в тенета шахраїв.

Ключові слова: слідчий, працівники оперативних підрозділів, кримінальне провадження, взаємодія, слідчі (розшукові) дії, заробітчанин, працевлаштування, шахрайство.

Постановка проблеми. Нинішній економічний спад, анексія Криму та окупація частини Донецької, Луганської областей суттєво збільшили внутрішню міграцію населення України та значно підвищили рівень безробіття серед населення України, викликавши тим самим і значний попит щодо пошуку роботи на ринку праці. Підвищеним попитом серед безробітних у сфері працевлаштування скористалися недобросовісні роботодавці та шахраї, використовуючи різні шахрайські схеми.

Вказану категорію кримінальних правопорушень важко розслідувати без взаємодії слідчих органів з оперативними підрозділами Національної поліції, а також без належної (в рамках вимог законодавчих та відомчих нормативно-правових актів) співпраці слідчого з органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення. З'ясування окремих правових та організаційних аспектів такої взаємодії та співпраці і визначення шляхів її покращення лише сприятиме успішному розслідуванню шахрайств, що вчиняються у сфері працевлаштування.

Аналіз досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми свідчить, що взаємодія у кримінальних провадженнях неодноразово була предметом розгляду та досліджувалася у наукових працях Р. С. Белкіна, О. П. Бойко, О. О. Волобуєвої, І. Ф. Герасімова, Л. А. Грабовського, В. В. Рогальської, І. М. Гуткіна, І. П. Козаченка, К. О. Чаплинського, В. М. Федченка, В. М. Тертишника та інших учених.

Водночас проведений аналіз свідчить, що питанням взаємодії слідчого з оперативними підрозділами Національної поліції України у кримінальних провадженнях щодо шахрайств у сфері працевлаштування, а також його співпраці у таких провадженнях з органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення, не приділялося достатньо уваги. Вказане свідчить про необ-

© І. Гукова, 2020

хідність проведення дослідження правових, організаційних та інших аспектів взаємодії та співробітництва під час розслідування шахрайств у сфері працевлаштування, що і визначає актуальність цієї статті.

Метою статті є дослідження правових та організаційних аспектів взаємодії слідчого з оперативними підрозділами Національної поліції з питань працевлаштування в Україні; з'ясування кола суб'єктів, які уповноважені вирішувати вказані питання, та аспектів щодо їхньої співпраці у питаннях розслідування шахрайства у сфері працевлаштування; окреслення проблемних питань та шляхів з покращення такої взаємодії; визначення правил, дотримання яких дозволить обмежити ризики шахрайства з працевлаштування.

Виклад основного матеріалу. Загалом, взаємодія слідчих та оперативних підрозділів Національної поліції за умов керівної ролі слідчого складається зі спільних зусиль у питаннях розкриття, розслідування кримінальних правопорушень та встановлення всіх обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а також встановлення місця перебування підозрюваних осіб, які розшукуються органами досудового розслідування.

Між тим законодавець у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві питанням взаємодії між уповноваженими суб'єктами під час здійснення кримінального провадження чомусь не надав належної уваги. Такого висновку можна дійти, проаналізувавши положення чинного КПК, за яким правова регламентація взаємодії під час як досудового розслідування, так і судового провадження відсутня. Про неї можна лише здогадуватися, і то за окремими нормами. Так, про взаємодію слідчих, які працюють на різних віддалених одна від одної адміністративних територіях або перебувають під юрисдикцією іншого органу досудового розслідування, йдеться в ч. 5 ст. 218 КПК. За цією нормою своєю постановою один слідчий має право доручити іншому слідчому провести відповідні слідчі чи інші процесуальні дії, які підлягають обов'язковому виконанню. Також про взаємодію слідчого з оперативними підрозділами за дорученням слідчого щодо проведення слідчих і негласних слідчих (розшукових) дій йдеться в положеннях статей 40, 41 КПК. Наступну регламентацію взаємодії можна вбачати у ч. 5 та 6 ст. 232 КПК з питань проведення окремих слідчих (розшукових) дій у режимі відеоконференції. Учасником такої взаємодії законодавець визначає службову особу органу досудового розслідування, слідчий якого в межах своєї адміністративної юрисдикції або в межах міста проводить дистанційне провадження. Друга ситуація зі взаємодії відбувається між слідчим та вже службовою особою органу досудового розслідування іншої юрисдикції або службовою особою органу досудового розслідування, розташованого за межами міста. Вказана взаємодія має місце у випадках, коли учасник, з яким заплановане здійснення відповідної слідчої дії, перебуває в приміщенні, розташованому поза юрисдикцією слідчого органу, що проводить розслідування, або за територією міста, в якому це розслідування проводиться. Як в першому, так і в другому випадку зміст взаємодії полягає в обов'язку виконання зазначеною службовою особою за постановою слідчого ряду процесуальних та організаційних дій, а саме: пересвідчитися, що на місці перебуває саме та особа, вручити їй пам'ятку про права учасника такої дистанційної слідчої (розшукової) дії та перебувати до її завершення поряд із вказаним учасником.

Як взаємодію можна вважати порядок звернення судового рішення до виконання через відповідне розпорядження суду, що надіслане певному суб'єкту державної реєстрації фізичних, юридичних осіб у тому числі з метою оновлення інформаційної комунікації між єдиними державними реєстрами судових рішень та реєстрами юридичних, фізичних осіб, у тому числі підприємців і громадських формувань (ч. 2 ст. 535 КПК).

Більш яскравим проявом взаємодії можна вважати взаємодію між слідчими спільних слідчих груп під час здійснення ними розслідування на територіях кількох держав. Зміст такої взаємодії полягає в необхідності узгодження не лише основних напрямів розслідування та проведення процесуальних дій, але й у необхідності обміну інформацією та координації основних заходів між слідчими таких груп (ст. 571 КПК).

Вбачаючи значну роль взаємодії в ефективності розслідування кримінальних правопорушень, О.О. Волобуєва вкотре наголошує на доцільності вироблення відповідних засад взаємодії не лише між слідчими та іншими службовими особами правоохоронних органів, але й з іншими органами, які можуть надати таку допомогу [1, с. 245]. З питань нормативно-правової основи взаємодії І.П. Козаченко доходить висновку, що її положення повинні мати не лише чітку законодавчу регламентацію у відповідних законах, але й знаходити своє відображення у відомчих, міжвідомчих нормативно-правових актах [2, с. 177].

Роблячи акцент лише на законодавчій регламентації взаємодії, І.М. Гуткін визначає її як засновану на законі діяльність не підлеглих один одному органів, під час якої вказані органи діють узгоджено, вдало об'єднуючи та зіставляючи відповідні методи й засоби, що планується застосовувати, чи вже застосовуються з метою запобігання злочинам, їх припинення й розкриття, притягнення до кримінальної відповідальності винних, розшуку обвинувачених і забезпечення відшкодування збитків, заподіяних злочином [3, с. 70]. На необхідності планування під час розслідування у взаємодії наголошують й інші автори, оскільки ретельність планування дозволяє більш раціонально застосовувати відповідні методи розслідування та більш ефективно використовувати сили та засоби, і до того ж дозволяє слідчому контролювати послідовність та необхідність проведення тих чи інших слідчих дій [4, с. 74].

Розглядаючи взаємодію, Р.С. Белкін наголошує, що вона виступає однією з форм організації розслідування злочинів, що здійснюється суб'єктами доказування відповідно до вимог закону з метою повного та об'єктивного розслідування, розшуку злочинців та об'єктів, що мають значення для справи. Крім того, формуючи її дефініцію, автор звертає увагу на такі основні аспекти, як наявність налагодженої співпраці за цілями, місцем і часом між слідчим, органами дізнання й іншими органами, в межах їх компетенції [5, с. 31]. Досліджуючи питання взаємодії, відомий криміналіст І.Ф. Герасімов доводив, що завдяки правильній взаємодії правоохоронних органів можна не лише досягнути ефективного використання наданих відповідним суб'єктам повноважень, але й отримати бажані результати завдяки вдалому сполученню відповідних засобів та методів під час розслідування злочинів [6, с. 106].

У теорії кримінального процесу взаємодія уповноважених суб'єктів під час кримінального провадження поділяється на дві форми. Перша форма існує, якщо законом чітко передбачені правові положення такої співпраці. А якщо такої законодавчої регламентації немає, то вказана взаємодія розглядається вже як непроцесуальна форма [7, с. 494].

До першої форми взаємодії, яка під час кримінального провадження реалізується частіше, ніж не процесуальна форма, і є більш дієвою за своєю результативністю, як правило, відносять надання доручень слідчим щодо проведення оперативними підрозділами слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, виконання окремих заходів забезпечення кримінального провадження та встановлення місця перебування підозрюваного, який переховується від слідчих органів, у тому числі й коли підозрюваний перебуває в розшуку. Друга форма взаємодії в межах кримінального провадження, яку ще називають організаційною, або ж організаційно-тактичною, проявляється під час взаємного обміну слідчого з оперативними працівниками отриманою інформацією, спільного обговорення існуючих версій, пропозицій та запланованих заходів з проведення відповідних процесуальних дій та інших заходів з метою досягнення взаєморозуміння та узгодженості у діях обох сторін у тому числі і з питань складання спільного плану розслідування [8, с. 14-13].

Враховуючи способи та специфіку шахрайств, що вчиняються у сфері працевлаштування стосовно осіб, які у пошуках бажаної роботи потрапляють у поле зору недобросовісних роботодавців і шахраїв та стають їхніми жертвами, ефективно здійснювати розслідування вказаної категорії злочинів неможливо як без взаємодії слідчих органів з оперативними підрозділами Національної поліції, так і без належної, в рамках вимог законодавчих та відомчих нормативно-правових актів співпраці слідчого з органами виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення, у тому числі структурних підрозділів Міністерства соціальної політики, державного центру зайнятості в областях, містах та районах. Вказана взаємодія та співпраця буде лише сприяти у зборі необхідної інформації, її систематизації та використання для встановлення певних фактів і кращого з'ясування обставин вчиненого правопорушення.

Між тим з питань слідчих доручень щодо проведення працівниками оперативних підрозділів певних слідчих (розшукових) дій у рамках взаємодії з кримінального провадження законодавець у положеннях КПК передбачив порядок такої взаємодії лише у вигляді виконання оперативними працівниками доручень слідчого. До того ж виконання зазначених доручень входить в обов'язки працівників оперативних підрозділів (ч. 3 ст. 41 КПК). Зміст самого доручення може бути різним, але обов'язковим його елементом, є строки, в межах яких доручення повинно бути виконаним. І хоча законодавець не прописав конкретні строки його виконання, але слідчий в межах наданих йому повноважень повинен вказувати строки виконання доручення, виходячи з вимог засади їх розумності (ст. 28 КПК).

Іншого виду взаємодії, такого як, наприклад, виконання оперативними працівниками вказівок слідчого з проведення певних слідчих (розшукових) дій, положення КПК не передбачають (ст. 40 КПК). Оскільки надання вказівок з проведення слідчих та інших процесуальних дій є прерогативою прокурора в рамках наданих повноважень та суду.

Виходячи з положень ч. 3 ст. 110 КПК, за вимогами якої всі рішення, що під час досудового слідства приймає слідчий, оформлюються відповідною постановою, доцільно передбачити порядок оформлення слідчим доручення працівникам оперативних підрозділів з проведення слідчих, у тому числі й негласних слідчих (розшукових), дій саме у вигляді відповідної постанови, оскільки вказане процесуальне рішення має найбільш вмотивований та відповідним чином обґрунтований зміст, з окресленням необхідності виконання конкретних завдань, зі з'ясуванням питань, що цікавлять слідство, та в конкретні строки.

Нинішній економічний спад, анексія Криму та окупація частини Донецької, Луганської областей суттєво збільшили внутрішню міграцію населення України та значно підвищили рівень безробіття серед населення України, викликавши тим самим і значний попит щодо пошуку роботи на ринку праці. Вказані фактори вплинули на появу багатьох посередницьких фірм, які пропонують безробітним громадянам надати допомогу та швидко вирішити всі їхні нагальні проблеми з питань працевлаштування. До того ж підвищеним попитом серед безробітних у сфері працевлаштування скористалися недобросовісні роботодавці та шахраї, використовуючи різні шахрайські схеми.

Здебільшого згадана категорія кримінальних правопорушень вимагає відповідної координації у співпраці уповноважених суб'єктів і комплексного підходу до збору належної інформації та використання певних сил і засобів. Вдало спланувати заходи зі встановлення шахраїв, їх переслідування чи затримання неможливо без здійснення належної взаємодії. Вказана взаємодія сприяє в отриманні додаткових фактів щодо події злочину та встановлення співучасників шахрайства у сфері працевлаштування. Суттєве значення мають також й інформаційні ресурси та бази даних, які у своїй діяльності використовують органи виконавчої влади, що забезпечують формування державної політики у сфері зайнятості населення [12]. Вказані інформаційні системи дозволяють проаналізувати не лише відповідну інформацію щодо громадян, які знаходяться у пошуку роботи та роботодавців, але й здійснити моніторинг посередницької діяльності відповідних суб'єктів, які за законом з питань працевлаштування громадян у межах укладених з роботодавцем договорів, контрактів на безоплатній основі, без всіляких комісійних, гонорарів чи інших винагород зобов'язані підшукувати необхідну роботу та сприяти особі у її працевлаштуванні (ст. 36, 37 Закону).

Основним нормативно-правовим актом з питань працевлаштування є Закон України «Про зайнятість населення» від 05 липня 2012 року зі змінами на 17.06.2020 року, який поряд з іншим визначає питання державного регулювання зайнятості населення та правовий статус суб'єктів господарювання як посередників з питань працевлаштування. Вказаним законом одним з основних напрямів визначено взаємодію органів виконавчої влади, місцевого самоврядування та роботодавців і профспілок з питань забезпечення повної та вільно вибраної зайнятості населення і здійснення відповідних заходів у цьому напрямі. Водночас, на жаль, положень щодо необхідності взаємодії (співпраці) та надання вказаними органами відповідної інформації органам досудового розслідування щодо шахрайських проявів у сфері працевлаштування вказаний нормативно-правовий акт не містить.

Враховуючи нинішню динаміку та специфіку шахрайств, що вчиняються з питань працевлаштування, а також відсутність правових положень зі співпраці та взаємодії відповідних органів виконавчої влади з органами досудового розслідування у протидії шахрайствам, у тому числі з метою їх розкриття та здійснення ефективного кримінального провадження з встановленням всіх обставин, що підлягають доказуванню по даній категорії злочинів, доцільно, дотримуючись відповідного співвідношення з питань функцій, повноважень, засобів і методів у діяльності вказаних суб'єктів, розробити та затвердити узгоджений нормативно-правовий акт, який би чітко регламентував питання їхньої співпраці та взаємодії з метою запобігання шахрайствам у сфері працевлаштування громадян, їх розкриття та розслідування.

Окрім цього, відомчим нормативним документом у системі МВС з питань організації взаємодії слідчих органів з іншими підрозділами Національної поліції України є наказ МВС від 07.07.2017 року № 575, але в його положеннях також не прописано необхідного алгоритму дій щодо запобігання шахрайствам в сфері працевлаштування

громадян, їх розкриття та розслідування, і навіть взагалі не згадується про вказані кримінальні правопорушення [9]. Лише в положеннях з організаційних питань з реагування органами національної поліції на заяви та повідомлення про кримінальні правопорушення, які містяться в наказі МВС від 27.04.2020 року № 357, передбачені відповідні дії, але щодо реагування на заяви про шахрайства в цілому. Вказані заходи передбачають обов'язковість з'ясування у потерпілої особи часу, місця та способу вчинення шахрайства, прикмети злочинця, можливе місце перебування та установчі (за наявності) дані, здійснення заходів з демонстрації потерпілому фото та відео даних осіб, які взяті на криміналістичні обліки, а також вжиття заходів з перекриття шляхів можливого напрямку руху злочинців та їх затримання [10].

Усе вищевказане свідчить про відсутність як законодавчої, так і чіткої відомчої регламентації щодо взаємодії уповноважених правоохоронних органів з питань запобігання шахрайствам у сфері працевлаштування громадян, їх розкриття та розслідування, у тому числі й з питань їхньої взаємодії з органами виконавчої влади, що забезпечують формування та реалізацію державної політики у сфері працевлаштування громадян. Так само відсутні теоретичні та науково обґрунтовані і практично апробовані методичні розробки з методики розслідування вказаної категорії кримінальних правопорушень.

Висновки

Отже, обмежити ризики потрапляння в тенета шахраїв, які пропонують надати допомогу з питань працевлаштування на роботу, можливо за умов дотримання певних правил. Насамперед, перш ніж погодитися із запропонованою роботою, необхідно впевнитися, що вказана робота є легальною і має законний статус, а посередника, який її запропонував, зареєстровано на сайті Державного центру зайнятості серед осіб суб'єктів господарювання, що мають відповідний дозвіл або ліцензію на надання посередницьких послуг з працевлаштування [11]. На вимогу громадянина такий посередник згідно з п. 1 ч. 4 ст. 36 Закону України «Про зайнятість населення» зобов'язаний надавати у повному обсязі всю інформацію щодо роботодавця, існуючого у нього запиту на професії, кваліфікаційні вимоги, наявність практичного стажу роботи, певного досвіду у робітників та інформацію щодо умов праці, її характеру й оплати. Також слід надати копію відповідного договору чи контракту, укладеного з роботодавцем з питань надання посередницьких послуг у працевлаштуванні. При цьому, якщо пропонується робота із так званим «випробувальним терміном», слід вимагати укладання строкового трудового договору, в якому поряд з іншими даними повинно бути прописано строк випробовування та вид і сума зарплати за виконання вказаної роботи. Зазначені аспекти стосуються і всіх так званих дистанційних видів робіт, роботи на дому чи розповсюдження товарів, при цьому за виконання такої нескладної роботи пропонують хорошу зарплатню, але спершу за таке працевлаштування необхідно заплатити. Усі платні види навчання чи оформлення документів, які начебто необхідні для працевлаштування, не можуть відбуватися за рахунок безробітного, який таку роботу шукає. Наостанок слід бути особливо уважним та не втрачати пильність, коли посередники або агенції з працевлаштування вимагають надати оригінали паспорту, коду чи інших особистих документів, оскільки існує великий ризик втратити особисте майно або право на нього.

Список використаних джерел:

1. Волобуєва О.О. Поняття і принципи взаємодії слідчого зі спеціалістами під час збору інформації про особу підозрюваного. *Вісник Луганської академії МВС України*: наук.-теорет. журнал. Луганськ: РВВ ЛАВС, 2004. № 2. С. 242-249.

2. Козаченко И.П. Основные направления совершенствования теории и практики оперативно-розыскной деятельности. *Вопросы совершенствования оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел*. Київ: УАВС, 1992. С. 177-180.

3. Органы дознания и предварительного следствия системы МВД и их взаимодействие : учебное пособие / Белозеров Ю. Н., Гуткин И. М., Чувилев А.А. и др.; отв. ред.: Викторов Б.А. Москва: Юрид. лит., 1973. 120 с.

4. Письменний Д.П., Федченко В.М. Розслідування злочинів слідчою та слідчо-оперативною групою: правові та організаційні засади : монографія. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2006. 248 с.

5. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. Москва: Изд-во БЕК, 1997. 342 с.

6. Герасимов И.Ф. Некоторые проблемы раскрытия преступлений. Свердловск: Средне-Уральское кн. изд-во, 1976. 184 с.

7. Криминалистика : учебник для вузов / под. ред. Р. С. Белкина. Москва: ГОРМА, 2001. 990 с.

8. Організація взаємодії підрозділів Національної поліції під час прове-

дення досудового розслідування : навчальний посібник / О.П. Бойко, О.Ф. Кобзар, В.В. Рогальська, Н.П. Черняк. Дніпро: ДДУВС, 2017. 84 с.

9. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні : наказ МВС України від 07.07.2017 № 575. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17#Text (дата звернення: 26.07.2020).

10. Про затвердження Інструкції з організації реагування на заяви і повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події та оперативного інформування в органах (підрозділах) Національної поліції України : наказ МВС України від 27.04.2020 № 357. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0443-20#n7 (дата звернення: 26.09.2020).

11. Державний центр зайнятості: перелік суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва у працевлаштуванні, та суб'єктів господарювання, які здійснюють наймання працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в інших роботодавців. URL: https://www.dcz.gov.ua/storinka/perelik-subyektiv-gospodaryuvannya (дата звернення: 20.07.2020).

12. Про зайнятість населення : Закон України від 5 липня 2012 року № 5067-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17#Text (дата звернення: 22.07.2020).

Iryna Hukova. Interaction of investigators with the authorities when investigating employment fraud

The article considers the issues of interaction of investigators with employees of operational units of the National Police, as well as with executive authorities that ensure the formation of state policy in the field of employment and labor migration in the investigation of fraud committed during employment. It is proved that it is impossible to effectively investigate this category of criminal the National Police, as well as without proper cooperation of the investigator with executive authorities in ensuring employment policy, including structural units of the Ministry of Social Policy., the state employment center in regions, cities and districts. This interaction and cooperation helps in gathering the necessary information, its systematization and use, both to establish certain facts and to better clarify the circumstances of the offense. Emphasis is placed on the need for legislative regulation of the interaction of investigators with operational units, as well as the feasibility of amending certain legislative and departmental regulations on cooperation in the investigation of criminal offenses of this category. The rules are determined, the observance of which allows workers to limit the risks of getting into the net of fraudsters.

It is emphasized that the generalization and analysis of the state of interaction of investigators with operational units of the National Police of Ukraine in criminal proceedings on fraud in the field of employment, as well as its cooperation in such proceedings with the executive authorities, ensuring state employment policy, today, was not given the necessary attention.

It is proved that such a situation determines the conduct of certain studies of organizational, legal and other aspects of interaction and cooperation in the investigation of fraud in the field of employment, which determines the relevance of the scientific article.

A number of concrete proposals aimed at improving the theoretical and legal principles of criminal-procedural relations have been formulated; some categories of the criminal process and criminalistics have been specified.

Key words: investigator, employees of operative divisions, criminal proceedings, interaction, worker, employment, fraud.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.45

Ілля Коваленко,
адвокат,
аспірант кафедри криміналістики та домедичної підготовки
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ОКРЕМІ ВИДИ ЕКСПЕРТИЗ ЯК ОБОВ'ЯЗКОВІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ШАХРАЙСТВА У СФЕРІ БАНКІВСЬКИХ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТЕЖІВ

Стаття висвітлює проблематику дослідження видів комп'ютерно-технічних експертиз, що являються обов'язковими слідчими (розшуковими) діями у розслідуванні злочинів із залученням новітніх технологій та комп'ютерних систем, таких як шахрайство у сфері банківських електронних платежів. У ній наголошено та тому, що для більш якісного розкриття таких складних кримінальних правопорушень база знань експертів та їх методичне забезпечення весь час повинні поновлюватись та йти на випередження, адже щосекунди у світі з'являються нові технології та викрадаються сотні тисяч доларів США щодня. Розглянуто найбільш поширені технічні засоби, девайси та програмне забезпечення, які необхідно дослідити експерту у рамках судової комп'ютерно-технічної експертизи. Запропонована послідовність дій експерта під час дослідження обчислювальної техніки для виявлення слідів кримінальних правопорушень, а також проаналізовано думки сучасних науковців, що вивчали дане питання. Пропонується розділити експертизу техніки, що використовувалась для вчинення шахрайства, на чотири етапи згідно з видами судової комп'ютерно-технічної експертизи, а саме почати дослідження з визначення апаратних засобів, потім встановлення програмного забезпечення, виявлення інформації і, наостанок, визначення мережевих слідів зловмисників. Велику увагу було приділено визначенню основних апаратних засобів, що повинні бути дослідженими експертами. Визначено предмет, завдання, а також актуальні питання щодо кожного з видів судової комп'ютерно-технічної експертизи. Також було наголошено на важливості співпраці державних правоохоронних органів України з міжнародними партнерами та експертами задля досягнення спільної мети розкриття шахрайства у сфері банківських електронних платежів, а також на необхідності швидкої комунікації між відомствами різних країн. Наголошено на проблемі компетентності експертів у сфері інформаційних технологій та комп'ютерних систем, матеріально-технічного забезпечення, а також застарілого програмного забезпечення для проведення судової комп'ютерно-технічної експертизи.

Ключові слова: судова комп'ютерно-технічна експертиза, інтернет-банкінг, інформаційні технології, сліди злочину, кіберзлочин.

Постановка проблеми. 21-е століття можна впевнено назвати «комп'ютерним століттям». Стрімкий розвиток інформаційних технологій полегшив життя людства та, у свою чергу, породив нові кримінальні правопорушення у сфері інформаційних технологій. Всесвітня мережа Інтернет стала для всього людства невід'ємною частиною життя. За допомогою Інтернету люди спілкуються у всьому світі за допомогою соціальних мереж, месенджерів. Ще 20 років тому це було практично нереально, сьогодні – це звичайні речі. Ці зміни також стосуються і банківського сектору. Зокрема, для того, щоб провести платіж, здебільшого використовується Internet banking. Тобто для того, щоб оплатити будь-які послуги, не потрібно йти у відділення банку – це все можна зробити за декілька секунд, маючи доступ до Інтернету. Незважаючи на масу переваг, ця ситуація активізувала спалах вчинення кримінальних правопорушень, кількість яких збільшуються щорічно, зокрема шахрайство у сфері банківських електронних платежів. Такі кримінальні правопорушення, як правило, кваліфікуються за ч. 3 ст. 190 КК України [1], а під час їх розслідування призначається комп'ютерно-технічна експертиза.

Тому з метою визначення особливостей призначення експертиз як обов'язкових слідчих (розшукових) дій під час розслідування шахрайства у сфері банківських електронних платежів, а також дослідження окремих заходів щодо її підготовки розглянемо низку

© І. Коваленко, 2020

думок вчених, які досліджували проблематику даного питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У криміналістичній літературі загальним питанням проведення судових експертиз приділялася увага в роботах Н.Т. Малаховської, А.І. Вінберга, О.Р. Шляхова, М.В. Салтевського, М.О. Селіванова, Г.Л. Грановського. Теоретичними засадами призначення та проведення комп'ютерно-технічних експертиз у провадженнях про економічні та фінансові кримінальні правопорушення, до яких належить шахрайство у сфері використання банківських електронних платежів, займалися А.І. Усов, Б.К. Давлєтов, О.Р. Росинська, Д.В. Пашнєв, В.Б. Вєхов та ін.

Але комплексного аналізу щодо видів комп'ютерно-технічної експертизи під час розслідування шахрайства у сфері використання банківських електронних платежів вченими не проводилося. Водночас на практиці виникає потреба в науково-обґрунтованих криміналістичних рекомендаціях щодо проведення комп'ютерно-технічних експертиз у розрізі розслідування досліджуваної категорії кримінальних правопорушень.

Мета дослідження. Метою статті є дослідження видів комп'ютерно-технічних експертиз як обов'язкових слідчих (розшукових) дій під час розслідування шахрайства у сфері банківських електронних платежів, особливостей призначення й проведення у кримінальному судочинстві, а також виокремлення їх проблемних аспектів.

Виклад основного матеріалу. Одною з основних процесуальних дій у розслідуванні шахрайства у сфері банківських електронних платежів є призначення судової експертизи, а саме судової комп'ютерно-технічної експертизи, яка проводиться відповідно до ст. 242 КПК України [2].

Судова комп'ютерно-технічна експертиза (далі по тексту – СКТЕ) призначається у разі, коли необхідно отримати фактичні дані для розслідування кіберзлочинів з використанням електронно-обчислюваної техніки, якими є факти вчинення шахрайства у сфері банківських електронних платежів, для створення доказової бази в кримінальних провадженнях.

Ефективність розслідування кримінальних правопорушень, таких як шахрайство у сфері банківських електронних платежів, залежить від своєчасного виявлення слідів кримінального правопорушення, адже у разі, якщо слідчі (розшукові) дії будуть проведені невчасно та із запізненням, зловмисники можуть знищити всю доказову базу, а саме виконати форматування жорсткого диску, фізичне знищення жорсткого диску за допомогою мікрохвильової печі, USB-накопичувачів, зовнішніх накопичувачів, CD-, DVD-дисків тощо. Для того щоб сліди, які знаходяться на електронних носіях, стали доказами, їх необхідно знайти, виявити та зафіксувати процесуальним шляхом, що регулюється ЗУ «Про судову експертизу» [3].

Комп'ютерно-технічна експертиза – це підвид інженерно-технічної експертизи [4], за якої досліджуються певні технічні характеристики обчислювальної техніки, а саме стаціонарних комп'ютерів (ПК), смартфонів, ноутбуків, планшетів, нетбуків тощо, та проводиться детальний аналіз програм, встановлених на даних технічних засобах, з метою виявлення інформації, що знаходиться в електронному вигляді на даних пристроях, для встановлення факту скоєння кримінального правопорушення. За допомогою експертизи виявляються ознаки кримінального правопорушення, що слугують створенню доказової бази шляхом аналізу виявленої інформації [5].

Факти та обставини, що виявляються в процесі аналізу апаратно-технічних засобів та програмного забезпечення, встановленого на цих засобах, які є доказами у матеріалах кримінального провадження, є предметом СКТЕ [6, с. 118-119].

Як зазначає А. І. Усов, залежно від обставин кримінального провадження можуть бути призначені такі види експертиз:

– апаратно-комп'ютерна (АКЕ);
– програмно-комп'ютерна (ПКЕ);
– комп'ютерно-мережева експертиза (КМЕ);
– інформаційно-комп'ютерна (ІКЕ) [7, с. 14].

Об'єктом дослідження апаратно-комп'ютерної експертизи (далі по тексту – АКЕ) може бути саме техніка, за допомогою якої вчинялось шахрайство у сфері банківських електронних платежів. До апаратних засобів належать: електричні, електронні та механічні схеми, блоки, прилади і пристрої, що становлять матеріальну частину комп'ютерної системи. Під час проведення даної експертизи досліджуються ноутбуки, системні блоки, в яких встановлюється вид та назва процесора (CPU), вид та назва материнської плати (motherboard), вид оперативної пам'яті (RAM), назва відеокарти (GPU), вид жорсткого накопичувача (HDD або SSD). Встановлення видів і назв технічних засобів дозволяє порівняти їх зі слідами, залишеними злочинцем на серверах банківських установ або організацій, що під-

далися шахрайським діям. Головним ідентифікаційним фактором комп'ютера, з якого проводились шахрайські дії, є так званий ідентифікаційний номер ПК (MAC-адреса). MAC-адреса (Media Access Control, адреса управління доступом до середовища) записується в заводську прошивку мережевого адаптера під час його виготовлення [8]. Він потрібен для того, щоб ідентифікувати конкретний мережевий адаптер, який знаходиться на материнській платі. Кожен пакет даних, що приймається адаптером, містить його MAC-адресу, для того щоб пристрій міг зрозуміти, що ці дані призначені саме йому. MAC-адреса ПК подібна відбиткам пальців, якщо злочинець, вчиняючи шахрайські операції у сфері банківських електронних платежів, був необережний у своїх діях та не замінив MAC-адресу за допомогою спеціальних програм, то його обчислювана техніка, за допомогою якої шахрай вчиняв суспільно небезпечне діяння, буде ідентифікована.

Проводячи АКЕ, експерт повинен зупинитися на таких моментах:

– виявити відношення досліджуваної техніки до апаратних комп'ютерних засобів;

– визначити тип, марку або модель даного пристрою;

– встановити технічні характеристики і параметри досліджуваного технічного засобу;

– визначити первинну конфігурацію і характеристики даного пристрою, а також дізнатись, чи були змінені його функціональні властивості порівняно з первісною конфігурацією;

– провести зовнішній огляд техніки на предмет фізичного втручання у його конфігурацію;

– встановити, чи є даний технічний засіб накопичувачем інформації та чи відкритий доступ до такої інформації.

Дослідження саме програмного забезпечення, встановленого на техніці потенційного зловмисника, являє собою ПКЕ.

Предметом ПКЕ є закономірності розробки програмного забезпечення на електронно-обчислювальній техніці, що була передана для дослідження та виявлення слідів кримінального правопорушення, а також закономірності його застосування.

Завданням ПКЕ є встановлення наявності певних видів програм, що сприяють вчиненню шахрайських операцій у сфері банківських електронних платежів. Ними можуть бути програми, призначені для віддаленого доступу до інформації та керування комп'ютером, наприклад: AnyDesk, Supremo Remote Desktop, TeamViewer, RemotePC тощо. Важливою являється наявність програм, призначених для анонімного та зашифрованого спілкування в мережі Інтернет, таких як Jabber, Telegram, WhatsApp та ін. Як правило, зловмисники можуть використовувати графічні редактори для підробки документів, наприклад Adobe Photoshop, Corel Draw тощо, тому експерт повинен ідентифікувати їх наявність та встановити історію застосування таких додатків, відновити файли, створені за допомогою цих програм і, таким чином, виявити важливі сліди вчинення злочину, що можуть стати важливими доказами в кримінальному провадженні. Не менш вагомою знахідкою можуть бути програми для віддаленого керування банківськими рахунками – інтернет-банкінг, які зловмисники зазвичай використовують на смартфонах та планшетах. У разі виявлення вищезазначеного програмного забезпечення експерту потрібно встановити або відновити log-файли використання цих програм, що дозволить виявити ланцюг операцій та послідовність дій шахрая.

ІКЕ, як ключовий вид СКТЕ, може стати одним з основних доказів, які можуть вказувати на причетність (або непричетність) до кримінального правопорушення і стати підставою для визначення вини. Завданням ІКЕ є виявлення наявних або видалених файлів, на яких може міститися значуща для слідства інформація. Особливу увагу експерт має приділити файлам документів формату .doc, .docx, .txt, .rtf, .pdf, .xls, .xlsx та ін., log-файлам електронної пошти та месенджерів.

Під час виконання ІКЕ також необхідно з'ясувати, чи встановлено на техніці, що була представлена на СТКЕ, програмне забезпечення для шифрування та захисту інформації, що підтверджувала би чи спростовувала здійснення шахрайства у сфері банківських електронних платежів. Шифрування диска створює зашифровані розділи на жорстких дисках або створює віртуальні зашифровані диски у файлі [9, с. 6]. Після шифрування дані, що зберігаються в розділі, потребують доступу до пароля. Як правило, шахраї накладають одразу декілька різних паролів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до інформації, яка може викрити їхні зловмисні дії. Кожен із таких паролів захищено за допомогою алгоритму шифрування AES 128- або 256-бітного ключа, який дуже важко і практично неможливо розшифрувати, зважаючи на щосекундний розвиток технологій і відсталість в обізнаності з новітніми комп'ютерними системами та їх використанням в сучасній криміналістиці. Найпоширенішими програмами шифрування даних станом на 2020 рік є: Folder Lock, AxCrypt, CryptoExpert, CertainSafe, VeraCrypt, TrueCrypt, Bitlocker, Ciphershed.

КМЕ, як один з видів КТКЕ, багато в чому схожий з ПКЕ, однак в даному випадку фокус експертної уваги зміщений на дослідження мережевої роботи користувача. Таким чином вивчаються дії потенційного правопорушника у сфері банківських електронних платежів із залученням комп'ютерних мереж. Для виконання КТЕ фахівець повинен бути компетентним у галузі мережевих технологій, щоб ефективно відстежувати рух інформаційних пакетів за допомогою вивчення інформаційного сліду.

IP-адреса – це числова послідовність, яка слугує ідентифікатором девайсу для Інтернет-сервера [10, с. 5]. IP-адреса відображається у вигляді серії з чотирьох груп чисел, розділених крапками. Перша група – це число від 1 до 255, а інші групи – число від 0 до 255, наприклад 192.135.174.1. Кожен сервер має свою унікальну адресу, за допомогою якої експерти можуть визначити фізичну адресу місця, де було скоєне кримінальне правопорушення. Саме з цієї причини шахраї намагаються замаскувати такі сліди, використовуючи ряд мережевого програмного забезпечення.

Існують такі поширені способи підміни реальної IP-адреси: підключення до проксі-серверу, використання інтернет браузера TOR, маскування IP-адреси через VPN.

Під час КМЕ надзвичайно важливо виявити програмне забезпечення, що було встановлене для приховування IP-адреси. Прикладами вищевказаного можуть бути:

– ProxyCap, Proxyfier, Proxy Switcher – програми для проксі;

– TOR Browser, Tor Control (anonymity layer) for Firefox;

– NordVPN, OpenVPN, ExpressVPN, PureVPN for Teams, ProtonVPN, NetMotion – програми, які забезпечують сервіс VPN.

Якщо експертом буде проведено якісне дослідження мережевих слідів та викрито усі ланцюжки IP-адрес, через які проходили транзакції, з великою вірогідністю таке кримінальне правопорушення буде розкрито.

Важливою проблемою в аспекті проведення СКТЕ є її науково-методичне забезпечення. Відповідно до ст. 85 Конституції України [11], Верховна Рада України вибрала стратегічний курс держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі, тим самим піднявши високу планку щодо прав та свобод людини і, як наслідок, збільшивши державну відповідальність перед міжнародними партнерами. Кожній людині гарантовано дотримання правових принципів при здійсненні правосуддя та проведення експертизи, тобто будуть застосовані одні і ті ж самі методики досліджень незалежно від того, якої форми власності установа, яка проводить експертизу, або який експерт буде її проводити.

Як влучно зазначила І. В. Гора, експертна практика судово-експертних установ повинна бути єдиною як у підходах, так і в роз'ясненнях експертів. Науково-апробовані методики та наукові критерії повинні застосовуватись за єдиними стандартами [12, с. 273].

Застосування судовими експертами наукової або спеціалізованої мови з посиланням на авторські методики, наукові підходи, у зв'язку з відсутністю у суддів спеціальних знать, сприяє психологічному тиску на нього. Дана ситуація має використовуватися з метою маніпулювання судовою думкою, сфальсифікованими доказовими базами по кримінальним провадженням сторонами як обвинувачення, так і захисту [13].

Однією з головних проблем сьогодення у проведенні СКТЕ є питання підтвердження компетентності осіб, які проводять даний вид експертиз, які володіють спеціальними знаннями в галузі інформації та які не є співробітниками державних судово-експертних установ [14, с. 144].

Висновки

Для успішної боротьби з шахрайством у сфері банківських електронних платежів, поряд із розробкою методичного забезпечення для виконання експертних досліджень, необхідне проведення регулярних міжнародних зустрічей представників правоохоронних органів. Метою цих зустрічей повинна бути конкретизація основних напрямів даного виду діяльності й обмін досвідом, а також взаємодія у боротьбі як з внутрішньодержавними, так і з міжнародними злочинними групами, що спеціалізуються на злочинах у сфері інформаційних технологій.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III.URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page#Text (дата звернення: 07.00.2020).

2. Кримінально процесуальний кодекс України від 18.10.2019 р. № 4651-VI URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 07.00.2020).

3. Про судову експертизу : Закон України від 25.02.1994 р. № 4038-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

4. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень : затв. наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5 (у ред. наказу від

26.12.2012 р. № 1950/5). *Офіційний вісник України*. 2013. № 3. Ст. 91.

5. Експертна служба МВС України. URL: https://dndekc.mvs.gov.ua/ експертна-спеціальність-10-9-досліджен/ (дата звернення: 07.00.2020).

6. Експертизи у судочинстві України: науково-практичний посібник / заг. ред. В.Г. Гончаренка, І.В. Гори. Київ: Юрінком Інтер, 2014. 504 с.

7. Усов А.И. Методы и средства решения задач компьютерно-технической экспертизы : учебное пособие. Москва : ГУ ЭКЦ МВД России, 2002. 200 с.

8. IEEE Standards Association (IEEE SA). URL: https://standards.ieee.org/products-services/regauth/oui36/index.html (дата звернення: 07.00.2020).

9. Bellare, Mihir. "Public-Key Encryption in a Multi-user Setting: Security Proofs and Improvements." Springer Berlin Heidelberg, 2000. 274 p.

10. Буров Є. В. Комп'ютерні мережі : підручник. Львів: «Магнолія 2006», 2010. 262 с.

11. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. С. 141.

12. Гора И.В. Организационные проблемы судебно-экспертной деятельности в Украине. *Criminalistics and forensic expertology: science, studies, practice*. Vilnius, Varsuva, 2016. С. 263-278.

13. Проблемы проведения и научного обеспечения судебных экспертиз. URL: https://ceur.ru/library/articles/ pravo/item127028 (дата звернення: 07.00.2020).

14. Карпінська Н., Крикунов О. Історико-правовий часопис. 2017. № 1. (9). С. 140-144.

Illia Kovalenko. Certain types of examinations as obligatory investigative (search) actions in the investigation of fraud in the field of bank electronic payments

The article covers the issues of research of types of computer-technical examinations, which are obligatory investigative (search) actions in the investigation of crimes involving the latest technologies and computer systems, such as fraud in the field of electronic bank payments. It also emphasizes that in order to better detect such complex criminal offenses, the knowledge base of experts and their methodological support must be constantly updated and ahead, because every second new technologies appear in the world and hundreds of thousands of US dollars are stolen every day. The most common hardware, devices and software that need to be examined by an expert in the framework of forensic computer and technical examination are considered. The sequence of actions of the expert at research of computer engineering for revealing of traces of criminal offenses is offered, and also opinions of the modern scientists who have studied this question are analyzed. It is proposed to divide the examination of the equipment used to commit fraud into four stages according to the types of forensic computer and technical examination, namely to begin research to identify hardware, then installed software, identify information, and finally identify network traces of attackers. Much attention has been paid to identifying the basic hardware that should be investigated by experts. The subject, tasks, and also actual questions concerning each of types of forensic computer and technical examination are defined. It was also stressed the importance of cooperation between state law enforcement agencies of Ukraine with international partners and experts in order to achieve the common goal of detecting fraud in the field of electronic bank payments, as well as the need for rapid communication between agencies of different countries. Emphasis is placed on the problem of competence of experts in the field of information technology and computer systems, logistics, as well as outdated software during forensic computer examination.

Key words: forensic computer technical expertise, internet banking, information technologies, traces of crime, cybercrime.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.46

Сергій Чучко,
ад'юнкт кафедри криміналістики та домедичної підготовки
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ У РОЗСЛІДУВАННІ ШАХРАЙСТВА В КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ТОВАРІВ ЧЕРЕЗ МЕРЕЖУ ІНТЕРНЕТ

Наукова стаття присвячена висвітленню деяких аспектів розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет. Розглядається сутність взаємодії правоохоронних органів під час розслідування визначеної категорії кримінально караних діянь.

Автор акцентує увагу на тому, що взаємодія є обов'язковою категорією для успішного здійснення будь-якої спільної діяльності. Не є винятком і розслідування кримінальних правопорушень, адже ефективність поєднання сил і засобів правоохоронних органів забезпечить найбільш швидке притягнення до відповідальності винних у вчиненні протиправного діяння. Розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет також вимагає від відповідних підрозділів правоохоронних органів спільних заходів і проведення процесуальних дій.

Підтримується позиція авторів, які розглядають досліджувану категорію як засновану на законі погоджену за метою, місцем і часом діяльність незалежних один від одного в адміністративному стосунку органів, що виражається в найбільш доцільному сполученні властивих цим органам засобів і методів і спрямована при організуючій ролі слідчого на запобігання злочинам, припинення, розкриття й усебічне, повне та об'єктивне розслідування злочинів, учинення яких зараховано до компетенції слідчого.

Аналіз опитування респондентів дав змогу виділити серед процесуальних форм взаємодії під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет такі: виконання доручень слідчого про проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій; надання слідчому матеріалів, зібраних у ході оперативно-розшукової діяльності, для вирішення питання щодо внесення відомостей до ЄРДР; сприяння слідчому при проведенні окремих слідчих (розшукових) дій; виконання оперативним підрозділом доручень слідчого щодо перевірки оперативно-розшуковим шляхом відомостей, що мають значення для встановлення наявності чи відсутності підстав для внесення відомостей до ЄРДР за оперативними матеріалами.

Зазначається, що специфічною ознакою досліджуваної категорії кримінальних проваджень є необхідність проведення низки негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-технічних заходів.

Ключові слова: взаємодія, шахрайство, кримінальні правопорушення, розслідування, слідчі (розшукові) дії, купівля-продаж товарів через мережу Інтернет.

Постановка проблеми. Взаємодія є обов'язковою категорією для успішного здійснення будь-якої спільної діяльності. Не є винятком і розслідування кримінальних правопорушень, адже ефективність поєднання сил і засобів правоохоронних органів забезпечить найбільш швидке притягнення до відповідальності винних у вчиненні протиправного діяння. Розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет також вимагає від відповідних підрозділів правоохоронних органів спільних заходів і проведення процесуальних дій.

Окремим аспектам взаємодії правоохоронних органів під час розслідування кримінальних правопорушень присвятили праці такі науковці, як Л.І. Аркуша, Р.С. Бєлкін, А.Ф. Волобуєв, А.Я. Дубинський, В.П. Лавров, Є.Д. Лук'янчиков, Г.А. Матусовський, М.В. Салтевський, В.В. Тіщенко, К.О. Чаплинський, А.Я. Хитра, В.Ю. Шепітько, Ю.І. Шостак, М.П. Яблоков та ін.

Водночас питанням взаємодії підрозділів Національної поліції під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет з боку науковців належної уваги не приділено.

Тому **мета статті** – визначити особливості взаємодії правоохоронних органів під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет.

© С. Чучко, 2020

Виклад основного матеріалу. Починаючи розгляд досліджуваної наукової категорії, одразу варто наголосити на тому, що постійна та ефективна взаємодія правоохоронних органів забезпечує швидке розслідування кримінальних правопорушень.

Так, у період з 25.05.2016 по 06.03.2017 гр. Ж., маючи злочинний умисел, спрямований на незаконне збагачення, за допомогою комп'ютерної техніки розміщувала неправдиві оголошення на сторінці інтернет магазину «olx.ua», соціальної мережі «Вконтакте» під різними псевдонімами («Татьяна Сергеева», «Аля Жужа») про продаж товарів, а саме жіночого одягу та взуття. Велика кількість осіб, уведених в оману гр. Ж., переглядали зазначені оголошення й направляли на вимогу останньої кошти на вказану картку як передоплату. Після переведення коштів покупці товарів не отримували та вже не могли зв'язатися з гр. Ж. [7]. Разом із тим ефективна взаємодія працівників правоохоронних органів допомогла зібрати початкову інформацію на початковому етапі кримінального провадження.

Ми підтримуємо позицію О.С. Саінчина, який називає загальні умови взаємодії, серед яких:

– найсуворіше дотримання законності;

– плановість;

– швидкість, активність і широке застосування науково-технічних засобів у ході розслідування;

– обов'язкове залучення громадськості;

– правильне ставлення до оцінювання доказів;

– знання кожним учасником взаємодії повноважень і форм діяльності органів слідства й дізнання;

– точне розмежування компетенції учасників взаємодії;

– урахування провідної ролі слідчого в процесі взаємодії;

– нерозголошення даних досудового слідства, а також засобів і методів, застосовуваних в ОРД;

– відносна самостійність органу дізнання у виборі засобів і методів, використовуваних для здійснення ОРЗ [6, с. 267].

Погоджуючись із наведеною думкою, уважаємо за необхідне визначити поняття взаємодії підрозділів Національної поліції. Зокрема, А.Я. Хитра формулює цю категорію як засновану на законі й спільності завдань у кримінальному судочинстві погоджену колективну діяльність, яка передбачає ефективне використання правових заходів і сил слідчих, обумовлену їхньою компетенцією й формами діяльності, спрямовану на розслідування злочинів і запобігання їм [9, с. 6]. У свою чергу, А.Я. Дубинський і Ю.І. Шостак розглядають взаємодію правоохоронних органів як засновану на законі погоджену за метою, місцем і часом діяльність незалежних один від одного в адміністративному стосунку органів, що виражається в найбільш доцільному сполученні властивих цим органам засобів і методів і спрямована при організуючій ролі слідчого на запобігання злочинам, припинення, розкриття й усебічне, повне й об'єктивне розслідування злочинів, учинення яких зараховано до компетенції слідчого [2, с. 5–7].

Варто зазначити, що взаємодія правоохоронних органів реалізується в певних формах. Під формами взаємодії слідчого й оперативних підрозділів окремі науковці розуміють організаційні прийоми та методи, способи й порядок зв'язків між ними, засновані на кримінально-процесуальному законі та відомчих нормативних актах правоохоронних органів, а також передовому досвіді слідчої практики, спрямовані на забезпечення узгодженої їхньої діяльності та правильне сполучення властивих кожному із цих органів методів і засобів роботи [6, с. 267]. Водночас необхідно розуміти, що під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет зустрічаються випадки, при яких визначається тільки загальне завдання й погоджуються шляхи його виконання, а місце та час проведення відповідних дій обираються самими взаємодіючими органами. Тобто працівники відповідних підрозділів повинні самостійно обрати лінію поведінки.

Взаємодія працівників правоохоронних органів повинна ґрунтуватися на суворому дотриманні й виконанні закону. При цьому варто мати на увазі не тільки відомчі нормативні акти, які регламентують зазначену взаємодію, а й положення кримінально-процесуального закону, а також інших законів і спільних нормативних актів МВС України та Генеральної прокуратури України.

Ми поділяємо позицію М.А. Погорецького, який акцентує увагу на тому, що форми взаємодії поділяються на процесуальні, які врегульовані кримінально-процесуальним законом, та організаційно-тактичні (непроцесуальні), що врегульовані відомчими нормативними актами (наказами, інструкціями, вказівками), а також нормами службової етики й вироблені практикою. Автор зазначає, що таке розмежування має не тільки пізнавальне, а й практичне значення, оскільки дає змогу правильно визначити значення результатів взаємодії [5, с. 179], що ми підтримуємо.

У свою чергу, В.А. Колесник з приводу особливостей працівників правоохоронних органів зазначає низку положень. Так, автор указує, що взаємодія має організаційні й кримінально-процесуальні аспекти, якщо в окремих випадках можуть здійснюватися узгоджені дії під час участі оперативних співробітників у проведенні окремих слідчих дій і це буде спільною діяльністю слідчого й оперативного працівника, то участь слідчого в проведенні оперативних заходів виключена. Але якщо такі оперативні заходи будуть здійснюватися з метою виконання узгоджених завдань у поєднанні з процесуальними діями, то, попри відсутність спільності дій оперативного працівника і слідчого, питання взаємодії матимуть місце. Тому у взаємодії оперативних і слідчих підрозділів треба акцентувати увагу не на спільності, а на узгодженості дій слідчих та оперативних підрозділів, якщо такими діями розв'язується виконання спільних чи взаємовигідних завдань. Проте за певних обставин взаємодія матиме прояв саме в спільних діях і лише в межах повноважень, наданих слідчому та оперативному співробітнику [3, с. 121].

Досліджуючи організацію взаємодії слідчих та оперативних працівників під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет, варто враховувати наявність двох управлінських рівнів такої організації: 1) на рівні діяльності служб і підрозділів; 2) на рівні розслідування конкретного кримінального провадження. Кожному із цих рівнів властиві свої форми організації взаємодії, та й суб'єкти – організатори взаємодії – не завжди збігаються.

На першому рівні – це насамперед підготовка й розподіл висококваліфікованих кадрів слідчих та оперативних працівників, здатних успішно виявляти, розслідувати кримінальні правопорушення в досліджуваній сфері, учинені з використанням різних способів, в умовах активної, у тому числі організованої, протидії з боку правопорушників і пов'язаних із ними осіб.

Під час розслідування в слідчого нерідко виникає необхідність ухвалювати рішення щодо пріоритетності виконання тих або інших слідчих (розшукових) дій при гострому дефіциті часу. На початковому етапі розслідування максимальну кількість даних слідчий одержує від оперативного працівника, що розробляв підозрюваного та викрив його. Для одержання цілісної картини, що сталася, і виконання повного, усебічного й об'єктивного розслідування слідчий, крім іншого, дізнається про особу правопорушника, вивчає його особистість, що необхідно для розкриття злочину, одержання доказів, висування обґрунтованих версій, обрання найбільш ефективної тактики слідства, надання в ході розслідування виховного впливу, виявлення конкретних причин та умов здійснення злочину [4, с. 200].

Під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет повинна бути безперервність взаємодії. Тобто з моменту одержання повідомлення про кримінальне правопорушення, що готується, вчинюється або вчинене, оперативний працівник погоджує свої дії зі слідчим, вони спільно вирішують питання доцільності й правомірності виконання тих або інших заходів. Слідчий використовує можливості оперативного підрозділу з початку своєї роботи з розслідування злочину й до закінчення досудового розслідування.

Поділяючи думку окремих учених, зазначимо, що серед форм взаємодії правоохоронних органів існують такі: погоджене планування діяльності щодо виявлення і припинення злочинів; спільне визначення тактики й методів проведення перевірки наявної інформації; погоджене використання сил і засобів взаємодіючих підрозділів при здійсненні оперативно-розшукових заходів, кримінально-процесуальної та іншої діяльності; спільне планування в справі слідчих дій та оперативно-розшукових заходів; виконання оперативним працівником доручень слідчого; взаємне інформування та спільне обговорення результатів слідчих, пошукових та оперативно-розшукових заходів; спільне обговорення питань про необхідність і момент порушення кримінальної справи, визначення напрямів розслідування; сприяння оперативного працівника слідчому при здійсненні останнім слідчих дій; спільна погоджена діяльність у складі слідчо-оперативної групи [8, с. 126].

Аналіз опитування працівників слідчих та оперативних підрозділів поліції дав змогу виділити серед процесуальних форм взаємодії під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет такі:

– виконання доручень слідчого про проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій – 86%;

– надання слідчому матеріалів, зібраних у ході оперативно-розшукової діяльності, для вирішення питання щодо внесення відомостей до ЄРДР – 75%;

– сприяння слідчому під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій – 59%;

– виконання оперативним підрозділом доручень слідчого щодо перевірки оперативно-розшуковим шляхом відомостей, що

мають значення для встановлення наявності чи відсутності підстав для внесення відомостей до ЄРДР за оперативними матеріалами, – 29%.

Специфічною ознакою досліджуваної категорії кримінальних проваджень є необхідність проведення низки негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-технічних заходів, пов'язаних з установленням правопорушника та його зв'язків, що полягають у спостереженні за об'єктом, прослуховуванні телефонних переговорів, огляді кореспонденції, знятті інформації з транспортних та електронних систем тощо.

Як зазначає Д.В. Безруков, використання такої інформації в процесі оперативних заходів або слідчих дій дає змогу не лише підвищити якість оперативно-розшукової діяльності та кримінального процесу, а й у багатьох випадках воно є єдиним способом досягнення мети кримінального провадження. Мережні інформаційні технології створюють передумови як для суттєвої зміни способів здійснення «традиційних» злочинів, так і для появи нових видів злочинної діяльності, які обумовлюють проведення звичайних і специфічних ОРЗ [1, с. 131].

Дослідження матеріалів кримінальних проваджень дало змогу встановити, що особи, які вчиняють шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет, ведуть постійний обмін інформацією зі своїми жертвами. В основному таке спілкування здійснюється через мережу Інтернет (78%). Крім того, для спілкування зі співучасниками, близькими особами й органами, які надають допомогу в реалізації умислу, застосовується здебільшого мобільний зв'язок (94%). Для зібрання інформації стосовно їхнього спілкування необхідно проводити низку негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-технічних заходів, пов'язаних з установленням правопорушника та його зв'язків, що полягають у спостереженні за об'єктом, прослуховуванні телефонних переговорів, огляді кореспонденції, знятті інформації з транспортних та електронних систем тощо.

Висновки

Підводячи підсумок, зазначимо, що взаємодія правоохоронних органів під час розслідування шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет є запорукою успішного виявлення винних осіб. Найбільш розповсюдженими формами взаємодії є виконання доручень слідчого про проведення слідчих (розшукових) дій і негласних слідчих (розшукових) дій, а також надання слідчому матеріалів, зібраних у ході оперативно-розшукової діяльності, для вирішення питання щодо внесення відомостей до ЄРДР. Встановлено, що особи, які вчиняють шахрайства при купівлі-продажу товарів через мережу Інтернет, ведуть постійний обмін інформацією зі своїми жертвами. В основному таке спілкування здійснюється через мережу Інтернет (78%). Крім того, для спілкування зі співучасниками, близькими особами й органами, які надають допомогу в реалізації умислу, застосовується здебільшого мобільний зв'язок (94%). Для зібрання інформації стосовно їхнього спілкування необхідно проводити низку негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-технічних заходів, пов'язаних з установленням правопорушника та його зв'язків, що полягають у спостереженні за об'єктом, прослуховуванні телефонних переговорів, огляді кореспонденції, знятті інформації з транспортних та електронних систем тощо.

Список використаних джерел:

1. Безруков Д.В. Використання оперативно-технічних засобів щодо протидії злочинам проти власності підрозділам карного розшуку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Донецький юридичний інститут МВС України. Кривий Ріг, 2015. 230 с.

2. Дубинский А.Я., Шостак Ю.І. Організація і діяльність слідчо-оперативної групи. Київ : КВШ МВС СРСР, 1981. 49 с.

3. Колесник В.А. Криміналістична тактика в забезпеченні діяльності оперативних та слідчих підрозділів СБ України з виявлення й розкриття злочинів : монографія. Київ : Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2011. Ч. 2. 378 с.

4. Криминалистика / под ред. Р.С. Белкина. Москва : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. 971 с.

5. Погорецький М.А., Хотенець В.М. Процесуальні і організаційно-тактичні форми взаємодії органів дізнання і досудового слідства. *Право і безпека*. Харків, 2002. № 1. С. 178–183.

6. Саінчин О.С. Криміналістичні умови розкриття умисних вбивств. *Правова держава*. Одеса : ОНУ, 2008. № 10. С. 267–273.

7. Справа № 591/2696/17. Архів Зарічного районного суду м. Суми, 2017 р.

8. Уголовный процесс : учебник / под ред. С.А. Колосовича, Н.А. Зайцевой. Москва : ИМЦ-ГУК МВД России, 2003.235 с.

9. Хитра А.Я., Кучер В.О. Взаємодія слідчого та органу дізнання при провадженні кримінальних справ : курс лекцій. Львів : Держ. ун-т внутрішніх справ, 2009. 100 с.

Serhii Chuchko. Features of the cooperation of law enforcement bodies when investigating fraud in the purchase and sale of goods over the Internet

The scientific article is devoted to the coverage of some aspects of the investigation of fraud in the sale of goods via the Internet. The essence of law enforcement interaction during the investigation of a certain category of criminally punishable acts is considered.

The author emphasizes that interaction is a necessary category for the successful implementation of any joint activity. Investigation of criminal offenses is no exception. After all, the effectiveness of the combination of forces and means of law enforcement agencies will ensure the fastest prosecution of those guilty of committing an illegal act. Investigation of fraud in the purchase and sale of goods via the Internet also requires the relevant law enforcement agencies to take joint action and take legal action.

The position of the authors is supported, who indicate that the studied category consists in the coordinated activities of investigative and operational units to ensure the successful detection and investigation of crimes carried out by each party within its competence by its own means and methods.

The analysis of the respondents' survey made it possible to distinguish among the procedural forms of interaction in the investigation of fraud in the sale of goods via the Internet the following: execution of the investigator's instructions to conduct investigative (investigative) actions and covert investigative (investigative) actions; providing the investigator with materials collected in the course of operational and investigative activities to resolve the issue of entering information into the Unified Register of Pre-trial Investigations; assistance to the investigator in carrying out certain investigative (search) actions; execution by the operative subdivision of the investigator's instructions on verification by operative-investigative means of information relevant for establishing the presence or absence of grounds for entering information into the Unified Register of pre-trial investigations on operative materials.

It is noted that a specific feature of the studied category of criminal proceedings is the need for a number of covert investigative (search) actions and operational and technical measures related to the establishment of the offender and his connections, consisting in monitoring the object, eavesdropping on telephone conversations, correspondence reviews, removal of information from transport and electronic systems, etc.

Key words: interaction, fraud, criminal offenses, investigations, investigative (search) actions, purchase and sale of goods via the Internet.

УДК 343.37(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.47

Аліна Юрченко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри оперативно-розшукової діяльності
Університету державної фіскальної служби України

Ігор Рачок,
здобувач вищої освіти магістерського рівня
Університету державної фіскальної служби України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ ВЧИНЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ЗЛОЧИНІВ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ

Стаття присвячена дослідженню проблематики встановлення факту вчинення економічних злочинів організованими групами. Актуальність статті зумовлена необхідністю наукового опрацювання питань кримінального процесуального, криміналістичного й оперативно-розшукового забезпечення процесу діяльності суб'єктів розкриття й розслідування злочинів, скоєних організованими групами та злочинними організаціями.

Діяльність правоохоронних органів відбувається на тлі складних економічних і суспільно-політичних процесів в Україні. Злочинність перетворилася на одну з основних причин соціальної напруженості в суспільстві. Кількісні зміни злочинності супроводжуються підвищенням ступеня криміналізації суспільства, консолідацією злочинних спільнот, інтеграцією загальнокримінальної та економічної злочинності, посиленням злочинної спеціалізації та іншими негативними обставинами.

З метою вирішення одного з найбільш пріоритетних завдань держави – захисту прав, свобод та інтересів особи шляхом приборкання кримінального насильства й організованої злочинності – виникає необхідність пошуку нових форм і методів розкриття й розслідування злочинів, створення нових теоретичних розробок у криміналістиці, кримінальному процесі, оперативно-розшуковій діяльності, здатних позитивно впливати на практику.

В Україні організована злочинність є одним із основних дестабілізуючих чинників суспільного розвитку суспільства. Її масштаби становлять реальну загрозу процесу становлення демократичної держави, успішного здійснення соціально-економічних та інших реформ, що проводяться в країні.

Автори в статті дослідили динаміку виявлення й реєстрацію тяжких та особливо тяжких злочинів, скоєних організованими групами та злочинними організаціями. Суб'єкти організованої злочинної діяльності маскують наслідки злочинної діяльності, здійснюють активну протидію діяльності з розкриття й розслідування злочинів. Таку протидію варто розглядати як реакцію кримінального середовища на діяльність держави щодо захисту життя, здоров'я і свобод громадян, інтересів суспільства й держави.

З огляду на особливості групової злочинної діяльності, суспільну небезпеку організованих груп і злочинних організацій, законспірований характер їхньої діяльності, правоохоронні органи змушені використовувати в боротьбі із цими явищами як гласні, так і негласні засоби й методи. У цьому разі першочергового значення набуває криміналістичне й оперативно-розшукове забезпечення діяльності суб'єктів розкриття та розслідування злочинів цієї категорії. Ця проблема, на наш погляд, повинна бути досліджена з позиції як криміналістики, кримінального процесу, так й оперативно-розшукової діяльності й кримінального процесу.

Ключові слова: злочин, суб'єкт злочину, оперативний працівник, потерпілий, оперативна інформація.

Постановка проблеми. Розкриття й розслідування економічних злочинів, які вчиняються організованими групами, починається з установлення самого факту вчинення злочину. У практиці правоохоронних органів, а також у спеціальній літературі під розкриттям злочину прийнято розуміти вирішення головних завдань досудового розслідування – встановлення події злочину й осіб, винних у його скоєнні.

У правовій науці єдиного поняття розкриття злочину немає, тому автори багатьох наукових робіт по-різному трактують це поняття в кримінальному процесуальному,

© А. Юрченко, І. Рачок, 2020

оперативно-розшуковому та криміналістичному аспектах [1, с. 321; 2, с. 6].

Проблеми розкриття й розслідування злочинів, скоєних організованими групами та злочинними організаціями, досліджувалися багатьма вітчизняними й зарубіжними вченими в галузі криміналістики, кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності. Найбільша увага цим питанням приділялася в працях Б.В. Волженкіна, Я.Л. Гілінського, В.О. Глушкова, А.І. Гурова, Н.О. Гуторової, А.І. Долгової, В.М. Дрьоміна, О.О. Дудорова, С.О. Єфремова, А.П. Закалюка, О.Г. Кальмана, Н.С. Карпова, О.В. Козаченка, В.П. Корж, Н.Ф. Кузнєцової, Д.Г. Кулика, Н.А. Лопашенко, О.М. Литвака, В.В. Лунєєва, І.В. Озерського, В.І. Осадчого, В.М. Поповича, Є.Л. Стрельцова, В.Я. Тація, О.В. Топільської, А.П. Тузова, В.О. Тулякова, В.Ф. Ущаповського, М.І. Хавронюка, В.І. Шульги, Н.П. Яблокова, А.М. Яковлєва, А.Н. Ярмиш та ін. Однак, з огляду на особливу суспільну небезпеку й поширеність злочинів, скоєних організованими групами та злочинними організаціями, варто визнати, що наукова й практична розробка цієї проблеми не завершена.

Метою статті є всебічне теоретичне вивчення основ установлення факту вчинення економічних злочинів організованими групами.

Виклад основного матеріалу. Основними початковими слідчими (розшуковими) діями при розслідуванні економічних злочинів, які вчиняються організованими групами, які є головним засобом інформації про вчинений злочин, є допит потерпілого або свідка й огляд місця події. У криміналістичній практиці допиту присвячено багато досліджень, тому ми зупинимося лише на питаннях, пов'язаних зі встановленням факту вчинення економічного злочину групою злочинців.

Як правило, показання потерпілого при групових злочинах є одним із основних джерел доказів і посідають самостійне місце в системі доказів. Вони мають багато спільних рис із показаннями свідків, однак не можуть ототожнюватися з ними або розглядатися як їх різновид. Від показань свідків показання потерпілого відрізняються за своїм суб'єктом, за процесуальною природою та за змістом. Ці свідчення даються особою, якій заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду і яка за своїм процесуальним становищем є учасником процесу. Потерпілий наділений правами, що забезпечують йому можливість домагатися задоволення своїх законних інтересів, порушених злочинцем.

Однак, на жаль, варто констатувати, що довіра потерпілих від злочинів до державних органів стрімко падає. Законодавча політика останніх років була не на боці потерпілого: концепція судової реформи, по суті, ледь згадала про жертву злочину; законодавчі новели, прийняті за останні 8 років, в основному спрямовані на зміцнення правового статусу обвинуваченого. Тому важливим фактором у розслідуванні злочину є правосвідомість потерпілого, його ставлення до злочину та злочинців. Від того, наскільки потерпілий хоче й готовий допомогти слідству, часто залежить повнота, достовірність і точність його показань. Слідчому та оперативному працівнику важливо враховувати ці фактори при встановленні факту вчинення групового злочину й проведення подальших слідчих (розшукових) та оперативно-розшукових дій.

Особливістю допиту потерпілого від злочину, який учинено організованою групою, є не лише встановлення самого факту злочину та кількості його учасників, а й конкретизація дій кожного з них. При допиті потерпілого варто з'ясувати кількість осіб, які брали участь у скоєнні групового злочину; хто з групи керував діями співучасників на місці скоєння злочину й у чому полягало це керівництво; конкретні дії кожного з них; прикмети злочинців, як вони називали один одного, чи вживали прізвиська, жаргонні слова, вирази; зміст розмови, що відбулася між ним і злочинцями; чи не було на місці події інших осіб, які не брали участі в скоєнні злочину, але спостерігали за ним збоку; чи володіють злочинці інформацією про спосіб життя, зв'язки, матеріальну забезпеченість потерпілого, і хто, на його думку, міг їх інформувати про це. Залежно від обставин у кожному конкретному випадку слідчий повинен з'ясовувати події, що передували злочину; спосіб життя й соціальне становище потерпілого та його близьких тощо.

Тактика допиту потерпілих у групових справах повинна враховувати психологію потерпілих. Загальним для психології всіх типів потерпілих є об'єктивна можливість давати показання, що відображають дійсний хід злочину та характеризують особистість злочинців. При цьому на об'єктивність показань впливають дві групи чинників: зовнішня ситуація, пов'язана з особливостями сприйняття потерпілим злочинних подій; суб'єктивні чинники, зумовлені особливостями його особистості й пережитим ним становищем.

На психологію потерпілого та його поведінку на досудовому розслідуванні впливають факт заподіяння йому або його близьким

моральної, фізичної або майнової шкоди; роль самого потерпілого в скоєнні злочину, характеристика його особистості, інтереси, які він переслідує на досудовому розслідуванні; ступінь знайомства зі злочинцями та його ставлення до них; зв'язки й оточення самого потерпілого.

У практиці розслідування злочинів, скоєних організованими групами, зустрічаються випадки, коли потерпілі самі намагаються приховати від органів дізнання та слідства факт скоєння злочину.

М.К. Камінський звернув увагу на те, що приховування злочину з боку потерпілого можна очікувати в трьох випадках: коли злочин має ганебний характер, що свідчить, наприклад, про такі якості потерпілого, як жадібність, нечесність, боягузтво тощо; коли розкриття злочину загрожує кримінальною відповідальністю самому потерпілому; з метою зведення потерпілим серед злочинців-рецидивістів особистих рахунків або охорони групових інтересів осіб цієї категорії [3, с. 94]. Ці обставини необхідно враховувати при встановленні факту вчинення групового злочину. Розкриття групових злочинів значною мірою залежить від здатності оперативних співробітників спонукати потерпілих до дачі правдивих показань. Тут, на наш погляд, необхідно передусім розглянути проблему психологічної підготовки оперативних співробітників, які використовують різні методи спонукання потерпілих до дачі правдивих показань. При цьому варто мати на увазі, що психологічна підготовка включає не тільки формування певних особистих якостей, а й професійну підготовку, яка визначає високий ступінь знань і вмінь оперативного працівника.

Говорячи про психологічну підготовку оперативного працівника, доцільно виділити таке:

– товариськість, уміння й бажання спілкуватися з людьми;

– спостережливість, що дає змогу відзначити навіть найменше відхилення й реакції в тоні, міміці, жестикуляції опитуваної особи;

– психологічна стійкість ф впевненість у своїх силах, уміння протистояти протидії й незацікавленості потерпілого в дачі показань.

Така якість, як психологічна впевненість оперативного працівника, багато в чому визначається його професійною кваліфікацією. У зв'язку з цим на перший план висуваються знання:

– класифікації психологічних типів особистості й уміння використовувати ці знання при спілкуванні з людьми;

– широкого кола проблем, інтересів, захоплень різних соціальних груп населення та вміння використовувати ці знання в процесі встановлення психологічних контактів;

– основ загальної та оперативно-розшукової психології, уміння застосовувати ці знання для подолання психологічних бар'єрів у опитуваних потерпілих, схиляння їх до повідомлення інформації, що становить інтерес [4, с. 95–112].

Сукупність зазначених знань і вмінь у поєднанні з вихованням і виробленням необхідних особистісних якостей створюють необхідні передумови для успішного досягнення оперативно-тактичної мети – спонукання потерпілих від злочинів до дачі правдивих показань.

Крім цього, досягнення зазначеної мети залежить від таких обставин:

– особливості особистості потерпілого – його зацікавленості в дачі показань, можливість і мотиви протидії оперативному працівнику, бажання зберегти в таємниці від оточуючих факт злочину;

– обраний спосіб отримання показань – метод переконання, здійснення в рамках режиму законності психологічного тиску на потерпілого тощо.

Практична діяльність як оперативних працівників, так і слідчих свідчить про те, що встановлення, зокрема, факту вчинення групових злочинів багато в чому залежить від позиції потерпілих, від уміння співробітників правоохоронних органів спонукати потерпілих до подачі заяви про вчинений злочин і дачі правдивих показань. При цьому слідчі та оперативні працівники повинні мати відповідну психологічну підготовку, ураховувати психологічний стан і мотивацію поведінки потерпілого, тактично правильно сформувавши його тверду позицію на дачу правдивих показань.

Крім допиту потерпілих і свідків, інформацію про вчинений груповий злочин можна отримати при огляді місця події. Кваліфікований огляд за участю фахівця може допомогти встановити додаткові відомості про вчинений злочин і його учасників.

Загальні завдання, що стоять перед оглядом місця події, – це з'ясування обставин випадку, виявлення й збору доказів, закріплення та дослідження слідів, збір пошукової експрес-інформації з метою якнайшвидшого встановлення особи злочинця. Важливо передусім своєчасно й обґрунтовано висунути версію про вчинення розслідуваного злочину саме групою осіб. Інформація, яка свідчить про це, може бути отримана в ході огляду місця події та в результаті подаль-

ших експертних досліджень вилучених при огляді речових доказів.

Ретельне вивчення всієї сукупності ознак, які виявлені під час огляду місця події та вказують на вчинення злочину групою осіб, забезпечує отримання досить обґрунтованих висновків про кількість учасників. Однак і відсутність таких ознак у принципі не відкидає групового злочину. Деякі з членів організованої групи можуть безпосередньо не брати участі в його скоєнні, а виконувати інші ролі.

Значну роль у встановленні факту вчинення економічних злочинів організованими групами відіграє оперативна інформація, що отримується в ході проведення оперативними працівниками оперативно-розшукових заходів. Як правило, оперативна інформація містить відомості не лише про факти групових злочинів та осіб, які їх учинили, а й про потерпілих, свідків і всіх тих, хто причетний до скоєння злочину. При цьому можуть існувати дві ситуації. В одному випадку про вчинення злочину організованою групою стає відомо до моменту внесення відомостей до ЄРДР, а в іншому – оперативна інформація надходить під час досудового розслідування в результаті здійснення оперативно-розшукових заходів.

Зазначені ситуації пов'язані з особливостями використання оперативної інформації при розслідуванні злочинів. Результати оперативно-розшукової діяльності можуть бути використані для підготовки та здійснення слідчих (розшукових) дій, можуть слугувати приводом і підставою для внесення відомостей до ЄРДР, а також використовуватися в доказуванні по кримінальних провадженнях відповідно до положень кримінального процесуального законодавства України, яке регламентує збір, перевірку та оцінку доказів. Разом із тим необхідно відзначити, що оперативно-розшукова робота при вивченні й документуванні організованої злочинної діяльності повинна бути не лише тактичною, а й стратегічною та аналітичною [5, с. 46]. У цій розвідувальній роботі оперативні працівники повинні не тільки тактично правильно застосовувати різні оперативно-розшукові заходи, а й вирішувати стратегічні розвідувальні завдання:

– визначати майстерно замасковані та приховані ознаки організованої злочинної діяльності;

– розпізнавати спрямованість діяльності досліджуваної організованої групи;

– розбиратися в її структурі, чисельності;

– установлювати тих її учасників, яких можна використовувати як конфідентів;

– прогнозувати можливі злочинні акції з метою запобігання їм і припинення їх;

– виявляти такі дані про досліджувану організовану групу, які сприяли б не лише викриттю та покаранню її активних членів, а й повному припиненню її кримінальної діяльності.

Оперативні працівники в процесі тривалої розробки діяльності організованої групи повинні продумати систему накопичення розвідувальної інформації, уміти вибрати момент для своєчасної передачі слідчим тієї частини зібраної розшукової інформації, яка може бути реалізована слідчим шляхом. Це дасть змогу своєчасно розпочати розслідування на основі порівняно свіжої інформації, створити слідчо-оперативну групу, окреслити конкретний план розслідування.

У правильному виборі зазначеного моменту оперативним працівникам може допомогти спільна слідча та оперативна оцінка зібраної розшукової інформації. У зв'язку з цим оперативним працівникам у ході розробки діяльності організованих груп доцільно підтримувати постійний зв'язок зі слідчими або прокурорами, які здійснюють нагляд за оперативно-розшуковою діяльністю.

Варто особливо відзначити, що передача частини оперативно-розшукової інформації слідчим органам не повинна припиняти розвідувальну роботу або знижувати її темпи. Цей збір повинен тривати до кінця слідства, а іноді збір інформації доцільно продовжувати й у ході досудового розслідування (особливо коли організована група ще продовжує функціонувати). Відомості про організовані групи повинні накопичуватися постійно, щоб свого часу вони могли бути затребувані в процесі розслідування.

Практична цінність і важливість зазначеної розвідувальної роботи й можливість її використання багато в чому залежать від якості документування проведеної оперативно-розшукової роботи. Однак тривалий час у юридичній літературі ведуться дискусії з приводу того, чи варто визнавати фактичні дані, отримані оперативно-розшуковим шляхом, доказами й за яких умов. Одні автори взагалі заперечують таку можливість. Так, за твердженням Л.М. Корнєєвої, відомості, отримані з оперативного джерела, стають доказами, якщо вони будуть підтверджені процесуальним шляхом – допитами, оглядом, обшуком, тобто отримані з визначеного законом джерела [6, с. 146]. Цей висновок конкретизує В.Л. Дорохов: «Предмети й документи, виявлені оперативним шляхом, можуть розглядатися як докази лише остільки, оскільки після їх юридичного виявлення здійснено їх

процесуальний збір, у ході якого до них був повністю застосований режим, що визначає допустимість речових і письмових доказів» [7, с. 233]. Підтримуючи висловлену точку зору, на наш погляд, варто зазначити, що процесуального збору фактичних даних не відбувається й у цьому немає необхідності. У цьому разі змісту надають певної форми – фактичним даним, отриманим оперативно-розшуковим шляхом, надають процесуальної форми.

Однак оперативно-розшукова інформація залишається змістом оперативних джерел, які в кримінальному провадженні не фігурують. Це не означає, що наданням змісту форми ігнорується перевірка її достовірності та оцінки. Навпаки, у результаті таких дій оперативно-розшукова інформація набуває нової якості, а процесуальний порядок її оформлення створює гарантії достовірності й об'єктивності. Як зазначає С.С. Овчинський, «вона при першій-ліпшій нагоді підтвердження виконує свою найважливішу функцію – указує на факти, які повинні стати доказами, на їх джерела та раціональні тактичні прийоми отримання судових доказів» [8, с. 32].

Співвідношення фактичних даних із доказами може, на нашу думку, розумітися однозначно: набуваючи форми, передбаченої для відповідних випадків загальноправовою процесуальною формою, вони стають доказами, тобто фактичні дані є базою для отримання доказів. Разом із тим не всі фактичні дані стають доказами, вони можуть не відповідати вимогам, що пред'являються законом до останніх. Крім того, «прийоми та засоби виявлення доказів повинні задовольняти загальним вимогам, обумовленим спільністю процесів виявлення доказів. Ці загальні вимоги належать до змісту, умов застосування прийомів, засобів, правил поводження з доказами, забезпечення достовірності одержуваних при їх застосуванні результатів. До таких загальних вимог належить також і єдність правових підстав застосування прийомів і засобів виявлення доказів, тобто наявність загальної для них системи встановлених законом і підзаконними актами принципів і правил, що визначають умови допустимості, характер і зміст, цілі й порядок застосування цих засобів і прийомів особою, яка бере участь у процесі виявлення доказів» [9, с. 51].

Водночас фактичні дані й докази – це результати одного процесу пізнання, пізнання такого явища матеріального світу, як злочин. Якщо злочин скоєно, він уже існує в матеріальному світі й об'єктивно може бути пізнаний. Предмети, учасники, очевидці події, виступаючи носіями його відображень, стають потенційно готовими до того, щоб у рамках процесу пізнання виступати як джерела відображення оригіналу. Однак якщо пізнання в широкому сенсі слова є отриманням будь-яких знань про ті чи інші предмети і явища, то доказування полягає в обґрунтуванні встановлених положень, у створенні, іншими словами, умов для пізнання тих обставин іншими особами. Доказування є завжди комунікативним, тобто воно забезпечує перехід знань від однієї особи до іншої, звернене до третіх осіб, тоді як пізнання може замкнутися на суб'єкті пізнання [10, с. 22].

Висновки

З вищевикладеного матеріалу ми можемо стверджувати, що отримання фактичних даних оперативно-розшуковими апаратами й доказування в ході досудового розслідування – це процеси пізнання, спрямовані на пізнання одного явища – злочину, і мета в них одна – досягнення істини. Необхідно пам'ятати що, як правильно зазначив В.П. Ілларіонов, «боротьба зі злочинністю з використанням сил, засобів і методів ОРД в сучасних умовах усе більше набуває характеру протиборства двох сторін, у якому вирішальне значення нерідко мають дії конкретних особистостей».

Загалом для встановлення факту вчинення економічного злочину організованою групою слідчий повинен використовувати всі можливі джерела отримання інформації про це діяння, здійснювати аналіз вихідних даних, що дасть змогу правильно оцінити наявну слідчу ситуацію, визначити завдання розслідування, висунути версії. Своєчасне висунення версій про вчинення економічного злочину організованою групою дає можливість цілеспрямовано вести розшук злочинців, визначити коло підозрюваних осіб, обрати правильний напрям у розкритті й розслідуванні злочину.

Список використаних джерел:

1. Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории – к практике. Москва : Юрид, лит., 1988. 304 с.

2. Робозеров В.Я. Раскрытие преступлений, совершенных в условиях неочевидности. Ленинград, 1990. 436 с.

3. Криминалистика. Москва : Академия МВД РФ, 1995. Т. 1. 657 с.

4. Иванов С.Н. Вымогательство: оперативно-розыскное и криминалистическое обеспечение процесса расследования : монография. Ижевск : Детектив-информ, 1998. 259 с.

5. Яблоков Н.П. Общеметодические проблемы оперативно-розыскной деятельности в

борьбе с организованной преступностью. *Серия «Право»*. Москва, 1996. № 2. С. 45–53.

6. Корнеева Л.М. Советский уголовный процесс. Москва, 1982. 547 с.

7. Теория доказательств в советском уголовном процессе / В.Я. Дорохов, Р.С. Белкин, А.И. Винберг, Л.М. Карнеева ; редкол. : Н.В. Жогин (отв. ред.), Г.М. Миньковский, А.Р. Ратинов, В.Г. Танасевич, А.А. Эйсман. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Юрид. лит., 1973. 736 с.

8. Овчинский С.С. Оперативно-розыскная информация. *Проблемы теории и практики*. Москва, 1989. С. 30–46.

9. Белкин Р.С. Курс советской криминалистики: Общая теория советской криминалистики : пособие для преподавателей, адъюнктов, соискателей и слушателей учебных заведений МВД СССР. Москва : Изд-во Акад. МВД СССР, 1977. Т. 1. 340 с.

10. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. Москва, 1969. 178 с.

Alina Yurchenko, Ihor Rachok. Problem issues of establishing the fact of committing economic crimes by organized groups

The article is devoted to the study of the problem of establishing the fact of committing economic crimes by organized groups.

The relevance of this article is due to the need for scientific study of issues of criminal procedural, forensic and operational-investigative support of the process of activity of the subjects of detection and investigation of crimes committed by organized groups and criminal organizations.

The activity of law enforcement agencies takes place against the background of complex economic and socio-political processes in Ukraine. Crime has become one of the main causes of social tension in society. Quantitative changes in crime are accompanied by an increase in the degree of criminalization of society, the consolidation of criminal communities, the integration of criminal and economic crime, increased criminal specialization and other negative circumstances.

In order to solve one of the highest priorities of the state – protection of human rights, freedoms and interests by curbing criminal violence and organized crime – there is a need to find new forms and methods of crime detection and investigation, creation of new theoretical developments in criminology, criminal procedure, operational and investigative activities that can positively influence the practice.

In Ukraine, organized crime is one of the main destabilizing factors in the social development of society. Its scale poses a real threat to the process of becoming a democratic state, the successful implementation of socio-economic and other reforms underway in the country.

The authors of the article investigated the dynamics of detection and registration of serious and especially serious crimes committed by organized groups and criminal organizations. The subjects of organized criminal activity disguise the consequences of criminal activity, carry out active counteraction to the activity of detection and investigation of crimes. Such opposition should be considered as a reaction of the criminal environment to the activities of the state to protect the life, health and freedoms of citizens, the interests of society and the state.

Given the peculiarities of group criminal activity, the social danger of organized groups and criminal organizations, the secretive nature of their activities, law enforcement agencies are forced to use in combating these phenomena, both public and covert means and methods. In this case, forensic and operative-search support of the activity of the subjects of detection and investigation of crimes of this category becomes of paramount importance. This problem, in our opinion, should be investigated from the standpoint of criminology, criminal procedure, and operational and investigative activities and criminal process.

Key words: crime, subject of the crime, operative, victim, operative information.

УДК 342.56
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.48

Назар Гданський,
викладач
ЗВО «Львівський університет бізнесу та права»

ЗМІЦНЕННЯ АВТОРИТЕТУ СУДОВОЇ ВЛАДИ УКРАЇНИ У СВІТЛІ РОЗВИТКУ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА ТА ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

У статті наголошено, що події останніх років свідчать про незавершеність процесів судової реформи в Україні. Очікуваного зростання довіри до судової влади не відбулось, що негативно позначилось на її авторитеті серед населення та міжнародних партнерів України. Пошук шляхів зміцнення авторитету судової влади є одним з важливих завдань на шляху встановлення верховенства права і забезпечення суворого дотримання права на справедливий суд, що є умовою європейської інтеграції України.

Мета статті – встановити чинники зміцнення авторитету судової влади України у світлі розвитку громадянського суспільства та євроінтеграційних процесів.

Акцентовано на тому, що у період 2004-2013 рр. спостерігалась суттєва активізація процесів розбудови громадянського суспільства. Остаточний відхід від пострадянських догм та зміцнення у народі демократичних, націоцентричних переконань, свідоме прагнення більшості до активного впливу на політичні процеси і сприяння всебічному розвитку держави на засадах сталості позначили незворотні зміни в державі. На цьому фоні визначальним чинником формування концептуального забезпечення та стратегічних орієнтирів зміцнення авторитету судової влади стали євроінтеграційні прагнення України.

Окреслено авторське бачення авторитету судової влади як такого, що складається з формального і неформального авторитету і має визначальний вплив на вирішення правових спорів, а також опосередковано – на поведінку і переконання людей. Підкреслено, що, незважаючи на численні спроби зміцнення авторитету судової влади, нині практично не ведеться моніторинг його рівня, що не дозволяє встановити ефективність відповідних заходів та розробити дієву стратегію за цим напрямом на майбутнє. Доведено, що формальний авторитет судової влади може бути частково оцінений за результатами незалежних іноземних досліджень стану організаційно-правового забезпечення діяльності судової влади та здійснення правосуддя в Україні, натомість уявлення про рівень неформального авторитету судової влади можливо скласти на підставі незалежних досліджень інститутів громадянського суспільства.

За результатами опрацювання наявних даних звітів міжнародних організацій, зокрема ЄСПЛ, окреслено основні чинники зміцнення авторитету судової влади України у світлі розвитку громадянського суспільства та євроінтеграційних процесів.

Ключові слова: судова влада, авторитет судової влади, формальний та неформальний авторитет, зміцнення авторитету судової влади, громадянське суспільство, євроінтеграція.

Постановка проблеми. Події останніх років свідчать про незавершеність процесів судової реформи в Україні. Очікуваного зростання довіри до судової влади не відбулось, що негативно позначилось на її авторитеті серед населення та міжнародних партнерів України. Пошук шляхів зміцнення авторитету судової влади є одним з важливих завдань на шляху встановлення верховенства права і забезпечення суворого дотримання права на справедливий суд, що є умовою європейської інтеграції України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Термін «авторитет судової влади» фігурує у значній кількості правових актів протягом усієї історії Незалежної України. Зміст цього поняття відрізняється у вітчизняних та англомовних джерелах у зв'язку з відмінністю тлумачення терміна «авторитет». Авторитет судової влади вченими визнається однією з її ознак, також простежуються сталі зв'язки з іншими ознаками, зокрема незалежністю. Так, приміром, М. Суховій, аналізуючи особливості та ознаки інституту судової влади, наголошує: «Оскільки судова

© Н. Гданський, 2020

влада – це специфічна незалежна гілка державної влади, її правильне з'ясування неможливо без звернення до філософського розуміння влади. Більшість дослідників відзначають зв'язок влади з авторитетом, з можливістю змусити людей коритися чужій волі». Однак надалі дотримується позиції щодо того, що у розпорядженні судової влади немає таких силових механізмів, які є в руках виконавчої влади, а її авторитет і сила базуються на незалежності її органів від інших органів державної влади, ґрунтуються на повазі суду усіма громадянами, державними органами та їх посадовими особами, незаперечності судових рішень [1]. У цьому контексті слід звернути увагу на твердження В. М. Хіміча про те, що кожен суддя з метою підвищення авторитету судової влади та її незалежності повинен користуватися наданими законодавством України правами та негайно класти край будь-яким проявам неповаги до суду [2, с. 120]. Слід наголосити також, що Н. І. Крючко обґрунтовано відносить авторитет до ознак судової влади [3]. Разом із тим у цих та інших дослідженнях, присвячених питанню авторитету судової влади, практично не здійснюється спроб виявлення чинників, що впливають на його зміцнення в умовах розбудови громадянського суспільства.

Мета статті – встановити чинники зміцнення авторитету судової влади України у світлі розвитку громадянського суспільства та євроінтеграційних процесів.

Виклад основного матеріалу. Традиційним словниковим визначенням поняття «авторитет» є «загальновизнаний вплив, що його роблять на переконання й поведінку людей певні особа, організація, вчення завдяки притаманним або приписуваним їм особливостям і заслугам» або «особа, що користується загальним визнанням, впливом» [4]. Водночас слід відзначити, що судова влада не є особою або організацією. Однак судова влада має цілком конкретні особливості, закріплені Конституцією України та Законом, і має визначальний вплив на вирішення правових спорів, а також опосередковано – на поведінку і переконання людей. Пропоноване розуміння авторитету судової влади дозволяє досить чітко відмежувати це поняття від довіри до судової влади, адже довіра є певним завершеним станом формування переконань у суспільстві, що до того ж може не мати жодного або мати обмежений вплив на поведінку осіб.

Щодо структури авторитету судової влади відзначимо методологічну позицію Центру суддівських студій, експерти котрого у Звіті з моніторингу стану незалежності суддів виходили з того, що авторитет має два складники: перший – формальний, пов'язаний із суспільним впливом відповідно до свого статусу, другий (неформальний) пов'язаний із безумовним визнанням суспільством ідеально представленої значимості певної людини або інституції [5].

Встановлення чинників зміцнення авторитету судової влади вимагає окреслення загальних політико-правових умов, у яких відбувається цей процес. Становлення та розвиток України як незалежної демократичної держави історично супроводжувалось пошуком методологічних орієнтирів, які дали б змогу чітко вибрати найбільш результативну політико-правову стратегію. Складним був не так вибір, як неможливість послідовно йти вибраним шляхом європейської та євроатлантичної інтеграції у зв'язку зі стрімкими політичними та затяжними економічними кризами. І протягом цих років не вщухали суперечки щодо судової реформи – її змісту, цілей та очікуваних наслідків.

У період 2004-2013 рр. спостерігалася суттєва активізація процесів розбудови громадянського суспільства. Остаточний відхід від пострадянських догм та зміцнення у народі демократичних, націоцентричних переконань, свідоме прагнення більшості до активного впливу на політичні процеси і сприяння усесторонньому розвитку держави на засадах сталості позначили незворотні зміни в державі. У фундаментальній праці, присвяченій проблематиці становлення громадянського суспільства в Україні, В. Степаненко акцентує на тому, що ключовим аспектом сучасного розвитку громадянського суспільства є актуалізація не лише масового протестного активізму, але й проблематики цінностей толерантності, справедливості та доброчесності, які не були повністю актуалізовані у посткомуністичному контексті. Науковець підкреслює, що сучасний дискурс громадянського суспільства розвивається, поєднуючись із дискурсом доброчесного та справедливого суспільства [6, с. 388–389].

На цьому тлі визначальним чинником формування концептуального забезпечення та стратегічних орієнтирів зміцнення авторитету судової влади стали євроінтеграційні прагнення України. Як слушно зауважив Р. Л. Сопільник, «судова влада є гарантом демократичного функціонування інституцій на національному і міжнародному рівнях. Тому не дивно, що упродовж останніх десятиліть у демократичних суспільствах висуваються усе зростаючі вимоги до судових систем. У цьому контексті виникають

проблемні питання парадигмального характеру. Адже входження України в загальноєвропейські структури потребує вирішення низки питань, які неможливо розв'язати, не звертаючись до складових євроінтеграційної парадигми» [7, с. 16].

Результатом розбудови громадянського суспільства та прийняття євроінтеграційної парадигми розвитку стало посилення уваги громадськості і міжнародних організацій до якості захисту прав людини в Україні та ефективності діяльності судової влади. Після Революції гідності особливої інтенсивності набула судова реформа.

Як засвідчує аналіз нормативних та наукових джерел [8], що стосуються судової реформи 2016–2017 років, її завданням було не лише приведення національного законодавства у сфері судоустрою у відповідність до європейських стандартів, як це було передбачено Угодою про асоціацію, але й зміцнення формального та неформального авторитету судової влади, що суттєво похитнувся за часів попереднього політичного режиму.

Слід наголосити, що, незважаючи на численні спроби зміцнення авторитету судової влади, нині практично не ведеться моніторинг його рівня, що не дозволяє встановити ефективність відповідних заходів та розробити дієву стратегію за цим напрямом на майбутнє. Однак наведені вище міркування дозволяють виявити методологічно коректні джерела, за допомогою яких можливо оцінити сучасний рівень авторитету судової влади. Так, формальний авторитет судової влади може бути частково оцінений за результатами незалежних іноземних досліджень стану організаційно-правового забезпечення діяльності судової влади та здійснення правосуддя в Україні. Уявлення про рівень неформального авторитету судової влади можливо скласти на підставі незалежних досліджень інститутів громадянського суспільства. У публікації від 2016 року Б. Санин вказав на низку чинників, що негативно впливають на авторитет судової влади, зокрема: довготривалість розгляду справи та виготовлення рішення; несталість судової практики; відсутність дієвих органів суддівського самоврядування; низькі заробітні плати та зменшення соціальних гарантій суддів та працівників апарату; тривале затягування з реалізацією проекту «електронний суд»; довготривале невиконання судового рішення державною виконавчою службою та ін. [9]. Вказані проблеми є широко відомими юридичній спільноті, вони впливали на авторитет судової влади протягом тривалого часу, а їх джерело часто шукали у відсутності політичної волі до змін [10]. Отже, варто розглянути докладніше, які зміни відбулись у сфері організаційно-правового забезпечення судової реформи, що могли би посприяти усуненню чинників підриву формального авторитету судової влади.

Як випливає з результатів дослідження європейських судових систем, викладених у звіті Європейської комісії з питань ефективності правосуддя [11], за результатами судової реформи, проведеної у 2016 р., вдалось зменшити деякі чинники, що знижували рівень авторитету. Насамперед це стосується заробітної плати суддів та матеріально-технічного забезпечення судів: «У рамках судової реформи Україна інвестувала значні кошти в судову систему, збільшуючи зарплату суддів та працівників суду, покращуючи умови доступності для користувачів судів, оснащуючи суди системами відеоконференцій та відновлюючи будівлі судів» [11, с. 26].

Принагідно звернемо увагу на те, що, роз'яснюючи суттєвий розрив між заробітною платою судді на початку кар'єри та судді Верховного суду, який склав 327 %, українська сторона вказала на те, що «надзвичайні розбіжності спричинені судовою реформою» [11, с. 69]. Чи сприяє таке пояснення посиленню авторитету судової влади? Вочевидь, ні, адже якщо вітчизняні юристи обізнані з передісторією становлення та змістом фінансових гарантій незалежності судді, то наведена аргументація у стороннього іноземного спостерігача утворить образ судової реформи заради реформи чи, що гірше, заради галопуючого збільшення розмірів заробітної плати суддівської еліти.

Разом зі тим, як відзначається у звіті Комісії, у постреформенний період відбулось значне скорочення чисельності суддів [11, с. 48], що закономірно призвело до росту середньої тривалості розгляду кримінальної справи, який склав 271 день у 2018 р. (на 176 днів більше, ніж у 2010 році, та на 105 днів більше, ніж у 2016 році) [11, с. 129].

Одним з найвідоміших міжнародних показників, який широко використовується в усьому світі для оцінки ефективності діяльності органів державної влади та проведених реформ, є Індекс глобальної конкурентоспроможності. Важливість та об'єктивність рейтингу, що складається на його основі, було визнано в Україні на найвищому рівні, адже під час формування Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» одним із стратегічних індикаторів реалізації Стратегії визнано входження України до 40 кращих держав за цим рейтингом [12].

У цьому індексі насамперед оцінюється інституційний складник, що входить до групи показників під загальною назвою

«Enabling Environment» – сприятливість середовища. Показник інституційного складника в Україні традиційно тримається на вкрай низькому рівні – 48, і за цим показником Україна посідає у рейтингу 104 позицію. Цей показник містить 26 субпоказників, об'єднаних у 8 груп. Окремі із субпоказників прямо чи опосередковано стосуються авторитету судової влади. Звернемо увагу на окремі з них за даними 2019 року [13] та для порівняння візьмемо дані 2012–2013 рр. [14], що дозволить одержати об'єктивну характеристику динаміки рівня авторитету судової влади крізь призму реформ, що відбулися за цей період.

За показником незалежності судової влади Україна у 2019 р. перебувала на 105 позиції у рейтингу (3,0 бали), тоді як за попередній період цей показник склав 2,5 бали, а місце у рейтингу було 124. Зросли за аналізований період показники ефективності законодавчої бази у врегулюванні суперечок та в оспорюванні актів державних органів. Знизився показник рівня корупції, за яким Україна перемістилась зі 133 на 104 місце. Незважаючи на позитивні зміни, їх динаміка є украй низькою, що негативно позначається на рівні авторитету державної влади загалом та судової влади зокрема. Недостатню швидкість змін можливо пояснити цілком об'єктивними факторами, що теж знайшли відображення у звіті: за показником «Реакція уряду на зміни» Україна перебуває на 98 місці, «Довгострокове бачення уряду» – 104 місце, «Забезпечення урядом стабільності політики» – 115.

Одним з ключових джерел, з якого можливо почерпнути досить повну та об'єктивну інформацію щодо рівня авторитету судової влади, є рішення ЄСПЛ. Слід відзначити, що навіть існування на розгляді справ проти України є вкрай тривожним сигналом. Як слушно зауважив Голова Комітету з міжнародного права НААУ В. Власюк, велику кількість скарг проти України в ЄСПЛ слід пов'язувати як із якістю закону, так і з практикою в діяльності органів влади, особливо судів і правоохоронних [15].

Як свідчать дані офіційної статистики Європейського суду з прав людини [16], у 2019 р. на розгляді у ЄСПЛ перебувало 8 827 скарг проти України, що склало 15 % від загальної кількості справ. Якщо поглянути на правову статистику щодо статей Конвенції, за якими було прийнято рішення про їх порушення, то у 2019 р. найбільша кількість порушень стосувалась права на свободу та безпеку – 54. Однак слід звернути увагу, що за окремими частинами статті 6 «Право на справедливий суд» таких рішень було 22 (безпосередньо право на справедливий суд), 35 (тривалість судового розгляду) і невиконання судового рішення (1). У ширшій часовій перспективі – за даними 1959–2019 рр. – теж виявляється, що Україна перебуває на лідируючих позиціях за кількістю визнаних порушень права на справедливий суд. Значна кількість скарг до ЄСПЛ проти України чітко демонструє незадовільний рівень авторитету вітчизняної судової влади.

Неформальний авторитет судової влади найчастіше стає предметом досліджень організацій громадянського суспільства. У цьому контексті слід зауважити важливу закономірність щодо наявності міцної інституційної підтримки громадянських ініціатив у країнах Європи та Сполучених штатах Америки. Нові та об'єктивні результати глибоких досліджень організації, функціонування та реформ у сфері судочинства та судоустрою України досить часто одержуються за підтримки іноземних грантодавців, котрі мають на меті розбудову глобальної демократії та підтримку ініціатив, спрямованих на забезпечення сталого розвитку.

Висновки

За результатами проведеного дослідження встановлено, що основними чинниками зміцнення авторитету судової влади на нинішньому етапі є:

– послідовне та своєчасне усунення ключових проблемних моментів у законодавстві та судовій практиці, що зумовлюють надходження до ЄСПЛ скарг проти України;

– формування чіткої та прозорої стратегії судової реформи з широким висвітленням її основних етапів та здобутків серед громадян;

– забезпечення стабільного функціонування органів судової влади, достатнього матеріально-технічного і кадрового забезпечення для можливості повноцінного та ефективного функціонування судів;

– послідовна реалізація комунікаційної стратегії судової влади та взаємодія з інститутами громадянського суспільства для пошуку оптимальних шляхів зміцнення авторитету судової влади, суду та правосуддя;

– запровадження системи моніторингу рівня авторитету судової влади;

– невідкладне реагування з боку Вищої ради правосуддя на загрози, пов'язані з підривом авторитету судової влади, широке висвітлення процесу усунення таких загроз у ЗМІ та соціальних мережах;

– запровадження консультацій між органами судової влади і системи правосуддя та інститутами громадянського суспільства

з питань зміцнення авторитету судової влади у світлі євроінтеграційних процесів в Україні.

Перспективою подальших досліджень є встановлення ролі інститутів громадянського суспільства у зміцненні неформального авторитету судової влади.

Список використаних джерел:

1. Суховій М. Особливості та ознаки інституту судової влади: дискусійні аспекти визначення. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2012. Вип. 8. С. 167-172.

2. Хіміч В. М. Незалежність суддів та організаційні засади забезпечення їх діяльності. *Судова апеляція*. 2009. № 1(14). С. 118-123.

3. Крючко Н. І. Ознаки судової влади : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Харків, 2019. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kruchko/d_Kruchko.pdf (дата звернення: 12.06.2019).

4. Авторитет. Словник іншомовних слів Мельничука. URL: https://slovnyk.me/dict/foreign_melnychuk/%D0%B0%D0%B2%D1%82%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%82 (дата звернення: 22.03.2019).

5. Звіт у рамках моніторингу стану незалежності суддів за результатами опитування суддів-делегатів XII позачергового з'їзду суддів України 19-20 червня 2014 року. URL: http://www.judges.org.ua/Mon.htm (дата звернення: 12.06.2019).

6. Степаненко В.П. Громадянське суспільство: дискурси і практики. Київ: Ін-т соціології НАН України, 2015. 420 с.

7. Сопільник Р. Л. Судочинство крізь призму євроінтеграційної парадигми. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2013. Вип. 11. С. 16-20.

8. Сопільник Р. Л. Забезпечення права на справедливий суд як складова предмета судового права в умовах європейської інтеграції. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2017. Вип. 2. С. 34-40.

9. Санин Б. Не корупцією єдиною. Відверто про фактори впливу на авторитет судової влади. ULR: https://sud.ua/ru/blog/blog/95716-ne-koryptsyu-dinoyu-vdverto-pro-faktori-vplivy-na-avtoritet-sydovo-vladi (дата звернення: 25.07.2018).

10. Судова реформа: аналіз державних рішень. URL: http://icps.com.ua/assets/uploads/images/files/dodatok_sr.pdf (дата звернення: 25.09.2020).

11. European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2020. Evaluation cycle (2018 data). URL: https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058 (дата звернення: 25.09.2020).

12. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України № 5/2015 від 12.01.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015#Text (дата звернення: 25.09.2020).

13. The Global Competitiveness Report 2019. URL: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf (дата звернення: 25.09.2020).

14. The Global Competitiveness Report 2012–2013. URL: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf (дата звернення: 25.09.2020).

15. Власюк В. Кількість скарг проти України до ЄСПЛ свідчить про неефективну роботу держорганів. URL: https://unba.org.ua/news/5141-kil-kist-skarg-proti-ukraini-do-espl-svidchit-pro-neefektivnu-robotu-derzhorganiv-vitalij-vlasyuk.html (дата звернення: 25.09.2020).

16. Annual report of European Court of Human Rights. 2019. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf (дата звернення: 02.09.2020).

Nazar Hdanskyi. Strengthening the authority of the judiciary of Ukraine in the light of the development of civil society and European integration processes

It is emphasized that the events of recent years have indicated the incompleteness of judicial reform processes in Ukraine. The expected increase in trust in the judiciary did not happen, which negatively affected its authority among the population and Ukraine's international partners. Finding ways to strengthen the authority of the judiciary is one of the important tasks in establishing the rule of law and ensuring strict observance of the right to a fair trial, which is a condition for Ukraine's European integration.

The purpose of the article is to establish the factors of strengthening the authority of the judiciary of Ukraine in light of the development of civil society and European integration processes.

It is emphasized that in the period 2004-2013 there was a significant intensification of the processes of civil society development. The final departure from post-Soviet dogmas and the strengthening of democratic, nation-centric beliefs in the people, the conscious desire of the majority to actively influence political processes and promote the comprehensive development of the state on the basis of sustainability marked irreversible changes in the state. Against this background, the European integration aspirations of Ukraine became a determining factor in the formation of conceptual support and strategic guidelines for strengthening the authority of the judiciary.

The author's vision of the authority of the judiciary was outlined as such, which consists of a formal and informal authority and has a decisive influence on the resolution of legal disputes, as well as, indirectly – on the behavior and beliefs of people. It was emphasized that despite numerous attempts to strengthen the authority of the judiciary, its level is practically not monitored at present, which does not allow to establish the effectiveness of relevant measures and develop an effective strategy in this direction for the future. It is

proved that the formal authority of the judiciary can be partially assessed by independent foreign research on the state of organizational and legal support of the judiciary and the administration of justice in Ukraine.

Based on the results of processing the available data of reports of international organizations, in particular, the ECtHR, the main factors of strengthening the authority of the judiciary of Ukraine in the light of the development of civil society and European integration processes are outlined.

Key words: judiciary, authority of the judiciary, formal and informal authority, strengthening the authority of the judiciary, civil society, European integration.

УДК 347.962
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.49

Оксана Хотинська-Нор,
докт. юрид. наук, доцентка,
завідувачка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЕТИКА СУДДІ ТА СВОБОДА ВИРАЖЕННЯ НИМ ДУМКИ В КОНТЕКСТІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У будь-якій правовій державі судова влада посідає особливе місце як гарант справедливості й базових для демократії цінностей. Ефективність її функціонування залежить від багатьох факторів, серед яких чільне місце посідає довіра з боку суспільства. Остання ж формується, серед іншого, крізь призму оцінювання поведінки представників судової влади – суддів, що покладає на них додаткові вимоги, обов'язки й обмеження.

Так, у професійній і повсякденній діяльності суддя повинен дотримуватися правил професійної етики, які спрямовані на утвердження поваги до високого статусу судді та авторитету судової влади в суспільстві.

Етичний складник статусу судді зумовлює специфіку реалізації ним своїх прав, зокрема права на свободу слова й вираження думки. Це дає змогу говорити про етику висловлювань судді, яка в умовах розвитку комунікації судової влади із суспільством має надзвичайно важливе значення. Саме тому це питання є предметом окремої уваги Європейського суду з прав людини, який у рішенням сформулював і розвинув низку позицій, цінних для розвитку суспільства, статусу судді та сфери правосуддя будь-якої країни.

Системний аналіз ключових документів, які регулюють в Україні питання суддівської етики, дає змогу розглядати етику висловлювань судді в таких випадках: під час здійснення правосуддя (у судовому процесі); у публічних виступах, зокрема ЗМІ; під час здійснення інших видів діяльності, незаборонених для судді, – літературної, наукової, викладацької; під час Інтернет-спілкування; у повсякденному житті.

Водночас аналіз практики Європейського суду з прав людини дає можливість акцентувати увагу на публічних виступах суддів, серед яких за контентом можна виділити ті, які стосувалися справ, що перебували в їхньому провадженні; ті, у яких піддавалися критиці заходи судової реформи; ті, які містили критичні зауваження суддів стосовно своїх колег.

Результати проведеного аналізу дають змогу зробити висновок, що, незважаючи на різні передумови, різні обставини та прояви реалізації суддями права на свободу висловлювань, усі випадки об'єднанні, а судді обмежені єдиною етичною тріадою, про яку повинен пам'ятати кожен суддя, висловлюючи свою позицію, – стриманість, обачність, нейтральність.

Ключові слова: судова влада, авторитет судової влади, статус судді, етика судді, свобода слова, свобода висловлювань, Європейський суд з прав людини.

Постановка проблеми. Ефективне функціонування судової влади є необхідною умовою реалізації доктрини верховенства права в будь-якій демократичній державі. Постать судді, який репрезентує судову владу в суспільстві як особа, яка здійснює правосуддя, завжди перебуватиме у фокусі уваги громадськості, експертів, а також усіх тих, хто причетний до творення судової реформи в Україні. Крізь призму оцінювання поведінки судді, його висловлювань як у судовому процесі, так і поза ним формується суспільне уявлення про справедливий суд і довіра до судової влади. Саме тому важливо, щоб її мотиви та прояви відповідали чинним у суспільстві цінностям і нормам моралі.

Як і будь-яка людина, суддя має право на вільне вираження своїх думок, що, серед іншого, є проявом його незалежності. Стаття 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) передбачає, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Конституція України в ст. 34 гарантує кожному право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Водночас професій-

© О. Хотинська-Нор, 2020

ний статус, роль, яка покладається на суддю в суспільстві, накладають на нього певні етичні обмеження, пов'язані з обов'язками втілювати й підтримувати авторитет суду та судової влади. Бангалорські принципи поведінки суддів передбачають, що «судді, як і будь-якому громадянину, гарантується право вільного вираження думок, віросповідання, участі в зібраннях та асоціаціях, однак у процесі реалізації таких прав суддя завжди турбується про підтримку високого статусу посади судді та не допускає дій, що не сумісні з неупередженістю й незалежністю судових органів» [1]. Інакше кажучи, право судді на свободу слова, його реалізація завжди граничитимуть, обмежуватимуться та оцінюватимуться в контексті загроз і ризиків для його незалежності й неупередженості, а також шкоди авторитету професійного статусу, судової влади та суспільній довірі до неї. Тому цілком закономірно, що це питання відзначається наднаціональним характером, привертаючи увагу міжнародних інституцій. Особливий інтерес становлять підходи Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), які розвиваються з урахуванням динамічності національного законодавства, еволюції гарантій суддівської незалежності й концепту легітимності судової влади.

Метою статті є аналіз окремих питань реалізації права судді на свободу висловлювань у контексті дотримання ним етичних стандартів крізь призму практики ЄСПЛ.

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося вище, етичні аспекти поведінки судді безпосередньо пов'язані з довірою до його дій, мотивів і рішень, а отже, довірою до судової влади, яка нині є необхідною умовою її легітимності в суспільстві. У контексті теми публікації йдеться про етику висловлювань судді, вираження ним його думки, власної позиції щодо тих чи інших питань, адже прийнято вважати, що суддя говорить мовою своїх рішень. Але в сучасних умовах державотворення та розвитку українського суспільства, опинившись у вирі судових реформ, суддя став активним учасником комунікаційних процесів, які спонукають до активного позиціонування в інформаційному просторі інтересів судової влади, обстоювання власних поглядів на проблеми її функціонування, захист корпоративних інтересів суддівської спільноти, а подекуди й особистих інтересів судді.

Етика висловлювань судді стосується як їх форми, так і змісту, охоплює різноманітні ситуації професійного та повсякденного життя судді.

Ми вже наводили вище положення Бангалорських принципів поведінки суддів, яке передбачає право судді на свободу висловлювань, реалізація якого не повинна шкодити незалежності правосуддя й авторитету судової влади. Проте цей документ містить й інші приписи, які встановлюють певні правила вираження суддею власної думки та скеровують суддю до певної моделі спілкування. Так, у п. 2.4, який розкриває зміст принципу об'єктивності судді, зазначено, що перед розглядом справи суддя утримується від будь-яких коментарів, що могли б якимось чином вплинути на перебіг справи чи поставити під сумнів справедливе ведення процесу. Суддя утримується від публічних та інших коментарів, оскільки це може перешкодити неупередженому розгляду справи стосовно певної особи чи питання. Серед інших положень, які безпосередньо стосуються права судді на свободу висловлювань, закріплено право судді за умови належного виконання своїх обов'язків займатися літературною, педагогічною діяльністю, читати лекції, на публічних слуханнях справ виступати перед офіційним органом з питань, що пов'язані з правом, відправленням правосуддя чи іншими подібними питаннями (п. 4.11) [1].

Зазначеним положенням кореспондують норми Кодексу суддівської етики, що діють в Україні. Зокрема, стосовно поведінки судді під час здійснення правосуддя передбачено, що суддя повинен виконувати обов'язки судді безсторонньо й неупереджено та утримуватися від висловлювань, що можуть призвести до виникнення сумнівів у рівності професійних суддів (ст. 10); суддя не може робити публічних заяв, коментувати в ЗМІ справи, які перебувають у провадженні суду, і піддавати сумніву судові рішення, що набрали законної сили. Суддя не має права розголошувати інформацію, що стала йому відома у зв'язку з розглядом справи (ст. 12); суддя, що перебуває на адміністративній посаді в суді, повинен утримуватися від висловлювань, які можуть призвести до виникнення сумнівів у єдиному статусі суддів і в тому, що судді здійснюють колективне вирішення питань організації роботи суду (ст. 13). Поза судом участь судді в соціальних мережах, Інтернет-форумах і застосування ним інших форм спілкування в мережі Інтернет є допустимими, проте суддя може розміщувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету судді та судової влади (ст. 20) [2].

Отже, навіть поверховий аналіз наведених положень дає можливість розглядати етику висловлювань судді в такій умовній системі (класифікації):

– під час здійснення правосуддя (у судовому процесі);

– у публічних виступах, зокрема ЗМІ;

– під час здійснення інших видів діяльності, незаборонених для судді, – літературної, наукової, викладацької;

– під час Інтернет-спілкування;

– у повсякденному житті.

Такий підхід дає змогу належним чином структурувати наш подальший аналіз із наведенням відповідних позицій і рішень ЄСПЛ. Однак, сповідуючи лаконічність викладу, у межах публікації ми розглянемо лише етику висловлювань судді в судовому процесі та під час публічних виступів.

Варто розпочати з того, що етика спілкування судді в судовому процесі прямо пов'язана з вимогами незалежності, неупередженості, об'єктивності судового розгляду справи, недискримінації учасників судового процесу. Вона є похідною від такого, але не виключно принципу судочинства, як повага до честі, гідності всіх учасників судового процесу, який, своє чергою, випливає з конституційної презумпції, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України). У науковій літературі із цього приводу зауважується, що взаємодія суду з іншими учасниками судового процесу на засадах взаємоповаги передбачає такий режим судового засідання, за якого спілкування, реалізація під час судового процесу своїх прав, виконання обов'язків, здійснення будь-яких процесуальних дій відбувається в контексті усвідомлення ними значимості обов'язків один одного, соціальної ролі кожного з них. «... прояви взаємоповаги ... під час здійснення судочинства можуть бути різноманітними та полягати у ввічливому зверненні один до одного; шанобливій і спокійній манері спілкування в судовому засіданні; тактовній і витриманій манері поводження; ... уникненні суперечок між собою та некоректних висловлювань на адресу один одного тощо» [3]. Тобто й за формою, і за змістом висловлювання судді під час здійснення судочинства повинні слугувати вираженням поваги до учасників судового процесу.

Суддя не вправі вживати образливих слів або таких, що можуть принизити чи дискримінувати інших. Водночас його слова, вирази повинні мати нейтральний, незаангажований характер, щоб не виникало жодних сумнівів у його незалежності й неупередженості. Будь-який словесний прояв симпатії чи антипатії до учасників судового процесу може бути розцінений як порушення права на здійснення правосуддя незалежним і безстороннім судом. Так, наприклад, у справі «Кіпріану проти Кіпру» (Kyprianou v. Cyprus) ЄСПЛ дійшов висновку про порушення вимог п. 1 ст. 6 Конвенції (щодо безсторонності суду). Серед причин ЄСПЛ відмітив, що судді у вироку заявнику визнали, що «як люди» вони були «глибоко ображені» заявником. Таке висловлювання, на думку ЄСПЛ, само по собі продемонструвало, що судді були особисто ображені словами та діями заявника. Крім того, експресивна мова, до якої вдалися судді при винесенні обвинувального вироку, передавала почуття обурення й шоку, що суперечить безпристрасному підходу, який очікується від суду при проголошенні його актів. Крім того, судді висловили свою думку раніше, у дебатах із заявником, повідомивши, що вважають його винним у вчиненні кримінального караного діяння – неповаги до суду [4].

Особливу увагу широкої спільноти привертають публічні виступи суддів, зокрема, через ЗМІ. З одного боку, сьогодні, у добу інформаційного суспільства, різноманітна комунікація суддів, їхня проактивна позиція в інформаційному просторі є необхідними для суддівської спільноти, на адресу якої часто лунають звинувачення в корпоративізмі, консервативності й замкнутості. З іншого боку, публічне вираження суддями власної позиції щодо окремих питань, особливо тих, що є політично чутливими, може бути розцінене як таке, що завдає шкоди авторитету судової влади або свідчить про упереджене ставлення судді до учасників судового провадження.

Серед публічних виступів суддів, що стали предметом уваги ЄСПЛ, за контентом можна виділити такі:

– які стосувалися справ, що перебували в їхньому провадженні;

– у яких піддавалися критиці заходи судової реформи;

– які містили критичні зауваження стосовно своїх колег.

Щодо наслідків публічного обговорення суддею ходу чи учасників судового провадження, яке перебуває в нього на розгляді, показовою є справа «Лавентс проти Латвії» (Lavents v. Latvia). Заявник, звинувачений у шахрайстві при ліквідації банку, і його захисники стали об'єктом публічної критики головуючої в його справі судді. ЄСПЛ зазначив, що «п. Лтейнерт критикувала в пресі позицію захисту, висловлювала припущення про можливі результати розгляду справи до його завершення й виявляла подив стосовно того, що заявник наполягав на своїй невинуватості. На думку Суду, ці заяви означали, що суддя визначилася з результатами розгляду справи й була готова постановити

обвинувальний вирок ще до завершення розгляду справи по суті. Такі заяви суперечили ч. 1 ст. 6 Конвенції та змушували заявника серйозно побоюватися того, що суддя була упередженою. Отже, Суд постановив, що мало місце порушення ч. 1 ст. 6 Конвенції щодо недостатньої неупередженості суду, а також дійшов висновку про відсутність необхідності розглядати цей епізод на предмет того, чи «був суд незалежним», як цього вимагає Конвенція.

Суд зауважив, що заяви п. Лтейнерт свідчили про те, що вона була переконана у вині заявника. Вона навіть запропонувала, щоб той довів, що не є винним. Така заява, на думку Суду, порушувала презумпцію невинуватості особи, яка є одним із фундаментальних принципів демократичної держави. Отже, Суд постановив, що мало місце порушення ч. 2 ст. 6 Конвенції» [5].

У справі «Хім і Прживечерський проти Польщі» (Chim and Przywieczerski v. Poland) ЄСПЛ, оцінюючи скаргу заявників на відсутність безсторонності за двоскладовим тестом (суб'єктивний та об'єктивний критерії), зауважив, що суддя робив різні заяви під час судового розгляду, зокрема щодо «40 мільйонів потерпілих» у справі. Він також дав інтерв'ю журналу, у якому хоча й відмовився коментувати судовий процес, але висловився за суворі покарання злочинцям і критикував те, що він уважав атмосферою безкарності. ЄСПЛ наголосив, що, аби уникнути будь-яких сумнівів у неупередженості судді, було б краще, щоб він зовсім утримався від вираження своєї думки в ЗМІ. Проте в цій справі порушення п. 1 ст. 6 Конвенції не встановлено. ЄСПЛ відзначив, що висловлювання судді на підтримку жорсткої кримінальної політики не дають підстав припускати, що він уважав заявників винуватими [6].

Наведені приклади свідчать, що судді не просто повинні бути стриманими й обачними у своїх коментарях з приводу конкретних справ. Їм загалом доречно утриматися від оцінювання подій, які так чи інакше можуть бути розцінені як такі, що мають безпосередній стосунок до обставин справи, щоб не поставити під сумнів свою об'єктивність і неупередженість.

Окремий інтерес становлять публічні обговорення судової реформи за участі суддів, адже чимало її заходів, зокрема, в Україні спрямовані безпосередньо на зміни в їхньому правовому статусі, що не завжди знаходить підтримку та викликає шквал критики. Тому подекуди риторика суддів може відзначатися сарказмом чи надмірною різкістю у висловлюваннях, що є несумісним із нейтральністю, яка вимагається від представників правосуддя.

Консультативна рада європейських судів із цього приводу зауважила про необхідність дотримання балансу між правом суддів на свободу думки, вираження поглядів і вимогою нейтральності: «Суддям необхідно, навіть якщо їхнє членство в політичній партії або участь у публічних дискусіях щодо основних проблем у суспільстві неможливо заборонити, утримуватися від будь-якої політичної діяльності, що підриває їхню незалежність або загрожує їхній неупередженості. Проте суддям має бути дозволено брати участь у дискусіях, які стосуються національної судової політики» [7].

Мабуть, одним із найвідоміших нині актуальних рішень, у якому ЄСПЛ сформулював позицію щодо права судді публічно критикувати заходи, спрямовані на реформування судової влади, є рішення в справі «Бака проти Угорщини» (Baka v. Hungary). Заявник стверджував, що був позбавлений повноважень Голови Верховного Суду внаслідок публічного висловлювання ним як Головою Верховного Суду й Національної ради юстиції своїх поглядів на законодавчі реформи, що стосуються судової системи (незалежності й незмінюваності суддів, змін у судоустрої, зниження пенсійного віку для суддів тощо). З урахуванням обставин справи, послідовності всіх її подій ЄСПЛ дійшов висновку, що «дострокове припинення повноважень заявника як Голови Верховного Суду становило втручання у здійснення ним права на свободу вираження поглядів, гарантоване ст. 10 Конвенції». При цьому підкреслив, що «питання, які стосуються функціонування системи правосуддя, належать до сфери публічного інтересу й загалом користуються високим ступенем захисту за ст. 10 Конвенції... Навіть якщо обговорюване питання має політичний інтерес, це само по собі є недостатнім для того, щоб перешкоджати судді висловлюватися з цього приводу... Питання, що стосуються розподілу влади, можуть бути пов'язані з дуже важливими проблемами демократичного суспільства, щодо яких громадськість має право бути поінформованою та які належать до сфери політичних дискусій» [8].

Доволі часто, критикуючи стан функціонування судової влади та здійснення правосуддя, судді не залишають поза своєю увагою поведінку своїх колег, критичні зауваження на адресу яких залежно від обставин також можуть бути розцінені як такі, що підривають авторитет судової влади та статусу судді.

Наприклад, у справі «Кудєшкіна проти Російської Федерації» (Kudeshkina v. Russian Federation) заявниця, яка була суддею і балотувалася в Державну Думу, під час різних

інтерв'ю критикувала стан незалежності суддів і звинувачувала голову суду в тиску на суд. У результаті дисциплінарного провадження її повноваження було припинено. У рішенні ЄСПЛ нагадав, що «питання, які стосуються функціонування системи правосуддя, становлять загальний інтерес, їх обговорення користується захистом ст. 10 Конвенції. Однак ЄСПЛ неодноразово підкреслював особливу роль у суспільстві судової системи, яка, будучи гарантом справедливості, основоположною цінністю правової держави, повинна користуватися суспільною довірою для успішного виконання своїх функцій. Отже, може виникнути необхідність захисту цієї довіри від деструктивних і переважно необґрунтованих звинувачень, особливо з урахуванням того, що судді, які стали об'єктом критики, пов'язані обов'язком обачності, яка змушує їх утриматися від відповіді... ЄСПЛ уважає, що посадові особи, які працюють у судовій сфері, зобов'язані демонструвати стриманість при здійсненні свободи вираження думки в усіх випадках, коли авторитет і безпристрасність правосуддя можуть бути поставлені під сумнів». Водночас, виходячи з обставин справи, ЄСПЛ відмітив, що «навіть якщо обговорюване питання має політичний відтінок, цього факту самого по собі не достатньо, щоб перешкоджати судді висловлюватися на цю тему ... навіть якщо заявниця допустила певну частку перебільшення й узагальнення, характерних для передвиборчої агітації, її висловлювання не були повністю позбавлені фактичної основи й, отже, повинні були розглядатися не як необґрунтований особистий випад, а як добросовісний коментар з питання, яке становить загальний інтерес» [9].

Іншими були обставини справи «Ді Джованні проти Італії» (*Di Giovanni v. Italy*), у якій ЄСПЛ не знайшов порушень ст. 10 Конвенції. Заявниця, яка була головою суду в м. Неаполі, в інтерв'ю розповіла про зловживання під час конкурсу на зайняття посади судді на користь одного з кандидатів. Проводилося розслідування кримінальної справи. У подальшому була ще низка публікацій, у яких ім'я судді з Неаполя пов'язувалося з втручанням у процедуру конкурсу. Дисциплінарний орган визнав заявницю частково винною в порушенні обов'язку лояльності й поваги до членів Вищої ради магістратури Італії та колеги, якого легко було ідентифікувати на підставі опублікованих у газеті тверджень, та оголосив їй попередження. ЄСПЛ нагадав про те, що на суддів покладається зобов'язання бути обачними і стриманими, і дійшов висновку, що посягання на свободу вираження заявницею своєї думки було спільномірним, відмітивши, що серйозні чутки, які заявниця оприлюднила в інтерв'ю стосовно колеги-судді, якого можна було ідентифікувати, не залишивши йому шансу на тлумачення сумнівів на його користь, виявилися абсолютно необґрунтованими [10].

Наведені приклади та позиції не вичерпують усієї проблематики дотримання суддівської етики в контексті реалізації права судді на свободу вираження думки. Актуальними й такими, що потребують уваги в межах окремих публікацій, є питання етики висловлювань судді під час лекцій, у наукових публікаціях, спілкування в соціальних мережах і повсякденному житті. Тому ми звернемося до їх аналізу в певній перспективі.

Висновки

Підсумовуючи, необхідно підкреслити, що право судді на свободу думки, висловлювань, вільне вираження поглядів є його невід'ємним правом як людини та громадянина. Проте це право належить до тих, реалізація яких обмежується його професійним статусом, невід'ємним складником якого є етика судді. Реалізація суддею права на свободу висловлювань є необхідною умовою розвитку демократичної держави, у якій судова влада комунікує із суспільством і впливає на процеси державотворення. Водночас, виражаючи свою думку, суддя повинен дотримуватися етичних стандартів і не ставити під загрозу базові для правової держави цінності, серед яких – авторитет судової влади. Жодне його слово не має піддавати сумніву незалежність і неупередженість судді. Тож, реалізуючи своє право на свободу висловлювань, суддя повинен керуватися «етичною» тріадою – стриманість, обачність, нейтральність.

Список використаних джерел:

1. Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 р. : схвалено Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27 липня 2006 р. № 2006/23. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text.

2. Кодекс суддівської етики : затверджений Рішенням XI чергового з'їзду суддів України від 22 лютого 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text.

3. Хотинська-Нор О.З. Деонтологічні засади взаємодії адвоката та суду в процесі здійснення судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2018. Вип. 51. Т. 2. С. 161–164.

4. Рішення Європейського суду з прав людини від 15 грудня 2005 р. у справі «Кіпріану проти Кіпру» (Kyprianou v. Cyprus). URL: https://

hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2273797/01%22],%22itemid%22:[%22001-71671%22]}.

5. Рішення Європейського суду з прав людини від 28 листопада 2002 р. у справі «Лавентс проти Латвіїї» (Lavents v. Latvia). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_175#top.

6. Рішення Європейського суду з прав людини від 12 квітня 2018 р. у справі «Хім і Прживечерський проти Польщі» (Chim and Przywieczerski v. Poland). URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-182169%22]}.

7. Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи про принципи та правила, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема питання етики, несумісної поведінки та неупередженості. URL: https://court.gov.ua/inshe/mss/.

8. Рішення Європейського суду з прав людини від 23 червня 2016 р. у справі «Бака проти Угорщини» (Baka v. Hungary). URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-163113%22]}.

9. Рішення Європейського суду з прав людини від 26 лютого 2009 р. у справі «Кудєшкіна проти Російської Федерації» (Kudeshkina v. Russian Federation). URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2229492/05%22],%22itemid%22:[%22001-91501%22]}.

10. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 липня 2013 р. у справі «Ді Джованні проти Італії» (Di Giovanni v. Italy). URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4595177-5556407&filename=003-4595177-5556407.pdf.

Oksana Khotynska-Nor. Ethics of judge and freedom of expression of his/her opinion within the context of judgements of the European court of human rights

In any state governed by the rule of law, the judiciary takes a special place as a guarantor of justice and core values for democracy. Efficacy of its functioning depends on many factors, among which public confidence takes the most important place. Public confidence is being formed, inter alia, from the perspective of evaluation of the behaviour of the representatives of the judiciary, namely, judges, what imposes additional requirements, obligations and restrictions on them.

Thus, the judge in his/her professional and daily activity should observe the rules of professional ethics, directed to promotion of respect for the judge's high status and influence of the judiciary in the society.

The ethics component in the judge's status predetermines the specificity of the exercise of his/her rights, in particular, the right to freedom of speech and expression of opinion. This makes it possible to speak about the ethics of the judge's expression, which plays a crucial role in the conditions of development of communication between the judiciary and society. For that very reason, this issue is given special priority by the European Court of Human Rights, which defined and developed various positions in its judgements being valuable for development of the society, judge's status and field of justice of any country.

The system analysis of the key documents regulating the issue of judicial ethics in Ukraine enables to consider the ethics of the judge's expression in the following cases: in the process of administration of justice (during litigation); in public speeches, including mass media; in the process of conducting other types of activity not prohibited for a judge – literary, scientific and teaching activity; during Internet communication; in all-day life.

At the same time, the analysis of the case law of the European Court of Human Rights allows drawing special attention to public speeches of judges, among which it is possible to distinguish by the content those, which were examined by the judges; those, where the judicial reform measures were exposed to criticism; those, which contained critical comments of the judges with regard to their colleagues.

The results of the conducted analysis suggest that irrespective of different prerequisites, various circumstances and manifestation of the exercise by the judges of their right to freedom of expression, all cases are consolidated and judges are limited by the unified ethical triad, which should be borne in mind by each judge when expressing his/her position – restraint, caution and objectivity.

Key words: judiciary, influence of the judiciary, judge's status, ethics of judge, freedom of speech, freedom of expression, European Court of Human Rights.

УДК 343.163
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.50

Таїсія Боднарук,
студентка
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Андрій Лапкін,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСНОВНІ НАПРЯМИ РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ПРОКУРАТУРИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

У статті досліджується питання основних напрямів роботи прокуратури на сучасному етапі, з моменту прийняття оновленого Закону України «Про прокуратуру», проведення конституційної реформи щодо правосуддя та внесення суттєвих змін до вищезазначеного закону у 2019 році. Наголошується на непослідовності та неоднорідності реформи, що дає підстави деяким ученим та правникам стверджувати, що одночасно і здійснюється одна реформа прокуратури, і розпочинається наступна, без завершення попередньої.

Визначено, що впродовж періоду незалежності належним чином не визначено мету, завдання та функції прокуратури. Мета є надто розмитою, завдання на законодавчому рівні не закріплені, а функції по-різному відображені у Конституції України та профільному законодавстві.

Крім того, прокуратура перевантажена надмірною кількістю функцій, що негативно відображається на ефективності її роботи.

Виникають також труднощі у здійсненні процедури добору кандидатів на посади прокурорів, оскільки детально не визначено та нормативно не закріплено поняття вищої юридичної освіти та стажу роботи в галузі права. Постає питання про можливість визнання посади такою, що відповідає вимогам стажу у галузі права після отримання диплома спеціаліста чи магістра, якщо особа виконувала трудову функцію за вказаною посадою і до отримання такого диплому. Вказана невизначеність призводить до впливу суб'єктивного фактору на добір кандидатів.

Відзначено позитивні зміни у законодавстві щодо фінансування прокуратури, а саме скасування обмеження розміру заробітних плат прокурорів відповідно до обсягу державного і місцевих бюджетів, що виключило ризик залежності прокуратури від дискреційних повноважень Кабінету Міністрів України. Також зазначено, що таке скасування було зроблено з неточністю у мотивуванні, що в майбутньому може призвести до обов'язку передбачення розмірів заробітних плат нотаріату, органів досудового розслідування, органів і установ виконання покарань виключно у законодавчих актах. Зроблено висновки щодо повноти і послідовного проведення реформи прокуратури на сучасному етапі.

Ключові слова: реформування прокуратури, мета прокуратури, завдання прокуратури, функції прокуратури, фінансування прокуратури.

Постановка проблеми. Упродовж усього періоду незалежності інститут прокуратури перебуває у стані реформування. Процес реформування характеризується безсистемністю та непослідовністю. Як слушно зазначив О. О. Первомайський, суспільству слід очікувати або продовження та завершення вже розпочатої реформи прокуратури, або початку нової реформи [1]. З огляду на постійні зміни в інституті прокуратури необхідно визначитися з основними напрямами його реформування на сучасному етапі.

Метою статті є визначення основних напрямів реформування інституту прокуратури на сучасному етапі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання реформування інституту прокуратури на сучасному етапі досліджувалося у роботах А. В. Лапкіна, Ю. А. Чаплинської, Л. В. Омельчука, А. В. Бабінської.

Виклад основного матеріалу. У процесі здійснення численних спроб реформування прокуратури так чи інакше змінювалося цільове і функціональне призначення

© Т. Боднарук, А. Лапкін, 2020

даного інституту. З огляду на це, доцільно насамперед зупинитися на визначенні мети, завдань та функцій прокуратури в умовах сьогодення.

Зазначимо, що деякі тлумачні словники ототожнюють категорії «мета» і «завдання», визначаючи їх як наперед визначений, запланований обсяг роботи, те, що хочуть здійснити / намагаються досягти [2].

Мета є найбільш загальною категорією, що визначає основні напрями, яких прагне прокуратура, для чого вона створена і діє. Як зазначає А. В. Лапкін, «мета має ідеальний характер, слугує дороговказом для функціонування прокуратури в цілому та виконання покладених на них обов'язків окремим прокурором, однак не може бути повністю реалізована. Отже, мета прокуратури є її надзавданням» [3]. Таким чином, мету можна визначити як певну цінність, на основі якої формуються завдання та функції прокуратури.

Завдання є вужчим поняттям, ніж мета, мають прикладний характер і підлягають більш детальній конкретизації. Певною мірою вони виступають засобом реалізації мети прокуратури.

Поняття функції також пов'язане з метою та завданнями, оскільки за своєю суттю функції є основними напрямами діяльності прокуратури, спрямовані на досягнення мети і виконання завдань, виражають її сутність і призначення, обмежуються певною предметною сферою і передбачають особливі форми, методи і тактику здійснення.

Перейдемо до відображення мети, завдань та функцій прокуратури у законодавстві. Мета прокуратури передбачена у ст. 1 Закону України «Про прокуратуру» і визначається як захист прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави [4]. Таке формулювання мети є занадто широким і, на наш погляд, не сприяє ефективності роботи цього інституту [3].

На відміну від мети, завдання прокуратури взагалі не передбачені законодавством. Як наслідок, надто широкій меті відповідають вузько сформульовані функції, які не можуть повною мірою забезпечувати виконання мети. Оскільки завдання прокуратури не визначено, виникає питання щодо правильності визначення функцій прокуратури, які, як видається, не можуть забезпечити виконання мети у повному обсязі.

Доцільно зауважити, що до законодавчого закріплення функцій після проведення ряду реформ також виникає багато запитань.

Так, статтею 131-1 Конституції України закріплено такі функції:

1) підтримання публічного обвинувачення в суді;

2) організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку;

3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом [5].

Крім того, пунктом 9 Перехідних положень Конституції передбачається, що прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію досудового розслідування до початку функціонування органів, яким законом будуть передані відповідні функції, а також функцію нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, під час застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян, – до набрання чинності законом про створення подвійної системи регулярних пенітенціарних інспекцій [5].

Втім, у профільному законі залишився попередній перелік функцій прокуратури: підтримання державного обвинувачення в суді; представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом та главою 12 розділу III Цивільного процесуального кодексу України; нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Залишається незрозумілою позиція законодавця, який, вносячи зміни до Конституції, не продублював ті самі положення у профільному законі, тим більше, що частиною 2 статті 131-1 Конституції передбачається, що організація та порядок діяльності прокуратури визначаються законом. Закон «Про прокуратуру» покликаний конкретизувати і доповнювати положення Конституції, але на сучасному етапі він суперечить положенням Основного Закону.

Перевантаження інституту прокуратури надмірною кількістю функцій також не видається доцільним, оскільки неминуче вестиме до зниження ефективності роботи органу.

Так, на час здійснення конституційної реформи щодо правосуддя на прокуратуру було покладено 5 функцій, різних за своїм спрямуванням. У 2019 році прокуратура зі створенням і початком функціонування Державного бюро розслідувань зрештою втра-

тила повноваження проводити досудове розслідування, у зв'язку з чим усі незавершені розслідування передано відповідно до кваліфікації до Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України, Служби безпеки України [6]. Припинення здійснення функції досудового розслідування є позитивною зміною у діяльності прокуратури, оскільки це суттєво зменшує навантаження органу і надає можливість з більшою ефективністю здійснювати інші, більш притаманні органам прокуратури функції.

Тим не менше, оскільки досі не створена подвійна система регулярних пенітенціарних інспекцій, за прокуратурою натепер залишається функція нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, під час застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Доцільність здійснення такої функції викликає дискусії. Одні правники вважають, що прокуратура повинна здійснювати нагляд за всім, що відбувається у місцях позбавлення волі, за законністю утримання осіб тощо. Проте опоненти стверджують, що в такій тезі закладений внутрішній конфлікт, оскільки виходить, що прокуратура, яка забезпечила перебування людини в місцях позбавлення волі, потім наглядає за дотриманням її прав протягом відбування покарання [9]. Погодимося з думкою І. Б. Каліушко, що «існують ефективніші механізми нагляду за додержанням прав ув'язнених, наприклад розмежування адміністрації та охорони в пенітенціарних закладах, підпорядкування охорони органам внутрішніх справ» [7].

Вбачається, що функції прокуратури, закріплені у статті 131-1 Конституції, так чи інакше пов'язані з кримінальним провадженням. Отже, мету прокуратури доцільно узгодити з метою кримінального процесу. На наш погляд, слід уточнити, що прокуратура здійснює захист прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави від кримінальних правопорушень, а також охороняє та забезпечує дотримання прав, свобод і інтересів учасників кримінального провадження.

З огляду на уточнену мету, видається прийнятним підхід М. М. Бурбики щодо визначення таких завдань прокуратури: виявлення та усунення негативних соціальних процесів і явищ, що породжують злочинність або сприяють їй; виявлення, припинення, розслідування злочинів; притягнення винних до відповідальності; відшкодування шкоди фізичним та юридичним особам, державі [8].

Таким чином, на сучасному етапі мета, завдання і функції прокуратури характеризуються певною невизначеністю у формулюваннях, а також суперечністю нормативних положень Конституції та профільного закону.

На відміну від мети, завдань та функцій, законодавчі зміни безпосередньо торкнулися вимог до кандидатів та процедури зайняття посади прокурора. Так, позитивним моментом є повернення вимоги щодо вищої освіти для зайняття посади Генерального прокурора. Проте у законі достатньою мірою не деталізовані поняття ані вищої юридичної освіти, ані стажу роботи в галузі права. Так, встановлено, що вищою юридичною освітою є освіта, здобута в Україні (або на території колишнього СРСР до 1 грудня 1991 року) за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра, а також вища юридична освіта за відповідним освітньо-кваліфікаційним рівнем, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку [4]. Однак поняття власне юридичної освіти у законі не наведене, що може призвести до суб'єктивного підходу у визначенні тієї чи іншої спеціальності як юридичної.

Те саме стосується поняття стажу роботи в галузі права. Законом це поняття визначається як стаж роботи особи за спеціальністю після здобуття нею вищої юридичної освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра [4]. Рішенням Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів від 07 лютого 2018 року № 30дк-18 закріплено Перелік посад, обіймання яких зараховується до стажу роботи в галузі права, однак деякі з посад описані нечітко, що також може бути підставою для суб'єктивного підходу у визначенні стажу роботи як стажу в галузі права. Так, відповідно до пункту 3 зазначеного переліку до стажу роботи в галузі права слід зараховувати роботу на посадах юриста, юрисконсульта, головного юрисконсульта, начальника юридичного відділу, якщо такі посади за кваліфікаційними вимогами потребують наявності виключно повної вищої юридичної освіти за спеціальностями «081 Право» і «293 Міжнародне право» [10]. Досить часто у приватному секторі роботодавці не складають посадових інструкцій, де б містилися кваліфікаційні вимоги. У такому випадку єдиним способом з'ясувати кваліфікаційні вимоги посади є звернення до Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників (ДКХП). Втім, положення ДКХП мають рекомендаційний характер, і працівник може бути прийнятий на посаду навіть у разі невідповідності заявленим вимогам, наприклад, без відповідної освіти. Непоодинокими є випадки, коли юристами

та юрисконсультами працюють студенти денної та заочної форм навчання. Припустимо, що особу з дипломом бакалавра було прийнято на посаду, що вимагає освіти за освітньо-кваліфікаційним рівнем магістра. Працівник на заочній формі навчання здобув рівень магістра і продовжує працювати на тій же посаді. Чи можна вважати зазначену посаду такою, що потребує наявності виключно повної юридичної освіти, якщо працівник належним чином виконував посадові обов'язки з дипломом бакалавра? Чи зараховуватиметься як стаж роботи у галузі права робота на такій посаді після здобуття рівня магістра? Правова невизначеність породжує досить багато дискусійних запитань.

Суб'єктивний фактор також має вагомий вплив у процесі проведення кваліфікаційного іспиту кандидатів. З цього приводу О. О. Первомайський слушно зазначив: «У мене – звичайної людини, правника та судді Конституційного Суду – є прохання до ініціаторів та так званих „драйверів" цієї реформи: ставтесь до прокурорів та кандидатів на посади прокурорів гідно та з повагою під час проведення тестувань і співбесід, оскільки є великі сумніви у тому, що призначений на посаду прокурор, який відчув стосовно себе під час такого реформування неповагу та тотальну недовіру, буде ставитись з повагою до осіб, про яких він за історичною сутністю своєї посади має піклуватись»[1]. Тому з метою мінімізації негативного впливу суб'єктивного фактору на процедуру зайняття посади прокурора, необхідно чітко визначити межі дискреційних повноважень осіб, що беруть участь у доборі кандидатів.

Також у контексті основних напрямів реформи необхідно згадати про зміни у фінансуванні органів прокуратури. Пунктом 26 Прикінцевих положень Бюджетного кодексу було передбачено, що норми і положення статті 81 Закону (стосовно розмірів заробітних плат прокурорів) застосовуються у порядку та розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України, виходячи з наявних фінансових ресурсів державного і місцевого бюджетів та бюджетів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування.

Таким чином, певною мірою прокурори потрапляють у залежність від Кабінету Міністрів України, оскільки в уряду наявні дискреційні повноваження на визначення розмірів заробітної плати прокурорів.

Рішенням Конституційного Суду України від 26.03.2020 № 6р/2020 у справі № 1-223/2018(2840/18) вказані положення були визнані неконституційними. Основними причинами неконституційності даної норми було зазначено те, що належне фінансування інституту прокуратури є «однією з необхідних передумов незалежної діяльності прокуратури, неупередженого, об'єктивного, безстороннього виконання прокурорами своїх функцій», а заробітна плата прокурорів є елементом організації та порядку діяльності прокуратури, а отже, ця заробітна плата відповідно до положень частини 2 статті 131-1 Конституції має визначатися виключно законом.

Щодо рішення є окрема думка судді О. О. Первомайського. Особливість даної окремої думки полягає в тому, що суддя погоджується з визнанням норми неконституційною, але водночас різко критикує мотивувальну частину рішення.

Так, суддя зазначає, що визнання заробітної плати прокурорів елементом організації та порядку діяльності прокуратури, є розширеним тлумаченням положень Конституції та профільного закону щодо організації та порядку діяльності, а рівень заробітної плати тих чи інших державних службовців, організація та порядок діяльності яких врегульовано законом, не обов'язково повинен регулюватися тим же законом. Якщо законодавець вважає за необхідне передбачити можливість регулювання розмірів заробітних плат виключно законом, то він прямо це передбачає, як було передбачено щодо заробітних плат суддів та суддів Конституційного Суду [1].

Якщо вважати включення заробітної плати до організації і порядку діяльності правильним, то це, у свою чергу, має стосуватися і нотаріату, органів досудового розслідування, органів і установ виконання покарань, тобто заробітні плати їхніх працівників також мають встановлюватися законами. Такий підхід призведе до перевантаження законодавчої бази і низької можливості пристосовувати нормативні положення до умов сьогодення. Суддя не бачить нічого негативного і, що найголовніше, неконституційного у закріпленні розміру заробітної плати деяких державних службовців у підзаконних нормативно-правових актах [1].

Таким чином, у цілому приймаючи правильне рішення, Конституційний Суд припустився неточностей у його мотивуванні, які мають бути витлумачені у подальших рішеннях.

Висновки

На сучасному етапі процес реформування прокуратури має позитивні моменти, як-то уточнення вимог до кандидатів на

посаду прокурора та виключення ризиків для незалежності прокуратури. З іншого боку, реформа не охоплює визначення і конкретизацію мети, завдань та функцій прокуратури, не прибирає неузгодженості щодо понять вищої юридичної освіти та стажу роботи у галузі права, а дискусійні норми щодо заробітної плати прокурорів були визнані неконституційними з використанням хибної позиції в мотивуванні. Реформа прокуратури повинна мати системний характер, інакше нововведення і надалі характеризуватимуться непослідовністю.

Список використаних джерел:

1. Окрема думка судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. у справі № 1-223/2018(2840/18) за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення пункту 26 розділу VI „Прикінцеві та перехідні положення“ Бюджетного кодексу України.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с

3. Лапкін А. В. Щодо визначення мети, завдань та функцій прокуратури. *Правові горизонти*. 2019. Вип. 17 (30). С. 97-101.

4. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2-3.

5. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

6. Прокуратура припиняє функцію досудового розслідування. *Закон і Бізнес*. 2019. № 12.

7. Реформа прокуратури відбулася на законодавчому рівні, на якісні зміни ще треба почекати / Сайт Українського кризового медіа центру. 20 березня 2017 р. URL: https://uacrisis.org/uk/53876-reforma-prokuraturi-2 (дата звернення: 12.11.2020).

8. Бурбика М. М. Координаційна діяльність органів прокуратури у сфері протидії злочинності: організаційно-правові засади : монографія. Суми : Сумський державний університет, 2011.

9. Омельчук Л. В., Колосов О. О. Потреба реформування прокуратури України як засіб розбудови правової держави. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності*. 2019. № 14.

10. Про затвердження переліку посад, обіймання яких зараховується до стажу роботи в галузі права : Рішення Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів від 07.02.2018 р. № 30дк-18.

11. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-223/2018(2840/18) за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення пункту 26 розділу VI „Прикінцеві та перехідні положення“ Бюджетного кодексу України. URL: https://www.kdkp.gov.ua/decision/%202018/02/07/611 (дата звернення: 12.11.2020).

Taisiia Bodnaruk, Andrii Lapkin. The main directions of reforming the institution of the prosecutor's office at the present stage

The article explores the main directions of the prosecutor's office reforming at the present stage, since the adoption of the updated Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office", constitutional reform on justice and significant changes to the abovementioned law in 2019. Emphasis is placed on the inconsistency and heterogeneity of the reform, which gives some scholars and lawyers reason to argue that one reform of the prosecutor's office is being carried out at the same time, and the next one is being started, without completing the previous one.

It is determined that during the years of independence of Ukraine the purpose, tasks and functions of the prosecutor's office have not been properly defined. The goal is too vague, the tasks are not fixed at the legislative level, and the functions are reflected in different ways in the Constitution of Ukraine and relevant legislation.

In addition, the prosecutor's office is overloaded with an excessive number of functions, which negatively affects the efficiency of its work.

There are also difficulties in carrying out the procedure of selecting candidates for the position of prosecutors, as the concept of higher legal education and work experience in the field of law is neither defined in details nor normatively enshrined. The question arises as to the possibility of recognizing a position that meets the requirements of experience in the field of law after obtaining a specialist or master's degree, if the person performed a job function in the specified position before receiving such a diploma. This uncertainty leads to the influence of a subjective factor in the selection of candidates.

There were positive changes in the legislation on the financing of the prosecutor's office, namely the abolition of restrictions on the salaries of prosecutors in accordance with the state and local budgets, which eliminated the risk of dependence of the prosecutor's office on the discretion of the Cabinet of Ministers. It is also noted that such a cancellation was made with the assumption of inaccuracies in the motivation, which may lead in the future to the obligation to provide the salaries of notaries, pre-trial investigation bodies, penitentiary bodies and penitentiary institutions only in legislation. Conclusions are made on the completeness and consistent implementation of the prosecutor's office reform at the present stage.

Key words: reforming of the prosecutor's office, the purpose of the prosecutor's office, the tasks of the prosecutor's office, the functions of the prosecutor's office, the financing of the prosecutor's office.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.51

Олександр Чудновський,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ІНСТИТУТ ПРОКУРАТУРИ НА ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У СКЛАДІ АВСТРО-УГОРСЬКОЇ ІМПЕРІЇ

У статті йде мова про особливості становлення інституту прокуратури на західноукраїнських землях, коли ті перебували в складі Австрійської та Австро-Угорської монархій. Акцентується увага, що дослідження щодо історії автуро-угорської прокуратури є важливою та актуальною проблематикою, оскільки свого часу ця прокуратура була однією з найбільш прогресивних у Європі. Зазначається, що становлення прокуратури на західноукраїнських землях зумовлено загальноімперською потребою в запровадженні демократичного обвинувального процесу. Розкриваються основні віхи щодо впровадження нормативної бази з урегулювання діяльності органів прокуратури, указується на 1849 р. як на початок відліку історії інституту прокурорів в Австрії й на західноукраїнських землях у її складі. Наводиться перелік окружних прокуратур Галичини. Визначаються основні функції (безпосереднього правосуддя в цивільних і кримінальних судах і для урядового керівництва юстицією), повноваження та завдання прокуратури (участь у розгляді судами першої інстанції окремих категорій цивільних справ; здійснення контролю за додержанням законодавства імперії органами дізнання й досудового слідства; підтримання державного обвинувачення, контроль за додержанням імперського законодавства при виконанні рішень судів у кримінальних справах; здійснення контролю за діяльністю нотаріусів). Розглядається структура, порядок призначення, повноваження та вимоги до кандидатів на посаду Генерального прокурора та його помічників. Висвітлюються особливості щодо діяльності спеціалізованих прокуратур, а саме фінансових прокуратур, визначаються міста, у яких діяли на західноукраїнських землях такі прокуратури, штат і повноваження таких прокуратур. Іде мова й про загальні вимоги та процедуру відбору кандидатів на посаду прокурора в Австро-Угорщині. З'ясовано, що в системі органів прокуратури в кожному трибуналі першої інстанції була посада державного прокурора, а вже в трибуналі другої інстанції діяв державний надпрокурор, при Верховному та Касаційному трибуналі діяв Генеральний прокурор із заступниками.

Ключові слова: Галичина, державні прокурори, вимоги до кандидата на посаду прокурора, Генеральний прокурор, фінансова прокуратура.

Постановка проблеми. В Україні на органи прокуратури покладені надважливі завдання, які вона має виконувати ефективно, прокурорська діяльність має бути незаангажованою та викликати довіру в громадянського українського суспільства. Однак уже багато років наша держава йде шляхом розбудови прокуратури з подібними характеристиками та цінності, досі знаходиться в стані реформування загалом державних інституцій, зокрема й органів прокуратури. Побудова успішної прокуратури з висококваліфікованими кадрами є одним із елементів виконання зобов'язань щодо реформ, які взяла на себе Україна під час процесу євроінтеграції. Дослідження історичного досвіду становлення й діяльності органів прокуратури на українських землях становить наукову цінність і є актуальним, оскільки Україна не має такого багатого досвіду існування національної прокуратури, на відміну від європейських держав, ураховуючи, що побудова прокуратури повинна як елемент спиратися на історичні традиції. Разом із тим вивчення історії діяльності австрійської та австро-угорської прокуратури особливо цінне, оскільки це на той час був взірець і приклад відповідного передового європейського досвіду.

Разом із тим значний науковий доробок належить питанням вивчення діяльності прокуратури часів Російської імперії на теренах України, оскільки територіально більша частина України, а саме Наддніпрянщина, входила до складу цієї імперії. Тому побутує думка про визначний вплив на українських землях державницької традиції саме російської імперської прокуратури, яка бере свій початок від 1722 р., хоча варто зауважити, завдяки останнім дослідженням можна

© О. Чудновський, 2020

дізнатися, що набагато раніше в Королівстві Польському та Великому Князівстві Литовському, а відповідно, і на українських землях діяв інститут інстигаторів, повноваження яких у тому числі й нагадували прокурорські. Однак слушно вивчати рівноцінно й досвід діяльності й становлення австрійської та австро-угорської прокуратури на українських землях, оскільки їхня діяльність багата в чому засновувалася на процесуальних кодексах, які вважалися на той час одними з найкращих у Європі (цікавим і слушним є той факт, що, наприклад, Цивільний процесуальний кодекс Австро-Угорщини, прийнятий ще 1895 р., в Австрії є чинним до сих пір).

До наукового доробку проблематики висвітлення особливостей становлення інституту прокуратури на західноукраїнських землях у складі Австро-Угорської імперії, а також загальних аспектів становлення й розвитку прокуратури на українських землях зробили внесок такі дослідники: О. Казак, Ф. Кашарський, О. Кондратюк, І. Курбатова, Х. Кухарук, В. Литовка, М. Маврик, Г. Мамєдов, Н. Наулік, О. Павлюк, Н. Панич, Н. Старченко, В. Сухонос, М. Твердохліб, О. Феоктістова, В. Юсупов та інші.

Метою статті є встановити особливості становлення й організації діяльності австро-угорської прокуратури на західноукраїнських землях.

Виклад основного матеріалу. Протягом кінця XVIII ст. – до початку XX ст. Наддніпрянська Україна перебувала в складі Російської імперії, а західноукраїнські землі – під зверхністю Австрійської імперії, яка 14 листопада 1868 р. перетворилася на Австро-Угорську монархію. Закарпаття стало першою із західноукраїнських земель, яке було приєднано до складу Австрії, оскільки 1526 р. разом з Угорським королівством опинилося під владою цієї імперії. Після поділу Польщі 1772 р. Австрії дісталася Галичина, Буковина потрапила до складу імперії після 1774 р., коли було підписано Кючук-Кайнарджійський мирний договір між Туреччиною та Росією. Із цього моменту на всі ці три складники західноукраїнських земель стали розповсюджуватися австрійські порядки.

Про значущість висвітлення історії прокуратури на західноукраїнських землях у визначений період говорить Н. Наулік: «Важливу роль у формуванні прокуратури України відіграло утворення та діяльність прокуратури в Галичині в складі Австрії й Австро-Угорщини в період 1849–1918 років. Значимість прокуратури на цих землях зумовлена тим, що вона була утворена за зразками європейської правової системи» [6, с. 31].

М. Мавдрик, загалом характеризуючи розвиток прокуратури на західноукраїнських землях, зауважує, що її становлення тут і розвиток зумовлені запровадженням демократичного обвинувального процесу, який був притаманний австрійському кримінальному судочинстві, і потребі у створенні органу державної влади, перед яким ставилося б завдання з підтримання державного обвинувачення, і таким органом стала прокуратура. У загальних рисах у Галичині вперше ввели посаду прокурора 1849 р., а остаточно сформувалася єдина система державних прокуратур тут 1855 р., коли були утворені вищі державні прокуратури й підлеглі їм державні прокуратури [4, с. 26–27].

Щодо історії нормативно-правового регулювання державних прокуратур, можна спершу зазначити саме 1849 р. У березні цього року австрійській цісар своїм патентом затвердив низку законів: «Проти зловживань преси» та «Положення про процес розслідування зловживань преси». Згідно із цими актами, запроваджувалися посади державних прокурорів на теренах імперії, разом із ними діяла система загальних органів прокуратури. Водночас у цей час посади державних прокурорів були лише при судах, а після проведення судових реформ уже в Австро-Угорщині 1850 р. запроваджена «повноцінна» прокуратура. Норми щодо правового статусу прокуратури містилися в спеціальному законі «Тимчасовий органічний закон про прокуратуру» від 10 липня 1850 р. Саме він урегульовував порядок утворення Генеральної прокуратури, визначав її функції, а посади державних прокурорів уводилися в суди окружні та крайові, водночас при Верховному судовому та касаційному трибуналах і при Вищих крайових судів уводилася посада генерального прокурора [5, с. 291–292].

Детально правовий статус органів прокуратури визначався в Кримінально-процесуальному кодексі 1850 р., а в законі від 10 липня 1850 р. закріплювалися дві основні функції прокуратури: 1) «частково для безпосереднього правосуддя в цивільних і кримінальних судах»; 2) «частково для урядового керівництва юстицією і поліпшення й правильного застосування законів загалом» [2, с. 99]. Х. Кухарук називає другу функцію прокуратури як роль урядового засобу впливу на суд, хоча формально визначалося підпорядкування суду прокуратурі. За цим законом, прокуратура від імені держави вносила та підтримувала обвинувачення в міс-

цевих судах, а також прокурори виконували наглядові функції за законністю в місцях позбавлення волі та діяльності інституту адвокатури й виступала органом контролю за діяльністю нотаріусів. У Законі 1871 р. про діяльність нотаріусів визначалося, що саме прокуратура здійснює нагляд за їхньою діяльністю [2, с. 98]. Наступним відчутним кроком у питаннях розбудови законодавства з регулювання справами прокуратури та судоустрою стала, власне, реформа суду 1873 р., коли до інституту прокуратури були внесені корективи: прокурор при Верховному суді й касаційному називався Генеральним, прокурори при Вищих крайових судах отримали назву старших прокурорів, а окружні – державних, відчутні зміни відбулися в питаннях існування генеральної прокуратури [2, с. 98–101].

У 1850-х рр. розпочалося утворення на західноукраїнських землях системи прокуратур. При кожному окружному суді вже в 1850 р. вводилися посади державних прокурорів. У Східній Галичині існувало сім окружних прокуратур: у Львові, Перемишлі, Золочеві, Самборі, Станіславі, Тернополі, Чернівцях. Обсяги компетенції прокуратури та прокурорів визначалися законом від 31 грудня 1851 р., структурно-організаційні питання визначалися розпорядженням міністра юстиції. О. Кондратюк зазначає: «Функціонально прокуратура здійснювала нагляд за діяльністю слідчих органів, організацією й перебігом судових процесів в окружних і повітових судах, уносила й підтримувала державне звинувачення в справах щодо антидержавної діяльності, убивств, грабежів, підпалів тощо, а з 1863 р. здійснювала нагляд за дисциплінарними порушеннями судових чиновників, з 1865 р. – за діяльністю в'язниць» [1, с. 21–22].

М. Мавдрик виділяє такі повноваження прокуратур, які засновані в Галичині за часів Австро-Угорської імперії: «... участь державних прокурорів у розглядах судами першої інстанції окремих категорій цивільних справ, зокрема оголошення особи померлою, розлучення або визнання шлюбу недійсним, усиновлення, встановлення опіки (піклування) або їх скасування тощо; здійснення контролю за додержанням законодавства імперії органами, які проводили дізнання та досудове слідство; підтримання державного обвинувачення; здійснення нагляду за додержанням імперського законодавства при виконанні рішень судів у кримінальних справах; також контроль за діяльністю нотаріусів» [4, с. 27]. З організаційних питань і питань повноважень Н. Наулік зазначає: «Представництво інтересів громадян у суді провадилося державними прокурорами в судах першої інстанції з окремих категорій цивільних справ, зокрема розлучення та визнання шлюбу недійсним, оголошення особи померлою, встановлення опіки або її скасування. Вищі державні прокуратури мали більше повноважень, ніж державні прокуратури, оскільки вони були наділені деякими спеціальними повноваженнями, зокрема правом на касаційне оскарження рішень про вилучення записів із земельних кадастрів» [6, с. 31].

У судовій системі та в системі органів прокуратури необхідно наголосити, що в кожному трибуналі першої інстанції була посада державного прокурора, а вже в трибуналі другої інстанції діяв державний надпрокурор, при Верховному та Касаційному трибуналі діяв Генеральний прокурор із заступниками. Загалом заступники прокурорів і надпрокурорів представляли також прокуратуру в зносинах з іншими органами. Внутрішня побудова системи прокуратури, на думку деяких дослідників, була сформована за французьким зразком із використанням французького законодавства. У питаннях підзвітності прокурори трибуналів першої інстанції підпорядковувалися надпрокурорам і їм звітували, а останні та Генеральний прокурор були підзвітними Міністру юстиції [2, с. 75–76].

Детальніше необхідно зупинитися на діяльності Генеральної прокуратури. Загалом Генеральна прокуратура Австрії, а згодом Австро-Угорщини має свій відлік від зазначеного 1849 р. 14 червня 1849 р. імператор Австрії ухвалив рішення «Про основи нового судочинства імперії», норми якого передбачали існування при Верховному суді та касаційному трибуналі в столиці Генеральної прокуратури Австрії. Тимчасовий кримінально-процесуальний кодекс Австрії 1850 р. також визначав лише деякі питання структури Генеральної прокуратури. За параграфом 51 цього кодексу, до складу Генеральної прокуратури входили заступники Генерального прокурора. Закон 10 липня 1850 р. вже чітко визначав порядок формування й функціонування такої прокуратури, однак вже після ухвалення імператорського патенту 31 грудня 1851 р. Генеральна прокуратура підлягала ліквідації. Н. Панич указує на аргументацію таких дій цісаря: імператор не міг допустити посягань на його самодержавну владу, оскільки Генеральний прокурор мав охороняти правову єдність та однакове застосування законів у державі [7, с. 55]. Примітною різницею в підходах до творення прокуратури є прагнення у створенні інституту прокуратури та генерал-прокурорів Російській імперії посилити підконтрольність усієї вертикалі

влади безпосередньо імператорові, оскільки на місцях традиційно в Російській імперії у XVIII ст. й до епохи реформ 1860-х рр. процвітало хабарництво та невиконання задля власного збагачення чиновниками приписів з боку центральної влади.

Задля ліквідації Генеральної прокуратури на виконання рішення імператора вже 21 січня 1852 р. в міністерстві юстиції було видано указ, який офіційно призвів до припинення існування Генеральної прокуратури. Без інституту Генеральної прокуратору й прокурорського представництва у вищій державній інституції Австро-Угорщина проіснувала до 1873 р. Після демократизації суспільного життя, що відбувалося протягом 1860-х рр., уже в 1867 р. було розроблено перший законопроект нового кримінально-процесуального кодексу, норми якого передбачали формування Генеральної прокуратури як центрального органу в загальній системі прокуратури. Уже з прийняттям згаданого вище кодексу 23 березня 1873 р. розпочався процес формування відновленої Генеральної прокуратури.

Разом із відновленням Генеральної прокуратури владою було вирішено, що, окрім новоприйнятого кодексу, залишити стару, уже наявну нормативну базу з питань формування та діяльності Генеральної прокуратури, звільнення та призначення голови цієї інстанції тощо. Очільник Генеральної прокуратури здійснював власну діяльність при Верховному судовому та касаційному трибуналі. Як уже вказувалося, до структури також входили заступники Генерального прокурора, а також службовці прокуратури, канцелярії та обслуговуючий персонал [7, с. 56]. Законодавством висувалися цензи для Генерального прокурора та заступників, серед вимог були досягнення тридцяти років, відсутність судимості, особа повинна скласти суддівський іспит і практичний іспит. Генеральний прокурор і його заступники призначалися особисто імператором без проведення конкурсу, що було винятком в імперії, разом із тим цей прокурор підпорядковувався, як зазначалося, міністру юстиції, а Вищі державні прокурори та державні прокурори складали саме перед Генеральним прокурором присягу. Серед обов'язків Генерального прокурора Н. Панич виділяє участь у розглядах із правом касаційного оскарження судових рішень по всіх кримінальних справах, що знаходилися в провадженні Верховного судового та касаційного трибуналу; участь у розглядах у вищій інстанції питань підсудності справ між вищими крайовими судами; розгляд цивільних справ у вищій інстанції, якщо в першій інстанції або апеляційній була участь прокурорів [7, с. 57].

Варто акцентувати увагу й на вимогу до «звичайних» прокурорів: призначення на посаду відбувалося на конкурсній основі, а указ про оголошення конкурсу опубліковувався в ЗМІ. Віковий ценз установлювався в тридцять років (мінімальний вік), особа повинна була успішно скласти іспити із теоретичних і практичних знань. Передбачалася трирічна практика в прокуратурі на допоміжних посадах. Важливою вимогою та досить корисною в подальшій роботі було знання мов, якими розмовляє більшість населення краю [8, с. 186]

Окрім Генеральної прокуратури та загалом прокуратури загальної компетенції, діяли прокуратури спеціалізовані. Наприклад, в Австрії та Австро-Угорщині діяли фінансові прокуратури, діяльність яких розпочалася в 1851 р. Такі прокуратури займалися захистом державних фінансових інтересів в австрійських судах усіх інстанцій. Для Галичини фінансова прокуратура після 1851 р. знаходилася традиційно в адміністративному центрі, себто Львові, для Буковини було обрано Чернівці (Львівська фінансова прокуратура до 1867 р. діяла й на Буковині, однак із цього року було утворено фінансову прокуратуру в Чернівцях). Загалом такі місцеві фінансові прокуратури були підпорядковані міністерству фінансів і крайовій фінансовій дирекції. Очільником фінансової прокуратури був фінансовий прокурор, на якого покладалися завдання загального керівництва справами прокуратури, розподіл справ серед підлеглих, здійснення контрольних повноважень щодо правильності й законності ведення справ співробітниками фінансової прокуратури й своєчасністю розгляду справ. До штату фінансової прокуратури здебільшого входили 3 фінансові радники, 3 секретарі, 2 ад'юнкти й допоміжний персонал [3, с. 16].

Висновки

Хоча на західноукраїнських землях інститут прокуратури з'явився дещо пізніше, аніж у Наддніпрянській Україні в складі Російської імперії, тут прокуратура відповідала найкращим стандартам європейських аналогів, а також спиралася на прогресивне процесуальне законодавство. Загалом австрійська й австро-угорська прокуратура мала чітку структуру, окрім прокуратур загальної компетенції, діяли спеціалізовані прокуратури у вигляді фінансових прокуратур. Генеральна прокуратура, на відміну від прокуратури в Російській імперії, яка діяла в умовах абсолютизму, була дійсно досить самостійною структурою в умовах конституційного лібералізму (уже після утворення

Австро-Угорської монархії, оскільки за часів Австрії вона проіснувала декілька років). До прокурорів Генеральної прокуратури та помічників, а також до інших прокурорів висувалися досить серйозні вимоги й кандидатські цензи, що значно підвищувало кваліфікаційний рівень прокурорського кадрового корпусу та їхніх помічників.

Список використаних джерел:

1. Кондратюк О.В. До питання утворення і місця органів прокуратури Галичини в судовій системі Австро-Угорщини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2011. Вип. 4. С. 20–24.

2. Кухарук Х.І. Організаційно-правові форми кадрової політики в органах прокуратури Східної Галичини 1867–1939 років: історико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2019. 245 с.

3. Литовка В.М. Становлення та розвиток інституту фінансової прокуратури на території українських земель. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2013. № 6-3. Том 1. С. 16–18.

4. Мавдрик М.Я. Становлення та розвиток прокуратури України як інституту захисту прав і свобод людини і громадянина. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2012. № 3. С. 22–35.

5. Мамєдов Г.А. Специфіка прокурорської діяльності в Австро-Угорській імперії. *Публічне право*. 2016. № 1. С. 291–297.

7. Панич Н.Ю. До питання про Генеральну прокуратуру Австро-Угорщини (1867–1918 рр.). *Університетські наукові записки*. 2008. № 4. С. 54–57.

8. Твердохліб М.Г. Участь прокурора в кримінальному провадженні в суді на Буковині та Галичині (1849–1918 рр.). *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2015. Вип. 2 (3). С. 184–187.

Oleksandr Chudnovskyi. Institute of the prosecutor's office in the western Ukrainian lands, when they were part of the Austrian and Austro-Hungarian monarchies

The article deals with the peculiarities of the establishment of the institute of the prosecutor's office in the western Ukrainian lands, when they were part of the Austrian and Austro-Hungarian monarchies. It is emphasized that research on the history of the Austro-Hungarian Prosecutor's Office is an important and topical issue, as at one time this prosecutor's office was one of the most progressive in Europe. It is noted that the formation of the prosecutor's office in Western Ukraine is due to the general imperial need to introduce a democratic prosecution process. The main milestones in the implementation of the regulatory framework for the regulation of the prosecutor's office are revealed, and 1849 is indicated as the beginning of the history of the institute of prosecutors in Austria and in the western Ukrainian lands as part of it. The list of district prosecutor's offices of Galicia is given. The article defines the main functions (direct justice in civil and criminal courts and for the governmental administration of justice), powers and tasks of the prosecutor's office (participation in the courts of first instance of certain categories of civil cases; accusations, control over the observance of imperial legislation in the execution of court decisions in criminal cases; control over the activities of notaries). The structure, procedure for appointment, powers and requirements for candidates for the position of the Prosecutor General and his assistants are considered. It was found that in the system of prosecutorial bodies in each tribunal of the first instance there was a position of the state prosecutor, and already in the tribunal of the second instance the state over the prosecutor acted, at the Supreme and Cassation tribunals the Prosecutor General acted with deputies. The peculiarities of the activity of specialized prosecutor's offices, namely financial prosecutor's offices, are highlighted, the cities in which such prosecutor's offices operated in the western Ukrainian lands, the staff and powers of such prosecutor's offices are determined. The study also discusses the general requirements and procedure for selecting candidates for the post of prosecutor in Austria-Hungary.

Key words: Galicia, state prosecutors, requirements for a candidate for the position of prosecutor, Prosecutor General, Financial Prosecutor's Office.

УДК 341.171
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.52

Сюзанна Асірян,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри права Європейського Союзу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Сергій Власенко,
студент
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Софія Трішина,
студентка
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРИЄДНАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Стаття присвячена дослідженню історичних передумов, необхідності, основних етапів приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. у контексті розвитку законодавства Європейського Союзу. Проаналізовано положення установчих договорів, зокрема Договору про Європейський Союз 1992 року зі змінами, внесеними до нього в результаті Лісабонської угоди 2007 р. Вивчено положення Протоколу № 8 щодо вимог до угоди про приєднання, її необхідних умов, а також Протоколу № 14, який вносив зміни до Конвенції 1950 р. щодо можливості приєднання до неї Євросоюзу. Розглянуто та проаналізовано висновки Суду Європейського Союзу 2/94 від 1996 та 2/13 від 2014 р., якими Суд ЄС обґрунтував неможливість приєднання Європейського Союзу до Конвенції, а також проаналізовані основні мотиви суду, які були покладені в основу вказаних рішень. У контексті подальшого розвитку відносин у сфері захисту прав людини між ЄС та Радою Європи досліджено Проект Угоди про приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. Розглянуто та проаналізовано думки науковців, предметом вивчення яких було питання долучення Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Проаналізовано сучасні заяви очільників інституцій Європейського Союзу та органів Ради Європи про продовження вироблення правових інструментів та встановлення моделей приєднання. У статті розглянуто питання щодо можливості існування колізій у разі приєднання Європейського Союзу до Конвенції 1950 р. Зроблено висновки про наслідки приєднання ЄС до Конвенції, зокрема, щодо появи цілісної системи захисту прав людини на європейському континенті. Наголошено на тому, що приєднання стане важливим етапом, який створить повноцінний механізм у сфері захисту прав людини та основоположних свобод у всій Європі та надасть можливість громадянам держав-членів ЄС звертатися за захистом своїх порушених прав до Європейського Суду з прав людини у разі такого порушення з боку інституцій Європейського Союзу.

Ключові слова: Європейський Союз, приєднання, захист прав людини, Рада Європи, Лісабонський договір, Суд ЄС, переговори, перспективи.

Постановка проблеми. З моменту свого заснування європейські співтовариства не приділяли значної уваги питанням захисту прав людини. Це пояснюється історично, оскільки першочерговою метою створення європейських співтовариств була економічна інтеграція, яка не передбачала можливості порушення прав фізичних та юридичних осіб. Однак із заснуванням Європейського Союзу (далі – ЄС або Євросоюз) концепція прав людини отримала нормативне закріплення на рівні установчих договорів, а також шляхом прийняття інших міжнародних актів, зокрема Хартії ЄС про основоположні права.

У 1949 р. була створена Рада Європи (далі – РЄ), що стала міжнародною організацією, для якої сфера захисту прав і свобод

© С. Асірян, С. Власенко, С. Трішина, 2020

людини є ключовою. У рамках даної організації була прийнята Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція 1950 р. або ЄКПЛ), що стала ядром найбільш ефективної системи охорони людських прав. Натепер цей документ ратифікували всі 47 держав-членів РЄ, в тому числі й Україна, а також усі 27 держав-членів ЄС. Євросоюз визнає Європейську конвенцію 1950 р., але не є її учасником, і тому Конвенція не становить частину права ЄС в класичному розумінні.

У ЄС не існує цілісного механізму захисту прав людини. Систему захисту прав людини, яка функціонує в державах-членах ЄС, доповнює система захисту на рівні Євросоюзу. Окрім цього, захист прав і свобод людини також здійснюється в межах Ради Європи, учасниками якої є всі держави-члени Євросоюзу. Тому склалася ситуація, коли в Європі сформувалися дві самостійні системи захисту прав людини – в межах Ради Європи і в рамках Європейського Союзу. Тема приєднання ЄС до Конвенції 1950 р. обговорюється міжнародною спільнотою з кінця 70-х років XX ст. і не дістала свого логічного завершення аж до сьогоднішнього дня.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання приєднання ЄС до Конвенції 1950 р. останнім часом стало предметом численних досліджень. Зокрема, вказаному питанню присвячені праці таких науковців: М.В. Буроменського, Т.В. Комарової, О.В. Сердюка, В.І. Муравйова, О.В. Святун, К.І. Александрової, Р. Арнольда та ін.

Мета дослідження – проаналізувати історичні передумови, необхідність, основні етапи приєднання ЄС до Конвенції 1950 р., а також дослідити ключові рішення, які зупиняли процес такого приєднання, з'ясувати мотиви їх прийняття, а також проаналізувати сучасний стан справ у вказаному напрямі.

Виклад основного матеріалу. Із самого початку свого існування європейські співтовариства започаткували тісні стосунки з Радою Європи. У Договорі про заснування Європейського співтовариства була передбачена ст. 303 (нині це положення передбачене в ст. 220 Договору про функціонування Європейського Союзу), яка закріплювала необхідність встановлення відповідних форм співпраці з відповідними міжнародними організаціями, зокрема з Радою Європи [1].

Проаналізувавши первинне законодавство ЄС, ми з'ясували, що вперше ЄКПЛ була згадана у Договорі про ЄС (далі – ДЄС) зі змінами і доповненнями, внесеними Амстердамським договором. Він передбачав, що ЄС повинен поважати основні права, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Це положення вказувало на визнання й необхідність дотримання Євросоюзом встановлених Радою Європи стандартів прав людини. Але воно прямо не передбачало поширення на ЄС загалом (тобто на діяльність інституцій, які його уособлюють і представляють) механізмів їх захисту, передбачених ЄКПЛ [2, с. 221].

Із прийняттям Лісабонського договору ДЄС був доповнений статтею 2, яка передбачає, що союз заснований на цінностях поваги людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини, включаючи права осіб, що належать до меншин. Ці цінності є спільними для держав-членів у рамках суспільства, що характеризується плюралізмом, недискримінацією, терпимістю, справедливістю, солідарністю і рівністю жінок і чоловіків. Тобто повага та захист прав людини є одним з основних напрямів діяльності Європейського Союзу [3].

Варто підкреслити, що всі держави-члени ЄС одночасно є й членами РЄ і сторонами багатьох її правозахисних інструментів, передусім Європейської Конвенції 1950 р., що, застосовуючи норми права Євросоюзу, держави-члени мають добросовісно дотримуватися своїх міжнародних зобов'язань у сфері захисту прав людини, зокрема, у рамках РЄ.

На думку Л.Г. Фалалєєвої, приєднання ЄС до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. актуалізує запобігання конфліктам компетенцій і правовим колізіям, включно з різним тлумаченням норм у сфері забезпечення та захисту прав людини судовими органами ЄС та РЄ, а також поступове формування на основі функціонуючих у них систем захисту прав людини, що вирізняються гнучким і динамічним характером, загальноєвропейської системи захисту прав людини. Важливу роль у цьому процесі відіграватиме стан взаємодії між Судом ЄС та Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ), який не лише довів доцільність свого існування, а й здобув авторитет як гарант дотримання норм Конвенції 1950 р. та протоколів до неї, як їх автентичний інтерпретатор [4, с. 152].

Із прийняттям у 2000 р. Хартії ЄС про основоположні права питання про приєднання ЄС до ЄКПЛ набуло ще більшої актуальності. Зазначений міжнародний документ, встановивши каталог прав людини, став першим актом ЄС, що регулює сферу

гарантування та захисту прав людини і громадянина на рівні правопорядку ЄС, а отже, і наділяє органи ЄС відповідною компетенцією. Її прийняття стало позитивним фактом у розвитку системи захисту прав людини в ЄС, але при цьому, на думку багатьох науковців, також стало точкою відліку для створення альтернативної європейської системи захисту прав людини та основоположних свобод, яка б могла конкурувати із системою захисту прав, створеною ЄКПЛ в межах РЄ [2, с. 222].

Варто відзначити, що приєднання ЄС до ЄКПЛ до набуття чинності Лісабонським договором було взагалі неможливим, оскільки до цього моменту ЄС взагалі не мав міжнародної правосуб'єктності. У цьому питанні положення Лісабонського договору чітко закріпили існування правосуб'єктності ЄС у ст. 47 ДЄС, а також шляхом прийняття Декларації щодо правосуб'єктності ЄС. Отже, як результат, ЄС отримав міжнародну правосуб'єктність, тобто здатність мати права та обов'язки згідно з міжнародним правом, зокрема право укладати міжнародні договори від власного імені. Однак, навіть будучи суб'єктом міжнародного права, поширення норм ЄКПЛ на ЄС, як на самостійне утворення, потребує подальшої співпраці Ради Європи та інституцій ЄС.

Також прийняття Лісабонського договору і, внаслідок цього, внесення змін до установчих договорів стало визначальним у питанні приєднання ЄС до ЄКПЛ, оскільки стаття 6 ДЄС доповнювалася положеннями, відповідно до яких ЄС приєднується до Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Це приєднання не впливає на повноваження Союзу, визначені Договорами. Основоположні права, що гарантуються Європейською Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод і які випливають із конституційних традицій, спільних для держав-членів, є загальними принципами права Союзу. Тобто роль Лісабонського договору у цьому питанні є ключовою, оскільки на рівні установчих договорів було закріплено обов'язок ЄС приєднатися до ЄКПЛ [3].

Крім того, до установчих договорів ЄС було додано Протокол № 8 щодо п. 2 ст. 6 ДЄС стосовно приєднання Союзу до ЄКПЛ, який передбачає, що угода про приєднання має відповідати певним умовам, зокрема, передбачати збереження специфічних особливостей права ЄС та всього Союзу та забезпечити, щоб приєднання ЄС не впливало на його повноваження або повноваження його інститутів. З боку Ради Європи теж були зроблені відповідні кроки і, як наслідок, був прийнятий Протокол № 14 (набув чинності 1 червня 2010 р.), котрий доповнив ЄКПЛ положенням про можливість ЄС приєднатися до неї [5, с. 138].

Зокрема, Статут РЄ (ст. 4) закріплює можливість членства у ній будь-якої європейської держави, а преамбула ЄКПЛ затвердила саме держав-членів Ради Європи як її підписантів [6]. Установчі договори ЄС також не передбачали можливості його приєднання до ЄКПЛ, оскільки спочатку європейські співтовариства функціонували виключно як структури економічного спрямування.

Згідно з вищевказаним Протоколом № 14, статтю 59 ЄКПЛ було доповнено ч. 2, яка передбачила можливість приєднання ЄС до ЄКПЛ. За наявності таких правових засад переговорний процес за участю РЄ та ЄС став реальним і конструктивним [7].

На рівні Євросоюзу питання щодо його приєднання до ЄКПЛ порушувалось у 1996 році, і таке приєднання мало відбутися на основі міжнародної угоди між ЄС та РЄ. У ході дискусій було вирішено звернутися за відповідним рішенням до Суду ЄС про можливість такого приєднання. Підсумком цього став висновок Суду ЄС 2/94, де неможливість приєднання ЄС до ЄКПЛ обґрунтовувалась відсутністю у ЄС відповідної компетенції, яка не була передбачена його установчими договорами. Тобто таке приєднання могло мати місце лише за наявності релевантної правової бази [8, с. 49].

Відповідно до установчих договорів, держава-член, Європейський Парламент, Рада або Комісія можуть отримати висновок Суду щодо того, чи є запланований договір сумісним з установчими договорами. Якщо висновок Суду є негативним, запланований договір не може набути чинності, доки до нього не буде внесено зміни або не буде переглянуто установчі договори. Таке звернення було направлено Радою до Суду щодо відповідного Проекту Угоди про приєднання, та у Висновку 2/94 Суд підкреслив, що Союз не має компетенції для приєднання до ЄКПЛ [5, с. 137-138].

На думку В.І. Муравйова та О.В. Святун, одною з важливих причин такої позиції Суду ЄС було те, що таке приєднання передбачало б запозичення норм без урахування специфіки ЄС і його права. Ще однією причиною стала відсутність у Європейській конвенції 1950 р. розгорнутого каталогу соціальних, економічних та культурних прав, які містяться в іншому документі Ради Європи – Європейській соціальній хартії 1961 р., переглянутій у 1996 р. З іншого боку, Суд не бажав підпорядковувати свою юрис-

дикцію Європейському суду з прав людини. Оскільки громадяни ЄС за захистом своїх прав можуть звертатись до судових органів ЄС та Європейської конвенції 1950 р., то виникає проблема, суть якої полягає в тому, чиє рішення буде мати пріоритет у разі колізії [9, с. 6].

Після чергових переговорів ще однією спробою надати ЄС право вступити до ЄКПЛ могло стати судове схвалення затвердженого у квітні 2013 року Проекту угоди про приєднання ЄС до ЄКПЛ. Але висновком Суду ЄС від 18.12.2014 № 02/13 вкотре визнано неможливість такого приєднання навіть за наявності ч. 2 ст. 6 ДЄС, згідно з внесеними у 2007 р. Лісабонським договором змінами щодо зобов'язання ЄС приєднатись до ЄКПЛ [3].

Вказане рішення містить головну тезу: якщо приєднання ЄС до ЄКПЛ відбудеться відповідно до правил та процедур, що визначені у Проекті Угоди, то буде створено ризики руйнації базових засад конституційної системи ЄС. Вказана позиція обґрунтовується Протоколом № 8 до Лісабонського договору, відповідно до якого розкривається положення ч. 2 ст. 6 Договору про ЄС щодо приєднання до ЄКПЛ, а саме: особливі умови можливої участі Союзу в контрольних інстанціях Європейської конвенції; необхідні механізми з метою гарантування правильності подання скарг з боку держав, які не є членами, й індивідуальних скарг, залежно від обставин, проти держав-членів і/або проти Союзу. Також Суд ЄС звертає увагу на ризик відступу від принципу взаємної довіри, що є однією із засад ЄС, у разі приєднання до ЄКПЛ. Тож Суд ЄС своїм рішенням визнав неприйнятним Проект Угоди у зв'язку з його невідповідністю праву ЄС.

На думку О. Сердюка, висновок № 2/13 має політичний підтекст та наслідки, що не зовсім узгоджуються з політичною волею держав-членів ЄС щодо створення єдиної європейської системи захисту прав людини [8, с. 48].

Думку щодо приєднання ЄС до ЄКПЛ підтримує Г. Крюгер, який наголошує, що приєднання ЄС до ЄКПЛ додало би більшої злагодженості розвитку питання захисту прав людини в Європі, а також звертає увагу на необхідність уникнення конкуренції двох систем захисту прав людини (у межах РЄ та Євросоюзу) [10, с. 168].

Також приєднання ЄС до Конвенції 1950 р. вирішить важливе питання. Оскільки існує колізія, коли громадяни країн-членів ЄС (які у повному складі приєднались до ЄКПЛ) мають право на захист своїх прав, визначених Конвенцією 1950 р., шляхом звернення зі скаргами на дії та рішення органів своїх держав. Однак постає питання щодо захисту аналогічних прав у разі порушення їх інституціями ЄС. У разі такого приєднання ЄСПЛ зможе контролювати дії чи/та бездіяльність інститутів ЄС з точки зору дотримання прав, гарантованих Конвенцією 1950 р. Тобто ЄС, який має статут наднаціонального союзу, стане на рівні його ж держав-членів.

Але Європейський Союз після двох однозначно негативних рішень Суду ЄС про приєднання до ЄКПЛ не полишає спроб приєднатися до Конвенції 1950 р. І тому 15.01.2020 заступники міністрів Ради Європи ухвалили продовження термінів співпраці з представниками ЄС у ad hoc групі щодо вироблення правових інструментів, встановлення моделей приєднання. Такому рішенню передував лист від 31.11.2019, підписаний як Президентом, так і Першим віце-президентом Комісії ЄС, яким Генеральний Секретар Ради Європи була інформована про те, що ЄС залишається готовим відновити переговори щодо приєднання до Конвенції 1950 р.

Представники Ради Європи заявили, що приєднання ЄС до Конвенції 1950 р. стане важливим етапом, який створить повноцінний механізм у сфері захисту прав людини та основоположних свобод у всій Європі. Громадяни зможуть оскаржити дії ЄС перед ЄСПЛ, ЄС зможе долучитись до своїх держав-членів у розгляді справ у ЄСПЛ стосовно порушень, які виникли через законодавство ЄС [11].

Висновки

Отже, актуальним залишається питання щодо приєднання ЄС до Конвенції 1950 р., яке обговорюється у європейській спільноті майже півсторіччя. ЄС та РЄ продовжують стверджувати важливість приєднання. Допоки ЄС не ратифікує ЄКПЛ, будуть існувати розбіжності в стандартах прав людини як на європейському рівні, так і між ЄС і його державами-членами. Таке приєднання створить гарантії однакових засобів судового контролю щодо захисту прав людини як на національному рівні, так і на рівні ЄС. Приєднання ЄС до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на нашу думку, надасть завершеного вигляду системі захисту прав людини і громадянина в ЄС. Вказаний механізм буде працювати для громадян держав-членів ЄС, які одночасно є громадянами ЄС, та повною мірою надасть можливість захисту своїх порушених прав відповідними інституціями Євросоюзу. Переговори тривають, та, можливо, в май-

бутньому ми станемо свідками створення єдиної системи цілісних стандартів у сфері захисту прав людини в Європі.

Список використаних джерел:

1. Про Європейський Союз та про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями: Договори, консолідовані версії станом на 10.03.2010 / Європейський Союз. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text (дата звернення: 15.11.2020).

2. Поліванова О.М. Особливості приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції щодо захисту прав людини і основоположних свобод 1950 року. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2014 р. № 1(72). С. 220-224.

3. Про Європейський Союз : Договір від 07 лютого 1992 року / Європейський Союз. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text (дата звернення: 15.11.2020).

4. Фалалєєва Л.Г. Приєднання Європейського Союзу до Конвенції з прав людини: правова позиція Суду. *Судова апеляція*. 2017. № 3(48). С. 151-161.

5. Комарова Т.В. Практика Суду Європейського Союзу щодо приєднання до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права* : зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова. Харків. 2015. Ч. 1. С. 135–144.

6. Статут Ради Європи від 05 травня 1949 року / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001#Text (дата звернення: 15.11.2020).

7. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04 листопада 1950 року / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 15.11.2020).

8. Сердюк О.В. Перешкоди приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: висновок Суду ЄС 02/13 (18.12.2014). *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права :* зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова. Харків. 2015. Ч. 1. С. 47–55.

9. Муравйов В.І. Святун О.В. Організаційно-правовий механізм захисту прав людини в Європейському Союзі. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2013. Вип. 117. Ч. 2. С. 3-16.

10. Кузьма В. Правове регулювання приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 року: перспективи та реалії. *Jurnalul juridic national: teorie şi practică*. 2017. №.1 С. 165-170.

11. Приєднання ЄС до Європейської конвенції з прав людини / Офіс Ради Європи в Україні. URL: https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/the-eu-s-accession-to-the-european-convention-on-human-rights (дата звернення: 15.11.2020).

Siuzanna Asirian, Serhii Vlasenko, Sophiia Trishyna. Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

This article examines the historical background, necessity, main stages of accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 in the context of the development of European Union law. The provisions of the founding treaties, in particular the Treaty on European Union of 1992 and the amendments to it as a result of the Lisbon Treaty of 2007, are analyzed. The provisions of Protocol № 8 on the requirements of the Accession Treaty, its necessary conditions and Protocol № 14, which amended Convention of 1950 on the possibility of accession to the European Union. The conclusions of the Court of Justice of the European Union 2/94 of 1996 and 2/13 of 2014, by which the Court of Justice of the European Union justified the impossibility of accession of the European Union to the Convention, are considered and analyzed, as well as the main motives of the court. In the context of further development of human rights relations between the EU and the Council of Europe, the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 was examined. The opinions of scholars, the subject of which was the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, were considered and analyzed. The article considers the possibility of conflicts in the event of accession of the European Union to the 1950 Convention. Conclusions are drawn on the consequences of EU accession to the Convention, in particular on the emergence of an integrated system of human rights protection on the European continent. Emphasis is placed on the fact that accession will be an important step, which will create a full-fledged mechanism for the protection of human rights and fundamental freedoms throughout Europe and enable citizens of EU Member States to apply to the European Court of Human Rights for protection of their violated rights. violations by the institutions of the European Union.

Key words: European Union, accession, protection of human rights, Council of Europe, Lisbon Treaty, Court of Justice, negotiations, prospects.

УДК 341.983
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.53

Аркадій Запорожченко,
аспірант,
молодший науковий співробітник відділу методології приватноправових досліджень
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ДИСКРЕЦІЯ ТА АВТОНОМІЯ ВОЛІ В МІЖНАРОДНОМУ АРБІТРАЖІ: РОЗМЕЖУВАННЯ БАЗОВИХ ПОНЯТЬ

Стаття присвячена проблематиці розмежування понять «дискреція» та «автономія волі» в контексті міжнародного комерційного арбітражу. На думку автора, ці поняття успішно корелюють, не підміняючи одне одного.

Поняття дискреції виникло ще за часів римського права пізньої імперії й існує досі, проте в дещо зміненій формі. На думку автора, поняття «дискреція» та його україномовний відповідник «розсуд» є рівнозначними синонімами.

За результатами емпіричного аналізу дискреції в арбітражі як об'єкта дисертаційного дослідження було виявлено, що зміст цих двох понять у правовому дискурсі синонімічний, що дає підстави об'єднати ці два поняття в одне, більш загальне – арбітражна дискреція (arbitral discretion). Доведене припущення про існування двох форм арбітражної дискреції – дискреції сторін (parties' discretion) та дискреції арбітрів (arbitrators discretion). Аргументовано позицію, за якої узгоджена дискреція сторін виявляється у формі автономії волі сторін (autonomy of the will).

Проаналізовано деякі випадки прояву розсуду сторін та розсуду арбітрів. На прикладі арбітражної угоди аргументовано, що розсуд арбітра прямо залежний від узгодженого розсуду сторін. Така залежність також виявляється під час аналізу доктрини легітимності арбітражу.

Особливого інтересу для подальших досліджень набувають випадки обрання сторонами недержавного права, як-от lex mercatoria, як застосовного матеріального права. Також не варто оминати увагою випадки проведення арбітражу ex aequo et bono, тобто на основі засад справедливості та добросовісності.

Є достатньо підстав вважати, що дискреція сторін та дискреція арбітрів мають сталу систему обмежень.

Запропоновано розширити предмет дослідження дискреції в арбітражі та включити до нього не лише дискрецію сторін арбітражного провадження, а й розсуд арбітрів.

На основі аналізу емпіричної бази виявлено, що дискреція сторін проявляється у формі процесуальних угод, а дискреція арбітрів реалізується шляхом здійснення певних процесуальних дій.

Запропоновано використання терміна «спільне регулювання» під час дослідження автономії волі сторін міжнародного комерційного арбітражу.

Ключові слова: розсуд, дискреція, арбітражна дискреція, дискреція сторін, автономія волі, дискреція арбітрів, арбітражна угода, міжнародний комерційний арбітраж.

Постановка проблеми. Активний розвиток транскордонних операцій зумовлений процесами глобалізації та європеїзації. Динамізм таких правовідносин не завжди дає змогу врегулювати їх з точки зору національного права. Не є винятком і спори у таких правовідносинах, тому традиційно високим залишається попит на «недержавні» способи вирішення комерційних спорів. З огляду на динамізм відносин на перший план виходить питання саморегулювання правовідносин, у тому числі й процесуальних. Саме в такому випадку проявляється необхідність дослідження дискреції у міжнародному арбітражі. Найчастіше правовий дискурс користується поняттями «автономія волі сторін» та «розсуд арбітрів».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику автономії волі та дискреції в міжнародному арбітражі більшою мірою розглядали зарубіжні дослідники, зокрема: Сандей Фагбемі (*Sunday A. Fagbemi*), Майкл Прайлз (*Pryles Michael*), Зігвард Ярвін (*Sigward Jarvin*), Софі Напперт (*Sophie Nappert*), Габріель Александер (*Gabriel N. Alexander*), Вільям Парк (*William Park*) та ін. Однак автори не проводили порівняння цих понять з метою виявлення спільних та відмінних рис.

© А. Запорожченко, 2020

Саме тому **метою дослідження** є вияв спільних та відмінних рис понять «дискреція» та «автономія волі» в контексті міжнародного комерційного арбітражу.

Виклад основного матеріалу. Перші згадки про дискрецію прийшли до нас з римського права, в якому поняття дискреції нерозривно пов'язувалося зі справедливістю та процесом її пошуку. Варто зауважити, що установлення домінуючим методом правового регулювання за часів пізньої римської імперії [1, с. 53] саме дискреційного методу регулювання пов'язують з формуванням принципу добросовісності (*bona fide*) та заснованого на ньому принципу добросовісного тлумачення, яке протиставлялося текстуальній інтерпретації під час зловживання буквою права [2, с. 74-77].

Вебстерський словник (*Webster's Dictionary*), серед іншого, містить легальне визначення поняття дискреція: «повноваження державного службовця чи працівника діяти та приймати рішення на основі власного судження чи власної совісті, в межах розумності та закону (*the power of a public official or employee to act and make decisions based on his or her own judgment or conscience within the bounds of reason and the law*)» [3]. Таке визначення є справедливим не лише для «державних» посадових осіб, але й до будь-якого суб'єкта правореалізації. У цей перелік входять і сторони арбітражного розгляду та арбітри.

Додатково зазначимо, що, використовуючи поняття «дискреція», ми розуміємо його як синонім україномовного відповідника – розсуд.

Варто зауважити, що дискреційний метод є справедливим для правореалізації взагалі, оскільки за допомогою дискреційного методу правового регулювання здійснюється «впорядкування людьми своїх соціальних взаємодій шляхом установлення суб'єктивних прав і обов'язків ad hoc» на власний розсуд суб'єкта правореалізації [4, с. 29].

Виходячи з аналізу праць зарубіжних науковців, ми припускаємо, що арбітражна дискреція (*arbitral discretion*) у правозастосовній практиці репрезентована у двох видах (формах).

Першою формою ми вважаємо дискрецію сторін (*parties' discretion*).

Другою формою арбітражної дискреції є дискреція арбітрів (*arbitrators discretion*) – індивідуальний розсуд арбітрів, подібний до суддівської дискреції.

Надалі розглянемо обидві форми.

На нашу думку, дискреція сторін (*parties' discretion*) проявляється як автономія волі сторін (*autonomy of the will).*

Поняття «автономія волі» (*lex voluntatis, autonomy of the will, will autonomy*) в сучасній науці міжнародного приватного права набуло сталого змісту. Суть його полягає в тому, що сторони приватно-правових відносин, обтяжених іноземним елементом, мають право на свій розсуд визначати застосовуване матеріальне та процесуальне право, і це суб'єктивне право повинне здійснюватися виключно на консенсуальній основі шляхом укладення відповідних процесуальних угод (передусім арбітражних, пророгаційних, дерогаційних тощо).

Подібну позицію займають науковці, які вважають, що «сторони в арбітражі користуються певним рівнем свободи, враховуючи, що арбітражна угода, яка є основою будь-яких арбітражних процесів, є продуктом консенсусної угоди сторін» [5, с. 239].

Автори спеціальної юридичної літератури наголошують на тому, що арбітражна угода виконує ряд різних функцій. «По-перше, вона доводить згоду сторін передати свої суперечки до арбітражу. По-друге, вона встановлює юрисдикцію та повноваження арбітражу над державними судами. По-третє, вона є основним джерелом повноважень арбітрів. Сторони здатні у своїй арбітражній угоді розширити або обмежити повноваження, які зазвичай надаються арбітражним (третейським) судам відповідно до чинного національного законодавства. Крім того, арбітражна угода встановлює обов'язок сторін здійснювати саме арбітражний розгляд спору. Отже, арбітражні угоди мають як договірний, так і юрисдикційний характер. Вони є договірними на підставі добросовісної згоди сторін. А юрисдикційними – в силу надання юрисдикції арбітражному (третейському) суду» [6, с. 100]. Таким чином, можна підтвердити нашу тезу про те, що дискреція сторін проявляється в реалізації принципу автономії волі сторін як процесу консенсуального узгодження альтернативних версій волевиявлення кожної сторони у єдиному процесуальному акті.

Отже, можна говорити про вплив дискреції сторін на повноваження арбітрів, а відповідно, й на розсуд арбітрів. Розглянемо таке припущення в контексті розкриття другої форми арбітражної дискреції – дискреції арбітрів.

Як зазначають автори, «[арбітр] має повноваження визначати порядок розгляду справи, призначати дати слухань, давати відстрочки, продовжувати слухання за відсутності належно повідомленої сторони, визначати порядок розкриття даних, призначати й здійснювати перевірку документів, майна та приміщень, ініціювати забезпечення судо-

вих витрат, призначати експертів, делегувати обов'язки секретарям, визначати кошти, що підлягають оподаткуванню, консультуватися з іншими особами, та використовувати їх погляд на справу для покращення власного (після формування власного рішення)» [7, с. 50]. Тобто кількість повноважень арбітра значно більша за повноваження судді державного суду.

Про залежність дискреції арбітрів від узгодженої дискреції сторін свідчить те, що арбітри набувають статусу сторони арбітражної угоди з початком арбітражного розгляду [8, с. 331]. Цю думку підтримують й інші науковці, які визнають що «повноваження арбітражного судді не є ширшим за повноваження, визначені сторонами» [7, с. 50].

Софі Напперт також вказує на обмеження розсуду арбітра: «Одним з визначних обмежень розсуду арбітра є надані сторонами повноваження» [9]. Цікавою є пропонована автором концепція легітимності міжнародного арбітражу в особі арбітрів. Науковець вважає, що питання легітимності арбітра залежить «не стільки від згоди сторін, скільки від способу та підстав призначення даної особи на посаду арбітра, а також від того, як ця особа, після призначення, реалізує своє завдання і, зокрема, здійснює свій матеріальний розсуд, оскільки не є вбудованою в інституційну структуру держави, що робить арбітрів чутливими та підзвітними безпосередньо чи опосередковано окремим правовим об'єктам, таким як глобальні правові норми справедливості та моралі» [9].

Здається, що, виходячи з такої інтенції, держава абсолютно не має впливу на арбітрів та рішення, які вони приймають. Однак і автори також про це ведуть мову: арбітражні рішення можуть бути оскаржені через відсутність процесуальної справедливості (що виникає, зокрема, через неналежне здійснення процесуального розсуду), проте сторони не мають жодних правових підстав оскаржувати рішення в державних судах через неналежне, на їхню думку, здійснення матеріального розсуду, за винятком випадків, коли рішення порушує публічний порядок [9].

З огляду на це, до особи арбітра ставляться певні суб'єктивні вимоги: «цінуються чесність, поміркованість, смиренність, емпатія, милосердя (у справедливому, а не релігійному сенсі) та справедливість» [10, с. 309-310].

Отже, хоча розсуд арбітрів є вільним, необмеженим вибором, такий вибір робиться на підставі переконання окремого арбітра. Бажано, щоб такі дискреційні повноваження були сформульовані сторонами арбітражної угоди для того, щоб арбітражне рішення було таким, що не суперечить легітимності арбітра. «Дисципліна формулювання цього фундаменту забезпечує існування «перевірок та рівноваги», які є актуальними для арбітрів при перевірці того, чи є правильним той чи інший вибір» [9].

Тобто автори наголошують на тому, що дискреція арбітрів прямо обмежена положеннями арбітражної угоди та іншими домовленостями сторін, які мають місце до та під час процесу. Таким чином, проглядається зв'язок між поняттями «дискреція сторін», «автономія волі сторін» та «розсуд арбітражу», який вказує на їх комплементарність.

Цікавими в контексті взаємодії розсуду сторін та розсуду арбітрів є випадки, коли сторони визначають застосованим правом «недержавне» право.

У площині утвердження принципу автономії волі сторін міжнародного арбітражу звертають на себе увагу Принципи вибору права в міжнародних комерційних договорах, або ж Гаазькі принципи. Стаття 11 Гаазьких принципів містить положення, які прямо не зобов'язують арбітрів застосовувати імперативні норми права або публічний порядок (*ordre public*) держави суду [11]. На думку науковців, таке положення закликає арбітрів проявляти розсуд щодо того, чи існують підстави застосування імперативних норм або публічного порядку держави суду, а також спосіб їх застосування. [12, с. 1001].

Прикладом реалізації розсуду арбітрів у контексті узгодженого розсуду сторін є рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті Румунії від 29.09.2005 р. № 261. У цій справі сторони вибрали застосовуваним правом «загальні принципи права, визнані застосовуваними в міжнародному торговому праві», і суд, визнаючи автономію волі сторін, розсудив, що застосовуваними є Принципи УНІДРУА [13].

Окремої уваги заслуговують випадки, за яких сторонами спільно з арбітражним судом погоджено проведення арбітражу ex aequo et bono. Верховний суд Онтаріо у справі Liberty Reinsurance Canada v. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd визначив арбітраж, який діє за принципом «ex aequo et bono», як такий, який діє відповідно до вимог справедливості та добросовісності (*according to equity and conscience, or in justice and fairness*). Зокрема, це передбачає, що договір розуміється як «почесна угода», а не юридичне зобов'язання, і тому суд звільняється «від усіх юридичних формальностей» у прийнятті рішення [14]. Здається, що в цьому випадку варто говорити про повне

«випадіння» діяльності міжнародного арбітражу з правового поля lex arbitri, не кажучи вже про застосування ordre public. Однак саме реалізація «вимог справедливості та добросовісності» прямо корелює з особистісними якостями арбітрів, їхніми уявленнями про мораль, звичаями, панівними в державі суду, загальними принципами права lex arbitri, тобто фактично пов'язана з правом суду.

У цьому контексті інтерес для дослідження становить факт існування меж та обмежень розсуду суб'єктів правореалізації.

Сторони під час реалізації власної узгодженої дискреції змушені діяти у певних межах, які визначаються для них шляхом об'єктивного існування певних обмежень, як-от: моральних засад (сформованих особисто та панівних у суспільстві, з яким контактують контрагенти), норм законодавства, звичаїв (в тому числі й ділового обороту), норм законодавства тощо. Цю думку підтверджують і науковці [5, с. 243; 9; 15]. Цікавим моментом у цьому контексті є вплив права, так би мовити, «на майбутнє» – на можливість виконання арбітражного рішення з огляду на публічний порядок країни виконання. Адже згідно з підпунктом b) пункту 2 статті V Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, однією із підстав для відмови у визнанні і виконанні арбітражного рішення є те, що його визнання і виконання суперечать публічному порядку цієї країни [16]. Автори вказують, що у визнанні і виконанні арбітражного рішення не можна відмовити з мотивів суперечності публічному порядку, якщо арбітраж застосував недержавні норми внаслідок того, що сторони: 1) явно обрали недержавне право; 2) уповноважили його діяти у якості дружнього посередника [17, с. 22]. На нашу думку, це питання потребує більш ґрунтовного дослідження, аніж можливо в рамках цієї статті. Проте нині ми дотримуємося думки, що мотиви, з яких виходив арбітражний суд, та спосіб вирішення спору можуть суперечити публічному порядку держави виконання, а тому ведуть до відмови у визнанні й виконанні арбітражного рішення. Варто погодитися (із застереженням, що в цьому контексті ліпше користуватися поняттям «міжнародне приватне право», на відміну від думки авторів, яку наведено далі) з тим, що у вирішенні міжнародних суперечок юрисдикційні органи повинні застосовувати міжнародне право (або вирішувати спір на основі справедливості – ex aequo et bono – в разі, якщо сторони з цим згодні) і, відповідно, визнавати або не визнавати правило поведінки суб'єктів міжнародного права як міжнародної правової норми [18, с. 415].

Логічно зазначити, що обмеження розсуду діють і на арбітрів. Окрім загальних обмежень, тих самих, що діють на розсуд сторін арбітражу, варто зазначити специфічні обмеження, вплив яких є справедливим лише на арбітрів.

У цьому контексті показовим, на нашу думку, є таке зауваження: «суддя Пол Хейз вважає законними і доброчесними прагнення арбітрів щодо збереження поваги до своїх колег і до їхніх клієнтів, які є третім чинником, що стримує «необмежене волевиявлення», або довільну чи тиранічну поведінку» [15]. Тобто автор наголошує на тому, що на арбітрів, серед іншого, впливає також намагання підтримувати поважне ставлення суспільства до їх колег-арбітрів. Здається, це є своєрідним проявом корпоративної етики і одним із тих специфічних обмежень, які впливають на дискрецію арбітрів.

Варто зауважити, що попередній огляд емпіричної бази дослідження (арбітражних рішень як джерел пізнання за базою UNILEX) свідчить: дискреція сторін (*parties' discretion*) репрезентована головним чином у формі арбітражної угоди. Тому недоцільно обмежувати об'єкт дослідження дискреції в арбітражі лише арбітражним провадженням, а слід розширити його й до укладення арбітражної угоди. Враховуючи те, що більшість проявів арбітражної дискреції пов'язана не лише з діями сторін, а головним чином з процесуальними діями арбітрів, то не варто обмежуватися лише дискрецією сторін.

Висновки

Проведене дослідження дає підставу сформулювати такі висновки:

1. Автономія волі порівняно з дискрецією має дві суттєві ознаки: 1) *спільну*: свободу визначення джерела (нормативних засад) правового регулювання на власний розсуд; 2) *відмінну*: якщо поняття дискреції використовується для позначення індивідуальної суб'єктивної свободи розсуду, яка не потребує узгодження з іншими суб'єктами процесуальних відносин, то «автономія волі» на практиці завжди передбачає взаємне узгодження різних версій індивідуального розсуду сторін.

2. Фактично існує два види (форми) арбітражної дискреції: 1) дискреція сторін (*parties' discretion*) та 2) дискреція арбітрів (*arbitrators discretion*), які безпосередньо реалізуються у вигляді 1) процесуальних угод сторін та 2) процесуальних правочинів (процесуальних дій), що здійснюють арбітри.

У зв'язку з цим необхідно погодитися з пропозицією О. О. Гайдуліна про розмежування україномовного варіанту перекладу англомовних текстів, «який позначається як «саморегулювання», однак у першоджерелі може бути репрезентованим у двох варіантах: і як self-regulation (власне саморегулювання), і як coregulation (яке краще перекладати як співрегулювання). Хоча останній термін має певні власні відмінні ознаки, в його діяльнісній основі також знаходиться мисленнєва операція дискреції (розсуду), яка, хоча й набуває дещо діалогічного характеру, але жодним чином не втрачає своєї незалежності від державного позитивного права» [1, с. 55]. Здається, що застосування поняття співрегулювання є справедливим під час дослідження узгодженої дискреції сторін – автономії волі сторін.

Список використаних джерел:

1. Гайдулін О. О. Філософсько-праксеологічний вимір парадигмально-герменевтичного методу: від інтерпретаційного розсуду до дискреції саморегулювання. *Приватноправові принципи регулювання суспільних відносин: досвід ЄС та України* : збірник наукових праць за матеріалами науково-практичного «круглого столу» (в рамках XIV Всеукраїнського фестивалю науки, 15 травня 2020 року м. Київ). Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 49-60

2. Шаркова І. М. Принцип добросовісності в римському приватному праві: історія та сучасність: монографія. Київ: КНЕУ, 2011. 246 с.

3. Legal definition of discretion by Merriam-Webster Dictionary. URL: https://www.merriam-webster.com/dictionary/discretion (дата звернення: 10.10.2020).

4. Цыгановкин В. А. Институционный метод регулирования как признак правового государства. *Вестник РГГУ*. 2014. № 9. С. 29-34.

5. Fagbemi S. A. The doctrine of party autonomy in international commercial arbitration: myth or reality? *Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy*. 2015. Vol. 6. № 1. P. 222-246.

6. Comparative International Commercial Arbitration. / Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Michael Kröll, Stefan Kröll. The Hague / London / New York : Kluver Law International, 2003. 953 p.

7. Jarvin S. The sources and limits of the arbitrator's powers. *Contemporary Problems in International Arbitration*. / editor J.D.M. Lew. Springer, Dordrecht, 1987. P. 50-72. URL: https://doi.org/10.1007/978-94-017-1156-2_7 (дата звернення: 10.10.2020).

8. Pryles M. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure. *Journal of International Arbitration*. 2007. Vol. 24. Issue 3. P. 327-339.

9. Nappert S. International Arbitration as a Tool of Global Governance: The Use (and Abuse) of Discretion. *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*. 2019. URL: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2994914 (дата звернення: 10.10.2020).

10. Klabbers J. Law, Ethics and Global Governance: Accountability in Perspective. *New Zealand Journal of Public and International Law*. 2013. Vol. 11, Issue 2. P. 309-322. URL: https://www.wgtn.ac.nz/public-law/publications/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issues/volume-11-issue-2-december-2013/Klabbersweb.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

11. Принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах : Принципы; ЮНСИТРАЛ, от 19.03.2015. URL: https://assets.hcch.net/docs/eb2202fd-47c9-4e73-ab0f-cbf2b4057d8f.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

12. Pertegás M., Marshall B. Party Autonomy and its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014. Vol. 39. No. 3. P. 975-1003. URL: https://ssrn.com/abstract=2765438 (дата звернення: 11.10.2020).

13. Arbitral award of Court of International Commercial Arbitration of the Romanian Chamber of Commerce and Industry, 29.09.2005, № 261. URL: http://www.unilex.info/principles/case/2038 (дата звернення: 10.10.2020).

14. Liberty Reinsurance Canada v. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 20 September 2002. URL: https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2002/2002canlii6636/2002canlii6636.html (дата звернення: 10.10.2020).

15. Gabriel N. Alexander. Discretion in Arbitration. URL: https://naarb.org/proceedings/pdfs/1971-84.pdf (дата звернення: 12.10.2020).

16. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень : Конвенція; ООН від 10.06.1958. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_070 (дата звернення: 12.10.2020).

17. Діковська І. А. Застосування Lex mercatoria міжнародним комерційним арбітражем. *Журнал східноєвропейського права*. 2015. № 12. С. 18-24. URL: http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/02/dikovska_12.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

18. Легитимность права : коллективная монография / под общ. ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. 496 с.

Arkadii Zaporozhchenko. Discretion and autonomy of will in international arbitration: delineation of basic concepts

The article is devoted to the issue of distinguishing between the concepts of discretion and autonomy of will in the context of international commercial arbitration. According to the author, these concepts are successfully correlated without substituting each other.

The concept of discretion dates back to Roman law of the late empire and still exists, but in a slightly modified form.

The author, based on empirical analysis, proposed to combine these two concepts into one complex – arbitral discretion. The assumption of the existence of two forms of arbitration discretion is proved – parties 'discretion and arbitrators discretion. The position is expressed according to which the agreed parties' discretion is manifested in the form of the parties' autonomy of the will.

Some cases of manifestation of the parties' discretion and the arbitrators discretion are analyzed. On the example of the arbitration agreement it is argued that the arbitrators discretion directly depends on the agreed parties' discretion. Such dependence is also revealed in the analysis of the doctrine of the legitimacy of arbitration.

Of particular interest for further research are cases of parties choosing non-state law, such as the lex mercatoria, as the applicable law. Also not to be overlooked are cases of arbitration ex aequo et bono, that is basis on fairness and good faith.

According to the author, the parties' discretion and the arbitrators discretion has limits that are imposed by the existence of a system of limitations. Such a system is common to both arbitrators and parties, but the system of limitations on arbitrators is broader.

It is proposed to expand the research of discretion in arbitration, from the research of arbitration process only, to study the stages preceding such process – the conclusion of the arbitration agreement, in addition, the resarch of not only the parties' discretion but also the arbitrators discretion.

Based on the analysis of the empirical basis, it was found that the discretion of the parties is manifested in the form of procedural agreements, and the discretion of the arbitrators is realized through the adoption of appropriate procedural transactions (procedural actions).

The use of the term "coregulation" in the research of the parties' autonomy of will in international commercial arbitration is proposed.

Key words: discretion, arbitration discretion, parties' discretion, autonomy of will, arbitrators discretion, arbitration agreement, international commercial arbitration.

УДК 341.64
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.54

Костянтин Іскров
канд. юрид. наук,
адвокат

ДЕЯКІ ВИСНОВКИ ТРИБУНАЛУ ООН З МОРСЬКОГО ПРАВА ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ У СПРАВІ СУДНА NORSTAR

Продовжуючи аналізувати судову практику Міжнародного трибуналу ООН з морського права, ми вперше підійшли до суті рішень, у яких розкривається відношення вказаної міжнародної юстиції до можливості отримання матеріальної компенсації за дії щодо арешту судна відповідальною державою. Для розгляду цього питання ми зупинились безпосередньо на справі судна NORSTAR, яке зацікавило нас видами/категоріями матеріальної шкоди, які заявила до розгляду Панама як держава позивач, та зальної суми оціненої шкоди більш ніж 51 мільйон доларів США. У цій справі шкода Панами складалась з такого: вартість повної втрати судна, упущена вигода власника судна, упущена вигода фрахтувальника, витрати зі сплати заробітної плати членам екіпажу, матеріальної і моральної шкоди особам, проти яких у Італії було розпочато кримінальне переслідування за незаконне здійснення судном NORSTAR бункерувальних операцій.

Саме правова позиція Трибуналу у вирішенні питань окремих видів матеріальної шкоди, заявлених до розгляду у справі судна NORSTAR, становила для нас особливу цінність, оскільки його висновки з цього приводу будуть правозастосовними у наступних справах. Не менш важливим був підхід Трибуналу в оцінці причинно-наслідкового зв'язку між діями і наслідками у кожному з видів матеріальної шкоди, заявлених Панамою. Слід зазначити, що саме з'ясування наявності причинного зв'язку стало основною причиною відмови Панамі у більшості видів заявленої до відшкодування шкоди. Висновки, яких дійшов Трибунал для визначення наявності причинного зв'язку, вказані у змісті цієї статті.

У статті ми також спробували передати підходи та аргументацію сторін судового розгляду, які заслуговують на увагу в частині обґрунтування наявності шкоди або її відсутності.

Вважаємо, що послідовний розгляд і розуміння практики застосування Трибуналом статей Конвенції ООН з морського права 1982 року та інших норм міжнародного права у розглянутих справах доповнює не тільки теоретичні знання, але і буде приносити користь практичній роботі представників держав у «стінах» цього органу міжнародної юстиції.

Ключові слова: відкрите море, відшкодування шкоди, міжнародний Трибунал ООН з морського права, арешт судна.

Метою статті і її змістом буде розгляд питання про право на відшкодування шкоди державі прапора судна у спорі про затримання та арешт судна в порушення Конвенції ООН з морського права 1982 року.

Аналіз зазначеного питання відбудеться на прикладі справи про арешт судна NORSTAR у спорі між Панамою та Італією. Вказавши на порушення статті 87 Конвенції у зв'язку з арештом судна за діяльність з бункерування суден у відкритому морі, Панама вимагала компенсацію шкоди в розмірі більш ніж 51 мільйон доларів США, яка складалась з вартості втраченого судна, упущеної вигоди власника судна, упущеної вигоди фрахтувальника, витрат зі сплати заробітної плати членам екіпажу, податків і зборів, які підлягали сплаті власником судна Панамській морській адміністрації, матеріальної і моральної шкоди особам, проти яких в Італії було розпочато кримінальне переслідування за незаконне здійснення судном NORSTAR бункерувальних операцій.

Про суть цієї справи і перелік важливих висновків, сформульованих Міжнародним Трибуналом ООН з морського права (далі за текстом – Трибунал), ми писали у попередніх статтях, опублікованих у цьому виданні. Лише нагадаємо, що кримінальне переслідування стосовно осіб було завершено, обвинувачення зняті, своєю чергою і судно NORSTAR рішенням місцевого суду м. Савона 14 березня 2003 року було безумовно звільнене. Зазначимо, що арешт було накладено у березні 1998 року.

Вищезазначені обставини за своєю суттю стали правовою підставою для звернення Панами до Трибуналу з вимогами, серед яких – і компенсація такої значної суми шкоди.

© К. Іскров, 2020

Повернемось до самої шкоди і до того, як вона була представлена і оцінена Трибуналом у цій конкретній справі.

Трибунал у своєму рішенні, визначаючись з тим, що таке шкода і що підлягає відшкодуванню, звернувся до двох джерел: це проєкт статей про відповідальність держав за міжнародні протиправні діяння 2001 року, які згідно з позицією Трибуналу являють собою норми міжнародного звичайного права. Положення проєкту статей про відповідальність держав передбачає, що кожен міжнародний протиправний акт держави тягне переслідування у вигляді міжнародної відповідальності держави. Відповідальна держава зобов'язана надати повне відшкодування шкоди (матеріальної і моральної), заподіяної міжнародно-протиправним діянням [4, с. 11]. Ще одним джерелом для вирішення спору були попередні рішення Трибуналу, у яких зроблені висновки про правила відшкодування і про те, що підлягає відшкодуванню.

Так, у справі судна SAIGA, характеризуючи шкоду, Трибунал сформулював такий висновок: «Існує правило у міжнародному праві, згідно з яким держава, якій завдано шкоду в результаті міжнародно-протиправного діяння іншої держави, має право на отримання відшкодування за шкоду внаслідок протиправного діяння, і це відшкодування повинно бути настільки швидким, наскільки це можливо, і усунути всі наслідки протиправного діяння і відновити ситуацію, яка зі всією вірогідністю існувала б, якщо б це діяння не було вчинено» [2, с. 95].

У справі судна VIRGINA G Трибунал вказав на таке: «Держава у цій справі має право на відшкодування шкоди, заподіяної їй. Також держава має право на відшкодування шкоди, спричиненої судну, враховуючи всіх осіб і компанії, задіяні і заінтересовані у такій операції» [2, с. 97].

Таким чином, нині не виникає питання про право заявляти матеріальні вимоги до Трибуналу, які безпосередньо не зачіпають інтереси держави, яка звернулась з позовом, і містить матеріальні інтереси, наприклад власника судна, фрахтувальника, членів екіпажу, незалежно від їх належності до держави-позивача. Держава-позивач (держава прапора судна) має право включати і об'єднувати вимоги осіб, які потерпіли від дій відповідальної держави.

Наступне питання, яке вирішувалось Трибуналом у справі судна NORSTAR, стосувалось причинного зв'язку між діянням Італії і наслідками у тому вигляді, у якому вони були заявлені Панамою на загальну суму більш ніж 51 мільйон доларів США. Тобто, виходячи зі змісту самого рішення, Трибунал, оцінюючи кожний матеріальний наслідок, заявлений Панамою, ставив його у причинний зв'язок (causal link) з діями Італії.

Італія вибрала для себе, так скажемо, «генеральну» лінію захисту, за якою надала обґрунтування, яке виключає відповідальність за будь-які наслідки у вигляді шкоди за таким позовом, а також окремо надала спростування кожного матеріального наслідку, з яким звернулась Панама. Зупинимось на цьому більш детально.

Отже, доказування та спростування існування причинного зв'язку було однією з головних обставин у цій справі і це очевидно, оскільки його відсутність виключає обов'язок відшкодовувати матеріальні наслідки для держави, яка вчинила міжнародне протиправне діяння. Хотілось би трохи зупинитись на «юридичній грі» підходів та аргументацій наявності причинного зв'язку, яку продемонстрували сторони у своїх письмових заявах, адресованих Трибуналу.

Так, Панама, процитувавши професора Ian Brownlie з його праці «Принципи публічного міжнародного права», у якій вчений зазначив, що «конкретний контекст порушення обов'язку, тобто характер самого обов'язку і способу порушення, може визначити підхід до питання про шкоду». Таке питання Панама сформулювала таким чином: «настала б спричинена шкода, якщо б Італія не прийняла рішення і не запитала арешт судна NORSTAR?» [3, с. 446–447]. Це питання було визначальним джерелом для визначення кожного виду шкоди, заявленої Панамою.

Італія запропонувала свій теоретичний підхід до встановлення причинного зв'язку, визначеного Панамою з використанням вищезазначеного питання, зокрема звернувшись до поняття "regressus in infinitum", яке у контексті кримінального права може означати: «причину вбивства, в загальних принципах, може повертати назад до народження самого вбивці». Із такої загальної логіки: без народження вбивці вбивство ніколи б не відбулось.

«Генеральна» лінія захисту Італії будувалась на такій аргументації, що шкода сама по собі не настала б по факту винесення рішення про арешт судна і запиту на його виконання, неправомірність якого доводилась по суті справи і у світлі положень статті 87 Конвенції ООН з морського права. Шкода можлива лише внаслідок дій з виконання такого рішення, що не стосувалось предмета спору, який розглядається.

Однак Трибунал вирішив це таким чином: порушення статті 87 Конвенції відбулось не тільки через рішення про арешт і запиту на його виконання, але також через сам арешт і затримання судна.

Наступний ключовий аргумент захисту Італії полягав у дослідженні питання припинення причинного зв'язку. Представники Італії наполягали, що якщо Трибунал встановить причинний зв'язок у такому випадку, то такий причинний зв'язок необхідно розглядати через обставини його припинення, які згідно з їхньою позицією настали у першому випадку, коли рішенням суду була визначена сума застави, яку міг внести власник судна, звільнивши його вже у 1999 році, тим самим усунути подальшу шкоду. Інший випадок припинення причинного зв'язку між діями та шкодою наступив після винесення рішення місцевого суду міста Савона 14 березня 2003 року, яким безумовно судно було звільнене, однак проінформований власник судна не вчинив дій для його повернення у своє володіння. Щодо першого випадку Трибунал дійшов висновку, що звільнення судна через розміщення суми застави або іншого фінансового забезпечення не є безумовним поверненням арештованого судна власнику і у зв'язку з цим не спричиняє припинення міжнародно-протиправного діяння. Інший випадок припинення причинного зв'язку, а саме винесення рішення місцевого суду міста Савона 14 березня 2003 року про звільнення судна з-під арешту, за висновками Трибуналу припиняє його, і тим самим подальші матеріальні наслідки, представлені Панамою у Трибуналі, не є обґрунтованими. Відзначимо, що сума сформованої і заявленої шкоди більш ніж на 51 мільйон доларів США охоплювала період з 1998 по 2017 роки.

Оцінюючи аргументи Панами про неможливість отримати судно після прийнятого 14 березня 2003 року рішення суду з причин його непридатного технічного стану внаслідок неналежного контролю зі сторони Італії, Трибунал зробив такий висновок, який, на наш погляд, створює прецедент у вирішенні подібних ситуацій між державами, які виникають з частою періодичністю.

Отже, Трибунал відзначив, що питання підтримання судна в порту необхідно відрізняти від питання вступу у володіння судном після його звільнення. У цьому зв'язку вступ у безумовне володіння судном означає відновлення дійсного контролю власника судна над ним, незалежно від його стану.

Таким чином, відновлення права володіння судном, за висновком Трибуналу, означає для власника юридичну та фактичну можливість і як наслідок обов'язок проявити піклування стосовно свого майна. Своєю чергою технічне забезпечення судна для його повернення і в подальшому його технічне відновлення могло бути іншим видом шкоди, з якою, на нашу думку, держава прапора судна спроможна звернутись до Трибуналу.

Слід звернути увагу на інший важливий аргумент у захисті від розміру шкоди, який вже має своє застосування у практиці Трибуналу. Італія відзначила, що її поведінку необхідно брати до уваги, виходячи з перспективи супутньої вини і обов'язку пом'якшення для мети підрахунку шкоди. У відповідності до добре усталених принципів міжнародного права, за якими у підрахунку компенсації необхідно враховувати вклад потерпілого у завданій шкоді (стаття 39 проєкту статей про відповідальність держав).

Італія стверджувала, що власник судна NORSTAR сприяв шкоді через відмову у 1999 році розмістити визначену судом суму застави і звільнити судно у разі незгоди із сумою застави, подальшою своєю відмовою у її зменшенні через можливу процедуру апеляційного оскарження, відмовою від звернення до Трибуналу в межах процедури термінового звільнення судна, згідно зі статтею 292 Конвенції, відмовою отримати судно у 2003 році після винесення рішення місцевого суду міста Савона.

Трибунал, розглядаючи такі аргументи, навів приклад зі справи, розглянутої Міжнародним судом ООН (Gabcikovo – Nagymaros Project), де було зазначено, що потерпіла держава, яка не вжила заходів для обмеження завданої шкоди, не буде мати право вимагати компенсацію за ту шкоду, якої можна було запобігти. Таким чином, хоча цей принцип може бути основою для правильного підрахунку шкоди, але, з іншого боку, він не може бути виправданням за протиправне діяння [2, с. 101].

Трибунал не зробив своїх висновків у розмірі суми шкоди через підхід супутньої вини і обов'язку пом'якшення (contributory fault and duty to mitigate), відзначивши, що у цьому немає необхідності, враховуючи припинення причинно-наслідкового зв'язку 14 березня 2003 року (скасування арешту судна).

Слід відзначити, що Трибунал з усіх видів шкоди, яку заявила Панама і які ми вказали на початку цієї статті, встановив усі елементи для відшкодування шкоди і задовольнив вимоги Панами тільки у частині відшкодування шкоди за повну втрату судна, оцінив вартість судна на момент здійснення арешту, а також вказав на наявність причинно-наслідкового зв'язку між діями Італії і шкодою у вигляді упущеної вигоди власника судна, яка могла б бути розглянута Трибуналом за період до 26 березня 2003 року (день отримання власником судна повідомлення про скасування арешту і звільнення судна). Однак з причини відсутності достатніх доказів, які б свідчили про правильність і дійсність заявленої суми шкоди, Трибунал відмовив у її компенсації.

Трибунал відмовив у відшкодуванні шкоди у вигляді виплаченої за період арешту заробітної платні членам екіпажу судна NORSTAR у зв'язку з відсутністю причинного зв'язку між рішенням про арешт судна, винесеним Італією, і таким видом витрат власника судна. Трибунал зазначив, що обов'язок власника судна у цьому відношенні є предметом трудових контрактів і не залежить від того, арештоване судно чи ні. Тобто за висновком Трибуналу обов'язок сплачувати заробітну плату і згодом її відшкодовувати витікає не з рішення про арешт судна, а з трудового контракту [2, с. 97]. Італія з цього приводу розширила свої аргументи і запропонувала такий узагальнюючий висновок: «не може бути причинно-наслідкового зв'язку між обмежуючими заходами і витратами, звичайно віднесеними до судна» [2, с. 17].

У частині шкоди фрахтувальника судна Трибунал, виходячи із заяв Панами про те, що первинні документи фрахтувальника не збереглися, вказав, що докази розміру шкоди відсутні і що, на наш погляд важливо, Трибунал відзначив, що і причинно-наслідковий зв'язок між діями держави і таким видом шкоди не передбачається.

Щодо майнової і моральної шкоди осіб, стосовно яких було розпочато кримінальне переслідування, Трибунал відзначив, що кримінальне провадження в судах Італії було б здійснено, навіть якщо б судно не було арештоване і не було частиною справи в Трибуналі. Трибунал вважає, що вимоги Панами про відшкодування за таким видом (категорії) шкоди не відповідає вимогам причинного зв'язку між протиправним актом Італії і шкодою, імовірно понесеною Панамою.

Завершуючи цю статтю, ми ще раз впевнились у важливості розгляду і аналізу практики застосування Конвенції ООН з морського права 1982 року у справах, розглянутих Трибуналом, і цінності таких прецедентів для вивчення в Україні як державі, яка ратифікувала Конвенцію і вже сформувала свою практику роботи у такому органі міжнародної юстиції.

Список використаних джерел:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/162/95-вр.
2. List of Cases. International Tribunal for the Law of the Sea. URL: http://www.itlos.org/cases/list-of-cases.
3. Ian Brownile, Principles of Public International Law, supra, note 55 at 446, 447.
4. Текст проектов статей об ответственности государств за международно-противоправное деяние. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf.

Kostiantyn Iskrov. Some conclusions of the UN Tribunal for the Law of the Sea on reparations in the NORSTAR Case

Continuing to work with the court practice of the UN International Tribunal for the Law of the Sea, for the first time we came to the essence of the decisions that reveal the relationship of the said international justice to the possibility of obtaining material compensation for the actions of the arrest of the vessel by the responsible state. To consider this issue, we focused on the case of the NORSTAR vessel, which interested us in the types/categories of damage that the plaintiff proposed for consideration and the total amount of the estimated damage is more than 51 million US dollars. In this case, the damage to Panama consisted of the following: the cost of the total loss of the vessel, the loss of profits of the owner of the ship, the loss of profits of the charterer, the costs of paying salaries to the crew members, material and moral damage to persons against whom criminal prosecution was initiated in Italy for the illegal bunkering operation.

It was the legal position of the Tribunal in resolving the issues was of particular value to us, since its conclusions will be further law-guiding in other cases that will be considered by the Tribunal. The approach of the Tribunal in assessing the causal link between the illegal act and the consequences in each type of material damage claimed by Panama was also important. It should be noted that it was precisely determination existence of the causal link became the main causal for refusal to Panama in most types of damages claimed by it for compensation. The conclusions reached by the Tribunal for determining the existence of a causal link are indicated in the content of this article.

In the article, we also tried to suggest the approaches and arguments of the parties of the trial which deserve attention in terms of justifying the presence of damage or its absence.

We believe that a consistent examination and understanding of the practice of applying some articles of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea, as well as the practice of considering other issues resolved by the Tribunal with the application of other norms of international law, will form the knowledge necessary for the practical work of representatives of states within the "walls" of this body of international justice.

We believe that a consistent consideration and understanding court practice of the Tribunal regarding application of the articles of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea and other articles of international law in considered cases will complement not only theoretical knowledge, but will also give benefit to practical work representatives of the states within the "walls" of this body of international justice.

Key words: high seas, compensation of damage, UN International Tribunal of the Law of the Sea, arrest of the vessel.

УДК 341
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.55

Святослав Кавин,
аспірант факультету міжнародних відносин
Львівського національного університету імені Івана Франка

НОРМАТИВНО-ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КІБЕРБЕЗПЕКИ В КРАЇНАХ БАЛТІЇ

Стаття присвячена вивченню особливостей нормативно-правового забезпечення інформаційної безпеки держав Європейського Союзу (зокрема, Естонії, Литви та Латвії) в контексті дослідження їхніх національних кіберстратегій. У статті представлено дослідження правових та інституційних механізмів забезпечення кібербезпеки країнами Балтії в умовах кризи сучасної системи міжнародної безпеки, спричиненої глобальною діджиталізацією суспільства. У дослідженні охарактеризовано кібербезпекові стратегії Естонії, Литви та Латвії, діяльність відповідних органів, які забезпечують інформаційну безпеку держав, а також спільні дії цих країн в контексті євроінтеграційних процесів щодо зміцнення захисту інформаційного простору. Також розглядаються міжнародно-правові аспекти різних підходів щодо забезпечення кібербезпеки.

Огляд національних стратегій кібербезпеки країн Балтії показав, що їхні кібербезпеки є комплексними і всеохоплюючими. Ці стратегії охоплюють економічні, соціальні, міжнародно-правові, правоохоронні та військові аспекти кібербезпеки. Разом із тим країни проводять різницю між внутрішніми і зовнішніми джерелами кіберзагроз у своїх стратегічних документах. У цьому контексті країни Балтії працюють над інтеграцією національних законодавств в уніфіковану міжнародно-правову платформу з метою зниження ризиків виникнення конфліктів унаслідок використання інформаційно-комунікаційних технологій. Кожна країна має свої стратегії кібербезпеки, і вони певною мірою мілітаризують питання захисту інформаційного простору. Ця тенденція піднімає кібербезпеку до рівня національної безпеки і фокусується на захисті державних ресурсів інформаційно-комунікаційних технологій. Важливим фактором є те, що держави активно сек'юритизують свій кіберпростір і приділяють першочергову увагу захисту критичної інфраструктури як ключовій умові національної безпеки. Власне, таке ставлення диктує силовий підхід до управління кібербезпекою як найбільш ефективний. Відповідно, відповідальність за нейтралізацію кіберзагроз та стабільність в інформаційному просторі покладається на силові структури.

Ключові слова: ЄС, інформаційна безпека, кібербезпека, інформаційний простір, норма права.

Постановка проблеми. Глобалізація інформаційного простору, а відповідно, тотальна діджиталізація суспільства призвела до появи якісно нових видів загроз, зокрема: інформаційного тероризму, кібератак, кіберзлочинності та асиметричних воєн. Об'єктами цих загроз стають критично важливі інфраструктури, а відповідно, є серйозна загроза національній безпеці держави. Оскільки інформаційне суспільство, чи кібер-суспільство, не має кордонів, то вирішення питань безпечності та стабільності інформаційного простору в правовому полі є надзвичайно складним. Оскільки безпека національних інтересів кожної держави забезпечується національними законодавствами і не існує уніфікованої міжнародної правової платформи щодо забезпечення інформаційної безпеки, зокрема кібербезпеки, то дослідження шляхів вирішення цих проблем набуває надзвичайної актуальності.

Деякі держави розглядають забезпечення кібербезпеки як цивільну або економічну задачу, хоча багато держав залучають до вирішення цього завдання спецслужби, зокрема, для здійснення політики забезпечення кібербезпеки. Водночас міжнародна співпраця стосовно уніфікованих підходів до боротьби з кіберзагрозами в інформаційному просторі має дещо обмежений характер, оскільки спецслужби насамперед захищають національну критичну інфраструктуру від кіберзагроз і діють у рамках національних інтересів.

Проблематику інформаційної безпеки у держава-членах ЄС, зокрема у сфері кіберзахисту, досліджували у своїх роботах вітчизняні і зарубіжні науковці: В. Бутримас, О. Звоздецька, А. Ковалев, А. Балашов, S. Dimitrova, S. Stoykov, Y. Kochev, K. Newmeyer, L. J. Janczewski, A. M. Colarik. L. Kovacs, T. Mattila. Проте комплексні дослі-

© С. Кавин, 2020

дження з метою вивчення та порівняння нормативно-правового забезпечення інформаційної безпеки держав-членів ЄС, зокрема, в контексті уніфікації їхнього законодавства у даній сфері поки що недостатньо висвітлені в науковій літературі. Вивчаючи національне законодавство держав ЄС у сфері забезпечення інформаційної безпеки та протидії кіберзагрозам, а також досліджуючи їхню практику в цьому напрямі, А. Ковалев і А. Балашов [15, с. 105-114], а також В. Панченко [16, с. 91-100] сформували свої зауваження, суть яких полягає в тому, що поки не існує єдиної уніфікованої системи в цьому напрямі – кожна з держав має свої правові механізми щодо врегулювання даного кола питань, і в кожної з них існує своя унікальна система захисту інформації.

Метою статті є вивчення особливостей нормативно-правового забезпечення інформаційної безпеки країн Балтії в контексті дослідження їхніх національних кіберстратегій в умовах кризи сучасної системи міжнародної безпеки, спричиненої глобальною діджиталізацією суспільства.

Виклад основного матеріалу. Майже всі держави враховують загрози та ризики у кіберпросторі у своїй політиці національної безпеки. Ця проблема досліджується досить активно [18], [19], але її актуальність не зменшується, оскільки технології розвиваються настільки швидкими темпами, що ані політики, ані юристи, ані економісти, навіть IT-фахівці просто не встигають за динамікою реальності. Застосування основ теорії безпеки дозволяє розглядати як цивільні, так і силові підходи до питань забезпечення кібербезпеки і сприйняття можливих загроз та їх джерел. Існують різні доктрини, що розглядають питання кібербезпеки. Парадигма національної безпеки відображає традиційну роль держави в забезпеченні безпеки кордонів країни і дотриманні верховенства права [20]. Кібербезпека нині визнається одним із найважливіших факторів державної військової та економічної безпеки, її необхідність обґрунтовується традиційними аргументами національної безпеки, що базуються на захисті держави [12].

Diego Acosta Arcarazo та Cian C Murphy зазначають, що набрання чинності Лісабонським договором надало ЄС нові повноваження у галузі права міжнародної безпеки, разом із тим Стокгольмська програма – це остання рамкова програма дій ЄС у сфері юстиції та внутрішніх справ, зокрема в питаннях співпраці між національними системами кримінального правосуддя. Поєднання нового Договору та Програми зробило безпеку та правосуддя ключовими сферами законодавчого розвитку в ЄС [17, с. 17]. Це зауважує і Raphael Bossong, який зазначає, що важливий елемент співробітництва в галузі безпеки між країнами Європейського Союзу (ЄС) – це інтенсивний обмін інформацією між органами безпеки, а наявні підходи до розвідувальної підтримки політики безпеки ЄС повинні бути поглиблені та краще контролюватися [22, с. 6].

Prof. Dr. Udo Helmbrecht зазначає, що забезпечення мережевих та інформаційних систем Європейського Союзу в правовому полі має важливе значення для підтримки інтернет-економіки на основі впровадження нових ініціатив щодо подальшого покращення кібер-стійкості та реагування на кіберзахист [27]. У цьому контексті Laszlo Kovacs [21, с. 16-24], а також Sevdalina Dimitrova [23, с. 54-58] визначають стратегію кібербезпеки як базовий документ, що відображає інтереси та правила безпеки роботи в кіберпросторі, а також встановлює основу для майбутнього законодавства та міжнародних стандартів щодо безпеки інформаційного простору від кіберзагроз.

У цьому контексті в країнах Європейського Союзу, що активно займаються реалізацією політики кібербезпки, є досить цікавий досвід країн Балтії, зокрема Естонії, Литви, Латвії.

Естонія. Найбільш розвиненою в області кіберзахисту і захищеною від кіберзагроз в інформаційному просторі серед країн Балтії є Естонія.

Естонська Республіка одна з перших у світі прийняла Національну стратегію кібербезпеки, яка чітко була вписана в рамки міжнародного права. А у 2014 р. був прийнятий новий документ «Стратегія кібербезпеки на 2014-2017 рр.» (Cyber Security Strategy, 2014) [3]. Як зазначає Звоздецька, стратегічними цілями Естонії у сфері кібербезпеки, які викладені в Стратегії, є створення багаторівневої системи без пекових заходів, а також правове регулювання питань кібербезпеки. У багаторівневій системі безпекових заходів пріоритетне значення надається захисту критичної інформаційної інфраструктури. А стратегічне планування забезпечує згуртованість усієї архітектури кібербезпеки, а також полегшує використання інформаційно-комунікаційних технологій і розробку «розумних рішень» [14, с. 20-34].

До 2011 р. координацію політики держави в області кібербезпеки забезпечувало Міністерство оборони Естонії, а з 2011 р. відповідальність за координацію політики в області кібербезпеки Естонії перейшла від Міністерства оборони до Міністерства

з економічних питань та комунікацій. Міністерство оборони є координаційним органом для кібернетичної оборони в загальній системі національної оборони. Відповідно, розробка і впровадження політики інформаційної безпеки належить до компетенції саме Міністерства з економічних питань та комунікацій, зокрема до його структурних підрозділів, таких як Департамент державних інформаційних систем та Естонський центр інформатики [7]. У червні 2011 р. Естонський центр інформатики був трансформований в Управління інформаційних систем Естонії (Estonian Information Systems Autority (EISA)). В Управління інформаційних систем Естонії входять ряд структурних підрозділів, які комплексно забезпечують кібербезпеку держави, зокрема: Департамент із захисту критичних інформаційних інфраструктур (Critical Information Infrastructure Protection (CIIP)), Центр обміну документами (About document exchange centre (DEC)), Інфраструктура відкритих ключів (Public Key Infrastructure (PKI)), IT-інфраструктура (IT-infrastructure). Інфраструктура відкритих ключів забезпечує безпеку цифрову аутентифікацію і цифрові підписи. IT-інфраструктура забезпечує доступність основних інформаційних послуг держави навіть у разі форс-мажорних обставин [9].

Разом із тим в Естонії, у Комітеті з питань безпеки Естонського уряду, створено Раду з кібербезпеки Естонії, яка, будучи міжвідомчим органом, надає підтримку у міжвідомчій співпраці на стратегічному рівні, а також здійснює нагляд за реалізацією цілей стратегії кібербезпеки країни.

У 2006 р. в Естонії створена група швидкого реагування (CERT Estonia). Ця структура відповідає за управління безпековими інцидентами у комп'ютерних мережах. А у травні 2008 р. у Брюсселі (Швейцарія) був підписаний меморандум про створення в Естонії, у м. Таллінн, Центру передових технологій з кібербезпеки НАТО. Відповідно, з 2008 р. у складі сил оборони Естонії створений і діє Центр передового досвіду НАТО з кіберзахисту – Міжнародна військова організація, яка зосереджує свої зусилля на розширенні можливостей кібернетичної оборони НАТО і країн-партнерів. НАТО офіційно визнало кіберпростір операційним середовищем і таким чином прирівняло існуючі в ньому загрози до військових загроз. Також у 2017 р. в Таллінні був створений Об'єднаний центр передових технологій з кіберзахисту НАТО (NATO Cooperative Cyber Derence Centre of Excellence), який є флагманом європейської кібербезпеки. Основне завдання Центру – тренування фахівців з різних країн, які забезпечують безпеку в національному кіберпросторі [1].

Латвія. Основоположними документами, що визначають політику Латвії у сфері кібербезпеки, є Концепція національної безпеки 2011 р. та Стратегія кібербепеки Латвії 2014-2018 рр. (Cyber Security Strategy of Latvia 2014-2018) [4].

Стратегія кібербезпеки Латвії на 2014-2018 роки була першим документом щодо політики в галузі кібербезпеки, і деякі її заходи, наприклад моніторинг інфраструктури ІКТ, поширюються на період до 2022 року.

Основне завдання Стратегії – це розробка законодавчої бази для кібербезпеки та систем безпеки ІКТ у всіх секторах. Вона описує контекст кібербезпеки Латвії, визначає майбутні виклики та пріоритети національної політики кібербезпеки.

Політика кібербезпеки спрямована на зміцнення та вдосконалення можливостей кібербезпеки шляхом підвищення стійкості проти кібератак та підвищення обізнаності громадськості про загрози в кіберпросторі. Як зауважує Ковальов, для досягнення своєї мети політика пропонує дії у п'яти сферах: посилення кібербезпеки та керовані ризики цифрової безпеки; стійкість систем ІКТ; кращий універсальний доступ до стратегічних систем та послуг ІКТ; поінформованість громадськості, освіта та дослідження; міжнародне співробітництво; верховенство закону в кіберпросторі та запобігання кіберзлочинності [15, с. 105-114].

У Стратегії кібербезпеки розглядаються загрози, пов'язані з безпекою інформаційно-комунікаційних технологій в кіберпросторі, і дається прогноз щодо ризиків кібернебезпеки на майбутнє, а в Законі Латвії про безпеку інформаційних технологій (Law On the Security of Information Technologies) визначаються основні вимоги щодо безпеки для державних і муніципальних установ [10]. Ці два документа віддзеркалюють комплексний підхід до захисту безпеки в кіберпросторі і національної безпеки Латвії в цілому. У рамках цієї політики визначені такі напрями діяльності: управління кібербезпекою, правопорядок у кіберпросторі і зниження рівня кіберзлочинності, дослідницька робота в цій сфері, а також міжнародна співпраця. Міністерство оборони Республіки координує участь Латвії у формуванні міжнародної політики у сфері кібербезпеки.

Національну політику у сфері кібербезпеки забезпечують:

1. Міністерство оборони (МО) – координує розробку і впровадження інформацій-

них технологій, політику безпеки і захисту інформаційних систем, а також забезпечує міжнародне співробітництво.

2. Міністерство внутрішніх справ (MBC), Державна поліція (ДП) і Поліція безпеки (SeP) – здійснюють політику у сфері боротьби зі злочинністю, охорони правопорядку, забезпечення безпеки, а також координує врегулювання кризових ситуацій.

3. Латвійський Центр з протидії кіберзагрозам (CERT.LV) – здійснює моніторинг і аналіз подій в кіберпросторі, реагує на кіберінциденти, здійснює їх координацію та профілактику, проводить дослідження. CERT відповідає за безпеку у всьому латвійському електронному інформаційному просторі.

Перша Команда реагування на кіберінциденти (LATNET CERT) була створена ще у 2006 р., і на її основі у 2011 р. було створено Латвійський Центр з протидії кіберзагрозам (CERT.LV), що працює при Міністерстві оборони Латвійської Республіки і регулюється Законом «Про безпеку інформаційних технологій» [2].

4. Центр забезпечення безпечного Інтернету в Латвії (Operation of the Safer Internet Centr of Latvia NetSafe) – інформує суспільство про можливі ризики і загрози онлайн, сприяє використанню безпечного Інтернет-контенту.

5. Національні збройні сили і кібернетичної оборони (Unit National Armed Forces (NAF) and Cyber Defence Unit (CDU)) – надають підтримку в кризових ситуаціях.

Кібербезпека є частиною всеосяжної національної системи оборони. Враховуючи потенційний національний та соціальний вплив кібератак, кібербезпека стає дедалі важливішою у всебічній національній обороні.

У 2014 р. в Норфолку (США) був підписаний меморандум про створення в Ризі міжнародного Центру стратегічних комунікацій. Центр працює як центральний осередок для обговорення та експертизи різних дисциплін зі сфери стратегічних комунікацій: публічної дипломатії, військових зв'язків з громадськістю, інформаційних і психологічних операцій. А 20 серпня 2015 р. в Ризі відкрився новий офіс Центру стратегічних комунікацій НАТО (Stratcom). Завданнями центру є: розроблення програм для сприяння розвитку та гармонізації доктрини стратегічних комунікацій; проведення дослідження та експериментів з метою пошуку практичних рішень для розв'язання існуючих проблем; «вивчення уроків» застосування стратегічних комунікацій під час військових операцій. Нині Центр визначає стратегічні комунікації як «скоординоване і належне використання комунікативної діяльності і можливостей НАТО з метою підтримки політики, операцій і діяльності Альянсу, а також в цілях просування цілей НАТО. Цією діяльністю та можливостями є: публічна дипломатія, військові зв'язки із громадськістю, операції та психологічні операції» [6].

Литва. За Глобальним індексом кібербезпеки, складеним Міжнародним союзом електрозв'язку, Литва займає 57-е місце. Загалом, цей індекс відображає рівень кіберзахищеності держав і зусилля, які докладає конкретна країна для поліпшення цього показника.

Документи, що забезпечують кібербезпеку Литовської Республіки, – це: «Програма розвитку електронної інформаційної безпеки (кібербезпека) на 2011-2019 рр.» (Resolution no 796 of 29 June 2011. On the Approval of The Programme for the Development of Electronic Information Security (Cyber-Security) for 2011–2019), яку Уряд Литви схвалив з метою забезпечення безпеки кіберпростору держави і яка була затверджена 29 червня 2011 р. [11], та Закон «Про Кібербезпеку» (National legislation Cybersecurity Act (2014)) прийнятий у 2014 р., за яким кібербезпека визначається як сукупність правових, організаційних і технічних заходів для запобігання, виявлення, аналізу і реагування на кіберінциденти, а також відновлення нормального функціонування систем управління електронних мереж зв'язку, інформаційних систем або промислових процесів у разі кібератак [8].

Як зауважує Звоздецька, мета Програми полягає у визначенні цілей і завдань для розвитку електронної інформації з метою забезпечення конфіденційності, цілісності та доступності електронної інформації та послуг, що надаються в кіберпросторі, охорони електронних комунікаційних мереж, інформаційних систем і критично важливих інформаційних інфраструктур від інцидентів і кібератак. Цілями Програми були заявлені зміцнення безпеки державних інформаційних ресурсів, а також забезпечення ефективного функціонування критичної інформаційної інфраструктури [14, с. 20-34].

Відповідно до чинного законодавства Литовської Республіки, Міністерству оборони надано право координувати національну політику з кібербезпеки, передбачається також діяльність Національного центру кібербезпеки, Консультативної ради з кібербезпеки при Міністерстві оборони, а також створення та діяльність сил швидкого реагування на кіберзагрози (CERT).

CERT-LT є національною командою литовського Computer Emergency Response,

завданням якого є забезпечення безпеки в інформаційному суспільстві шляхом запобігання, моніторингу та вирішення інцидентів інформаційної безпеки, поширення інформації про загрози інформаційної безпеки. Метою CERT-LT є надання можливості для вирішення питаньимережевої та інформаційної безпеки, моніторинг кіберінцидентів та їх профілактика; координація дій інтернет-провайдерів, телекомунікаційних мереж операторів і CERT груп в Литві під час відповіді на мережеві та інформаційні інциденти; дослідження вразливості мереж та інформаційних систем; поширення інформації про загрози для мережевої та інформаційної безпеки; сприяння створенню нових груп CERT [5].

У червні 2018 р. Сейм Литви прийняв зміни до закону про кібербезпеку. Відповідно до поправок, підготовлених Міноборони Литви, Уряд держави прийняв Національну стратегію захисту від кіберзагроз в контексті розвитку міжнародного співробітництва та управління ризиками на рівні Європейського союзу.

Разом із тим у Вільнюсі 14 січня 2011 р. під керівництвом литовського Міністерства закордонних справ був відкритий Центр передового досвіду НАТО з питань енергетичної безпеки (ENSEC COE).

Ковальов зазначає, що місія Центру передового досвіду НАТО з питань енергетичної безпеки полягає в тому, щоб допомогти органам НАТО, країнам і партнерам та іншим цивільним і військовим органам шляхом надання експертних рекомендацій з усіх аспектів енергетичної безпеки. Центр реалізує проекти у сферах безпеки з дотриманням трьох аспектів енергетичної безпеки відповідно до Уельського Саміту НАТО: підвищення рівня поінформованості з питань розвитку енергетики з наслідками для безпеки, підтримка захисту критично важливої енергетичної інфраструктури та підвищення ефективності використання енергії в збройних силах. Ці напрями забезпечуються за рахунок трьох підрозділів Центру: стратегічного аналізу і досліджень; освіти, підготовки і навчання; доктрини та концепції розвитку [15, с. 105-114].

Висновки

Дослідження національних стратегій кібербезпеки в країнах Балтії показало, що їхні кібербезпеки є комплексними і всеохоплюючими. Ці стратегії охоплюють економічні, соціальні, міжнародно-правові, правоохоронні та військові аспекти кібербезпеки. У рамках співпраці по лінії ОБСЕ та НАТО країни Балтії працюють над інтеграцією національних законодавств в уніфіковану міжнародно-правову платформу з метою зниження ризиків виникнення конфліктів унаслідок використання інформаційно-комунікаційних технологій. Вони визнають взаємозв'язок між сферою кібер- і національної безпеки і усвідомлюють, що проблеми кібербезпеки, такі як руйнування системи інформаційно-комунікаційних технологій чи критичної інфраструктури, можуть завдати шкоди національній безпеці і функціонуванню економіки держави.

Усі три держави активно сек'юритизують свій кіберпростір і приділяти першочергову увагу захисту критичної інфраструктури як ключовій умові національної безпеки. Власне таке відношення диктує силовий підхід до управління кібербезпекою як найбільш ефективний. Зосередження уваги головним чином на внутрішніх загрозах означає, що основним об'єктом безпеки виступає економічна сфера.

Важливо зауважити, що у своїх стратегічних документах країни проводять різницю між внутрішніми і зовнішніми джерелами кіберзагроз. Кожна країна має свою стратегію кібербезпеки, і вони певною мірою мілітаризують питання кіберзахисту. Ця тенденція піднімає кібербезпеку до рівня національної безпеки і, власне, фокусується на захисті державних ресурсів інформаційно-комунікаційних технологій. Відповідно, основна відповідальність за нейтралізацію кіберзагроз покладається на силові структури.

Список використаних джерел:

1. About CERT Estonia. URL: https://www.ria.ee/en/cert-estonia.html (дата звернення: 10.10.2020).
2. CERT.LV. URL: www.cert.lv/lv/par-mums (дата звернення: 10.10.2020).
3. Cyber Security Strategy (2014). URL: https://www.mkm.ee/sites/default/files/kuberjulgeoleku_strateegia_2014-2017.pdf (дата звернення: 10.10.2020).
4. Cyber Security Strategy of Latvia 2014-2018. URL: www.enisa.europa.eu/topics/national-cyber-security-strategies/ncss-map/lv-ncss (дата звернення: 10.10.2020).
5. CERT-LT URL: https://www.cert.lt/en/ (дата звернення: 10.10.2020).
6. NATO Strategic Communications Centre of Excellence Riga, Latvia. URL: http://www.stratcomcoe.org/ (дата звернення: 12.10.2020).
7. National Security Concept of Estonia (2010). URL: https://www.kaitseministeerium.ee//sites/default/files/elfinder/article_files/julgeolekupoliitika_alused_2010.pdf (дата звернення: 10.10.2020).
8. National legislation Cybersecurity Act (2014). URL: https://ccdcoe.org/sites/default/

files/strategy/LTU_CSAct_lt.pdf (дата звернення: 12.10.2020).

9. The Estonian Informatics Centre became the Estonian Information System's Authority. 16.06.2011. URL: https://www.ria.ee/en/the-estonian-informatics-centre-became-theestonian-information-systems-authority.html (дата звернення: 10.11.2020).

10. Law On the Security of Information Technologies. URL: http://www.dvi.gov.lv/en/legal-acts/law-on-the-security-of -information-technologies/ (дата звернення: 10.10.2020).

11. Resolution no 796 of 29 June 2011. On the Approval of The Programme for the Development of Electronic Information Security (Cyber-Security) for 2011–2019. URL: http://www.ird.lt/doc/teises_aktai_en/EIS(KS)PP_796_201-06-29_EN_PATAIS.pdf (дата звернення: 10.10.2020).

12. Бородакий Ю.В., Добродеев А.Ю., Бутусов И.В. Кибербезопасность ка основной фактор национальной и международной безопасности XXI века (ч. 1). *Вопросы безопасности*.

13. Бутримас Витаутас. Балтийское сотрудничество в области кибербезопасности. *Per Concordiam*. 2016. № 2. Том 7. С. 19-23.

14. Звоздецька О. Кібербезпека країн Балтії: сучасні виклики та загрози. *Медіафорум : аналітика, прогнози, інформаційний менеджмент: збірка наукових праць*. Чернівці: Чернівецький національний університет, 2017. Том 5. С. 20-34.

15. Ковалев А.А., Балашов А.И. Международно-правовые аспекты политики кибербезопасности некоторых европейских стран бывшего советского блока. *Вестник Поволжского института управления*. 2018. № 5 (18). С. 105–114.

16. Панченко В.М. Зарубіжний досвід формування систем захисту критичної інфраструктури від кіберзагроз. *Інформаційна безпека людини, суспільства, держави*. 2012. № 3 (10) С. 91-100.

17. Cian C Murphy and Diego Acosta Arcarazo, 2014. Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice. In: Cian C Murphy and Diego Acosta Arcarazo ed. 2014. *EU Security and Justice Law. After Lisbon and Stockholm*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp.1-17.

18. Janczewski L.J., Colarik A.M. Cyber warfare and cyber terrorism. N.Y., 2008.

19. Cyberterrorism / ed. by Alan O'Day. Burlington: Aldershot Hants, 2004.

20. Newmeyer K.P. Elements of national cybersecurity strategy for developing nations. *National Cybersecurity Institute Journal*. 2015. № 1(3). P. 9–19.

21. László Kovacs. Cyber Security Policy and Strategy in the European Union and NATO. *Land Forces Academy Review*. 2018. Vol. XXIII. No 1(89). P. 16-24.

22. Raphael Bossong, 2018. Intelligence Support for EU Security. Options for Enhancing the Flow of Information and Political Oversinght. SWP Comment 2018/C51, December 2018, 8, pp. 1-8.

23. Sevdalina Dimitrova, Stoyko Stoykov, Yosif Kochev. National Cybersecurity Strategies in Member States of the European Union. Administrattiva un Kriminala Justicija. 2015. № 4, pp. 54–58.

24. Udo Helmbrecht, 2018. Adequate and effective cybersecurity: state of play. *Speech by ENISA's Executive Director, Prof. Dr. Udo Helmbrecht – Cybersecurity Conference organised by the Austrian Presidency of the Council of the European Union*. European Union Agency For Network and Information Security Vienna, Austria 3rd December 2018, pp. 1-6.

Sviatoslav Kavyn. Regulatory mechanisms for guaranteeing cybersecurity in the Baltic States

An article is devoted to the study of the peculiarities of the regulatory and legal support of information security of the European Union (in particular Estonia, Lithuania and Latvia) in the context of the study of their national cyberstrategies. The articles present a study of legal and institutional mechanisms for cybersecurity in the Baltic States in the crisis of the modern international security system with a view to the global digitalization of society. There is described cybersecurity strategy of Estonia, Lithuania and Latvia, the activities of the relevant bodies, which ensure the information security of the state, including and cybersecurity, as well as joint actions of these countries in the context of European integration processes to strengthen the protection of the information space. International legal aspects of different approaches to cybersecurity.

A review of the national cybersecurity strategies of the Baltic States has shown that their cybersecurity is comprehensive and inclusive. These strategies cover the economic, social, international law, law enforcement and military aspects of cybersecurity. At the same time, countries provoke the difference between internal and external sources of cyber threats in their strategic documents. In this context, the Baltic States are working to integrate national legislation into a unified international legal platform to help reduce the risk of conflicts in national legislation using information and communication technologies. Each country has its own cybersecurity strategies and they privately militarize the protection of the information space. This trend connects cybersecurity to the level of national security and focuses on the protection of public information and communication technology resources. An important factor is that the state is actively securitizing cyberspace and ше is prioritizing the protection of critical infrastructure as a key condition of national security. In fact, such a recovery dictates a forceful approach to cybersecurity management as the most effective. Responsibility for neutralizing cyber threats and stability in the information space is given to law enforcement agencies.

Key words: EU, information security, cybersecurity, information space, rule of law.

УДК 342.951:631.95(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.12.56

Наталія Новак,
докт. екон. наук,
докторант
Науково-дослідного інституту публічного права

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ У СФЕРІ ВИРОБНИЦТВА ТА ОБІГУ ОРГАНІЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ

Актуальність статті полягає в тому, що виробництво органічної продукції є в економічному секторі одним із найперспективніших напрямів розвитку. Але в Україні залишаються проблеми, пов'язані із законодавчим неврегулюванням, відсутністю взаємодії між відповідними органами влади, особливо місцевого самоврядування, відсутністю фінансування вказаної галузі, що потребують особливої уваги та додаткового дослідження. Відповідно, щоб досягти високої якості та значних об'ємів виробництва органічної продукції, необхідно будувати його виробництво на основі міжнародних стандартів. Мета статті полягає в тому, щоб на основі теорії міжнародного та адміністративного права, чинних міжнародно-правових та вітчизняних норм права виявити й узагальнити чинники міжнародного регулювання адміністративно-правового забезпечення виробництва і обігу органічної продукції. Наголошено, що для виокремлення екологічно чиста продукція повинна пройти певну сертифікацію та мати чітке маркування, що запроваджене у всьому світі. У виробництві органічної продукції не застосовуються хімічні добрива та інші синтезовані засоби захисту рослин тощо. Проблемою на всій землі є те, що практично чистої, незабрудненої території не залишилось, мається на увазі не лише чистота ґрунту, а і інші природні компоненти. З'ясовано, що єдині міжнародні стандарти на всі харчові продукти, норми, надання дозволів, правила торгівлі тощо викладені у Кодексі Аліментаріус, який використовується практично у всьому світі, хоча носить рекомендований характер. Спеціально уповноважена комісія на основі останніх змін та досліджень корегує ці норми. У статті виявлені та узагальнені міжнародні стандарти сфери виробництва та обігу органічної продукції. Визначено, що міжнародні адміністративно-правові стандарти сфери виробництва та обігу органічної продукції закладені у відповідних регламентах Європейського Союзу та базових стандартах IFOAM, у яких встановлені основні вимоги до виробництва та обігу органічних продуктів, а також вимоги до відповідних органів, що надають сертифікацію та вимоги до маркування.

Ключові слова: адміністративно-правове забезпечення, міжнародний, стандарти, обіг, органічна продукція, регламент ЄС.

Постановка проблеми. Життя та здоров'я кожної людини є найбільшою цінністю у правовій державі. Натепер усе більше людей почали приділяти увагу своєму здоров'ю, переходячи на вживання органічно чистої продукції. Саме виробництво органічної продукції є в економічному секторі одним із найперспективніших напрямів розвитку. Але в Україні залишаються проблеми, що пов'язані із законодавчим неврегулюванням, відсутністю взаємодії між відповідними органами влади, особливо місцевого самоврядування, відсутністю фінансування вказаної галузі, що потребують особливої уваги та додаткового дослідження. Відповідно, щоб досягти високої якості та значних об'ємів виробництва органічної продукції, необхідно будувати його виробництво на основі міжнародних стандартів.

Аналіз публікацій на тему дослідження. Науково-теоретичну основу становили праці як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, а саме В. Авер'янова, О. Андрійко, В. Андрушенка, М. Ануфрієва, В. Артиша, Г. Атаманчука, Ф. Бавеса, В. Бакуменка, Г. Баоуракіс, О. Бандурки, Р. Безуса, А. Берлача, Н. Берлач, І. Білоткача, Ю. Битяка, В. Бондарь, Н. Борд, Н. Буги, Т. Брагіна, А. Васіної, А. Васильєва, Х. Віллера, В. Галунька, В. Гаращука, Д. Гутмана, І. Голосніченка, В. Грановської, Т. ДеГрегорі, Є. Додіна, А. Дубгарда, М. Драга, Д. Йосифовича та інших. Однак в умовах сьогодення вказане питання потребує подальшого наукового аналізу.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі теорії міжнародного та адміністративного права, чинних міжнародно-правових та вітчизняних норм права виявити й узагальнити чинники міжнародного регулювання адміністративно-правового забезпечення виробництва та обігу органічної продукції.

© Н. Новак, 2020

Виклад основних положень. В останні десятиліття у світовій економіці все більше уваги приділяється та набувають поширення новітні інноваційні тенденції щодо розвитку та обігу органічної продукції, які спрямовані на використання природних екологічно чистих ресурсів, задоволення масових потреб населення у збереженні свого здоров'я та довкілля. В усьому світі діють чітко визначені міжнародні стандарти до органічної продукції, при цьому у кожній державі на основі цих стандартів розроблені свої внутрішні закони. У міжнародній спільноті все більшої уваги приділяється концепціям еко-розвитку, як-то «чистого виробництва», «зеленого офісу» тощо. Для виокремлення екологічно чиста продукція повинна пройти певну сертифікацію та мати чітке маркування, що запроваджене у всьому світі. У виробництві органічної продукції не застосовуються хімічні добрива та інші синтезовані засоби захисту рослин тощо. Проблемою на всій землі є те, що практично чистої, незабрудненої території не залишилось, мається на увазі не лише чистота ґрунту, а й інші природні компоненти.

Звернемося до публічного адміністрування у цій сфері на рівні Європейського Союзу. У довіднику стандартів ЄС висвітлено новелу, а саме Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 2018/848 від 30.05.2018 р. про органічне виробництво й маркування органічних продуктів, що скасовує дію регламенту Ради (ЄС) № 834/2007 (вводиться в дію з 1 січня 2021 р.), яким встановлено принципи органічного виробництва та правила стосовно органічного виробництва, сертифікації та використання позначень, які стосуються органічного виробництва, маркування, рекламні матеріали та правила щодо додаткового контролю. Цим регламентом вводяться нововведення: гідропонне виробництво, яке полягає у розміщенні коренів деяких рослин у поживному розчині, заборонене; виробництво переробленої органічної їжі не має включати продукти, що містять або складаються з наноматеріалів; деякі продукти можуть бути включені в органічне виробництво тією мірою, якою вони можуть бути виготовлені за допомогою природних технологій виробництва; створено систему групової сертифікації для дрібних фермерів та операторів з метою зниження витрат на інспектування та сертифікацію і адміністративних обмежень, зміцнення місцевих мереж, сприяння розвитку роздрібної торгівлі та забезпечення рівних умов для операторів з третіх країн; за певних умов ферма може виробляти як органічну, так і конвенційну та не органічну продукцію; оператори та групи операторів підлягають перевірці відповідності щонайменше один раз на рік [1].

Нині чинний Регламент (ЄС) № 834/2007 про органічне виробництво та маркування органічної продукції встановлює правові рамки для органічної продукції. Він містить основні цілі та загальні принципи органічного землеробства й ілюструє правила виробництва, маркування, контролю та торгівлі з країнами, що не входять до ЄС. Сферою застосування аналізованого регламенту є сільськогосподарська продукція (включаючи продукти аквакультури), перероблена або необроблена і призначена для споживання людиною; корм для тварин; рослинний розмножувальний матеріал (наприклад, коріння та щеплення) та насіння, що використовується для посівів; дріжджі, що використовуються як їжа або корм. Завдання цього Регламенту – зосередити увагу на сталому розвитку сільського господарства та якості продукції, які мають задовольняти потреби споживачів. До загальних принципів належать конкретні методи виробництва, використання природних ресурсів й обмежень щодо синтетичних хімічних матеріалів. Він також установлює конкретні принципи, що стосуються ведення сільського господарства, переробки органічної їжі та органічних кормів для тварин [2].

Регламент (ЄС) № 834/2007 установлює загальні правила органічного виробництва, зокрема: забороняється в органічному виробництві використовувати генетично модифіковані організми (ГМО) у будь-яких формах. Правила щодо маркування продуктів харчування мають дозволяти операторам забезпечити дотримання цієї заборони. Лікування іонізуючим випромінюванням також заборонене. Суб'єкти, що бажають здійснювати обидва види сільськогосподарського виробництва (органічне та неорганічне), мусять забезпечити розділення тварин та землі для цих видів діяльності. Виробництво органічних рослин має відповідати певним правилам, що стосуються: обробітку ґрунту, родючості ґрунту, що має зберігати його життя та природу; запобігання пошкодженню, яке має базуватися на природних методах; насіннєвого й рослинного розмножувального матеріалу, що має вироблятися органічними методами [2].

Єдині міжнародні стандарти на всі харчові продукти, норми, надання дозволів, правила торгівлі тощо викладені у Кодексі Аліментаріус, який використовується практично у всьому світі, хоча носить рекомендований характер. Спеціально уповноважена

комісія на основі останніх змін та досліджень корегує ці норми.

До галузей органічного виробництва віднесено: органічне рослинництво (зокрема, насінництво та розсадництво); органічне тваринництво (зокрема, птахівництво, бджільництво); органічне грибівництво (зокрема, вирощування органічних дріжджів); органічну аквакультуру, виробництво органічних морських водоростей; виробництво органічних харчових продуктів (зокрема, органічне виноробство); виробництво органічних кормів; заготівлю органічних об'єктів рослинного світу [4].

При цьому припускається, що дикі рослини, зібрані в деяких районах, також класифікуються як органічні продукти, якщо вони відповідають певним умовам, пов'язаним з їх збиранням і походженням. Морські водорості також можуть розглядатися як органічний продукт до того часу, поки площа його виробництва та врожаю відповідає певним умовам. Органічне тваринництво має відповідати певним правилам, що стосуються: походження тварин (вони мають бути народжені та вирощені в органічних господарствах); практики управління та догляду за худобою, які також стосуються певних особливостей житла тварин; методів розведення тварин (як правило, природних); корму для тварин, який має бути органічним; профілактики захворювань; очищення та дезінфекції, що передбачає виключне використання продуктів. Для маркування екологічної продукції в ЄС використовують терміни "eco" та "bio" – для опису органічного продукту, його інгредієнтів або сировини. Маркування органічного продукту має бути чітко видно на упаковці та містити посилання на контрольний орган, який засвідчує відповідний продукт. З 1 липня 2010 р. використання логотипу ЄС на органічних харчових продуктах є обов'язковим, як і свідчення про походження вихідної сировини [2; 6]. Міжнародна федерація органічного сільськогосподарського руху (IFOAM) займається сертифікацією органічної продукції, розроблені норми «Базові стандарти IFOAM щодо органічного виробництва і переробки», прийняті міжнародною спільнотою, є основою для держав з отримання сертифікаційної оцінки та регулюють виробництво та обіг органічної продукції. Основними вимогами IFOAM щодо сертифікації продукції як органічної є: обробка без застосування хімічних добрив протягом трьох років земельних угідь; насіння для органічного господарства не може бути генетично модифікованим; заборона використання гербіцидів, пестицидів, інсектицидів, азотовмісних та інших хімічних добрив; у процесі вирощування худоби заборонено застосовувати антибіотики і гормони росту; фермери повинні реєструвати будь-яке лікування тварин; виробник зобов'язаний використовувати 100% органічні інгредієнти.

Вказані вимоги лягли в основу і Закону України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції». Органічне виробництво – це сертифікована діяльність, пов'язана з виробництвом сільськогосподарської продукції (зокрема, всі стадії технологічного процесу, а саме первинне виробництво (включаючи збирання), підготовка, обробка, змішування та пов'язані з цим процедури, наповнення, пакування, переробка, відновлення та інші зміни стану продукції), що провадиться з дотриманням вимог законодавства у сфері органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції [3].

Висновок

Отже, міжнародні стандарти сфери виробництва та обігу органічної продукції закладені у відповідних регламентах Європейського Союзу та базових стандартах IFOAM, у яких встановлені основні вимоги до виробництва та обігу органічних продуктів, а також вимоги до відповідних органів, що надають сертифікацію та вимоги до маркування. Виробництво органічної продукції є в економічному секторі одним із найперспективніших напрямів розвитку в Україні, але ще залишаються проблеми, пов'язані із законодавчим неврегулюванням, що потребує нагального розв'язання.

Список використаних джерел:

1. Офіційний сайт Федерації органічного руху України. URL: http:/ /organic.com.ua/ vidannya-dovidnika-standartiv-%D1%94s-shhodo-regulyuvannya –organichnogo-virobnicztva-ta-markuvannya-organichnih-produktiv/.

2. Регламент (ЄС) № 834/2007 про органічне виробництво та маркування органічної продукції. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ TXT/?uri =LEGISSUM%3Af86000.

3. Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції : Закон України від 10 липня 2018 р. № 2496-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 36. Ст.275.

4. За чистий продукт. *Закон і Бізнес*. 2019. URL: https://zib.com.ua/ua/133877-novi_ vimogi_do_organichnogo_virobnictva_obig_ markuvannya_san.html.

5. Регламент ЄС 1235/2008 про правила щодо імпорту органічної продукції з третіх країн.

2008. URL: https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/organic-farming /legislation _en.

6. Регламент ЄС 889/2008 про правила, що регулюють органічне виробництво, маркування та контроль. 2008. URL: https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/organic-farming/legislation_en

7. IFOAM Basic Standards. URL: https://www.aquaculturealliance.org/advocate/ifoam-drafts-basic-standards-for-organic-aquaculture-production/.

Nataliia Novak. International legal standards in the field of production and circulation of organic products

The relevance of the article is that the production of organic products is one of the most promising areas of development in the economic sector. However, in Ukraine there are still problems related to non-legislative regulation, lack of cooperation between the relevant authorities, especially local self-government, lack of funding for this area, which require special attention and additional research. Accordingly, in order to achieve high quality and significant volumes of production of organic products, it is necessary to build its production on the basis of international standards. The purpose of the article is to identify and generalize the factors of international regulation of administrative and legal support of production and circulation of organic products on the basis of the theory of international and administrative law, current international law and domestic law. It is emphasized that in order to be distinguished, ecologically clean products must pass a certain certification and have a clear label, which is introduced all over the world. Chemical fertilizers and other synthesized plant protection products, etc. are not used in the production of organic products. The problem on the whole earth is that there is no practically clean, unpolluted territory left, not only the purity of the soil, but also other natural components. It was found that the uniform international standards for all food products, norms, permits, trade rules, etc. are set out in the Codex Alimentarius, which is used almost worldwide, although it is recommended. The specially authorized commission adjusts these norms on the basis of the last changes and researches. The article identifies and summarizes international standards in the field of production and circulation of organic products. It is determined that the international administrative and legal standards in the field of production and circulation of organic products are laid down in the relevant regulations of the European Union and the basic standards IFOAM, which set out the basic requirements for production and circulation of organic products, as well as requirements marking.

Key words: administrative and legal support, circulation, EU regulations, international, organic products, standards.

НОТАТКИ

Увага!

Триває передплата на журнал «Підприємництво, господарство і право», яку можна оформити в будь-якому відділенні поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».

Наш передплатний індекс – 74576.