ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

5 2020 (291)

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:

Вавженчук С. Я.
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 Табашевськи (Польща)

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Андрій Гель
Розвиток вітчизняного законодавства у сфері трансплантації..... 6

Олександра Кармаза
Медіація та переговори як альтернативні способи вирішення спорів.....13

Наталія Коробцова, Юлія Засядівко
Правова регламентація довірчої власності у зарубіжних країнах та Україні..... 19

Анна Мельник
Деякі питання забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей жилими приміщеннями у гуртожитках.....23

Павло Микуляк
Судова помилка як підстава самоконтролю суду першої інстанції в цивільному процесі.....30

Андрій Потапенко
Вимога ефективного захисту права у процесуальних документах: погляд з позиції сторін цивільного процесу.....35

Володимир Примак
Розірвання договору як спосіб цивільно-правового захисту в кризових умовах.....43

Володимир Скрипник
Транспортні послуги в системі об'єктів цивільних прав.....50

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Оксана Вінник
Господарські відносини в умовах цифровізації та їх правове регулювання...56

Ігор Галіян
Визнання недійсними рішень органів управління господарським товариством як спосіб захисту корпоративних прав.....63

Ірина Доденко
Основні ризики підприємницької діяльності з авіаперевезень..... 69

Владислав Єфіменко
Правове значення впливу соціально-економічного сприйняття підприємця на розвиток підприємницької діяльності в континентальній Європі.....74

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

Ірина Коваль, Наталія Щербакова
Особливості участі закладів вищої освіти у заснуванні суб'єктів інноваційної діяльності.....79

Valeriya Slatvinska
Economic and legal mechanism of water transport regulation as a concept and correlate.....86

ТРУДОВЕ ПРАВО

Лілія Амелічева
Юридична відповідальність роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності під впливом концепції гідної праці.....91

Євген Дурнов
Характеристика підходів до інтерпретації професійного праворозуміння.....96

Олег Орловський
Правова природа модернізації пенсійного забезпечення за віком на пільгових умовах.....102

Ігор Чумаченко
Сучасні проблеми процесуальних відносин у трудовому праві України.....107

Роман Шабанов
Правове регулювання праці суддів нормами трудового права.....112

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

В'ячеслав Бойко
Елементи адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації.....118

Валентин Галунько, Юрій Буглак
Юридичний зміст політичної корупції в Україні.....122

Ганна Гончаренко
Повноваження органів місцевого самоврядування як суб'єктів управління сектору безпеки України.....127

Дар'я Драч
Прокурорський нагляд: український та європейський досвід.....132

Андрій Лозовицький
Типологія небанківських електронних платіжних систем.....137

Олександр Мамалуй
Матеріальні та процесуальні аспекти судових проваджень із вирішення податкових спорів.....144

Олександр Світличний, В'ячеслав Шморгун
Кваліфікуючі ознаки незаконного використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг.....150

Олександр Чумак
Адміністративна відповідальність пасажирів у галузі цивільної авіації: порівняльно-правовий аналіз.....155

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Данило Демченко
Концепція соціальної держави у Конституції України.....159

Катерина Закоморна, Дмитро Зал
Імпічмент у системі стримувань і противаг: досвід країн американського континенту.....164

Єлизавета Незвінська
Правовий статус мера: зарубіжний досвід 171

Антон Чиркін, Вікторія Кушнір
Особливості місцевого самоврядування Франції 176

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Валерія Антошкіна
Способи тлумачення права та їхня роль у правозастосовній практиці 181

Марта Генюк
Поняття «зловживання правом» у юридичній доктрині 187

Олександр Захарченко
Історія становлення правового регулювання
інституту післядипломної освіти поліцейських в Україні 192

Михайло Кельман, Мирослава Кристиняк
Проблеми розвитку та якісного формування української еліти 198

Денис Тихомиров
Співвідношення категорій державної діяльності, державного управління
та державної політики 201

Олексій Фаст
Роль середньовічної правової доктрини у формуванні уявлень про честь
та гідність як правового інституту 208

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Вікторія Базелюк, Євгенія Коваленко
Відмежування незаконного проведення пошукових робіт
на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування
або пошкодження об'єктів культурної спадщини від суміжних
складів злочинів 215

Антон Байда, Ольга Склезь
Особливості кваліфікації злочинів за статтею 222 Кримінального кодексу України
шахрайство з фінансовими ресурсами 221

Олександр Біловол
Проблемні аспекти визначення основного безпосереднього об'єкта складу злочину,
передбаченого ст. 126-1 КК України 227

Андрій Боровик
Стан наукових розробок з питань, що стосуються впливу корупції
на прямі іноземні інвестиції 235

Вікторія Владимирова
Витоки кримінальної відповідальності за здачу або залишення ворогові
засобів ведення війни 242

Сергій Кримчук
Стан дослідження інституту повідомлення про підозру та порядку його оскарження 246

Вікторія Мірковець
Проблеми забезпечення права на свободу і особисту недоторканість
при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження 252

Назар Павлів
Окремі питання замаху на злочин 258

Лідія Палюх
Проблеми регламентації ознак об'єктивної сторони складу злочину
«втручання в діяльність судових органів» 262

Микола Семенишин
Кримінально-правова характеристика агресивної корисливо-насильницької злочинності……267

Анастасія Хильченко (Макаренко)
Деякі питання призначення покарання на підставі угод……274

Ігор Чугуніков
Зґвалтування і сексуальне насильство та примушування до вступу в статевий зв'язок: проблеми розмежування……280

Юлія Шопіна
Об'єктивна сторона злочинів, передбачених статтями 131, 132, 134, 139-145 Кримінального кодексу України……288

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Олександр Бойко
Зміст права на справедливий судовий розгляд……294

Марина Городецька
Кримінально-правовий та кримінально-процесуальний елементи предмета відання у кримінальному провадженні……299

Валентина Дрозд
Окремі аспекти регламентації інституту процесуальних витрат за Кримінально-процесуальним кодексом України 2012 року……304

Олександр Торбас
Роль слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні……309

Сергій Шульгін
Використання матеріалів контррозвідувальної діяльності як доказів у кримінальному провадженні……313

ПРОКУРАТУРА

Сергій Влад
Особливості організації роботи органів прокуратури України у галузі міжнародного співробітництва……319

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Микола Вечеря
Зарубіжний досвід забезпечення безпеки свідка в кримінальному процесі……325

Вікторія Клинчук
Адміністративно-правові засади державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС……331

Аліна Левенець
Загальна характеристика процедури виконання рішень Європейського суду з прав людини в Україні……336

Олена Поліванова, Дар'я Третьякова
Ефективний контроль держави поза межами її територіальної юрисдикції: підстави притягнення до відповідальності за порушення прав людини у практиці ЄСПЛ……341

Інна Роянова
Історія становлення інституту нейтралізованих територій упродовж XIX – на початку XX століття……350

Ольга Чепель
Правова природа консультативного висновку Європейського суду з прав людини……357

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

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Наталія Гураленко
Свобода як аксіоматична основа відповідальності..... **362**

Науково-дослідний інститут
приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

Оголошує набір

до аспірантури:
з 01.06.2020 до 30.06.2020;
з 17.08.2020 до 11.09.2020;
до докторантури:
з 01.01.2020 до 30.06.2020;
з 24.08.2020 до 31.12.2020.

Правила прийому
до аспірантури та докторантури
на сайті **www.ndippp.gov.ua**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
Видавець: ТОВ «Гарантія»
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)

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 № 6 від 22.05.2020 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 27.05.2020. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 32,2. Обл.-вид. арк. 40,76.
Тираж – 255. Замовлення № 0620/143
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а
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 347.1: 61
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.01

Андрій Гель,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри патологічної анатомії, судової медицини та права
Вінницького національного медичного університету імені М. І. Пирогова

РОЗВИТОК ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ

У статті проаналізовано основні новації, запроваджені у сфері правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів людині в законодавство Україні протягом 2018-2020 років. Звернено увагу на той факт, що вдосконалення норм законодавства у цій сфері правового регулювання виступає необхідною передумовою для подальшого підвищення ефективності функціонування трансплантації як спеціального методу лікування, покликаного рятувати життя та здоров'я людей.

Акцентовано увагу на змісті базового акта – Закону від 17.05.2018 р. № 2427-VIII (в першій редакції); проаналізовані як його положення, які, на думку автора, безумовно, заслуговують виключно позитивної оцінки (з точки зору їх обґрунтованості та доцільності), так і ті, що можна віднести до категорії небезспірних та дискусійних. Констатується, що запрацювати на повну потужність нова редакція закону може виключно за умови виконання Кабінетом Міністрів України вимог, закріплених у п. 4 Розділу VIII (Прикінцеві та перехідні положення), що зобов'язували цей орган до вступу закону в дію створити необхідну нормативно-правову базу та забезпечити функціонування державної інформаційної системи трансплантації.

Визначено, що більшість новацій, запроваджених Законом від 28.02.2019 р. № 2694-VIII, можу бути оцінену як корисні та обґрунтовані. Звертається увага на необґрунтованість позиції законодавця щодо запровадження Законом від 20.12.2019 р. № 418-IX двох окремих державних інформаційних систем трансплантації.

Зроблено висновок, що в Україні в основному завершено створення законодавчого підґрунтя для подальшого розвитку сфери трансплантації, проте для її повноцінного функціонування необхідно забезпечити створення та наповнення державної інформаційної системи трансплантації, а також прийняття низки підзаконних нормативно-правових актів. Вказано на недоліки у законотворчій діяльності та запропоновано запровадити у вітчизняне законодавство принцип «презумпції згоди».

Ключові слова: особисті немайнові права фізичної особи, медична допомога, анатомічні матеріали людини, донор, реципієнт, державна інформаційна система трансплантації, презумпція згоди, презумпція незгоди.

Постановка проблеми. Без сумніву, однією із важливих сфер медичної діяльності є надання медичної допомоги пацієнтам із застосуванням трансплантації анатомічних матеріалів людині. Справді, для багатьох тисяч наших співвітчизників застосування трансплантації як методу лікування може бути єдиним способом збереження їхнього життя та здоров'я, які відповідно до ст. 5 Конституції України визнаються найвищою соціальною цінністю. І невипадково у переліку особистих немайнових прав, що забезпечують природнє існування фізичної особи, закріплених у Главі 21 Цивільного кодексу України (далі – ЦК), на перших щаблях закріплені саме право на життя (ст. 281), право на охорону здоров'я (ст. 283) та право на медичну допомогу [1]. На превеликий жаль, стан цієї надважливої сфери медичної діяльності протягом останніх десятирічь не може буде охарактеризований інакше як катастрофічний. За даними, які наводить О. В. Шклярська, в Україні щорічно операцій з пересадки нирок, серця та печінки потребують у середньому 4 500 пацієнтів, проте, так і не дочекавшись операції, кожного дня помирає дев'ятеро людей [2, с. 17]. Розуміючи важливість проблеми, держава протягом останніх двох років намагається зрушити розвиток цієї важливої для життя та здоров'я людей сфери нашої медицини з мертвої точки. Загальновідомо, що ефективність реалізації політики держави у будь-якій сфері діяльності прямо залежить від досконалості та ефективності законодавства, що покликано цю сферу регулювати. Не є винятком і сфера трансплантації анатомічних матеріалів людини. І ось у травні 20018 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України від 17.05.2018 р. № 2427-VIII «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» (далі – Закон

© А. Гель, 2020

України від 17.05.2018 р.), який набрав чинності 24 червня 2018 р. та вступив у дію з 1січня 2019 р., одночасно зі скасуванням Закону України від 16.05.1999 р. № 1007-XIV «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині» (далі – Закон від 16.05.1999 р.). Проте з певних причин протягом 2019 року цей закон так і не запрацював на повну силу і не призвів до очікуваних результатів, а законодавець був вимушений двічі протягом 2019 року вносити до нього зміни та доповнення. Зокрема, наприкінці лютого 2019 року був прийнятий Закон України від 28.02.2019 р. № 2694-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» (далі – Закон від 28.02.2019 р.), який набрав чинності з 31.03.2019 р., а вже у грудні того ж року – Закон від 20.12.2019р. № 418-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині» (далі – Закон від 20.12.2019р.), який набрав чинності з 29.12.2019 р. Проте й натепер стан речей у цій важливій царині суттєво так і не покращився. І логічно постає питання: а чому ж так сталося? Спробуємо дати на нього відповідь.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останнім часом питання правового регулювання у сфері трансплантації анатомічних матеріалів людини були предметом розгляду у публікаціях Г.В. Анікіної, А.П. Геля, О.М. Головко, Л.Г. Дунаєвської, М.М. Ковальського, В.М. Лушпієнко, І.В. Міщука, М.М. Новицької, Л.А Ольховик, В. М. Пашкова, І.Я. Сенюти, С.Г. Стеценка, Я.О. Триньової, О.В. Шклярської [2-15] та деяких інших авторів. Разом із тим питання комплексного аналізу новацій, запроваджених у сфері правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів людини, з урахуванням наведених вище законодавчих змін, їх обґрунтованості та доцільності ще не були предметом розгляду, що й зумовило вибір відповідної теми дослідження.

Метою статті є комплексний аналіз новацій, внесених законодавцем у сферу правового регулювання інституту трансплантації анатомічних матеріалів людини протягом 2018-2019 рр., визначення їх ефективності та обґрунтованості.

Виклад основного матеріалу. Отже, проаналізуємо зміст основних новацій законодавця в їх хронологічній послідовності

Закон України від 17.05.2018 р. (перша редакція). Не підлягає сумніву наявність об'єктивних причин, що зумовили необхідність прийняття Закону від 17.05.2019 р,. і про них вже було досить сказано вище. Оскільки основні новації цього закону, його позитивні та небезспірні й дискусійні сторони вже були детально проаналізовані мною раніше [5, с. 112-124], в цій публікації обмежимося лише побіжною їх констатацією. Це конче необхідно для того, щоб уявляти загальну картину стану законодавства у цілому.

Отже, до основних позитивних (умовно назвемо їх так) новацій Закону від 17.05.2019 р., на мою думку, можна віднести такі:

1. Закріплення на законодавчому рівні основних принципів застосування трансплантації та основних напрямів державної політики у цій сфері.

2. Суттєве розширення переліку близьких родичів та членів сім'ї, які можуть бути живими донорами при родинному донорстві (хоча цей перелік і не виглядає бездоганним з юридичної точки зору з огляду на норми цивільного та сімейного права).

3. Запровадження інституту «перехресного донорства» як нового різновиду «прижиттєвого донорства».

4. Запровадження інституту трансплант-координаторів як нової медичної спеціальності.

5. Закріплення на законодавчому рівні загальних засад функціонування Єдиної державної інформаційної системи трансплантації (далі – ЄДІСТ), переліку реєстрів ЄДІСТ, їх змісту та переліку суб'єктів, які мають право доступу до них. Разом із тим створення ЄДІСТ не можна вважати ексклюзивною новацією законодавця, оскільки створення такої інформаційної системи (до речі, з такою саме назвою) було передбачено ще у 2002 році наказом МОЗ України від 29.11.2002 р. № 432, який є чинним і натепер. Інша річ – наскільки ефективним було функціонування вже існуючої на момент прийняття закону ЄДІСТ та наскільки повним та корисним для практичної діяльності було її наповнення інформацією.

6. Розширення переліку живих осіб, у яких забороняється вилучати анатомічні матеріали (іноземці та особи без громадянства, які незаконно перебувають на території України; вагітні).

7. Закріплення загальних засад та деталізація порядку надання згоди або незгоди на вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб та запровадження інституту повноважного представника.

8. Закріплення норми про можливість внесення за бажанням особи відомостей про надання згоди або незгоди на вилучення ана-

томічних матеріалів на випадок її смерті до деяких її особистих документів.

9. Встановлення заборони на вилучення анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів у померлих осіб, які належать до окремих категорій (дітей-сиріт; осіб, які загинули в результаті проведення АТО чи ООС, та деяких інших).

10. Передача повноважень із затвердження переліку закладів охорони здоров'я, які мають ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, що передбачає право з надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації або здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією, з компетенції КМУ до компетенції МОЗ України.

11. Внесення змін до КК України, які передбачали посилення санкцій за злочини у сфері трансплантації, передбачені ч.ч. 2-5 ст. 143 КК України (Порушення встановленого порядку трансплантації анатомічних матеріалів людини).

До інших новацій законодавця, які заслуговують на увагу і які, на мою думку, не є безспірними та бездоганними (з точки зору їх доцільності та обґрунтованості) можна віднести, зокрема, такі:

1. Передбачення законом створення у підпорядкуванні МОЗ України нового центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації та здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією. Навіть побіжний аналіз основних повноважень цього нового органу, які були визначені у першій редакції ст. 9. Закону від 17.05.2018 р., свідчить, що виконання значної їх частини раніше покладалося на Координаційний центр трансплантації органів, тканин і клітин МОЗ України, який функціонує на теренах держави ще з 2006 року на підставі Положення, затвердженого наказом МОЗ України від 11.12.2006 р. № 812. Навряд чи створення додаткового органу виконавчої влади з численним апаратом чиновників можна вважати дієвим та ефективним способом для досягнення кардинальних змін у сфері трансплантації.

2. Надання суб'єктам господарювання приватної форми власності права здійснення господарської діяльності з медичної практики, що передбачає право з надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації або здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією. Нагадаю, що Законом України від 16.05.1999 р. суб'єктами цієї сфери діяльності були виключно заклади державної та комунальної форми власності та державні наукові установи. Розуміючи дискусійний характер цього питання, не буду вдаватися в полеміку, а лише обмежуся такою реплікою. Справді, між суб'єктами господарської діяльності різних форм власності не повинно бути жодної дискримінації, а ст. 17 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (далі – Основи) зазначає, що держава підтримує господарську діяльність у сфері охорони здоров'я, проте вважаю цей крок поки що передчасним, зважаючи як на високий рівень корупціогенних ризиків, так і на низьку платоспроможність пересічних громадян.

3. Позбавлення батьків, піклувальників та інших законних представників неповнолітніх реципієнтів віком від 14 до 18 років та законних представників реципієнтів, визнаних обмежено дієздатними, права одночасно з переліченими вище особами надавати письмову згоду на застосування до їх дитини або підопічного на проведення операції з трансплантації. Хоча я й цілком розумію прагнення законотворця привести цю норму у відповідність до інших норм медичного законодавства, які регулюють вік, з якого особа може надавати згоду на медичне втручання (14 років), та закріплені, зокрема, у ч. 3 ст. 284 ЦК України та ч. 1 ст. 43 Основ. Разом із тим у ч. 2 ст. 44 Основ та ст. 8 Закону України «Про лікарські засоби», враховуючи важливість та особливість окремих конкретних ситуацій, законодавець закріплює інший порядок – той, який раніше передбачався й нормами Закону від 16.05.1999 р., редакцію яких, на мою думку, необхідно було зберегти. Крім того, в новій редакції ця норма дисонує зі змістом норм, закріплених у ст. 285 ЦК України та ст. 39 Основ, які визначають, що медичну інформацію про свій стан здоров'я можуть отримувати лише повнолітні особи. Враховуючи обмежений обсяг публікації, залишимо це дискусійне питання за межами нашого розгляду.

4. Законодавець так і не звернув уваги на численні пропозиції практикуючих лікарів, науковців та правозахисників щодо доцільності запровадження у вітчизняне законодавство принципу «презумпції згоди» як єдиного можливого шляху для подолання шаленого дефіциту в анатомічних матеріалах для трансплантації і залишив чинним принцип «презумпції незгоди». Як основний аргумент на його користь прихильники наводять такі тези. По-перше, застосування «презумпції згоди» є неприпустимим з точки зору дотримання прав людини, оскільки призведе до порушення вільного волевиявлення людини щодо подальшої долі її тіла. Разом із тим принцип «презумпції згоди» успішно

діє у 60 % європейських країн, в тому числі в Австрії, Бельгії, Франції та цілому ряді інших, та в окремих штатах США [4, с. 69-70], які в жодному разі не можна звинуватити в умисному порушенні прав людини та ігноруванні законних інтересів своїх громадян. Крім того, потрібно насамперед зважати на ієрархію соціальних цінностей, в якій життя та здоров'я людини завжди були найвищими пріоритетами. До речі, у Республіці Білорусь після запровадження «презумпції згоди» кількість трансплантацій із використанням анатомічних матеріалів померлих донорів збільшилася у 40 (!) разів [2, с. 17]. Другим їх основним аргументом є теза, що принцип «презумпції незгоди» успішно функціонує у цілому ряді розвинутих країн. Справді, цей принцип посмертного донорства закріплений у законодавстві Німеччини, Канади, Італії, Фінляндії, Польщі та ряді інших країн. Проте чомусь при цьому наші його вітчизняні прихильники забувають згадати, на якому високому рівні розвитку в цих країнах на відміну від України перебуває трансплантологія та її матеріально-технічна база, фінансування, реальне дотримання принципів верховенства права та реального пріоритету прав людини, рівень корумпованості, стан інформаційно-просвітницької роботи серед населення у цій сфері (яка у нас наразі практично відсутня взагалі) та ряд інших чинників [5, с. 114-115].

Проте запрацювати на повну потужність нова редакція закону мала можливість виключно після виконання вимог норм, закріплених у п. 4 Розділу VIII (Прикінцеві та перехідні положення) Закону від 17.05.2018 р., які зобов'язували Кабінет Міністрів України до вступу закону в дію виконати низку завдань, у тому числі:

– створити необхідну нормативно-правову базу, передбачену законом, та забезпечити прийняття відповідних нормативно-правових актів міністерствами й іншими центральними органами виконавчої влади – до 01.01. 2019 р. (підпункти 1-3 пункту 4);

– забезпечити утворення та функціонування ЄДІСТ, її наповнення інформацією, адміністрування, програмне забезпечення тощо – до 01.10.2018 р. (підпункти 4-5 пункту 4) [16].

Проте наведені вище завдання КМУ виконані не були, що поставило під загрозу можливість функціонування інституту трансплантації у нашій країні взагалі та зумовило необхідність внесення чергових змін до законодавства.

Закон України від 28.02.2019 р. Наприкінці лютого 2019 року був прийнятий Закон України від 28.02.2019 р. № 2694-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» [17], який набрав чинності з 31.03.2019 р.

Насамперед для розблокування діяльності у сфері вітчизняної трансплантації (здійснення якої законом нерозривно вже було пов'язано з функціонуванням ЄДІСТ) були внесені зміни до п. 4 Розділу VIII (виключені підпункти 4 і 5, які стосувалися строків запуску та наповнення ЄДІСТ) та доповнено цей Розділ новими пунктами (5-8), які зокрема:

– перенесли строки, визначені для КМУ законодавцем щодо створення та запуску функціонування ЄДІСТ – вже до 1 січня 2020 р. (п. 5);

– розв'язали наявні колізійні питання, пов'язані з функціонуванням ЄДІСТ, що на той час унеможливлювали надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації, зокрема дозволивши використання інформації на паперових носіях та уточнивши низку деяких інших питань (пп. 6-8).

Крім того, цим законом була внесена й низка інших змін. Зокрема, на мою думку, заслуговують на увагу такі з них:

– зміни до ч. 1 ст. 290 ЦК України, згідно з якими особа віком до 18 років може бути живим донором гемопоетичних стовбурових клітин відповідно до закону;

– у ст. 1 Закону розширено перелік осіб, яких законодавець включає до кола близьких родичів та членів сім'ї, а саме додатково включено до нього також двоюрідних братів і сестер, рідних дядька та тітку, рідних племінника та племінницю;

– лікарям загальної практики – сімейним лікарям надано право вносити відомості до реєстру волевиявлення особи про надання згоди або незгоди на посмертне донорство або призначення нею повноважного представника (абз. 4 ч. 8 ст. 11 Закону);

– внесена низка змін до ст. 14 Закону, що регулює вилучення анатомічних матеріалів у живих донорів (прижиттєве донорство), які здебільшого стосуються умов та порядку донорства гемопоетичних стовбурових клітин, з урахуванням змін, внесених до ч. 1 ст. 290 ЦК України.

Значна частина новацій, запропонованих законодавцем у Законі України від 28.02.2019 р., на мою думку, можуть бути оцінені як доцільні та обґрунтовані.

Закон від 20.12.2019 р. № 418-IX. Наприкінці 2019 року знову стало очевидним, що вимоги законодавця, закріплені у Прикінцевих та перехідних положеннях Закону від 17.05.2018 р., щодо створення належної нормативно-правової бази та запуску ЄДІСТ

вкотре своєчасно виконані не будуть. І от Верховна Рада України приймає вже третій за рахунком протягом останніх півтора року (і другий – протягом восьми місяців 2019 року) нормативний акт – Закон від 20.12.2019 р. № 418-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині», який набрав чинності з 29.12.2019 р. Не викликає сумніву той факт, що головною метою прийняття цього закону була спроба органів влади приховати свою бездіяльність за черговими численними змінами законодавства, більшість з яких не можна назвати інакше як «законодавчим спамом».

Єдиною корисною новацію Закону від 20.12.2019 р. вважаю відмову законодавця від створення нового центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері надання медичної допомоги із застосуванням трансплантації та здійснення діяльності, пов'язаної з трансплантацією (на цей недолік першої редакції Закону від 17.05.2018 р. ми вже звертали увагу вище). Натомість ст. 8 Закону уповноважує МОЗ України на створення спеціалізованої державної установи у сфері трансплантації органів, тканин та клітин для здійснення організаційно-методичного керівництва закладами охорони здоров'я, що надають медичну допомогу із застосуванням трансплантації, та виконання ряду інших функцій у сфері координації цієї діяльності.

Не можна однозначно оцінити новації законодавця у сфері функціонування інформаційної системи трансплантації. Нагадаємо, що ст. 11 Закону від 17.05.2018 р. (в попередніх редакціях) передбачала функціонування ЄДІСТ, структурною частиною якої був визначений і окремий реєстр – реєстр живих донорів гемопоетичних стовбурових клітин – та вимоги щодо його наповнення. Проте, викладаючи ст. 11 у редакції Закону від 20.12.2019 р., законотворець чомусь передбачає створення та функціонування не однієї інформаційної системи – ЄДІСТ, а вже двох окремих державних інформаційних систем трансплантації – Єдиної державної інформаційної системи трансплантації органів та тканин та Державної інформаційної системи трансплантації гемопоетичних стовбурових клітин. Вважаю, що такий крок законодавця не можна вважати об'єктивно необхідним та обґрунтованим.

Крім того, викладаючи ст. 11 (Державні інформаційні системи трансплантації) у редакції Закону від 20.12.2019 р., законодавець навіть не перевірив, як саме будуть кореспондуватися інші норми закону з нормами нової редакції ст. 11, зміст якої натепер просто унеможливлює їх застосування. Зокрема, йдеться про окремі норми ст. 16 Закону, яка регулює питання надання згоди або незгоди на вилучення анатомічних матеріалів у померлих осіб. Так, ч. 4 ст. 16 чинного закону містить норму такого змісту: «Згода або незгода особи на посмертне донорство, заява про відкликання наданої раніше такої згоди або незгоди подаються одному із суб'єктів, зазначених у ч. 8 ст. 11 Закону, у письмовій формі за підписом особи, яка висловлює своє волевиявлення». Отже, ця норма для з'ясування переліку суб'єктів, до яких повинна звернутися зі своїм волевиявленням відповідна особа, відсилає нас до ч. 8 ст. 11, яка, на думку законодавця, повинна такий перелік містити. Проте у ч. 8 ст. 11 чинного закону немає ані слова про зазначених суб'єктів, а йдеться виключно про співпрацю державної інформаційної системи трансплантації гемопоетичних стовбурових клітин з іншими зарубіжними та вітчизняними інформаційними системами (хоча у попередній редакції ч. 8 ст. 11 була присвячена регулюванню саме цього питання). Наступний приклад. Норма, закріплена в абз. 1 ч. 8 ст. 16 чинного закону зазначає, що письмова заява особи про призначення повноважного представника засвідчується особистими підписами особи, яка призначає повноважного представника, та особи, яка призначається повноважним представником, і має містити відомості про цих осіб, визначені ст. 11 Закону. У попередній редакції закону, дійсно, перелік необхідних відомостей про таких осіб наводився у п. 1 ч. 3 ст. 11, проте чинна редакція ст. 11 такої інформації вже не містить [18]. Аналогічна ситуація має місце й з нормами, закріпленими в абз. 5 ч. 8 ст. 16 та ч. 10 ст. 16, в яких знову-таки наявне посилання на норми ч. 8 ст. 11 Закону, в якій буцімто має міститися необхідний перелік уповноважених суб'єктів і про недоліки чинної редакції якої вже зазначалося.

І насамкінець, новації, заради яких, на мою думку, цей закон створювався, – це нова редакція пунктів 5 та 6 Прикінцевих та перехідних положень, якими строки створення та наповнення інформацією вже двох державних інформаційних систем трансплантації знову переносяться аж на цілий рік – до 1 січня 2021 року.

Більшість інших новацій, запроваджених Законом від 20.12.2019 р. № 418-IX, має здебільшого фрагментарний, технічний або суто уточнюючий характер і суттєво на зміст закону та ефективність його функціонування в цілому не впливає.

Висновки

Аналіз новацій, запроваджених протягом останніх років у сфері правового регулювання трансплантації, дає підстави стверджувати, що законодавцем в основному створені належні правові передумови для подальшого розвитку цього важливого напряму медичної діяльності.

Повноцінне функціонування норм Закону від 17.05.2018 р. на теренах держави не можливе без забезпечення виконання органами виконавчої влади вимог Прикінцевих та перехідних положень щодо створення необхідної нормативно-правової бази та запуску інформаційної системи трансплантації, строки запровадження якої вже вдруге перенесені Законом від 20.12.2019 р. до 01 січня 2021 року.

У процесі законотворчої діяльності законодавцем нерідко відверто ігноруються фундаментальні засади нормотворення та правила юридичної техніки, що призводить до численних колізій та інших недоліків, які суттєво ускладнюють, а іноді й взагалі унеможливлюють застосування норм закону.

На мою думку, в складних реаліях сьогодення єдиним дієвим шляхом, який би дозволив врятувати життя багатьох тисяч наших співвітчизників та подолати хоч частково наявний дефіцит анатомічних матеріалів для трансплантації, залишається запровадження у вітчизняне законодавство принципу «презумпції згоди».

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-V. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 23.04.2020).

2. Шклярська О. Відторгнення або яке майбутнє чекає на трасплантологію в Україні? *Юридичний Вісник України*. 10-23 лютого 2017. № 6-7. С. 17.

3. Стеценко С. Г. Правове регулювання трансплантації органів та інших анатомічних матеріалів людини. *Медичне право України* : підручник / С. Г. Стеценко, В. Ю. Стеценко, І. Я. Сенюта ; за заг. ред. С. Г. Стеценка. Київ, 2008. С. 359-395.

4. Анікіна Г. Особливості правового регулювання трансплантації органів від померлого донора. *Юридична Україна*. 2010. № 10. С. 68-75.

5. Гель А.П. Вітчизняне законодавство у сфері правового регулювання трансплантації анатомічних матеріалів людини. *Юридична Україна*. 2018. № 5-6. С. 112-124.

6. Головко О.М., Кухарчук К.О. Особливості застосування трансплантації в Україні: політико-правовий аспект. *Право і суспільство*. 2019. № 2. Ч. 2. С. 53-58. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2019/2_2019/part_2/12.pdf (дата звернення: 23.04. 2020).

7. Дунаєвська Л.Г., Лушпієнко В.М. Трансплантація органів і тканин людини: правовий та криміналістичний аналіз. *Вісник НТТУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2012. Випуск 2(14). С. 206-209.

8. Ковальський М.М. Представництво в цивільно-правових відносинах, що виникають під час надання медичних послуг трансплантації анатомічних матеріалів від померлих осіб. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 2. Т. 2. С. 80-84.

9. Міщук І.В. Дослідження історії розвитку законодавчого регулювання трансплантації органів і тканин людини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 2(2). С. 233-243.

10. Новицька М. Основні зміни до законодавства України у сфері трансплантації анатомічних матеріалів людині. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 9. С. 132-137.

11. Пашков В. Трансплантація органів померлої людини: господарсько-правова регламентація. *Медичне право*. 2014. № 1(13). С. 33-42.

12. Ольховик Л.А. Правове регулювання трансплантології в Україні. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 5. С. 114-116.

13. Сенюта І.Я. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики : монографія. Львів. 2018. С. 440-471.

14. Стеценко С.Г., Пелагеша О.Г. Медичне право України (правові засади трансплантації органів і тканин людини) : монографія. Київ: Атіка ,2013. 144с.

15. Триньова Я. Біоетика: трансплантологія. Презумпція згоди vs презумпції незгоди. *Юридичний Вісник України*. 2015. № 17-18. С. 19.

16. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині: Закон України від 17.05.2018 р. № 2427-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19 (дата звернення: 23.04. 2020).

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 28.02.2019 р. № 2694-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-19 (дата звернення: 23.04. 2020).

18. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, що регулюють питання трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон від 20.12.2019 р. № 418-IX / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/418-20 (дата звернення: 23.04. 2020).

The article analyzes the main innovations introduced in the field of legal regulation of anatomical materials transplantation to human beings in the legislation of Ukraine during 2018-2020. Attention is drawn to the fact that the improvement of legislation in this area of legal regulation is a necessary prerequisite for further enhancing the effectiveness of transplantation as a special treatment to save people's lives and health.

Attention is paid to the content of the basic act – the Law dated 17.05.2018 № 2427-VIII (first revision); its provisions, which in the author's opinion definitely deserve exceptionally positive evaluation (in terms of their validity and expediency), are analyzed; as well as those ones that can be classified as disputed and debatable. It is stated that a new version of the law can be put to full operation only if the Cabinet of Ministers of Ukraine fulfills the requirements enshrined in paragraph 4 of Section VIII (Final and Transitional Provisions), which obliged this body, before the law enters into force, to create proper regulatory and legal base and ensure the functioning of the state transplantation information system.

It is determined that the vast majority of innovations introduced by the Law № 2694-VIII dated 28.02.2019 may be assessed as useful and justified. Attention is drawn to the unjustified position of the legislator on the implementation by the Law № 418-XX dated 20.12.2019 of two separate state transplantation information systems.

The conclusion is made that the legislative base for the further development of the transplantation field is largely completed in Ukraine, but it is necessary to ensure the creation and filling of the state transplantation information system, as well as the adoption of a number of by-laws for its full functioning. The shortcomings in the legislative activity are pointed out and it is proposed to introduce the principle of "presumption of consent" in domestic legislation.

Key words: personal non-property rights of an individual, medical assistance, human anatomical materials, donor, recipient, state transplantation information system, presumption of consent, presumption of disagreement.

УДК 347.965.42
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.02

Олександра Кармаза,
докт. юрид. наук, професор,
професор Інституту післядипломної освіти
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МЕДІАЦІЯ ТА ПЕРЕГОВОРИ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

У статті здійснено науково-порівняльний аналіз положень проекту закону України про медіацію та іноземного законодавства у сфері медіації. Визначено концепції розвитку інституту медіації як альтернативної процедури вирішення спорів в Україні стосовно правосуддя. Запропоновано зміни до проекту закону України про медіацію. Доведено, що медіація та переговори є альтернативними щодо судового процесу процедурами вирішення спору. Під альтернативним вирішенням спорів у цій статті розуміється взаємодія прийомів (технік) та методів, за допомогою яких сторони спору досягають згоди та укладають взаємовигідну для них угоду без звернення до суду. Альтернативні процедури вирішення спору, якщо це не суперечить Конституції та закону України, можуть замінити процедуру вирішення спору в суді, не потребують значних фінансових та організаційних витрат сторін та інших учасників спору. Доведено, що інститут медіації та інститут переговорів мають спільні та відмінні ознаки, різний правовий зміст, порядок реалізації. Медіація є альтернативною процедурою врегулювання спорів із залученням медіатора. Її завдання – це встановлення та сприяння веденню конструктивного діалогу між сторонами спору з метою досягнення взаємовигідного рішення для сторін спору. На відміну від судового процесу сторони медіації самостійно приймають рішення щодо спору. Переговори також належать до альтернативних процедур вирішення спору, в яких безпосередньо сторонами спірних правовідносин (чи їх представниками) без участі будь-яких посередників досягається згода щодо спору. Під час ведення переговорів розбіжності між сторонами спору вирішуються на їхній власний розсуд без залучення третіх осіб, як це відбувається в медіації, де обов'язково залучається медіатор. Як правило, переговори є найпоширенішою процедурою вирішення спору між сторонами, в основу якої покладено діалог (спілкування) між конфліктуючими сторонами щодо пошуку врегулювання спору. Результатом переговорів є компроміс, а результатом медіації є консенсус.

Ключові слова: приватне право, суд, медіатор, судовий процес, альтернатива судовому процесу, захист прав громадян.

Постановка проблеми. З метою забезпечення конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також запобігання їх порушенням, зокрема, в умовах запровадження в Україні карантину (недопущення поширення коронавірусної хвороби (COVID-19)) приймається ряд законів [1]. Поширення хвороби (COVID-19) відбувається не тільки в Україні, а й у світі, і, як наслідок, знижується розвиток економіки держави, зменшуються обсяги надходжень до бюджетів, призупиняють діяльність підприємства, може збільшитися кількість безробітних тощо. Ці та інші обставини (юридичні та соціальні факти) можуть спричинити зростання кількості спорів у різних сферах суспільного життя. За таких життєвих обставин ефективним механізмом вирішення спорів може бути медіація чи переговори.

Стан дослідження. Інститут медіації привертає увагу дослідників та практиків (юристів, психологів тощо) як в Україні, так і у світі. Так, наприклад, науково-дослідні розвідки у цій сфері здійснюють А. Біцай [2], Д. Кушерець [3], С. Короєд [4], Ю. Крисюк [5], Я. Любченко [6], Н. Мазаракі [7], Ю. Притика [8] та ін. дослідники [9]. Разом із тим в Україні немає окремого закону, який би регулював процес медіації. Офіційне закріплення інституту медіації перебуває в Україні на стадії розробки та прийняття. Тому з метою напрацювання ефективних положень проекту закону про медіацію, які б відповідали сучасному розвитку суспільних відносин у світі загалом та в Україні зокрема, подальші наукові розвідки у сфері медіації є актуальними та своєчасними. Слід також зазначити, що термін «переговори» використовується в законодавчих актах України, однак ні закон, ні доктрина не дають чіткої відповіді щодо співвідношення термінів «медіація» та «переговори».

Метою статті є науково-практичний аналіз інституту медіації та інституту переговорів як окремих альтернативних процедур вирішення спорів та надання пропозицій щодо проекту закону про медіацію в Україні.

© О. Кармаза, 2020

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 55 Конституції України права і свободи громадян захищаються судом. У Рішенні Конституційного Суду України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 вказується, що у правовій державі звернення до суду є універсальним механізмом захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб [10]. Разом із тим судовий процес має і переваги, і недоліки. Так, наприклад, порівнюючи судовий процес з процесом медіації, складно заперечувати, що розгляд справи у суді та ухвалення судового рішення здійснюється за чітко визначеною законом процедурою, судові рішення є обов'язковими до виконання, суд є незалежною гілкою влади в Україні тощо. Водночас загальновідомо, що судовий розгляд може тривати не один місяць чи рік, а це не сприяє своєчасному захисту прав та свобод громадян тощо.

У юриспруденції доведено, що процедури, в яких вирішуються спори, можуть поділятися на декілька груп [11]. Так, наприклад, одні вчені виділяють такі групи, як: з позиції сили – влада, з позиції права – традиційні, правові, з позиції інтересів – альтернативні, позасудові [12], а інші вчені акцентують увагу на тому, що проведення примирення сторін без безпосередньої участі суду може відбуватися за допомогою способів альтернативного вирішення правових спорів, а саме: переговорів, медіації, арбітражу, а також специфічних процедур, таких як мед-арб, незалежне встановлення обставин справи тощо [13].

Складно заперечити Р. Ханик-Посполітак та В. Посполітак у тому, що використання поняття «альтернативне» передбачає пошук альтернативного механізму, який дозволяє вирішити спір по суті без звернення до суду; це, як правило, звернення учасників спору до незалежної третьої інституції, яка виносить рішення по справі. На їхню думку, за своєю сутністю поняття «альтернативне» та «позасудове» вирішення спорів є тотожними (синонімами). При цьому на практиці, в юридичній літературі та законодавстві зарубіжних країн більше вживається саме поняття «альтернативне» вирішення спорів [14].

Справді, в практичній та теоретичній площинах використовуються такі правові конструкції, як «альтернативні способи вирішення спорів», «інститут альтернативного вирішення спору», «альтернативні форми вирішення конфліктів (спорів)» тощо. Узагальнивши наукові доробки з цього питання, дійдемо висновку, що під альтернативним вирішенням спорів, як правило, розуміється взаємодія прийомів (технік) та методів, за допомогою яких сторони спору досягають згоди та укладають взаємовигідний для них правочин без звернення до суду. Тобто альтернативні процедури вирішення спору (Alternative Dispute Resolution), якщо це не суперечить Конституції та закону України, можуть замінити процедуру вирішення спору в суді, не потребують значних фінансових та організаційних витрат сторін та інших учасників спору тощо. Разом із тим використання вищезазначених конструкцій, як і розкриття їхнього змісту, породжує наукову дискусію, а тому пропонуємо в цій статті медіацію та примирення розглядати через призму альтернативних процедур вирішення спорів. Слід акцентувати й на тому, що терміни «спір» та «конфлікт» мають різну правову природу, а отже, різний зміст. У подальших наукових розвідках нами буде досліджено співвідношення понять «альтернативні способи вирішення спорів», «інститут альтернативного вирішення спору», «альтернативні процедури вирішення спорів», а також «спір» та «конфлікт» у приватному праві.

Загальновідомо, що в Україні деякі процедури, які є альтернативними судовому процесу, вже законодавчо закріплені. Зокрема, йдеться про міжнародний комерційний арбітраж та розгляд справи в третейському суді.

Разом із тим відсутність в Україні окремого закону про медіацію не є перешкодою для розвитку та становлення цього інституту в нашій державі. Це підтверджується, наприклад, ст. 55 Конституції України, за якою кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень, положеннями Цивільного кодексу України в частині врегулювання договірних відносин, а також створенням громадських об'єднань у сфері медіації, навчальними програмами освітніх закладів, низкою захищених дисертаційних робіт тощо.

Питання про доцільність прийняття окремого закону, спрямованого на визначення процедури здійснення медіації в Україні, на нашу думку, є актуальним. Більшість дослідників та практиків єдині в тому, що медіація як альтернативний механізм урегулювання спорів дозволяє сторонам спору самостійно прийняти для них вигідне рішення, уникнувши затягування та загострення конфлікту тощо. Крім того, медіація містить багато інших переваг для його учасників порівняно з довготривалим розглядом справи у суді тощо.

У серпні 2019 року Україна підписала Конвенцію ООН «Про міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації» (Сінгапурська Конвенція щодо медіації), яка також сприятиме розвитку медіації в Україні, зокрема, в частині врегулювання міжнародних комерційних спорів.

Іноземні держави мають успішний досвід у застосуванні на практиці норм законів про медіацію. Зокрема, йдеться про Австралію (Акт «Про Медіацію»), Болгарію (Закон «Про медіацію»), Литву (Закон «Про медіацію в цивільних спорах»), Німеччину (Закон «Про підтримку медіації та інших форм позасудового врегулювання конфліктів»), Румунію (Закон «Про медіацію та організацію професії медіатора») та ін. держави. Крім того, Європейським Союзом прийнято Директиву 2008/52/ЕС Про деякі аспекти медіації у цивільних та комерційних справах, якою передбачено імплементацію норм у національне законодавство держав-членів ЄС тощо. Тобто в іноземних державах інститут медіації закріплено на рівні закону.

За останні декілька років Верховній Раді України подавалися проекти законів про медіацію, які не були прийняті чи були відкликані. Це проекти законів реєстр. № 2425а від 26.06.2013, № 2425а-1 від 03.07.2013, № 2480 від 27.03.2015, № 3665 від 17.12.2015, № 10425 від 05.07.2019, № 2706 від 28.12.2019 [15]. Станом на 27 квітня 2020 року на офіційному веб-сайті Верховної Ради України проекти законів про медіацію відсутні. Тож проблема напрацювання положень, а також прийняття проекту закону про медіацію в Україні існує.

Слід звернути увагу на те, що нами критикувалися норми проекту закону про медіацію (реєстр. № 3665) та пропонувалася редакція деяких його положень [16; 17]. У цій статті пропонуємо й інші норми, які можуть бути в проекті закону про медіацію.

Так, зважаючи на те, що можуть виникнути різні життєві обставини, зокрема, як нині в Україні через загрозу поширення коронавірусу (COVID-19) запроваджено карантин, проект закону про медіацію доцільно доповнити нормою про можливість проведення процесуальних дій під час процедури медіації в режимі відеоконференції. Наприклад, «сторони спору, медіатор, а також інші учасники, визначені в договорі про проведення медіації, мають право брати участь в процесі медіації в режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів, про що обов'язково зазначається у договорі». Також пропонуємо передбачити порядок примусового виконання рішення, яке досягнуто сторонами під час процедури медіації, крім випадків, коли таке рішення суперечить публічному порядку, нормам Конституції України, а також ряд норм щодо вирішення податкових спорів, виборчих спорів у міжвиборчий процес. Тобто запровадити медіацію в публічно-правову площину та передбачити спеціальні вимоги до медіаторів у таких спорах тощо.

Звертаємо увагу, що законодавству України, доктрині та практиці відомі й інші процесуально-правові інститути примирення. Насамперед, йдеться про укладення мирової угоди, врегулювання спору за участю судді. Зокрема, нами доведено, що інститут урегулювання спору за участю судді та інститут медіації мають спільні та відмінні ознаки, є різними за змістом та порядком [18]. Крім того, науково-правовий аналіз норм, наприклад Цивільного процесуального кодексу України, дає підстави вважати, що інститут мирової угоди та інститут урегулювання спору за участю судді є різними процесуальними інститутами, мають різний зміст, можуть існувати в одному судовому процесі, але не одночасно.

Складно заперечити Ю. Черняк у тому, що мирова угода затверджена судом у цивільному процесі, укладається суто в публічній сфері, яким є судочинство, однак за своєю природою є договірним врегулюванням спірних правовідносин [19]. Крім того, ухвала про затвердження мирової угоди є виконавчим документом і, як виконавчий документ, повинна містити у своїй резолютивній частині не лише вказівку на затвердження мирової угоди, а й інші передбачені законодавством ознаки та відомості, зокрема, щодо умов, розміру і строків виконання зобов'язань сторін тощо. Така правова позиція відображена в ухвалі Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2018 року у справі № 910/12230/16 [20]. Тобто інститут мирової угоди існує не тільки в цивільному процесі.

Отже, для того щоб сторони примирилися, законодавство України та юриспруденція передбачає різні правові механізми, які діють як у судовому процесі, так і є альтернативними йому. Вчені єдині у висновку, що всі ці правові механізми потребують поглиблених (комплексних) наукових досліджень та законодавчих удосконалень. Отже, у межах цієї статті розглянемо спільні та відмінні ознаки медіації та переговорів, а також їхню правову природу.

Офіційного визначення медіації в Україні не існує. Зміст терміна «медіація» (від латинського «mediatio» – посередництво) розкрито в законах іноземних держав, а також у наукових працях. Так, наприклад, у статті 2 Акту Медіації Мальти зазначено, що медіація – це процес, в якому медіатор сприяє переговорам між сторонами, щоб допомогти їм достягнути мирової угоди щодо спору. Статтею 1 Закону Румунії «Про медіацію та організацію професії медіатора» встановлено, що медіація є додатковим способом врегулювання конфліктів шляхом примирення за допомогою третьої особи, яка має спеціалізацію

медіатора, в умовах нейтральності, справедливості та конфіденційності. Відповідно до розділу 2 (1) «Єдиного закону про медіацію» США медіація – це процес, в якому посередник полегшує спілкування та переговори між сторонами, щоб допомогти досягти добровільної згоди стосовно їхнього спору.

Тобто, «медіація» є альтернативною процедурою врегулювання спорів (англ. – «Alternative Dispute Resolution») із залученням медіатора. Її завдання – встановлення та сприяння ведення конструктивного діалогу між сторонами спору з метою досягнення взаємовигідного рішення для сторін спору. На відміну від формального юридичного процесу (судового процесу) сторони процесу медіації самостійно приймають рішення щодо спору.

Термін «переговори» використовується в законах України без розкриття його змісту. Так, наприклад, у ст. 14 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» йдеться про ведення переговорів щодо укладення договору купівлі-продажу товарів або послуг, у ст. 791 Основ законодавства України про охорону здоров'я – про переговори щодо укладення договорів керованого доступу, в ст. 213 Цивільного кодексу України – про переговори щодо укладення правочину, в Законі України «Про публічні закупівлі» – про переговорну процедуру закупівлі тощо. Тобто термін «переговори» законодавство України, як правило, використовує в аспекті домовленостей, які передують укладенню правочинів тощо.

У тлумачному словнику слово «переговори» розкривається як «розмовляти з ким-небудь про справи», «домовлятися про що-небудь», «з'ясовувати щось або говорити з ким-небудь недовго2 [21]. В юридичному словнику переговори – це процес, за допомогою якого сторони або група вирішують спір через дискусію та приходять до угоди, яка може бути сумісно погоджена ними [22].

У наукових працях «переговори» відносять до альтеративних процедур вирішення спору, однак інколи без розкриття їх змісту [23]. Так, наприклад, Н. Бондаренко-Зелінська доводить, що «найпоширенішим та найдоступнішим способом вирішення будь-якого правового спору є переговори, проведення яких передбачає діалог між сторонами конфлікту щодо можливих шляхів його вирішення. Водночас для того, щоб переговори були ефективними, їх учасники повинні мати достатній рівень правової культури хоча б для того, щоб прийняте в результаті обговорення рішення (угода) відповідало вимогам законності і могло би бути реально виконане. Водночас не тільки громадяни України здебільшого не можуть похвалитися достатнім рівнем знань у галузі права, а й окремі представники юридичної професії, які некваліфікованими, а іноді й протиправними діями порушують права своїх клієнтів, чим, по суті, дискримінують своїх колег і знижують рівень довіри до договірних представників. З огляду на це здебільшого учасники спірних правовідносин не використовують увесь потенціал такого способу АВС, як переговори» [24].

Разом із тим віднесення переговорів або негоціація (negotiation) до альтернативних процедур вирішення спорів неоднозначно сприймається науковцями, а деякими вченими переговори розкриваються в значенні медіації, а це викликає дискусію.

Складно заперечити Я. Лубченко, який доводить, що в науці склалося декілька підходів до розуміння переговорів як соціального та правового явища. Так, переговори – це процес (процедура) взаємного обговорення двома або більше учасниками претензій, потреб або інтересів з метою їх усунення або задоволення у разі наявності конфлікту; це спосіб (метод) управління конфліктом, який дає можливість на добровільній і рівноправній основі усунути наявні протиріччя при максимальному задоволенні власних інтересів кожної зі сторін, прийняти рішення на взаємовигідній основі; безпосереднє врегулювання сторонами суперечок, яке не передбачає участі третьої особи в досягненні взаємовигідної угоди [25].

Узагальнюючи доктрину та норми законодавства, дійдемо висновку про те, що переговори (negotiation) належать до альтернативних процедур вирішення спору, в яких безпосередньо сторонами спірних правовідносин (чи їх представниками) без участі будь-яких посередників досягається згода щодо спірних правовідносин. Під час ведення переговорів розбіжності між сторонами вирішуються на їхній власний розсуд без залучення третіх осіб. Медіація (mediation) також є альтернативною процедурою вирішення спору, в якій сторони за участю неупередженого, незацікавленого посередника – медіатора – вирішують спір, досягаючи консенсусу у всіх аспектах спору. Як правило, переговори є найпоширенішою формою вирішення спору між сторонами, в основу якого покладено діалог (спілкування) між конфліктуючими сторонами щодо пошуку вирішення спору. Разом із тим через недостатність знань у сфері права сторін спору чи інколи протиправні дії їхніх представників переговори як альтернативна процедура вирішення спору широко в Україні не використовуються.

Переговори та медіація мають спільні та відмінні ознаки, які відносять їх до альтернативних процедур вирішення спорів, а саме: принцип

диспозитивності, множинність сторін, конфіденційність, універсальний характер, добровільність виконання домовленостей тощо. Під час здійснення процедури переговорів кожна із сторін переконує іншу сторону, що саме її умови є найвигіднішими для досягнення згоди між ними, тобто кожна із сторін хоче, щоб результат був на її користь. Як правило, перемагає «сильніший» опонент, який має беззаперечний аргумент чи почувається впевненіше, ніж інший, а результатом є компроміс. Переговори відбуваються без третьої особи, без посередника, тоді як під час медіації участь бере медіатор, який не приймає за сторони рішення, але працює в рамках процедури медіації з інтересами сторін, враховує баланс сил учасників тощо. Результатом процедури медіації є консенсус.

Процедуру медіації і процедуру переговорів об'єднує те, що їхню основу становить спілкування (діалог) сторін з метою досягнення спільного взаємовигідного рішення. Однак якщо під час конфронтаційних переговорів відбувається протистояння сторін і перемога досягається «будь-якою ціною», а відмова від перемоги вважається поразкою, то у разі застосування процедури медіації цього не відбувається. Натепер у світі психологами, юристами та іншими дослідниками і практиками розроблено багато «технік» чи «методик» проведення медіації. Зокрема, до них належать: застосування принципу диспозитивності та взаємності сторін; ведення процедури медіації медіатором без зайвих слів, емоцій; сумлінне дотримання принципу конфіденційності; економія часу сторін; застосування принципу взаємної перемоги сторін (winwin), а також принципу гнучкості процесу медіації тощо.

Підтримуємо науковців та практиків, які вважають, що в Україні назріла необхідність прийняття закону про медіацію. Запровадження інституту медіації на рівні закону в Україні дозволить громадянам уникнути довготривалих судових розглядів справ, «розвантажить» суди, сприятиме сторонам дійти консенсусу під час вирішення спорів, а також наблизить українське законодавство до іноземного законодавства в частині розвитку та становлення альтернативних процедур вирішення спорів – ці та інші висновки випливають із наукових доробок українських вчених у сфері медіації.

Висновки

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що медіація та переговори є альтернативними процедурами вирішення спорів, мають спільні та відмінні ознаки. Разом із тим широкого застосування цих та інших альтернативних процедур вирішення спорів, які існують в іноземних державах, в Україні не відбувається, оскільки вони перебувають на стадії становлення та розвитку. Водночас в Україні зроблено ряд кроків у цьому напрямі: прийнято закони України «Про третейський суд», «Про міжнародний комерційний арбітраж», розроблюється проект закону про медіацію, досліджуються інші альтернативні процедури вирішення спорів з метою їх впровадження в українське законодавство тощо. Норми проекту закону про медіацію мають закріпити таку процедуру, яка б створила для конфліктуючих сторін найвигідніші умови, за яких вони могли узгодити та прийняти взаємовигідне рішення, оформили його у вигляді процесуального акта, а також виконали всі домовленості, взяті на себе. Запровадження медіації в публічно-правовій сфері, а саме в адміністративному процесі, потребує подальшого обговорення, однак може мати позитивний ефект.

Список використаних джерел:

1. Веб-портал *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua (дата звернення: 04.04.2020).

2. Біцай А.В. Участь адвоката в медіації у кримінальному провадженні у контексті реалізації права на справедливий суд. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 2. С. 8-15.

3. Karmaza O.O., Koucherets D.B. Comparative and legal analysis of the Institute for settlement of dispute with the participation of the judge and the Mediation Institute in Ukraine. Scientific achievements of countries of Europe in the field of legal science. Collective monograph. Riga: Izdevnieciba "Baltija Publishing". 2018. P.159-178

4. Oleksandra O. Karmaza, Nataliia M. Stefanyshyn, Daryna V. Koucherets, Sergii O. Koroied. Meditation in Medicine: Comparative Analysis of Ukrainian and Foreign Legislation. Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues. Volume 21, Special Issue 1. 2018. URL: https://www.abacademies.org/articles/Meditation-in-medicine-comparative-analysis-of-ukrainian-and-foreign-legislation-1544-0044-21-S1-262.pdf (дата звернення: 04.04.2020).

5. Крисюк Ю.П. Медіація як позасудовий спосіб вирішення спорів: історія впровадження в зарубіжних країнах та перспективи для України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Випуск 38. Том 2. С. 154-157.

6. Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків. 2018.

7. Мазаракі Н. А. Теоретико-правові засади запровадження медіації в Україні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2019. 42 с.

8. Притика Ю.Д. Зміст та класифікація принципів медіації. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 10. С. 86–92.

9. Miquel Martín Casals Divorce mediation in Europe. An Introductory Outline Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 9.2 (July 2005). URL: https://www.ejcl.org/92/art92-2.pdf (дата звернення: 04.04.2020).

10. Рішенні Конституційного Суду України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12 (дата звернення: 14.04.2020).

11. Спектр О. Особливості розвитку та застосування альтернативних способів вирішення цивільно-правових спорів в Україні. *Український часопис міжнародного права*. 2013. № 1. С. 135-140.

12. Красіловська З. Альтернативні способи вирішення спорів у сфері державного управління: поняття та сутність. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2015. Вип. 1 (24). С. 158-167.

13. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів. URL: http://www.univer.km.ua/statti/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzhennya_sposobiv_alternatyvnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_(adr___alternative_dispute_resolution).pdf (дата звернення: 14.04.2020).

14. Ханик-Посполітак Р., Посполітак В. «Досудове», «альтернативне» та «позасудове» врегулювання/вирішення приватноправових спорів: співвідношення понять. *Підприємство, господарство і право*. 2019. № 1. С. 38-44.

15. Веб-портал *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua (дата звернення: 14.04.2020).

16. Кармаза О.О. Інститут медіації: основні концепції розвитку. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 2. С. 24-28.

17. Кармаза О.О., Кушерець Д.В. Медіація в Україні: пропозиції щодо вдосконалення законодавства України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 1. С. 105-107.

18. Кармаза О.О. Інститут врегулювання спору за участю судді в цивільному, господарському та адміністративному процесах України. *Науковий вісник приватного і публічного права*. 2018. Вип. 3. Том 1. С. 37-42.

19. Черняк Ю.В. Інститут мирової угоди із сімейно-правових спорів у міжнародному цивільному процесі: стан доктринальної розробки та нормативного регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Випуск 38. Том. 1. С. 100-103.

20. Мирова угода, затверджена судом, може бути підставою для примусового виконання рішення. *Судова влада України*. URL: https://vl.arbitr.gov.ua/sud5004/pres-centr/news/714432/ (дата звернення: 14.04.2020).

21. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ, 2005. С. 905.

22. Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2018. С. 131.

23. Мазаракі Н.А. Основоположні ідеї інституту альтернативного вирішення спорів. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6. Том 1. С. 35-40.

24. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Впровадження способів альтернативного вирішення правових спорів. URL: http://www.univer.km.ua/statti/1.bondarenko-zelinska_n.l._vprovadzhennya_sposobiv_alternatyvnoho_vyrishennya_pravovykh_sporiv_(adr___alternative_dispute_resolution).pdf (дата звернення: 18.04.2020).

25. Любченко Я. П. Альтернативні способи вирішення правових спорів: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2018. С. 131.

This article provides a comparative scientific analysis of the provisions of the draft law of Ukraine on mediation and foreign legislation in the field of mediation. The concept of development of the Mediation Institute as an alternative procedure for resolving disputes in Ukraine concerning justice is defined. Amendments to the draft law of Ukraine on mediation have been proposed. It has been proven that mediation and negotiation are alternative to litigation dispute resolution procedures. Alternative dispute resolution in this article refers to the interaction of techniques (techniques) and methods by which the parties to the dispute agree and conclude a mutually beneficial agreement without going to court. Alternative dispute resolution procedures, if not contrary to the Constitution and the law of Ukraine, may replace the dispute resolution procedure in court, without the significant financial and organizational costs of the parties and other parties to the dispute. It is proved that the Institute of Mediation and the Institute of Negotiations have common and distinctive features, different legal content, and order of implementation. Mediation is an alternative dispute resolution procedure involving a mediator. Its mission is to establish and facilitate a constructive dialogue between the parties to the dispute with a view to reaching a mutually beneficial solution for the parties to the dispute. In contrast to the litigation, the parties to the mediation decide independently on the dispute. Negotiations also refer to alternative dispute resolution procedures in which the parties to the disputed legal relationship (or their representatives), without the involvement of any mediators, reach agreement on the dispute. In negotiating, disagreements between the parties to a dispute are resolved at their own discretion without the involvement of third parties, as is the case in mediation where the mediator is necessarily involved. As a rule, negotiation is the most common procedure for resolving a dispute between the parties, which is based on a dialogue (communication) between the conflicting parties to seek a settlement of the dispute. Negotiations result in compromise and mediation results in consensus.

Key words: private law, court, mediator, litigation, alternative to litigation, protection of citizens' rights.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.03

Наталія Коробцова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Юлія Засядівко,
студентка
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ ТА УКРАЇНІ

Протягом останнього часу у зв'язку із встановленням курсу на євроінтеграцію, імплементацією європейського законодавства, виникненням нових суспільних відносин, що потребують урегулювання, система права України зазнає значної кількості змін. Зокрема, певне оновлення торкнулось і цивільного законодавства. У Цивільний кодекс України було запроваджено низку статей, спрямованих на регулювання довірчої власності та управління майном, які вже тривалий час досить успішно функціонують в інших зарубіжних європейських та пострадянських державах. Серед них – Німеччина, Франція, Російська Федерація, Сполучені Штати Америки, Англія, Японія та багато інших. Проте хоча такі зміни у Цивільному кодексі України вже давно набрали чинності, але досі є різні погляди науковців на доцільність їх введення та можливість існування в межах континентальної системи права, до якої належить Україна. Інститут довірчої власності зазнає критики через суперечливість його механізму в цивільному законодавстві України та його невизначеність. Наявні проблеми у розумінні співвідношення права власності та довірчої власності, довірчого власника та управителя майном. Досі не визначено чітких меж між цими поняттями. З огляду на це і було здійснено таке дослідження. Воно спрямоване на аналіз особливостей правового регулювання довірчої власності у таких державах, як Велика Британія, Сполучені Штати Америки, Франція, Російська Федерація. У цій статті виділено його основні характерні ознаки та особливості, що якісно відрізняють інститут довірчої власності та управління майном саме у такій конкретній державі. Було встановлено моделі нормативної регламентації довірчої власності у цих країнах. Також у статті було здійснено аналіз вітчизняного законодавства у цій сфері. На основі порівняння національного та зарубіжного законодавства визначено проблеми і перспективи функціонування довірчої власності в Україні та можливий шлях подолання виявлених проблем.

Ключові слова: правове регулювання, управління майном, континентальна система права.

Постановка проблеми. З отриманням статусу незалежної демократичної держави у статті 41 Конституції України було закріплено засади непорушності права власності та вільного розпорядження її об'єктами як основоположні принципи цивільного права. Проте із переходом до ринкової економіки та розвитком економічних та соціальних відносин потреби суспільства почали розширюватися. Необхідність їх задовольнити призвела до впровадження спрямованих на це нових інституцій. У цивільному праві України поступово почали з'являтися різні правові конструкції, зокрема й ті, які вже були реалізовані в інших правових системах. Серед них – інститут права довірчої власності. Виділяють багато теорій його походження. Але однією з перших держав, де під назвою «заснована на довірі власності» (fiduciary ownership) або «траст» (trust) ця конструкція юридично сформувалась, була Англія. Саме там протягом XVI– XVII століть траст утворився та набув майже сучасного вигляду.

Такі правові відносини управління майном поширилися на велику кількість європейських та пострадянських держав. Зокрема, досвід застосування довірчої власності існує не лише в Англії, а й у Німеччині, Франції, Сполучених Штатах Америки. Окремі траст-концепції були закріплені у законодавстві країн Латинської Америки, у Японії. У зв'язку з необхідністю врегулювання суспільних відносин та імплементації принципів європейського права не оминула ця тенденція і Україну.

© Н. Коробцова, Ю. Засядівко, 2020

Статтею 1029 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) у 2013 році було запроваджено договір управління майном, який і є запропонованою українським законотворцем трастоподібною зобов'язальною конструкцією, яка намагається реалізувати через відносини з управління майном право довірчої власності. Проте питання його належного врегулювання та допустимості існування в системі законодавства України у теорії цивільного права досі залишається дискусійним. Досвід зарубіжних країн у питанні практичного застосування та правової регламентації може бути корисний з точки зору його запозичення з метою вдосконалення та уніфікації чинного українського законодавства. Саме тому здійснення порівняння права довірчої власності в Україні та зарубіжних країнах є актуальною темою для дослідження.

Аналіз останніх досліджень і **публікацій** показує, що вивчення застосування цього інституту стало досить активно висвітлюватися в літературі. Теоретичні аспекти цього питання вивчали вітчизняні й зарубіжні автори. Серед них – І.В. Венедіктова, Ю.В. Курпас, К.Г. Некіт, О.А. Слободян, Л.К. Веретельник, Р.А. Майданик, Л.Ю. Міхєєва, Д.В. Петелін. І.Б. Новицький, Г.Г. Харченко, А.О. Жаданов, Г.В. Буяджи, О.У. Холмс, Ф.У. Мейтленд, А. ван У. Томас, М.М. Гаудіозі, Г.Дж. Берман.

Мета статті – дослідити сучасні правові системи на предмет наявності у них аналогів інституту довірчої власності та можливі моделі рецепції інституту довірчої власності, виходячи із наявного досвіду зарубіжних країн, і визначити перспективи імплементації трасту у вітчизняне законодавство та стан урегулювання подібних конструкцій в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Становлення права довірчої власності найчастіше пов'язують з періодом раннього Середньовіччя в Англії, коли його почали застосовувати для ухилення від наявних феодальних обмежень з використання нерухомості, зокрема від заборони відчуження землі на користь монастирів і церков. А саме власник землі, формально вважаючись таким, керував і розпоряджався такою нерухомістю в інтересах іншої особи. Згодом такий механізм поширився на більш широке коло відносин і був чітко закріплений законом про власність 1925 року та спеціальними законами про благодійні трасти. Класичне англійське поняття «траст» означає передачу засновником трасту, який є власником майна (settlor), свого майна іншій особі – довірчому власнику (trustee) для управління на користь вказаної засновником особи або осіб – бенефіціаріїв (beneficiary), або для досягнення визначеної засновником трасту спеціальної мети [1, с. 14]. Тобто в Англії відносини трасту включають три суб'єкти: засновника, довірчого власника і бенефіціарія. Їх правове регулювання має свої специфічні особливості. Саме вони і відрізняють такий інститут від довірчої власності в інших європейських країнах.

Для континентальної правової системи характерна неподільність та абсолютність права власності, яка поєднує в собі володіння, користування і розпорядження. Натомість в англійському праві є поділ на загальне право і право справедливості, що допускає можливість існування «розщепленої» власності і витікаючої з неї конструкції трасту. За таких умов довірчий власник розглядається як «власник за загальним правом», а бенефіціарій являє собою «власника за правом справедливості».

Таке тлумачення конструкції довірчої власності є актуальним і для Сполучених Штатів Америки. Правове регулювання здійснюється як актами окремих штатів, так і загальним Зводом правил про довірчу власність.

Оскільки континентальна система права не дозволяє подібного «розділення» права власності, запровадження довірчої власності в її класичному розумінні в англо-американському праві є неможливим.

Саме тому в країнах романо-германської правової сім'ї цей інститут набув специфічних рис. Зокрема, прикладом закріплення його у законодавстві країн континентального права стала Франція. Тривалий час інститут довірчої власності у Франції не був юридично закріплений. Такі відносини траплялися, проте існували завдяки принципу «дозволено все, що не заборонене законом». Проте згодом, 19 лютого 2007 року, було прийнято Закон Франції «Про фідуцію». Завдяки цьому Закону Цивільний кодекс Франції отримав новий розділ під назвою «Фідуція». Відповідно до ст. 2011 цього Кодексу фідуція – це правочин, за допомогою якого один або декілька установників передають майно або його частину фідуціарію (фідуціаріям), що відокремлює його від власного майна для здійснення з визначеною в договорі метою дій на користь одного або кількох бенефіціаріїв [2, с. 191].

Фідуція у французькому законодавстві має низку особливостей, такі як:

1) наявність певних вимог стосовно компетентності фідуціарія і отримання ним відповідної ліцензії;

2) фідуціарні відносини допускаються виключно в межах підприємницької діяльності сторін договору;

3) встановлено строк дії договору терміном на 33 роки;

4) обмеження відповідальності за зобов'язаннями, пов'язаними з фідуцією, виключно переданим в управління майном, що забезпечує можливість як обмеження відповідальності установника, так і притягнення до відповідальності фідуціарія за допущені помилки у здійсненні діяльності на виконання договору [2, с. 192].

Тобто можна дійти висновку, що у Франції не відбувається «розділення» власності. За таким договором є спочатку довірчий власник, який використовує передане йому майно з певною метою, встановленою фідуцією, а після досягнення цієї мети право власності на це майно переходить до первинного власника – засновника. Такий механізм відрізняється від права власності в класичному розумінні тим, що фідуціарій значно обмежений у своїх діях. Фідуція в цих умовах являє собою «обмежену договірну власність» ("limited contractual ownership") [3].

Досить тривалий час наша держава перебувала у складі Російської імперії та пізніше – Радянського Союзу. Проте конструкція трасту все одно залишалась чужою для нашої правової системи. Російські цивілісти також не допускали «розщеплення» абсолютного права власності, хоча і допускали передачу майна в управління шляхом застосування інших цивільно-правових механізмів. На таких позиціях вони залишаються і зараз. Зокрема, Указ Президента Російської Федерації від 24 грудня 1993 року № 2296 «Про довірчу власність (траст)», покликаний ввести такий інститут в російське законодавство, був засуджений з боку багатьох учених-цивілістів. Серед них – Є.А. Суханов, який категорично заявив: «В оцінці юридичної конструкції трасту складається парадоксальна ситуація. Жоден з учасників відносин трасту не володіє всією сукупністю, повнотою правомочностей власника, але кожен зберігає за собою якусь їх частину. Одним із постулатів континентальної системи права є неможливість встановлення двох однакових прав власності на одне і те ж майно. Невдалі спроби ввести інститут трасту були одним зі шляхів закріплення «розщепленого» права власності». Крім того, він зазначив, що «інститут трасту ґрунтується на досить своєрідних середньовічних традиціях англійського права, запозичених у подальшому американською правовою системою. Його не можна відносити ані до речових, ані до зобов'язальних прав, оскільки такий поділ майнових прав невідомий правопорядку, що його породив» [4, с. 4].

Проте, незважаючи на велику кількість заперечень, Цивільним кодексом РФ у статті 209 таки було закріплено норму про те, що власник може передати своє майно в довірче управління іншій особі (довірчому управителеві), але із застереженням про те, що передача майна в довірче управління не тягне за собою переходу права власності до довірчого управителя, який зобов'язаний здійснювати управління майном в інтересах власника або вказаної ним третьої особи.

Здійснивши розгляд довірчої власності у певних країнах, можна зробити висновок про те, що у цивільному праві України є різні прояви цього інституту: застосування його у наданні послуг з управління майном і довірча власність як вид власності. Частина 2 статті 316 ЦКУ зазначає, що довірча власність є особливим видом права власності, який виникає на підставі закону або договору [5]. З такого формулювання можна зробити висновок про те, що український законодавець визнає її певним окремим самостійним видом права власності. Проте, звернувшись до частини 5 статті 1033 ЦКУ, можна віднайти норму, згідно з якою договір управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління [5]. Хоча одночасно і вказується, що управитель є довірчим власником цього майна, якщо це визначено договором управління майном. Така модель є певним аналогом тих конструкцій, що наявні у праві Російської Федерації та Франції. Тобто між двома статтями одного і того ж нормативно-правового акта є деякі суперечності. Такий варіант не можна вважати виправданим, оскільки ми ідентифікуємо свою систему права як ту, яка тяжіє до романо-германської правової сім'ї і не допускає «розщеплення», яке у будь-якому разі відбувається під час застосування саме такої конструкції. У цивільному праві України правомочності управителя щодо майна є більшою мірою обов'язками управителя на користь вигодонабувача, ніж конкретно його правами стосовно цього майна. Хоча управитель і виступає у правовідносинах від власного імені, проте він зобов'язаний повідомляти свого контрагента, що він є лише управителем, а не власником, в іншому разі управитель особисто зобов'язується перед третіми особами. З цього витікає, що відносини такого виду є зобов'язальними відносинами, за якими управитель майна зобов'язаний здійснювати управління майном установника на користь вигодонабувача і має право на оплату за вчинювані ним дії, а установник, своєю чергою, має здійснити оплату таких послуг управителя і наділений правом вимоги належного виконання обов'язків управителем, а не речовим правом.

Висновок

Отже, можна сказати, що нині поняття «довірча власність» і «довірче управління» залишаються неузгодженими як між собою, так і з іншими цивільно-правовими інститутами та потребують належного правового регулювання, яке наблизить модель цього інституту до вже наявних варіантів у країнах системи континентального права: Франції, Російській Федерації та інших, де їх функціонування вже перевірене часом і ефективно регулює суспільні відносини з управління майном.

Список використаних джерел:

1. Іевіня О.А. Траст (довірча власність) в англо-американському праві. *Нотаріат для вас*. 2008. № 12. С. 12–17.

2. Некіт К.Г. Правове регулювання фідуціарних відносин у європейських правових системах. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: Право*. 2011. Вип. 15. Ч. 1. С. 190–193. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/.pdf (дата звернення: 09.04.2020).

3. Adelle J.-Fr. Introduction of Fiducie: Impact on Assignment of Receivables as Security. *International Law Office*: вебсайт. URL: https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Banking/France/JeantetAssocis/Introduction-of-Fiducie-Impact-on-Assignment-of-Receivables-as-Security (дата звернення: 11.04.2020).

4. Суханов Е.А. Доверительное управление или траст. *Экономика и жизнь*. 1995. № 6. С. 4. URL: https://istina.msu.ru/publications/article/92575336/ (дата звернення10.04.2020).

5. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 11.04.2020).

Due to the recent establishment of the European integration course, the implementation of European legislation, the emergence of new public relations that need to be settled, the law system of Ukraine has undergone many changes. In particular, some updates have also touched upon civil law. The Civil Code of Ukraine has introduced a number of articles aimed at regulating trust property and property management, which have been operating successfully in other foreign European and post-Soviet quite long period of time. For example, we can find out this legal institute in Germany, France, the Russian Federation, the United States, England, Japan, and many more. However, while such amendments to the Civil Code of Ukraine have already come into force, there are many different views on the feasibility of their introduction and the possibility of existence within the continental system of law to which Ukraine applies. The Institute of Trust Property is heavily criticized for its inconsistency in Ukrainian civil law and its uncertainty. There are a few problems in understanding the relationship between ownership and trust, the trustee and the property manager. Because of this, we don't have clear boundaries between these concepts. That is why this study was carried out. It is aimed at analyzing the features of legal regulation of trust property in countries such as the United Kingdom, United States of America, France, and the Russian Federation. This article highlights its main features and features that qualitatively differentiate the institution of trust ownership and property management in every country, that has been analyzed. The models of regulation of trust ownership in these countries have been established. In the article is also analyzed the national legislation in this field. On the basis of comparison of national and foreign legislation problems and prospects of functioning of trust property in Ukraine have been determined. There is identified a possible way of overcoming the identified problems.

Key words: legal regulation, institute of trust property, property management, continental law system.

УДК 347.254.
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.04

Анна Мельник,
аспірантка кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ТА ЧЛЕНІВ ЇХНІХ СІМЕЙ ЖИЛИМИ ПРИМІЩЕННЯМИ У ГУРТОЖИТКАХ

Наголошено, що у зв'язку з недостатньою кількістю службового житла, а також з огляду на наявність поширеної практики виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків у судовому порядку, є необхідність аналізу основних положень забезпечення цієї категорії громадян жилими приміщеннями у гуртожитках, а також причин та підстав їх виселення. Мета статті – здійснити аналіз окремих питань забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей жилими приміщеннями у гуртожитках, зокрема вселення та виселення з гуртожитків, проаналізувати судову практику в спорах, що виникають під час виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків. Так, у статті досліджено окремі питання забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей жилими приміщеннями у гуртожитках, зокрема вселення та виселення з гуртожитків, проаналізовано судову практику в спорах, що виникають під час виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків. Визначено, що адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування приймає рішення про надання особі жилої площі в гуртожитку. У рішенні зазначаються прізвище, ім'я, по батькові особи, якій надається жила площа в гуртожитку, склад сім'ї та адреса гуртожитку, в якому надається жила площа. На підставі рішення про надання жилої площі в гуртожитку адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування видає особі ордер за формою згідно з додатком, який є єдиним документом, що підтверджує право вселення на надану жилу площу в гуртожитку. З'ясовано, що виселення колишніх членів сім'ї військовослужбовця з жилого приміщення, а саме кімнати на території військового містечка та переобладнаної для тимчасового проживання військовослужбовців стало предметом судового розгляду. Судом у цій справі встановлено, що згідно з умовами договору строкового користування жилим приміщенням, користувач зобов'язаний звільнити жиле приміщення після закінчення зумовленого в договорі строку проживання. Цей строк закінчився. Нове рішення про надання місця проживання в казармі відповідачки не приймалося та спеціальний дозвіл на проживання в спеціально пристосованій казармі їй не видавався, так само такий дозвіл не видавався і її колишньому чоловікові (військовослужбовцю).

Ключові слова: житло, житлове законодавство, виселення з гуртожитків, ордер, службове житло.

Постановка проблеми. Право кожного на житло гарантоване Конституцією України. З прийняттям Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» держава взяла на себе зобов'язання забезпечити військовослужбовців жилими приміщеннями або за їхнім бажанням грошовою компенсацією за належне їм для отримання жиле приміщення на підставах, у порядку і відповідно до вимог, встановлених Житловим кодексом УРСР та іншими нормативно-правовими актами. Згідно з абзацом п'ятим пункту 1 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [1] у разі відсутності службового жилого приміщення військовослужбовці рядового, сержантського і старшинського складу, які проходять військову службу за контрактом і не перебувають у шлюбі, розміщуються безплатно в спеціально пристосованих казармах у розташуванні військової частини, а сімейні – у сімейних гуртожитках. У зв'язку з недостатньою кількістю службового житла, а також з огляду на наявність поширеної практики виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків у судовому порядку, є необхідність аналізу основних положень забезпечення цієї категорії громадян жилими приміщеннями у гуртожитках, а також причин та підстав їх виселення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання забезпечення громадян, у тому

© А. Мельник, 2020

числі і військовослужбовців та членів їхніх сімей, жилими приміщеннями у гуртожитках досліджені у роботах М.К. Галянтича, Н.Ю. Голубєвої, Ю.О. Козацької, О.В. Оніщенко, Є.О. Харитонова та ін.

Мета статті – здійснити аналіз окремих питань забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей жилими приміщеннями у гуртожитках, зокрема вселення та виселення з гуртожитків, проаналізувати судову практику в спорах, що виникають під час виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків.

Виклад основного матеріалу. Згідно з абзацом п'ятим пункту 1 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» [1] у разі відсутності службового жилого приміщення військовослужбовці рядового, сержантського і старшинського складу, які проходять військову службу за контрактом і не перебувають у шлюбі, розміщуються безплатно в спеціально пристосованих казармах у розташуванні військової частини, а сімейні – у сімейних гуртожитках.

Згідно зі статтею 127 Житлового кодексу УРСР [2] для проживання робітників, службовців, студентів, учнів, а також інших громадян у період роботи або навчання можуть використовуватись гуртожитки.

Згідно зі статтею 131 Житлового кодексу УРСР Примірне положення про користування гуртожитками затверджується Кабінетом Міністрів України після консультацій з громадськістю, що проводяться відповідно до законодавства.

Таке Примірне положення про користування гуртожитками затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 20 червня 2018 року № 498 [3] (далі – Примірне положення про користування гуртожитками), дія якого поширюється на всі гуртожитки незалежно від форми власності.

Пунктом 3 Примірного положення про користування гуртожитками визначено, що жила площа в гуртожитках надається:

у вигляді окремого жилого приміщення для відособленого користування однієї особи чи сім'ї;

у вигляді ліжко-місця для проживання одиноких осіб, які не перебувають між собою в сімейних відносинах.

Розмір жилої площі, що надається в гуртожитку, не може бути менше ніж 6 кв. метрів на одну особу.

Для одержання в користування жилої площі в гуртожитку особа подає заяву на ім'я керівника підприємства, установи, організації, органу місцевого самоврядування.

Повнолітні члени сім'ї особи, які бажають вселитися в жиле приміщення разом з нею, дають письмову згоду на проживання в зазначеному приміщенні.

Адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування приймає рішення про надання особі жилої площі в гуртожитку. У рішенні зазначаються прізвище, ім'я, по батькові особи, якій надається жила площа в гуртожитку, склад сім'ї та адреса гуртожитку, в якому надається жила площа.

На підставі рішення про надання жилої площі в гуртожитку адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування видає особі ордер за формою згідно з додатком, який є єдиним документом, що підтверджує право вселення на надану жилу площу в гуртожитку. Під час одержання ордера пред'являються документи, що посвідчують особу наймача та всіх членів сім'ї (для осіб, які не досягли 14 років, – свідоцтва про народження), включених до ордера.

Ордер зберігається у особи, яка вселяється на жилу площу в гуртожитку, протягом усього строку її проживання у гуртожитку.

Аналогічну норму містить і стаття 129 Житлового кодексу УРСР, згідно з якою на підставі рішення про надання жилої площі в гуртожитку адміністрація підприємства, установи, організації, орган місцевого самоврядування видає громадянинові спеціальний ордер, який є єдиною підставою для вселення на надану жилу площу в гуртожитку.

Так, у судовій справі № 554/18935/14-ц відсутність ордера встановленого зразка стала підставою для виселення з гуртожитку. Позивач у справі – Квартирно-експлуатаційний відділ у м. Полтаві Міністерства оборони України, відповідачі – колишній військовослужбовець та члени його сім'ї, третя особа – служба у справах дітей виконавчого комітету Октябрської районної у м. Полтаві ради, предмет – виселення з гуртожитку без надання іншого жилого приміщення.

За результатами апеляційного перегляду справи суд встановив, що відповідачам у справі ордер на спірне житлове приміщення не видавався, а також «з огляду на ту обставину, що житло зайняте відповідачами без належних правових підстав (без ордера) місцевий суд дійшов правильних висновків про задоволення позову... Доводи апеляційної скарги в частині того, що порушуються права неповнолітніх дітей також не спростовують висновків місцевого суду, оскільки, як зазначено вище, позивач не зобов'язаний забезпечувати житлом сім'ю відповідачів. Крім того, як зазначено вище, вселення

в спірне житло проведено без належних правових підстав» [4].

Також впливає на рішення судів не тільки відсутність ордера на заселення, а і факт забезпечення військовослужбовців постійним житлом. Предметом апеляційного перегляду стала справа № 2/2218/1874/12 [5] за позовом Квартирно-експлуатаційного відділу міста Хмельницького до дружини колишнього військовослужбовця про виселення з гуртожитку. Приймаючи рішення про виселення відповідачки та її неповнолітньої доньки, суд виходив з того, що «зазначена кімната в гуртожитку призначена виключно для проживання військовослужбовців Збройних сил України або осіб, які перебувають у трудових відносинах зі Збройними силами України.

Відповідачка та її малолітня донька не мають самостійного права на зазначене житло в гуртожитку, позаяк відповідачка не є військовослужбовцем, не перебувала і не перебуває в трудових відносинах як працівник з жодною військовою частиною ... Їхнє житлове право є похідним від права чоловіка та батька-військовослужбовця у відставці, який був забезпечений постійним житлом за рахунок Міністерства оборони України, двічі погіршував свої житлові права шляхом відчуження половини приватизованої квартири та подарованої цілої квартири, на квартирному обліку не перебуває, виписаний з гуртожитку» [5].

Згідно зі статтею 130 Житлового кодексу УРСР порядок користування жилою площею в гуртожитках визначається договором, що укладається перед вселенням на надану жилу площу в гуртожитку на підставі спеціального ордера відповідно до Примірного положення про користування жилою площею в гуртожитках, що затверджується Кабінетом Міністрів України.

Пунктом 7 Примірного положення про користування гуртожитками визначено, що користування жилою площею здійснюється:

у гуртожитках державної та комунальної форми власності – виключно за договором найму жилого приміщення, укладеним на підставі ордера;

у гуртожитках, що були включені до статутних капіталів господарських товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації, – за договором найму жилого приміщення, укладеним на підставі ордера, або на підставі договору оренди житла.

Для укладення договору найму (оренди) з адміністрацією підприємства, установи, організації, органом місцевого самоврядування особа та всі члени її сім'ї, що вселяються на надану жилу площу в гуртожитку, пред'являють документи, що посвідчують особу (для осіб, які не досягли 14 років, – свідоцтва про народження).

Питанню виселення з гуртожитків присвячена стаття 132 Житлового кодексу УРСР, згідно з якою сезонні, тимчасові працівники і особи, що працювали за строковим трудовим договором, які припинили роботу, а також особи, що вчились у навчальних закладах і вибули з них, підлягають виселенню без надання іншого жилого приміщення з гуртожитку, який їм було надано у зв'язку з роботою чи навчанням.

Інших працівників підприємств, установ, організацій, які поселилися в гуртожитку в зв'язку з роботою, може бути виселено без надання іншого жилого приміщення в разі звільнення за власним бажанням без поважних причин, за порушення трудової дисципліни або скоєння злочину.

Осіб, які припинили роботу з інших підстав, ніж ті, що зазначені в частині другій цієї статті, а також осіб, перелічених у статті 125 цього Кодексу, може бути виселено лише з наданням їм іншого жилого приміщення.

Осіб, які проживають у гуртожитках, виселяють також у разі знесення будинку або переобладнання будинку (жилого приміщення) в нежилий, а також якщо будинок (жиле приміщення) загрожує обвалом. При цьому тим, кого виселяють, надається інша жила площа в гуртожитку або інше жиле приміщення.

Особливості виселення з гуртожитків Міністерства оборони України визначені Інструкцією з організації забезпечення військовослужбовців Збройних сил України та членів їхніх сімей жилими приміщеннями, затвердженою наказом Міністерства оборони України від 31 липня 2018 року № 380 та зареєстрованою в Міністерстві юстиції України 06 вересня 2018 року за № 1020/32472 [6] (далі – Інструкція Збройних сил України № 380), згідно з пунктом 25 розділу IV якої підлягають виселенню із службового жилого приміщення (зі службової жилої площі) без надання іншого жилого приміщення:

військовослужбовці та члени їхніх сімей, які порушують умови утримання жилих приміщень, систематично його руйнують чи використовують його не за призначенням, або створюють умови, які унеможливлюють проживання інших осіб;

особи, звільнені з військової служби, які мають вислугу менше ніж 10 років, крім випадків, передбачених законодавством;

особи, які самоправно зайняли службове житлове приміщення (службову житлову площу);

колишні члени сім'ї військовослужбовця, які залишилися проживати у ньому після розірвання шлюбу (у двомісячний строк з дня розірвання шлюбу);

інші особи у випадках, встановлених законодавством.

Так, Котовським міськрайонним судом Одеської області у справі № 505/1497/15-ц за позовом Квартирно-експлуатаційного відділу міста Одеси до колишньої дружини військовослужбовця про виселення прийняв рішення виселити відповідачку з гуртожитку без надання іншого житлового приміщення. Своє рішення Суд мотивував тим, що відповідачка заселилась у гуртожиток у складі сім'ї військовослужбовця, згодом шлюб було розірвано, військовослужбовець виїхав з гуртожитку, вона не є військовослужбовцем або членом сім'ї військовослужбовця, добровільно більше двох років не проживає в гуртожитку, є такою, що втратила право користування кімнатою.

Крім того, «невиконання відповідачкою обов'язку про звільнення житлового приміщення у гуртожитку призведе до порушення права на житло інших громадян, які справді проходять військову службу у ЗС України та не мають житла за місцем проходження служби.

Таким чином, оскільки відповідачі не перебувають на військовій службі у ЗСУ та не перебувають на обліку військових пенсіонерів та військовослужбовців, які потребують поліпшення житлових умов у гарнізоні, тому не мають права на проживання у гуртожитку МОУ і підлягають виселенню без надання іншого жилого приміщення» [7].

Аналогічної позиції дотримався суд, переглядаючи в апеляційному порядку справу № 405/5250/13-ц за позовом Квартирно-експлуатаційного відділу м. Кіровограда до членів сім'ї військовослужбовця про виселення. Військовослужбовцю та членам його сім'ї (дружині та її дитині) на час проходження служби було надано кімнату в казармі, що пристосована для тимчасового проживання. Шлюб між ними було розірвано, а військовослужбовця переведено до нового місця проходження служби.

Так, суд дійшов висновків, що «право відповідачів на проживання у спірній кімнаті є похідним від права на отримання і проживання у цій кімнаті військовослужбовця. Оскільки право військовослужбовця на проживання у цій кімнаті припинилося у зв'язку зі зміною місця проходження військової служби, відповідачі вже не є членами його сім'ї та військовослужбовцями, право на проживання у цій кімнаті вони втратили... Є безпідставними і доводи скарги щодо незаконного позбавлення житла неповнолітньої доньки та матері оскаржуваним рішенням суду, оскільки зазначені особи не набули у встановленому законом порядку права на проживання у спірній кімнаті, а позбавити осіб неіснуючого права неможливо» [8].

Згідно з пунктом 26 розділу IV Інструкції Збройних сил України № 380, особи, звільнені з військової служби, які були забезпечені службовим жилим приміщенням, жилою площею у гуртожитку (сімейному гуртожитку) та залишені на обліку військовослужбовці та члени їхніх сімей, які потребують поліпшення житлових умов шляхом надання жилих приміщень для постійного проживання, не підлягають виселенню до забезпечення їх постійним житлом за встановленим порядком.

Згідно зі статтею 125 Житлового кодексу УРСР без надання іншого жилого приміщення не може бути виселено:

осіб з інвалідністю внаслідок війни та інших осіб з інвалідністю з числа військовослужбовців, які стали особами з інвалідністю внаслідок поранення, контузії або каліцтва, що їх вони дістали під час захисту СРСР чи під час виконання інших обов'язків військової служби, або внаслідок захворювання, пов'язаного з перебуванням на фронті; учасників Другої світової війни, які перебували у складі діючої армії; сім'ї військовослужбовців і партизанів, які загинули або пропали безвісти під час захисту СРСР чи під час виконання інших обов'язків військової служби; сім'ї військовослужбовців; осіб з інвалідністю з числа осіб рядового і начальницького складу органів Міністерства внутрішніх справ СРСР, які стали особами з інвалідністю внаслідок поранення, контузії або каліцтва, що їх вони дістали під час виконання службових обов'язків;

осіб, які пропрацювали на підприємстві, в установі, організації, що надали їм службове жиле приміщення, не менш як десять років;

осіб, що звільнені з посади, у зв'язку з якою їм було надано жиле приміщення, але не припинили трудових відносин з підприємством, установою, організацією, які надали це приміщення;

осіб, звільнених у зв'язку з ліквідацією підприємства, установи, організації або за скороченням чисельності чи штату працівників;

пенсіонерів по старості, персональних пенсіонерів; членів сім'ї померлого працівника, якому було надано службове жиле приміщення; осіб з інвалідністю внаслідок нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання I і II груп, осіб

з інвалідністю I і II груп з числа військовослужбовців і прирівняних до них осіб та осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України;

одиноких осіб з неповнолітніми дітьми, які проживають разом з ними.

Умови, які виключають можливість виселення із гуртожитку без надання іншого приміщення, беруться судом до уваги як у разі, коли вони виникли на момент припинення трудових відносин, так і після, до вирішення судом справи про виселення [9, с. 292].

На думку О.В. Оніщенко та Ю.О. Козацької, «єдиною наразі можливістю сприяння підвищенню соціальних конституційних гарантій для законних мешканців гуртожитків є встановлення мораторію на виселення громадян із гуртожитків, проте такий законопроєкт лише опрацьовується, коли його буде прийнято, і чи буде прийнято взагалі – невідомо» [10, с. 112].

Не можемо погодитись із зазначеною позицією, оскільки основна функція гуртожитків – проживання громадян на період їх роботи або навчання, і передача їх у власність громадян, зокрема тих, кого може бути виселено без надання іншого житла, значно скоротить кількість службової житлової площі військових формувань, що є неприпустимим з огляду на кількість військовослужбовців, які потребують поліпшення житлових умов.

Що стосується заборони на виселення з гуртожитків без надання іншого житла осіб, які пропрацювали на підприємстві, в установі, організації, що надали їм службове жиле приміщення, не менш як десять років зазначаємо таке.

Законодавством прямо не визначено, чи повинен такий стаж бути безперервним чи сумарним, а отже, на думку деяких учених, «особи, які пропрацювали на підприємстві, в установі, організації, що надали їм жиле приміщення, не менше 10 років, користуються такою пільгою і в тому разі, коли цей стаж переривався» [9, с. 292].

Відмовляючи в задоволенні позову щодо виселення з гуртожитку без надання іншого житла у справі № 760/13777/15-ц судом встановлено, що «з огляду на положення ст.ст. 125, 132 ЖК Української РСР, у разі припинення трудових відносин, осіб, які пропрацювали на підприємстві, в установі, організації, що надали їм службове жиле приміщення, не менш як десять років, може бути виселено із гуртожитку за умови надання іншого житлового приміщення. Як видно з матеріалів справи, вислуга років відповідача ОСОБА_1 на момент звільнення становила 12 років 11 місяців 14 днів. Таким чином, беручи до уваги зазначені обставини, суд доходить висновку, що, оскільки відповідач ОСОБА_1 пропрацював в органах УДСО більше 10 років, на нього поширюються гарантії, встановлені ст. 125 ЖК Української РСР» [11].

Неможливість виселення особи з вислугою понад 10 років не стала вирішальною у справі № 759/12754/15-ц за позовом Управління Державної служби охорони при ГУМВС України в м. Києві до колишнього міліціонера, його дружини та трьох неповнолітніх дітей про виселення. Незважаючи на наявність у звільненого (за службову невідповідність) співробітника календарної вислуги понад 15 років, апеляційний Суд дійшов висновку, що «відповідач разом із сім'єю проживає в кімнаті гуртожитку УДСО № 4-2 за АДРЕСА_1 без відповідної правової підстави, а тому вимоги позивача є обґрунтованими на законі, доведеними матеріалами справи та такими, що підлягають задоволенню, а саме виселити ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_7, ОСОБА_2, ІНФОРМАЦІЯ_8, неповнолітніх ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_9, ОСОБА_4, ІНФОРМАЦІЯ_10, ОСОБА_5, ІНФОРМАЦІЯ_11, з кімнати № 4-2 гуртожитку УДСО при ГУ МВС України в м. Києві за адресою: АДРЕСА_1 без надання іншого житлового приміщення» [12].

Аналогічної позиції дотримався суд, приймаючи рішення у справі № 683/2598/13-ц, відповідно до якого «з матеріалів справи видається, що ОСОБА_4 з 20.05.1997 р. по 18.11.1998 р., з 19.08.1999 р. по 19.08.2008 р. проходив службу у Збройних силах України, однак він не перебуває на обліку осіб, які потребують поліпшення житлових умов у ЗС України, а тому незалежно від кількості вислуги років у календарному обчисленні він та члени його сім'ї: дружина ОСОБА_5 та дочка ОСОБА_6 не набули законних прав на проживання у гуртожитку і підлягають виселенню з нього без надання іншого житлового приміщення» [13].

Рішення деяких судів узагалі містять висновок про те, що «оскільки жиле приміщення є гуртожитком, а не службовим житловим приміщенням, суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку, що ОСОБА_1 із сім'єю не може бути виселена з нього з підстав ст.ст. 124, 125 ЖК України. Вказані норми права на приміщення в гуртожитках не поширюються» [14].

Предметом судового розгляду справи № 127/15531/15-ц за позовом Квартирно-експлуатаційного відділу м. Вінниці до вій-

ськовослужбовця та членів його сім'ї стала вимога про виселення останніх з кімнати у гуртожитку без надання їм іншого житла.

У ході судового розгляду справи суд встановив, що військовослужбовця переведено для подальшого проходження військової служби до іншого військового формування та іншого гарнізону (до м. Харкова), надано за новим місцем проходження військової служби йому та членам його сім'ї службове житло (яке вони надалі приватизували), фактично в кімнаті гуртожитку відповідачі не проживають, оскільки проживають у Харківській області, проте займають кімнату, в якій зберігають свої речі.

Також суд дійшов висновку, що відповідачі підлягають виселенню з кімнати в гуртожитку без надання іншого житла на підставі ч. 2 ст. 132 ЖК УРСР, оскільки «гуртожиток № 20 по вул. Червоноармійській у м. Вінниці призначений лише для проживання військовослужбовців, а також враховуючи явну потребу суспільства у житлі (на обліку осіб, які потребують житлової площі в гуртожитку, перебуває більше 100 військовослужбовців із членами сім'ї)» [15].

Виселення колишніх членів сім'ї військовослужбовця з жилого приміщення, а саме кімнати на території військового містечка та переобладнаної для тимчасового проживання військовослужбовців стало предметом судового розгляду (справа № 761/4826/15-ц). Судом у цій справі встановлено, що згідно з умовами договору строкового користування жилим приміщенням користувач зобов'язаний звільнити жиле приміщення після закінчення обумовленого в договорі строку проживання. Цей строк закінчився. Нове рішення про надання місця проживання в казармі відповідачки не приймалося та спеціальний дозвіл на проживання в спеціально пристосованій казармі їй не видавався, так само такий дозвіл не видавався і її колишньому чоловікові (військовослужбовцю).

Суд прийняв рішення про виселення колишньої дружини з житлового приміщення у казармі, посилаючись на статтю 116 Житлового кодексу УРСР, згідно з якою осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення, виселяють без надання їм іншого жилого приміщення [16].

Висновки

Отже, питання виселення військовослужбовців та членів їхніх сімей з гуртожитків без надання іншого житла спричиняє неоднакове застосування судами норм матеріального права, а тому потребує подальшого законодавчого врегулювання.

Список використаних джерел:

1. Закон «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей». *Відомості Верховної Ради України* від 14.04.1992-1992 р., № 15, стаття 190.

2. Житловий кодекс Української РСР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10.

3. Примірне положення про користування гуртожитками, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 20 червня 2018 року № 498. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/498-2018-%D0%BF.

4. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 18 травня 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/44513890.

5. Рішення Апеляційного суду Хмельницької області від 6 червня 2012 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24566848.

6. Інструкція з організації забезпечення військовослужбовців Збройних сил України та членів їх сімей жилими приміщеннями, затверджена наказом Міністерства оборони України від 31 липня 2018 року № 380 та зареєстрована в Міністерстві юстиції України 06 вересня 2018 року за № 1020/32472. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1020-18.

7. Рішення Котовського міськрайонного суду Одеської області від 22 січня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55896536.

8. Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області від 20 травня 2014 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38762514.

9. Житловий кодекс України : науково-практичний коментар / За загальною редакцією д.ю.н., професора Є.О. Харитонова, к.ю.н., доцента Н.Ю. Голубєвої. Харків : «Одіссей». 2010. 480 с.

10. Оніщенко О.В. Приватизація житлових кімнат у гуртожитках: проблеми сьогодення / О.В. Оніщенко, Ю.О. Козацька. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2016. № 3. С. 106–112. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npnau_2016_3_19.

11. Рішення Соломянського районного суду міста Києва від 10 травня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73616499.

12. Рішення Святошинського районного суду міста Києва від 22 березня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/56762565.

13. Рішення Старокостянтинівського районного суду Хмельницької області від 13 лютого 2014 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/37916277.

14. Ухвала Апеляційного суду Чернівецької області від 12 березня 2014 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/37584206.

15. Рішення Вінницького міського суду Вінницької області від 11 січня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55040776.

16. Постанова Апеляційного суду міста Києва від 27 січня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55380033.

It is emphasized that due to the insufficient number of official housing, as well as the existence of widespread eviction of servicemen and their families from hostels in court, there is a need to analyse the main provisions of providing this category of citizens with accommodation in hostels, as well as the reasons and the grounds for their eviction. The purpose of the article is to analyse the specific issues of providing servicemen and their families with dormitories, including moving in and out of hostels, to analyse the jurisprudence in disputes arising from the eviction of servicemen and their families from hostels. Thus, the article explores the specific issues of providing servicemen and their families with dormitories, in particular, eviction and eviction from hostels, analyses case law in disputes arising from the eviction of servicemen and their families from hostels. It has been determined that the administration of an enterprise, institution, organization, body of local self-government makes a decision on providing a person with living space in a hostel. The decision shall indicate the name, patronymic of the person to whom the living space in the hostel is provided, the composition of the family and the address of the hostel in which the living space is provided. Based on the decision to provide living space in a dormitory, the administration of an enterprise, institution, organization, body of local self-government issues to the person a warrant in the form according to the appendix, which is the only document confirming the right of occupation of the given living space in the hostel. It has been found that the eviction of former members of his family from a residential area, namely a room on the territory of a military town and a temporary accommodation for servicemen, has become subject to judicial review. The court in this case found that according to the terms of the contract for use of residential premises, the user is obliged to vacate the residential premises after the expiration of the term of residence specified in the contract. This deadline has expired. The new decision to provide the place of residence in the barracks of the defendant was not made and a special permit to reside in a specially adapted barracks was not issued to her, and the same permission was not issued to her ex-husband (serviceman).

Key words: housing, housing legislation, hostel eviction, warrant, office accommodation.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.05

Павло Микуляк,
суддя Закарпатського окружного адміністративного суду

СУДОВА ПОМИЛКА ЯК ПІДСТАВА САМОКОНТРОЛЮ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У цій статті автором розглядається юридична природа однієї із підстав реалізації самоконтрольних повноважень суду першої інстанції в цивільному процесі – судової помилки. На основі сучасних положень доктрини цивільного судочинства узагальнюється коло істотних ознак, які характеризують судову помилку в цивільному процесі: 1) судову помилку допускає суд в особі судді; 2) судова помилка не дає можливості досягнути мети та завдань правосуддя у цивільних справах; 3) судова помилка виступає протиправним діянням; 4) наявні правові засоби усунення судової помилки в процесуальному порядку. Звертається увага на найбільш дискусійну ознаку судової помилки, навколо якої науковці ведуть полеміку, – наявність чи відсутність вини судді у її вчиненні. Прискіпливо оцінюються аргументи представників обох точок зору та робиться висновок, що варто підтримати тих науковців, які стверджують про можливість настання судової помилки під час розгляду і вирішення цивільної справи без вини судді, оскільки навіть правовий статус суду в цивільному процесі не дає йому можливість у низці випадків винести обґрунтоване та законне судове рішення. Стверджується, що більшість судових помилок виступають процесуальними правопорушеннями, де не вимагається встановлювати вину судді в їх скоєнні (відкриття провадження у цивільній справі з порушенням правил цивільної юрисдикції або підсудності, безпідставне проведення закритого судового засідання або застосування заходів забезпечення позову, відкриття окремого провадження за наявності спору про право або позовного провадження, якщо позивач не володіє цивільною процесуальною дієздатністю, неналежне оформлення протоколів про окремі процесуальні дії тощо).

Не підтримується точка зору, що судова помилка виникає в тому разі, якщо суд у цивільній справі вже виніс підсумкове судове рішення, оскільки судова помилка є такою з моменту її вчинення, а не з моменту видання підсумкового акта по цивільній справі.

Ключові слова: цивільний процес, самоконтроль, суд першої інстанції, судова помилка, ознаки.

Постановка проблеми. Самоконтроль суду першої інстанції у цивільному процесі носить винятковий характер, а тому він може бути задіяний тільки в тому разі, якщо для цього є підстави. Так, коли суд, вирішивши питання про право, не вказав точної суми, яка підлягає стягненню, цей недолік усувається шляхом ухвалення додаткового рішення. У такому разі підставою для застосування самоконтролю суду першої інстанції буде судова помилка, яка вилилася в те, що суд неправильно оформив зміст судового рішення: рішення не відповідає вимогам повноти, тобто суд не дав відповідь на всі питання, на які він повинен був дати.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з такої теми. Питання підстав самоконтролю суду першої інстанції в цивільному процесі належить до проблемних, оскільки воно дуже лаконічно та фрагментарно висвітлено в теорії цивільного процесу. Йому присвячені наукові праці Є.Г. Трішіної, І.М. Зайцева, Д.Д. Луспеника, Н.М. Савчин, які єдиною підставою вважають судову помилку.

Метою цієї статті є розкриття юридичної природи судової помилки як підстави реалізації судом першої інстанції самоконтрольних повноважень у цивільному процесі.

Виклад основного матеріалу. Будь-яка помилка виступає негативним відхиленням від того стандарту поведінки, який потрібно було вчинити. Судові помилки в цивільному процесі характеризуються тим, що вони допускаються судом під час розгляду та вирішення цивільної справи, порушують установлений порядок розгляду цивільної справи і не дають можливості захистити права, свободи та інтереси тих осіб, які звернулися до суду. Судова помилка завжди показує, що в процесуальній діяльності суду стався недолік, який зазвичай усуває суд вищестоящої інстанції (наприклад, винесення незаконного судового рішення), а у виняткових випадках той суд, який допустив помилку. В останньому разі йдеться про самоконтроль суду в цивільному процесі.

© П. Микуляк, 2020

Природа судових помилок у теорії цивільного процесу, незважаючи на спільність по багатьох її характеризуючих ознаках, далека від однозначного розуміння науковцями. Серед ознак судових помилок, з якими погоджуються більшість учених, виділяють такі:

1) судову помилку допускає суд в особі судді, який розглядає цивільну справу [1, с. 15–16]. Така ознака є найбільш істотною, оскільки відрізняє судову помилку від помилок, яких припускаються учасники процесу під час розгляду та вирішення цивільної справи. Якщо помилку допускають інші працівники суду (секретар судового засідання, судовий розпорядник, помічник судді і т.д.) не має підстав говорити про існування судової помилки, оскільки вони не здійснюють правозастосовчу діяльність у суді. Ось чому не можна погодитися із позицією І.М. Зайцева, який вважав, що судові помилки можуть вчиняти «працівники суду, які визнані учасниками процесу, наділені певними правами та обов'язками й уповноважені здійснювати дії, які регулюються цивільним процесуальним правом, по розгляду справи, перегляду та виконання постанов» [2, с. 12]. Також не можна погодитися з твердженням Н.О. Бабуріної, що помилки помічника судді та секретаря судового засідання набувають статус судової помилки, якщо їх не виправить суд [3, с. 7–8]. Характер судової помилки та характер помилок інших працівників суду неоднаковий: відповідальність за розгляд справи та винесення законних і обґрунтованих судових рішень покладається на суддю;

2) судова помилка не дає можливості досягнути мети та завдань правосуддя у судових справах [4, с. 100]. Відповідно до ст. 2 ЦПК завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Судові помилки насамперед свідчать про невиконання завдань: ті або інші акти суду помилкові, тому що незаконні, необґрунтовані або вчинені несвоєчасно [5, с. 15]. Через те, що не досягаються мета та завдання цивільного судочинства, не відбувається ефективний захист прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб, а також держави;

3) судова помилка виступає протиправним діянням [6, с. 36]. Протиправність судової помилки виражається в тому, що суддя може порушити норми як матеріального, так і процесуального права, внаслідок чого виноситься помилкове судове рішення [7, с. 100]. Судова помилка може свідчити про вчинення процесуального правопорушення, оскільки діяльність суду регламентується нормами процесуального права, які висувають вимоги до такої діяльності, а також до судових актів. Проте суди під час розгляду справи можуть застосовувати і норми матеріального права, наприклад, норми, які містять доказові презумпції. Якщо суддя неправильно застосує правило перерозподілу обов'язків доказування обставин цивільної справи внаслідок дії доказової презумпції, суд винесе необґрунтоване судове рішення. Отже, судова помилка – це завжди порушення вимог закону, його недотримання [8, с. 20];

4) природа судової помилки передбачає існування правових засобів її усунення в процесуальному порядку [9, с. 80]. Під правовими засобами слід розуміти ті процесуальні дії, які можна застосувати для нейтралізації негативного впливу від судової помилки. Зокрема, якщо проведена судова експертиза викликає сумніви у її правильності, судом може бути призначена повторна експертиза (ч. 2 ст. 113 ЦПК). Помилки допускаються у процесуальному порядку під час розгляду та вирішення цивільної справи, а тому в такому ж порядку вони мають усуватися [8, с. 21]. Як правильно зауважує Н.М. Савчин, кожну помилку слід усувати в передбаченому законом порядку для такого виду помилок [1, с. 29].

Отже, судова помилка в цивільному процесі допускається судом в особі суддів та виступає протиправним діянням, а тому не дає можливості досягнути мети і завдань цивільного судочинства, але існують правові засоби, що допоможуть її усунути в процесуальному порядку.

Проте на цьому не вичерпується правова характеристика судової помилки в цивільному процесі. Найбільше ведуться дискусії за таку рису судової помилки, як вина судді у разі вчинення судової помилки. У цьому відношенні наукові погляди вчених можна поділити на дві великі групи, які варто розглянути більш детально.

По-перше, одні науковці стверджують, що судова помилка в цивільному процесі має місце тільки в тому разі, якщо вона була допущена з вини судді, що розглядає цивільну справу [10, с. 33; 11, с. 53; 1, с. 19; 8, с. 21], а деякі з цієї групи уточнюють, що йдеться виключно про необережну форму вини, оскільки судова помилка не може бути вчинена з умислом, інакше тоді це слід кваліфікувати як злочин [12, с. 3–4].

Обґрунтування необхідності доведення вини судді у вчиненні судової помилки зводиться до того, що судова помилка розглядається як правопорушення, умовою

притягнення до відповідальності за яке має бути встановлення вини судді. Вина судді також буде мати значення для визначення його професійної придатності та підготовленості у справі. Останнє буде проявлятися у разі систематичного допущення помилок окремим суддею.

По-друге, інша група науковців допускає, що судова помилка може мати місце також у разі безневинної поведінки судді, коли він не передбачав та не міг передбачити помилковість своїх дій та наслідки [13, с. 221; 14, с. 75; 2, с. 15–16; 15, с. 74; 16, с. 181; 17, с. 176]. У цій групі, як і у першій, виділяють науковців, які зауважують, що коли судова помилка стається з вини судді, вона має бути виключно необережною [3, с. 8; 18, с. 22–23].

Обґрунтування вчинення судової помилки без вини зводиться до того, що поняття «судова помилка» ширше за «правопорушення» (кримінальне, дисциплінарне та процесуальне). Якщо судова помилка вчиняється у формі злочину або дисциплінарного проступку, справді, треба доводити вину судді, оскільки вона виступає обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони правопорушення. Судова помилка може мати прояв у вигляді процесуального правопорушення. Наприклад, підстави до скасування судових рішень у цивільному процесі можна розглядати судовою помилкою (неповне з'ясування обставин, що мають значення для справи, неправильне тлумачення закону тощо). У цій ситуації не вимагається встановлювати вину судді вищестоящою судовою інстанцією, оскільки судді під час розгляду цивільних справ керуються своєю правосвідомістю та внутрішнім переконанням, тобто діє принцип незалежності суддів у цивільному процесі. Тому необхідно встановити тільки незаконність та/або необґрунтованість судового рішення, тобто його протиправність. У низці випадків судова помилка має властивість об'єктивної протиправності, тобто є такою, що не відповідає нормі права, але суддя це не усвідомлює, оскільки він добросовісно помиляється. Так, суддя може відкрити провадження у цивільній справі, не знаючи, що між тими самими сторонами таке питання у вказаній підставі вже вирішувалося раніше судом. Протилежна сторона, вступаючи в цивільну справу, в якій вже відкрито провадження, подає до суду докази, що позивач уже користувався правом на судовий захист (рішення суду, яке набрало законної сили). На підставі цього суддя виносить ухвалу про закриття провадження у справі, реалізуючи самоконтрольне повноваження. Якщо таку ситуацію не розглядати як судову помилку, необхідно буде створювати спеціальну теоретичну конструкцію та терміни, які мають пояснювати, чому рішення є неправильним, але вини судді в цьому немає [19, с. 32].

На нашу думку, варто підтримати тих науковців, які виділяють можливість вчинення судової помилки без вини судді. Багато положень чинного цивільного процесуального законодавства наочно підтверджують таку можливість. Крім того, статус судді у цивільному процесі може цьому сприяти. Так, В.І. Цибуленко вказує, що від судді важко очікувати ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення, оскільки за чинним ЦПК він не зобов'язаний за власною ініціативою збирати судові докази, встановлювати справжні обставини справи, а має оцінювати тільки те, що надали сторони і прийняти рішення, хоча необхідні докази для цього можуть бути відсутні в справі [20, с. 77]. Ось чому С.О. Короїд пропонує знайти розумний баланс між принципом активності судді та принципом змагальності, що допоможе уникнути судових помилок у цивільному процесі [21, с. 86]. Редагований ЦПК України певною мірою вже почали змінювати у цьому напрямі. Так, з 2017 року суд почав збирати докази в цивільному процесі за власною ініціативою у тому разі, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена (ч. 2 ст. 13 ЦПК), а також, коли суд має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів (ч. 7 ст. 81 ЦПК).

Таким чином, судова помилка в цивільному процесі, що є підставою самоконтролю суду першої інстанції, може мати місце як у разі винної, так і безвинної поведінки судді (судової колегії), який розглядає цивільну справу.

Більшість судових помилок, які є підставою самоконтролю суду першої інстанції, виступають процесуальними правопорушеннями, де не вимагається встановлювати вину судді в їх скоєнні. Наприклад, відкриття провадження у цивільній справі з порушенням правил цивільної юрисдикції або підсудності, безпідставне проведення закритого судового засідання або застосування заходів забезпечення позову, відкриття окремого провадження за наявності спору про право або позовного провадження, якщо позивач не володіє цивільною процесуальною дієздатністю, неналежне оформлення протоколів про окремі процесуальні дії, судові рішення або виконавчі документи, втрата судового провадження у цивільній справі, неправильно сформульовані запитання експерту під час призначення судової експертизи

тощо. Якщо указані процесуальні правопорушення будуть містити ознаки дисциплінарного проступку або злочину, вину судді треба буде встановлювати, але не в рамках цивільного, а дисциплінарного чи кримінального провадження відповідно. Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» підставами притягнення судді до дисциплінарної відповідальності є умисне або внаслідок недбалості порушення засад гласності і відкритості судового процесу або порушення правил щодо відводу (самовідводу) тощо.

Велике значення має вирішення питання, коли виникає судова помилка. У цьому відношенні науковці свої думки знову розділяють.

Одна група вчених (Н.М. Савчин, Л.О. Тєрєхова тощо) стверджує, що судова помилка виникає в тому разі, якщо суд у цивільній справі вже виніс підсумкове судове рішення. Їх обґрунтування зводиться до того, що судова помилка появляється там, де вже не можна досягнути мету та завдання цивільного судочинства. Позаяк судове рішення виступає процесуальним засобом досягнення указаної мети, судова помилка є наявним результатом, тобто тим, що вже відбулося. Якщо до винесення судового рішення суддя вчиняє помилкові дії (наприклад, не задовольняє певне клопотання ухвалою суду), завжди є можливість їх виправити (зокрема, задовольняє повторно подане клопотання учасником справи). Отже, поки триває судовий розгляд справи, йде процес судового пізнання, говорити про судові помилки зарано [1, с. 28; 19, с. 23].

Друга група вчених (Є.Г. Трішіна) їм опонує та вказує, що судова помилка є такою з моменту вчинення, а не з моменту видання підсумкового акта по цивільній справі, який базується на судовій помилці. Помилкова поведінка судді веде до судової помилки, але не завжди вона відображається в підсумковому судовому рішенні. Більше того, властивість судової помилки вплинути на підсумковий акт суду залежить від виду такої помилки. Незалежно від її виду, судова помилка завжди протиправна, а тому є такою з моменту її настання, незалежно від того виправлена вона чи ні [22, с. 114].

На нашу думку, варто підтримати останній підхід, оскільки перший більше враховує природу судового контролю, а не самоконтролю. Якщо помилкові дії судді, вчинені до винесення підсумкового судового рішення не розглядати як судову помилку, то що саме запускає механізм самоконтролю у формі цілісної процедури, що змушує суд повторювати свої дії під час розгляду та вирішення цивільної справи? В принципі можна скористатися аргументами представників першого підходу: якщо судова помилка відсутня до винесення підсумкового судового рішення, то для цього явища тоді треба придумувати нову теоретичну конструкцію.

Висновки

Судова помилка в цивільному процесі підриває авторитет судової влади, сприяє виникненню зневажливого ставлення до суддів, не дає можливості досягнути мети і завдань цивільного судочинства, порушує встановлений порядок розгляду і вирішення цивільних справ, а тому має усуватися всіма можливими способами, у тому числі й внаслідок застосування функції самоконтролю суду першої інстанції.

Список використаних джерел:

1. Савчин Н.М. Судові помилки при розгляді та вирішенні цивільних справ : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 212 с.
2. Зайцев И.М. Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1985. 135 с.
3. Батурина Н.А. Причины судебных ошибок и процессуальные средства их предупреждения в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Саратов, 2010. 22 с.
4. Резворович К.Р. Правова природа судової помилки у цивільному процесі. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 99–102.
5. Зайцев И.М. Целевые установки гражданского судопроизводства. *Проблемы реформы гражданского процессуального права и практики его применения :* Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1990. С. 13–18.
6. Руденко Ю.М. Деятельность адвоката по выявлению и исправлению судебных ошибок в гражданском судопроизводстве (организационно-правовой аспект) : дис... канд. юрид. наук : 12.00.11. Москва, 2009. 222 с.
7. Петрухин И.Л. Причины судебных ошибок. *Советское государство и право*. 1970. № 5. С. 100–106.
8. Тришина Е.Г. Проблемы судебного контроля в гражданском судопроизводстве : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. Саратов, 2000. 193 с.
9. Чувакова Л.А. Особенности ошибок юристов в профессиональной деятельности. *Юридические записки Ярославского государственного университета* / Под ред. В.Н. Карташова и др. Ярославль. 1998. Вып. 2. С. 72–81.
10. Жилин Г.А. Суд первой инстанции в гражданском процессе : учебно-практическое пособие. Москва : Юрайт-М, 2001. 328 с.
11. Жилин Г.А. Целевые установки гражданского судопроизводства и проблема судебной ошибки. *Государство и право*. 2000. № 3. С. 51–58.

12. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. Москва : Юрид. лит., 1980. 160 с.

13. Блазомирская И.В. Исправление судебной ошибки в гражданском процессе как составная часть права на судебную защиту. *Историческая и социально-образовательная мысль*. 2014. Том 6. № 6. Часть 2. С. 220–223.

14. Гарієвська М.Б. Дискреційні повноваження суду щодо усунення недоліків ухваленого ним рішення. *Приватне право і підприємництво*. 2013. Вип. 12. С. 72–75.

15. Кушнір Н.М. Причини та умови виникнення судових помилок (на матеріалах справ судів першої інстанції). *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2010. Випуск 550. *Правознавство*. С. 74–79.

16. Лопатін А.В. Особливості формування поняття судової помилки. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2014. Випуск 29. Частина 2. Том 4/2. С. 178–181.

17. Ніколенко Л.М. Поняття та ознаки судових помилок, які є підставою перегляду судових актів у господарському судочинстві. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 175–178.

18. Петрова И.А. Пересмотр судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в гражданском и арбитражном процессах (сравнительно-правовой аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.15. Москва, 2010. 32 с.

19. Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. Москва : Волтерс Клувер, 2007. 320 с. (Серия «Гражданский и арбитражный процесс: современный взгляд»)

20. Цыбуленко З.И. Реформа судебной системы России и исполнение судебных постановлений (решений). *Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского Суда по правам человека* : сб. науч. статей: Краснодар–Санкт-Петербург : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 76–81.

21. Короїд С.О. Судові помилки як перешкода ефективності цивільного судочинства. *Право і суспільство*. 2013. № 6-2. С. 84–87.

22. Тришина Е.Г. Вина как критерий разграничения судебных и судейских ошибок. *Судебная реформа и проблемы развития гражданского и арбитражного процессуального законодательства :* материалы международной научно-практической конференции. Москва : РАП, 2012. С. 112–118.

In this article the author considers a legal nature of one of the grounds for exercise of powers of the court of primary jurisdiction in the civil process: a judicial error. On the basis of modern provisions of civil proceedings doctrine a circle of essential features are generalized, that characterize a judicial error in the civil process: 1) a judicial error is made by a court in the person of a judge; 2) a judicial error doesn't afford to achieve a purpose and tasks of justice in the civil cases; 3) a judicial error is a wrongful act; 4) there are legal remedies for elimination of errors within a procedural order. It pays attention to the most discussion feature, around of that the scientists carry on polemics with each other about a presence or an absence of judge's guilt in its effectuation. The arguments of the representatives of both points of view are carefully considered and concluded, that is worth to support of the scientists, which confirm about an opportunity of judicial error's occurrence during a consideration and solution of a civil case without the judge's guilt, because even a court's legal status in the civil process doesn't give him an opportunity, in a number of instances, award reasoned and legal judgment accordance to law. It has been affirmed, that the majority of the judicial errors are the procedural offences, where are not required to determine judge's guilt in effectuation of them (commencement of proceedings in a civil case contrary to the regulations of civil jurisdiction or competence, baseless carrying out of a closed judicial session or application of injunctive relief, opening of an independent judicial procedure with the availability of a dispute over a right or ordinary proceeding, if a plaintiff owns a civil legal capacity to sue, incorrect execution of the protocols of juridical session about the individual procedural actions etc.).

It is not supported the point of view, that the judicial error arises providing, that the court in the civil case has already pronounced a resulting judgement, because the judicial error is such from the moment of its effectuation, but not from the moment of publishing of a final act in the civil case.

Key words: civil process, self-control, court of primary jurisdiction, judicial error, features.

УДК 347.122
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.06

Андрій Потапенко,
суддя Ржищевського міського суду Київської області,
аспірант відділу юрисдикційних форм правового захисту
суб'єктів приватного права, судоустрою та судочинства
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ВИМОГА ЕФЕКТИВНОГО ЗАХИСТУ ПРАВА У ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДОКУМЕНТАХ: ПОГЛЯД З ПОЗИЦІЇ СТОРІН ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Стаття присвячена дослідженню та аналізу вимоги ефективного захисту приватного права та інтересу у процесуальних документах з позиції сторін цивільного процесу як новели цивільного процесуального законодавства. Доведено, що задля запобігання неоднаковому тлумаченню закону, прогнозування можливих помилок у застосуванні сторонами цивільного процесу та судами існує наукова та практична необхідність вироблення єдиних підходів до формування вимоги ефективного захисту права у процесуальних документах. Обґрунтовано з позиції прав та обов'язків сторін цивільного процесу окремі підстави формування вимоги ефективного захисту права у процесуальних документах як обов'язкових задля правильного визначення судом ефективного способу захисту, який не суперечить закону; підстави сформовано на основі наявних наукових близьких за предметом регулювання правових категорій щодо досліджуваної новели, а також в основі аналізу практики національних судів. Доведено, що вимога про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону, має бути викладена у позовній заяві, а саме має бути відображена у змісті позовних вимог. Обґрунтовано, що визначення предмета та підстави позову є виключним вольовим правом позивача, суд позбавлений права на відповідну процесуальну ініціативу. Доведено, що суд за принципом jura novit curia самостійно здійснює правову кваліфікацію спірних правовідносин та застосовує для прийняття рішення саме ті норми матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, що не приводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту. Сформовано науково обґрунтовані підстави формування вимоги ефективного захисту приватного права та інтересу, що є обов'язковими в аспекті застосування новели «визначення судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу» складають основоположні засади застосування новели, тому мають враховуватися сторонами цивільного процесу та судом під час складання процесуальних документів у цивільному процесі.

Ключові слова: вимога ефективного захисту порушеного, невизнаного або оспорюваного права, визначення судом ефективного способу захисту, спосіб захисту, який не суперечить закону, ефективний засіб юридичного захисту, процесуальна ініціатива.

Постановка проблеми. Відомий суддя, вчений Аарон Барак, визначаючи формальні джерела суддівського розсуду, зазначав, що суддя не може вирішити справу, поки не буде мати перед собою правову норму, відповідно до якої справа буде вирішуватися. Влада вирішувати спір тягне як природний результат владу визначати правову норму, відповідно до якої справа буде вирішуватися, а також її межі застосування. Це визначення здійснюється для сторін, однак з огляду на принцип зобов'язального прецеденту йому надається загальна нормативна сила у справах, у яких воно застосовується. Рішення стає актом правотворчості [1, с. 129].

Надання суду елементів правотворчості, створення нових, ефективних засобів юридичного захисту для реалізації основного завдання здійснення ефективного цивільного судочинства слугували, на нашу думку, аргументами законодавця задля запровадження у Законі України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII новели цивільного процесуального законодавства, а саме права суду на підставі викладеної у позові вимоги визначити ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону (далі – новели) [2].

Водночас слід провести наукове дослідження підстав формування вимоги

© А. Потапенко, 2020

ефективного захисту права в процесуальних документах як обов'язкових, що є необхідним задля правильного застосування нового процесуального засобу, а саме визначення судом відповідно до викладеної в позові вимоги ефективного способу захисту, який не суперечить закону.

Окремі питання правового регулювання відносин захисту суб'єктивних цивільних прав, зокрема в аспекті ефективності судового захисту, належності вибору судових способів досліджувались у працях таких науковців, як С.С. Алексєєв, О.А. Беляневич, Т.В. Боднар, І.В. Венедиктова, М.К. Галянтич, О.В. Дзера, О.О. Кот, О.В. Кохановська, О.Д. Крупчан, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Т.М. Підлубна, С.О. Погрібний, Ю.Д. Притика, Я.М. Романюк, О.М. Сасевич, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Стефанчук, А.Г. Ярема, Т.М. Ярова, В.Л. Яроцький.

Водночас у доктрині цивільного процесуального права України не здійснювалось фундаментальних теоретичних напрацювань щодо вимоги ефективного захисту приватного права та інтересу, сформованих у процесуальних документах з позиції сторін цивільного процесу, межі повноважень суду щодо вирішення такої вимоги, а також правової природи ефективного способу судового захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права як вимоги, викладеної у процесуальних документах.

Метою статті є розкриття теоретичних і практичних засад формування вимоги ефективного захисту у процесуальних документа щодо позиції сторін цивільного процесу як нового процесуального інструменту, відпрацювання на цій основі висновків, узагальнень, практичних пропозицій і конкретних рекомендацій, спрямованих на ефективне запровадження новели.

Виклад основного матеріалу. Задля запобігання неоднаковому тлумаченню закону, прогнозування можливих помилок у застосуванні судами новели або навіть усунення можливих зловживань як сторонами у справах, так і судом, на нашу думку, слід застосовувати єдині підходи до формування вимоги ефективного способу захисту приватного права та інтересу.

З огляду на тлумачення положень новели цивільного процесуального права, передбаченої ч. 2 ст. 5 ЦПК України окремо та у її взаємозв'язку з іншими положеннями цивільного процесуального законодавства, спираючись на релевантну судову практику застосування новели, запропонуємо такі підстави визначення вимоги ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу шляхом групування їх за певними авторськими критеріями.

1) Викладення у позовній заяві вимоги про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону.

Першою та найтиповішою помилкою тлумачення та застосування новели є твердження про те, що суд вправі визначити у судовому рішенні ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу навіть за умови відсутності такої вимоги (конкретно сформульованого способу захисту) у позовній заяві. До такого ж самого помилкового висновку дійшов автор статті під час первинного аналізу новели, що була передбачена у проєкті відповідного закону. Такому хибному висновку сприяла не зовсім вдала, на наш погляд, редакція норми ч. 2 ст. 5 ЦПК України: суд, «відповідно викладеної в позові вимоги» такої особи, може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду [2]. Буквальне тлумачення новели дало змогу правникам дійти висновків на користь того, що суд нібито вправі самостійно визначити ефективний спосіб захисту, вийшовши поза межі позовних вимог. Наведене законодавче формулювання щодо форми позовної вимоги потребувало додаткового пояснення, яким же саме чином має діяти суд, коли він визначає ефективний спосіб захисту «відповідно викладеної в позові вимоги». Насправді в основі цієї дискусії лежить сутність природно-правової концепції новели, яка визначає шлях подальшого розвитку засобів ефективного захисту прав та інтересів у цивільному судочинстві. Цей шлях можна спрямувати у напрямі «повної» чи «безмежної» судової дискреції під час визначення ефективного способу захисту з наданням переваги модним «європейським» трендам ефективного захисту приватного права людини, або надати новелі та ролі суду у його «судовій дискреції» під час її застосування форми збалансованого процесуального інструменту, що буде одночасно дієвим та таким, що відповідає усім вимогам принципів цивільного судочинства.

На думку М.В. Уса, для досягнення мети цивільного судочинства, яка в ч. 1 ст. 2 ЦПК визначена як ефективний захист прав (інтересів), судам слід займати активну позицію у коригуванні вимоги позивача, а саме зазна-

чати в рішенні ефективний спосіб захисту, змінюючи за необхідності вибрану позивачем вимогу (наприклад, «визнання торгів незаконними» замінити на «визнання торгів недійсними»), проте на це має бути згода позивача з огляду на принципи диспозитивності, хоча чіткої вимоги щодо отримання такої згоди процесуальний кодекс не містить. Також відсутня судова практика, яка б давала відповідь на питання про те, на якій стадії судового розгляду і в якій формі має отримуватися відповідна згода. Водночас таке втручання суду не має йти в розріз із засадами диспозитивності, змагальності цивілістичного процесу: усуваючи помилки, неточності чи прогалини, допущені позивачем під час формулювання способу захисту, суд ризикує поставити позивача в переважне становище, що є неприпустимим [3].

Розвиваючі підняті вище питання, вважаємо, що допустимою поведінкою суду щодо усунення неточностей чи прогалин, допущених позивачем під час формулювання ефективного способу захисту, будуть виконання повноважень суду щодо роз'яснення учасникам судового процесу їхніх процесуальних прав та обов'язків, наслідків вчинення або невчинення процесуальних дій та сприяння учасникам судового процесу в реалізації ними прав (ч. 5 ст. 12 ЦПК України). Ці дії будуть прийнятними, коли суд буде діяти, зберігаючи об'єктивність і неупередженість. Зазначені процесуальні дії слід провести у підготовчому провадженні під час стадії остаточного визначення предмета спору та характеру спірних правовідносин, позовних вимог (п. 1 ч. 1 ст. 189 ЦПК України).

Однак сьогодні здебільшого переважає така теза. Поглиблений аналіз новели, на нашу думку, свідчить про те, що вимога про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу (який не суперечить закону) має бути викладена у позовній заяві, а саме бути конкретно сформульована як матеріально-правовий захід примусового характеру й не бути абстрактною.

Беззаперечним аргументом на користь такого підходу є законодавче закріплення вимог щодо позовної заяви, а саме у змісті позовних вимог. Пунктом 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України передбачено, що позовна заява повинна містити зміст позовних вимог, а саме спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні [2].

У цьому разі суд буде діяти на засадах принципу диспозитивності, тобто розглядати справу не інакше як за зверненням особи, поданим відповідно до цього Кодексу, в межах заявлених нею вимог і на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у передбачених цим Кодексом випадках (ч. 1 ст. 13 ЦПК України). Крім того, суд буде обмежений правилом діяти в межах позовних вимог (ч. 2 ст. 264 ЦПК України) [2].

Показовою щодо відсутності викладеної у позові вимоги про застосування ефективного способу захисту порушеного приватного права, який би міг реально поновити трудові права позивача, можна назвати цивільну справу № 759/19440/15-ц, яка розглядалась судами на підставі процесуального законодавства ще до початку дії новели, а саме до 15 грудня 2017 року. У цій справі позивачка не досягла бажаного результату й судового захисту своїх прав, хоча мала б таку можливість в рамках розгляду одного судового провадження за умови дії новели на час звернення до суду, тобто, не захистивши право на працю, позивачка втратила час, ресурси, понесла втрати майнового та немайнового характеру. Водночас суд у цій справі не виконав свого основного завдання здійснити справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ.

Так, у грудні 2015 року позивачка звернулася до суду з позовом про поновлення на роботі, мотивуючи тим, що відповідач не видав наказ про надання їй відпустки по вагітності та пологах, не здійснив виплат на підставі листка непрацездатності, а 31 серпня 2015 року звільнив її із займаної посади на підставі п. 2 ч. 1 ст. 36 КЗпП України у зв'язку із закінченням строку дії контракту. Велика Палата Верховного Суду у Постанові від 16 травня 2018 року зробила правовий висновок, що звільнення жінок, зазначених у ч. 3 ст. 184 КЗпП України, у зв'язку із закінченням строку трудового договору має свої особливості, а саме звільнення, зокрема, вагітних жінок можливе на підставі п. 2 ст. 36 КЗпП України, однак провадиться з обов'язковим працевлаштуванням вагітної, тобто власник зобов'язаний працевлаштувати жінку на цьому ж або іншому підприємстві відповідно до її фаху. Розрив у часі між звільненням і працевлаштуванням у цьому випадку не допускається [4].

Невиконання підприємством, яке звільнило вагітну жінку, обов'язку щодо працевлаштування є підставою для покладення на нього, відповідно до ч. 2 ст. 232 КЗпП України, обов'язку надати на цьому або іншому підприємстві роботу, яку може виконувати працівниця, виплати їй середньої заробітної плати на період працевлаштування, але не більше трьох

місяців з дня закінчення строкового трудового договору, а не про поновлення на попередній роботі. Водночас позовних вимог про виконання відповідачем зобов'язання щодо працевлаштування позивачка не заявляла, однак не позбавлена такої можливості [4].

У цій справі Велика Палата Верховного Суду фактично відмовила у судовому захисті приватного права через невідповідність закону заявленої позивачкою вимоги, однак у власних висновках визначила право позивачки сформулювати в новій позовній заяві спосіб захисту, який міг би бути захищений судом у конкретних спірних правовідносинах. Вимога про виконання роботодавцем зобов'язання щодо працевлаштування не є класичною позовною вимогою про захист права в розумінні КЗпП України, однак може бути визначена позивачем як вимога про застосування судом ефективного способу захисту порушеного приватного права, оскільки не суперечить закону (ч. 2 ст. 232 КЗпП України).

Важливою ремаркою тут буде твердження про те, що позивач не вправі залишати пред'явлену до суду вимогу «відкритою», тобто просити суд визначити ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону, не зазначивши такої у змісті своїх позовних вимог, як конкретно сформульованої відповідно до змісту порушеного права, що забезпечує його реальне поновлення. Інакше, на нашу думку, суддям слід залишати такі позовні заяви без руху з підстав, передбачених ч. 1 ст. 185 ЦПК України. Так, Верховний Суд у Постанові від 22 листопада 2019 року погодився із судами, установивши, що позивач не усунув недоліки позовної заяви, зазначені в ухвалі районного суду від 18 січня 2018 року, а саме не уточнив прохальну частину позовної заяви відповідно до вимог п. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України, не визначив зміст позовних вимог щодо кожного зі співвідповідачів та не конкретизував, яким саме способом просить захистити його права; суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, дійшов правильного висновку про визнання уточненої позовної заяви від 17 січня 2018 року неподаною та повернення її заявнику [5].

У справі № 757/77004/17-ц позивачка, використовуючи новелу, разом з основною вимогою залишила пред'явлену до суду вимогу «відкритою», сформулювавши її загально, передавши ініціативу суду. Так, посилаючись на порушення відповідачем законодавства України у сфері житлово-комунальних послуг та захисту прав споживачів, позивачка просила суд визнати укладеним договір про надання послуг з централізованого постачання холодної води та водовідведення між сторонами у справі у редакції, викладеній позивачкою, або захистити права, свободи та інтереси позивачки із застосуванням іншого способу захисту, який не суперечить закону, є ефективним і який суд вважає за доцільне та/або можливе застосувати. За наслідками розгляду справи суди відмовили у задоволенні вимог за їх безпідставністю [6].

Іншим прикладом некоректного формулювання вимог є справа № 369/9266/18. Колегія суддів Київського апеляційного суду погодилась із тим, що нарахування відповідачем заборгованості є перешкодою для оформлення субсидії, проте для вирішення позовних вимог у спосіб, вибраний позивачем, останній мав надати докази на спростування такої заборгованості, але таких доказів подано не було. Оскільки у позовній заяві позивач не зазначив ні період, за який він вважає неправильно нарахованим борг, ні суму самого боргу, ні кількість спожитої електроенергії, ні суму, яку він просить стягнути з відповідача як надмірно сплачену, вибір судом іншого способу захисту у порядку ч. 2 ст. 5 ЦПК України є неможливим [7].

Отже, за системним аналізом ч. 2 ст. 5, ч. 1 ст. 13, п. 4 ч. 3 ст. 175, ч. 2 ст. 264 ЦПК України можна дійти висновку, що вимога про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону, має бути викладена у позовній заяві, а саме має бути відображена (конкретно сформульована) у змісті позовних вимог, саме це є первинною підставою для застосування судом новели. Інакше суд позбавляється процесуальної можливості застосувати новелу цивільного процесуального права та визначити ефективний спосіб захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону.

2) Предмет та підстави позову визначаються тільки позивачем, тоді як суд позбавлений права на відповідну процесуальну ініціативу.

Однією з умов правильного, на наш погляд, застосування судом новели є неухильне дотримання одного з основних принципів цивільного судочинства, а саме принципу диспозитивності, під час визначення підстав та предмета позову, оскільки останні процесуальні категорії є тісно пов'язаними з ефективним способом захисту.

Диспозитивність, як вважає В.Л. Яроцький, перш за все полягає у визначеній

нормами цивільного права можливості управомочених осіб діяти ініціативно, вибираючи можливі варіанти їх правомірної поведінки, тобто самостійно визначати форми реалізації комплексу наданих їм правових можливостей. Інші автори також зазначають, що характерними рисами диспозитивного уповноважувального елемента цивільно-правового методу є, окрім іншого, можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства й нормам моралі. Учасники цивільних правовідносин самостійно вибирають форми, способи, час і межі своєї юридичної та фактичної поведінки, не порушуючи прав інших, сторонніх осіб. У цьому знаходить свій вияв загальна ідея, згідно з якою в галузі приватного права особа здійснює свої суб'єктивні права вільно, на власний розсуд [8, с. 30–31].

Досліджуючи вільність розсуду, Т.М. Підлубна зазначала, що, згідно зі ст. 20 ЦК, право на захист особа здійснює на власний розсуд. Через цю норму закону реалізується один з основних принципів цивільного права, а саме принцип свободи вибору поведінки особи під час реалізації свого права на захист. Особа вільна у виборі механізму здійснення свого права на захист, а також у змозі відмовитися від реалізації цього права. Це свідчить про те, що особа вільна у застосуванні будь-яких способів захисту, які передбачені чинним законодавством. Однак перш ніж застосувати той чи інший спосіб захисту, особа, права якої порушено, невизнано чи оспорено, постає перед проблемою вибору того чи іншого способу захисту, який оптимально забезпечить відновлення її порушеного права [9, с. 41–42].

У контексті визначення процесуальних ініціатив Верховний Суд у Постанові від 19 червня 2019 року зазначив таке. Учасник справи розпоряджається своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд. Таке право мають також особи, в інтересах яких заявлено вимоги, за винятком тих осіб, які не мають процесуальної дієздатності. Під предметом позову розуміється певна матеріально-правова вимога позивача до відповідача, стосовно якої позивач просить прийняти судове рішення. Підставу позову становлять обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги щодо захисту права та охоронюваного законом інтересу. Відтак зміна предмета позову означає зміну вимоги, з якою позивач звернувся до відповідача, а зміна підстав позову – це зміна обставин, на яких ґрунтується вимога позивача. Попри обов'язок суду вирішити наявний між сторонами спір задля ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів відповідних осіб, предмет та підстави позову визначаються та можуть в установленому порядку змінюватися тільки позивачем, тоді як суд позбавлений права на відповідну процесуальну ініціативу [10].

Верховний Суд у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у Постанові від 5 грудня 2019 року зазначив, що принцип диспозитивності у цивільному судочинстві реалізується шляхом вільного розпорядження такими процесуальними правами, які, зокрема, впливають на виникнення, рух, розвиток і закінчення судового розгляду (право на звернення з позовом, право на зміну предмета або підстав позову), випливають з участі у розгляді справи, забезпечують сторонам належний судовий захист [11].

Наведений висновок підтверджується також чинними положеннями ч. 3 ст. 49 ЦПК України про те, що позивач має право змінити предмет або підстави позову шляхом подання письмової заяви до закінчення підготовчого засідання.

Принцип диспозитивності, реалізований під час здійснення суб'єктивних прав, рівною мірою може бути застосований також до вибору способу захисту, а це означає можливість вибору заінтересованою особою способу захисту на її власний розсуд. Подібні твердження можуть викликати ілюзію можливості використання для захисту порушеного права будь-якого з наявних способів захисту, що насправді не відповідає дійсності [9, с. 41–42].

Велика Палата Верховного Суду у Постанові від 17 квітня 2018 року висловила правові висновки, у яких чітко розмежовує правомочності носіїв суб'єктивних прав та суду. Визначення відповідачів, предмета та підстав спору є правом позивача. Натомість установлення належності відповідачів і обґрунтованості позову є обов'язком суду, який виконується під час розгляду справи [12].

Отже, визначення предмета та підстави позову є виключним вольовим правом позивача – носія порушеного, невизнаного, оспореного суб'єктивного права; суд позбавлений права на відповідну процесуальну ініціативу, зокрема, в разі визначення ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу.

3) Необхідність належного правового обґрунтування вимог відповідними нормами матеріального права та самостійне застосування таких норм судом за принципом *jura novit curia*.

У науці та судовій практиці вже давно точиться дискусія щодо того, чи

є обов'язковою умовою під час захисту прав та інтересів правильне обґрунтування нормами матеріального права визначеного в позові предмета та відповідного ефективного способу захисту права, а також чи не буде підставою для відмови у задоволенні позову виключно помилкове зазначення позивачем норми матеріального права за умови правильно визначеного й ефективного способу захисту права чи інтересу.

Оскільки поставлені вище питання є надто важливими в контексті визначення умов застосування процесуальної новели, варто проілюструвати таку судову справу. На думку Верховного Суду у складі палати для розгляду справ щодо земельних відносин та права власності Касаційного господарського суду, процесуально-правовий аспект захисту права включає не лише правильність вибору передбаченого законом або договором способу захисту, але й необхідність належного правового обґрунтування вимог відповідними нормами права [13].

Так, Верховний Суд в ухвалі від 23 вересня 2019 року, обґрунтовуючи передачу справи до Великої Палати Верховного Суду, зазначив, що визначення способу захисту, а саме визначення позовних вимог, обґрунтування позову певними правовими нормами, як і посилання на фактичні обставини справи та визначення предмета спору, процесуальним законом покладено саме на позивача, у зв'язку з чим у відповідача у справі виникають певні правомірні очікування, оскільки реалізація його прав на захист проти позову перебуває у прямому причинно-наслідковому зв'язку з правовими вимогами та підставами, викладеними саме позивачем. Виходячи з аксіоми цивільного судочинства *jura novit curia* («суд знає закон»), під час розгляду справи суд дійсно повинен надати правильну правову кваліфікацію відносинам сторін, яка, проте, не може бути застосована судом для вирішення спору по суті за відсутності відповідних позовних вимог позивача у справі, оскільки інший підхід суду порушив би принцип диспозитивності судового процесу та правомірні очікування як позивача (який звертається саме з певним чином обґрунтованою в правовому аспекті вимогою), так і відповідача (який, виступаючи проти позову, наводить доводи саме щодо тих підстав та обґрунтувань, які наводяться позивачем у справі) [13].

Велика Палата Верховного Суду у Постанові від 4 грудня 2019 року із зазначеними вище висновками не погодилась та сформулювала у наведеній справі такі правові висновки. До моменту оформлення власником об'єкта нерухомого майна права оренди земельної ділянки, на якій розташований цей об'єкт, відносини з фактичного користування земельною ділянкою без укладеного договору оренди та недоотримання її власником доходів у вигляді орендної плати є за своїм змістом кондикційними. Спірні правовідносини судами кваліфіковані помилково як такі, що виникли із завданням збитків у зв'язку з використанням земельної ділянки без правовстановлюючих документів. Підстави позову – це зазначена в позовній заяві нормативно-правова кваліфікація обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги. При цьому незгода суду з наведеним у позовній заяві правовим обґрунтуванням щодо спірних правовідносин не є підставою для відмови у позові, як помилково вважали суди попередніх інстанцій у цій справі. Оскільки повноваження органів влади, зокрема щодо здійснення захисту законних інтересів держави, є законодавчо визначеними, суд, згідно з принципом *jura novit curia* («суд знає закони»), під час розгляду справи має самостійно перевірити доводи сторін щодо безоплатного користування земельною ділянкою та відшкодування коштів, пов'язаних з її використанням, без належного оформлення правовстановлюючих документів на неї. Суди, з'ясувавши під час розгляду справи, що сторона або інший учасник судового процесу на обґрунтування своїх вимог або заперечень послався не на ті норми права, що фактично регулюють спірні правовідносини, самостійно здійснює правильну правову кваліфікацію останніх та застосовує для прийняття рішення ті норми матеріального й процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини. Зазначення позивачем конкретної правової норми на обґрунтування позову не є визначальним під час вирішення судом питання про те, яким законом слід керуватися під час вирішення спору. Велика Палата Верховного Суду зазначає, що саме на суд покладено обов'язок надати правову кваліфікацію відносинам сторін з огляду на факти, встановлені під час розгляду справи, та визначити, яка правова норма підлягає застосуванню для вирішення спору. Самостійне застосування судом для прийняття рішення саме тих норм матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, не приводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту [14].

Зазначений правовий висновок Великої Палати Верховного Суду заслуговує на підтримку в контексті основного завдання цивільного судочинства, яке полягає у здійсненні ефективного захисту прав під час вирішення справ, однак слід зазначити, що

під час його впровадження на практиці може ще більше поглибитися проблема низького рівня правової свідомості під час підготовки та обґрунтування позовних заяв. Слід зазначити, що у наведеній вище справі № 917/1739/17 предметом судового розгляду була конкуренція лише двох способів захисту, а саме відшкодування збитків (ст. ст. 22, 1166 ЦК) та стягнення коштів, збережених без достатньої правової підстави (ст. 1214 ЦК) [14]. Інакше, коли у позовах наводиться палітра способів захисту, що є взаємовиключними та без належного правового обґрунтування їх відповідними нормами матеріального права, суд має вирішити спір, застосувавши ті норми, що відповідають спірним правовідносинам. Надмірна хаотичність правового обґрунтування позовних вимог, з одного боку, ускладнює сторонам їх завдання, що покладаються на них за принципом змагальності, а саме доведення кожної підстави та обґрунтування своїх вимог або заперечень, з іншого боку, ускладнює завдання суду, завантаживши його додатковими функціями з перевірки на відповідність закону кожної вимоги та її правового обґрунтування. Зрештою, на нашу думку, за умови встановлення наведеної вище надмірної хаотичності правового обґрунтування позовних вимог у конкретній судовій справі Велика Палата Верховного Суду зможе відступити від наведеного вище висновку задля підвищення правової дисципліни захисту прав під час звернення до суду та пристане на позицію Касаційного господарського суду щодо необхідності належного правового обґрунтування вимог відповідними нормами права.

Отже, суд за принципом *jura novit curia* («суд знає закони») самостійно здійснює правову кваліфікацію спірних правовідносин та застосовує для прийняття рішення саме ті норми матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, що не приводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту. При цьому вимоги про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону, насамперед будуть оцінюватися судом щодо відповідності його предмету й підставам позову. У подальшому такі вимоги будуть самостійно перевірені судом на відповідність правовідносинам, що виникають між сторонами у конкретних справах, та праву, що його регулює, а належне правове обґрунтування позовних вимог відповідними нормами матеріального права не буде визначальним під час ухвалення рішення. Іншими словами, якщо позивач неправильно в контексті матеріального права обґрунтує свої позовні вимоги, однак визначений ним предмет позову та вибраний спосіб захисту будуть близькими та однорідними за наслідками їх виконання (наприклад, стягнення грошових коштів, повернення майна) під час застосування різних норм матеріального права, це не приведе до відмови у задоволенні позову.

Висновки

Вимога про застосування судом ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який не суперечить закону, має бути викладена в позовній заяві, а саме має бути відображена (конкретно сформульована) у змісті позовних вимог, і саме це є первинною підставою для застосування судом новели.

Визначення предмета та підстави позову є виключним вольовим правом позивача – носія порушеного, невизнаного, оспореного суб'єктивного права, суд позбавлений права на відповідну процесуальну ініціативу, зокрема щодо визначення ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного приватного права та інтересу, який суперечить закону.

Суд за принципом *jura novit curia* («суд знає закони») самостійно здійснює правову кваліфікацію спірних правовідносин та застосовує для прийняття рішення саме ті норми матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, що не приводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту. Помилкове посилання на норму матеріального права для обґрунтування предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту не буде визначальним під час вирішення спору судом.

З огляду на викладене можна дійти висновків, що наведені підстави формування вимоги ефективного захисту приватного права та інтересу є обов'язковими, складають основоположні засади застосування новели, тому мають враховуватися сторонами цивільного процесу та судом під час складання процесуальних документів у цивільному процесі.

Список використаних джерел:

1. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. Москва : Норма, 1999. 376 с.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовтня

2017 року №2147-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19 (дата звернення: 26.02.2020).

3. Печений О.П., Спасибо-Фатєєва І.В. та ін. Захист права власності. Правові позиції Верховного Суду: коментарі науковців. Харків : ЕКУС, 2020. 496 с.

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 року у справі № 759/19440/15-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74120972 (дата звернення: 26.02.2020).

5. Постанова Верховного Суду від 22 листопада 2019 року у справі № 639/4913/15-ц- URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86000368 (дата звернення: 26.02.2020).

6. Постанова Київського апеляційного суду від 22 квітня 2019 року у справі № 757/77004/17-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81392688 (дата звернення: 26.02.2020).

7. Постанова Київського апеляційного суду від 21 травня 2019 року у справі № 369/9266/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81907135 (дата звернення: 26.02.2020).

8. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. 494 с.

9. Підлубна Т.М. Критерії вибору способу захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2008. Вип. 435 : Правознавство. С. 40–42.

10. Постанова Верховного Суду від 19 червня 2019 року у справі № 910/19581/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82599569 (дата звернення: 26.02.2020).

11. Постанова Верховного Суду від 5 грудня 2019 року у справі № 705/3869/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86241370 (дата звернення: 26.02.2020).

12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 17 квітня 2018 року у справі № 523/9076/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73469613 (дата звернення: 26.02.2020).

13. Постанова Верховного Суду у складі палати для розгляду справ щодо земельних відносин та права власності Касаційного господарського суду від 23 вересня 2019 року у справі № 917/1739/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84454017 (дата звернення: 26.02.2020).

14. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 грудня 2019 року у справі № 917/1739/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86310237 (дата звернення: 26.02.2020).

The article is devoted to the research and analysis of the requirement of effective protection of private law and interest in procedural documents from the standpoint of the parties to civil proceedings as a novelty of civil procedural legislation. It has been proved that in order to prevent unequal interpretation of the law, to predict possible errors in the application by the parties of the civil process and the courts, there is a scientific and practical need to develop common approaches to the formation of the requirement of effective protection of law in procedural documents. The rights and obligations of the parties to the civil proceedings are justified by the separate grounds for forming the requirement of effective protection of the law in the procedural documents as obligatory for the correct determination by the court of an effective method of protection which is not contrary to the law, the bases are formed on the basis of existing scientific relatives on the subject of regulation of legal categories concerning the researched novel, and also on the basis of the analysis of practice of national courts. It is proved that the requirement for the court to apply an effective way of protecting the violated, unrecognized or disputed private law and interest, which is not contrary to the law, should be stated in the statement of claim, and it should be reflected in the content of the claims. It is substantiated that the determination of the subject matter and the basis of the claim is the exclusive will of the plaintiff, the court is deprived of the right to appropriate procedural initiative.

Key words: requirement of effective protection of the infringed, unrecognized or contested right, determination by the court of an effective method of protection, method of protection which is not contrary to the law, effective remedy, procedural initiative.

УДК 347.447.8
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.07

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

РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ЯК СПОСІБ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ В КРИЗОВИХ УМОВАХ

У статті йдеться про розірвання договору як спосіб захисту цивільних прав та інтересів, необхідність застосування якого може бути пов'язана з виникненням певної надзвичайної обставини, кризової ситуації – збройного конфлікту або епідемії зокрема.

Окремі з таких обставин мають не тільки надзвичайний, а й об'єктивно невідворотний характер, тоді їх іменують непереборною силою, наявність якої зумовлює звільнення учасника цивільних відносин від цивільно-правової відповідальності. Водночас такі саме обставини здатні поставати як підстави для зміни чи припинення зобов'язання через об'єктивну (постійну або тимчасову) неможливість його виконання. А подекуди ті самі чинники, хоча й істотно ускладнюють, однак не унеможливлюють виконання зобов'язання загалом, тобто мають для заінтересованої сторони щонайбільше характер випадку, створюючи лише суб'єктивну неможливість виконання зобов'язання.

У контексті зміни або розірвання договору надзвичайні обставини на кшталт збройного конфлікту або пандемії постають як підстава для зміни або припинення правовідносин через неможливість або надзвичайну ускладненість реалізації їх змісту, проте лише за умов позитивного встановлення в судовому порядку факту додержання стандартів добросовісності й розумності у поведінці заінтересованої особи, а також врахування справедливого розподілу ризиків виникнення відповідних надзвичайних обставин.

У темпоральному вимірі й залежно від фактичних підстав для розірвання договору на відносини із застосуванням цього способу захисту цивільних прав та інтересів можуть поширюватися загальний або спеціальний строки позовної давності. Охоплене відповідним строком право на розірвання договору може поставати або як один з низки доступних способів цивільно-правового захисту, або як винятково допустимий спосіб захисту, або як неналежний захисний захід (чи спосіб захисту, на який не поширюється той чи інший строк позовної давності, передбачений для решти способів захисту, що можуть бути застосовані у разі аналогічних порушень тих самих договірних відносин).

Ключові слова: надзвичайні обставини, зміна або розірвання договору, цивільно-правова відповідальність, істотна зміна обставин, принципи справедливості, розумності й добросовісності.

Постановка проблеми. Нерозривний взаємозв'язок регулятивної та охоронної функцій цивільного права зумовлює необхідність комплексного підходу до правового регулювання взаємопов'язаних регулятивних і охоронних відносин. Природна конвергенція окремих елементів відповідних правових механізмів чи не найяскравіше демонструє себе у разі застосування таких однотипних за юридичним значенням способів захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, як припинення або зміна правовідносин, розірвання або зміна договору.

Значення згаданих правових засобів багатократно зростає в умовах різного роду кризових явищ суспільно-політичного, соціально-економічного чи техногенного походження. Адже такого роду обставини спричиняють виникнення ситуацій, надзвичайний характер яких через дії вимог справедливості, розумності й добросовісності зумовлює належність законодавчого закріплення тих або інших правових наслідків настання зазначених обставин, насамперед у вигляді припинення або зміни цивільних правовідносин.

Аналіз останніх досліджень. Проблематика захисту цивільних прав та інтересів повсякчас перебуває у фокусі уваги вчених-юристів [1]. Так само у науковій літературі представлено чимало публікацій, присвячених застосуванню таких похідних від припинення правовідносин способів захисту, якими є відмова від договору та його розірвання [2]. Втім, як правило, об'єктом наявних досліджень у цій сфері є відносини із застосування відповідних захисних заходів поза контекстом надзвичайних обставин певної

© В. Примак, 2020

етіології. Тому нагальним завданням науки цивільного права є розкриття об'єктивних закономірностей побудови і функціонування вищезгаданих організаційно-правових механізмів у кризових умовах. Причому важливими аспектами такого дослідження слід вважати встановлення напрямів регулятивного впливу принципів цивільного права, а також характеру взаємозв'язків між строками здійснення прав і виконання обов'язків, строками захисту цивільних прав та інтересів, а також підставами і способами захисту цивільних прав та інтересів.

Метою представленої статті є визначення ключових особливостей правового регулювання охоронних цивільних відносин, пов'язаних із застосуванням такого способу захисту, як розірвання договору, в умовах кризових явищ суспільного життя на кшталт пандемій, воєнних дій та інших чинників, що мають ознаки надзвичайності й здатні справляти істотний вплив на баланс інтересів сторін договірного зобов'язання.

Виклад основного матеріалу. У положеннях загальної частини зобов'язального права щодо відмови від договору або його розірвання конкретизовано норми пунктів 6 і 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України про зміну та припинення правовідносин як способи захисту цивільних прав. Необхідність у зазначених захисних заходах може бути зумовлена не тільки порушенням, оспорюванням чи невизнанням суб'єктивного цивільного права уповноваженої особи, а й необхідністю захисту її законного інтересу. Останній, своєю чергою, може бути пов'язаний з виникненням певної надзвичайної обставини, кризової ситуації, скажімо, збройного конфлікту або епідемії.

Окремі з таких обставин мають не тільки надзвичайний, а й об'єктивно невідворотний характер, тоді їх іменують непереборною силою, наявність якої зумовлює звільнення учасника цивільних відносин від цивільно-правової відповідальності. Водночас такі само обставини здатні поставати як підстави для зміни чи припинення зобов'язання через об'єктивну (постійну або тимчасову) неможливість його виконання. А подекуди ті самі чинники хоча й істотно ускладнюють, однак не унеможливлюють виконання зобов'язання загалом, тобто мають для заінтересованої сторони щонайбільше характер випадку, створюючи лише суб'єктивну неможливість виконання зобов'язання.

Наприклад, у нормах ст. 2 Закону України від 02.09.2014 № 1669-VII «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» [3] законодавець мав на увазі саме надзвичайну обставину, спроможну створювати істотні ускладнення для виконання кредитних (позикових) зобов'язань. Йдеться про заборону на час проведення антитерористичної операції нараховувати неустойку на основну суму заборгованості із зобов'язань за кредитними договорами та договорами позики з 14.04.2014 громадянам України, які були зареєстровані та постійно проживали або переселилися у період з 14.04.2014 з населених пунктів, визначених у затвердженому Кабінетом Міністрів України переліку, де проводилася антитерористична операція, а також юридичним особам та фізичним особам- підприємцям, що провадили свою господарську діяльність на території населених пунктів, визначених у затвердженому Кабінетом Міністрів України переліку, де проводилася антитерористична операція. Своєю чергою банки та інші фінансові установи, а також кредитори зобов'язані були скасувати зазначеним особам пеню та штрафи, нараховані на основну суму заборгованості із зобов'язань за кредитними договорами і договорами позики у період проведення антитерористичної операції.

Таким чином, законодавцем було сконструйовано різновид прямо поіменованого у ст. 16 ЦК України способу захисту (зміни правовідносин), регулятивний вплив якого було орієнтовано на кризові умови, зумовлені заздалегідь визначеним колом надзвичайних обставин.

Нині значимість розірвання договору як способу цивільно-правового захисту особливо наочно підкреслюють положення Закону України від 30.03.2020 № 540-IX «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)» [4]. Згідно з названим Законом «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України було доповнено положеннями такого змісту.

По-перше, під час дії карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19), строки, визначені статтями 257, 258, 362, 559, 681, 728, 786, 1293 ЦК України, продовжуються на строк дії такого карантину.

Примітно, що майже всі згадані у зазначених статтях ЦК України строки можуть бути охарактеризовані як строки захисту суб'єктивних цивільних прав (передусім йдеться про строки позовної давності), а тому мають розглядатися у загальному контексті функціонування механізму цивільно-

правового захисту. При цьому серед усього розмаїття способів захисту цивільних прав та інтересів, цивільно-правових санкцій зокрема, природно виокремлюються дві групи. Адже частина зазначених правових засобів має виразно майновий характер, тоді як інші мають організаційно-правовий зміст. До перших належать різноманітні форми цивільно-правової відповідальності, реституційні заходи та примусове виконання обов'язку в натурі, а до других – визнання права, встановлення правовідносин, заходи оперативного впливу включно з відмовою від договору, а також розірвання договору або зміна його умов, що здійснюються в юрисдикційному порядку (навіть якщо виникнення права на відмову від договору не зумовлено порушенням зобов'язання іншою його стороною).

Зазвичай певні строки позовної давності, якщо інше не випливає зі змісту конкретних норм та не суперечить суті відносин сторін, поширюються рівною мірою на випадки застосування обох видів окреслених заходів – і на майнові (приміром, відшкодування збитків), і на організаційні (зміна або розірвання договору). Яскравим прикладом цього є приписи ст. 681 ЦК України, згідно з якими до вимог у зв'язку з недоліками проданого товару незалежно від обраного позивачем способу захисту (загального або спеціального, встановленого нормами інституту купівлі-продажу) застосовується позовна давність в один рік.

Натомість той самий скорочений строк позовної давності у відносинах дарування природно охоплює винятково можливість реалізації права дарувальника на розірвання договору (ст. 728 ЦК України), а у відносинах найму стосується лише права на відшкодування збитків за наявності чітко визначених підстав (ст. 786 ЦК України), при тому, що низка норм інституту найму передбачає спеціальні підстави також і для розірвання договору цього виду.

Водночас певні застереження варто висловити щодо положень статей 362 і 559 ЦК України, оскільки в них закріплено поряд зі строками захисту (позовної давності – ст. 362 ЦК України) та припинення правовідносин (ст. 559 ЦК України) також і преклюзивні строки, пов'язані з існуванням та здійсненням переважного права співвласника у праві спільної часткової власності, а також права вимоги кредитора у відносинах поруки. Проте подекуди зазначені строки як суто регулятивного, так і виразно захисного спрямування є абсолютно нерозривними. Тож не дивно, що у судовій практиці склалося позитивне ставлення до можливості застосування такого способу цивільно-правового захисту, як визнання поруки припиненою (див., наприклад, постанову Великої палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі № 310/11534/13-ц [5]).

По-друге, в період здійснення в Україні заходів щодо запобігання виникненню, поширенню і розповсюдженню епідемій, пандемії коронавірусної хвороби (COVID-19) забороняється підвищення процентної ставки за кредитним договором.

У такий спосіб законодавець обмежив свободу договору в частині реалізації прав кредитодавця за кредитним договором зі змінюваною процентною ставкою. Крізь призму ст. 16 ЦК України це знову таки рівнозначно імперативній зміні правовідносин, оскільки впливає на їх зміст у частині заздалегідь визначеного обсягу прав однієї зі сторін. Своєю чергою одним з утілень цього способу захисту є зміна договору, внаслідок якої змінюється зміст договірного зобов'язання.

По-третє, з моменту встановлення карантину, введеного Постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» [6] (з наступними змінами і доповненнями), і до його завершення в установленому законом порядку наймач може бути звільнений від плати за користування майном відповідно до ч. 6 ст. 762 ЦК України.

Тут ідеться про норму, згідно з якою наймач звільняється від орендної плати за весь час, протягом якого майно не могло бути використане ним через обставини, за які він не відповідає. На нашу думку, за своїм змістом зазначена норма є нічим іншим, як одним з конкретизованих утілень загальної можливості вимагати зміни або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин, якими сторони керувалися під час його укладання (ст. 652 ЦК України). Разом із тим ч. 6 ст. 762 ЦК України дає підстави говорити про запровадження окресленої зміни правовідносин найму не постійно, а на певний, відносно визначений, строк (проте не зі скасувальною умовою).

Нагадаємо, що у п. 2 ч. 2 ст. 652 ЦК України по суті йдеться про такі передумови зміни або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин: а) розумне передбачення сторін договору, яке спирається на знання істотних для справи обставин і їх найбільш імовірний (за даних та обґрунтовано очікуваних у майбутньому умов) розвиток; б) спроможність суб'єкта, який виявляє належну турботливість та обачливість, визначити та вжити заходи, які може визначити і вжити

задля усунення дії певних негативних чинників звичайна розумна особа; в) здатність сторін договору до обґрунтованого врахування всіх наявних та ймовірних обставин, які можуть чи напевно будуть сприяти або перешкоджати досягненню бажаного результату (належному виконанню договору), тобто здатність до вмотивованого передбачення; г) здатність усвідомлювати й передбачати ризики, притаманні такій сфері діяльності, та зважати у разі визначення своїх інтересів на договірний, звичайний або нормативно-правовий розподіл цих ризиків.

Отже, на перший план у разі зміни або розірвання договору за наведених обставин виходить оцінка суб'єктивної сторони поведінки заінтересованої особи щодо розумно очікуваних від неї, належних у такій життєвій ситуації рівнів передбачення ймовірності настання певних надзвичайних обставин й ризику несення їх негативних наслідків. Загалом, саме принцип добросовісності разом з міркуваннями розумності й справедливості визначає допустимість обмеження в зазначеній ситуації дії інших засад цивільно-правового регулювання – свободи договору й вільного волевиявлення учасників цивільних відносин, повною мірою реалізованих під час укладення правочину, розірвання якого домагається позивач.

Відповідно, передбачуваність на час укладення договору нововиниклих перешкод для реалізації змісту наявного договірного зобов'язання усуває будь-які сумніви щодо повноцінності зустрічного волевиявлення сторін і необхідності збереження його юридичного значення. З цього погляду у постанові Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду (далі – КГСВС) від 27.02.2018 у справі № 910/5110/17 слушно наголошено, зокрема, на тому, що, укладаючи в умовах проведення антитерористичної операції договір про купівлю різниці перетоків електричної енергії з контрольованої на неконтрольовану частину території України, товариство з обмеженою відповідальністю розуміло і приймало на себе відповідний ризик, що випливав з фактичних обставин, оскільки зазначені у позовній заяві обставини не були непередбачуваними [7].

Разом із тим навряд чи принципам справедливості (у сенсі розподілу наявних ризиків між сторонами договору), розумності (в частині врахування ймовірності виникнення певних негативних чинників) та добросовісності (щодо належності усвідомлення і передбачення впливу об'єктивно наявних або ймовірних небезпек) відповідає підхід, який уможливлює зміну або розірвання договорів через істотну зміну обставин суто економічного характеру, що вплинули на інтереси професійного комерсанта, суб'єкта господарської діяльності.

З цих міркувань важко погодитися з висновками КГСВС, який у своїй постанові від 26.04.2018 у справі № 927/762/17 виходив з того, що позивач у момент укладання договору оренди землі не міг передбачити істотного збільшення витрат на виробництво цукру, зменшення обсягів сировини для виробництва, спричинених цими чинниками збитковості виробництва, консервації технологічного обладнання, наслідком чого стало фактичне невикористання орендованої земельної ділянки у підприємницькій діяльності позивача [8]. На наше переконання, така оцінка навряд чи враховує справедливий розподіл комерційних ризиків за договором, стороною якого є саме суб'єкт підприємницької діяльності.

Показовою для висвітлення взаємозв'язків між надзвичайними обставинами збройної агресії та можливістю застосування правового механізму, закріпленого у ст. 652 ЦК України, є постанова КГСВС від 13.06.2018 у справі № 905/713/16 за первісним позовом про внесення змін до договору оренди та зустрічним позовом про визнання договору оренди припиненим [9].

Попри підсумкову відмову КГСВС у задоволенні позову, первісному позивачеві у цій справі вдалося довести наявність усіх передбачених ст. 652 ЦК України чотирьох умов для зміни або розірвання договору, а також істотну зміну обставин, якими сторони керувалися під час укладення договору.

У зазначеній постанові КГСВС взяв до уваги, що події, які викликали ускладнення у виконанні договору, виникли або стали відомими сторонам (заінтересованій стороні) вже після його укладення. Такого роду подіями у цій справі було визнано проведення антитерористичної операції за місцезнаходженням позивача, зміну звичайного порядку ведення ним господарської діяльності, істотні зміни в організації виробничого процесу, що не охоплюється поняттям звичайних комерційних ризиків, які притаманні підприємницькій діяльності.

На нашу думку, виходячи із такого роду міркувань, можна стверджувати, що про існування зазначеної у п. 1 ч. 2 ст. 652 ЦК України умови не може йтися в разі укладення договору вже після перетворення у загальновідомий факт обставини, яка істотно ускладнює виконання договору порівняно зі звичайними умовами здійснення певного роду діяльності. Тому ведення бойових дій або запровадження обмежувальних адміністративних заходів на території здійснення

господарської діяльності одним з контрагентів до моменту укладення договору усуває можливість застосування закріпленого ст. 652 ЦК України способу захисту цивільних прав та інтересів. Аналогічні наслідки матиме доведення контрагентом позивача того, що в останнього була реальна можливість передбачити певний розвиток подій внаслідок розумної оцінки загальновідомої або ексклюзивно доступної для нього інформації.

Під час застосування ст. 652 ЦК України не можна забувати про її зв'язок зі ст. 607 ЦК України – «зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає». Тому, якщо виконання договору є об'єктивно неможливим, а не утрудненим, належним способом захисту буде не зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин, а визнання зобов'язання припиненим через неможливості його виконання. Нарешті, та сама надзвичайна обставина може бути позбавлена істотного негативного впливу на виконання договору, не створюючи й неможливості його виконання, однак, набуваючи водночас і ознаки невідворотності, вона може зумовити порушення договору й звільнення боржника від відповідальності внаслідок її кваліфікації як обставини непереборної сили.

У цьому зв'язку не можна обминути Закон України від 17.03.2020 № 530-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» [10], яким наведений у ст. 14-1 Закону України від 02.12.1997 № 671/97-ВР «Про торгово-промислові палати в Україні» [11] примірний перелік імовірних обставин непереборної сили було доповнено згадкою про карантин, встановлений Кабінетом Міністрів України.

Щодо другої умови зміни або розірвання договору в справі, що розглядається, у постанові КГСВС від 13.06.2018 у справі № 905/713/16 зазначено: «Із суті обставин, які змінилися, суди дійшли висновку, що причини, які зумовили настання їх зміни, не могли бути усунені після їх виникнення, адже перебували поза межами волі сторін та жодним чином не пов'язані з їх діями, отже, за всієї турботливості та обачності, які вимагаються від сторін, вони не могли усунути причини зміни обставин після їх настання, що є свідченням наявності у такому разі і другої умови для внесення змін до Договору, визначеної пунктом 2 частини другої статті 652 ЦК України».

На наше переконання, по суті у п. 2 ч. 2 ст. 652 ЦК України та викладеній позиції касаційного суду наголошується на добросовісності заінтересованої сторони (її «невинуватості») щодо виникнення обставини, яка ускладнює виконання договору. Проте оцінка дій сторони в контексті виникнення певної обставини ніяк не вичерпує всіх аспектів суб'єктивної сторони її поведінки. Тож у конкретних правовідносинах на перший план може виходити встановлення здатності заінтересованої сторони вжити розумних заходів з метою запобігання негативному впливу відповідної події чи дії. Тому положення п. 2 ч. 2 ст. 652 ЦК України потребують системного тлумачення в контексті їх взаємодії з принципами добросовісності (як основоположним – п. 6 ст. 3 ЦК України) й неприпустимості зловживання правом (як похідним від засади добросовісності – ч. 3 ст. 13 ЦК України).

Врешті КГСВС погодився з тим, що «виконання Договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала під час укладення Договору, адже, укладаючи Договір, сторони не передбачали і не могли передбачити проведення бойових дій на території м. Донецька, внаслідок яких Товариство фактично позбавлене права на ведення господарської діяльності». І такий висновок суду щодо належності врахування непередбачуваності негативного впливу обставин, які далеко виходять за межі звичайного підприємницького ризику, заслуговує на підтримку.

Висновки

На підставі вищевикладеного можна дійти таких висновків.

1. У контексті зміни або розірвання договору надзвичайні обставини на кшталт збройного конфлікту або пандемії, що створюють кризові умови для виконання договірного зобов'язання, постають як підстава для зміни або припинення правовідносин через неможливість або надзвичайну ускладненість реалізації їх змісту, проте лише за умов позитивного встановлення в судовому порядку факту додержання стандартів добросовісності й розумності у поведінці заінтересованої особи, а також врахування справедливого розподілу ризиків виникнення відповідних надзвичайних обставин.

2. У темпоральному вимірі й залежно від фактичних підстав для розірвання договору на відносини із застосуванням цього способу захисту цивільних прав та інтересів можуть поширюватися загальний або спеціальний строки позовної давності, а охоплене відповідним строком право на розірвання договору може поставати або як один з низки

доступних способів цивільно-правового захисту, або як винятково допустимий спосіб захисту, або як неналежний захисний захід (чи спосіб захисту, на який не поширюється той чи інший строк позовної давності, передбачений для решти способів захисту, що можуть бути застосовані за аналогічних порушень тих самих договірних відносин).

3. Наявність істотного або навіть вирішального впливу певної кризової ситуації (надзвичайної обставини) на перебіг договірних правовідносин може зумовлювати відмінні правові наслідки залежно від застосованого заінтересованою особою способу захисту: зміну або розірвання договору, визнання договірного зобов'язання припиненим (у тому числі через неможливість його виконання, за яку жодна із сторін не відповідає), звільнення від цивільно-правової відповідальності у зв'язку з дією обставин непереборної сили.

Список використаних джерел:

1. Особливості захисту суб'єктивних цивільних прав : монографія / за ред. О.Д. Крупчана, В.В. Луця. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. 400 с.; Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : монография / под общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2014. 672 с.; Хоменко М. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. *Юридична Україна*. 2016. № 5–6. С. 45–53; Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. 494 с.

2. Калаур І.Р. Відмова від договору найму та його розірвання як способи захисту прав наймача. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2014. Вип. 29 (2.3). С. 37–40; Яворська О.С. Розірвання договору довічного утримання (догляду). *Університетські наукові записки*. 2014. № 2. С. 130–136; Міловська Н. Одностороння відмова від виконання обов'язків за договором страхування як наслідок порушення страхових зобов'язань. *Юридичний вісник*. 2017. № 1. С. 121–126; Боднар Т.В. Одностороння відмова в договірних зобов'язаннях. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1. С. 232–241.

3. Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції : Закон України від 02.09.2014 № 1669-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1669-18.

4. 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. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20.

5. Постанова Великої палати Верховного Суду від 04.07.2018 у справі № 310/11534/13-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75287282.

6. Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF.

7. Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 27.02.2018 у справі № 910/5110/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72531634.

8. Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 26.04.2018 у справі № 927/762/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73702444.

9. Постанова Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду від 13.06.2018 у справі № 905/713/16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/74720849.

9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 17.03.2020 № 530-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20.

10. Про торгово-промислові палати в Україні : Закон України від 02.12.1997 № 671/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/671/97-%D0%B2%D1%80.

The article deals with the termination of the contract as a remedy to protect civil rights and interests, the need for which may be associated with the arising of a certain emergency, a crisis situation – an armed conflict or an epidemic in particular.

Some of these circumstances are not only extraordinary, but also objectively inevitable – then they are called force majeure, the presence of which determines the release of a participant in civil relations from civil liability. At the same time, the same circumstances can appear as grounds for changing or terminating the obligation due to the objective (permanent or temporary) impossibility of its fulfillment. And in some cases, the same factors, although significantly complicating, do not make it impossible to fulfil the obligation in general, because they are for the interested party at most the nature of the casus, creating only a subjective impossibility of fulfilment of the obligation.

In the context of amending or terminating a contract, emergencies such as armed conflict or a pandemic arise as grounds for changing or terminating legal relations due to the impossibility or extreme difficulty of implementing their content – but only if the fact of compliance with the standards of good faith

and reasonableness in the conduct of interest is positive, as well as taking into account the fair distribution of the risks of the occurrence of relevant emergencies.

In the temporal dimension and depending on the factual grounds for termination of the contract, the general or special statute of limitations may apply to relations on the application of this way of protection of civil rights and interests. The right to terminate the contract covered by the relevant term may appear either as one of a number of available means of civil protection, or as an exclusively permissible remedy, or as an improper protective measure (or a remedy not covered by a statute of limitations for other means of protection that can be used for similar violations of the same contractual relationship).

Key words: extraordinary circumstances, change or termination of the contract, civil liability, significant change of circumstances, principles of justice, reasonableness and good faith.

УДК 347.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.08

Володимир Скрипник,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

ТРАНСПОРТНІ ПОСЛУГИ В СИСТЕМІ ОБ'ЄКТІВ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Стаття присвячена з'ясуванню правової природи транспортних послуг, виявленню особливостей їх правового регулювання, суб'єктного складу та визначенню місця транспортних послуг у системі об'єктів цивільних прав.

У статті наведені ознаки транспортних послуг як об'єкта цивільних прав. Визначено особливості змісту транспортної послуги та фактори, які впливають на її якість. Транспортні послуги спрямовані не на створення нового матеріалізованого об'єкта, а на сприяння ефективному володінню, використанню чи розпорядженню власником належного йому і вже наявного об'єкта. Головною характерною ознакою транспортної послуги є її зміст – переміщення у просторі об'єкта матеріального світу (вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу, пасажира). Зміст конкретної транспортної послуги залежить від об'єкта перевезення і виду транспорту, яким надається послуга. Імперативний характер обов'язків сторін, які визначені у відповідних законах чи підзаконних нормативних актах, зумовлює особливий зміст послуги. Транспортні послуги характеризуються не лише змістом послуги, а і суб'єктом виконання, способом та строком виконання. Правовий режим транспортної послуги визначається змістом послуги, порядком і процедурою її надання, особливостями суб'єктного складу виконавців, оскільки транспортні послуги персоніфіковані. Транспортні послуги – це перш за все це активні дії, це об'єктивна правова категорія, яка характеризується низкою ознак. Особливість транспортних послуг полягає у тому, що вони передбачають досягнення певного визначеного результату (перевезення вантажу конкретним транспортом у визначений строк, у певний пункт призначення й інше). Транспортні послуги характеризуються строком виконання, суб'єктом виконання, змістом послуги, способом виконання.

Зроблено висновок, що оскільки у формуванні змісту послуги беруть участь обидва учасники відносних правовідносин, то лише за умови погодження істотних умов її надання вона виступає як об'єкт цивільних правовідносин. Транспортні послуги виступають об'єктом цивільних прав у публічних договорах, оскільки їх носіями є спеціальні суб'єкти, які мають спеціальний дозвіл на їх надання.

Ключові слова: договір перевезення, зміст транспортних послуг, постачання товарів, перевезення вантажів, багаж, відносини найму.

Постановка проблеми. У сучасних умовах транспорт – одна із провідних галузей матеріального виробництва будь-якої країни і від її ефективної діяльності залежить розміщення виробництва, збут, постачання продукції та товарів. Особливість діяльності транспорту полягає у тому, що без належного правового регулювання послуг з перевезення вантажів, багажу, пасажирів не може належно функціонувати жодна із ключових галузей економіки.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Договори, предметом яких виступали послуги, були об'єктом уваги таких вітчизняних науковців, як В.А. Васильєва, А.А. Герц, О.В. Дзера, Ю.О. Заіка, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Р.А. Майданник, Н.В. Міловська, І.С. Лукасевич-Крутник, Н.В. Федорченко й ін. Низка робіт були безпосередньо присвячені окремим видам договору перевезення (А.В. Волкова, Т.В. Гриняк, В.А. Попов, А.В. Яновицька), проте транспортні послуги як об'єкт цивільних прав спеціально не досліджувалися, тому неповною мірою реалізовано науковий підхід до комплексної оцінки послуг як об'єкта цивільних прав та транспортних послуг зокрема.

Метою статті є з'ясування правової природи транспортних послуг, виявлення особливостей їх правового регулювання та визначення місця транспортних послуг у системі об'єктів цивільних прав.

Методологічну основу дослідження становили загальнонауковий діалектичний метод пізнання правової дійсності, а також низка приватно-наукових методів. Логіко-семантичний метод дав змогу оновити й уточнити категорійний апарат, визначити сутність понять «перевезення», «транспортування», «послуги», «транспортні послуги». Метод

© В. Скрипник, 2020

синтезу та аналізу сприяв з'ясуванню характерних ознак транспортних послуг. Герменевтичний метод використано для тлумачення норм актів транспортного та цивільного законодавства. Метод класифікації дав можливість виокремити види перевезень та види транспортних послуг, а також визначити місце транспортних послуг у системі об'єктів цивільних прав, і, зокрема, в системі послуг.

Виклад основного матеріалу. Зміни в економічному обороті, які відбуваються в Україні, зумовлюють і розвиток цивільних правовідносин, у тому числі і тих, які виникають на підставі договорів про надання послуг. А оскільки економіка передбачає не лише виробництво матеріальних благ, а і їх належний розподіл, то послуги транспорту завжди є актуальними. Проте невизначеність поняття «транспортні послуги» зумовлює неоднозначність їх тлумачення в доктрині цивільного права. Наслідком цього є різне застосування на практиці правових норм, які регламентують порядок їх надання та відповідальність за неналежне виконання.

Сфера послуг є однією із найперспективніших галузей економіки, яка розвивається надзвичайно швидкими темпами. Чим більш складним стає виробництво і насичується ринок товарами, тим більше зростає попит на послуги [3, с. 25]. У законодавстві України поняття «послуги» безпосередньо відсутнє, проте у ст. 901 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) наводиться поняття «договір про надання послуг». До договорів про надання юридичних і фактичних послуг належать транспортні договори (перевезення, буксирування, транспортного експедирування, експлуатації під'їзних шляхів та ін.) Об'єктом цієї групи договорів є послуги [11, с. 245].

Головною властивістю послуги є можливість задовольняти певні потреби. За відсутності цієї ознаки діяльність не може розглядатися як послуга. Для послуги характерно, що вона може бути як в уречевленій формі, так і не набувати такої форми. За відсутності уречевленого результату така діяльність є типовою послугою, відповідно, і самостійним об'єктом цивільних правовідносин. Саме особливості об'єкта і об'єднують згадані вище групи договорів в окремий вид цивільно-правових договорів. На відміну від інших об'єктів, які мають матеріальну субстанцію й існують у світі об'єктивно, незалежно від ставлення до них суб'єктів цивільних правовідносин, послуги як об'єкт виникають лише внаслідок цільової діяльності відповідно до укладених між контрагентами договорів.

Порядок і умови надання транспортних послуг регламентують акти транспортного законодавства: Повітряний кодекс України; Кодекс торговельного мореплавства України; Статут автомобільного транспорту України від 27 червня 1969 р.; Статут залізниць України від 6 квітня 1998 р.; Статут внутрішнього водного транспорту Союзу РСР від 15 жовтня 1955 р. На кожному виді транспорту залежно від об'єкта перевезення затверджені спеціальні правила перевезень – вантажів, пасажирів, пошти, багажу. На окремих видах транспорту затверджені спеціальні правила перевезень швидкопсувного вантажу, негабаритного, тварин та ін. [17, с. 36–37].

Різновиди транспортних послуг передбачені як безпосередньо у ЦК України, так і в інших нормативних актах спеціального транспортного законодавства. Так, у Кодексі торговельного мореплавства України передбачений договір морського круїзу (статті 195–202), договір морського буксирування (статті 222–228) [7]. Що ж необхідно розуміти під поняттям «транспортна послуга»? У юридичній літературі висловлюються різні точки зору щодо співвідношення понять «транспортні послуги» та «послуги з перевезення». Це зумовлене неточністю дефініцій, які наведені законодавцем в окремих нормативних актах. Так, у статті 1 Закону України «Про міський електричний транспорт» від 29 червня 2004 р. зазначено, що транспортні послуги – це перевезення пасажирів та їх багажу міським електричним транспортом, а також надання інших послуг, пов'язаних з таким перевезенням [4]. У ст. 6 Закону України «Про транспорт» від 10 листопада 1994 р. законодавець розглядає перевезення пасажирів, багажу і пошти як різновид транспортних послуг, водночас у ст. 1 Закону України «Про ринок природного газу» від 9 квітня 2015 р. транспортування природного газу визначається як господарська діяльність, що пов'язана з переміщенням природного газу газотранспортною системою з метою його доставки до іншої газотранспортної системи, газосховища, установки LNG або доставки безпосередньо споживачам [5]. Суть транспортних послуг визначають майнові відносини [14, с. 12]. Транспортні послуги – це перш за все активні дії, об'єктивна правова категорія, яка характеризується низкою ознак. Особливість транспортних послуг полягає у тому, що вони передбачають досягнення певного визначеного результату (перевезення вантажу конкретним транспортом у визначений строк, у певний пункт призначення та інше). Транспортні послуги характеризуються строком виконання, суб'єктом виконання, змістом послуги, способом виконання.

Головною характерною ознакою транспортної послуги є її зміст – переміщення в просторі об'єкта матеріального світу (вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу, пасажира). Оскільки характеристика транспортних послуг не обмежується лише перевезенням, а, як цілком слушно зазначається, охоплює і поняття транспортування [15, с. 229], то йдеться і про перекачку нафти чи подачу газу по трубо- чи нафтопроводу. Зміст конкретної транспортної послуги залежить від об'єкта перевезення і від виду транспорту, яким надається послуга. Транспортні договори розрізняються як за об'єктами перевезення (вантажу, вантажобагажу, багажу, пошти, пасажирів), так і за видами транспорту їх поділяють на основні та додаткові. Суть перших – надання послуг саме з перевезення. До додаткових договорів традиційно відносять договори на експлуатацію під'їзних шляхів, на подачу та забирання вагонів, на завантаження і розвантаження транспортного засобу, його очистку тощо. Можна посперечатися з твердженням, що основною метою додаткових договорів є «прискорення, продовження та організація перевізного процесу» [12, с. 152]. На нашу думку, головна мета додаткових транспортних договорів – це сприяння у наданні транспортних послуг за основним договором.

Окремі договори щодо надання транспортних послуг можуть мати певну подібність до деяких договорів про передачу майна у тимчасове користування. Критерієм такого розмежування є мета, заради якої контрагент вступає у цивільні правовідносини. Схожим із договором перевезення є і договір чартеру (фрахтування), коли судновласник зобов'язується за обумовлену плату (фрахт) надати судно фрахтувальнику для перевезення пасажирів, вантажів і для інших цілей торговельного мореплавства на певний час. Надане фрахтувальнику судно може бути укомплектоване екіпажом *(тайм-чартер)* або не споряджене і не укомплектоване екіпажом (*барботуй-чартер*) (ст. 203 Кодексу Торговельного мореплавства України) [7]. Ми вважаємо спірним твердження, що договір чартеру (фрахтування) у сфері повітряного, морського, внутрішнього водного транспорту є різновидом договору перевезення [10, с. 95]. Договірні правовідносини, які виникають між судновласником і контрагентом за цим договором, за своєю правовою природою є відносинами найму, оскільки за плату в цільове користування передається річ, у цьому разі повітряне, морське судно чи судно внутрішнього плавання.

Послуга не може зберігатися протягом більш-менш тривалого часу, оскільки споживається у процесі її надання [16, с. 513]. Зазначимо, що про зберігання послуги взагалі не може йтися, оскільки поняття «зберігання» передбачає наявність об'єкта, який перебував у статиці і який не використовуються за призначенням. Транспортна послуга споживається водночас з її наданням, припинення надання транспортної послуги припиняє і її споживання.

За правовим режимом транспортні послуги поділяються на публічні і приватні. Незважаючи на спільність мети – задоволення потреб замовника у переміщенні у просторі предмета договору перевезення, правова регламентація їх різна, що впливає на елементи послуги, зміст договору і на особу виконавця.

У публічних договорах, як правило, відсутня презумпція надання послуги певною, визначеною особою, оскільки контрагента цікавить послуга як об'єкт, на який спрямоване правовідношення, і заради якої, власне, сторона і вступає у правовідносини. Для послуги як для об'єкта цивільних прав характерною особливістю є не лише її зміст, а і суб'єкт, який надає цю послугу, її «носій», тобто хто саме буде надавати ту чи іншу послугу. У речових правовідносинах належність матеріального об'єкта тому чи іншому суб'єкту цивільних правовідносин зазвичай ніякого практичного значення не має, оскільки цінність об'єкта визначається властивостями самого об'єкта, а не належністю його якійсь певній особі.

Важливою характеристикою транспортної послуги, що і визначає її ціннісну вартість, є особа, яка надає послуги, тобто «носій» такої послуги. Залежно від носія такої послуги визначається її товарна цінність і потреба у ній взагалі. Транспортні послуги персоніфіковані. Під час укладання договору перевезення замовник отримує повні відомості про конкретного перевізника, зміст послуги, яка буде надаватися, та її вартість.

У низці випадків транспортна послуга може виступати як об'єкт цивільних прав лише тоді, коли суб'єкт, що надає послуги, має право її надавати відповідно до чинного законодавства. Так, відповідно до Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів і небезпечних відходів повітряним транспортом, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 р. № 134, встановлений вичерпний перелік вимог, обов'язкових до виконання під час надання таких транспортних послуг. По-перше, такий суб'єкт господарювання мусить мати чинний сертифікат експлуатанта

та розпоряджатися хоча б одним повітряним судном на праві власності або лізингу; по-друге, основною діяльністю суб'єкта господарювання має бути здійснення повітряних перевезень окремо чи у поєднанні з будь-якою іншою комерційною експлуатацією повітряного судна та технічним обслуговуванням повітряних суден; по-третє, види польотів, місце провадження діяльності та матеріально-технічна база мають відповідати заявленому виду господарської діяльності; по-четверте, більш як 50 відсотками статутного капіталу суб'єкта господарювання мають володіти Україна, юридичні особи України або фізичні особи – резиденти України; авіаційний персонал має відповідати кваліфікаційним вимогам та ін. [9].

Від особи перевізника залежить і якість транспортних послуг. Саме професійний перевізник обирає найраціональніший рухомий склад, проводить розрахунок у його потребі, визначає завдання особі, яка безпосередньо здійснює перевезення.

У ст. 1 Конвенції ООН про морські перевезення вантажів від 31 березня 1978 (Гамбурзькі правила) наводяться поняття «перевізник» – особа, з якою або від імені якої з вантажовідправником укладено договір морського перевезення вантажу, і «фактичний перевізник» – особа, якій перевізником доручено здійснення перевезення [8]. Україна не є учасником Гамбурзьких правил. Регулювання морських перевезень у нашій державі здійснюється Кодексом торговельного мореплавства України, положення якого близькі до положень Конвенції. Тому не можна не погодитися із твердженням, що гармонізація не вимагає від держави ухвалення одноманітних норм, принципів та інститутів права. Гармонізація передбачає, щоб держава лише застосовувала подібні, схожі норми, принципи та інститути права [1].

У ринкових умовах замовники мають можливість обирати виконавця транспортних послуг і переваги мають ті перевізники, які модернізували транспортний склад, завдяки сучасним передовим технологіям мають можливість надати більш широкий спектр транспортних послуг більш високої якості і у більш скорочені строки їх надання порівняно з іншими перевізниками.

Транспортні послуги характеризуються не лише суб'єктом виконання, а й низкою інших ознак – змістом послуги, її якістю, способом і строком виконання. Спірним є твердження, що за договором перевезення вантажу автомобільним транспортом надаються такого ґатунку послуги, гарантування досягнення результату яких є неможливим, оскільки перевізник не може видати вантаж, аналогічний втраченому [3, с. 16]. Якщо у такому широкому розумінні тлумачити поняття «гарантування результату», то практично будь-який цивільно-правовий договір (не лише на надання послуг, а наприклад, на виконання робіт) не може гарантувати результат. Використання засобів забезпечення виконання зобов'язання не є гарантією його виконання, а забезпечує відшкодування збитків і певною мірою компенсацію упущеної вигоди у зв'язку з невиконанням договору. Тому цілком слушно зазначається, що навіть в умовах збройного конфлікту, коли річ знаходиться на непідконтрольній органам державної влади України території [13, с. 140]. Щодо гарантування результату послуги, то, власне, неможливо гарантувати результат у разі добросовісного виконання обов'язків лише за договором комісії, оскільки комісіонер може надати послугу в повному обсязі відповідно до договору, проте товар може бути і нереалізований, незважаючи на належне виконання ним своїх зобов'язань.

Особливість транспортних послуг полягає у тому, що вони надаються виключно на відплатних засадах, є публічними, оскільки їх споживачами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Поєднання ознак публічного договору і договору приєднання тягне за собою передбачення в укладеному договорі перевезення як істотних умов, передбачених законодавством, так і звичайних – типових для конкретно обраного договору приєднання, які формулюються на розсуд перевізника [18, с. 125]. За правовою природою транспортні послуги є строковими, оскільки після закінчення визначеного строку їх надання, вони втрачають свою ознаку об'єкта цивільних прав. Якісні властивості транспортних послуг залежать не лише від транспортного засобу, а й від властивостей безпосереднього предмета перевезення, з яким пов'язано надання транспортних послуг – пасажир, вантаж (характер, стан, вага, упаковка та ін.), багаж, пошта. На якість надання транспортної послуги може впливати і неналежне виконання своїх обов'язків замовником (надання недостовірної інформації щодо особливих властивостей об'єкта перевезення.) Транспортні послуги виступають об'єктом цивільних прав у публічних договорах, оскільки їх носіями є спеціальні суб'єкти, які мають спеціальний дозвіл на їх надання. Імперативний характер обов'язків сторін, які визначені у відповідних законах чи підзаконних нормативних актах, зумовлює і особливий зміст послуги.

Таким чином, транспортні послуги, як різновид об'єктів цивільних прав, являють

собою певні оплатні дії, які вчиняються контрагентом відповідно до укладеного договору, і зміст яких в основних транспортних договорах полягає у переміщенні у просторі матеріальних об'єктів, які виступають предметом договору перевезення. Якість транспортної послуги залежить від транспортного засобу, який безпосередньо здійснює перевезення, його відповідності заявленому і об'єкту перевезення з урахуванням його специфіки (швидкопсувний, небезпечний, негабаритний вантаж та ін.), від обрання оптимального маршруту і графіка перевезення, обслуговування клієнта, належність зберігання і дотримання умов перевезення інших об'єктів перевезення – вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу.

Висновки

Транспортними послугами, як різновидом об'єктів цивільних прав, є певна правомірна діяльність, результат якої полягає у нематеріалізованому позитивному ефекті, що споживається замовником одночасно з її наданням. Зміст такої діяльності в основних транспортних договорах полягає у переміщенні у просторі за допомогою транспортного засобу матеріальних об'єктів, які виступають предметом договору перевезення. Правовий режим транспортної послуги визначається змістом послуги, порядком і процедурою її надання, особливостями суб'єктного складу виконавців.

У транспортних послугах відсутній юридичний результат, коли замовник послуги може набути право або, навпаки, втратити його. Надання транспортних послуг пов'язано із досягненням іншого ефекту – матеріальний об'єкт (вантаж, багаж, пошта, пасажир) переміщуються у просторі з одного місця в інше визначене договором місце у встановлений строк. Транспортні послуги спрямовані не на створення нового матеріалізованого об'єкта, а на сприяння ефективному володінню, використанню чи розпорядженню власником належного йому і вже наявного об'єкта.

У формуванні змісту послуги беруть участь обидва учасники відносних правовідносин і лише за погодження істотних умов надання послуги вона виступає як об'єкт цивільних правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Адаптація національного законодавства відповідно до Угоди про асоціацію з Європейським Союзом : наукова монографія / за ред. О.В. Кузьменко. Київ : Вид. центр «Кафедра», 2019. 678 с.

2. Васильєва В.А. Договірне регулювання відносин з надання посередницьких послуг. *Університетські наукові записки*. 2010. № 4. С. 25–29.

3. Гриняк Т.В. Цивільно-правова відповідальність перевізника за договором перевезення вантажу автомобільним транспортом : монографія. Тернопіль : Підручники і посіб., 2017. 224 с.

4. Про міський електричний транспорт : Закон України від 29 червня 2004 р. № 1914-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1914-15.

5. Про ринок природного газу : Закон України від 9 квітня 2015 р. № 329-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/329-19.

6. Про транспорт : Закон України від 10 листопада 1994 р. № 232/94-ВР / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/232/94-%D0%B2%D1%80.

7. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 176/95-%D0%B2%D1%80.

8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 р. (Гамбурзькі правила) URL: https: //zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_391.

9. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів повітряним транспортом, затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 р. № 134. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/134-2017-%D0%BF.

10. Лукасевич-Крутнік І.С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль : ФОП Паляниця В.А., 2019. 474 с.

11. Луць В.В. Контракти в підприємницькій діяльності : навчальний посібник. 2-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 576 с.

12. Попов В.А. Про класифікацію договорів, які укладаються у сфері перевезення. *Наше право*. 2016 . № 1. С. 150–157.

13. Примак В.Д. Забезпечення належного виконання договірних зобов'язань в умовах збройного конфлікту. *Приватне право і підприємництво*. 2019. Вип. 19. С. 138–140.

14. Транспортне право України : навчальний посібник. / За заг. ред. Ю.О. Заіки, Н.В. Демиденко. Київ : КНТ, 2014. 184 с.

15. Українське цивільне право : навчальний посібник. 3-є вид, перероб. і допов. / За ред. Ю.О. Заіки. Київ : ЦУЛ, 2014. 358 с.

16. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / Под. общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. 720 с.

17. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заіки. Київ : Алерта, 2014. 510 с.

18. Яновицька А.В. Договір міжнародного перевезення вантажів автомобільним транспортом : монографія. Львів : Видавництво «Растр-7», 2019. 180 с.

The article is devoted to clarifying the legal nature of transport services, identifying the peculiarities of their legal regulation, parties and determining the location of transport services in the system of civil rights objects.

The characteristics of transport services as an object of civil rights are described. The conent of transport service and the factors that influence its quality are determined. Transportat services are not aimed to create a new materialized object, but to promote the effective ownership, use or disposal of the owner of an existing and owned object. The main characteristic of the transport service is its content – moving in the space of the object of the material world (cargo, luggage, mail, freight baggage, passenger). The content of a specific transport service depends on the object of transport and the mode of transport to which the service is provided. The mandatory nature of the obligations of the parties, as defined in the relevant laws or regulations, also dictates the special content of the service. Transport services are characterized not only by the content of the service, but also by the entity of execution, the manner and the duration of execution. The legal regime of transport service is determined by the content of the service, the manner and the procedure for its provision, and the peculiarities of the subject composition of the performers, since the transport services are personalized. Transport services are first and foremost active actions, an objective legal category characterized by a number of features. The peculiarity of transport services is that they achieve a certain result (cargo carriage by a specific transport operation within a specified period, to a specified destination and more). Transport services are characterised by the period for performance, the entity performing the service, the content of the service and the manner of execution.

It is concluded that since both parties to a relative legal relationship the content of a service involves it is only subject to agreement on the substantive conditions for its provision that it is a subject of civil law relations. Transport services are subject to civil rights in public contracts, as their bearers are special entities that require special authorization for their provision.

Key words: contract of carriage, content of transport services, goods delivery, cargo carriage, luggage, employment contract.

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.09

Оксана Вінник,
докт. юрид. наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ГОСПОДАРСЬКІ ВІДНОСИНИ В УМОВАХ ЦИФРОВІЗАЦІЇ ТА ЇХ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ

Стаття присвячена новаціям у складі господарських відносин в умовах цифровізації та пов'язаним з цим проблемам правового регулювання. Зокрема, визначаються нові складники таких відносин – віртуальні підприємства та віртуальні об'єкти, електронна форма зв'язків, включаючи договори, проблеми з визначення частки зазначених суб'єктів на ринку у разі використання електронних ресурсів, а також застосування відповідальності до таких осіб.

Визначаються особливості використання зазначених складників, що зумовлюють особливості їх правового регулювання. Так, віртуальне підприємство – група осіб, що створюється для певної мети (наприклад, для спільного використання з комерційною метою електронних ресурсів на зразок інтернет-магазину), має змінний склад і невизначений правовий статус; учасники такої групи не обов'язково повинні мати статус юридичної особи чи суб'єкта підприємництва. Це на практиці породжує проблеми відповідальності віртуального підприємства та його учасників, якщо в процесі спільного використання електронних ресурсів мало місце порушення прав інших осіб (зокрема, споживачів).

Невизначеність правового режиму електронних ресурсів на зразок чат-ботів, інтернет-магазинів, штучного інтелекту тощо та непередбачуваність усіх наслідків їх застосування також породжує проблеми з відповідавльністю власників таких ресурсів у разі, якщо їх використання завдало шкоди іншим особам.

Притаманна для згаданих суб'єктів та об'єктів віртуальність породжує й інші проблеми, в тому числі необхідність пошуку нових способів визначення порушень умов економічної конкуренції на зразок домінування на ринку або узгоджених дій.

Все це свідчить про необхідність відображення на рівні законодавства специфіки господарських відносин в умовах цифровізації з метою впорядкування функціонування віртуальних підприємств та використання електронних ресурсів для забезпечення соціального спрямування цих відносин. Зволікання з таким регулюванням загрожує значними ризиками, які притаманні для цифровізації нарівні з її перевагами. Зокрема, необхідно закріпити принципи використання згаданих об'єктів та функціонування віртуальних підприємств на зразок принципів, розроблених в ЄС щодо штучного інтелекту, а також визначити їх правовий статус/правовий режим.

Ключові слова: господарські відносини, цифровізація, правове регулювання, віртуальні підприємства, бізнес-сайти, чат-боти, штучний інтелект, ризики цифровізації, превентивні заходи.

Постановка проблеми. Цифрові технології змінили суспільне життя, що позначилося і на правових його аспектах. Так, класичний склад правовідносин (суб'єкти, об'єкти, зміст правовідносин, що включає конкретну поведінку суб'єктів правовідносин та її юридичне закріплення нормами права у вигляді суб'єктивних прав та юридичних обов'язків [1, с. 376]) в умовах цифровізації набуває досить своєрідного забарвлення, у зв'язку з чим виникає проблема кваліфікації нових суб'єктів (віртуальних підприємств зокрема), нових нематеріальних об'єктів (сайтів, інтернет-платформ, штучного інтелекту, чат-ботів, інших об'єктів віртуальної реальності), визначення особливості договірних зв'язків та умов забезпечення економічної конкуренції, відповідальності тощо в нових умовах.

Комплексне регулювання зазначених відносин відсутнє взагалі, фрагментарне – щодо деяких з них (зокрема, стосовно використання сайтів органами влади [2; 3; 4], у сфері електронної комерції [5], телекомунікаційних [6] та електронних довірчих послуг [7]), проте мають місце глобальні прогалини, зокрема щодо використання штучного інтелекту, чат-ботів, комерційних сайтів, правового статусу віртуальних підприємств. Цей неповний перелік вад правового регулювання господарських відносин в умовах цифровізації постійно збільшується з огляду на стрімкий розвиток та поширення

© О. Вінник, 2020

використання цифрових технологій не лише сумлінними учасниками відносин, але й зловмисниками. Законодавець не встигає за перебігом подій у сфері цифровізації, на відміну від недобросовісних учасників зазначених відносин, у тому числі представників злочинного світу, які, за оцінкою Джона Макафі, використовують передові технології [8] швидше, ніж законодавець реагує на нові загрози цифровізації.

Представники науки активніше, ніж законодавець, відгукуються на зміни в суспільних відносинах, однак не напрацювали комплексне бачення правових проблем цифровізації, попри висвітлення окремих її аспектів та проблем: щодо віртуальних підприємств – В. Кочин [9], штучного інтелекту – К. Єфремова [10], правового режиму віртуальних об'єктів – Л. Майданик [11], договірних відносин – О. Беляневич [12], електронних публічних реєстрів – О. Шаповалова [13], саморегулювання в умовах цифрової економіки – О. Гончаренко [14], електронних страхових послуг – Н. Пацурія [15], правового регулювання відносин електронної комерції – Ю. Борисова [16] та ін., окремих правових аспектів функціонування цифрової економіки – О. Вінник [17] тощо.

Метою статті є спроба висвітлення бачення господарських відносин в умовах цифровізації в ракурсі вирішення ключових проблем їх правового регулювання, зумовлених ризиками використання цифрових технологій.

Виклад основного матеріалу. З огляду на класичний склад правовідносин (суб'єкти, об'єкти, зміст правовідносин), зупинимося на цих складниках і насамперед щодо новацій у суб'єктному та об'єктному складах. Це насамперед стосується віртуальності частини з них, що функціонують у цифровій економіці, – віртуальних підприємств, інтернет-магазинів, чат-ботів, штучного інтелекту тощо. Отже, слід розібратися з ключовим поняттям «віртуальність». Як зазначає В. Лук'янець, віртуальність – «будь-яка інтерсуб'єктивна реальність, присутність якої опосередкована універсумом знаків. Віртуальність наділена майже всіма характеристиками емпіричної реальності, крім безпосередності присутності (остання презентована у знаках (комп'ютер., електрон., фото-мех., звукових та ін.)» [18]. Відповідно до концепції Джарона Ланье віртуальна реальність (VR) – це «імітація навколишнього середовища (зорові образи, звуки, сконструйовані об'єкти) з використанням спеціальних комп'ютерних засобів» [19]. Простіше і більш зрозуміле для пересічного громадянина визначення знаходимо у вікіпедії: «віртуальний (від лат. *virtus* – тут: *потенційний, можливий*) визначається як вигаданий, уявний *об'єкт, суб'єкт, категорія, ставлення, дія* тощо, не присутні в цей час у реальному світі, а створені лише грою уяви людської думки, або зімітовані за допомогою інших об'єктів, зокрема комп'ютерів» [20].

Нерідко віртуальність доповнює реальність. Під доповненою реальністю розуміється будь-який випадок, коли реальне середовище доповнено віртуальними об'єктами, а за іншим визначенням (Роберт Азума): це «система, яка поєднує віртуальне і реальне, взаємодіє в реальному часі і працює в 3D» [19]. Прикладом може бути інтернет-магазин, в якому для продажу представлені реально наявні товари (зазвичай з відповідним фото- або відеозображенням), їх вибір, замовлення та оплата здійснюється за допомогою інтернет-ресурсів (у т.ч. чат-ботів, платіжних систем), а комплектація та доставка – традиційним шляхом, тобто реально.

Крім традиційних учасників господарських відносин (суб'єкти господарювання зі статусом юридичної особи чи фізичної особи-підприємця, суб'єкти організаційно-господарських повноважень зі статусом юридичної особи або через володіння відповідним обсягом корпоративних прав, споживачі та інші учасники господарських відносин, які беруть у них участь для задоволення своїх господарських потреб – навчальні заклади, лікарні, релігійні та благодійні організації тощо), зявляються нові, серед яких не лише уповноважені у сфері цифровізації органи держави (Мінцифри [21] зокрема), але й суб'єкти з нетрадиційними ознаками (фізичної чи юридичної особи). Насамперед це стосується так званих віртуальних підприємств як групи осіб зі змінним складом учасників (останні можуть бути як суб'єктами господарювання, так і пересічними громадянами без статусу суб'єкта підприємництва), що не має організаційної єдності як юридична особа [22]. Зазвичай така група осіб використовує один (одні) електронний ресурс (ресурси) – інтернет-магазин або торговельну інтернет-платформу для здійснення електронної комерції, на учасників якої законодавець покладає низку обов'язків та відповідальність у разі їх порушення під час виконання обов'язків продавця [5; 23]. Проте визначити, яка саме особа не дотрималася вимог законодавства і, відповідно, має нести відповідальність досить проблематично, оскільки: 1) такі інтернет-ресурси є сайтами, правовий режим яких чітко не визначений на рівні прийнятих в офіційному

порядку і оприлюднених на сайті Верховної Ради України нормативно-правових актів; 2) законодавець закріплює визначення сайтів та їх власників лише в ракурсі захисту авторських прав [24, ст. 1], не розрізняє види сайтів, зокрема ті, що використовуються з метою отримання прибутку або сприяють прибутковості діяльності осіб, що використовують сайт для поширення інформації про товари, роботи, послуги; 3) встановити власника сайта або особу, яка фактично його використовує для просування своїх товарів, робіт, послуг, інформації проблематично, оскільки відсутній офіційний, відкритий реєстр таких осіб (принаймні, його вельми проблематично знайти), а на практиці пропонується звертатися до Центру компетенції в структурі **Консорціуму «Український центр підтримки номерів і адрес»** (УЦПНА) [25] з огляду на наявність делегованих повноважень у об'єднання підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (ОП УМІЦ). Останнє було створене за сприяння Уряду [26] з метою управління адресним простором українського сегмента мережі Інтернет, обслуговування та адміністрування системного реєстру і системи доменних імен домену верхнього рівня ".UA". Відповідно до ст. 56 Закону «Про телекомунікації» [6, ст. 56] таке адміністрування здійснюється недержавною організацією, яка утворюється самоврядними організаціями операторів/провайдерів Інтернет та зареєстрована відповідно до міжнародних вимог. Маючи повноваження щодо здійснення адміністрування адресного простору українського сегмента мережі Інтернет (відповідно до статті 56 *Закону України «Про телекомунікації»* та Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 липня 2003 року № 447-р «Про адміністрування домену ".UA"»[26]), склалася практика надання ОП УМІЦ відповідей на запити осіб: про реєстранта доменного імені; про власника вебсайту; про наявність або відсутність інформації на вебсайті, в тому числі раніше розміщеної (в режимі зворотного часу). Отже, непросто отримати інформацію про реєстр електронних ресурсів, що використовуються з комерційною метою, та їх власників (потреба в таких відомостях може бути зумовлена необхідністю захисту прав споживачів у разі виникнення конфліктних/спірних ситуацій). Лише нещодавно затверджено Порядок ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій [27], а подібний акт щодо реєстрації комерційних сайтів та їх власників знайти вельми проблематично, як і доступну для пересічних споживачів інформацію про функціонування відповідних ринків та їх правове регулювання, не говорячи про системний захист прав цієї найчисленнішої категорії учасників комерційних відносин, які забезпечують прибутковість бізнесу (адже немає споживачів – немає прибутку і взагалі сенсу в підприємництві).

Складність відносин на цифровізованих ринках зумовлює комплексний підхід до захисту прав споживачів з точки зору дотримання їх нових – *цифрових*, а також традиційних прав – щодо якості, комплектності, вартості товарів/робіт/послуг, своєчасного виконання тощо. Разом із тим скоординованої системи таких органів немає, а кожен з уже створених діє відповідно до повноважень у певній сфері/галузі – цифровізації [21], традиційних товарів і насамперед продуктів харчування [28], телекомунікаційних послуг [29] тощо.

Серед об'єктів правовідносин в умовах цифровізації збільшується вага віртуальних – вебсайтів, чат-ботів, штучного інтелекту тощо. Наслідки використання подібних надбань цифрових технологій не завжди до кінця зрозумілі навіть їхнім авторам [30], анонімна приватність недобросовісних власників електронних ресурсів нерідко призводить до незаконного розкриття і навіть продажу конфіденційної інформації тисяч і навіть мільйонів користувачів [31; 32], а здатність штучного інтелекту до самовдосконалення, результати якого важко спрогнозувати, може навіть становити загрозу людській цивілізації [33; 34], якщо своєчасно не вжити відповідних превентивних заходів. Досить поширеним стало використання згаданих технологій для скоєння злочинів, кількість яких стрімко зростає [35; 36], оскільки у цій сфері новації застосовуються швидше (за оцінкою Джона Макафі), ніж державне реагування на подібні загрози. Крім того, держава відкриває зелену вулицю саморегулюванню у разі появи принципово нових ринків/сфер (на зразок телекомунікацій, електронної комерції тощо), на яких її (держави) фахівці знаються менше, ніж суб'єкти нових видів діяльності. Разом із тим, закріплюючи положення про делегування об'єднанню приватних учасників ринку телекомунікацій низки державних повноважень щодо адміністрування у цій сфері, законодавець не врахував інтереси пересічних громадян, які користуються бізнес-сайтами, щодо захисту своїх прав у разі їх порушення, адже більшість інтернет-магазинів та торговельних інтернет-платформ не розкривають інформації про своїх власників та/або осіб, які використовують ці ресурси для просування своїх товарів/інформації про них і при цьому не дотримуються вимог законів

«Про електронну комерцію» [6] та «Про захист прав споживачів» [23]. Відомості про делегування такій саморегулівній організації низки повноважень держави мало б супроводжуватися і покладенням відповідних обов'язків, у т.ч. про оприлюднення порядку створення сайтів, ведення реєстру власників сайтів (принаймні комерційних, що поширюють інформацію про товари, роботи, послуги з метою їх наступної реалізації), розкриття інформації про власників таких сайтів (комерційно-публічних). Однією з підстав для цього є масові випадки виконання функцій інтернет-магазинів сайтами, що створюються не лише для систематичного здійснення операцій з електронної комерції, а й для для реалізації партії товарів (зазвичай власники таких сайтів це пов'язують із закриттям складу/магазину, не розкриваючи відомості про себе, оскільки не збираються виконувати обов'язки продавця після відправлення товару покупцеві, включно з відповідальністю). Разом із тим порядок створення та використання комерційних сайтів залишається закритим для пересічних громадян (принаймні на сайті Верховної Ради їх неможливо знайти, через що виникає питання існування такого акта та доступу до його змісту).

Проблема невизначеності правового режиму торговельних сайтів тісно пов'язана з відсутністю вимог до так званих віртуальних підприємств, що їх використовують. Будучи групою (нерідко доволі нестійкою) осіб з різним правовим статусом (бізнес-організації, індивідуальні підприємці, особи, що не мають такого статусу) без організаційного оформлення і, відповідно, реєстрації як юридичної особи чи суб'єкта підприємництва. У разі використання учасниками віртуального підприємства одного електронного ресурсу (наприклад, інтернет-магазину) для просування та продажу своїх товарів виникає проблема визначення особи, що недобросовісно (з порушенням вимог законодавства, прав та або законних інтересів споживачів) або недбало використала такий ресурс і має нести відповідальність згідно з вимогами закону.

Це стосується і поширення чат-ботів [37] – програм-співрозмовників, які використовуються для імітації спілкування з живою людиною, допомагаючи дізнаватись новини та погоду, підбирати квитки, музику та книжки, купувати різноманітні товари онлайн, спроможні навчитися бути персональними асистентами, адвокатами та навіть психотерапевтами, можуть використовуватися в усіх галузях, де можлива комунікація з користувачем (у т.ч. у сферах банківської діяльності, страхування, електронної комерції). Використання чат-ботів забезпечує автоматизацію повторюваних процесів та інтерактивне спілкування з користувачем (чат-бот приймає заявки і обробляє їх без втрати у якості обслуговування, що спрощує роботу оператора, підключаючи його до клієнта лише тоді, коли ситуація потребує участі людини). Як зазначає А.Тарасюк [37], чат-боти – це лише ***програмне забезпечення з контентом – об'єкт правовідносин, а не суб'єкт з притаманними йому правами та інтересами,*** який має права й законні інтереси; це частина послуг певного суб'єкта господарювання, сервіс, який взаємодіє з потенційними клієнтами компанії. Відповідно, за наслідки функціонування такого ресурсу має відповідати суб'єкт господарювання, який його використовує. Це стосується і таких бізнес-сайтів, як інтернет-магазини, складником яких є ***автоматизована вітрина для продажу товарів*** (її використання користувачами регулюється відповідними документами, розробленими власником такого ресурсу та імперативними нормами законодавства, які, на жаль, нерідко порушуються).

Незважаючи на свої очевидні переваги, чат-боти, як і будь-який інший актив, вимагають правильного використання, а відповідальним за це має бути власник такого ресурсу, встановлення особи якого не має становити проблему у разі негараздів (технічної помилки зокрема).

Слушність цифровізації відносин у суспільстві з огляду на її переваги [38] підтвердила ситуація з пандемією короновірусу і запровадженим у зв'язку з цим карантином, оскільки більшість реальних дій можна було замінити на віртуальні – в режимі онлайн, без відвідування магазинів, аптек, банків тощо (замовлення та оплати продуктів харчування та ліків, оплати комунальних послуг, консультації лікаря тощо). Разом із тим зростає і рівень загроз від зловживань, пов'язаних з цифровізацією, на які держава, на жаль, реагує зі значним запізненням. Це стосується і прогалин у правовому регулюванні, зокрема невизначеності:

– правового становища віртуальних підприємств як групи осіб нерідко з різним правовим становищем (не лише суб'єктів господарювання, а й осіб без такого статусу, а отже, і відповідних обов'язків) та змінним складом, що не фіксується в обов'язковому порядку;

– правового режиму електронних ресурсів на зразок інтернет-магазину, торговельної інтернет-платформи, чат-боту, штучного інтелекту, включно з їх реєстрацією

в установленому державою, а не саморегулівними організаціями порядку;

– правового становища саморегулівних організацій у цифровізованих (відповідальних за цифровізацію) сферах економіки (телекомунікаційній зокрема) та покладення на них обов'язку оприлюднювати в порядку, притаманному для актів законодавства, прийнятих ними (саморегулівними організаціями) регуляторних актів відповідно до делегованих державою функцій, а також іншої інформації про виконання делегованих повноважень.

З огляду на зазначені обставини держава має терміново реагувати на ймовірні ризики цифровізації, в тому числі на рівні законодавства:

– закріпити принципи використання надбань цифровізації (на зразок запропонованих в ЄС основних засад використання штучного інтелекту [39]);

– впорядкувати питання з дерегулюванням та саморегулюванням відносин у сфері підприємництва з урахуванням потреб суспільства у своєчасному реагуванні на наявні та потенційні ризики, встановивши загальні вимоги до саморегулівних організацій, які виконують делеговані державою функції, в т.ч. щодо прозорості їхньої діяльності в частині виконання таких функцій, включаючи й оприлюднення прийнятих ними регуляторних актів, надання доступу до відомостей відповідних реєстрів;

– визначити правове становище віртуальних підприємств та правовий режим електронних ресурсів (насамперед тих, що використовуються в публічних сферах та/або з метою отримання прибутку), а також закріпити нові підходи до визначення суб'єкта господарювання (в контексті захисту економічної конкуренції на ринках, де діють віртуальні підприємства) та критеріїв монополізації ринків в умовах домінування на них віртуальних суб'єктів та/або використання віртуальних об'єктів (на зразок торговельних інтернет-платформ);

– закріпити систему уповноважених органів (із зазначенням головного, що координує діяльність складників такої системи), відповідальних за захист прав споживачів на змішаних ринках (традиційних товарів/робіт/послуг з елементами цифровізації на зразок електронної торгівлі).

Проте головним має бути забезпечення державою не лише адекватності правового регулювання сучасних потреб, наявних та ймовірних загроз цифровізації з притаманною їй віртуалізацією суб'єктів та об'єктів, але і його (регулювання) прозорості та зрозумілості для пересічних громадян на додаток до подолання цифрової неграмотності більшості з них [40] та цифрової неспроможності (брак можливості підтримувати рівень цифрових знань та матеріального забезпечення для їх реалізації у формі наявності відповідних пристроїв, можливості їх обслуговування, оплати послуг Інтернету тощо). Хоча подібна мета може здатися захмарною, але без курсу на її досягнення та відповідних зусиль важко сподіватися на збалансовані результати цифровізації (аби її досягнення не обернулися суцільними ризиками – не віртуальними, а реальними).

Висновки

В умовах цифровізації економіки господарські відносини зазнали істотних змін. Зокрема, з'явилися нові складники таких відносин – віртуальні підприємства та віртуальні об'єкти, електронна форма зв'язків, включаючи договори, а також пов'язані з цим проблеми: правового режиму згаданих об'єктів, відповідальності віртуальних підприємств та їх учасників, а також визначення їх частки на ринку та/або наявності узгоджених дій, що потребують попереднього дозволу антимонопольних органів, застосування відповідальності до таких осіб.

Притаманна для згаданих суб'єктів та об'єктів віртуальність та пов'язані з цим ризики свідчать про необхідність відображення на рівні законодавства специфіки господарських відносин в умовах цифровізації з метою впорядкування функціонування віртуальних підприємств та використання електронних ресурсів для забезпечення соціального спрямування цих відносин. Зволікання з таким регулюванням загрожує значними ризиками, які притаманні для цифровізації нарівні з її перевагами.

Список використаних джерел:

1. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов. / Под общ. ред. члена-корр. РАН, доктора юрид. наук, проф. В.С. Нерсесянца. Москва : Издательская группа НОРМА-ИНФРА, Москва, 1999. 832 с.

2. Положення про вебсайт Верховної Ради України у глобальній інформаційній мережі Інтернет : Розпорядження Голови Верховної Ради України від 24 травня 2001 р. № 462. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/462/01-%D1%80%D0%B3 (дата звернення: 25.04.2020).

3. Порядок функціонування вебсайтів органів виконавчої влади : Наказ Державного комітету інформаційної політики, телебачення і радіомовлення України Державного комітету зв'язку та інформатизації України 25.11.2002 № 327/225. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1022-02 (дата звернення: 25.04.2020).

4. Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного вебпорталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування вебсайтів органів виконавчої влади : наказ Держкомінформу України, Держкомзв'язку та інформатизації від 25.11.2002 № 327/225. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1021-02 (дата звернення: 25.04.2020).

5. Про електронну комерцію : Закон України від 3 вересня 2015 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/675-19 (дата звернення: 25.04.2020).

6. Про телекомунікації : Закон України від 18 листопада 2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1280-15 (дата звернення: 25.04.2020).

7. Про електронні довірчі послуги : Закон України від 05.10.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19 (дата звернення: 25.04.2020).

8. Джон Макафи: использование криминалом анонимных криптовалют предвещает их широкое принятие. URL: https://forklog.com/dzhon-makafi-ispolzovanie-kriminalom-anonimnyh-kriptovalyut-predveshhaet-ih-shirokoe-prinyatie/ (дата звернення: 22.02.2020).

9. Кочин В.В. Віртуальні товариства у сфері електронної економіки. *Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання :* збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, с. 112–124. URL: https://drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmC-xkV8QF5j0VRMTg2Oa/view.

10. Єфремова К.В. Правове регулювання штучного інтелекту в епоху цифрової економіки. *Приватне право і підприємництво :* збірник наукових праць. Вип. 20, 2020 р. / Редкол.: Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2020. С. 142–147. URL: http://ppp-journal.kiev.ua/archive/2020/20/27.pdf.

11. Майданик Л. Віртуальний об'єкт як виклик для класичних підходів у речовому праві. *Право та інновації.* 2019. № 2. С. 59–64. URL: file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80/Downloads/Tpiv_2019_2_8%20(1).pdf (дата звернення: 11.04.2020.).

12. Беляневич О.А. Про цілі договірного права в епоху цифрової економіки: вступ до проблеми. *Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання* : збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, С. 8–22. URL: https://drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmC-xkV8QF5j0VRMTg2Oa/view.

13. Шаповалова О.В. Правові засади впорядкування електронних публічних реєстрів в Україні. *Актуальні проблеми права: теорія і практика.* № 2 (38), 2019, с. 47–53. DOI: https://doi.org/10.33216/2218-5461-2019-38-2-47-53.

14. Гончаренко О.М. Саморегулювання цифрової економіки. *Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання* : збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, с. 56–82. URL: https://drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmC-xkV8QF5j0VRMTg2Oa/view.

15. Пацурія Н.Б. Сучасний стан та порядок укладення полісів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів в електронній формі: наративний аналіз. *Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання :* збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, с. 125–136. URL: https://drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmC-xkV8QF5j0VRMTg2Oa/view //.

16. Борисова Ю.О. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері електронної комерції. URL: https://mydisser.com/ua/catalog/view/9623.html (дата звернення: 08.12.2019).

17. Вінник О.М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака. 2018. 224 с. URL: https://doi.org/10.32849/978-617-7087-72-3.

18. Віртуальність. Енциклопедія сучасної України. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=34727 (дата звернення: 12.05.2020).

19. Доповнена і віртуальна реальність: схожість та відмінність. URL: https://smart-eam.com/ua/news/dopolnennaja-i-virtualnaja-realnost-shodstvo-i-razlichie/ (12.05.2020).

20. Віртуальність. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%92%D1%96%D1%80%D1%82%D1%83%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%8C (дата звернення: 12.05.2020).

21. Питання Міністерства цифрової трансформації : Постанова Кабінету Міністрів України від 18.09.2019 № 856. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/856-2019-%D0%BF (дата звернення: 01.05.2020).

22. The Virtual Corporation (David Skyrme Associates). URL: https://www.skyrme.com/insights/2virtorg.htm (дата звернення: 15.05.2020).

23. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12 (дата звернення: 14.05.2020).

24. Про авторське право та суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12 (дата звернення: 04.05.2020).

25. Історія створення Центру компетенції. URL: https://web-fix.org/%d0%bf%d1%80%d0%be-

%d0%bd%d0%b0%d1%81/%d1%96%d1%81%d1%82%d0%be%d1%80%d1%96%d1%8f-%d1%81%d1%82%d0%b2%d0%be%d1%80%d0%b5%d0%bd%d0%bd%d1%8f-%d1%86%d0%b5%d0%bd%d1%82%d1%80%d1%83/ (дата звернення: 01.05.2020).

26. Про адміністрування домену ".UA" : Розпорядження Кабінету Міністрів від 22 липня 2003 р. № 447-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/447-2003-%D1%80 (дата звернення: 01.05.2020).

27. Порядок ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій : Рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації 17 грудня 2019 року № 610. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0011-20 (дата звернення 14.05.2020).

28. Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів : Постанова Кабінету Міністрів України від 2 вересня 2015 р. № 667. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/667-2015-%D0%BF (дата звернення 14.05.2020).

29. Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації : Указ Президента України від 23 листопада 2011 року № 1067/201. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1067/2011 (дата звернення 14.05.20200.

30. Тривожні новини: собаки підкоряються командам роботів – відео. URL: https://24tv.ua/techno/trivozhni-novini-sobaki-pidkoryayutsya-komandam-robotiv-video_n1344210 (дата звернення: 15.05.2020).

31. У Європарламенті стався масштабний витік даних співробітників – ЗМІ. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-world/3026875-u-evroparlamenti-stavsa-masstabnij-vitik-danih-spivrobitnikiv-zmi.html (дата звернення: 17.05.2020).

32. В Сеть попали личные данные 26 млн украинских водителей. URL: https://autotheme.info/news/124209-v-set-popali-lichnye-dannye-26-mln-ukrainskih-voditelej.html (дата звернення: 17.05. 2020).

33. Штучний інтелект рекламують як вирішення всіх проблем, насправді ж він часто помиляється й не може замінити людину – інженер з Прінстона пояснює чому. URL: https://thebabel.com.ua/texts/38487-shtuchniy-intelekt-reklamuyut-yak-virishennya-usih-problem-naspravdi-vin-chasto-pomilyayetsya-i-ne-mozhe-zaminiti-lyudinu-inzhener-z-prinstona-poyasnyu-chomu (дата звернення: 01.03.2020).

34. Ілон Маск: штучний інтелект є «найбільшою загрозою» людству. URL: https://ipress.ua/news/ilon_mask_shtuchnyy_intelekt_ie_naybilshoyu_zagrozoyu_lyudstvu_218751.html (дата звернення: 22.02.2020).

35. Рейдери атакують державні реєстри. URL: https://internetua.com/reideri-atakuuat-derjavni-reyestri (дата звернення: 25.03.2020).

36. Гуцалюк М.В. Сучасні тенденції організованої кіберзлочинності. *Інформація і право*. № 1(28)/2019. С. 118–128. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/15_9.pdf (12.05.2020).

37. Тарасюк А. Чат-боти як учасники правовідносин. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010483 (дата звернення: 12.05.2020).

38. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. *Урядовий кур'єр* від 11.05.2018. № 88.

39. В Євросоюзі розробили «етикет» для штучного інтелекту. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-technology/2676698-v-evrosouzi-rozrobili-etiket-dla-stucnogo-intelektu.html (дата звернення: 01.03.2020).

40. Більше половини українців погано розбираються в Інтернеті: результати дослідження. URL: https://aspi.com.ua/news/suspilstvo/bilshe-polovini-ukrainciv-pogano-rozbirayutsya-v-interneti-rezultati-doslidzhennya (дата звернення: 27.12.2019).

The article is devoted to innovations in the composition of economic relations in the context of digitalization and related problems of legal regulation. In particular, new components of such relations are defined – virtual enterprises and virtual objects, electronic form of communication, including contracts, problems with determining the share of these entities in the market when using electronic resources, as well as the application of responsibility to such persons.

The peculiarities of the use of these components are determined, which determine the peculiarities of their legal regulation. Thus, a virtual enterprise is a group of persons created for a specific purpose (for example, for the joint use of commercial electronic resources such as an online store), has a variable composition and undefined legal status; members of such a group do not necessarily have the status of a legal entity or a business entity. In practice, this creates problems of liability of the virtual enterprise and its participants, if in the process of sharing electronic resources there was a violation of the rights of others (including consumers).

Uncertainty about the legal regime of electronic resources such as chatbots, online stores, artificial intelligence, etc. and the unpredictability of all the consequences of their use also creates problems with the responsibility of the owners of such resources if their use harms others.

The virtuality inherent in these entities and objects raises other problems, including the need to find new ways to identify distortions of economic competition, such as market dominance or concerted action.

All this indicates need to reflect at the level of legislation the specifics of economic relations in the context of digitalization in order to streamline the functioning of virtual enterprises and the use of electronic resources to ensure the social direction of these relations. Delay of such regulation poses significant risks that are inherent in digitalization along with its benefits.

In particular, it is necessary to establish the principles of use of these facilities and the operation of virtual enterprises, such as the principles developed in the EU on artificial intelligence, as well as to determine their legal status/legal regime.

Key words: economic relations, digitalization, legal regulation, virtual enterprises, business sites, chatbots, Artificial Intelligence, risks of digitalization.

УДК 347.721
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.10

Ігор Галіян,
аспірант відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ВИЗНАННЯ НЕДІЙСНИМИ РІШЕНЬ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ГОСПОДАРСЬКИМ ТОВАРИСТВОМ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

У статті акцентовано увагу на специфіці застосування такого способу захисту корпоративних прав, як визнання недійсними рішень органів управління господарським товариством. Обґрунтовано його дієвість та доцільність виділення в межах інших способів захисту. Акцентовано увагу на розмежуванні повноважень загальних зборів і виконавчого органу в системі органів управління господарським товариством. Констатовано превалювання у вітчизняному законодавстві повноважень загальних зборів над іншими органами товариства.

Встановлено, що безумовними підставами для застосування такого способу захисту, як право вимагати визнання недійсними рішень органів управління господарського товариства, можуть бути: відсутність кворуму на загальних зборах; порушення порядку їх скликання, прийняття зборами рішень з питань, які не були внесені до порядку денного; проведення зборів в іншому місці та в інший час, ніж це було вказано у повідомленні; відсутність протоколу загальних зборів ТОВ; відсутність протоколу загальних зборів АТ, підписаного головою і секретарем зборів тощо. Формальними підставами для застосування цього способу захисту може бути недопуск учасника до участі в загальних зборах, коли прийняте рішення призвело до заподіяння збитків такому учасникові тощо.

Доведено, що застосування цього способу захисту без належних на те підстав може призводити до блокування важливих для діяльності товариства рішень, що негативно відображатимуться на його підприємницькій діяльності. Саме тому право на оскарження рішень органів господарського товариства підлягає впливу закріплених законодавчо обмежень, що передбачають дотримання таких умов, як невідповідність рішень загальних зборів нормам законодавства; порушення вимог закону та/або установчих документів під час скликання та проведення загальних зборів товариства; позбавлення учасника товариства можливості взяти участь у загальних зборах. Наведені умови мають переважно процедурний характер та не завжди є підставою для визнання недійсними прийнятих на загальних зборах рішень.

У статті акцентовано увагу на правовій природі рішень органів управління господарських товариств як актів ненормативного характеру. До рішень загальних зборів учасників господарського товариства не можуть застосовуватися положення ст. 203 та 215 ЦК України, які визначають підстави недійсності правочину, і, відповідно, правові наслідки недійсності правочину за ст. 216 ЦК України. Запропоновано класифікацію рішень органів управління господарських товариств за критерієм істотності допущеного порушення та їх наслідків.

Ключові слова: корпоративне право, орган управління господарського товариства, спосіб захисту, рішення загальних зборів, рішення виконавчого органу, підстави застосування способу захисту, оскарження рішень загальних зборів.

Постановка проблеми. Право брати участь в управлінні господарським товариством як немайнове (організаційне) право нерозривно пов'язане з іншими немайновими та майновими корпоративними правами учасника, що зумовлює і те, що деякі способи захисту виявляються універсальними для захисту як немайнових, так і майнових прав. Водночас сутність внутрішньогосподарських відносин, що виникають між учасниками товариства, самим товариством, його органами, свідчить про нагальну потребу у вирішенні теоретико-прикладної проблеми пошуку найбільш ефективних для цих відносин способів захисту.

Дієвим способом захисту прав учасників господарських товариств, що випливають з управління товариством, є право вимагати визнання недійсними рішень органів управління господарського товариства. Доцільність виділення цього способу захисту, що випливає з участі в товаристві, підтверджується висловленою І. Р. Калауром позицією про свого роду умовний поділ корпоративних прав на більш дрібні права, які стало загальноприйнятим поділяти на два складника –

© І. Галіян, 2020

майнові та організаційні. Такий поділ, на думку вченого, є певною мірою умовним, але зручним для уявлення про ті можливості, яких набувають особи, вкладаючи (інвестуючи) свій капітал в господарське товариство. Водночас, звісно, ніхто з практиків не замислювався над правовою природою участі в загальних зборах та вимоги про виплату дивідендів [1, с. 36].

Так, чинним законодавством передбачено можливість оскарження до суду учасниками господарських товариств рішень різних органів управління товариства (загальних зборів, наглядової ради, виконавчого органу тощо). Водночас науковий інтерес викликає питання розмежування повноважень загальних зборів і виконавчого органу в системі органів управління господарським товариством. Наприклад, в англо-американському праві простежується зміщення акцентів у бік посилення ролі ради директорів. Натомість аналіз норм вітчизняного законодавства (ч. 1 ст. 33 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 1 ст. 29 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» тощо) дозволяє констатувати превалювання повноважень загальних зборів над іншими органами товариства.

Виклад основного матеріалу. Як видається, закріплений законодавчий підхід також не завжди є виправданим на практиці. Особливо якщо це стосується акціонерних товариств зі значною кількістю акціонерів, процедура скликання яких є досить витратною та довготривалою, що серйозно ускладнює швидке реагування товариства на ринкову ситуацію (швидке укладення економічно вигідних договорів, викуп товариством власних акцій, використання додаткової емісії акцій як способу фінансування тощо). Крім того, сьогодні доводиться констатувати зниження інтересу більшості міноритарних акціонерів до участі в роботі загальних зборів. Виконавчий орган товариства вирішує більшість найважливіших питань, які лише формально затверджуються на загальних зборах акціонерів, які здебільшого мають формальний характер, на яких декілька представників за довіреністю представляють інтереси всіх акціонерів, фактично затверджують прийняті виконавчим органом рішення щодо управління товариством. Недарма в юридичній літературі висловлюються пропозиції щодо доцільності перегляду співвідношення компетенції загальних зборів та інших органів управління товариством шляхом наділення загальних зборів правом делегувати свої повноваження виконавчому органу управління [2, с. 153].

Як видається, такий спосіб захисту спрямований на нівелювання можливих наслідків порушень корпоративних прав учасника у майбутньому шляхом визнання рішень конкретного органу управління (загальних зборів, ради директорів тощо) недійсними до моменту їх застосування. На практиці непоодинокими є випадки порушення прав учасників товариства недобросовісними, умисними діями керівних органів товариства шляхом, наприклад, випуску акцій додаткової емісії, умисним доведенням до банкрутства та виведенням ліквідних активів із товариства тощо.

Отже, право учасників товариства оскаржувати рішення виконавчого органу товариства закріплено на конституційному рівні (ст. 55 Конституції України) за аналогією з визнанням недійсними рішень загальних зборів, однак з урахуванням специфіки діяльності ради директорів, наглядової ради тощо. Наприклад, рішення, прийняті з порушенням компетенції органу, за відсутності кворуму для проведення засідання, якщо наявність кворуму є обов'язковою умовою для його проведення, або без необхідної для прийняття рішення більшості голосів, слід вважати нікчемними [3, с. 529].

Загалом такі рішення органів управління господарського товариства, що спрямовані на порушення прав їх учасників, визнаються недійсними за умови доведеності підстав їх недійсності. У законодавстві України хоча би приблизний перелік таких підстав відсутній. Натомість на доктринальному рівні на необхідності встановлення таких підстав наголошувалося неодноразово [4, с. 23; 5, с. 7].

Відповідно, безумовними підставами для застосування такого способу захисту, як право вимагати визнання недійсними рішень органів управління господарського товариства, можуть бути: відсутність кворуму на загальних зборах; порушення порядку їх скликання, прийняття зборами рішень з питань, які не були внесені до порядку денного; проведення зборів в іншому місці та в інший час, ніж це було вказано у повідомленні; відсутність протоколу загальних зборів ТОВ; відсутність протоколу загальних зборів АТ, підписаного головою і секретарем зборів тощо. Натомість формальними підставами для застосування цього способу захисту може бути недопуск учасника до участі в загальних зборах, коли прийняте рішення призвело до заподіяння збитків такому учасникові тощо.

Разом із тим передбачити на законодавчому рівні всі підстави, що призводять до застосування такого способу захисту, як право вимагати визнання недійсними рішень

органів управління господарського товариства, не можливо. Більше того, порушення права на участь учасника в управлінні товариством може призводити й до використання таких способів захисту, як, наприклад, вимагати від АТ здійснення обов'язкового викупу належних йому акцій (ст. 68 Закону України «Про акціонерні товариства») чи, навпаки, спонукання акціонера до реалізації належного йому права на управління АТ шляхом участі в загальних чи позачергових зборах товариства (ч. 1 ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Щодо правової природи рішень органів управління господарських товариств доцільно наголосити на єдності розуміння на практиці природи таких рішень, як акти ненормативного характеру. Прикладом зазначеного є відображені в постановах КГС ВС від 20.03.2018 у справі № 916/375/17 [6], від 02.05.2018 у справі № 910/807/17 [7], від 16.10.2018 у справі № 920/1101/17 [8] правові позиції, в яких під рішеннями загальних зборів господарських товариств розуміються акти ненормативного характеру (індивідуальні акти), тобто офіційні письмові документи, що породжують певні правові наслідки, які спрямовані на регулювання господарських відносин і мають обов'язковий характер для суб'єктів цих відносин. Не є рішення загальних зборів учасників господарського товариства і договором, тому що приймається не за домовленістю всіх учасників товариства, а більшістю їхніх голосів [9]. До рішень загальних зборів учасників господарського товариства не можуть застосовуватися положення ст. 203 та 215 ЦК України, які визначають підстави недійсності правочину, і, відповідно, правові наслідки недійсності правочину за ст. 216 ЦК України.

Разом із тим застосування досліджуваного способу захисту без належних на те підстав може призводити до блокування важливих для діяльності товариства рішень, що негативно відображатимуться на його підприємницькій діяльності та впливатимуть на стабільність майнового обороту. Саме тому право на оскарження рішень органів господарського товариства підлягає впливу закріплених законодавчо обмежень, що передбачають дотримання цілого ряду умов, найбільш загальні з яких закріплено у Постанові Пленуму Вищого Господарського Суду України від 22.02.2016 (невідповідність рішень загальних зборів нормам законодавства; порушення вимог закону та/або установчих документів під час скликання та проведення загальних зборів товариства; позбавлення учасника (акціонера, члена) товариства можливості взяти участь у загальних зборах). Вказані умови, як слушно зазначається в юридичній літературі, мають переважно процедурний характер та не завжди є підставою для визнання недійсними прийнятих на загальних зборах рішень [3, с. 526].

Насамперед правом на оскарження рішень органів господарського товариства можуть скористатися виключно учасники господарського товариства як носії суб'єктивних корпоративних прав. Тобто особа, втративши статус учасника господарського товариства, автоматично втрачає право вимагати визнання недійсними рішень органів управління товариства. Відповідно, оскаржити рішення органу управління товариства може лише особа, яка є учасником господарського товариства як на момент прийняття оскаржуваного рішення, так і на момент розгляду судом відповідного позову.

Щодо давньої дискусії про надання права на оскарження рішень загальних зборів особам, які до моменту подачі позову про оскарження рішення відступили свої права на акції (частки) третій особі, доцільно зазначити, що законодавець у ст. 50 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачив чітке правило, за яким можливість оскарження актів органів юридичної особи, якщо рішення загальних зборів або порядок прийняття такого рішення порушують вимоги цього Закону, інших актів законодавства, статуту чи положення про загальні збори акціонерного товариства, належить виключно акціонеру. Зазначене положення знайшло своє належне відображення й на практиці, де усталеним є правило, за яким з моменту виходу з товариства учасник втрачає право брати участь в управлінні товариством [10; 11].

Крім того, право оскаржити рішення загальних зборів має учасник господарського товариства, який не брав участі в загальних зборах або голосував проти прийняття такого рішення. Особами, які брали участь у загальних зборах, є учасники, що зареєструвалися для участі в ньому, а також учасники, що взяли участь у загальних зборах шляхом надання свого волевиявлення щодо голосування з питань порядку денного у письмовій формі (заочне голосування). Рішення загальних зборів учасників приймаються відкритим голосуванням, якщо інше не передбачено статутом товариства. У зв'язку з цим на практиці можливі різні зловживання шляхом, наприклад, блокування доступу в зал вже зареєстрованих учасників, що позбавляє їх права на оскарження прийнятих за їх фактичної відсутності рішень. Така поведінка позбавляє як самого учасника, так і господарське товариство можливості приймати

рішення з питань, віднесених до компетенції загальних зборів, які потребують визначеної законом кількості голосів.

Отже, зважаючи, що порядок скликання та проведення загальних зборів учасників товариства передбачено абсолютно імперативними нормами, відповідно, й суперечливі їм рішення можуть бути визнані недійсними. Так, за критерієм істотності допущеного порушення абсолютно імперативних норм корпоративного законодавства при прийнятті рішення як на доктринальному, так і правозастосовчому рівнях виділяють дві групи недійсних рішень, відмінність між якими полягає у різних правових наслідках.

До першої групи віднесені рішення, прийняті: 1) за відсутності кворуму для проведення загальних зборів чи прийняття рішення або у разі неможливості встановлення наявності кворуму (ст. 41, 42 Закону України «Про акціонерні товариства», ст. 33, 34, 35, 36 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», ст. 15 Закону України «Про кооперацію»); 2) з питань, не включених до порядку денного загальних зборів товариства (ч. 6 ст. 42 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 5 ст. 33 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»); 3) без ведення протоколу загальних зборів товариства (ст. 46 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 4 ст. 33 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»).

Вищенаведені порушення абсолютно імперативних норм та, відповідно, застосування такого способу захисту, як визнання рішень органів управління недійсними, спрямовано на закріплення та врахування саме належного волевиявлення учасників господарського товариства, тому такі рішення не мають сили незалежно від оскарження їх у судовому порядку та іменуються в юридичній літературі нікчемними [3, с. 527; 12, с. 353].

До другої групи недійсних рішень загальних зборів належать всі інші рішення, які можуть бути визнані недійсними в судовому порядку. Такі рішення втрачають юридичну силу з моменту прийняття відповідного рішення судом. Здебільшого такі порушення мають процедурний характер: наприклад, учасник не був належним чином сповіщений про дату проведення загальних зборів; йому не була надана можливість ознайомитися з необхідною інформацією з питань, включених до порядку денного зборів; бюлетені для голосування були надані несвоєчасно тощо.

Як видається, з точки зору правозастосовувача кваліфікація поведінки учасника, який ухиляється від участі в загальних зборах, як корпоративного правопорушення чи зловживання правом має однаковий правовий наслідок – відмова в позові про захист права такого учасника. Як наголошується з цього приводу в юридичній літературі, подання позовів про спонукання до участі в загальних зборах може використовуватися як інструмент дестабілізації діяльності товариства. Закон України «Про господарські товариства» не встановлює імперативних норм, які зобов'язували б учасника до участі в управлінні товариством, що є логічним з огляду на економіко-правову сутність корпорацій як об'єднання капіталів (на відміну, зокрема, від обов'язку майнової участі учасника у статутному капіталі товариства) [13, с. 252].

Так, серед передбачених в ст. 29 Закону України «Про акціонерні товариства» обов'язків про обов'язок акціонера участі у загальних зборах взагалі не йдеться. Більше того, відповідно до внесених у 2017 році Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» змін до Закону України «Про акціонерні товариства» Розділ V «Права та обов'язки акціонерів» доповнено ст. 26–1, ч. 1 якої передбачено можливість акціонерів закріпити в договірному порядку (акціонерний договір) спільний обов'язок голосувати у спосіб, передбачений таким договором, на загальних зборах акціонерів товариства, погоджувати придбання або відчуження акцій за заздалегідь визначеною ціною та/або у разі настання визначених у договорі обставин, утримуватися від відчуження акцій до настання визначених у договорі обставин, а також вчиняти інші дії, пов'язані з управлінням товариством, його припиненням або виділом з нього нового товариства. Натомість частиною другою цієї ж статті умову договору про зобов'язання акціонера голосувати згідно з вказівками органів управління товариства, щодо акцій якого укладений цей договір, крім випадків, якщо стороною договору є особа, яка одночасно входить до складу органу управління такого товариства, визнано нікчемною.

Таким чином, зважаючи на зміст ст. 26–1 Закону України «Про акціонерні товариства», обов'язок акціонера щодо участі в загальних зборах товариства може бути передбачений виключно шляхом його закріплення в договірному порядку і не випливає зі змісту корпоративних прав та не змінює їх законодавчо визначений зміст. Відповідно, суд може захистити право учасника на управління товариством у спосіб, передбачений договором між акціонерами. Зазначене

підтверджується висловленою в юридичній літературі тезою, що поза межами акціонерної угоди відсутні будь-які підстави стверджувати, що один з акціонерів може вимагати від іншого акціонера певної поведінки (участь у загальних або позачергових загальних зборах) або що праву одного акціонера кореспондує обов'язок іншого акціонера. Таким чином, захист права акціонера на участь в управлінні товариством має власний правовий механізм, оскільки зобов'язаною стороною в таких відносинах виступає саме товариство, а не інший акціонер [13, с. 253]. Відповідно, у разі відсутності договірного застереження про обов'язок учасника брати участь у роботі загальних зборів позов про зобов'язання до такої участі не може розглядатися як ефективний спосіб захисту права учасника на управління товариством.

Висновки

Отже, право брати участь в управлінні господарським товариством як немайнове (організаційне) право нерозривно пов'язане з іншими немайновими та майновими корпоративними правами учасника, що зумовлює і те, що деякі способи захисту виявляються універсальними для захисту як немайнових, так і майнових прав. Дієвим способом захисту прав учасників господарських товариств, що випливають з управління товариством, є право вимагати визнання недійсними рішень органів управління господарського товариства.

Список використаних джерел:

1. Охорона прав суб'єктів корпоративних відносин : монографія / Луць В. В., Васильєва В. А., Вінник О. М., Кобецька Н. Р., Калаур І. Р., Саракун І. Б. та ін. ; за заг. ред. Луця В. В. Київ, 2013. С. 36.

2. Хорт Ю. В. Статутний капітал акціонерного товариства: захист інтересів учасників акціонерних правовідносин : монографія. Харків: Вид-во «ФІНН», 2010. С. 153.

3. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук та ін. ; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. С. 529.

4. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2000. С. 23.

5. Щербина О. В., Кібенко О. Р. Чи можна визнати недійсними рішення установчих зборів акціонерного товариства. *Підприємництво, господарство* і *право*. 2003. № 5. С. 7.

6. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20.03.2018 у справі № 916/375/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72882359 (дата звернення: 21.02.2019).

7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 02.05.2018 у справі № 910/807/17.3 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73840213 (дата звернення: 21.02.2019).

8. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 16.10.2018 у справі № 920/1101/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77247869 (дата звернення: 21.02.2019).

9. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.04.2018 у справі № 922/2688/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73441777 (дата звернення: 21.02.2019).

10. Постанова Пленуму Вищого Господарського Суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» від 22.02.2016 № 4. URL: http://www.arbitr.gov.ua /files/pages/ppVGSU_25022016_4.pdf (дата звернення: 05.03.2019).

11. Огляд за результатами вивчення судової практики розгляду господарськими судами справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів за період з 01.01.2018 по 30.11.2018 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_korpor_spori.pdf (дата звернення: 05.03.2019).

12. Маковская А. А. Правовые последствия недействительности решений общего собрания акционеров и совета директоров акционерного общества. *Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика* : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. Москва : Статут, 2006. С. 353.

13. Беляневич О. А. , Мягкий А. В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2017. С. 252.

The article focuses on the specifics of the application of such a method of protection of corporate rights, as the invalidation of decisions of bodies of management of a company. Its effectiveness and expediency of isolation within other methods of protection are substantiated. Emphasis is placed on the separation of powers of the general meeting and the executive body in the system of governing bodies of a company. The prevailing in the national legislation the powers of the general meeting over other bodies of the company.

It is emphasized that the unconditional grounds for the application of such a method of protection, as the right to demand the invalidation of decisions of the governing bodies of a company, may be: absence of quorum at the general meeting; violation of the agenda of their convening, decision-making on issues that have not been put on the agenda; holding meetings elsewhere and at a time other than stated in the notice;

lack of minutes of the general meeting of the LLC; absence of the minutes of the general meeting of the joint-stock company, signed by the chairman and the secretary of the meeting, etc. Instead, formal grounds for the application of this method of protection may be the non-admission of a participant to the general meeting, when the decision that led to the loss of such participant, etc. The application of this method of protection without proper grounds may lead to the blocking of important decisions for the activity of the company, which will adversely affect its business activities. That is why the right to appeal against decisions of bodies of a company is subject to the effect of the fixed legislative restrictions, which stipulate observance of such conditions as the inconsistency of the decisions of the general meeting with the norms of legislation; violation of the requirements of the law and / or constituent documents during the convocation and holding of the general meeting of the company; depriving a member (shareholder, member) of the company of the opportunity to participate in the general meeting. The above conditions are predominantly procedural in nature and may not always be grounds for invalidation of decisions taken at a general meeting.

The legal nature of the decisions of the governing bodies of business societies as non-normative acts is established. The provisions of Art. 203 and 215 of the Civil Code of Ukraine, which determine the grounds for the invalidity of the transaction, and, accordingly, the legal consequences of the invalidity of the transaction under Art. 216 of the Central Committee of Ukraine. The classification of decisions of the governing bodies of companies is proposed according to the criterion of materiality of the committed violation and their consequences.

Key words: corporate law, governing body of a company, method of protection, decision of general meeting, decision of executive body, grounds for application of method of protection, appeal against decisions of general meeting.

УДК 346.7:347.8
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.11

Ірина Доденко,
здобувач кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСНОВНІ РИЗИКИ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ З АВІАПЕРЕВЕЗЕНЬ

Нині спостерігається загострення конкуренції між державами за привілейоване становище на світовому ринку надання послуг з авіаперевезень, де конкурентні переваги дають швидкість, безпечність перевезень та ефективність, які безпосередньо залежать від широкого використання інновацій та високих технологій.

На шлях тісних відносин з багатьма країнами світу, а також із Європейським співтовариством Україна стала в момент ратифікації угод з регулювання відносин у сфері безпеки цивільної авіації, а саме Гаазької конвенції, Монреальської конвенції та протоколу до неї, а також низки регламентів Європейської агенції з авіаційної безпеки.

Приведення вітчизняних норм у відповідність до європейських та міжнародних стандартів безпеки здійснення авіаційної діяльності породжує нову проблему – зв'язок основних понять у полі світової цивільної авіації та української. Яскравим прикладом такого співвідношення є визначення ризиків у сфері авіаційних (повітряних) перевезень.

Ризик – основна характеристика будь-якої підприємницької діяльності. У статті досліджується питання щодо основних ризиків у здійсненні підприємницької діяльності у сфері цивільної авіації. Тема є актуальною, оскільки перевезення становлять потужний економічний кластер не лише для нашої держави, а й для світової спільноти. Тож виникає питання щодо визначення ризиків у цивільній авіації та можливості їх уникнення.

Автор звертає увагу на загальноприйняту класифікацію підприємницьких ризиків та визначає акт незаконного втручання як основну загрозу авіаційній діяльності. Аналіз теоретичного підґрунтя та сучасного законодавства вказує, що ризик (загроза) незаконного втручання стосується законних інтересів як громадян, так і суб'єктів господарювання.

У статті автор розглядає безпеку підприємництва і пов'язує її з безпекою польотів та авіаційною безпекою, також автором запропоновано визначення поняття безпеки авіаційного підприємництва. Подальшої теоретичної розробки потребує класифікація ризиків (загроз) у цивільній авіації саме в аспекті здійснення господарської діяльності її суб'єктами.

Ключові слова: підприємницький ризик, авіаційне підприємство, цивільна авіація, безпека підприємницької діяльності, авіаційна безпека.

Постановка проблеми. Трансформаційні перетворення в економіці України характеризуються не тільки формуванням нових виробничих можливостей, а й зміною відносин в інших сферах життя. Переходу до ринкових відносин стали притаманні різного роду кризи, у тому числі політичного, економічного, суспільного характеру. Кризи, як правило, супроводжуються різноманітними негативними явищами в економіці: поширенням недобросовісної конкуренції, зростанням злочинності.

У процесі здійснення господарської діяльності суб'єкти підприємництва можуть стикатися з протиправними діями й відчувати негативний вплив з боку різних фізичних і юридичних осіб, що безпосередньо чи опосередковано спрямований на дестабілізацію економічного стану. За таких обставин суб'єкти підприємницької діяльності все частіше стають об'єктами різного роду ризиків (загроз).

Що стосується саме діяльності авіаційних підприємств, то незаконне втручання у діяльність авіації з боку фізичних осіб чи суб'єктів підприємницької діяльності становить основну групу ризиків.

У цьому зв'язку постає питання про поняття та класифікації ризиків (загроз) безпеці саме авіаційного підприємництва та запобігання таким загрозам, оскільки зрештою такі загрози виражаються в економічних та фінансових втратах. Центральним є питання щодо визначення безпеки підприємництва через безпеку польотів як запоруку успішного здійснення підприємницької діяльності з авіаперевезень.

Стан досліджень. Проблемі ризиків у підприємницький діяльності присвячено чимало наукових праць. Творчий доробок таких

© І. Доденко, 2020

вчених, як М. Грінберг, М. Шаргородський, А. Піонтковський, Г. Овчиннікова, становить значну частину питання щодо вивчення ризиків та їх основних класифікацій.

Проблеми безпеки підприємництва в контексті розгляду їх економічною та юридичною наукою стали предметом наукових досліджень вчених А. Берлача. В. Геєця, М. Єрмошенка, Я. Жаліла, Ю. Крегула, В. Крутова, В. Курила, В. Ліпкана. О. Ляшенко, В. Нагребельного, А. Сухорукова, В. Шлемка, що належить царині адміністративного права.

Слушно наголосити, що численні дослідження щодо визначення ризиків, їх класифікації та безпеки підприємництва належить теорії господарського права, тоді як питання ризиків під час здійснення діяльності з повітряних перевезень та безпеки польотів як запоруки стабільної діяльності суб'єктів авіаційного підприємництва не висвітлюються.

Метою статті є визначення ризиків (загроз) саме під час здійснення підприємницької діяльності з повітряних перевезень; окреслення поняття безпеки підприємницької діяльності у сфері цивільної авіації та виокремлення законодавства, що регулює такі відносини і являє собою запоруку сталого розвитку діяльності з повітряних перевезень.

Виклад основного матеріалу. У сучасних фінансово-економічних умовах в Україні велике значення має розв'язання проблеми щодо створення сприятливого середовища для підприємництва, його розвитку в період поглинання національної економіки глобалізаційними міжнародними системами, активізації процесу інвестиційної діяльності, охорони та захисту прав суб'єктів підприємницької діяльності від протиправних дій. Один із головних суб'єктів таких правовідносин – суб'єкт авіаційного підприємництва, який є одним зі складників розвитку економічної системи держави, заснованої на засадах конкуренції.

Слід наголосити, що підприємництво являє собою самостійну, ініціативну, систематичну та, що характерно, на власний *ризик* господарську діяльність, відповідно до статті 42 Господарського кодексу України [1]. Практика діяльності суб'єктів підприємництва у сфері авіаційних (повітряних) перевезень свідчить про їх високий ступінь вразливості порівняно з державними структурами, що виявляється у виникненні навколо різноманітних дестабілізаційних факторів у вигляді ризиків (загроз). Тож постає потреба у визначенні таких загроз діяльності авіаційних підприємств.

У загальному розумінні «ризики» – загроза виникнення непередбачених планами та прогнозами матеріальних і фінансових втрат та збитків або недоодержання очікуваних доходів у ході здійснення підприємницької діяльності.

Однією із поширених класифікацій ризиків є розподіл їх на групи за істотними ознаками: перша група – загальні ризики (природні, транспортні, екологічні, політичні); друга група – підприємницькі (майнові, виробничі, торговельні).

До природних ризиків відносять ризики, пов'язані з проявом стихійних сил природи. До чинників виникнення даного ризику відносять землетрус, паводок, епідемію, а також різного роду природні катаклізми.

Екологічні ризики набули своєї актуальності за останні 30 років у зв'язку з інтенсивним розвитком техногенних процесів, пов'язаних із забрудненням навколишнього середовища.

Політичні ризики пов'язані з політичною ситуацією. Політичні ризики виникають у разі порушення умов виробничо-торгівельного процесу. До них відносять всі види ризиків, які викликані адміністративними заборонами фінансово-економічної діяльності підприємств, пов'язані зі змінами наявного в країні політичного курсу.

До політичних ризиків можна віднести: зміни в місцевому та державному законодавствах; можливість націоналізації обладнання; введення ембарго внаслідок відмови нового уряду виконувати певні обов'язки, обмеженість конверсії національної валюти у валюту платежу.

Транспортні ризики – це ризики, пов'язані з перевезенням вантажів такими видами транспорту: автомобільним, морським, залізничним, повітряним. До них можна віднести аварії і катастрофи.

Важливою групою в системі ризиків виступають підприємницькі ризики, які виникають у процесі фінансово-господарської діяльності. Вони характеризуються невизначеністю результату будь-якої комерційної угоди. За структурною ознакою ці ризики поділяються на:

– майнові – пов'язані з імовірністю втрати майна підприємства внаслідок диверсії, крадіжки, перенавантаження технічної та технологічної систем тощо;

– виробничі ризики – пов'язані зі збитком внаслідок зупинки виробництва, а також впливу певних чинників, які призводять до втрати основних та оборотних засобів (споруд, транспорту, сировини), а також ризики, пов'язані із застосуванням у виробництві нової техніки та технології;

– торгівельні ризики – це ризики, пов'язані зі збитками, які були спричинені затримкою платежів, відмовою в платежі в період транспортування вантажів тощо [2; 3, с. 101-105].

Тож, спираючись на загальну класифікацію, можна виокремити ризик (загрозу), що пов'язаний з діяльністю цивільної авіації, – *акт незаконного втручання* – протиправну дію, яка пов'язана з посяганням на нормальну і безпечну діяльність цивільної авіації та її служб відповідно до Додатку 17 Конвенції про міжнародну цивільну авіацію [4, 5].

Закон України «Про державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації» від 23.10.2017 р. № 1965-VIII та Повітряний Кодекс України (стаття 86) визначають вичерпний перелік загроз, що становлять акти незаконного втручання, до яких належать: незаконне захоплення повітряних суден; руйнування повітряного судна, що перебуває в експлуатації; захоплення заручників на борту повітряних суден або на аеродромах; насильницьке проникнення на борт повітряного судна, в аеропорт або в розташування аеронавігаційного засобу чи служби; розміщення на борту повітряного судна або в аеропорту зброї, небезпечного пристрою або матеріалу, призначених для досягнення злочинних цілей; використання повітряного судна, що перебуває в експлуатації, з метою заподіяння каліцтва, інших ушкоджень здоров'ю, смерті фізичній особі або значної шкоди майну чи навколишньому природному середовищу [6; 7].

Із наведеного вбачається, що такі загрози мають комплексний характер і завжди пов'язані із життям і здоров'ям споживачів послуг авіапідприємства – пасажирів – та самим майном суб'єкта господарювання – повітряним судном. Так виникає необхідність «убезпечити» не лише ресурси для здійснення підприємницької діяльності, а й людину.

На думку О. Шепета, безпека – це стан захищеності особи, суспільства, держави від зовнішніх та внутрішніх загроз, що ґрунтується на діяльності людей, суспільства, держави, світової спільноти з виявлення, ослаблення, усунення, відбиття небезпек та загроз, здатних знищити їх, позбавити фундаментальних матеріальних і духовних цінностей, завдати неприпустимого збитку [8, с. 165-168].

Безпека підприємництва (економічна) – стан захищеності життєво важливих і законних інтересів підприємства від зовнішніх і внутрішніх загроз у різних протиправних формах, який забезпечує його стабільність і розвиток.

Тож, якщо йдеться про авіаційне підприємство, слід розглядати таку категорію, як «безпека авіації», що визначає стан захищеності пасажирів як споживачів послуг, персоналу, що провадить діяльність, пов'язану зі здійсненням перевезень та матеріально-технічного устаткування як засобу надання таких послуг.

Підтверджує це частина 1 статті 10 Повітряного кодексу України (далі – ПК України): безпека авіації складається з безпеки польотів, авіаційної безпеки, екологічної безпеки, економічної та інформаційної безпеки. З вищезазначеного випливає, що поняття безпеки авіації має комплексний характер, але виникає проблема щодо однакового застосування термінів «безпека польотів» та «авіаційна безпека», що складають це явище, та співвідношення із терміном «безпека підприємництва» [7].

Згідно з наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації (нині – Державна авіаційна служба) від 25.11.2005 р. № 895 «Про затвердження положення про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті» *безпека польотів* – комплексна характеристика повітряного транспорту та авіаційної діяльності, яка визначає здатність виконувати польоти без загрози для життя і здоров'я людей [9].

Відповідно до Закону України «Про Державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації» від 21.03.2017 р. № 1965- VIII *авіаційна безпека* – захист цивільної авіації від актів незаконного втручання, який забезпечується шляхом здійснення комплексу заходів із залученням людських та матеріальних ресурсів [6].

Враховуючи викладене, можна сформувати поняття *безпеки авіаційного підприємництва,* що являє собою стан захищеності законних інтересів авіаційного підприємства від актів незаконного втручання, виконання польотів без загрози життю і здоров'ю людей шляхом провадження заходів щодо запобігання виникненню ризиків (загроз) із використанням людських та матеріальних ресурсів.

Слід наголосити, що забезпечення безпеки цивільної авіації та уникнення ризиків із пошкодження повітряних суден та загроз актів незаконного втручання в цілому має не лише регіональне, державне, а й міжнародне значення. Тож є відповідний комплекс нормативно-правових актів, що регулюють дане питання. Комплексність полягає в одночасному застосуванні не лише внутрішнього законодавства держави, а й нормативних актів міжнародного характеру та численних двосторонніх угод.

Правове регулювання у сфері безпеки польотів можна поділити на три групи – міжнародне регулювання, регіональне та внутрішньодержавне.

Як приклади міжнародних угод, що покликані боротися з актами незаконного втручання, можна назвати такі: Токійська конвенція 1963 року «Про правопорушення та деякі інші дії, вчинені на борту повітряного судна»; Гаазька конвенція 1970 року «Про боротьбу із незаконним захопленням повітряних суден»; Монреальська конвенція 1971 року «Про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки повітряних суден» а також Монреальський протокол 1988 року «Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, що обслуговують міжнародну цивільну авіацію...», що доповнює конвенцію; Конвенція про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення 1991 року.

Регіональний рівень регулювання пов'язаний із географічним розташуванням нашої держави, де великий вплив на формування політики у сфері забезпечення безпеки діяльності цивільної авіації та уникнення загроз втручання у таку діяльність справляє Європейський Союз.

У 2002 році Європейське агентство з авіаційної безпеки (EASA) було створене як самостійний орган Спільноти і тепер є центральним елементом системи безпеки авіації в ЄС. Агенція приймає велику кількість регламентів щодо регулювання безпеки здійснення діяльності цивільної авіації, до яких долучається й Україна на шляху до об'єднання з ЄС. До основних нормативно-правових актів належать: регламенти Європейського агентства з безпеки польотів № 1139/ 2019, № 965/2012 та № 1178/201.

Внутрішньодержавне регулювання питання ризиків у цивільній авіації покладено на центральний орган виконавчої влади, що провадить політику у сфері цивільної авіації та використання повітряного простору, – Державну авіаційну службу. Законодавство в цьому полі становить собою розгалужену систему нормативних актів, до яких належать Повітряний, Митний, Кримінальний кодекси України, Кодекс України про адміністративні правопорушення, Закон України «Про державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації».

Висновки

Ризики – одна із вагомих частин будь-якої підприємницької діяльності і становить собою загрози виникнення втрат, збитків, неодержання доходів під час здійснення підприємницької діяльності.

Загальна правова теорія визначає основні групи ризиків та розподіляє їх на загальні, до яких належать: природні, екологічні, політичні та транспортні ризики; а також підприємницькі ризики, основну масу яких становлять: майнові, виробничі та торговельні.

Що стосується діяльності авіапідприємств, то основним є акт незаконного втручання, який об'єднує в собі риси, що характерні і підприємницьким, і загальним ризикам. Така загроза пов'язана з майном суб'єкта підприємницької діяльності, а також зі споживачами авіаційних послуг, тож основним завданням суб'єктів є забезпечення безпеки авіаційного підприємництва.

Безпека у сфері цивільної авіації становить собою комплекс відносин із запобігання виникненню ризиків (загроз) і об'єднує в собі забезпечення *авіаційної безпеки* – охорони повітряних суден та всіх важливих об'єктів у сфері цивільної авіації – та *безпеки польотів* – охорони життя і здоров'я споживачів послуг авіапідприємства. Таким чином, *безпека авіаційного підприємництва* являє собою стан захищеності законних інтересів авіаційного підприємства від актів незаконного втручання, виконання польотів без загрози життю і здоров'ю людей шляхом провадження заходів щодо запобігання виникненню ризиків (загроз) із використанням людських та матеріальних ресурсів.

Забезпечення безпеки здійснення діяльності у сфері цивільної авіації та уникнення ризиків (загроз) – актів незаконного втручання – становить пріоритет на шляху глобалізаційних процесів, формування сприятливого інвестиційного клімату та потужного економічного кластеру для багатьох держав, тому світова спільнота укладає велику кількість угод та ухвалює нормативно-правові акти, що регулюють такі відносини. Правове регулювання має комплексний характер, оскільки застосовується низка міжнародних актів, актів регіонального та внутрішньодержавного значення.

Враховуючи зазначене, потребує подальшої теоретичної розробки питання безпеки авіаційного підприємництва, класифікація ризиків у такій діяльності та формування одностайної державної політики та правового регулювання у сфері забезпечення запобігання виникненню ризикам (загрозам) у цивільній авіації, враховуючи положення міжнародних угод та внутрішнього законодавства країни.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 25.03.2020).

2. А.А. Жигірь. Різновиди підприємницьких ризиків та їх класифікація. *Ефективна економіка*. Вип 4. 2012 р. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=1063 (дата звернення: 25.03.2020).

3. В.В. Резнікова, І.М. Кравець. Класифікація ризиків у підприємництві. *Перші наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова 8 лютого 2019 року :* матеріали круглого столу. Київ, 2019. С. 101-105.

4. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_038 (дата звернення: 28.03.2020).

5. Опис додатків до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_655 (дата звернення: 28.03.2020).

6. Про державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації : Закон України від 21.03.2017 № 1965-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1965-19#n50 (дата звернення 31.03.2020).

7. Повітряний Кодекс України від 19.05.2011 № 3393-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17 (дата звернення: 01.04.2020).

8. О.В. Шепета. Поняття, зміст, загрози та складові підприємницької діяльності. *Порівняльно-аналітичне право*. Вип. № 3. Ужгород, 2017. С. 165-168.

9. Про затвердження положення системою управління безпекою польотів на авіаційному транспорті : Наказ Державної авіаційної служби від 25.11. 2005 № 895. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1503-05 (дата звернення: 02.04.2020).

Today, there is increasing competition between countries for the privileged position in the global air transportation market, where competitive advantages are given to speed, security and efficiency that are directly dependent on the widespread use of innovation and high technology.

On the path of close relations with many countries of the world as well as with the European Community, Ukraine began at the moment of ratification of agreements on the regulation of civil aviation security, namely The Hague Convention, the Montreal Convention and its Protocol, as well as several regulations of the European Aviation Safety Agency.

Bringing national standards in line with European and international standards of aviation safety creates a new problem - the connection of basic concepts in the field of world civil aviation and Ukrainian. A striking example of this correlation is the identification of risks in the field of air transportation.

Risk is the main characteristic of any business activity. The article explores the main risks involved in conducting business activities in the field of civil aviation. The topic is relevant because transportation is a powerful economic cluster, not only for our country but also for the world community. Therefore, the question arises regarding the identification of risks in civil aviation and the possibility of avoiding them.

The author draws attention to the generally accepted classification of business risks and identifies the act of unlawful interference as a major threat to aviation activity. An analysis of the theoretical basis and current legislation indicates that the risk (threat) of unlawful interference affects the legitimate interests of both citizens and businesses.

In the article the author considers the security of business and relates it to flight safety and aviation security. The author proposes a definition of the concept of aviation business security. Further theoretical development requires the classification of risks (threats) in civil aviation precisely in the aspect of economic activity by subjects.

Key words: business risk, aviation enterprise, civil aviation, business security, aviation security.

УДК 346.21
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.12

Владислав Єфіменко,
студент ІІ курсу магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ ВПЛИВУ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОГО СПРИЙНЯТТЯ ПІДПРИЄМЦЯ НА РОЗВИТОК ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КОНТИНЕНТАЛЬНІЙ ЄВРОПІ

Стаття присвячена висвітленню питання про роль та значення поняття «підприємець» у соціально-економічних відносинах, які складалися протягом певних історичних періодів, та про вплив сприйняття підприємця на еволюцію підприємницької діяльності як явища. У статті досліджується історичний аспект розвитку підприємця як сегмента суспільства, причини його виникнення та процеси, які зумовлювали зміни у розумінні виду діяльності підприємця. У процесі аналізу розвитку поняття «підприємець» висвітлюються особливості історичних процесів, які відбувалися в континентальній Європі, позиції вчених-економістів та вчених-соціологів, які досліджували зазначене питання в історичній ретроспективі минулих століть, позиції науковців та дослідників сучасності, а також сучасне українське законодавство для демонстрації сприйняття підприємця в сучасному суспільстві. Крім того, у статті приділяється увага визначенню впливу розуміння терміна, що характеризує рід заняття, на сам вид такої діяльності в глобальному сенсі та тому, що вливало більше на розвиток підприємницької діяльності: самі економічні відносини, що виникають під час такої діяльності, чи соціальне сприйняття людини, яка займається підприємництвом. Також зазначено особливості окремого підприємця залежно від того, якими характерними рисами вони наділялись у певному історичному періоді або залежно від соціально-економічних явищ, адже поняття підприємця було доволі неоднорідним і розуміння роду занять такої людини піддавалося змінам. У роботі висвітлені основні економічні течії та їх представники-вчені, які, використовуючи соціально-економічний та історико-економічний підходи, демонструють, як підприємництво як рід діяльності та підприємець як агент або суб'єкт такого роду діяльності випливають один з одного та які функції і з якою метою виконує підприємець в умовах нових економічних процесів XIX-XX століть. Наголошено на важливості розуміння історично зумовлених процесів і їх впливу на соціально-економічні відносини в суспільстві та,- як результат, на подальший розвиток підприємницької діяльності.*

Ключові слова: соціально-економічні відносини, підприємництво, виробництво, торгівля, господарське право, історичний аспект, капітал, прибуток.

Постановка проблеми. Для розуміння тенденцій у розвитку соціально-економічних відносин у суспільстві необхідно розглядати питання взаємозв'язків учасників відносин виробництва, торгівлі, розподілу прибутку, заснування та юридичного базису економічних утворень в історичній ретроспективі, що в глобальному розумінні допоможе дізнатись що, як і коли впливало на розвиток таких відносин. Не є винятком і питання розвитку підприємництва. Важливо висвітлити паралельно підходи як до сприйняття та розуміння терміна «підприємець» як конкретного суб'єкта та члена суспільства, так і до розуміння підприємницької діяльності як сукупності дій, які підприємці виконували та виконують для досягнення поставленої перед ними мети на певному історичному етапі. Постає питання щодо того, що переважало і мало більший вплив на розвиток підприємництва в суспільстві: сама людина як носій певних прав, обов'язків, рушій ідей чи глобальні зміни на рівні взаємин учасників відносин підприємництва, торгівлі тощо? Постановка даної проблеми дасть змогу поглянути на сучасний етап розвитку підприємництва та спробувати сформулювати позицію щодо важливості сприйняття підприємця в сьогоденні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Дослідженню розвитку та ґенези підприємницької діяльності та підприємництва присвячено та опубліковано чимало наукових праць, статей підручників, що підтверджує підвищений інтерес вченої спільноти до проблематики і питання зміни розуміння такого роду соціально-економічних відносин протягом різних історичних

© В. Єфіменко, 2020

періодів. Серед вчених, які проявили інтерес до поставленого питання останнім часом, можна назвати Т. М. Колесник, О. С. Демидова, які у спільній статті [1] також звертають увагу і на поняття «підприємець», а не тільки на сам рід діяльності. Також дослідженням даної теми займався В. М. Мадгізон у його публікації з історії підприємництва як явища [2]. Невід'ємною частиною дослідження розвитку підприємництва є також дослідження розвитку організаційно-правових форм підприємництва, що в теоретичному та практичному аспекті вивчались такими вченими, як І. В. Спасібо-Фатєєва, О. М. Вінник, І. М. Кучеренко [3]. Застосовуючи економічний підхід до досліджуваного питання, такі вчені, як М. В. Вачевський та Н. М. Примаченко, приділяли увагу розвитку підприємництва [4]. А. Г. Загородній, В. П. Мазній порушували питання щодо аналізу розуміння підприємця в аспекті його можливостей та обов'язків, через призму менеджменту [5]. Підприємницьку діяльність як феномен, що виник у людському суспільстві, досліджувала Л. В. Романова у своїй роботі [6], а також В. Селиванов [7] та багато інших дослідників.

Мета статті – висвітлити в історичній ретроспективі основні етапи розвитку підприємництва та поняття «підприємець» як невід'ємної частини соціально-економічних відносин у суспільстві, а також простежити важливість сприйняття підприємця як учасника таких відносин і визначити, що превалювало в еволюції підприємництва – зміна в сприйнятті підприємця-людини чи в сприйнятті підприємницької діяльності як частини суспільних відносин. Крім того, зроблено спробу продемонструвати певні думки щодо сучасного стану підприємництва і можливих тенденцій у розвитку такого роду діяльності в майбутньому.

Виклад основного матеріалу. Не є секретом, що паростки підприємництва в нашому розумінні зародилися ще у сиву давнину, коли матеріальне багатство відігравало роль у підтвердженні статусу власника і коли торгівля активно розвивалася. Щоправда, отримання багатства і прибутку не рідко супроводжувалося використанням сили у вигляді нападів, розбоїв тощо.

Щодо більш чіткого окреслення часу появи підприємництва як роду діяльності в континентальній Європі, то вже за часів античності, у Стародавній Греції, як у провідній за рівнем розвитку державі, Ксенофонт писав про це і порушував питання про те, щоб так зване «хозяйництво» отримало певне етичне окреслення задля спільного підходу учасників таких відносин і для розвитку певної практики у веденні підприємництва того часу [7].

Проте, як зазначає В. Мадгізон у своїй роботі, сприйняття підприємця як людини аж до кінця XIX століття залишалося таким, що ототожнює його з «власником» майна або інших матеріальних багатств, які він реалізовував, хоч такий підхід не міг бути актуальним, адже в нові етапи історичного розвитку його функції, права і обов'язки в ринкових відносинах змінювались, ставали більш різноманітними, гнучкими і він вже не міг бути суто «власником» майна [2, с. 33].

За феодального строю середньовічної континентальної Європи «підприємці» сприймалися в суспільстві як «організатори». Вони займалися організацією фестивалів, парадів, вистав та різних інших заходів. Крім того, вони займалися і проектною діяльністю щодо будівництва на замовлення, про що пишуть у статті Т. М. Колесник., О. С. Демидова та Д. А. Колесник. Із цього випливає, що середньовічний «підприємець-організатор» займався розпорядженням майна свого замовника. А християнська мораль щодо підприємницької діяльності, на думку авторів, передбачала творчий аспект людського вміння розпоряджатися майном так, щоб із меншого створювати більше [1, с. 333].

Такі нові функції «підприємця» середньовіччя вже надають йому рис сучасного розуміння менеджменту та управління, що є прикладом зміни сприйняття підприємництва за нових історичних етапів.

Л. В. Романова звертає увагу на розвиток підприємництва у середньовічній Київській Русі і пов'язує виникнення підприємництва у Східній Європі з купецькою діяльністю, торгівлею та лихварством, хоча збагачення все одно часто було нерозривно пов'язано з проявом насильства і грабежу. На її думку, підприємництво здійснювали подвижники, які концентрували навколо себе ченців, за рахунок чого поселення забезпечувало себе роботою, майном, ресурсами залежно від нагальних потреб конкретного поселення [6].

Крім того, вважається, що юридичним документом, який регулював підприємницьку діяльність у Київський Русі, є кодекс «Руська правда», який був прийнятий за часів князя Ярослава Мудрого [1, с. 333]. Документ вміщав норми, які регулювали цивільні відносини, щодо позик, відсотків тощо.

Рухаючись далі від середньовіччя до пізнього Ренесансу чи раннього Просвітництва, погляд суспільства на підприємця продовжував еволюціонувати. Так, у період пізнього Ренесансу підприємцем стає та людина, яка

бере замовлення від держави на виконання певних робіт, надання послуг чи постачання ресурсів, продукції. У таких відносинах, коли держава ставала замовником, набував значущості аспект відповідальності для підприємця, що ставало важливою рисою підприємницької діяльності, на чому також наголошують Т. М. Колесник та с Демидова [1, с. 333].

Стосовно того, що відбувалося в Україні тих самих часів та загалом у Східній Європі, то великий вплив на регулювання підприємницької діяльності мала Російська Імперія. За часів Петра І Російська Імперія змогла підняти рівень продуктивних сил, що вплинуло на розвиток та державний інтерес у підприємницькій діяльності. Проте держава здійснювала монополістичне та абсолютистське регулювання підприємництва, торгівлі і ринку. Держава самостійно визначала правила виробництва, надання згоди на виробництво, розміщення підприємств у конкретних землях. Україна, перебуваючи під таким прямим впливом адміністрації Російської Імперії, також підпадала під її регулювання. У ті часи розвиток підприємницької діяльності в Імперії був нерозривно пов'язаний із купецтвом і формуванням купецького стану як верстви населення. За ініціативою Єлизавети було сформовано три купецькі гільдії, які мали організувати підприємницьку діяльність у сфері купецтва за видом торгівлі, яка здійснювалася підприємцями. Як вважають Т. М. Колесник та О. С. Демидова, реальним завданням такого оформлення купецтва було більш ретельне та організоване надходження податків від середнього класу, адже багато «підприємців» того часу були задіяні в житті купецьких гільдій. Щодо реального збагачення Імперії за рахунок купецьких гільдій, то такого не відбулося, і великого приросту до скарбниці вони не принесли, хоч надходження податків від купецької діяльності як підвиду підприємництва вже було краще налагоджено ніж раніше. Щодо самого соціального статусу купців, то їх краще організаційне оформлення підвищило їхній статус у суспільстві [1, 334]. Якщо сприймати тогочасних купців як підвид «підприємців», то підвищення їхнього статусу також впливало і на розвиток і сприйняття підприємців як соціального прошарку, на їх популяризацію.

Крім того, в Європі відміна кріпосного права вплинула на розвиток і появу нових організаційно правових форм підприємств, таких як торгові доми, земельні банки, підприємства з акційними частками

Отже, на розвиток підприємництва впливали як історичні процеси, що змінювали цілі формації і відносини між власником і працівником, так і відносини держави і виконавця чи організатора робіт, у яких важливим аспектом стає відповідальність перед замовником, а також нагальні потреби в конкретній роботі конкретного регіону чи міста, що стимулювало появу нових можливостей у підприємців, а тому і нового сприйняття підприємців.

Наступним важливим етапом у розвитку підприємництва та сприйняття підприємця суспільством стає друга половина XIX століття і початок XX, коли відбувається індустріалізація та інноваційні процеси у виробництві, де провідну роль відігравали технологічні досягнення людини.

Нові підходи до розуміння підприємництва розробляли такі вчені, як Річард Кантільон, Йозеф Шумпетер, Адам Сміт та Жан Батіст Сей. Цікавим є те, що вчені цього періоду почали звертати увагу не на саму підприємницьку діяльність, а на підприємця як людину, що є рушієм у розвитку підприємництва.

Річард Кантільон висловлював критику щодо залежності національного багатства від рівня виробництва підприємств, що надавало поштовх до розвитку ідей щодо незалежності ринкових відносин від абсолютистського державного контролю та імперіалізму. На думку вчених того періоду, важливим фактором для підприємництва була саморегуляція ринку і учасників соціально-економічних відносин, які ставали рушійною силою в такій саморегуляції. Л. В. Романова відзначає, що Річард Кантільон був першим, хто ввів у широкий вжиток поняття «підприємець», що походило з французького «entrepreneur» та означало «посередник». Відповідно до її дослідження, Кантільон називав підприємця людиною, яка витрачала власні статки для отримання ресурсів, необхідних для виробництва певного виду продукції. Важливим моментом було те, що підприємець ніс ризики і не знав, за яку ціну зможе реалізувати вироблену продукцію [6]. Тож, на думку автора, «посередництво» підприємців здійснювалось між продавцями матеріалів, ресурсів та покупцем кінцевої продукції, яку підприємець виробляв на власний ризик для отримання прибутку, але не гарантованого, що і характеризувало ризикованість його дій.

Увага до важливості дій підприємця, індустріалізації, що призвело до підняття виробництва, зумовила виникнення класичної школи політекономії, до якої входив зазначений вище Адам Сміт. Саме Адам Сміт та фізіократи наголошували на природному порядку, що в розумінні ринкових відносин і означало саморегуляцію ринку, вільну від ретельного державного контролю.

У своєму аналізі освітлюваної теми В. Мадгізон наголошує, що Адам Сміт починає приділяти увагу підприємцям-людям, таким як роботодавці, ремісники, майстри та інші, але що він не виділяв бізнесменів серед підприємців, хоча бізнесмени як підприємці та «посередники» ставали провідною силою, які рухали природний порядок ринку та окреслювали ризик професії, маючи спільні риси з розумінням підприємця за Річардом Кантільоном. Таким чином, Адам Сміт більший інтерес виявляв до самої праці, а не до соціально-економічних відносин, в середині яких здійснювалася праця [2, с. 35].

Наступним, хто вплинув на новітнє сприйняття підприємця, був французький вчений Жан Батіст Сей, який розглядав підприємця як організатора людей-працівників у рамках виробничої одинці, що відсилає нас до сприйняття підприємця в середньовічний період, адже має спільні риси, однак у XVIII-XIX ст. види діяльності у межах виробничих одиниць стають ширшими і стосуються різноманітніших сфер життя, аніж в епоху середньовіччя.

Такий вчений, як Альфред Маршал, підтвердив і розвинув позиції Жана Батіста Сея у своїй праці «Принципи економіки», наголошуючи, що підприємець є менеджером у тогочасному розумінні [2, 35]. Його менеджментські обов'язки включали організацію та розпорядження як людським ресурсом (працівниками), так і матеріальними ресурсами виробництва, такими як земля, матеріали тощо.

Менеджмент підприємця знову можна порівняти з організаторською діяльністю підприємця феодальних часів.

Ще один серйозний поштовх до еволюції сприйняття підприємця як учасника соціально-економічних відносин, а також і щодо самої підприємницької діяльності здійснив Йозеф Шумпетер.

Як зазначає у своїй статті В. Мадгізон, Йозеф Шумпетер на початку XX століття звернув увагу на підприємця в соціальному аспекті і виокремлював його характерні риси, серед яких були такі, як ініціативність, творчій підхід тощо [2, с. 34].

Таким чином, можна простежити, що вчена спільнота, до якої входили соціологи, економісти, з плином часу розвивала свій погляд на підприємництво під впливом технологічного і виробничого процесу, коли кількість виробництва переходила на другий план, а фактор людської творчості та ініціативності, оригінальності, ризиковості у своїй діяльності ставав на перше місце в ринкових відносинах, адже новаторство та самовираження людини в новому розумінні XX-XXI ст. відповідає сучасним демократичним тенденціям.

Здійснивши аналіз підприємництва та рис, якими наділяли підприємців вчені початку XX століття, можна зіставити його результати із сучасним законодавчим закріпленням поняття підприємництва. Отже, Господарський Кодекс України [8] у статті 42 включає такі характеристики підприємництва, як самостійність, ініціативність, систематичність, ризиковість, що є вже більш-менш усталеними особливостями учасників підприємницької діяльності понад сто років.

Висновки

Виходячи з проведеного аналізу, на думку автора, можна зробити висновок, що сприйняття підприємця як учасника соціально-економічних відносин піддавалося впливу разом зі зміною сприйняття підприємницької діяльності в часи розвитку торгівлі, ринкових відносин. Надалі до розвитку підприємництва активно підключилося державне регулювання, яке ще півтора століття тому мало абсолютистський характер, але, у свою чергу, додало підприємцю нові обов'язки щодо державних замовлень та організаційних можливостей (витоки сучасного менеджменту). Крім того, підключившись до регулювання, держава запроваджувала відповідальність підприємців. Тим не менш XX-XXI століття в демократичних державах континентальної Європи разом з індустріалізацією та технологічним прогресом принесли нові ідеї щодо сприйняття підприємця, де в новітньому історичному періоді, коли відбувається розвиток і захист прав людини, повага до людської особистості, самовираження та ініціативність стала рушійною силою в розвитку підприємництва, в якій першу позицію займають самі підприємці, які запроваджують нові технології виробництва і самостійно рухають ринкові відносини та підприємництво до нових етапів розвитку, з новаторськими ідеями технологій, виробничого процесу, організаційного процесу тощо. У таких умовах держава набула роль «підтримки» підприємництва, а не абсолютизму. Такі риси, як ініціативність, ризиковість, свобода підприємництва (а значить, і підприємця в його діяльності), вже майже завжди фіксуються в законодавчих актах демократичних країн континентальної Європи, підтримуючи таку тенденцію. На думку автора, надалі саме підприємці будуть насамперед вливати на зміну та розвиток підприємництва, на зміну законодавчого регулювання підприємницької діяльності, адже

повага до людської особистості є актуальною засадою демократичних держав. Крім того, автор вважає, що сама людина змінює світ, адже перед початком діяльності стоїть ідея, свобода мислення та ініціативність, яку згодом на практиці реалізовують у діях, що можна простежити і через сприйняття підприємця як учасника соціально-економічних відносин.

Список використаних джерел:

1. Колесник Т. М., Демидова О. С., Колесник Д. А. Історія розвитку підприємництва. *Економічна історія*. Харків : БІЗНЕСІНФОРМ № 1, 2013. 332-334. с.

2. Мадгізон В. М. Історія розвитку підприємництва як соціально-економічного явища. *Молодь і ринок*. 2010. № 7–8 (66-67). 33-37 с.

3. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. 328 с.

4. Вачевський М. В., Мадзігон В. М., Примаченко Н.М. Основи економічних знань 10 – 11 клас : підручник. Київ: ЦУЛ, 2004. 132 с.

5. Загородній А.Г., Мазній В.П. та ін. Основи підприємництва, фінансового менеджменту та маркетингу. Львів: Львівський бізнес Інкубатор при НУ «Львівська політехніка», 1995. 136 с.

6. Романова Л. В. Феномен підприємництва. Київ : Економіка АПК № 2, 1997. 30-36. с.

7. Селиванов В. Підприємництво в Україні: проблеми становлення та перспективи розвитку. *Право України*. 1995. № 83. С. 15.

8. Господарський Кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

The article is devoted to the issue of the role and meaning of the concept of "entrepreneur" in socio-economic relations that have developed over certain historical periods, and how the entrepreneur's perception influenced the evolution of entrepreneurial activity as a phenomenon. The article explores the historical aspect of the development of the entrepreneur as a segment of society, the causes of its emergence and the processes that led to changes in the understanding of the type of activity of the entrepreneur. To analyze the development of the concept of entrepreneur, the article highlights the features of historical processes that took place in continental Europe, the positions of scientists, economists and sociologists who explored the issue in the historical retrospective of past centuries, the position of scientists and researchers of the present, as well as modern Ukrainian legislation and the perception of the entrepreneur in modern society. In addition, the article focuses on determining the impact of understanding the term that characterizes occupation on the very type of such activity in a global sense and because it has influenced more on the development of entrepreneurial activity, the economic relations that arise during such activity, or social perception of man, which is engaged in business. In addition, the article identifies the characteristics of an individual entrepreneur, depending on what characteristics they shared in a particular historical period or depending on socio-economic phenomena, because the concept of the entrepreneur was quite heterogeneous and understanding of the characteristics of such a person was subject to change. The main economic trends and their scientists-representatives demonstrate from the socio-economic and historical-economic approach how entrepreneurship as a kind of activity and the entrepreneur as an agent or a subject of this kind of activity emerge from each other, and what functions the entrepreneur performs and to achieve this goal in the context of new economic processes of the nineteenth and twentieth centuries. Raising this question, the article emphasizes the importance of understanding the historically conditioned processes and their impact on social and economic relations in society, and as a result, on the further development of entrepreneurial activity.

Key words: socio-economic relations, entrepreneurship, production, trade, business law, historical aspect, capital, profit.

УДК 347.191: 347.72:347.77
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.13

Ірина Коваль,
докт. юрид. наук, доцент,
декан юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

Наталія Щербакова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ОСОБЛИВОСТІ УЧАСТІ ЗАКЛАДІВ ВИЩОЇ ОСВІТИ У ЗАСНУВАННІ СУБ'ЄКТІВ ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню питань участі закладів вищої освіти у заснуванні суб'єктів інноваційної діяльності, обґрунтуванню положень щодо удосконалення чинного законодавства.

Обґрунтовано, що в загальному законодавстві, зокрема в Законі України «Про вищу освіту», має встановлюватися загальноприйнятий у національному законодавстві підхід до кола суб'єктів інноваційної діяльності, засновником яких можуть виступати ЗВО. Як такий підхід пропонується застосування вживаного в законодавстві поняття «юридична особа приватного права», яке є системоутворюючою категорією для позначення різних юридичних осіб, що створюються на підставі установчих документів.

Для активізації практики заснування ЗВО інноваційних підприємств, забезпечення балансу інтересів ЗВО та створюваних підприємств вважається доцільним надання права суб'єктам цих відносин у кожному випадку самостійно обирати модель формування статутного капіталу: шляхом повного відчуження прав або тимчасової передачі права на використання об'єкта інтелектуальної власності. У зв'язку із цим пропонується внести відповідні зміни до ст. 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність».

З метою досягнення позитивних зрушень у зазначеній сфері встановлено, що більш доцільним видається спрямування доходів від реалізації засновницьких прав на розвиток науково-технічної, інноваційної діяльності ЗВО. Визначено, що майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Наявність співвласників – ЗВО і творця-працівника – впливатиме на особливості внесення таких прав інтелектуальної власності до статутного капіталу і набуття відповідно корпоративних прав.

Обґрунтовано, що прийнятною організаційно-правовою формою за участю ЗВО, що створюється з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності, є господарське товариство, а саме така його різновидність, як товариство з обмеженою відповідальністю, хоча не виключається застосування такого виду, як акціонерне товариство, або інші організаційно-правові форми, зокрема концерни. До таких створених ЗВО суб'єктів застосовуються загальні положення про господарські товариства, зокрема про товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерні товариства (щодо прав та обов'язків ЗВО як учасника таких суб'єктів, органів управління та компетенції).

Запровадження таких положень у чинне законодавство сприятиме більш ефективній взаємодії між ЗВО та створюваними суб'єктами інноваційної діяльності у просовуванні наукових розробок до виробничої сфери.

Ключові слова: заклад вищої освіти, суб'єкти інноваційної діяльності, господарське товариство, корпоративні права, нематеріальні активи, майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності.

Постановка проблеми. В інноваційних відносинах бере участь широке коло юридичних осіб різних форм власності і напрямів діяльності. Важливе місце в системі учасників інноваційних відносин належить закладам вищої освіти (далі – ЗВО), адже саме вони мають високий потенціал генерування нових ідей і створення об'єктів інтелектуальної власності завдяки об'єднанню зусиль творчих колективів викладачів, аспірантів, студентів, інших суб'єктів освітнього процесу. Для ефективної реалізації цього потенціалу таким закладам потрібно повноцінно увійти до національної інноваційної системи.

© І. Коваль, Н. Щербакова, 2020

Проте законодавче підґрунтя для досягнення цієї мети створено лише частково, що в сукупності з впливом різних негативних чинників функціонування національної економіки значно послаблює вагу ЗВО в розвитку інноваційних процесів.

Як свідчить досвід економічно розвинених країн світу, найбільш ефективною моделлю комерціалізації інтелектуальних продуктів є така, що поєднує зусилля держави, навчальних і наукових установ, бізнесу у просуванні наукових розробок до виробничої сфери. Там уже сьогодні 80% ВВП виробляється із використанням результатів наукових досліджень і нововведень, а інноваційні розробки забезпечують економічне відтворення на якісно новій економічній основі (висока якість виробленої продукції та надаваних послуг, заощадження природних ресурсів, енергії, часу тощо), стимулюють підвищення кваліфікації кадрів та сприяють практичній реалізації неперервного навчання у підприємницькому середовищі, зростання доходів і тим самим закладають фундамент суспільного добробуту [1].

При цьому важливо повною мірою враховувати мотивацію і можливості кожного з учасників такого партнерства, щоб співпраця виявилась максимально ефективною для всіх партнерів. У цьому контексті слід зазначити, що ЗВО беруть участь в інноваційних процесах насамперед як правовласники інтелектуального капіталу, для перетворення якого в інновацію потрібні значні фінансові ресурси і виробничі потужності, що належать, відповідно, бізнесу і державі.

У світовій практиці спостерігаються два підходи до участі ЗВО в інноваційних процесах: 1) створення фірми *spin-off*: провідна роль надається бізнес-структурі (фірма виконує функції управління та координації діяльністю спільного проєкту, навчальний заклад здійснює виконавчі функції та розраховує на подальші замовлення у разі успішного виконання роботи. Такий підхід має місце серед університетів США та Великобританії); 2) створення фірми *spin-out*: провідна роль надається ЗВО (ЗВО приймає управлінські рішення щодо створення spin-out фірми, координує та контролює її діяльність. Підхід характерний для навчальних закладів Центральної Європи) [2, с. 11].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі питанням інтелектуальної власності приділяється чимало уваги. Проте особливості участі ЗВО у заснуванні суб'єктів інноваційної діяльності досліджено неповною мірою, потребує активних обговорень, дискусій щодо вирішення наявних у цій сфері проблемних питань. Серед науковців, які займалися такою проблематикою, варто назвати дослідження таких учених-юристів, як Ю.Є. Атаманова [3], В.П. Кохан [4], О.П. Орлюк [5], Б. Падучака [6], Н.С. Рязанова [7], а також учених-економістів Ж.В. Гарбар [8], В.І. Довбенко [9], Н.Т. Рудь [10] та інших.

Метою дослідження є обґрунтування положень щодо удосконалення законодавства про участь ЗВО у заснуванні суб'єктів інноваційної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Правові засади участі ЗВО в інноваційних відносинах визначено в положеннях Закону України «Про вищу освіту» [11], який до основних завдань ЗВО відносить у тому числі і забезпечення органічного поєднання в освітньому процесі освітньої, наукової та інноваційної діяльності (ст. 26). Загалом, слід констатувати, що вказаний Закон заклав правові основи для адаптації ЗВО до нових умов економічного розвитку. Важливим досягненням Закону України «Про вищу освіту» стало закріплення за ЗВО майнових прав інтелектуальної власності на результати інтелектуальної власності, створені за кошти ЗВО або за кошти державного чи місцевих бюджетів, у тому числі права розпоряджатися цими правами (п. 1 ч. 3 ст. 70 вказаного Закону). Подібний підхід передбачено Законом України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» [12] і щодо технологій. Визнання ЗВО повноцінними правовласниками об'єктів інтелектуальної власності, в тому числі таких, що створені за державні кошти, є поширеною тенденцією у зарубіжних країнах (США, Фінляндія, Швеція), яка довела свою високу результативність. Такий підхід має сприяти підвищенню зацікавленості ЗВО у доведенні інтелектуальних результатів до стану інноваційного продукту.

Важливим кроком щодо залучення ЗВО до інноваційних відносин стало закріплення за такими закладами засновницьких прав (п. 10, 12, 14 ч. 3 ст. 70 Закону України «Про вищу освіту»), а саме:

– право брати участь у формуванні статутного капіталу інноваційних структур і утворених за участю ЗВО малих підприємств, що розробляють і впроваджують інноваційну продукцію, шляхом внесення до них нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності);

– право засновувати підприємства для провадження інноваційної та/або виробничої діяльності;

– право шляхом внесення нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти права

інтелектуальної власності) брати участь у формуванні статутного капіталу інноваційних структур різних типів (наукових, технологічних парків, бізнес-інкубаторів тощо).

Наведені положення в різних формулюваннях закріплюють право ЗВО бути засновниками різних юридичних осіб, які мають на меті провадження інноваційної діяльності. При цьому імперативно зазначено, що внеском до статутного капіталу створюваних суб'єктів з боку ЗВО виступають майнові права інтелектуальної власності (нематеріальні активи).

Такий підхід корелюється і з нормами спеціального законодавства про наукові парки. Відповідно до ч. 3 ст. 13 Закону України «Про наукові парки» [13] вищий навчальний заклад та/або наукова установа беруть участь у формуванні статутного капіталу наукового парку шляхом внесення до нього нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності) у порядку, встановленому законодавством України.

Поряд із зазначеними законодавчими актами правові засади участі ЗВО у створенні господарських товариств визначаються також Законом України «Про наукову і науково-технічну діяльність» [14]. У цьому Законі передбачена ст. 60 «Участь державних наукових установ, державних вищих навчальних закладів у створенні господарських товариств з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності». Вона встановлює, що державні університети, академії, інститути мають право бути засновниками та співзасновниками господарських товариств та беруть участь у формуванні статутного капіталу такого господарського товариства виключно шляхом внесення до нього майнових прав інтелектуальної власності, виключні майнові права на які зберігаються за державною науковою установою або державним університетом, академією, інститутом (ч. 1).

Отже, системний аналіз наведених положень свідчить, що, по-перше, спеціальним законодавством (законами України «Про наукову і науково-технічну діяльність», «Про наукові парки») встановлюється, що ЗВО мають право бути засновниками та співзасновниками інших юридичних осіб такої організаційно-правової форми, як господарське товариство. Тоді як у загальному законодавстві, зокрема в Законі України «Про вищу освіту», передбачається створення ЗВО різних видів юридичних осіб, а саме: інноваційних структур (наукових, технологічних парків, бізнес-інкубаторів), малих підприємств, що розробляють та впроваджують інноваційну продукцію, які за своєю кваліфікаційною характеристикою є елементами різного порядку. Тому видається, що в Законі України «Про вищу освіту» має встановлюватися загальноприйнятий у національному законодавстві підхід до кола суб'єктів інноваційної діяльності, засновником яких можуть виступати ЗВО, а не такий розпорошений перелік різновидів юридичних осіб й інших структур, наведений за різною правовою класифікацію (за організаційно-правовою формою взаємодії науки і підприємництва; за кількістю працівників, чистого доходу та балансової вартості активів). Таким підходом має бути застосування вживаного в законодавстві поняття «юридична особа приватного права», яке є системоутворюючою категорією для позначення різних юридичних осіб, що створюються на підставі установчих документів (ст. 81 Цивільного кодексу України [15]).

По-друге, Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» закріплює більш обмежений підхід до визначення об'єкта інвестування – внеском до статутного капіталу може бути не весь комплекс майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності, а лише право на використання об'єкта, оскільки прямо закріплено, що виключні майнові права зберігаються за навчальним закладом. Така колізія має негативний вплив на реалізацію засновницьких повноважень ЗВО та обсягів їх участі в інноваційних процесах. Якщо для її вирішення застосувати загальноправовий принцип пріоритету спеціальної норми над загальною, можна дійти висновку, що для державних ЗВО має застосовуватись обмеження стосовно внеску до статутного капіталу – лише право на використання об'єкта інтелектуальної власності. Логіка законодавця, з одного боку, є зрозумілою – сприяти збереженню всіх прав інтелектуальної власності ЗВО у його виключному володінні. Проте, з іншого боку, це не враховує інтересів створюваної юридичної особи, а отже, гальмує розвиток співпраці.

Загалом, відомі дві моделі внесення майнових прав інтелектуальної власності як внеску до статутного капіталу юридичної особи: на умовах відчуження засновником майнових прав інтелектуальної власності на користь юридичної особи; на умовах надання засновником дозволу на тимчасове використання об'єктів інтелектуальної власності зі збереженням статусу правовласника майнових прав інтелектуальної власності. На практиці перевага надається першій моделі, оскільки вона дає змогу створюваній юридичній особі отримати повний обсяг правомочностей щодо об'єкта інтелектуальної власності і, відповідно, можливість

вільного залучення набутих майнових прав до різних сфер здійснення підприємницької діяльності. Статус правовласника надає юридичній особі можливість реального та ефективного захисту внесених прав у разі їх порушення, знижує ризики, викликані специфікою правової охорони об'єктів промислової власності, які становлять потенційну загрозу з точки зору передбачуваності реалізації цих прав. Напроти, якщо майнове право інтелектуальної власності залишиться у володінні університету, корпоративна організація буде залежною від нього в усіх аспектах реалізації і захисту прав.

З урахуванням зазначеного для активізації практики заснування ЗВО інноваційних підприємств, забезпечення балансу інтересів ЗВО та створюваних підприємств доцільно надати право суб'єктам цих відносин у кожному випадку самостійно обирати модель формування статутного капіталу: шляхом повного відчуження прав або тимчасової передачі права на використання об'єкта інтелектуальної власності. Для цього потрібно внести відповідні зміни до ст. 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність».

Окремо в зазначеному законі врегульовано питання розподілу дивідендів та доходів від розпорядження частками (акціями) у статутних капіталах господарських товариств, отриманих державним університетом (ч. 3 ст. 60). Передбачено, що отримані кошти використовуються ЗВО на виконання своїх статутних завдань та виплату винагороди творцям об'єктів права інтелектуальної власності. У цьому зв'язку слід зауважити, що спрямування коштів від реалізації корпоративних прав, набутих завдяки переданню майнових прав інтелектуальної власності, на виплату винагороди творцям таких об'єктів є справедливим підходом, проте в конкретних випадках можуть існувати й інші варіанти врегулювання майнових інтересів творців і ЗВО у разі такого інвестування. Питання використання зазначених коштів на використання статутних завдань, якими для ЗВО є надання освітніх послуг, навряд чи є виправданим. Для виконання статутних завдань державний ЗВО отримує бюджетне фінансування та додаткові надходження від надання платних освітніх послуг. З огляду на це для досягнення позитивних зрушень у зазначеній сфері більш доцільним видається спрямування доходів від реалізації засновницьких прав на розвиток науково-технічної, інноваційної діяльності ЗВО, наприклад шляхом створення у ЗВО відповідного фонду підтримки наукових досліджень.

Для прозорої і законної реалізації вищезазначених можливостей законом має бути визначений механізм внесення прав інтелектуальної власності до статутного капіталу. На практиці є різні підходи до правової форми передачі прав інтелектуальної власності (установчий договір, ліцензійний договір, договір про відчуження виключних прав, попередній договір) та порядку такої передачі. Проте невизначеність правової форми і порядку такої корпоративної трансакції ускладнює її реалізацію і створює ризики порушень прав і зловживань.

Значна роль у забезпеченні ефективної реалізації прав інтелектуальної власності належить у нових умовах безпосередньо ЗВО. Спираючись на загальні рамочні положення, які закріплені в законах України «Про вищу освіту», «Про наукову і науково-технічну діяльність», ЗВО має здійснити цілий комплекс юридичних, економічних і організаційних заходів для забезпечення законності і прозорості внесення таких прав до статутних капіталів інноваційних підприємств. Насамперед важливо визначитися з особою-правовласником об'єкта інтелектуальної власності. Закон хоча і встановлює, що ЗВО має право власності на об'єкти інтелектуальної власності (п. 1 ч. 3 ст. 70 Закону України «Про вищу освіту»), разом із тим слід враховувати й інші норми законодавства у сфері інтелектуальної власності щодо розподілу майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, зокрема, які створені на підставі трудового договору. За загальним правилом (ч. 2 ст. 429 ЦК України) майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Отже, наявність співвласників – ЗВО і творця-працівника – впливатиме на особливості внесення прав до статутного капіталу і набуття відповідно корпоративних прав.

Визнання ЗВО засновниками комерційних підприємств покладає на них функції щодо реалізації раніше не властивих цим закладам корпоративних прав. Від ефективності здійснення корпоративних прав залежить у тому числі стан комерціалізації інтелектуальних продуктів, створених підприємствами. Відповідно до ч. 2 ст. 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» права учасника господарського товариства від імені державного університету, академії, інституту здійснює її керівник за рішенням вченої ради наукової установи, університету, академії, інституту. При цьому

слід зазначити, що ЗВО ще не мають сформованих традицій управління корпоративними правами, а тому ця сфера діяльності потребує окремого правового врегулювання.

Втім, натепер за відсутності спеціального законодавчого регулювання щодо управління корпоративними правами ЗВО, застосовуються загальні положення, що стосуються господарських товариств. Практика застосування положень законів України «Про вищу освіту» (п. 10, 12, 14 ч. 3 ст. 70), «Про наукову та науково-технічну діяльність» (ч. 1 ст. 60) щодо участі ЗВО у створенні суб'єктів інноваційної діяльності свідчить про створення саме господарських товариств з обранням такого його виду, як товариство з обмеженою відповідальністю. Причому такий суб'єкт за своєю характеристикою (як організаційно-правова форма взаємодії науки і підприємництва) може бути однією з інноваційних структур (наукових, технологічних парків, бізнес-інкубаторів – п. 1, 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» [16]), яка буде належати до суб'єктів малого підприємництва (малих підприємств – абз. 3 ч. 2 ст. 2 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» [17], ч. 3 ст. 55 ГК України). Наприклад, нині в Україні наукові парки [18] переважно створюються в такій організаційно-правовій формі, як «товариство з обмеженою відповідальністю» (ТОВ «Науковий парк Одеського державного аграрного університету», ТОВ «Науковий парк Київського національного економічного університету», Науковий парк ТОВ «Науковий парк Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут», ТОВ «Науковий парк «ДонНУ-Поділля»), хоча є і такі організаційно-правові форми об'єднань, як «корпорація» (корпорація «Науковий парк Київський університет імені Тараса Шевченка», корпорація «Науковий парк «Миколаївського національного аграрного університету «АГРОПЕРСПЕКТИВА») або «інші організаційно-правові форми» (наприклад, науковий парк «Наукоград-Харків»).

Доцільно зазначити, що хоч на рівні закону законодавець обмежується (ч. 1 ст. 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», ч. 3 ст. 13, ч. 2 ст. 21 Закону України «Про наукові парки») тільки посиланням на те, в якій організаційно-правовій формі рекомендується ЗВО створювати такі суб'єкти, але на локальному рівні ці питання намагаються врегульовувати. Так, зокрема Президією Національної академії наук України розроблено Рекомендації щодо участі наукових установ НАН України у створенні господарських товариств з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності від 17.05.2016 р. № 293 [19], згідно з якими найбільш прийнятним видом господарського товариства, що може створюватися науковими установами НАН України шляхом внесення до статутного капіталу товариства майнових прав інтелектуальної власності, є товариство з обмеженою відповідальністю (п. 2). Вважаємо це абсолютно виправданим, оскільки участь у товаристві з додатковою відповідальністю, повному та командитному товариствах (як учасника з повною відповідальністю) передбачає додаткову солідарну відповідальність засновників за зобов'язаннями товариства всім своїм майном. З урахуванням того, що державні ЗВО, наукові установи НАН України засновані на державній власності та фінансуються за рахунок державного бюджету вони не можуть нести відповідальність належним їм майном за зобов'язаннями інших юридичних осіб, що унеможливлює участь ЗВО, наукових установ НАН України у створенні товариств з додатковою відповідальністю, повних та командитних товариств (як учасника з повною відповідальністю). Проте це не виключає можливості створення за участю ЗВО акціонерних товариств з метою комерціалізації прав інтелектуальної власності.

Питання щодо особливостей формування органів управління в створених ЗВО господарських товариствах також потребує подальшого дослідження. Стаття 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» обмежується єдиною вказівкою на те, що права учасника господарського товариства від імені державної наукової установи, державного університету, академії, інституту здійснює її керівник за рішенням вченої ради наукової установи, університету, академії, інституту (ч. 2). Нині це питання перебуває в площині застосування загальних положень про господарські товариства, засновником або учасником якого виступає ЗВО, зокрема щодо: прав та обов'язків ЗВО як учасника такого товариства (ст. 116, ч. 1 ст. 117 ЦК України, ч. 1 ст. 5, ч. 1 ст. 6 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [20], ч. 1 ст. 25, ч. 2 ст. 26, 29 Закону України «Про акціонерні товариства» [21]); органів управління та їх компетенції (ст.ст. 97–99 ЦК України, ст.ст. 28–30, 39, 40 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, ст.ст. 32, 33, 58–60 Закону України «Про акціонерні товариства»); посадових осіб товариства (ст. 42 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою

відповідальністю», ст. 62, 63 Закону України «Про акціонерні товариства»).

Аналіз законодавства свідчить, що рішення про заснування ЗВО господарського товариства приймає вчена рада такого ЗВО, а права учасника товариства здійснює керівник такого закладу (ч. 2 ст. 60 Закону). Представництво інтересів ЗВО на зборах засновників та загальних зборах учасників товариства з правом голосування здійснює керівник ЗВО або інша особа, уповноважена керівником на підставі виданої довіреності. При цьому керівник ЗВО визначає обсяг повноважень представника щодо прийняття ним рішення та встановлює завдання щодо голосування на зборах. Такі застереження або завдання мають бути відображені у довіреності та можуть встановлюватися на певний період або безстроково. Після закінчення загальних зборів представник має передати керівнику ЗВО копії протоколу загальних зборів та інших документів, які були прийняті на зборах. Керівник ЗВО має право у будь-який час відкликати чи замінити представника на зборах товариства. Надання довіреності на право участі та голосування на загальних зборах від імені ЗВО не виключає право участі на цих зборах керівника такого закладу.

Висновки

У загальному законодавстві, зокрема у Законі України «Про вищу освіту», має встановлюватися загальноприйнятий у національному законодавстві підхід до кола суб'єктів інноваційної діяльності, засновником яких можуть виступати ЗВО, на підставі застосування поняття «юридична особа приватного права», яке є системоутворюючою категорією для позначення різних юридичних осіб, що створюються на підставі установчих документів.

Для активізації практики заснування ЗВО інноваційних підприємств, забезпечення балансу інтересів ЗВО та створюваних підприємств доцільно надати право суб'єктам цих відносин у кожному випадку самостійно обирати модель формування статутного капіталу: шляхом повного відчуження прав або тимчасової передачі права на використання об'єкта інтелектуальної власності. Для цього потрібно внести відповідні зміни до ст. 60 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність».

З метою досягнення позитивних зрушень у зазначеній сфері доцільним видається спрямування доходів від реалізації засновницьких прав на розвиток науково-технічної, інноваційної діяльності ЗВО, наприклад шляхом створення у ЗВО відповідного фонду підтримки наукових досліджень.

Найбільш прийнятною організаційно-правовою формою за участю ЗВО, що створюються з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності, є товариство з обмеженою відповідальністю, що не виключає і створення акціонерного товариства або інших організаційно-правових форм, зокрема концерну.

Запровадження зазначених положень у чинне законодавство сприятиме більш ефективній взаємодії між ЗВО та створюваними суб'єктами інноваційної діяльності у просовуванні наукових розробок до виробничої сфери, а також захисту їхніх законних прав та інтересів.

Список використаних джерел:

1. Бець М.Т. Розвиток академічного підприємництва як складової частини інноваційного потенціалу регіону (на прикладі Львівської області) / М.Т. Бець, Ю.Р. Сокіл. URL: http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/14097/1/4_1624_Vis_725_Ekonomika.pdf. (дата звернення: 20.03.2020).

2. Бондаревська К.В. Перспективи розвитку академічного підприємництва в Україні. *Розвиток академічного підприємництва в закладах вищої освіти та наукових установах України* : круглий стіл (м. Київ, 16 травня 2019). / відп. ред. Д.Ю. Чайка. Київ, 2019. 128 с. С. 10–13.

3. Атаманова Ю. Методологічні засади формування системи засобів реалізації державної інноваційної політки. *Підприємництво, господарство і право*. 2008. № 3. С. 49–53.

4. Кохан В.П. Передача знань науковими установами у контексті розвитку академічного підприємництва. *Розвиток академічного підприємництва в закладах вищої освіти та наукових установах України* : круглий стіл (м. Київ, 16 травня 2019). / відп. ред. Д.Ю. Чайка. Київ, 2019. 128 с. С. 67–69.

5. Орлюк О.П. Залучення у господарський оборот результатів науково-технічної діяльності: визначення пріоритетів та принципів державної політики. URL: http://nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Traeiv/2008/4.pdf. (дата звернення: 20.03.2020).

6. Падучак Б. Майнові права інтелектуальної власності на технологію, що створена за рахунок коштів Державного бюджету. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2009. № 6. С. 38–49.

7. Рязанова Н. Пріоритетні напрями вдосконалення законодавчого регулювання прав на об'єкти інтелектуальної власності, створених за кошти держави. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2011. № 3. С. 15–21.

8. Гарбар Ж.В. Участь ЗВО у місцевому і регіональному інноваційному розвитку. *Розвиток академічного підприємництва в закладах вищої освіти та наукових установах України* : круглий стіл (м. Київ, 16 травня 2019). / відп. ред. Д.Ю. Чайка. Київ, 2019. 128 с. С. 58–62.

9. Довбенко В.І. Роль підприємницьких університетів в інноваційному розвитку економіки. *Розвиток академічного підприємництва в закладах вищої освіти та наукових установах України* : круглий стіл (м. Київ, 16 травня 2019). / відп. ред. Д.Ю. Чайка. Київ, 2019. 128 с. С. 89–95.

10. Рудь Н.Т., Герасимчук З.В. Роль університету в становленні і розвитку регіональних інноваційних систем. *Науково-технічна інформація*. 2011. № 4. С. 33–39.

11. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 37–38. Ст. 2004.

12. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій : Закон України від 14.09.2006 № 143-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 45. Ст. 434.

13. Про наукові парки : Закон України від 25.06. 2009 № 1563-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 51. Ст. 757.

14. Про наукову і науково-технічну діяльність : Закон України від 26.11.2015 № 848-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 3. Ст. 25.

15. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

16. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні : Закон України від 22.03.2012 № 4618-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 3. Ст. 23.

17. Про бухгалтерський облік та фінансову звітність : Закон України 16.07.1999 № 996-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 40. Ст. 365.

18. *Наукові* парки України (офіційна інформація із сайту Міністерства освіти і науки України). URL: https://mon.gov.ua/ua/nauka/innovacijna-diyalnist-ta-transfer-tehnologij/naukovi-parki (дата звернення: 30.03.2020).

19. Про участь наукових установ НАН України у створенні господарських товариств з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності : Розпорядження Президії НАН України від 17.05.2016 р. № 293. URL: http://www.nas.gov.ua/text/pdfNews/gosp_tovarystva_NAN_rozporiadzhennia_293.pdf (дата звернення: 29.03.2020).

20. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018. № 2275-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69.

21. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 50–51. Ст. 384.

The article is sanctified to research of questions of participation of establishments of higher education in founding of subjects of innovative activity, to the ground of positions in relation to the improvement of current legislation.

It is grounded, that in a general legislation, in particular in Law of Ukraine "About higher education", the approach generally accepted in a national legislation must be set in relation to the circle of subjects of innovative activity, where EHE can come forward as a founder of that subjects. As such approach application of the concept "legal entity of private law" used in a legislation, that is systematic and formative category for denotation of different legal entities that is created on the basis of constituent documents, is offered.

For activation of practice of founding of EHE of innovative enterprises, providing of balance of interests of EHE and created enterprises a grant is considered expedient right to the subjects of these relations in every case independently to elect the model of forming of charter capital: by complete alienation of rights or temporal transfer right on the use of object of intellectual property. In connection with that it is suggested to bring in corresponding changes to the Art. 60 Law of Ukraine "About scientific and scientific and technical activity".

With the aim of achievement of positive changes in the field of marked it is set that the more expedient is seemed by aspiration of incomes from realization of constituent rights on development of scientific and technical, innovative activity of EHE. Certainly, that property intellectual ownership rights on the object created in connection with implementation of labour contract belong to the worker that created this object, and legal or physical entity, where or at that he works, together, if other is not set by an agreement. Presence of joint owners – EHE and creator-worker will influence on the features of bringing of such property intellectual ownership rights to the charter capital and acquisition accordingly corporative rights.

Reasonably, that an acceptable legal form at participation of EHE, that is created with the aim of the use of objects of right of intellectual ownership, is business enterprises, namely there is such its variety as limit liability company, application of such kind as joint-stock company, or other legal forms is not eliminated although, in particular concerns. To such subjects of innovative activity, which are created by EHE, are used general provisions about commercial companies, in particular about limit liability companies, joint-stock companies (in relation to rights and duties of EHE as a participant of such subjects, organs of management and competence).

The input of such positions in a current legislation will assist more effective cooperation between EHE and created subjects of innovative activity in sticking of scientific developments to the productive sphere and also to defence of its' legal rights and interests.

Key words: establishment of higher education, subjects of innovative activity, commercial company, corporative rights, non-material assets, property rights on the objects of right of intellectual ownership.

UDC 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.14

Valeriya Slatvinska,
PhD Student of the Department of Economic Law and Process
National University "Odessa Law Academy"

ECONOMIC AND LEGAL MECHANISM OF WATER TRANSPORT REGULATION AS A CONCEPT AND CORRELATE

The article is devoted to the problem of economic and legal mechanism of water transport regulation as a newly created concept in scientific circulation. Attention is paid to the concepts of "mechanism", "legal mechanism", "state mechanism", "mechanism of the state", "public administration", "the mechanism of legal regulation", "economic mechanism" and "mechanism of economic-legal regulation of water transport" through their interpretation and differentiation and formed their relationship. Special attention is paid to the study and for the first time established and stated by the author that the "economic and legal mechanism for regulating water transport" should be understood as a set of methods and methods for managing management and economic activities on water transport. Based on the relationship with related concepts, namely "mechanism", "mechanism of legal regulation", "economic mechanism" and "mechanism of economic and legal regulation of water transport", the author analyzes and determines the place of the concept under study among the existing conceptual and terminological apparatus. It is found that the mechanism is a broad concept that absorbs the concepts of "legal regulation mechanism", "economic mechanism", "legal regulation mechanism", "economic and legal mechanism for regulating water transport" and "economic and legal mechanism for regulating water transport". It is proved that the economic and legal mechanism for regulating water transport is an element of the economic mechanism, the mechanism of legal regulation and the mechanism. In the end, the article emphasizes that the previously established author's concept of "mechanism of economic and legal regulation of water transport" is already a subject of research and is its component. Now we can say that the new mechanism was created to control the economic element of public relations on water transport a set of ways and methods of management, which cannot be said about the previously established author's mechanism the legal nature of which is different. The author concludes that the economic and legal mechanism for regulating water transport indicates its involvement in the sphere of economic law and draws attention to the importance of the economic element in the segment of public relations on sea and river transport. However, it is necessary to focus in more detail in further research on the functions and components of the elements to fully reveal its essence.

Key words: mechanism, state mechanism of governance, mechanism of legal regulation, economic mechanism, economic-legal regulation of water transport.

Problem statement. It should be noted that the regulation of transport, including sea and river transport, requires a set of legal means, which is the mechanism of legal regulation. For the branch of economic law, the economic mechanism and the mechanism of economic and legal regulation are inherent. Author (V.S.) was first posed and discussed the concept of "the mechanism of economic-legal regulation of water transport" (see [1]) however, in the study it was found that social relations on water transport require a deeper understanding on a theoretical level, but in practice there is a need to use a broader set of economic tools of regulation. In this regard, it is the consistent clarification of the content and essence of the concept of "economic and legal mechanism for regulating water transport" that will make it possible to create a theoretical basis for stable economic activity of water transport.

Analysis of recent research. The conceptual apparatus of the economic and legal mechanism for regulating water transport in Ukraine is not sufficiently regulated. It is worth noting the scientific heritage of specialists regarding certain mechanisms in law: V.B. Averyanov, V.V. Galunka, I.P. Golosnichenko, M.S. Kelman, I.M. Korostashova, B.O. Logvinenko, L.R. Nalivayko, O.V. Negodchenko, O.F. Skakun, S.G. Stetsenko, T.A. Plutagar and many others. As for the definition of the concept of "economic and legal mechanism for regulating water transport", its generally accepted definition is absent both in the legal literature and in practice.

The purpose of the article is to determine the concept of "economic and legal mechanism for regulating water transport" based on the correlation with related concepts and to find out its place among the existing conceptual and terminological apparatus.

© V. Slatvinska, 2020

Summary of the basic material. Given the fact that there are now several related concepts, namely: "mechanism", "legal mechanism", "state mechanism", "mechanism of the state", "mechanism of state management", "mechanism of legal regulation", "economic mechanism", "mechanism of economic and legal regulation of water transport", there is a need for a clear distinction between them.

It should be noticed that the "legal mechanism" in the general sense is "an objectified at the normative level, systemically organized set of legal means necessary and sufficient to achieve a specific goal (set of goals)" [2, p. 15]. It should be emphasized that the economic and legal mechanism of water transport is not based on this mechanism.

Note that the "state mechanism" (a system of state and non-state actors, citizens who are constantly interconnected and interacting) [3, p. 138] and the "mechanism of the state" (an internal holistic hierarchical system of state bodies, institutions, enterprises, organizations, which in the course of functioning and interaction with each other ensures the order and organization of public relations, guaranteeing stable protection, protection of human rights, freedoms and interests) [4]; the system of state bodies (the concepts "mechanism of the state" and "state apparatus" are identical); the totality of not only state authorities (legislative, executive, judicial), but also state organizations, enterprises, institutions (educational, scientific, medical and other), as well as the so-called "material appendages" (the army, law enforcement agencies, etc.); the functioning, action of state bodies, their dynamics, etc. [5, p. 289] do not belong to the joint economic and legal mechanism, taking into account their interpretation.

Recall that the "mechanism of public administration" is "a complex system of state bodies organized in accordance with certain principles for the implementation of public administration tasks" [6, p. 73]; the totality and logical relationship of social elements, processes and laws through which the subject of public administration (its components) "covers" the needs, interests and goals of society in managing actions, fixes them in their management decisions and actions and practically implements them, relying on public authority [7, p. 45]; a systematic set of institutions, structures, sequential actions, forms, States and processes in the state as a product of organized human activity, aimed at realizing the interests and needs of people and solving urgent socio-political problems through state influence and regulation of public life on the basis of established social values, norms and rules; is a form of implementation of the functions of the state and has as a subject [8, p. 24]; a set of political, economic, organizational, motivational and legal means of direct influence of state and local government bodies on the object of management [9, p. 88]. The above indicates the different legal nature of the analyzed concept and incompatibility with the concept under study.

According to the analysis, we have a conceptual series that is correlated with the subject of study: "mechanism", "mechanism of legal regulation", "economic mechanism", "mechanism of economic and legal regulation of water transport".

"Mechanism" – "internal structure, system of something" [10, p. 523]; the internal structure, the system of functioning of something, the apparatus of any type of activity [11, p. 348]; internal structure (a system of links); a system, the order of any type of activity; a sequence of condition, processes that define an action, phenomenon; a set of intermediate condition or processes of any phenomena [12]; a set of interrelated and interacting parts, elements in the presence, of internal order and consistency between them, and on the other-differentiation and relative autonomy [2, p. 290]; the interaction between subjects and the center as a strategic game [13]; simultaneously organized and organizing system of events, phenomena, processes, which obeys laws, has a goal, a certain structure by which the goal is achieved [14].

Summarizing the studied interpretations of the concept of "mechanism", it can be noted that: the first – the mechanism is a system, the second – the mechanism cannot exist without a process, and third – it is a tool that ensures the development of the object [15, p. 49].

Traditionally, the "mechanism of legal regulation" is understood as "a system of legal means to overcome obstacles that prevent the satisfaction of the interests of legal entities and through which the law exercises its regulatory influence on public relations" [16, p. 82]; a set of legal means aimed at regulating public relations [17, p. 126]; a certain theoretical and methodological category that allows you to identify the place, "subordination", functions, legal means that are used in the process of legal regulation at various stages, and provides an opportunity to present in the relationship all the legal means based on which legal regulation occurs [18, c. 21]. Thus, the mechanism of legal regulation, on the one hand, functions in one system education-society, and on the other, it is itself a system of elements. It is proved that there are two levels of its functions: external (general social nature, determining the content

of general regulatory impact on society) and internal (directions of legal impact on specific social relations) [19, c. 364].

The concept of the mechanism of legal regulation is related to legal regulation – a form of influence of law on public relations through a system of special legal means. S.S. Alekseev emphasized that law as a regulator is not only one of the most important problems of the theory of law, considered as an institutional normative education. We are faced with a problem of broader scientific significance. This opens up the prospect of a new approach to law in general. This approach, which is unknown to dogmatic jurisprudence, goes beyond its limits, is characterized by the fact that law is considered in action, in motion, according to its inherent potentials and laws, which allows you to see the most significant aspects of the logic of law. The category through which such a scientific perspective is realized is the concept of legal regulation [20, p. 347]. The mechanism of legal regulation is also a category of the theory of law, which should reflect the moment of "movement of the legal form", the way it functions and the system of legal means of influence, which together constitute the mechanism of legal regulation. As you can see, the essence and content of the mechanism of legal regulation are related to the concept of legal regulation. Their relationship is the starting point in the study of the mechanism of legal regulation. In this regard, some authors consider the mechanism of legal regulation as a "technological scheme" of legal regulation [21, p. 90].

In recent years, the term "economic and legal mechanism" has been widely used in special scientific research. Although the most intensive research of the economic mechanism occurred in the 80-s of the last century [22]. However, even today we can confidently say that there is no more or less generally recognized and, most importantly, understandable definition of this concept. The economic basis of any system of government is the built-in way of using limited resources to meet public and private needs, which is embodied in the category of economic mechanism [23, p. 13].

As often stated by G.L. Znamensky, the concept of "economic mechanism" indicates first of organizing the behavior of people and their collectives in the sphere of economy, the way of organizing social production and labor. "The economic mechanism is not the most practical activity of management; it is not the economic management itself, but the prerequisites and methods (methods) of this activity and management... The economic mechanism is a set of specific organizational and economic forms, methods and methods of management. The lines of interaction between Economics and law, Economics and politics run through it. Economic law is a form of existence of an economic mechanism. Consequently, the norms of economic law in the economic mechanism act as a leading component" [24, p. 31–32]; the mechanism of action of economic laws that express the relationship of economic needs, interests, incentives, centralized and non-centralized forms of management and management [25, p. 57]; a system of institutional entities that ensure the coordination of the interests of participants in economic and market exchange [26, p. 123]; "the organic component of the economic system; the functional side of production relations; the way of organizing and managing production with its inherent forms, methods and means that implement socio-economic, organizational-economic and scientific-technological principles and relations to meet the needs of each economic entity and society as a whole" [27, p. 61].

Finally, "the mechanism of economic and legal regulation of water transport" – "a system of legal means aimed at regulating economic relations in water transport, which is implemented with the help of subjects of organizational and economic authority and economic and legal regulation of water transport" [1, p. 122].

Given the conducted terminological monitoring, it is extremely necessary to find out the place of the subject of research.

The hierarchy of these related concepts looks like this:

1) mechanism;
2) mechanism of legal regulation;
3) economic mechanism;
4) economic and legal mechanism for regulating water transport;
5) mechanism of economic and legal regulation of water transport.

As we can see, the mechanism is a broad concept that absorbs all of the above. But the economic and legal mechanism for regulating water transport is an element of the economic mechanism, the mechanism of legal regulation and the mechanism. Relatively previously established by the author (V.S.) of the concept "mechanism of economic and legal regulation of water transport", we emphasize that it is already a subject of research and is its component.

Note that the key word is "economic" which, depending on the location, significantly affects the meaning of the concept and decisively affects the content. Therefore, the economic and legal mechanism for regulating water

transport law should be understood as a set of ways and methods of managing management and economic activities on water transport.

Conclusions

So, from the theory of economic law, the economic and legal mechanism for regulating water transport is a concept and can act as a correlate, provided that it is theoretically correlated with other concepts. Undoubtedly, the economic and legal mechanism for regulating water transport indicates its involvement in the sphere of economic law and draws attention to the importance of the economic element in public relations on sea and river transport. Besides, this mechanism can take over and take economic control of public relations on water transport, which cannot be said about the previously established author's mechanism.

The prospects for further research are seen in the consideration of the functions and components of the economic and legal mechanism of water transport.

References:

1. Слатвінська В. Щодо визначення поняття механізму господарсько-правового регулювання водного транспорту в транспортній системі України. *Юридичний вісник*. 2019. № 1. С. 121–126.

2. Шундиков К.В. Правовые механизмы: основы теории. *Государство и право*. 2006. № 12. С. 12–21.

3. Ковальчук А. Державний механізм забезпечення фінансово-економічної безпеки: теоретико-правовий аспект. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2. С. 136–140.

4. Пильгун Н.В., Хомченко О.В. Особливості механізму держави в Україні. *Журнал східноєвропейського права*. 2016. № 24. URL: https://clck.ru/Mq3KX.

5. Харченко Н.П. Поняття механізму держави, наукові пошуки теоретико-правової дефініції. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского*. 2007. Т. 20. № 59. С. 278–284.

6. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления : курс лекций. Москва : Омега-Л, 2005. 584 с.

7. Лашук О.С. Механізми державного управління розвитком регіону в контексті децентралізації владних повноважень : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата наук державного управління за спеціальністю 25.00.02 «Механізми державного управління». Чернігівський національний технологічний університет, Чернігів, 2019. 190 с.

8. Радченко О.В. Родові ознаки категорії «механізм» у соціальних науках. *Публічне управління: теорія та практика* : зб. наук. пр. Асоціації докторів держ. управління. Харків : Вид-во АДНДУ, 2013. № 3(15). С. 19–25.

9. Зима І.Я. Теоретичні підходи до визначення та формування механізмів державного управління. *Інвестиції: практика та досвід*. 2019. № 15. С. 85–89.

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. 1440 с.

11. Большой экономический словарь / Под. ред. Азрилияна А.Н. Москва : Институт новой экономики, 2011. 1472 с.

12. Словник іншомовних слів / за заг. ред. О.С. Мельничука. Київ, 1974. 776 с.

13. Теория экономических механизмов (Нобелевская премия по экономике 2007 г. часть № 1) / С.Б. Измалков, К.И. Сонин, М.М. Юдкевич. URL: http://institutiones.com/theories/259--2007-1.html.

14. Осипов Ю.М. Основы теории хозяйственного механизма. Москва : Изд-во МГУ, 1994. 92 с.

15. Алєйнікова Н.М. Формування механізму оцінки вартості акціонерних товариств : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата економічних наук (доктора філософії) за спеціальністю 08.00.08 «Гроші, фінанси і кредит (08 – Економічні науки)». Харківський національний економічний університет імені Семена Кузнеця, Харків, 2019. 240 с.

16. Мілаш В.С. Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання : монографія. Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О.М. Бекетова. Харків : ХНУМГ, 2014. 227 с.

17. Андреєв А. Механізм правового регулювання суспільних відносин: окремі аспекти щодо визначення та особливостей. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 6. С. 125–128.

18. Валігура К. Механізм правового регулювання: методологічний аспект. *Visegrad journal on human rights*. 2016. № 2/1. С. 17–22.

19. Куракін О.М. Механізм правового регулювання: теоретико-правова модель : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2016. 40 с.

20. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 710 с.

21. Перун Т.С. Адміністративно-правовий механізм забезпечення інформаційної безпеки в Україні : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Національний університет «Львівська політехніка», Львів, 2019. 268 с.

22. Знаменский Г.Л. Хозяйственный механизм и право. / АН УССР, Ин-т экономики пром-сти; Отв. ред. В.К. Мамутов. Киев : Наукова думка, 1988. 160 с.

23. Беляневич О.А. Принципи пропорційності в господарському праві. *Перші наукові читання пам'яті академіка В.К. Мамутова* : матеріали круглого столу (8 лютого 2019 р., м. Київ). / Наук. ред. В.А. Устименко. НАН України. Ін-т економіко-правових досліджень, 2019. С. 11–16.

24. Мамутов В.К. Экономико-правовой подход к исследованию проблем управления общественным производством. Экономико-правовые проблемы совершенствования хозяй-

ственного механизма. Москва : Институт государства и права Академии наук СССР, 1984. С. 18.

25. Древаль Ю.Д. До питання про сутність та зміст механізмів державного управління. *Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія: Державне управління*. 2014. № 1. С. 57–63.

26. Супрун О.М. Господарський механізм у розвитку та регулюванні економіки. *Вісник Полтавської державної аграрної академії*. 2011. № 1. С. 122–124.

27. Чухно А. Господарський механізм та шляхи його вдосконалення на сучасному етапі. *Економіка України*. 2007. № 3. С. 60–67.

Стаття присвячена проблемі господарсько-правового механізму регулювання водного транспорту як новоствореного поняття у науковому обігу. Приділена увага поняттям «механізм», «правовий механізм», «державний механізм», «механізм держави», «механізм державного управління», «механізм правового регулювання», «господарський механізм» і «механізм господарсько-правового регулювання водного транспорту» шляхом їх тлумачення і розмежування, а також сформовано їх співвідношення. Окрему увагу у дослідженні приділено та вперше встановлено і констатовано автором, що під «господарсько-правовим механізмом регулювання водного транспорту» слід розуміти сукупність способів і методів керування господарюванням і господарської діяльності на водному транспорті. На підставі співвідношення із суміжними концептами, а саме «механізм», «механізм правового регулювання», «господарський механізм» і «механізм господарсько-правового регулювання водного транспорту», автор аналізує та визначає місце досліджуваного концепту серед наявного понятійно-термінологічного апарату. З'ясовано, що механізм є найширшим поняттям, що поглинає концепти «механізм правового регулювання», «господарський механізм», «механізм правового регулювання», «господарсько-правовий механізм регулювання водного транспорту» та «механізм господарсько-правового регулювання водного транспорту». Доведено, що господарсько-правовий механізм регулювання водного транспорту є елементом господарського механізму, механізму правового регулювання та механізму. Зрештою, у статті підкреслюється, що раніше встановлене авторське поняття «механізм господарсько-правового регулювання водного транспорту» є вужчим за предмет дослідження та є його складовим компонентом. Нині можемо стверджувати, що новий механізм створено задля контролю господарського елементу суспільних відносин на водному транспорті сукупністю способів і методів керування, що не можна сказати про раніше встановлений авторський механізм, правова природа якого є іншою. Автор доходить висновку, що господарсько-правовий механізм регулювання водного транспорту вказує на причетність саме до сфери господарського права і звертає увагу на значимість господарського елементу у сегменті суспільних відносин на морському й річковому транспорті, проте необхідно більш детально зосередитись у подальших дослідженнях на розгляді функцій та складових елементів, щоб повно розкрити його сутність.

Ключові слова: механізм, правовий механізм, механізм держави, механізм державного управління, механізм правового регулювання, господарський механізм, механізм господарсько-правового регулювання водного транспорту.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.15

Лілія Амелічева,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ РОБОТОДАВЦЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПІД ВПЛИВОМ КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ

Стаття присвячена проблематиці правового регулювання юридичної відповідальності роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності в умовах запровадження концепції гідної праці, а також розробці пропозицій щодо його удосконалення.

Аргументовано, що юридична відповідальність роботодавця за трудовим правом (а саме, матеріальна відповідальність, що включає в себе і відшкодування роботодавцем немайнової (моральної) шкоди, заподіяної працівнику) у сфері інтелектуальної діяльності і власності є важливим засобом гарантування права на гідну творчу працю працівника, зокрема права на: 1) справедливу, своєчасну і в повному обсязі винагороду за створений службовий витвір, корисний винахід, внесення раціоналізаторської пропозиції, 2) охорону та захист результатів інтелектуальної, творчої діяльності його як суб'єкта авторських повноважень.

Виявлено деякі прогалини й недосконалість трудового законодавства щодо юридичної відповідальності в трудовому праві роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності і власності, а саме: 1) відсутність регулювання нормами Кодексу законів про працю України такої угоди про працю, як «службовий авторський договір», з чітким розподілом прав інтелектуальної власності, створеної під час перебування працівника у трудових відносинах; оформлення разового трудового завдання на створення службового витвору; 2) невідповідність сучасним умовам розвитку інформаційного суспільства норм трудового законодавства про порядок нарахування і виплати винагороди працівнику за результат інтелектуальної, творчої діяльності.

На підставі вищезазначеного запропоновано у чинному Кодексі законів про працю України передбачити окрему Главу «Інтелектуальна, творча праця», в якій слід закріпити сучасні чіткі правові механізми щодо: 1) нарахування й виплати справедливої, своєчасної та в повному обсязі винагороди за створений службовий витвір, корисний винахід, внесення раціоналізаторської пропозиції, 2) охорони й захисту результатів інтелектуальної творчої діяльності. Зазначене буде сприяти створенню для працівників із творчими здібностями більш гідних умов праці, а для роботодавців і суспільства загалом – підвищенню рівня інноваційного розвитку.

Ключові слова: творчість, службовий твір, гідні умови праці, матеріальна відповідальність, немайнова шкода.

Постановка проблеми. Активна й результативна інтелектуальна, творча діяльність в умовах запровадження по всьому світі ідеї гідної праці, ініційованої Міжнародною організацією праці, є запорукою процвітання й успішності будь-якої країни. Адже саме така праця, спрямована на створення та впровадження інновацій, на зростання інтелектуального капіталу країни, є основою для збільшення її валового внутрішнього продукту, формування фундаменту гідних умов праці трудівників.

Висвітлюючи це питання за методологією науки трудового права, слід зазначити, що в умовах переходу від постіндустріального суспільства до інформаційного («знаннєвого») провідну роль у системі суспільного поділу праці відіграє саме право працівника на інтелектуальну, творчу діяльність, яке перетворюється на визначальну силу формування та розвитку як людської цивілізації взагалі, так і окремо взятої працюючої людини зокрема. Право на реалізацію творчих здібностей працівника є важливим складником більш широкого поняття права на гідну працю, забезпечення та захист якого Україна взяла на себе як держава – член важливих світових правозахисних інституцій, таких як ООН і МОП, підтримавши Резолюцію ГА ООН від 25 вересня 2015 року № 70/1 про глобальні цілі сталого розвитку до 2030 року і Декларацію МОП про соціальну справедливість в цілях соціальної справедливості,

© Л. Амелічева, 2020

прийняту Міжнародною конференцією праці на 97-й сесії 10 червня 2008 року.

Роботодавець як сторона трудових відносин, в яких працівник реалізує свої творчі здібності, нерідко нехтуючи чинним законодавством про працю, а також користуючись його недосконалістю, особливо з питань оплати інтелектуальної, творчої праці та правової охорони й захисту її результатів, часто порушує законні трудові права творчих працівників, працівників-новаторів і раціоналізаторів. Численність судових спорів нині, в яких дизайнери, архітектори, художники декоративних мистецтв, працівники –автори корисних моделей виборюють свої трудові права на винагороду за інтелектуальну, творчу працю від роботодавця, вимагають у судах визнати договори про передачу майнових прав інтелектуальної власності роботодавцю недійсними, вкотре яскраво це підтверджують [1; 2; 3]. Однак судовий розгляд і вирішення таких спорів не завжди є дієвими і такими, що захищають зазначені специфічні трудові права цих працівників. Тому саме чітко врегульована юридична відповідальність роботодавця за порушення прав працівника у сфері інтелектуальної діяльності та власності, що завжди сприяє зменшенню кількості такої категорії судових справ, є не менш важливим засобом гарантування права на гідні творчі умови праці. Проблематика щодо галузевої належності норм, що регулюють таку юридичну відповідальність, її недостатнє вивчення вченими трудового права у світлі впровадження в життя концепції гідної праці й зумовлюють актуальність та необхідність проведення сучасного дослідження у зазначеній сфері трудових відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науці трудового права проблематика правового регулювання трудових відносин, під час яких працівники реалізують свій творчий потенціал, а також окремі аспекти юридичної відповідальності роботодавця за порушення прав працівника у зазначеній сфері, незважаючи на її міжгалузевий характер, висвітлювалися у багатьох наукових доробках. Слід зауважити важливі сучасні дослідження і публікації за цією тематикою.

Так, у наукових працях Л. Ю. Бугрова, С. С. Худякової, Ю. В. Варламової, М. І. Гонцова [4], А. Р. Каримової [5] досліджуються поняття «творчість», «творчі працівники», правова регламентація діяльності творчих працівників з позицій трудового права. У дослідженнях Я. Г. Вороніна [6], М. І. Іншина [7], О. С. Яворської [8] висвітлюється проблематика визначення обсягу прав роботодавця та працівника на твір, створений під час виконання трудових обов'язків, що є важливим питанням під час з'ясування наявності підстави та умов притягнення до юридичної відповідальності роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності.

У контексті цього дослідження необхідно зауважити наукові доробки вчених-правознавців інших галузей права. Так, слід відзначити монографію С. В. Корновенка, О. А. Кульбашної, О. С. Парамонової [9], в якій вчені з'ясовують сутність та зміст права інтелектуальної власності науково-педагогічного працівника у вищому навчальному закладі, вивчають підстави виникнення цього права і проблеми його реалізації. У науковій праці С. М. Клейменової детально характеризуються правомочності суб'єктів авторського права [10]. Не менш цінними є наукові праці вчених-економістів А. В. Василик [11], Т. В. Смирнової [12], в яких розглядається формування та становлення «знаннєвої» економіки, окреслюються і систематизуються критерії гідної праці для інтелектуальної сфери діяльності. Не применшуючи значення праць вказаних вчених, слід зазначити, що комплексного дослідження юридичної відповідальності роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності як засобу гарантування гідних творчих умов праці ще не проводилося.

Метою дослідження є висвітлення змісту юридичної відповідальності роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності в умовах запровадження концепції гідної праці, а також виявлення деяких недоліків законодавства про працю, що регулює трудові відносини у зазначеній сфері, й розробка пропозицій щодо його удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Юридична відповідальність роботодавця у сфері інтелектуальної, творчої діяльності є затребуваним напрямом дослідження в науці трудового права, адже цей правовий засіб в ідеалі повинен ефективно забезпечувати захист права на гідну творчу працю працівників.

Право на реалізацію творчих здібностей стосується як професійних творчих працівників (статус яких регламентовано Законом України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07.10.1997 № 554/97-ВР), так і працівників, що виконують некваліфіковану працю. Важливою ознакою творчої праці у трудовому праві є те, що вона здійснюється на підставі трудового договору працівника з роботодавцем, укладеного на одному або одночасно на декількох підприємствах відповідно до ст. 21 КЗпП України як в усній, так і письмовій формі. Творча (продуктивна) праця спрямована на створення і впровадження

інновацій. Водночас її результатом є не лише новий інтелектуальний продукт, а й інтелектуальний розвиток самої особистості [13], що є важливим складником гідної праці.

Працівник у результаті реалізації свого права на творчу працю створює різні інтелектуальні продукти, такі як: службовий витвір, службовий винахід, раціоналізаторська пропозиція, корисна модель й ін. Унаслідок цього у нього з'являються важливі права на винагороду від роботодавця, інші майнові і немайнові права як творця інтелектуальної власності. Однак, як вже вище зауважувалося, роботодавець нерідко порушує ці права, або нехтуючи законодавством, або використовуючи недосконалість правового регулювання таких трудових відносин, особливо з питань правової охорони та захисту результатів інтелектуальної, творчої діяльності працівника. Тому юридична відповідальність роботодавця за порушення прав працівника у сфері інтелектуальної, творчої діяльності потребує сьогодні прискіпливої уваги дослідника.

У трудовому праві роботодавець несе лише матеріальну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання свого трудового обов'язку, внаслідок чого працівнику була заподіяна шкода (у вигляді невиплати або виплати не в повному обсязі винагороди працівнику-винахіднику, заробітної плати професійним творчим працівникам й ін.). Також відповідно до ст. 231 КЗпП України роботодавець повинен відшкодувати і моральну шкоду у разі, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків і вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя. Як правило, працівник звертається до суду, щоб притягнути за це до матеріальної відповідальності роботодавця відповідно до ст. 232 КЗпП України. Хоча у нього також є право ще звернутися і в комісію з трудових спорів відповідно до ст. 224 КЗпП України, щоб відновити своє порушене право на винагороду за процес і результати інтелектуальної, творчої праці.

Необхідно зауважити, які конкретно положення трудового законодавства закріплюють ці права й порушення яких кваліфікується як трудове майнове (немайнове) правопорушення з боку роботодавця, що, своєю чергою, є підставою для притягнення роботодавця до юридичної відповідальності у сфері інтелектуальної діяльності і власності. Так, окремі права щодо оплати праці працівника як винахідника передбачені статями 91 та 126 КЗпП України. Відповідно до ст. 91 КЗпП України за працівником, який створив винахід, корисну модель, промисловий зразок або вніс раціоналізаторську пропозицію, що зумовили зміну технічних норм і розцінок, зберігаються попередні розцінки протягом шести місяців від дати початку їх впровадження й ін. Згідно зі ст. 126 КЗпП України за працівниками – авторами винаходів, корисних моделей, промислових зразків і раціоналізаторських пропозицій зберігається середній заробіток у разі звільнення від основної роботи для участі у впровадженні винаходу, корисної моделі, промислового зразка чи раціоналізаторської пропозиції на тому ж підприємстві, в установі, організації.

Закон України «Про оплату праці» від 24.03.1995 № 108/95-ВР також регламентує реалізацію права працівника у сфері оплати його інтелектуальної, творчої праці. У ст. 2 цього Закону зауважується, що працівнику роботодавець повинен виплачувати винагороду за винахідливість, яка належить до додаткової частини в структурі заробітної плати, що означає гарантування цієї винагороди на законодавчому рівні, а також підкреслює її стимулюючу функцію по відношенню до працівника. Виплати ж в рамках грантів, які здійснюються роботодавцем за результати творчої праці, віднесені за цим Законом до третьої частини в структурі заробітної плати – інші заохочувальні та компенсаційні виплати. Ці виплати характеризуються тим, що вони встановлюються за системами заохочення, затвердженими у колективному договорі підприємства, та мають одноразовий характер. Необхідно зауважити, що і норми КЗпП України, і норми Закону України «Про оплату праці» у сфері оплати інтелектуальної, творчої праці та її результатів є натепер не досить ефективними, адже регулюють питання оплати творчої праці так, як це запроваджено було ще за часів СРСР. На наш погляд, слід розробити на принципах соціального діалогу на рівні Міністерства соціальної політики Методичні рекомендації з включення до колективних договорів та угод положень щодо впровадження різних систем оплати праці, які забезпечують справедливість оплати праці і підвищення ефективності творчої праці, в яких би передбачалися апробовані на практиці в розвинутих країнах більш досконалі, ніж в Україні, системи оплати праці для творчих працівників, такі як відома і поширена в розвинутих країнах система грейдингу, SBP-система стимулювання, що орієнтована на почасову оплату праці і побудована з урахуванням трудових навичок, нова схема розподілу доходів від ліцензування («MaxPlanck-Model»), згідно з якою третину доходу одержує індивідуальний дослідник або група дослідників,

третину – інститут, а останню третину – центральна організація для покриття видатків, тобто стимулювання учасників комерціалізації відбувається через гарантування справедливої частки доходів її головним учасникам й ін. [14, с. 89-90]. Запровадження більш сучасних систем оплати праці не лише буде стимулювати працівників до більш ефективної творчої праці, але й дозволить роботодавцям більш раціонально й ефективно розподіляти кошти фондів оплати праці, а отже, відповідальніше ставитися до забезпечення реалізації права на винагороду працівникам, які займаються інтелектуальною, творчою діяльністю.

У контексті цього дослідження слід звернути увагу на деякі проблеми юридичної відповідальності роботодавця за порушення законних прав працівника на охорону й захист результатів його інтелектуальної, творчої діяльності. Адже зазначені відносини, які за методологією трудового права слід віднести до відносин, тісно пов'язаних з трудовими, ніколи не регулювалися трудовим законодавством. Як слушно зауважує М. І. Іншин, розбіжності і неоднозначності щодо визначення особистих немайнових та майнових прав як роботодавця, так і працівника щодо результатів інтелектуальної власності, які з'явилися під час перебування працівника у трудових відносинах зі своїм роботодавцем, випливають із суперечностей між положеннями ст. 429 ЦК України та спеціальних законів, а саме, ст. ст. 8, 9 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 № 3687-XII, ст. ст. 14, 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 № 3792-XII [7, с. 54-55]. У зв'язку з цим роботодавця взагалі не можна притягнути до матеріальної відповідальності за трудовим законодавством, в якому немає відповідних матеріальних норм, але й до майнової (немайнової) у цивільному праві також притягнути вдається лише за умови звернення до суду. Однак судова практика є різноманітною у застосуванні вказаних колізійних норм, тому в ефективності судового захисту в цих питаннях не можна бути повністю впевненим.

На думку М. І. Іншина, з якою цілком погоджується й автор, єдиним правильним рішенням за такої ситуації з позиції захисту прав як роботодавця, так і працівника (автора) буде чітка регламентація прав і обов'язків працівника зі створення витворів, що можуть мати ознаки об'єкта права інтелектуальної власності, в укладеному письмовому трудовому договорі чи у його посадовій інструкції. Якщо трудове завдання на створення разове, тобто таке, що не стосується постійних трудових обов'язків працівника, однак відповідає посаді та освіті, його слід оформити звичайним наказом із додатком – описом завдання, прав та обов'язків працівника щодо створеного витвору. Працівник має бути ознайомлений із покладеними на нього обов'язками – цю обставину засвідчуватиме його підпис про ознайомлення з посадовою інструкцією чи наказом. Також може бути укладено «службовий авторський договір» з чітким розподілом прав інтелектуальної власності, створеної під час перебування працівника у трудових відносинах [7, с. 55]. На наш погляд, все, що зауважує зазначений вчений, повинно мати своє відображення в чинному КЗпП України.

Висновки

Виходячи з проведеного аналізу нормативних положень трудового законодавства України, спеціальної літератури щодо юридичної відповідальності роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності і власності, можна зробити низку таких висновків.

1. Юридична відповідальність роботодавця за трудовим правом (а саме, матеріальна відповідальність, яка включає в себе і відшкодування роботодавцем немайнової (моральної) шкоди) у сфері інтелектуальної діяльності є важливим засобом гарантування права на гідну творчу працю працівників, зокрема права на справедливу, своєчасну і в повному обсязі винагороду за створений службовий витвір, корисний винахід, внесення раціоналізаторської пропозиції та ін., й права на охорону й захист результатів інтелектуальної, творчої діяльності працівника як суб'єкта авторських повноважень.

2. Виявлено деякі прогалини й недосконалість трудового законодавства щодо юридичної відповідальності в трудовому праві роботодавця у сфері інтелектуальної діяльності і власності, а саме: 1) відсутність регулювання нормами КЗпП України такої угоди про працю, як «службовий авторський договір», з чітким розподілом прав інтелектуальної власності, створеної під час перебування працівника у трудових відносинах; оформлення разового трудового завдання на створення службового твору й ін.; 2) невідповідність сучасним умовам розвитку інформаційного суспільства норм трудового законодавства про порядок нарахування і виплати винагороди працівнику за результат інтелектуальної, творчої діяльності.

3. На підставі вищезазначеного запропоновано у чинному КЗпП України передбачити окрему Главу «Інтелектуальна, творча праця», в якій слід закріпити сучасні

чіткі правові механізми щодо справедливої оплати інтелектуальної, творчої праці працівника, а також охорони й захисту її результатів. Зазначене буде сприяти створенню для працівників із творчими здібностями більш гідних умов праці, а для роботодавців і суспільства загалом – підвищенню рівня інноваційного розвитку.

Список використаних джерел:

1. Постанова Верховного Суду від 05.06.2019 за справою № 465/5652/15-ц. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/83142604 (дата звернення: 04.04.2020).

2. Рішення Франківського районного суду м. Львова від 02.11.2017 по справі 465/8094/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69985408 (дата звернення: 24.03.2020).

3. Постанова Дніпровського апеляційного суду від 12.11.2019 по справі 208/468/18. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/85713164 (дата звернення: 24.03.2020).

4. Бугров Л.Ю., Худякова С.С., Варламова Ю.В., Гонцов Н.И. Творчество и трудовое право. Пермь: Изд-во Перм. ун-та, 1995. 132 с.

5. Каримова А.Р. Правовое регулирование творческого труда: тенденции, проблемы и перспективы развития. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2009. № 3. С. 148–153.

6. Воронін Я. Проблеми регулювання правових відносин між працівником та роботодавцем, які виникають внаслідок створення службового винаходу. *Право України*. 2009. № 5. С. 107–112.

7. Іншин М.І. Права роботодавця та працівника на твір, створений під час виконання трудових обов'язків: сучасний погляд. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 4. С. 54–57.

8. Яворська О.С. Охорона прав інтелектуальної власності науково-педагогічних працівників: здобутки, перспективи, проблеми. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2016. Вип. 63. С. 113–119.

9. Корновенко С.В., Кульбашна О.А., Парамонова О.С. Право інтелектуальної власності науково-педагогічного працівника : монографія. Черкаси: Черкаський національний університет ім. Б. Хмельницького, 2016. 328 с.

10. Клейменова С.М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. 25 с.

11. Василик А. В. Особливості гідної праці та соціально-трудових відносин у сфері інтелектуальної діяльності. *Соціально-трудові відносини: теорія та практика*. 2015. № 2. С. 71–76.

12. Смирнова Т.В. Критерии достойного труда для работников интеллектуальной деятельности. *Вестник Московского университета. Серия «Экономика»*. 2010. № 3. С. 90–99.

13. Базилевич В.Д., Ільїн В.В. Інтелектуальна власність: креативи метафізичного пошуку. Київ, 2008. 687 с. URL: https://goo-gl.su/E7QsYi (дата звернення: 24.03.2020).

14. Монастирська Г.В. Творці інновацій: оплата праці в ЄС, США і в Україні. *Вісник Хмельницького національного університету*. 2009. № 5. Т. 2. С. 87–91.

The article is devoted to the problems of legal regulation of the employer's legal responsibility in the field of intellectual activity in the context of the introduction of the concept of decent work, the development of proposals for its improvement.

It is argued that the legal liability of the employer in labor law (namely, material liability, which includes compensation by the employer for non-material (moral) damage caused to the employee) in the field of intellectual activity and property is an important means of ensuring the right to decent creative activity of the employee, in particular, the right to: 1) fair, timely and in full remuneration for the created work-for-hire, useful invention, making an innovation proposal, 2) protect and defence results of its intellectual activity as a subject of copyright.

Some gaps and imperfections of labor legislation in relation to legal liability in the employer's labor law in the field of intellectual activity and property are identified, namely: 1) lack of regulation by the Labor Code of Ukraine of such an agreement on labor as a "service author's contract" with a clear distribution of intellectual property rights created during the employment relationship, registration of a one-time labor assignment for the creation of a service work; 2) non-compliance with the current conditions for the development of the information society of labor legislation on the procedure for accrual and payment of remuneration to employees for the result of intellectual and creative activities.

On the basis of the above, it is proposed that the current Labor Code of Ukraine provide a separate Chapter "Intellectual, creative work", which should fix modern clear legal mechanisms for: 1) accrual and payment of fair, timely and full remuneration for the created work-for-hire, useful invention, introduction of innovation proposals, 2) protection and defence of the results of intellectual creative activity. This will help to create more decent working conditions for employees with creative abilities, and to increase the level of innovative development for employers and society as a whole.

Key words: creativity, work-for-hire, decent working conditions, material liability, non-property damage.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.16

Євген Дурнов,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри історії держави та права
Національної академії внутрішніх справ

ХАРАКТЕРИСТИКА ПІДХОДІВ ДО ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРОФЕСІЙНОГО ПРАВОРОЗУМІННЯ

У статті здійснено загальнотеоретичну характеристику професійного праворозуміння. Проаналізовано наявні у правовій доктрині підходи до інтерпретації праворозуміння як ключової категорії юриспруденції. Розкрито природу професійного праворозуміння як його окремого рівня (виду). Окреслено особливості професійного праворозуміння юристів-практиків у різних правових сім'ях сучасності. Визначено, що динаміка змін у житті сучасного суспільства, все більша його індивідуалізація та глобалізація відображаються в радикальній трансформації правової реальності, впливають на весь правовий інструментарій і професійну підготовку юристів. У контексті таких змін нового бачення набувають питання професійного праворозуміння як праксеологічної основи практичної юридичної діяльності. Проблема професійного праворозуміння є вкрай важливою і складною, оскільки не зводиться до простого знання національного і міжнародного права та використання цих знань у процесі вирішення конкретних юридичних справ. Юридична діяльність потребує поєднання абстрактного і конкретного, виокремлення правового аспекту будь-якої проблеми, що розглядається, узагальнення та класифікації різноманітних юридично значущих явищ, подій і фактів. Зроблено висновок, що смислова характеристика права і професії юриста завжди повязані з можливостями запобігання виникненню конфліктних ситуацій, а у разі виникненя конфліктів – досягнення оптимального їх вирішення. Так само як метою права з моменту його становлення у стародавньому суспільстві до наших часів є забезпечення цілісності людського існування від роду чи племені у стародавньому суспільстві до сім'ї та держави в сучасному житті. Якщо науково-теоретичне праворозуміння передбачає досягнення систематизованості, впорядкованості, визначеності норм права, то професійне розуміння права акцентує увагу на його індивідуалізованих формах, що передбачають активний, творчий вплив юристиків-практиків тощо. На формування, функціонування та розвиток професійного праворозуміння суттєво впливають не тільки, чи навіть інколи не так раціональні, як ірраціональні моменти (аспекти), притаманні індивідуальній творчості суб'єктів практичної юридичної діяльності.

Ключові слова: право, праворозуміння, юридична діяльність, юридична практична діяльність.

Постановка проблеми. Проблему розуміння права без перебільшення можна віднести до числа «вічних». Починаючи з виникнення професійної юридичної діяльності й дотепер не було й немає, мабуть, жодного юриста, який би не замислювався над питанням, що таке право, і не намагався дати відповідь на нього. Тим більше зросла увага до цього питання із зародженням теоретичних знань про право. Сотні й тисячі років мислителі різних народів – філософи, соціологи, правознавці – намагалися його з'ясувати. Проте проблема праворозуміння і нині залишається центральною для юриспруденції.

Адже право – це соціокультурне явище, що нерозривно пов'язане з конкретним буттям, воно функціонує у глибинах життя, рухається в часі й змінюється разом із ним. І хоч у праві втілюються «вічні» цінності – ідеали справедливості, свободи, рівності, їх зміст із плином часу також зазнає змін: з'являються нові грані, зв'язки, прояви, виміри, які потребують поглибленого осмислення. Розвивається, змінюючись, також низка чинників, які впливають на праворозуміння, – цивілізаційних, релігійних, моральних, національних, міжнародних тощо. Істотний вплив на множинність підходів до праворозуміння справив також бурхливий розвиток різноманітних наук, як природничих, так і суспільних і гуманітарних. Характерною рисою загальнонаукового розвитку в цих умовах є міжнаукові інтеграційні процеси. Усе частішими стають спроби використання здобутків одних галузей наукових знань для дослідження інших, зокрема й традиційних, унаслідок чого виникають нові наукові напрями на стиках різних наук, а нерідко й нові міждисциплінарні науки. Не оминули міжнаукові інтеграційні процеси і правознавства, зокрема його центральної проблеми – праворозуміння [1, с. 10-11].

Праворозуміння є початковою, вихідною категорією юриспруденції. У межах

© Є. Дурнов, 2020

розуміння сутності права знаходиться першоджерело проблемності юридичної науки в цілому. Упродовж багатовікової історії генези права науковий інтерес до нього не згасає, а, навпаки, постійно зростає. Це підтверджується винятковою увагою, яка виявляється до права на початку цього тисячоліття, коли останнє почало набувати нових, принципово відмінних властивостей, зумовлених швидким розвитком інтеграційних, глобалізаційних і реформаційних процесів. Такі масштабні зміни поставили низку нових завдань перед людством. Від їх успішного вирішення значною мірою залежить суспільний поступ усіх країн світу, в тому числі й України [2, с. 26].

У зв'язку з цим особливої актуальності набуває загальнотеоретична характеристика професійного праворозуміння, що становить **мету цієї статті.** Для її успішного досягнення пропонується вирішити такі завдання: по-перше, проаналізувати наявні у правовій доктрині підходи до інтерпретації праворозуміння; по-друге, розкрити природу професійного праворозуміння в якості його окремого рівня (виду); по-третє, окреслити особливості професійного праворозуміння юристів-практиків у різних правових сім'ях сучасності.

Виклад основного матеріалу. Зрозуміло, що право як явище соціальної дійності потребує тлумачення, роз'яснення не тільки відповідно до окремих шкіл або напрямів його вивчення, але й з багатьох інших позицій, точок відліку тощо. Не останнє місце в інтерпретаційному виявленні сутності права належить практичним вимірам і підходам [3, с. 25]. В юридичній енциклопедичній літературі зазначається, що праворозуміння – це усвідомлення правової дійсності через призму правових теорій, доктрин, концепцій. Праворозуміння є формою пізнання сутності та ролі права в регулюванні суспільних відносин. Воно засноване на науковому обґрунтуванні юридичних явищ, належній правовій культурі та правосвідомості громадян. Формуванню правосвідомості сприяють також різні види тлумачення права в тому числі конституційними судами. Праворозумінню як складному явищу властиві такі підходи до пізнання права: нормативний, генетичний, системний, соціологічний, функціональний, аксіологічний, психологічний тощо. Провідне місце серед них займає гуманістичне розуміння права як соціальної цінності й одного з найважливіших надбань цивілізації [4, с. 48].

Розуміння права завжди базувалося на загальному світорозумінні, уявленні про закономірності існування природи та суспільства. Відповідно до позиції П. М. Рабіновича, праворозуміння – це відображення в людській свідомості за посередництвом поняття «право» (чи будь-якого іншого однозначного з ним слова або символа) того явища, яке оцінюється як корисне для задоволення потреб існування й розвитку певного суб'єкта, або ж безпосередньо цих потреб. Інакше кажучи, це роз'яснення (інтепретація) того, які саме зі згаданих явищ відображаються поняттям, позначеним словом «право» [5, с. 4].

На думку О. Ф. Скакун, праворозуміння (розуміння права) доречно визначити як інтелектуальний процес осмислення права, певне його бачення, виражене в конкретних підходах (концепціях) про його сутність, призначення та функціонування. Праворозуміння може бути професійним і непрофесійним, науковим і позанауковим [6, с. 226]. У свою чергу Т. І. Дудаш під праворозумінням пропонує розуміти герменевтико-мисленнєвий процес побудови та перевірки інтерпретаційної гіпотези стосовно можливості відображення поняттям права одного чи декількох явищ, а також результат цього процесу. Останній досягається такими герменевтичними механізмами: а) смисловідшукуванням правоявища, або б) смислотворенням правоявища, або ж в) їх «переплітанням», поєднанням на різних стадіях процесу праворозуміння. Оскільки праворозуміння підпорядковується загальним герменевтичним закономірностям, а також з урахуванням його мовного аспекта Т. І. Дудаш робить висновок, що явища, які відображаються поняттям права, у принципі не можуть бути зведені лише до одного, єдиного [7, с. 11]. Загальні теоретичні уявлення, знання, здобуті в ході пізнавальної діяльності суб'єкта, про право як належне, його місце і роль у суспільстві, конкретні та загальні правові дозволи, заборони, оцінка та ставлення до них як справедливих або несправедливих, а також різні підходи, аспекти, погляди щодо поняття права, його сутності, змісту та форм існування становлять зміст сучасного праворозуміння [8, с. 7].

Варто зазначити, що «шлях», пов'язаний із праворозумінням, завжди був тернистим і доволі складним. Пошук оптимального або універсального визначення права характерний для вітчизняної та зарубіжної юриспруденції як у минулому, так і нині. Питання про сутність права ускладнюється й тим, що вона не може бути виявлена індуктивним шляхом, у процесі виокремлення деяких ознак, притаманних усім чи більшій частині правових явищ. Такий шлях у кращому випадку

дозволяє виявити деякі дійсно важливі властивості права, але він не здатний довести, що ці властивості притаманні праву, становлять його сутність і все, що не має таких властивостей, не є правом. Проте саме в такий спосіб юристи намагаються розкрити сутність права.

Згідно з міркуваннями Ю.В. Кривицького, праворозуміння – це процес і результат цілеспрямованого пізнання та сприйняття сутності та змісту права як особливого соціокультурного явища, його функціонування і призначення в житті людини, суспільства та держави. Праворозумінню притаманні такі ознаки: по-перше, пізнавальний характер, тобто праворозуміння являє собою процес пізнання та результат усвідомлення сутності та змісту, функціонування і призначення права в житті людини, суспільства та держави на рівні буденних уявлень або наукових чи професійних знань; по-друге, загальноправовий характер, тобто змістом праворозуміння виступають знання про сутність і зміст права, його функціонування та призначення в житті людини, суспільства і держави; по-третє, теоретичний характер, тобто праворозуміння спрямоване не на отримання фактів, а на виявлення внутрішніх зв'язків, загальних і специфічних закономірностей розвитку правової дійсності; по-четверте, інтегративний (синтетичний) характер, тобто праворозуміння є одночасно процесом і результатом пізнання сутності права, характеристикою й оцінкою відношення до образу права в суспільній правосвідомості [2, с. 26].

Як науково-теоретична конструкція (абстрактна модель) праворозуміння може бути представлене через єдність таких елементів: 1) суб'єкт праворозуміння – певна людина (громадянин, юрист-практик, учений-правознавець), наукове співтовариство, суспільство загалом; 2) об'єкт праворозуміння – право в планетарному масштабі, право конкретного суспільства, окремі складові права; 3) зміст (результат) праворозуміння – загальні уявлення, знання (ідеї, концепції, вчення, доктрини, теорії) про право, здобуті в ході пізнавальної діяльності суб'єкта. Таким чином, праворозуміння може розглядатися як інтелектуальна діяльність людини (суб'єкта праворозуміння), спрямована на пізнання права (об'єкта праворозуміння), та як елемент пізнавально-правової діяльності, що призводить до розуміння сутності та змісту права, його функціонування і призначення в житті людини, суспільства і держави (результат праворозуміння) [9, с. 109].

Праворозуміння може бути індивідуальним і колективним (окремих соціумів і прошарків); доктринальним, професійним або побутовим, загальновизнаним на рівні національної ідеї. За джерелами формування та глибиною відображення правової дійсності в загальнотеоретичній правовій літературі, як відомо, традиційно виокремлюються три рівні правосвідомості: буденний (повсякденний, побутовий), професійний (практичний) і науковий (теоретичний). За аналогією з цими рівнями можна, очевидно, виокремити відповідні рівні (види) розуміння права. На переконання М. І. Козюбри, професійному рівню праворозуміння притаманні не лише почуттєво-наочне сприйняття права та інших правових явищ, а й апеляція до понять і категорій, за допомогою яких формуються систематизовані знання про право. Професійне праворозуміння ще з часів І. Канта і Г. Гегеля досить часто іменують практично-прикладним, на відміну від теоретичного. По суті ж практичний підхід до розуміння права відомий ще за часів античності. Він розроблявся римськими юристами. Носіями цього рівня праворозуміння і нині є особи, котрі професійно займаються юридичною практикою, тобто практикуючі юристи [1, с. 17].

Сучасне життя передбачає своє розуміння права. Проте безперечним фактом є те, що ніщо не виникає з нічого і ніщо не повертається в ніщо. Нинішній європейський правник – це людина, яка живе повнокровним, органічним життям свого народу, цивілізації і не виношує ідеї встановлення абсолютної влади над всесвітом і людиною в усіх її вимірах. Сучасний європейський науковець – це професор університету і практикуючий юрист одночасно, тобто це той дослідник, який, ведучи мову про праворозуміння, робить це, з одного боку, на науковому, з іншого – на практично-прикладному рівні [10, с. 130]. При цьому на відміну від населення, якому досить знати принципи (аксіоми) права і найбільш поширені (потрібні) норми права, юристи повинні ґрунтовно знати принципи й норми тих галузей та інститутів права, з якими вони працюють, а також уміти правильно реалізувати, застосовувати і тлумачити норми права.

Образ права в інтерпретації представників професійного праворозуміння, безперечно, повніший, ніж його образ на рівні буденного уявлення про право. У ньому більше раціоналізму, тобто тих спеціальних знань, які вони здобули під час навчання в юридичних закладах вищої освіти. Проте й на цьому рівні у сприйнятті права превалює особистісний досвід. Значний вплив на праворозуміння (створення образу права) в цьому випадку здійснює безпосередня

юридична практика суб'єкта. Звичайно, праворозуміння, приміром, суддів, особливо вищих судових інстанцій, з огляду на саму специфіку їхньої юридичної діяльності, істотно розширює бачення права порівняно з іншими суб'єктами практичної юридичної діяльності. Однак і їхнє праворозуміння, як правило, не може претендувати на всесторонність, системність і достовірність. Як слушно зазначають Р. Давид і К. Жоффре-Спінозі, сенс підготовки юриста не в тому, щоб він вивчив напам'ять і в деталях чинні норми права. Наврядчи це знадобиться йому через десять років у професійній роботі, для якої більша частина цих норм стане непотрібною. Проте йому важливо зрозуміти сутність права як загальнолюдського, наднаціонального явища, сутність, яку неможливо самовільно змінити розчерком пера національного законодавця [11, с. 26].

Незважаючи на тривалу історію формування професійного праворозуміння, національні та цивілізаційні відмінності у сприйнятті права в різних правових сім'ях зберігаються й донині. Це помітно навіть на європейському правовому просторі: так, у країнах «загального права» і континентальної правової сім'ї одні й ті самі акти прийняття судових і адміністративних рішень психологічно сприймаються по-різному. Якщо в країнах романо-германської (континентальної) правової сім'ї ці акти розглядаються як застосування права, як «прикладання» сформульованої в законі загальної норми до конкретного випадку, то в країнах англо-американської правової сім'ї («загального права») вважається, що суддя, вирішуючи справу, незважаючи на його зв'язаність законами і прецедентами, кожного разу створює право для конкретного випадку. І хоча в умовах інтеграційних і глобалізаційних процесів, які бурхливо розвиваються, помітне певне зближення позицій між правниками названих правових сімей щодо ролі суддів у процесі правотворення, проте відмінності у правовому мисленні практикуючих юристів, які представляють ці правові сім'ї, зберігатимуться, очевидно, й надалі [1, с. 17].

Привертає увагу точка зору С. Д. Гусарєва про те, що юридична діяльність, як явище соціального та правового походження, здійснюється в конкретних умовах реального життя, особливості яких відбиваються відповідно в її характеристиках, порядку здійснення тощо. Специфіка загальної та правової культури, традиції та інші правові фактори з необхідністю впливають на суб'єктні, формальні, процесуальні властивості юридичної діяльності й таким чином визначають її характерні риси. Фактором, який суттєво впливає на правову практику в усіх її формах і видах, є природа національної правової системи як чинник комплексної дії. Спорідненість національних правових систем визначає загальні властивості юридичної професії в різних країнах, проте своєрідність національної правової реальності зумовлює й специфіку юридичної діяльності в кожній з них. Тому існування окремих правових сімей дозволяє говорити як про наявність загального, так і про наявність особливого в галузі здійснення юридичної роботи. Таким загальним фактором-умовою (детермінантою), що визначає спільність правових робіт у різних країнах, є право в контексті загального для них праворозуміння, історичних умов та особливостей виникнення юридичного права як соціального регулятора, ролі інших регуляторів у наповненні соціальним змістом юридичної норми, ролі позитивного права в механізмі соціального регулювання. Так, у країнах, правові системи яких належать до романо-германської та англо-американської правових сімей, право порівняно з іншими соціальними регуляторами є основним засобом соціального регулювання. Тоді як у країнах мусульманського, традиційного та звичаєвого права таким регулятором визнаються відповідно релігія, традиції та звичаї, внаслідок чого зовсім іншою є юридична робота у країнах неєвропейської правової культури. Тому у процесі аналізу професійної діяльності юристів різних правових сімей виявляються риси загального та особливого в її змісті, формах, ідеології, соціальній ролі тощо [12, с. 22].

А втім, відмінності у правовому мисленні та у сприйнятті права загалом (вони ще істотніше проявляються у правових сім'ях позаєвропейської цивілізації) зовсім не перешкоджають формуванню більш-менш єдиної юридичної практики з низки питань. На думку К. Цвайгерта та Х. Кьотца, в різних правових системах, незважаючи на всі відмінності в їх історичному розвитку, доктринальних поглядах і стилях мислення, вирішують одні й ті ж юридичні проблеми, аж до найдрібніших деталей, однаково, або ж значною мірою схоже. Це дає змогу в певному сенсі говорити про «презумпцію ідентичності» як інструмент для прийняття практичних рішень.

Виняток у приватному праві становлять суто суб'єктивні й етично зумовлені питання – переважно сімейного і спадкового права, які перебувають під сильним впливом національно забарвлених моральних і етичних цінностей, що своїм корінням сягають релігійних уявлень та історичних традицій розвитку культури, характеру нації тощо.

Це свідчить про те, що значення самого терміна «право» у практичній юридичній діяльності не слід перебільшувати. За всього розмаїття його значень сучасні юристи-практики досягли певного консенсусу в його сприйнятті, хоча, очевидно, і не завжди належно усвідомленого. Це досягається, передусім, завдяки зближенню позицій у розумінні правових цінностей, нагромаджених за багатовікову історію розвитку права, практичному досвіду, здоровому глузду та відчуттю права. До теоретичного осмислення права у всій його багатогранності й розмаїтті, зокрема й термінологічного, вони, як правило, не доходять, проте ступінь його осягнення як цілісного, системного явища на цьому рівні праворозуміння є досить високим [1, с. 18].

Висновки

Отже, динаміка змін у житті сучасного суспільства, все більша його індивідуалізація та глобалізація відображаються в радикальній трансформації правової реальності, впливають на весь правовий інструментарій і професійну підготовку юристів. У контексті таких змін нового бачення набувають питання професійного праворозуміння як праксеологічної основи практичної юридичної діяльності. Проблема професійного праворозуміння є вкрай важливою і складною, оскільки не зводиться до простого знання національного і міжнародного права та використання цих знань у процесі вирішення конкретних юридичних справ. Юридична діяльність потребує поєднання абстрактного і конкретного, виокремлення правового аспекту будь-якої проблеми, що розглядається, узагальнення та класифікації різноманітних юридично значущих явищ, подій і фактів. Смислова характеристика права і професії юриста завжди повязані з можливостями попередження виникнення конфліктних ситуацій, а у разі виникнення конфліктів – досягнення оптимального їх вирішення. Так само як метою права з моменту його становлення у стародавньому суспільстві до наших часів є забезпечення цілісності людського існування від роду чи племені у стародавньому суспільстві до сім'ї та держави в сучасному житті. Якщо науково-теоретичне праворозуміння передбачає досягнення систематизованості, впорядкованості, визначеності норм права, то професійне розуміння права акцентує увагу на його індивідуалізованих формах, що передбачають активний, творчий вплив юристиків-практиків тощо. На формування, функціонування та розвиток професійного праворозуміння суттєво впливають не тільки, чи навіть інколи не так раціональні, як ірраціональні моменти (аспекти), притаманні індивідуальній творчості суб'єктів практичної юридичної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні. *Право України*. Київ, 2010. № 4. С. 10–21.

2. Кривицький Ю. В. Праворозуміння як світоглядний і методологічний фундамент правової реформи. *Право і суспільство*. Дніпро, 2017. № 5. Ч. 2. С. 25–30.

3. Письменна О. П. Праксеологія праворозуміння в різних умовах суспільного буття. *Право та державне управління*. Запоріжжя, 2018. № 1. Т. 2. С. 25–29.

4. Шемшученко Ю. С. Праворозуміння. Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 5 : П – С. 2003. С. 48–49.

5. Рабінович П. Сутність праворозуміння. *Право України*. Київ, 2007. № 9. С. 3–6.

6. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підруч. 4-те вид. допов. і перероб. Київ : Алерта, 2014. 524 с.

7. Дудаш Т. І. Праворозуміння: герменевтичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2008. 19 с.

8. Кравець В. М. Типи праворозуміння як методології основних філософсько-правових дискурсів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Київ, 2003. 17 с.

9. Теорія держави та права : навч. посіб. / Є. В. Білозьоров та ін. / За заг. ред. С. Д. Гусарєва, О. Д. Тихомирова. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. 320 с.

10. Мінченко О. В. Світоглядні засади праворозуміння юристів романо-германської правової сім'ї. *Альманах права. Праворозуміння та правореалізація: від теорії до практики*. Київ, 2011. Вип. 2. С. 130–133.

11. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. Москва : Междунар. отношения, 2009. 456 с.

12. Гусарєв С. Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2007. 35 с.

The article describes the theoretical description of professional understanding of law. Approaches to interpreting understanding of law as a key category of jurisprudence are analyzed in the legal doctrine. The nature of professional understanding of law is disclosed as its separate level (species). The features of professional legal understanding of practitioners in different legal families of the present are outlined. It is determined that the dynamics of changes in the life of modern society, its increasing individualization and globalization are reflected in a radical transformation of the legal reality, affecting all the legal tools and professional training of lawyers. In the context of such changes in the new vision, the issue of professional

legal thinking becomes a praxeological basis for practical legal activity. The problem of professional legal thinking is extremely important and complex because it does not come down to a simple knowledge of national and international law and the use of this knowledge in the process of resolving specific legal cases. Legal activity requires a combination of the abstract and the concrete, the separation of the legal aspect of any problem under consideration, the generalization and classification of various legally significant phenomena, events and facts. It is concluded that the semantic characteristics of the law and profession of a lawyer are always associated with the possibility of preventing the occurrence of conflict situations, and in the event of conflicts, achieving their optimal resolution. Just as the purpose of law from its inception in ancient society to the present time is to ensure the integrity of human existence from a clan or tribe in ancient society to the family and the state in modern life. If scientific-theoretical legal thinking implies the achievement of systematic, orderly, definite norms of law, then the professional understanding of law focuses on its individualized forms, which involve the active, creative influence of legal practitioners and the like. The formation, operation and development of professional legal thinking are significantly influenced not only or sometimes not as rational as the irrational moments (aspects) inherent in the individual creativity of legal practitioners.

Key words: law, understanding of law, legal activity, legal practical activity.

УДК 349.3:364.35[477]
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.17

Олег Орловський,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВА ПРИРОДА МОДЕРНІЗАЦІЇ ПЕНСІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗА ВІКОМ НА ПІЛЬГОВИХ УМОВАХ

У статті проаналізовано сутність, особливості пільгового пенсійного забезпечення за віком, визначено перспективи його вдосконалення та розвитку. Стверджується, що проблема реформування системи пільгового пенсійного забезпечення залишається невирішеною, незважаючи на певні законодавчі новації. Доведено, що розмежування пільгового та професійного пенсійного забезпечення є обґрунтованим. Обґрунтовано, що пільгове пенсійне забезпечення за віком пов'язується з особливим характером трудової діяльності осіб, яка виконується у несприятливих для життя і здоров'я умовах. При цьому професійне пенсійне забезпечення безпосередньо з умовами трудової діяльності не пов'язується. Наголошено, що зниження професійної працездатності внаслідок зайнятості у шкідливих та важких умовах праці є визначальною, об'єктивною підставою та передумовою пільгового пенсійного забезпечення за віком. Втрата працездатності відбувається з незалежних від застрахованої особи причин, вона є прямими наслідком праці в особливих умовах, створених роботодавцем. Виконання вказаних робіт прямим чином впливає на стан здоров'я працівника і, як правило, призводять до втрати здатності виконувати роботу за професією до настання віку, що дає право на пенсію за віком. Як наслідок, працівники не можуть ефективно виконувати роботу без шкоди для власного здоров'я і безпеки оточуючих. Визначено, що сутність права на пенсійне забезпечення як складової частини конституційного права на соціальний захист не може бути порушена, а законодавче регулювання у цій сфері має відповідати принципам соціальної держави. Проаналізовано правову позицію Конституційного Суду щодо змін умов пенсійного забезпечення за віком на пільгових умовах. Підкреслено, що підвищення віку виходу на пенсію окремих категорій громадян, зайнятих на роботах, виконання яких призводить до втрати професійної працездатності або придатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком, є посяганням на сутність права на пенсійне забезпечення. Наголошено, що трансформація пільгового пенсійного забезпечення за віком має ґрунтуватись на ретельно обдуманій стратегії, яка не повинна призводити до обмеження права людини на соціальний захист. До специфічних особливостей пільгового пенсійного забезпечення віднесено: об'єктивну зумовленість; особливі умови виконання професійної діяльності та її тривалість; втрату працездатності до досягнення встановленого законом пенсійного віку; безпосередню залежність між пенсійною виплатою, непрацездатністю внаслідок роботи у несприятливих для здоров'я умовах та втратою з цієї причини заробітку.

Ключові слова: пенсійне забезпечення, пенсія за віком, пільгове пенсійне забезпечення, шкідливі та важкі умови праці, пенсійний вік.

Постановка проблеми. Трансформація системи пенсійного забезпечення України зумовила чимало суттєвих змін в умови призначення та нарахування пенсійних виплат. Однак проблема реформування пільгового пенсійного забезпечення, модернізації та перегляду порядку дострокового виходу на пенсію залишаються невирішеними. Підґрунтя функціонування пільгового пенсійного забезпечення цілком об'єктивне – це недоцільність і просто неможливість продовжувати певні види професійної діяльності через вікові зміни, психологічне та емоційне перевантаження. Нагальна потреба оновлення механізму дострокового виходу на пенсію визначається і загальною сучасною тенденцією скорочення працездатного населення і зростанням кількості осіб пенсійного віку. За даними Кабінету Міністрів України, частка працездатного населення України станом на грудень 2019 року становила 44,1% [1]. В Україні проживають 3 млн 584 тис. людей раннього працездатного віку, тобто від 15 до 24 років. Ще 16 млн 458 тис. громадян є людьми основного працездатного віку (від 25 до 54 років), а також 5 млн 243 тис. українців зрілого працездатного віку (від 55 до 64 років) [2]. Дострокові пенсійні виплати продовжують фінансуватись із загального обсягу страхових пенсійних

© О. Орловський, 2020

внесків та коштів Державного бюджету України. Тому механізм указаних соціальних виплат має бути переглянутий відповідно до сучасних умов. Одним з найбільш дієвих засобів вирішення проблеми дострокового пенсійного забезпечення є впровадження професійного пенсійного страхування, яке засновується на відповідальності роботодавця за більш раннє зниження працездатності особи внаслідок зайнятості тривалий час у шкідливих умовах праці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання пенсійного забезпечення загалом та пільгового пенсійного забезпечення за віком зокрема постійно перебували у центрі наукової уваги. Значний науковий доробок у вирішення цієї проблеми внесли праці Н.Б. Болотіної, М.І. Іншина, І.Ю. Михайлової, П.Д. Пилипенка, А.В. Скоробагатька, С.М. Прилипка, С.М. Синчук, Б.І. Сташківа, С.О. Сільченка, Н.М. Хуторян, М.М. Шумила та інших учених. Незважаючи на достатню кількість наукових праць, питання пільгового пенсійного забезпечення не втрачає своєї актуальності. Необхідним є аналіз законодавчих новацій умов та порядку надання пільгових пенсій за віком, зокрема, в частині підвищення пенсійного віку та страхового стажу. Потребує подальшого дослідження і перспектива трансформації пільгових пенсій у професійне пенсійне страхування, визначення його особливостей.

Метою статті є теоретико-правовий аналіз сутності професійного пенсійного страхування, особливостей його функціонування, а також визначення потенційних шляхів запровадження в Україні.

Виклад основного матеріалу. Пільгові пенсії є додатковими пенсійними виплатами, фінансування виплати яких покладено на всіх осіб, які сплачують єдиний внесок на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування. Безумовно, це переобтяжує солідарну систему, поглиблюючи дисбаланс у пенсійному забезпеченні. Як влучно підкреслює М.М. Шумило, солідарна пенсійна система нині не є одноманітним набором нижчого рівня, якими виступають пенсійні правовідносини. Тому її необхідно розглядати через призму загального та спеціального пенсійного забезпечення [3, с. 509]. Про наявність спеціальної пенсійної системи, яка об'єднує три правові режими, вказує М.І. Іншин: 1) за особливостями професійного статусу особи; 2) за особливостями соціального статусу особи; 3) пенсійне забезпечення на пільгових умовах. Додатково виділяються пенсії за вислугу років, зумовлені особливостями окремих професій і складними умовами праці [4, с. 270–271]. Схожої позиції дотримується С.О. Сільченко, який виділяє такі ключові особливості спеціального пенсійного забезпечення: по-перше, є визначене коло осіб, наділених спеціальним правовим статусом, пов'язаним із можливістю отримувати пенсійне забезпечення у більш пільговому порівняно з пересічними громадянами режимі; по-друге, саме пенсійне забезпечення передбачає наявність нетипових видів пенсій, які не передбачені системою пенсійного страхування, наприклад, за вислугу років, за особливі заслуги перед Україною; по-третє, умови і порядок пенсійного забезпечення мають суттєві особливості, які визначають зміст пенсійних правовідносин, потребують більш складних юридичних фактів для їх виникнення; по-четверте, розміри спеціальних пенсійних виплат, як правило, є значно більшими порівняно з тими, які гарантує загальне пенсійне забезпечення; по-п'яте, часто для виплати спеціальних пенсій передбачається кілька джерел або встановлюється спеціальний порядок їх фінансування [5].

На наш погляд, розмежування пільгового та професійного пенсійного забезпечення є обґрунтованим. Варто підтримати думку М.М. Шумила про те, що перше виникло як необхідність підвищення соціального захисту осіб, які працюють у важких та шкідливих умовах праці. Ключовою його ознакою є соціальність. Другий вид пенсійного забезпечення відображає статусність професії, є більш привілейованим видом пенсійного забезпечення, яке встановлене державою щодо окремих категорій осіб [6, с. 234]. Слушною є і позиція С.О. Сільченка про те, що існування спеціального або пільгового пенсійного забезпечення зумовлене регуляторним впливом принципу диференціації умов і норм соціального забезпечення залежно від певних соціально значущих факторів [7, с. 147].

Особливість пільгового пенсійного забезпечення, як підкреслюють науковці, полягає в особливих умовах, характері та тривалості роботи, а також наявності та тривалості спеціального стажу, який дає право працівникам на призначення пенсії за віком на пільгових умовах, іншими словами, право більш раннього виходу на пенсію порівняно з іншими працівниками. Таким чином, пільгове призначення пенсій пов'язується з виконанням роботи у певних умовах (складних або шкідливих) [8].

Вважаємо, що зниження професійної працездатності внаслідок зайнятості у шкідливих та важких умовах праці є визначальною,

об'єктивною підставою та передумовою пільгового пенсійного забезпечення за віком. При цьому втрата працездатності відбувається з незалежних від застрахованої особи причин, вона є прямим наслідком праці в особливих умовах, створених роботодавцем. Виконання цих робіт прямим чином впливає на стан здоров'я працівника і, як правило, призводить до втрати здатності виконувати роботу за професією до настання віку, що дає право на пенсію за віком. Іншими словами, працівники не можуть ефективно виконувати роботу без шкоди для власного здоров'я і безпеки оточуючих.

І.Ю. Михайлова відзначає, що визначення професійної працездатності полягає у встановленні відповідності або невідповідності між можливостями організму і роботою, яку мусить виконувати працівник. У такий спосіб оцінюється стан організму людини, що впливає на його здатність до інтенсивності праці, і у зв'язку з цим на можливість компенсації втраченого заробітку шляхом виплати пенсії [8]. Це і зумовлює законодавче зниження пенсійного віку для працівників, які працюють в особливих умовах (важких або шкідливих). Ми повною мірою погоджуємось з думкою І.Ю. Михайлової, що зниження пенсійного віку пов'язане з втратою професійної чи загальної працездатності й саме залежність між пенсією, непрацездатністю і втратою з цієї причини заробітку додає оцінці працездатності і встановленню того чи іншого виду непрацездатності значення ознаки, що є класифікуючою для розподілу пенсій і визначення їх соціального призначення [8].

У цьому контексті важко переоцінити роль держави, яка має законодавчо забезпечити компенсацію ранньої втрати особою працездатності. Р.І. Кондратьєв правильно писав, що «саме держава встановлює пенсії та інші державні соціальні виплати, які мають стабілізувати рівень життя населення, сприяти більш рівномірному тягарю економічних труднощів між різними групами населення [9, с. 147]. Основними завданнями соціальної держави є створення умов для реалізації соціальних, культурних та економічних прав людини, сприяння самостійності і відповідальності кожної особи за свої дії, надання соціальної допомоги тим громадянам, які з незалежних від них обставин не можуть забезпечити достатній рівень життя для себе і своєї сім'ї [10].

У питанні реформування пільгового пенсійного забезпечення за віком законодавцем зроблено певні кроки. Однак поки зміни стосувалися лише поетапного підвищення на п'ять років тривалості страхового стажу, який дає право на пільгову пенсію за віком, та пенсійного віку. Вказані зміни щодо призначення пільгових пенсій за віком були запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 року № 213-VIII. Відповідно до пояснювальної записки до цього законодавчого акта він був прийнятий з метою стабілізації фінансового стану бюджету Пенсійного фонду України та удосконалення окремих положень стосовно пенсійного забезпечення. Вказані законодавчі новації стали предметом розгляду Конституційним Судом України. Так, згідно з Рішенням Конституційного Суду України у справі № 1-13/2018(1844/16, 3011/16) від 4 червня 2019 року № 2-р/2019 зміна умов призначення пенсій особам, які належать до певної категорії працівників, з урахуванням наявності відповідного стажу роботи, призвела до такого нормативного регулювання призначення пенсій, яке суттєво вплинуло на очікування вказаних осіб, погіршило їх юридичне становище стосовно права на призначення пенсій [11]. У розвиток вказаних положень було прийнято Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-5/2018(746/15) від 23 січня 2020 року, в якому аналізувались на предмет відповідності Конституції України зміни в умовах призначення пенсії за віком на пільгових умовах. Новації щодо підвищення пенсійного віку та страхового стажу як умов пільгового пенсійного забезпечення, як справедливо наголошується у Рішенні Конституційного Суду України, нівелюють сутність права на соціальний захист, не відповідають конституційним принципам соціальної держави [12]. Безсумнівно, така правова позиція Конституційного Суду України є надзвичайно важливою гарантією збереження та реалізації пенсійних прав особами, які працюють в особливих умовах та за особливими професіями.

Науковці по-різному оцінюють перспективи системи пільгового пенсійного забезпечення. Зокрема, Г.Г. Каптар пише, що «існування дострокового пенсійного забезпечення потрібно розглядати як об'єктивну потребу законодавчого зменшення шкідливого впливу на працівника професійних факторів за рахунок зниження часу їх дії шляхом обмеження стажу роботи у шкідливих роботах та скорочення загального пенсійного віку». Автор справедливо вважає, що така диференціація має право на існування, оскільки вона об'єктивно виправдана, обґрунтована і переслідує на меті компенсацію громадянам втрати частини їхньої професійної працездатності у зв'язку з працею у шкідливих

та важких умовах праці [13, с. 10]. Натомість Л.І. Харитонова наголошує на доцільності скасування загальної кількості пільгових пенсій та пенсій за вислугу років, оскільки вони не притаманні системі пенсійного страхування [14, с. 507]. А.В. Скоробагатько акцентує увагу, що у пенсійному забезпеченні слід враховувати традиції й зберігати спадковість правового регулювання. Вчений вважає за доцільне у сучасних умовах не відмовлятися від пільг у пенсійному забезпеченні і зберегти такі види пенсій, як: пенсії за вислугу років та пільгові пенсії за віком [15, с. 434]. Переконливими є аргументи Т.О. Дідковської, яка підкреслює важливість компенсації працівникам, які працюють на роботах зі шкідливими та важкими умовами, за такі умови шляхом відповідного пенсійного забезпечення [16, с. 10].

М.М. Шумило справедливо наголошує, що пенсійне забезпечення за вислугу років ще не вичерпало своїх можливостей і сприяє принципу єдності та диференціації пенсійного забезпечення, але в окремих випадках потребує свого удосконалення, особливо в питанні суб'єктного складу, а також обґрунтованості того спеціального стажу, який визначений законодавством. Однак зміни у цій сфері мають бути досить обґрунтованими, здійснюватися поступово, обачно й у заздалегідь обміркований спосіб, базуватися на об'єктивних критеріях, бути пропорційними меті зміни юридичного регулювання, забезпечувати справедливий баланс між загальними інтересами суспільства й обов'язком захищати права людини, не порушуючи при цьому сутності права на соціальний захист [17, с. 92].

Вважаємо, що трансформація пільгового пенсійного забезпечення за віком має ґрунтуватись на ретельно обдуманій стратегії, яка не повинна призводити до обмеження права людини на соціальний захист. Тут варто виходити з позиції Конституційного Суду України, який враховує те, що законодавець, змінюючи відносини у сфері пенсійного забезпечення з метою удосконалення соціальної політики держави шляхом перерозподілу суспільного доходу, не може убезпечити людину від зміни умов її соціального забезпечення [11].

Висновки

Пільгове пенсійне забезпечення за віком пов'язується із особливим характером трудової діяльності осіб, яка виконується у несприятливих для життя і здоров'я умовах. На сучасному етапі існування системи пільгового пенсійного забезпечення за віком зумовлюється об'єктивними факторами. Встановлення більш раннього пенсійного віку та скорочення тривалості страхового стажу є виправданою компенсацією за ранню втрату професійної працездатності. До специфічних особливостей пільгового пенсійного забезпечення слід відносити: об'єктивну зумовленість; особливі умови виконання професійної діяльності та її тривалість; втрату працездатності до досягнення встановленого законом пенсійного віку; безпосередню залежність між пенсійною виплатою, непрацездатністю внаслідок роботи у несприятливих для здоров'я умовах та втратою з цієї причини заробітку.

Список використаних джерел:

1. Цифровий перепис населення України: вік, структура, розподіл за регіонами. URL: https://fakty.com.ua/ua/ukraine/20200124-tsyfrovyj-perepys-naselennya-ukrayiny-vik-struktura-rozpodil-za-regionamy/.

2. Уряд оприлюднив реальну чисельність населення України. URL: https://zaxid.net/news/.

3. Шумило М.М. Реформування пенсійної системи України: нові виклики – старі проблеми. *Актуальні проблеми трудового права і права соціального забезпечення* : тези доп. і наук. повідомл. учасн. V Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 27–28 верес. 2013 р.) / за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2013. С. 509–513.

4. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / Т.А. Занфірова, М.І. Іншин, С.М. Прилипко та ін. ; за заг. ред. Т.А. Занфірової, С.М. Прилипка, О.М. Ярошенка. 2-ге вид., переробл. і доп. Харків : ФІНН, 2012. 640 с.

5. Сільченко С. Система пільгового пенсійного забезпечення в Україні. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/ 10542/1/Silchenko_463-467.pdf.

6. Проблеми застосування трудового та пенсійного законодавства : монографія / Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна, М.М. Шумило та ін. Київ : Ніка-Центр, 2015. 316 с.

7. Право на пенсію та його реалізація за сучасним законодавством України : довідник / Н.М. Хуторян, М.М. Шумило, Я.В. Сімутіна, М.П. Стадник та інші ; за наук. ред. Н.М. Хуторян, М.М. Шумила. Київ : Юридична думка, 2012. 208 с.

8. Михайлова І.Ю. Поняття та умови пільгового пенсійного забезпечення. URL: http://www.univer.km.ua/visnyk/1578.pdf.

9. Кондратьєв Р.І. Вибрані наукові праці (з нагоди 85-річчя з дня народження, 50-річчя наукової, педагогічної та громадської діяльності відомого правознавця, доктора юридичних наук, професора, заслуженого юриста України Радомира Івановича Кондратьєва). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2011. 568 с.

10. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-11/2012 від 25 січня 2012 року

№ 3-рп/2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12.

11. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1-13/2018(1844/16,3011/16) від 4 червня 2019 року № 2-р/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va02p710-19.

12. Рішення Конституційного Суду України у справі №1-5/2018(746/15) від 23 січня 2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-20.

13. Каптар Г.Г. Пенсійне страхування у солідарній системі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2015. 20 с.

14. Харитонова Л.І. Пенсійне забезпечення за сучасним законодавством України: проблеми вдосконалення. *Актуальні проблеми трудового права і права соціального забезпечення* : тези доп. і наук. повідомл. учасн. V Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 27–28 верес. 2013 р.) / за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2013. С. 507–509.

15. Скоробагатько А.В. Про деякі аспекти диференціації правового регулювання пенсійного забезпечення. *Розвиток законодавства про працю і соціальне забезпечення* : тези доп. та наук. повідомл. учасн. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 5–6 жовтня 2012 р. / за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2012. С. 433–435.

16. Дідковська Т.О. Правове регулювання пенсійного забезпечення працівників на роботах зі шкідливими та важкими умовами праці : автореф. дис. ... на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення». Харківський нац. ун-т внутрішніх справ МВС України. Харків, 2008. 19 с.

17. Пенсійні правовідносини в Україні : монографія / Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна, М.П. Стадник, А.А. Ширант, М.М. Шумило; відп. ред. Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна. Київ : Вид-во «Юридична думка», 2013. 276 с.

The article under studies analyses the nature and peculiarities of preferential age retirement benefits, as well as outlines the prospects for its improvement and development. It states that the issue of reforming the preferential pension system remains unresolved, despite some legislative innovations. The need to distinguish between preferential and occupational retirement benefits has been also substantiated in the article. Particular emphasis has been laid on the fact that the retirement pension benefits are related to the specific nature of the employment of the persons who work in unfavourable living and health conditions. What is more, the occupational pension is not directly linked to the conditions of employment. The decrease in occupational capacity due to employment in harmful and difficult conditions is an essential reason and a prerequisite for the age retirement pension benefits. The loss of working ability is caused by reasons independent of the insured person, it is a direct consequence of work in special conditions created by the employer. Performing the above work directly affects the health of the employee and, as a rule, leads to a loss of ability to perform professional work until the retirement age. As a result, employees cannot effectively perform the work without damaging their own health and threatening the safety of others. The article claims that the essence of the right to pension as a component of the constitutional right to social protection cannot be violated, whereas the legislative regulation in this field must comply with the principles of a social welfare state. The legal position of the Constitutional Court on changing the conditions of age retirement pension on preferential terms is also considered within the issue under discussion. Hence, it is emphasized that the rise of the retirement age of certain categories of citizens employed at work, the performance of which leads to the loss of professional capacity before the retirement age, is an encroachment on the essence of the right to retirement benefits. In addition, it is of primary importance that the transformation of preferential age retirement benefits should rely on a carefully developed strategy, which should not restrict human rights to social protection. The specific features of preferential age retirement benefits include: objective conditionality; special conditions of performing the professional activity and the latter's duration; a loss of the working ability before the retirement age (envisaged by law); a direct correlation between retirement benefits, disability as a result of working in unfavourable health conditions and loss of earnings due to this reason.

Key words: pension, retirement age, preferential retirement benefits, harmful and difficult working conditions.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.18

Ігор Чумаченко,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного права
Запорізького національного університету

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВІДНОСИН У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті узагальнено наукові погляди вчених на проблематику процесуальних правовідносин у трудовому праві України. Відзначено брак наукових досліджень, присвячених окресленому питанню. Наголошено на тому, що в умовах сьогодення постала нагальна необхідність розвитку правового регулювання процесуальних правовідносин у галузі трудового права, адже саме за їх допомогою вбачається можливим більш оперативно та якісно вирішувати проблемні питання, що виникають в процесі трудової діяльності людини. З'ясовано, що трудовий спір не може бути розглянутий лише за нормами цивільного процесуального права. Під час розгляду трудового спору в суді існує подвійне регулювання процесуальних відносин, пов'язаних із вирішенням трудового спору, а саме за допомогою норм трудового й цивільного процесуального права. З огляду на те, що трудові спори виникають на ґрунті трудових правовідносин, порядок розгляду трудових спорів неповною мірою збігається з порядком розгляду цивільних справ. Водночас норми цивільного процесуального права значною мірою використовуються під час розгляду трудових спорів. Визначено, що спори щодо соціального захисту з огляду на свій суб'єктний склад є конфліктами, в яких однією стороною є фізична особа, а іншою – орган соціального забезпечення чи інший державний орган, тому діяльність держави, спрямована на забезпечення процесуальної можливості врегулювання спору, тією чи іншою мірою спрямована на вирішення конфлікту. З огляду на предмет спору та його суб'єктний склад можна стверджувати, що здебільшого його вирішення відбувається за правилами адміністративного чи цивільного судочинства. Для того щоби виникла потенційна можливість застосування процесуальних норм під час розгляду спору про соціальний захист, необхідною є внутрішня воля суб'єкта передати вирішення спору на розгляд компетентного органу. Зроблено висновок про те, що існує стійка тенденція до уніфікації та спеціалізації процесуального законодавства, а також приведення судочинства в таких справах у відповідність до вимог європейського процесуального законодавства загалом та до Європейської конвенції з прав людини зокрема.

Ключові слова: правовідносини, процесуальні правовідносини, правове регулювання, законодавство, індивідуальні трудові спори.

Постановка проблеми. Аналіз наукової літератури дає змогу констатувати, що питанню процесуальних правовідносин у трудовому праві увага почала приділятись уже досить давно (ще на початку XX століття були перші намагання створити трудові суди), однак найбільший інтерес до зазначеної проблеми з'явився наприкінці XX століття, коли вся світова спільнота визнала, що вирішення трудових спорів вимагає особливого підходу, який би враховував специфіку таких правовідносин. При цьому слід констатувати, що проблемі правового регулювання процесуальних правовідносин у трудовому праві України увага приділялась лише поверхнево та в контексті окремих проблематик. Зазначеному питанню увага приділялась як на рівні дисертаційних досліджень, підручників (навчальних посібників), так і на рівні статей, до того ж досить часто це питання обговорювалось на наукових конференціях.

Окремі проблемні питання правового регулювання процесуальних правовідносин у трудовому праві у своїх наукових дослідженнях розглядали С.В. Лозовой, О.І. Кисельова, І.В. Дашутін, Н.А. Плахотіна, Л.Р. Косьмій, В.Ф. Безп'ята, О.М. Ярошенко, В.В. Лазор, Д.А. Морозов та багато інших науковців. Однак, незважаючи на чималу кількість наукових робіт, в галузі трудового права наявний дефіцит праць, присвячених сучасним проблемам процесуальних відносин у трудовому праві України.

Метою статті є визначення сучасних проблем процесуальних відносин у трудовому праві України.

Виклад основного матеріалу. Починаючи наукове дослідження, маємо відзначити, що проблема правового регулювання процесуальних відносин у трудовому праві України активно почала досліджуватись на початку другого десятиліття XXI століття.

© І. Чумаченко, 2020

Так, В.О. Кабанець у своєму дисертаційному дослідженні «Теоретичні аспекти удосконалення розгляду трудових спорів (конфліктів) в Україні» (2009 р.) [1] аналізує порядок розгляду індивідуальних трудових спорів в комісіях по трудовим спорам і судах. Визначено недоцільність існування комісій по трудовим спорам та вади, які сьогодні притаманні судовому розгляду. Розроблено конкретні пропозиції щодо вдосконалення нормативно-правового забезпечення розгляду та вирішення трудових спорів. В ході проведеного дослідження автор запропонував досить багато пропозицій щодо вдосконалення чинних та розроблення нових нормативно-правових актів, які регламентують питання, пов'язані з розглядом та вирішенням трудових спорів [1].

У науковому дослідженні з теми «Порядок вирішення колективних трудових спорів і конфліктів» (2011 р.) [2] М.В. Сокол здійснила комплексне дослідження актуальних теоретичних та практичних проблем правового регулювання порядку вирішення колективних трудових спорів і конфліктів. У роботі проведено розмежування правових категорій «колективна трудова розбіжність», «колективний трудовий спір» і «колективний трудовий конфлікт», розглянуто їх спільні та відмінні ознаки, правову природу, види, причини виникнення колективних трудових спорів і конфліктів та можливі шляхи запобігання їх виникненню. Автором проведено аналіз чинного на той момент трудового законодавства України, його порівняльно-правовий аналіз з нормами трудового законодавства держав – учасниць СНД та ЄС. Представлено поетапний розгорнутий правовий аналіз процедури вирішення колективних трудових спорів за допомогою примирних органів, обґрунтовано низку пропозицій з удосконалення порядку їх розгляду [2].

Окремі аспекти процесуальних правовідносин у трудовому праві розглянуто в дисертаційному дослідженні М.М. Шумило з теми «Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення», метою якого було розроблення й обґрунтування концепції правовідносин у сфері пенсійного забезпечення та внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства в цій сфері [3]. В дисертації здійснено поділ усіх правовідносин у сфері пенсійного забезпечення на основні та додаткові. До основних віднесено ті правовідносини, без яких реалізація права на пенсію неможлива, а саме пенсійно-страхові, процедурно-організаційні, пенсійно-забезпечувальні правовідносини. До додаткових належать такі правовідносини, які можуть і не виникнути, а реалізація права на пенсію відбудеться. Йдеться про процесуально-захисні та виконавчі (постпроцесуальні) правовідносини у разі порушення чи обмеження права на пенсію. До додаткових також необхідно віднести спадкові правовідносини, оскільки накопичувальна (II рівень) та недержавна (III рівень) пенсійні системи передбачають можливість спадкування невиплаченої пенсії [3, с. 14]. Слід також звернути увагу на те, що в роботі розроблено й обґрунтовано концепцію комплексу процесуальних правовідносин у сфері пенсійного забезпечення на противагу концепції комплексного пенсійного правовідношення. Складовою частиною розробленої концепції є логічно побудований алгоритм здійснення особою права на пенсію, який охоплює такий комплекс правовідносин, як пенсійно-страхові, процедурно-організаційні, пенсійно-забезпечувальні, за порушення права на пенсію – процесуально захисні та виконавчі (постпроцесуальні) правовідносини. Висвітлено питання застосування пенсійного законодавства. Зосереджено увагу на аналізі рішень Конституційного Суду України та їх реалізації як одній із форм здійснення державної політики в соціальній сфері. Досліджено рішення Європейського суду з прав людини щодо України та інших країн, запропоновано механізми їхньої імплементації в національне законодавство [3].

Однією з останніх робіт, яку було присвячено трудовому процесуальному праву, був навчальний посібник Д.О. Новікова, який розглядає теоретико-правові, законодавчі та практичні аспекти трудового процесуального права. У посібнику розкрито поняття трудових спорів як основної категорії трудового процесуального права; охарактеризовано склад трудових процесуальних правовідносин як ядра трудового процесуального права; визначено специфіку джерел трудового процесуального права; охарактеризовано особливості вирішення індивідуальних трудових спорів уповноваженими юрисдикційними органами; проаналізовано правову специфіку вирішення колективних трудових спорів; розглянуто зарубіжний досвід вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів тощо [4]. Відзначимо, що у роботі автор не намагався вирішити проблемні питання правового регулювання процесуальних правовідносин у трудовому праві України. Отже, з урахуванням великого теоретичного значення навчального посібника його обов'язково буде використано під час подальшого дослідження визначеної проблематики.

Як ми відзначали вище, означеною в роботі проблематикою вчені займались на рівні наукових статей, що видаються у відпо-

відних фахових виданнях. Так, розглядаючи наукові статті, маємо звернути увагу на наукове дослідження Д.В. Шевченка. В роботі окресленого автора аналізуються процесуальні правовідносини з розгляду трудових спорів, надається загальне визначення процесуальних правовідносин з розгляду трудових спорів, розкрито основні принципи, що визначають зазначені правовідносини, надано порівняльну характеристику основних теорій поділу процесуальних правовідносин за видами, порушено проблему подальшого вдосконалення законодавства щодо законодавчого закріплення поняття процесуальних правовідносин з розгляду трудових спорів [5, с. 371]. Висновки автора мають велике теоретичне значення. Зокрема, цікавим і слушним є твердження про те, що трудовий спір не може бути розглянутий лише за нормами цивільного процесуального права. Під час розгляду трудового спору в суді існує подвійне регулювання процесуальних відносин, пов'язаних із вирішенням трудового спору, а саме за допомогою норм трудового й цивільного процесуального права. З огляду на те, що трудові спори виникають на ґрунті трудових правовідносин, порядок розгляду трудових спорів неповною мірою збігається з порядком розгляду цивільних справ. Водночас норми цивільного процесуального права значною мірою використовуються під час розгляду трудових спорів [5, с. 375]. Д.В. Шевченко справедливо акцентує увагу на тому, що проблематика закріплення на законодавчому рівні процесуальних правовідносин з питань вирішення трудових спорів є нагальною, адже залишається неврегульованою низка питань у цій сфері, а саме невизначеність можливості звернення до суду з питань вирішення колективних трудових спорів (конфліктів), відсутність поділу трудових спорів (зокрема, специфіки їх вирішення) за предметом спору. Отже, результати дослідження зазначеної проблематики є важливими під час прийняття нових та вдосконалення чинних нормативно-правових актів [5, с. 375].

В.В. Чечоткін присвятив свою наукову працю дослідженню видів і класифікації правовідносин, що становлять предмет трудового права (2013 р.). У висновках автор зазначає, що зазвичай процесуальні правовідносини виникають у процесі розгляду індивідуальних спорів у КТС або суді, а також у процесі діяльності примирної комісії, трудового арбітражу у вирішенні колективного трудового спору тощо. Отже, правовідносини, що становлять предмет трудового права, можна класифікувати на певні види за такими критеріями:

– залежно від пріоритету у правовому регулюванні правовідносин;
– залежно від суб'єктного складу;
– залежно від підстав виникнення;
– залежно від часу виникнення;
– залежно від змісту;
– залежно від виду норми права, яка регулює такі правовідносини [6, с. 252].

У статті «Процесуальні аспекти судового захисту трудових прав» О.А. Любчик приділив увагу вивченню окремих процесуальних питань вирішення трудових спорів сторін трудових правовідносин для розроблення та прийняття адаптованих до трудових відносин в Україні норм щодо вирішення трудових спорів. В ході проведення наукового дослідження автором було розглянуто найбільш поширені наукові пропозиції щодо вирішення процесуальних питань судового захисту трудових прав; досліджено сучасний стан механізму правового забезпечення трудових прав працівників; обґрунтовано необхідність уніфікації норм процесуального права в одну галузь, а саме трудове процесуальне право [7].

Серед наукових статей слід звернути увагу на наукову працю Ю.В. Гресик з теми «До питання правовідносин, які існують при вирішенні колективних трудових спорів» (2011 р.). Заслуговує на увагу те, що в ході проведення наукового дослідження автор встановила, що в процесі вирішення колективних трудових спорів існує також декілька видів цих правовідносин, зокрема правовідносини з формування вимог найманих працівників і виникнення колективного трудового спору; правовідносини з вирішення колективного трудового спору примирною комісією, якщо така стадія вирішення спору передбачена законом; правовідносини з вирішення колективного трудового спору трудовим арбітражем; правовідносини з участі працівників у страйку [8]. Ю.В. Гресик дійшла висновку про те, що під час вирішення колективних трудових спорів виникають особливі правовідносини соціального партнерства. Вони характеризуються певними особливостями, які обумовлені специфічним становищем органів, які вирішують трудові спори, а також характером спору [8].

У 2014 р. В.М. Рошканюк опублікував статтю з теми «Процедурні та процесуальні правовідносини у праві соціального забезпечення», в якій вчений дійшов висновку, що існування процесуальних правовідносин є наслідком наявності спору щодо соціальних виплат. Спори щодо соціального захисту з огляду на свій суб'єктний склад є конфліктами, в яких однією стороною є фізична особа, а іншою – орган соціального забезпечення

чи інший державний орган, тому діяльність держави, спрямована на забезпечення процесуальної можливості врегулювання спору, тією чи іншою мірою спрямована на вирішення конфлікту. Враховуючи предмет спору та його суб'єктний склад, можемо стверджувати, що здебільшого його вирішення відбувається за правилами адміністративного чи цивільного судочинства. Для того щоби виникла потенційна можливість застосування процесуальних норм під час розгляду спору про соціальний захист, необхідною є внутрішня воля суб'єкта передати вирішення спору на розгляд компетентного органу. З огляду на те, що наявність спору свідчить про негативну реакцію однієї зі сторін на взаємовідносини між державою й особою, можна говорити, що спір є складовою частиною гарантії особи на соціальний захист [9, с. 110].

Цікавим, на нашу думку, є наукове дослідження Л.Р. Косьмій «Розвиток сучасних наукових досліджень у сфері процесуального вирішення трудових спорів (1991–2016 рр.)». У висновках до наукової праці автор справедливо відзначила, що дослідження проблематики процесуального розгляду та вирішення трудових спорів здійснювалось у рамках двох основних напрямів юридичної науки, а саме в рамках науки трудового права через призму правової природи та особливостей вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів (конфліктів) як в адміністративному, так і у судовому порядку; в рамках науки цивільного процесуального права в контексті вирішення трудових спорів за допомогою їх розгляду судами в порядку цивільного судочинства [10]. Крім того, вона зауважує, що нині існує стійка тенденція до уніфікації та спеціалізації процесуального законодавства, а також приведення судочинства у таких справах у відповідність до вимог європейського процесуального законодавства загалом та до Європейської конвенції з прав людини зокрема. Це може обумовити подальший розвиток правничих наукових досліджень у цій сфері [10].

Висновки

Завершуючи наукове дослідження, маємо відзначити, що більшість розглянутих вище наукових праць містить положення, які є застарілими та не відповідають реаліям сьогодення. Отже, можемо впевнено констатувати той факт, що в науковій літературі сьогодні відчутним є дефіцит наукових праць, присвячених не лише теоретичному осмисленню наявних проблем процесуальних правовідносин у трудовому праві, але й вирішенню проблемних питань, пов'язаних із недосконалістю законодавства у цій сфері. Таким чином, на основі викладеного вище можемо констатувати, що питання правового регулювання процесуальних правовідносин у трудовому праві України є беззаперечно актуальним, адже, окрім зазначеного вище, сьогодні постала нагальна проблема розвитку процесуальних відносин у галузі трудового права, саме за їх допомогою вбачається можливим більш оперативно та якісно вирішувати проблемні питання, що виникають у процесі трудової діяльності.

Список використаних джерел:

1. Кабанець В.О. Теоретичні аспекти удосконалення інституту трудових спорів в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Харків, 2007. 178 с.
2. Сокол М.В. Порядок вирішення колективних трудових спорів і конфліктів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2010. 20 с.
3. Шумило М.М. Правовідносини у сфері пенсійного забезпечення в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05. Одеса, 2016. 680 с.
4. Новіков Д.О. Трудове процесуальне право : навчальний посібник. Харків : ХНПУ імені Г.С. Сковороди, 2017. 129 с.
5. Шевченко Д.В. Процесуальні правовідносини в сфері вирішення трудових спорів. *Держава і право*. 2009. Вип. 45. С. 371–375.
6. Чечоткін В.В. Види і класифікація правовідносин, що становлять предмет трудового права. *Публічне право*. 2013. № 2 (10). С. 247–253.
7. Любчик О.А. Процесуальні аспекти судового захисту трудових прав. *Європейські перспективи*. 2012. № 3 (3). С. 120–125.
8. Гресик Ю.В. До питання правовідносин, які існують при вирішенні колективних трудових спорів. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 211–215.
9. Рошканюк В.М. Процедурні та процесуальні правовідносини у праві соціального забезпечення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2014. Вип. 25. С. 107–110.
10. Косьмій Л.Р. Розвиток сучасних наукових досліджень у сфері процесуального вирішення трудових спорів (1991–2016 рр.). *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. Серія: Право*. 2016. № 2. С. 178–185.

The article summarizes the scientific views of scientists on the problems of procedural legal relations in the labor law of Ukraine. There is a lack of research on the issue outlined. It is emphasized that under the conditions of the present day there is an urgent need to develop legal regulation of procedural legal relations in the field of labor law, because it is with their help that it is possible to solve more quickly and qualitatively

the problematic issues that arise in the course of human activity. It has been found that labor dispute cannot be resolved only by the rules of civil procedure. When considering a labor dispute in court, there is a dual regulation of procedural relations related to the settlement of a labor dispute – using the rules of labor and civil procedural law. Given that labor disputes arise on the basis of labor relations, the order of consideration of labor disputes does not fully coincide with the procedure for consideration of civil cases. At the same time, the rules of civil procedure are largely used in the settlement of labor disputes. It is determined that disputes over social protection by virtue of its subject composition are conflicts in which one party is represented by an individual and the other by a social security body or another state body. That is why the activity of the state aimed at ensuring the procedural possibility of settling the dispute is in one way or another aimed at resolving the conflict. Considering the subject matter of the dispute and its subjective composition, it can be argued that in most cases its resolution takes place under the rules of administrative or civil procedure. In order to have the potential to apply procedural rules when considering a dispute on social protection, it is necessary for the internal will of the subject to submit the dispute resolution to the competent authority. It is concluded that there is a steady tendency towards the unification and specialization of procedural legislation, as well as the bringing of judicial proceedings in such cases in accordance with the requirements of the European procedural legislation in general and the European Convention on Human Rights in particular.

Key words: legal relations, procedural legal relations, legal regulation, legislation, individual labor disputes.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.19

Роман Шабанов,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін і трудового права імені О.І. Процевського
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ СУДДІВ НОРМАМИ ТРУДОВОГО ПРАВА

У статті розкрито проблемні дослідницькі аспекти, пов'язані з віднесенням врегулювання праці цієї категорії працівників саме до сфери дії трудового права, наведено аргументи, чому саме праця суддів має врегульовуватися нормами трудового права. Доведено (як теоретично, так і на прикладах), що праця суддів має врегульовуватися нормами трудового права насамперед тому, що з огляду на трудове право суддя є найманім працівником, наймає його на роботу держава, він як працівник діє від імені та в інтересах саме держави (суспільства), отже, в цьому сенсі чинити правосуддя – це частина трудової функції судді як найманого працівника. Аргументовано, що потрібно розрізняти поняття «судова влада» (як гілка влади), «суд» (як державний орган), «суддя» (як найманий працівник). На переконання автора, суддя є найманим працівником, до трудової функції якого входять вирішення правових конфліктів та здійснення судового контролю відповідно до встановленої законодавством процедури. Обґрунтовано, що наявність спеціальних норм унормування праці суддів базується на притаманному трудовому праву методі єдності та диференціації у правовому регулюванні праці. Єдність і диференціація, на думку автора, є одними з методів трудового права, тобто способами правового регулювання. Єдність виражається у встановленні норм загальної дії для всіх працівників. Це відбивається у загальних конституційних принципах, єдиних основних трудових правах та обов'язках працівника й роботодавців, що закріплюються загальними нормами, загальними нормативними актами трудового законодавства, які поширюються на всю територію країни і на всіх працівників, де б і ким би вони не працювали. Доведено, що необхідність диференціації в регулюванні праці суддів обумовлена насамперед особливим значенням та характером їх праці, що полягає у виконанні трудової функції, яка передбачає безпосереднє здійснення правосуддя від імені держави. Водночас праця судді має ті ж самі класичні ознаки, які притаманні виключно трудовій діяльності; це стосується оплати праці й робочого часу, часу відпочинку та її нормування. Саме на підставі цих положень автору вдалося довести, що, як і будь-яка праця, праця суддів має залишатися у сфері дії трудового права насамперед задля забезпечення найефективнішого виконання суддями власної трудової функції, а саме компетентного, незалежного, неупередженого здійснення правосуддя.

Автором на прикладі Європейської Хартії про статус суддів та Закону України «Про судоустрій і статус суддів» продемонстровано, що у правовому механізмі, пов'язаному з організацією та функціонуванням судової системи, суттєву частину норм займають трудоправові норми, спрямовані на унормування праці суддів.

Ключові слова: трудове право, норма права, суддя, працівник, єдність, диференціація.

Постановка проблеми. Усі суспільні блага створюються працею. Без цілеспрямованої діяльності людини не можна налагодити ні технічний механізм, комп'ютерну програму, ні організоване, засноване на праві, законі, порядку та повазі, функціонування соціуму. Відповідно, кожна праця є важливою, кожна праця є потрібною. Кожна праця є проявом внутрішнього потягу людини, її вольових зусиль та особистих здатностей. Унормування праці є завданням держави, котра, відповідно до потреб суспільства, спрямовує продуктивні сили населення на досягнення головної мети сучасної держави, якою є втілення ідеї про те, що людина є найвищою соціальною цінністю. Провідною галуззю права, в якій праця та процес її здійснення підлягають особливому регулюванню, є трудове право. Вона є провідною, адже більшість трудящих є найманими працівниками, які потребують захисту своїх інтересів та гарантій, їх втілення шляхом закріплення відповідних норм права в трудовому законодавстві. Відповідно, сфера дії трудового права охоплює неймовірно широкий масив професій та спеціальностей (від робітничих до державницьких), однією з яких є професія судді. У науці адміністративного права наявні позиції, що передбачають включення унормування праці суддів у сферу дії адміністративно-правового регулювання [1; 2]. У статті ми спробуємо

© Р. Шабанов, 2020

переконати наукову спільноту в протилежному та довести, що, як і будь-яка праця, праця суддів має залишатися у сфері дії трудового права насамперед задля забезпечення найефективнішого виконання суддями власної трудової функції, а саме компетентного, незалежного, неупередженого здійснення правосуддя.

Метою статті є розкриття проблемних дослідницьких аспектів, пов'язаних з віднесенням врегулювання праці цієї категорії працівників до сфери дії трудового права.

У науці трудового права дослідження правового регулювання праці суддів в останню декаду здійснювали Г.О. Барабаш [3], Г.А. Зуб [4], О.В. Карпушова [5], В.В. Кузьменко [6], Л.В. Межевська [7], Т.В. Штих [8]. Водночас у працях цих учених не було остаточно та повною мірою доведено, що врегулювання праці суддів має належати до сфери дії трудового права, отже, наша наукова стаття є логічним продовженням досліджень названих науковців з узагальненням їх позицій та наведенням нових наукових обґрунтувань.

Виклад основного матеріалу. Головною помилкою тих, хто розглядає необхідність унормування праці суддів у межах адміністративно-правового регулювання, є ототожнення понять «судова влада» (як гілка влади), «суд» (як державний орган), «суддя» (як найманий працівник). Кожне з цих понять є самостійним, а розуміння їх правового положення вміщується в різні галузі права та є об'єднаним положенням ч. ч. 1 і 2 ст. 124 Конституції України, де зазначається, що правосуддя в нашій державі здійснюється виключно судами, а делегування функцій судів (також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами) не допускається [9].

Судова влада як гілка влади розглядається передусім у межах конституційного права, яке визнає її самостійність серед інших гілок державної влади. Крім того, судова влада як соціально-правове явище має власний зміст та функції. Як зазначає О.М. Іванець, «перебуваючи між державою і громадянином, прагне максимально ефективно забезпечити захист прав та інтересів не лише окремої особи, але й суспільства і самої держави. Безперечно, що передусім судова влада повинна захищати людину від вседозволеності чиновників різного ґатунку та органів державного управління» [10, с. 56, 82–84]. Ю.Ю. Чуприна справедливо зазначає, що «основне призначення судової влади – охорона членів суспільства від будь-якого свавілля громадян і від невірних дій самої держави, її органів, посадових осіб» [11]. Правосуддя у цьому аспекті – це «конституційно закріплена особлива форма діяльності держави в сфері реалізації судової влади, яка виражається у захисті і охороні судами загальної юрисдикції нормального функціонування суспільних відносин, що складаються за участю громадян, підприємств та організацій, і яка включає механізм судового вирішення спорів про право та інші конфлікти <...> із застосуванням на основі закону державного примусу з метою відновлення і охорони законних прав та інтересів людини і всього громадянського суспільства» [12]. Отже, судова влада є специфічною гілкою державної влади, призначенням якої є вирішення правових конфліктів та здійснення судового контролю.

Суб'єктом здійснення судової влади є суд. З позицій адміністративного права термін «суд» є поняттям «державного органу, наділеного повноваженням щодо реалізації одного з видів державної влади – судової» [13, с. 21]. С.В. Прилуцький зазначає, що суд передусім є соціальним феноменом, який «існує й розвивається за правилами та законами соціального розвитку людей, іноді навіть незалежно та в розріз із позитивним правом держави» [14, с. 22]. Суд вирізняється серед інших державних органів низкою ознак, а саме розглядає й вирішує особливі категорії справ, які не може розглянути жодний інший орган; його рішення проголошуються іменем України та є обов'язковими для всіх громадян та органів, яким вони адресовані; справи розглядаються в суді із суворим дотриманням особливої процедури, що регламентується виключно законами України; суд є самостійним у розгляді справи. Як бачимо, поняття «суд» є узагальненим та означає фактично систему судів, які функціонують у державі. Згідно зі ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон) судову систему України складають місцеві суди, апеляційні суди, Верховний Суд. Для розгляду окремих категорій справ у системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди [15]. Правосуддя у цьому ключі може розглядатися як право людини на звернення до судових органів задля вирішення правового конфлікту. Отже, суд є особливим державним органом, уповноваженим за встановленою законодавством процедурою вирішувати правові конфлікти та здійснювати судовий контроль.

Судова влада належить лише судам в особі суддів, які безпосередньо здійснюють правосуддя у судах. Судді наділені виключним правом реалізовувати судову владу,

вирішувати правові конфлікти, що виникають у суспільстві, а також вони виконують свої обов'язки на професійній основі. Саме у цьому розумінні суддя є працівником. Як зазначає О.В. Карпушова, «судді є особливою категорію працівників, яка завжди вирізняється з-поміж інших категорій своєю важливістю та пріоритетністю» [5, с. 13]. В.В. Кузьменко підкреслює, що «суддя з огляду на специфіку своєї діяльності наділяється особливими привілеями, правами та повноваженнями порівняно з будь-якими іншими громадянами, які вступають у відносини найманої праці» [6, с. 3]. Правосуддя у цьому аспекті є діяльністю (працею, пов'язаною з виконанням трудової функції) судді, у ході здійснення якої відбувається законне та справедливе вирішення правового конфлікту. Як зазначає О.В. Карпушова, трудова діяльність суддів є «особливим видом діяльності, до якої висуваються підвищені вимоги, що абсолютно логічно, оскільки суддя – це не просто працівник, котрий виконує свої трудові функції, а особа, що відправляє правосуддя» [5, с. 75]. В.А. Ярема влучно додає, що «здійснення правосуддя на професійній основі є основним змістом трудової діяльності суддів. Основний Закон держави акцентований на «професійній» формі виконання службових обов'язків із здійснення правосуддя, що передбачає особливі вимоги до освіти, досвіду та інших професійно важливих характеристик цього суб'єкта» [16, с. 228]. Отже, суддя є найманим працівником, до трудової функції якого входять вирішення правових конфліктів та здійснення судового контролю відповідно до встановленої законодавством процедури.

Як бачимо, категорії «судова влада», «судовий орган (суд)» та «суддя» є взаємопов'язаними, але не тотожними. Кожне з означених явищ підпадає під сферу дії певної галузі права (конституційного, адміністративного, трудового), саме таким чином може забезпечуватися системність у здійсненні правосуддя. У цьому разі відбувається дедуктивний рух від загального до конкретного, коли абстрактна ідея судової влади, її інституційне втілення у вигляді системи судових органів доходять до реальної людини, її свідомості, навичок та здібностей. Такою особою є суддя, який, ґрунтуючись на конституційних принципах та адміністративно-правовому механізмі, відповідно до встановленої процедури вирішує долю правового конфлікту – фактично долю реальної людини, яка звернулася за захистом своїх прав та інтересів, а також долю суспільства, зацікавленого у підтриманні законності та правопорядку. Робить це суддя від імені держави, яка надала йому такі повноваження, та на основі правового зв'язку із судом – державним органом, який він представляє. Цей зв'язок є трудоправовим, заснованим на вільному волевиявленні особи зайняти відповідну судейську посаду та відповідності вимогам до цієї посади.

Як справедливо зазначає Т.В. Штих, «статус судді відноситься до спеціального статусу особи і визначає особливості правового становища особи у зв'язку із займаною посадою і відповідною службовою діяльністю від імені держави. Поряд із загальними особливостями трудової правосуб'єктності, трудова правосуб'єктність судді має свої особливості, обумовлені специфікою правового статусу цієї категорії осіб, що виходять, насамперед, з його дуальності. Здійснюючи діяльність від імені держави, на виконання завдань і функцій держави, суддя є працівником певного органу держави, і поєднання загального статусу особи, статусу державного службовця, посадової особи, працівника вимагає з'ясування меж дії кожного, їх взаємного впливу в аспекті особливостей реалізації певних прав та обов'язків, встановлення додаткових вимог, пільг, привілеїв, обмежень чи заборон» [17, с. 688]. Отже, праця судді унормовується особливим чином і передбачає наявність у трудовому праві механізму врахування специфічних факторів праці. Такий науково-практичний механізм у трудовому праці є і має назву «єдність та диференціація у правовому регулюванні праці».

Єдність і диференціація у правовому регулюванні праці – це один з методів трудового права, тобто спосіб правового регулювання (вплив через норми права на волю людей, їх поведінку в необхідному для держави, суспільства, працівників і роботодавців напрямі). Єдність виражається у встановленні норм загальної дії для всіх працівників. Це відбивається у загальних конституційних принципах, єдиних основних трудових правах та обов'язках працівника й роботодавців, що закріплюються загальними нормами, загальними нормативними актами трудового законодавства, які поширюються на всю територію країни й на всіх працівників, де б і ким би вони не працювали. Правовою основою забезпечення єдності в правовому регулюванні праці слугує ст. 3 Кодексу законів про працю України, де закріплюється, що «законодавство про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, виду діяльності й галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами» [18].

Диференціація у трудовому праві передбачає встановлення норм спеціального

призначення. Диференціація відбиває відмінності та особливості у правовому регулюванні праці окремих категорій працівників з урахуванням певних стійких факторів їх праці та їх особистості. Відповідно, диференціація проводиться за декількома факторами, а саме за умовами (шкідливість і важкість умов праці); суб'єктами (фізіологічні особливості жіночого організму, психофізіологічні особливості неповнолітніх); галуззю (особливості та характер праці в певній галузі, значення цієї галузі). Усі правові норми, що встановлюють диференційований підхід до унормування праці, є спеціальними. Вони дають змогу різним категоріям працівників нарівні з іншими здійснювати основні трудові права та обов'язки. Цими спеціальними нормами можуть бути норми-пільги, норми-вилучення, тобто норми, що обмежують права порівняно із загальними, а також норми-пристосування.

Щодо суддів, то необхідність диференціації у регулюванні їх праці обумовлена насамперед особливим значенням та характером такої праці, що полягає у виконанні трудової функції, яка передбачає безпосереднє здійснення правосуддя від імені держави. Показовою у цьому сенсі є Європейська Хартія про статус суддів, прийнята Радою Європи 10 липня 1998 року (далі – Хартія) [19]. У цьому модельному документі містяться такі детально розписані положення на користь особливого регулювання праці суддів.

1) «Закон про статус суддів має на меті забезпечення компетентності, незалежності та неупередженості, яких кожна особа цілком законно очікує від судів та від кожного судді, якому довірено захист її прав» (пп. 1.1 Хартії). Це положення розкриває головну галузеву підставу диференціації правового регулювання праці суддів, пов'язану зі значенням та характером праці цієї категорії працівників, а саме забезпечення компетентності, незалежності та неупередженості для здійснення правосуддя.

2) «На державу покладається обов'язок забезпечувати всіма засобами, необхідними для належного виконання їхніх завдань, і зокрема для розгляду справ в межах розумного періоду часу» (пп. 1.6 Хартії). Це положення окреслює залежний характер найманої праці суддів та обов'язки роботодавця із забезпечення необхідних умов праці.

3) «Законом має бути передбачено забезпечення умов, які гарантуватимуть шляхом дотримання вимог щодо освітньої кваліфікації та наявності попереднього досвіду призначення на посаду саме тих осіб, які здатні здійснювати судові обов'язки» (пп. 2.2 Хартії). Це положення вказує на специфічні норми, які стосуються трудової правосуб'єктності суддів.

4) «Судді вільно здійснюють іншу діяльність поза межами їхніх суддівських обов'язків, у тому числі діяльність, яка є втіленням їхніх прав як громадян. Ця свобода не може обмежуватися за винятком тих випадків, коли така діяльність поза суддівськими обов'язками не є сумісною з довірою до їх неупередженості та незалежності або з належним рівнем відданості, необхідної для розгляду справ, поданих на їх розгляд, з належною ретельністю та в межах розумного періоду часу» (пп. 4.2 Хартії). Це положення розкриває специфічність правового статусу судді, аргументує наявність певних обмежень у реалізації права на працю, встановлених для компетентного, незалежного та неупередженого відправлення правосуддя.

5) «Державою гарантується відшкодування збитків за шкоду, заподіяну в результаті протиправної поведінки або незаконних дій судді під час виконання ним обов'язків судді. Законом може передбачатися можливість, аби держава могла порушити справу з метою примусити суддю компенсувати суму, виплачену державою за шкоду, заподіяну ним, у випадку грубого і невиправданого порушення правил, що регулюють виконання обов'язків суддями» (пп. 4.2 Хартії). Це положення встановлює рекомендації щодо матеріальної відповідальності суддів, притаманні саме трудовому праву.

6) «Рівень винагороди, що виплачується суддям за виконання їх професійних обов'язків, повинен бути таким, щоб захистити їх від тиску, що може спричинити вплив на їх рішення або взагалі поведінку суддів і таким чином вплинути на їхню незалежність та неупередженість» (пп. 6.1 Хартії). «Винагорода може бути різною: залежно від стажу роботи, характеру обов'язків, виконання яких покладено на суддів у їх професійній якості, та від важливості обов'язків, що покладаються на них, оцінюватися ці фактори повинні відверто і відкрито» (пп. 6.2 Хартії). Ці положення вказують на те, що праця суддів оплачується за виконання професійних обов'язків та диференціюється залежно від певних умов. Такі правила щодо оплати праці цілком притаманні трудовому праву.

Прослідкувати диференційований підхід до правового регулювання праці суддів можна також у положеннях Закону України «Про судоустрій і статус суддів». У цьому Законі знайшли відображення такі норми-пільги, норми-вилучення та норми-пристосування, характерні для професії судді:

1) норми-пільги: «суддям виплачується щомісячна доплата за вислугу років у розмірі: за наявності стажу роботи більше 3 років – 15 відсотків, більше 5 років – 20 відсотків, більше 10 років – 30 відсотків, більше 15 років – 40 відсотків, більше 20 років – 50 відсотків, більше 25 років – 60 відсотків, більше 30 років – 70 відсотків, більше 35 років – 80 відсотків посадового окладу» (ч. 5 ст. 135 Закону);

2) норми-вилучення: «суддя не може поєднувати свою діяльність із підприємницькою, адвокатською діяльністю, обіймати будь-які інші оплачувані посади, виконувати іншу оплачувану роботу (крім викладацької, наукової чи творчої), а також входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку» (ч. 2 ст. 54 Закону);

3) норми-пристосування: «суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження з таких підстав: умисне або внаслідок недбалості незазначення в судовому рішенні мотивів прийняття або відхилення аргументів сторін щодо суті спору; порушення засад гласності і відкритості судового процесу; порушення засад рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; незабезпечення обвинуваченому права на захист, перешкоджання реалізації прав інших учасників судового процесу; порушення правил щодо відводу (самовідводу)» (ч. 1 ст. 106 Закону).

Як бачимо, хоча загалом Закон регулює адміністративно-правові відносини, пов'язані з організацією та функціонуванням судової системи, у ньому суттєву частину норм займають трудоправові норми, спрямовані на унормування праці суддів.

Висновки

Підбиваючи підсумок проведеного дослідження, можемо зробити такі висновки. Праця суддів повинна врегульовуватися нормами трудового права через такі обставини:

– потрібно розрізняти поняття «судова влада» (як гілка влади), «суд» (як державний орган), «суддя» (як найманий працівник); у цьому сенсі суддя є найманим працівником, до трудової функції якого входять вирішення правових конфліктів та здійснення судового контролю відповідно до встановленої законодавством процедури;

– наявність спеціальних норм унормування праці суддів ґрунтується на притаманному трудовому праву методі єдності та диференціації у правовому регулюванні праці; необхідність диференціації у регулюванні праці суддів обумовлена насамперед особливим значенням та характером їх праці, що полягає у виконанні трудової функції, яка передбачає безпосереднє здійснення правосуддя від імені держави; на прикладі Європейської Хартії про статус суддів та Закону України «Про судоустрій і статус суддів» було продемонстровано, що у правовому механізмі, пов'язаному з організацією та функціонуванням судової системи, суттєву частину норм займають трудоправові норми, спрямовані на унормування праці суддів.

Список використаних джерел:

1. Іванищук А.А. Адміністративно-правове забезпечення судової влади в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07. Київ, 2017. 466 с.

2. Орловська І.Г. Адміністративно-правовий статус суддів, прокурорів, адвокатів та нотаріусів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2013. Вип. 22. Ч. І. Т. 2. С. 205–208.

3. Барабаш Г.О. Особливості правового регулювання праці суддів в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Луганськ, 2011. 20 с.

4. Зуб Г.А. Правове регулювання соціального захисту суддів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Київ, 2013. 207 с.

5. Карпушова О.В. Правовий механізм забезпечення і реалізації трудових прав суддів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Київ, 2016. 18 с.

6. Кузьменко В.В. Юридична відповідальність суддів за порушення законодавства про працю : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Сєвєродонецьк, 2017. 192 с.

7. Межевська Л.В. Правове регулювання відсторонення від роботи осіб, які виконують функції держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Кривий Ріг, 2017. 17 с.

8. Штих Т.В. Правовий статус суддів як суб'єктів трудового права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Львів, 2010. 22 с.

9. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

10. Іванець О.М. Теоретичні та прикладні засади меж судової влади : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10. Київ, 2015. 202 с.

11. Чуприна Ю.Ю. Місце судової гілки влади в системі державної влади України. *Державне будівництво*. 2010. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeBu_2010_1_37 (дата звернення: 02.03.2020).

12. Рисін О.В. Здійснення правосуддя як важлива конституційна форма реалізації судової влади. URL: www.univer.km.ua/visnyk/388.pdf (дата звернення: 04.03.2020).

13. Організація судових та правоохоронних органів : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / за ред. І.Є. Марочкіна, Н.В. Сібільової. Харків : ТОВ «Одіссей», 2007. 528 с.

14. Прилуцький С.В. Суд як соціальний феномен цивілізаційного розвитку людства. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 12. С. 14–22.

15. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII. *Голос України*. 2016. № 132–133.

16. Ярема В.А. Поняття і сутність трудових прав суддів. *Часопис Київського університету права*. 2015. Вип. 2. С. 226–229.

17. Штих Т.В. Права та обов'язки судді як суб'єкта трудового права. *Форум права*. 2009. № 3. С. 686–690.

18. Кодекс законів про працю Української РСР. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. № 50. Ст. 375.

19. Європейська Хартія про статус суддів від 10 липня 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236 (дата звернення: 02.03.2020).

The author has revealed the problematic research aspects related to the classification of the work of this category of workers precisely in the sphere of labor law, and the arguments why the work of judges should be regulated by labor law. It is proved both theoretically and in the examples – that the work of judges should be governed by labor law, first of all, because looking at the lens of labor law, a judge is a hired worker, hires him to work for the state, he acts as an employee on behalf and in the interests of the state (society). In this sense, doing justice is part of the judge's job as a hired employee. It is argued that the concept of "judicial power" (as a branch of government), "court" (as a state body), and "judge" (as an employee) should be distinguished. In the opinion of the author, the judge is a hired employee whose job involves resolving legal conflicts and exercising judicial review in accordance with the procedure established by law. It is substantiated that the existence of special norms for the normalization of the work of judges is based on the inherent method of unity and differentiation in the legal regulation of labor. Unity is expressed in the establishment of General binding rules for all employees. This is reflected in the General constitutional principles in a single fundamental labour rights and obligations of the employee and the employers that are fixed General rules, General regulations of labor law that apply to the entire country and all workers, wherever and whoever they were working. It is proved that differentiation in regulation of work of judges is due primarily to the special value and nature of their work, consisting in the execution of labour function, which provides for the direct administration of justice on behalf of the state, however, the work of a judge has the same classic signs of which are unique to the workforce, wages and working time and rest time and its regulation. It is on the basis of these provisions, the author managed to convince and prove that, like any labor, the work of judges should remain within the scope of employment law, primarily with the aim of ensuring the effective implementation of labor functions by a competent, independent, impartial administration of justice.

The author studies the European Charter on the status of judges and the law of Ukraine "On judicial system and status of judges" demonstrate that the legal mechanism associated with the organization and functioning of the judicial system, a significant part of the rules aimed at the regulation of labor judges.

Key words: labor law, rule of law, judge, employee, unity, differentiation.

УДК 342.56:35
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.20

В'ячеслав Бойко,
канд. юрид. наук, докторант
Науково-дослідного інституту публічного права

ЕЛЕМЕНТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУДДІВСЬКОЇ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ

У статті визначено, що адміністративні обов'язки суб'єктів суддівської публічної адміністрації – це законодавчо закріплені обов'язкові для виконання міри необхідної поведінки для забезпечення нормального, якісного функціонування судової гілки влади, що забезпечуються примусовими заходами держави. З'ясовано, що адміністративна відповідальність суб'єктів суддівської публічної адміністрації – це застосування заходів примусу держави у вигляді санкцій за невиконання або неякісне виконання суб'єктами публічної адміністрації своїх повноважень. Наголошено, що адміністративні гарантії виконання прав і обов'язків суддівською публічною адміністрацією – це запорука дотримання суб'єктами суддівської публічної адміністрації реалізації їх основної сфери діяльності. Сукупність судових органів, наділених різною компетенцією, є основою судової влади; головним їх призначенням є вирішення юридично значущих справ, що мають правові наслідки. Основними елементами адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації також є права та обов'язки. До додаткових елементів слід віднести адміністративну відповідальність та гарантії виконання прав та обов'язків. Основними органами «суддівської публічної адміністрації» є Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Державна судова адміністрація України, Національна школа суддів України та всі інші органи що беруть участь у забезпеченні діяльності судової гілки влади. Доведено, що суддівська публічна адміністрація займає провідне місце в державному управлінні, керується нормативно-правовими актами України і здійснює забезпечення судової гілки влади, на її основі формуються адміністративно-правові відносини між судовими органами. Зроблено висновок, що елементи адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації – це основні складники, з яких складається адміністративно-правовий статус (права, обов'язки, адміністративна відповідальність та гарантії виконання прав і обов'язків), які створені та функціонують на основі норм адміністративного права, закріплені на законодавчому рівні та призначені для ефективного функціонування судової гілки влади України.

Ключові слова: державний орган, ефективність, елементи адміністративно-правового статусу, незалежність, публічна адміністрація, судова влада.

Постановка проблеми. В адміністративному праві України досить часто зустрічається поняття «адміністративно-правовий статус» та «публічна адміністрація. Беручи до уваги таку закономірність, слід зробити висновок, що дані категорії стали провідними у цій галузі права.

Саме термін «публічна адміністрація» є провідним для адміністративної сфери правових відносин, оскільки він об'єднав усіх державних суб'єктів права, що виконують важливі функції загальнодержавного значення.

На нашу думку, буде цікавим дослідження основних елементів адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації, оскільки саме вони виконують забезпечувальну функцію судової сфери. Завдяки цим державним органам, громадяни України мають можливість справедливо та неупереджено захистити власні права, обов'язки та законні інтереси.

Поняття «адміністративно-правовий статус» досліджували багато вчених-адміністративістів, однак вони акцентували увагу на інших сферах правових відносин. Першим, хто ввів поняття «суддівська публічна адміністрація», був А. Іванищук.

Таким чином, з метою більшої ефективності функціонування судової влади слід розглянути питання елементів адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації більш детально.

Огляд останніх досліджень. До проблематики елементів адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації зверталися такі вчені-юристи В. Авер'янов, А. Агапов, А. Анісімов, І. Аристова, Г. Атаманчук, О. Баранова, В. Басс, Ю. Батурін, І. Бачило, В. Брижко, Ю. Битяк,

© В. Бойко, 2020

В. Гавловський, В. Галунько, М. Дамірчиєв, П. Дітієвський, В. Заросило, Р. Калюжний, В. Колпаков, В. Копилов, О. Кузьменко, А. Марущак, О. Марценюк, Р. Мельник, А. Нонко, А. Письменницький, О. Радишевська, С. Стеценко, В. Ткаченка, О. Тихомиров, В. Хахановський, В. Цимбалюк, Т. Цуркан, М. Швець, Ю. Шемшученко, В. Шкарупа та ін. Проте аналізованих нами питань вони торкалися лише побічно, досліджуючи інші, більш загальні, спеціальні чи суміжні виклики.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі праць вчених-юристів визначити основні елементи адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації.

Виклад основного матеріалу. У тлумачному словнику української мови слово «статус» визначається як певний стан чогонебудь («становище, стан») [1, с. 342].

Термін «публічна адміністрація» уперше було використано в праві Європейського Союзу. Аналіз окремих нормативно-правових актів ЄС дозволяє зробити висновок, що в європейському праві є два визначення поняття «публічна адміністрація» – у вузькому та широкому розумінні. У вузькому сенсі під «публічною адміністрацією» розуміються «регіональні органи, місцеві та інші органи публічної влади», «центральні уряди» та «публічна служба». Під органами публічної влади при цьому розуміються «інституції регіонального, місцевого або іншого характеру, інші органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права або діями держав-членів; органи, наділені достатніми суверенними повноваженнями країни, які з формальної точки зору не є частиною адміністративного апарату держави-члена, але структура та завдання яких визначено в законі (причому ці завдання належать сфері функціонування держави)» [2; 3].

В. Галунько поняття «публічна адміністрація» тлумачить як систему органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації та інші суб'єкти, наділені адміністративно-управлінськими функціями, які діють з метою забезпечення як інтересів держави, так і інтересів суспільства в цілому, а також сукупність цих адміністративно-управлінських дій та заходів, встановлених законом [4].

Відповідно до вищезазначеної інформації можна зробити висновок, що публічною адміністрацією є об'єднання органів державної влади та приватних суб'єктів публічної влади, які наділені владними повноваженнями для здійснення функцій загальнодержавного значення.

М. Горбач вважає, що правовий статус суб'єктів публічної адміністрації – це взаємопов'язаний комплекс юридично закріплених завдань (функцій), обов'язків і прав, коли вони можуть діяти виключно відповідно до другого принципу правового регулювання «заборонене все крім того, що дозволено законом», а також із посиленою юридичною відповідальністю за порушення режиму законності (відповідальності негативного характеру, яка накладається на суб'єктів публічної адміністрації), а також із юридичною відповідальністю позитивного характеру, що реалізується цими суб'єктами публічної адміністрації, які мають загальний, універсальний характер для всіх однорідних учасників правових відносин [5].

Невід'ємними елементами адміністративно-правового статусу є адміністративні права та обов'язки, а всі інші елементи, такі як правосуб'єктність, правове становище, повноваження, гарантії компетенція, адміністративна відповідальність, юридичне явище, стосуються динаміки адміністративного права, іншими словами, є адміністративними інструментами права та не можуть бути віднесені до загального складника адміністративно-правового статусу суб'єкта адміністративного права, але можуть бути додатковими [5].

А. Костюков вважає, що до таких елементів належать правосуб'єктність, посадові завдання, основні функції, права, обов'язки, гарантії, форми діяльності, відповідальність та порядок посадових взаємовідносин (підпорядкованість) [6, с. 22].

Таким чином, основними елементами адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації також є права та обов'язки. До додаткових елементів, на нашу думку, слід віднести адміністративну відповідальність та гарантії виконання прав та обов'язків.

На думку І. Іванищука, основними ознаками адміністративно-правового статусу суб'єктів публічної адміністрації, які здійснюють адміністративно-правове забезпечення судової гілки влади, є їхні місце та роль у державному управлінні, окреслені певними правовими рамками й визначені Конституцією України, іншими законами та підзаконними актами, на підставі яких формується судова гілка влади, напрям правового забезпечення цих відносин, адміністративно-правовий вплив суб'єктів публічної адміністрації для забезпечення реального захисту гарантованих Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами держави прав і свобод людини й громадянина, прав і законних інтересів юридичних осіб, інтересів суспільства й держави [7].

Адміністративно-правовий статус публічної адміністрації, що здійснює адміністративно-правове забезпечення судової влади, є сукупністю статичних юридичних елементів, які визначають місце й роль посадових осіб та публічних органів, зокрема обсяг і глибину їхньої правосуб'єктності, компетенцію (обов'язки і права) та відповідальність за неналежне забезпечення незалежності судової влади, забезпечення прав і законних інтересів осіб, які звернулися до суду за юридичною допомогою [7].

Таким чином, «суддівська публічна адміністрація» займає провідне місце в державному управлінні, керується нормативно-правовими актами України і здійснює забезпечення судової гілки влади, на її основі формуються адміністративно-правові відносини між судовими органами.

Професор В. Авер'янов наголошує, що компетенція (права й обов'язки) є головним складником змісту правового статусу кожного органу, який доповнюється такими важливими елементами, як його завдання, функції, характер взаємозв'язків з іншими органами (як «по вертикалі», так і «по горизонталі»), місце в ієрархічній структурі органів виконавчої влади, порядок вирішення установчих і кадрових питань [8].

Сукупність судових органів, наділених різною компетенцією, є основою судової влади. Головним їх призначенням є вирішення юридично значущих справ, що мають правові наслідки. Судовій владі відводиться особлива роль арбітра в суперечках про право. Суб'єктом, який здійснює судову владу, є не будь-який державний орган, а лише суд з притаманними лише йому можливостями впливу на поведінку людей і соціальні процеси. Судова влада – це специфічна гілка єдиної державної влади, яка має власну виключну компетенцію щодо розгляду юридично значущих справ, що мають правові наслідки, і реалізується виключно конституційними органами (судами) в межах закону та спеціальних (судових) процедур [9, с. 422; 7].

Відповідно до ст. 147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в Україні діє єдина система забезпечення функціонування судової влади – судів, органів суддівського врядування, інших державних органів та установ системи правосуддя. Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Державна судова адміністрація України та Національна школа суддів України, інші органи державної влади та органи місцевого самоврядування беруть участь в організаційному забезпеченні діяльності судів. Державна судова адміністрація України забезпечує виконання рішень про утворення чи припинення (ліквідацію) судів [10].

Таким чином, основними органами «суддівської публічної адміністрації» є Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Державна судова адміністрація України, Національна школа суддів України та всі інші органи, що беруть участь у забезпеченні діяльності судової гілки влади.

Висновки

Таким чином, до елементів адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації слід віднести адміністративні права, обов'язки (основні), а також юридичну відповідальність та гарантії виконання прав і обов'язків (додатковий).

Адміністративні права суб'єктів суддівської публічної адміністрації – це законодавчо закріплені, дозволені для здійснення законної діяльності суб'єктів, що забезпечують діяльність судової гілки влади та призначені для виконання поставлених завдань у цій сфері міри дозволеної поведінки.

Адміністративні обов'язки суб'єктів суддівської публічної адміністрації – це законодавчо закріплені обов'язкові для виконання міри необхідної поведінки для забезпечення нормального, якісного функціонування судової гілки влади, що забезпечуються примусовими заходами держави.

Адміністративна відповідальність суб'єктів суддівської публічної адміністрації – це застосування заходів примусу держави у вигляді санкцій за невиконання або неякісне виконання суб'єктами публічної адміністрації своїх повноважень.

Адміністративні гарантії виконання прав і обов'язків суддівською публічною адміністрацією – це запорука дотримання суб'єктами суддівської публічної адміністрації реалізації їх основної сфери діяльності (наприклад, таких, як вчасне, справедливе та неупереджене правосуддя й забезпечення основного принципу, для чого вони створені та функціонують, – забезпечення прав, свобод та законних інтересів громадян України).

Отже, елементи адміністративно-правового статусу суддівської публічної адміністрації – це основні складники, з яких складається адміністративно-правовий статус (права, обов'язки, адміністративна відповідальність та гарантії виконання прав і обов'язків), які створені та функціонують на основі норм адміністративного права, закріплені на законодавчому рівні та призначені для ефективного функціонування судової гілки влади України.

Список використаних джерел:

1. Яремчук В., Сліпушко О. Тлумачний науковий словник українського мови. Київ : *АКОНІТ,* 2008. 528 с.
2. Комзюк А. Адміністративний процес України : навчальний посібник. Київ: *Прецедент,* 2007. 531 с.
3. Кравцова Т. , Солонар А. Поняття та принципи діяльності публічної адміністрації. *Форум права*. 2010. № 4. С. 522-525.
4. Пихтін М., Галунько В., Новіков М. Теорія держави і права: навчальний посібник. Херсон: *ХЮІ ХНУВС*, 2011. 250 с.
5. Горбач М. Адміністративно-правовий статус суб'єктів адміністративного права: теорія і практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2017. 18 с.
6. Костюков А. Должностное лицо: административно-правовой статус. *Правоведение*. 1987. № 2. С. 20-26.
7. Іванищук А. Адміністративно-правове регулювання діяльності судової гілки влади: теорія і практика : монографія. Київ: Ун-т "Україна", 2014. 356 с.
8. Авер'янов В. Адміністративне право України: доктринальні аспекти реформування. *Право України*. 1998. № 8. С. 8-13.
9. Марочкін І., Сібільова Н., Тихий В. Організація судових та правоохоронних органів : підручник для студенів юрид. спеціальностей вищих навч. закладів. Харків: *ТОВ «Одіссей»,* 2007. 528 с.
10. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Голос України*. 2016. № 132-133.

The article stipulates that the administrative duties of subjects of judicial public administration are legally mandated to carry out the necessary behavior to ensure the normal, quality functioning of the judicial branch of power, which are provided by coercive measures of the state. It has been established that the administrative responsibility of the subjects of judicial public administration is the application of measures of coercion of the state in the form of sanctions for non-compliance or poor performance of the subjects of public administration by their powers. It is emphasized that the administrative guarantees of the fulfillment of the rights and duties of the judicial public administration is a guarantee of the compliance of the subjects of the judicial public administration with the implementation of their main sphere of activity. The totality of the judicial authorities with different competencies is the basis of the judiciary, their main purpose being the resolution of legally significant cases having legal consequences. The basic elements of the administrative and legal status of the judicial public administration are also the rights and duties. Additional elements include administrative liability and rights and responsibilities. The main bodies of the Judicial Public Administration are the High Judicial Council, the High Qualifications Commission of Judges of Ukraine, the State Judicial Administration of Ukraine, the National School of Judges of Ukraine, and all other bodies involved in ensuring the activity of the judiciary. It is proved that the judicial public administration, occupies a leading position in the state administration, is guided by the normative legal acts of Ukraine, which provides the judicial branch of power, and on the basis of which administrative and legal relations between judicial bodies are formed. It is concluded that the elements of the administrative-legal status of the judicial public administration are the main components of which the administrative-legal status (rights, duties, administrative responsibility and guarantees of fulfillment of rights and duties), which are created and operate on the basis of administrative norms rights enshrined at the legislative level and intended for the effective functioning of the judiciary.

Key words: public authority, efficiency, elements of administrative and legal status, independence, public administration, judiciary.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.21

Валентин Галунько,
докт. юрид. наук, професор,
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

Юрій Буглак,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ПОЛІТИЧНОЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

Мета статті полягає в тому, щоб на основі методів наукового дослідження, використовуючи доктринальні положення, погляди на цю проблему вчених, вітчизняного та зарубіжного законодавства, публіцистичних матеріалів, а також власного досвіду з протидії корупції сформувати риси та категорійне визначення політичної корупції в юридичному аспекті. У статі розкрита юридична природа, риси та категорійне визначення політичної корупції в юридичному аспекті. Доведено, що вона має своїм базисом реальні багаторазово повторювані суспільні відносини, коли провідною рисою вищих посадових осіб держави є прагнення служити приватному інтересу, а не інтересам суспільства та/або банальна продажність з метою наживи. Визначено, що політична корупція в юридичному аспекті – це здійснені високопосадовцями держави корупційні діяння, за які нормами права передбачені санкції. Наголошено, що політична корупції є вершиною і самим небезпечним видом корупції, однак не єдиною. Адже поряд із нею, як правило, існує управлінська корупція, корупція на рівні бізнесу, корупція на рівні громадських організацій, приватного і пов'язаного з ним комунального сервісу (освіта, медицина) тощо. Крім того, треба зазначити, що не належаить до політичної корупції протиправна діяльність високопосадовців щодо переслідування політичних опонентів, професійних прав журналістів та грубого порушення прав і свобод громадян. З'ясовано, що метою політичної корупції насамперед є не збагачення окремих осіб, а прихід до публічної влади і її утримання. Хоча ми знаємо, що деякі високопосадовці приходили до влади з метою банального збагачення. Зроблено висновок, що юридичні чинники протидії політичній корупції є найбільш дієвою і жорсткою вершиною піраміди боротьби із нею, при цьому основне навантаження щодо запобігання їй має лягати на плечі громадянського суспільства та ЗМІ, які своїми громадськими, журналістськими та політичними засобами мають відправляти корумпованих високопосадовців за межі публічної влади, а ті політичні сили, які не самоочищаються від корупціонерів, – на політичне узбіччя.

Ключові слова: високопосадовці, корупційні діяння, корупція, публічний інтерес, санкції.

Постановка проблеми. У системі гуманітарних цінностей право обирати собі публічних чиновників, які зобов'язані чесно й ефективно, відповідно до принципу верховенства права забезпечувати права, свободи та законні інтереси громадян, є провідним. Проте через свою низьку правосвідомість і політичну культуру, а також маючи практично безмежні можливості, з погляду пересічних громадян, щодо збагачення, високопосадовці у будь-якій державі схильні до зловживань своїм владним становищем. Якщо їх не контролювати і не притягувати до політичної та юридичної відповідальності, більшість із них рано чи пізно починають служити не публічному, а власному приватному і корпоративному інтересу. Такі діяння отримали в науковій і публіцистичній літературі лаконічну назву «корупція».

В Україні ця проблема стоїть більш гостро, ніж в інших країнах. Адже століття бездержавності на генетичному рівні прищепили значній частині наших громадян філософію життя, згідно з якою найбільшою цінністю для них є не держава, яка майже завжди була чужою та окупаційною, а сім'я, родина, близькі та земляки. Максимум, на кого звертали свій позитивний вплив наші пращури, це були колеги по війську та праці. Відповідно коли вихідці з українських земель, завдяки своєму розуму і титанічні праці, пробивалися на високі посади, то насамперед вони, що є логічним, турбувалися не про державу, якій формально служили, а про свої

© В. Галунько, Ю. Буглак, 2020

інтереси. На жаль, після отримання своєї державності та вже не першої зміни політичної еліти ситуація залишається складною. Ставлення до власної держави значної кількості наших чиновників як до чужої.

Це приводить до негативних наслідків для громадян України. Інвестиції у Україну ідуть мляво, право власності захищене неналежно, рейдерство стало буденним явищем. Як результат легальні доходи українців є одними із найбільш низьких в Європі, продовжується демографічний спад кількості населення, трудова міграція стала чинником, що прямо впливає на національну безпеку. Особливо небезпечною є політична корупція, яка роз'їдає нашу державу із самого верху. Без її мінімізації годі говорити про успіхи в інших сферах суспільного життя нашого суспільства.

Проблема протидії політичній корупції стоїть гостро, однак у вітчизняній науковій літературі до сьогодні немає сталого його категорійного визначення. Зрозуміло, що відсутній і законодавчий її опис. Усе це приводить до того, що більшість політичних корупціонерів уникають юридичної відповідальності за політичні корупційні діяння, а іншу частину громадян, які не можуть бути суб'єктами таких діянь, безпідставно звинувачують в них. Це є неприпустимим, оскільки завдає шкоду як публічному інтересу в цілому, так і окремим конкретним громадянам, права, свободи та законні інтереси яких порушуються.

Аналіз останніх досліджень. До проблеми політичної корупції звертались вітчизняні та зарубіжні вчені І. Амундсен, М. Гетьманчук, В. Грищук, Г. Кохан, І. Кушнарьов, А. Тіньков, Я. Турчин та ін. Проте питання політичної корупції в юридичному аспекті вони не аналізували, а зосереджували свою увагу на більш загальних чи суміжних викликах.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі методів наукового дослідження, використовуючи доктринальні положення, погляди на цю проблему вчених, вітчизняного та зарубіжного законодавства, публіцистичних матеріалів, а також власного досвіду з протидії корупції сформувати риси та категорійне визначення політичної корупції в юридичному аспекті.

Виклад основного матеріалу. Згідно зі словником української мови, «корупція» (лат. corruptio – підкуп) – це підкупність, продажність урядовців і громадських діячів [4]. Західні словники дають таке визначення: корупція – це непристойна або протиправна поведінка з боку владних осіб, спонукання до неправомірних чи протизаконних дій публічних чиновників [2]. У Законі України «Про запобігання корупції» визначено, що корупція – це використання особою, зазначеною у частині першій статті 3 названого Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 3 аналізованого Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей [5]. У свою чергу вітчизняні політологи доводять, що корупція – це злочинна діяльність у сфері політики або державного управління, що полягає у використанні посадовими особами ввірених їм прав та владних можливостей задля особистого збагачення [6].

Без усякого сумніву, усі вище академічні дефініції корупції мають під собою певну політологічну і юридичну основу, а законодавчий опис правових меж корупції важко критикувати. Однак необхідно зазначити, що з погляду юриспруденції не виваженою є наведена остання дефініція корупції, у якій вона жорстко прив'язується до злочинної діяльності, її складниками є виключно політична і управлінська діяльність, а метою – тільки збагачення.

З таким підходом не можна погодитися у повному обсязі. І ми будемо це доводити у наступному матеріалі. А зараз висунемо гіпотези: по-перше, не всяка корупції є кримінально караною, більш того, певний час деяка корупція може взагалі бути юридично не караною, вона може не підпадати під правовий вплив; по-друге, корупція є багатогранним явищем, в якому поряд із політичним та управлінським складниками має місце бізнес та приватна корупція; по-третє, метою корупції є не тільки збагачення, але й прихід до влади і її утримання.

Застосовуючи методи наукового дослідження, використовуючи доктринальні положення, погляди на цю проблему вчених, положення вітчизняного та зарубіжного законодавства, публіцистичні матеріали, а також власний досвід з протидії корупції, розпочнемо доведення висунутих гіпотез з акцентом на юридичному аспекті. Адже відомо, що поняття «політична корупція» в Україні не визначене на законодавчому рівні, що призводить до розмитості розуміння її суб'єктного кола, видів дій, які

підпадають під кваліфікацію політичної корупції тощо [8].

На думку Інге Амундсен, провідного норвезького вченого, який займається проблемами корупції в країнах, які перебувають на початковій стадії розвитку, корупція – це зловживання державними повноваженнями, а політична корупція – це корупція, в якій участь беруть політичні особи [1].

Стаття 3 Закону України «Про запобігання корупції» до категорії осіб, які можуть суб'єктами корупційних діянь, віднесла широке коло осіб, серед яких, на наш погляд, політичними особами є: Президент України, Голова Верховної Ради України, народні депутати України, Прем'єр-міністр України та усі члени Уряду, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор, Голова ДБР, Голова НАБУ, Голова НАЗК, Голова Національного банку України, Голова Рахункової палати, Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим, голови обласних та міста Києва і Севастополя державної адміністрації та голови обласних рад, судді Конституційного Суду України, Голова та члени Вищої ради правосуддя, Голова ВККС, судді Верховного суду та Вищого антикорупційного судів [5]. При цьому вони отримують назву «високопосадовці», які формально та/або реально можуть приймати або впливати на прийняття загальнодержавних чи вагомих регіональних політичних рішень.

На думку вчених і юристів американської юридичної фірми USLegal, політична корупція означає зловживання політичною владою з боку урядових лідерів для набуття і накопичення цінностей для приватного збагачення, а також використання політично корумпованих засобів для підтримання і збереження своєї влади. При цьому вони відмежовують від політичної корупції такі протиправні діяння вищої державної влади, як зловживання нею шляхом репресій проти політичних опонентів, спрямування поліції на жорстоке поводження з громадянами. Підкреслюють, що політична корупція відбувається на найвищих рівнях політичної системи. Відповідно, вона має бути відмежована від адміністративної чи бюрократичної корупції. Її також треба відрізняти від корупції у бізнесі та приватному секторі [3].

На їхній погляд, політична корупція може бути у двох формах. Перша полягає в тому, що державні чиновники використовують і зловживають своєю владою шляхом вилучення з приватного сектору, з доходів уряду та з економіки в цілому на свою (своїх рідних, близьких) користь значних цінностей. Шляхами такої політичної корупції є вилучення державних коштів, розтрата, грабіж і навіть клептократія. Друга форма політичної корупції – це така, в якій видобуті ресурси (та державні кошти) використовуються для збереження та розширення влади. Зазвичай вона має форму фаворитизму та політики меценатства. Вона включає в себе розподіл фінансових та матеріальних стимулів, надання вигоди і переваг своїм особам на засадах фаворитизму та політичної вмотивованості [2].

На наш погляд, розуміння наукової природи політичної корупції американськими вченими і юристами є слушним. Однак і у вітчизняній науковій думці до цієї проблематики існують власні підходи.

Так, А. Тіньков доводить, що прив'язка політичної корупції передусім до державного управління є дискусійним питанням. Політична корупція – це не просто корупція в політичній (державній) сфері. Корупція є політичною в тому сенсі, що саме політичні структури роблять можливими або часто навіть вимагають корупційних дій. Політична корупція має прихований та багатоваріантний характер і далеко не завжди є очевидною для пересічного громадянина, дії політичних корупціонерів є універсальними і стосуються різних сфер суспільного життя [7].

На думку І. Кушнарьова, політична корупція – це деструктивний різновид неформальних інститутів підривного партикулярного характеру, який зумовлює неправомірне використання суб'єктами політичного процесу з корисливих мотивів ресурсів влади у позасуспільних інтересах, приватизацію публічних ресурсів за умов слабкості формальних і конструктивних неформальних інститутів. На його погляд, розуміння політичної корупції охоплює звужену кількість протиправних дій, пов'язаних із фінансуванням партій, електоральними зловживаннями, своєрідними «продажами» місць у виборчих списках, голосів депутатів за певну законодавчу ініціативу тощо. Водночас чимало інших дій у політиці можуть кваліфікуватися як корупційні, що потребує законодавчого врегулювання [8].

Іншими словами, І. Кушнарьов переконливо доводить, що далеко не вся корупція є політичною, а також те, що не всі діяння, які мають ознаки політичної корупції, є юридично караними.

Надзвичайно науково глибинними з погляду теорії є міркування щодо наукової природи політичної корупції Г. Кохан, яка доводить, що політична корупція є настільки багатозначним та конфліктним явищем, що політичні дебати з приводу того, що варто

брати за його основу, ще й досі точаться між представниками різних суспільних галузей і, судячи з його неоднозначності, так і не отримали логічного завершення. Вона доводить, що аналіз моделей вивчення політичної корупції свідчить, що, по-перше, модель як статична одиниця не може охопити явище в динаміці. По-друге, у моделі неможливо відобразити та прорахувати всі прояви політичної корупції, відповідно, оцінка наслідків може бути неточною або неповною. По-третє, зважаючи на комплексність та унікальність явища політичної корупції, за допомогою моделювання найзручніше демонструвати, як функціонує певна форма, прояв або тип політичної корупції в суспільстві, у певній політичній системі, коли відомі вхідні умови, середовище, кількість учасників, інтереси та ресурси, за які ці гравці змагаються. Визначення поняття політичної корупції і багатозначність цього явища зумовили також виникнення численних типологій політичної корупції. Зокрема, розрізняють хабарництво в торгівлі, патронажну систему, непотизм, кризову корупцію, індивідуальну та колективну, редистрибутивний та екстрактивний типи корупції, а також електоральну корупцію тощо [8].

Вчена Г. Кохан підкреслює, що політична корупція як динамічне явище, яке постійно розвивається, призводить до того, що політичній системі можуть бути властиві різні типи політичної корупції одночасно. Так само змінюється й набір форм політичної корупції залежно від внутрішніх та зовнішніх умов політичного середовища: постійно коливається від інтеграційної до дезінтеграційної, від стабільної до нестабільної тощо. Оскільки, виникаючи за однакових умов, політична корупція в різні проміжки часу може проявлятися по-різному в одному й тому самому місці, це унеможливлює сталість її форми. Кожна форма політичної корупції в одній системі може бути поодиноким та хаотичним проявом, а в іншій – набути ознак норми. Незважаючи на це, у політичній науці існує низка типологій політичної корупції та невичерпний перелік її проявів, проте процес уточнення та доповнення типів і форм політичної корупції триває, особливо під час проведення окремих ґрунтовних досліджень [9].

Як ми бачимо, вчені-політологи щодо меж політичної корупції зайшли в глухий кут. Ми також розуміємо надзвичайну складність цього феномена, однак стверджуємо, що вона може і має бути описана в певних межах юридичної матерії. Зрозуміло, з деяким рівнем абстракції, коли ми будемо розкривати фактичний її зміст та з певним рівнем достовірності описувати її юридичний складник.

Звернемося до аргументів та фактів, висунутих на користь висунутих гіпотез.

1. Реальні суспільні політичні корупційні відносини завжди будуть випереджувати норми права, які протидіють, запобігають політичній корупції і боряться з нею. Адже не можливо – і це буде грубим порушенням принципу верховенства права – приймати закони, що обмежують права і законні інтереси осіб, ще до того, як ці суспільні відносини виникли. Відповідно, кара за нові види політичної корупції постійно і об'єктивно буде відставати від реального стану речей, якщо антикорупційні заходи на стадії правотворчості будуть недосконалими, а громадянське суспільство – слабким або неактивним у цій сфері. Іншими словами, простого позитивістського шляху вирішення цієї проблеми не існує. Тут потрібне сильне громадянське суспільство, незалежні ЗМІ і, як наслідок, невідворотність політичної відповідальності корупціонерів. Високопосадовець чи політична сила, яка вчасно не позбулась корупціонера, шляхом втрати довіри виборців має безповоротно залишатися на узбіччі політики і публічної влади.

2. Політична корупція є вершиною і найнебезпечнішим видом корупції, однак не єдиним Адже поряд із нею, як правило, існує управлінська корупція, корупція на рівні бізнесу, корупція на рівні громадських організацій, приватного і пов'язаного з ним комунального сервісу (освіта, медицина) тощо. Крім того, треба зазначити, що не належить до політичної корупції протиправна діяльність високопосадовців щодо переслідування політичних опонентів, порушення професійних прав журналістів та грубого порушення прав і свобод громадян. Хоча такі дії здебільшого мають ознаки важких злочинних діянь, проте вони належать до інших видів злочинів.

3. Метою політичної корупції насамперед є не збагачення окремих осіб, а прихід до публічної влади і її утримання. Хоча ми знаємо, що деякі високопосадовці приходили до влади з метою банального збагачення. Таким чином, ми вважаємо що усі висунуті на початку статті гіпотези доведені.

Висновки

Отже, політична корупція в юридичному аспекті характеризується такими рисами:

1) має своїм базисом реальні багаторазово повторювані суспільні відносини, коли провідною рисою вищих посадових осіб держави є прагнення служити своєму (своїх рідних і близьких) приватному або корпоративному інтересу, а не публічним інтересам суспільства та/або банальна продажність з метою наживи;

2) це будь-які корупційні діяння, що здійснюються вищими посадовими особами, які мають формальні або/та реальні владні повноваження щодо впливу на прийняття загальнодержавних чи великих регіональних політичних рішень;

3) вона має фактичний і юридичний зміст, які не збігаються: спостерігається, як правило випередження фактичного змісту політичної корупції перед юридичним, коли деякі суспільні діяння, які за своєю сутністю є корупційними, ще не знайшли свого правового впливу у санкціях правових норм;

4) не всі зловживання високопосадовців держави є корупційними правопорушеннями, а тільки ті, які відповідають специфічній протиправній меті;

5) такою метою, по-перше, є протиправне утримання влади для себе та своїх фаворитів, по-друге, максимальне вилучення із приватного сектору та публічного бюджету благ;

6) юридичні чинники протидії політичній корупції є найбільш дієвою і жорсткою вершиною піраміди боротьби із нею, при цьому основне навантаження щодо запобігання їй має лягати на плечі громадянського суспільства та ЗМІ, які своїми громадськими, журналістськими та політичними засобами мають відправляти корумпованих високопосадовців ,за межі публічної влади, а ті політичні сили, які не самоочищаються від корупціонерів, – на політичне узбіччя.

Отже, політична корупція в юридичному аспекті – це здійснювані високопосадовцями держави корупційні діяння, за які нормами права передбачені санкції.

Список використаних джерел:

1. Inge, Amundsen. Political corruption: An introduction to the issues. 1999. URL: https://www.cmi.no/publications/1040-political-corruption (дата звернення: 22.03.2020).

2. Definition of corruption. 2019. URL: https://www.merriam-webster.com/dictionary/corruption (дата звернення: 28.03.2020).

3. Political Corruption Law and Legal Definition URL: https://definitions.uslegal.com/p/political-corruption/ (дата звернення: 28.03.2020).

4. Корупція. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970-1980). 1973. Том 4. С. 302. URL: http://sum.in.ua/s/korupcija (дата звернення: 29.03.2020).

5. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1700-18 (дата звернення: 29.03.2020).

6. Гетьманчук М., Грищук В., Турчин Я. Політологія : навчальний посібник. Київ: Знання, 2010. 415 с. URL: http://politics.ellib.org.ua/pages-8495.html (дата звернення: 29.03.2020).

7. Тіньков А. Політична корупція в системі державного управління: українські реалії. *Політологія і право*. 2010. URL: http://visnyk.academy.gov.ua/wp-content/uploads/2013/11/2010-1-32.pdf (дата звернення: 22.03.2020).

8. Кушнарьов І. Політична корупція : порівняльно-політологічна концептуалізація : монографія. Київ: Юридична думка, 2018. 408 с.

9. Кохан Г. Явище політичної корупції: теоретико-методологічний аналіз : монографія. Київ: НІСД, 2013. 232 с

The purpose of the article is to use the methods of scientific research, using doctrinal provisions, opinions on this problem of scientists, domestic and foreign legislation, journalistic materials, as well as their own experience of combating corruption, to form traits and categorical definition of political corruption in the legal aspect. The article reveals the legal nature, features and categorical definition of political corruption in the legal aspect. It has been proved that it has as its basis real multiple repetitive social relations, when the leading feature of the highest officials of the state is the desire to serve the private rather than the public society or sales for profit. It is determined that political corruption in the legal aspect, it is corruption committed by high officials of the state, for which the rules of law provide for sanctions. It is emphasized that political corruption is the pinnacle and most dangerous form of corruption, but not the only one. Because, as a rule, there is usually corruption associated with managerial corruption, business-level corruption, corruption at the level of public organizations, private and related utilities (education, medicine), etc. In addition, it should be noted that the illegal activity of high-ranking officials in the pursuit of political opponents, professional rights of journalists and gross violation of the rights and freedoms of citizens is not related to political corruption. It has been found that the purpose of political corruption is not the enrichment of individuals, but the arrival and retention of public authority. Although we know that some high-ranking officials have come to power for the purpose of banal enrichment. Thus, we believe that all the hypotheses put forward at the beginning of the article are proved. It is concluded that the legal factors to counteract political corruption are the most effective and rigid top of the pyramid of combating it, with the main burden of preventing it should lie on the shoulders of civil society and the media, which by their public, journalistic and political means have to send the media. public authorities, and those political forces that do not purify themselves against corrupt officials on the political sidelines.

Key words: high officials, corruption, corruption, public interest, sanctions.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.22

Ганна Гончаренко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент спеціальної кафедри № 1 «Правові засади державної безпеки»
Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПОВНОВАЖЕННЯ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК СУБ'ЄКТІВ УПРАВЛІННЯ СЕКТОРУ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

У статті розглянуто зміст та види повноважень органів місцевого самоврядування як суб'єктів управління сектором безпеки України в розвитку науки адміністративного права та теорії управління. Запропоновано виділити групи повноважень органів місцевого самоврядування щодо управління сектором безпеки, а саме: власні і делеговані. Встановлено наявність можливостей участі органів місцевого самоврядування в управлінні сектором безпеки у взаємодії з органами, які входять до його складу. З'ясовано, що органи місцевого самоврядування також є суб'єктами демократичного цивільного контролю над сектором безпеки України, і для здійснення такого контролю органи місцевого самоврядування можуть утворювати депутатські комісії. Аргументовано, що органи місцевого самоврядування є представницькими органами, через які здійснюється право територіальної громади самостійно вирішувати питання на місцях. Органи місцевого самоврядування можуть взаємодіяти зі Службою безпеки України та іншими правоохоронними органами, з органами державної влади, з громадськістю, з інститутами громадянського суспільства, беручи участь в управлінні сектором безпеки.

Встановлено, що до повноважень органів місцевого самоврядування в управлінні сектором безпеки віднесені: взаємодія з органами державної влади в контексті забезпечення національної безпеки; моніторинг, ліквідація наслідків загроз і небезпек у сфері національної безпеки та запобігання їм; взаємодія з органами військового управління з метою недопущення надзвичайних ситуацій та ліквідації їх наслідків і запобігання їмгшюж; участь в розробці програм безпеки держави на місцевому рівні; вирішення завдань органів правопорядку щодо забезпечення національної безпеки, сприяння їх реалізації «на місцях»; розгляд справ про адміністративні правопорушення, віднесені законом до їх відання; звернення до суду про визнання незаконними актів органів виконавчої влади; внесення подань та запитів до органів державної влади з питань національної безпеки; вирішення питань щодо адміністративно-територіального устрою й участь у заходах щодо забезпечення безпеки на кордонах територіальної одиниці.

Ключові слова: безпека, національна безпека, суб'єкти демократичного цивільного контролю, представницькі органи, адміністративно-правове регулювання.

Постановка проблеми. Сталий розвиток держави в напрямі європейської інтеграції неможливий без усунення низки проблем з управлінням сектором безпеки України, включаючи правові. У Стратегії національної безпеки України зазначено про несформованість сектору безпеки й оборони як цілісного функціонального об'єднання, керованого з єдиного центру, та структурну незбалансованість органів сектору безпеки. Стратегія вказує на потребу комплексного вдосконалення законодавства щодо сектору безпеки, яке повинно бути спрямованим на унормування його структури і складу органів сектору безпеки, систему управління, координації та взаємодії його органів [1], в тому числі питання участі органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб в управлінні сектором безпеки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання щодо участі органів місцевого самоврядування в управлінні, в тому числі і державному управлінні, досліджували такі вчені, як В. Б. Авер'янов, Ю. П. Битяк, Н. М. Матюхіна, В. Я. Малиновський, В. А. Ліпкан [2], В. О. Демиденко [3], Ю. Б. Ірха [4], С. І. Лєкарь [5], О. М. Шевчук [6] та ін. Однак питання участі органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб в управлінні сектором безпеки в наукових джерелах не розкрито, що вказує на актуальність даної роботи та її практичне значення.

Метою статті є з'ясування змісту, поняття, сутності та специфіки повноважень органів місцевого самоврядування як суб'єктів управління сектором безпеки України.

© Г. Гончаренко, 2020

Виклад основного матеріалу. Беззаперечно, однією з надважливих функцій держави є забезпечення її національної безпеки, яку слід розуміти як захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз (п. 9 ст. 1) [7]. В Україні визнається і гарантується місцеве самоврядування (ст. 7), а ст. 5 Конституції України визначає, що народ здійснює свою владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування [8]. Згідно з вимогами Європейської хартії місцевого самоврядування (м. Страсбург, 15 жовтня 1985 року), а саме ст. 4 під назвою «Сфера компетенції місцевого самоврядування» зазначено, основні повноваження місцевого самоврядування повинні бути встановлені конституцією або законом (ч. 1) [9].

У Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України визначено, що одним з основних завдань такого сектору є надання допомоги органам місцевого самоврядування у запобіганні та ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій природного та техногенного характеру, а також воєнного характеру, розвиток міжнародного співробітництва у цій сфері [10]. А згідно зі ст. 12 Закону України «Про національну безпеки України» до сектору безпеки і оборони належать також органи місцевого самоврядування, які здійснюють свої функції із забезпечення національної безпеки у взаємодії з органами, які входять до його складу. Крім того, органи місцевого самоврядування відносять також і до суб'єктів демократичного цивільного контролю над сектором безпеки і оборони (ст. 4), і для здійснення такого контролю органи місцевого самоврядування можуть утворювати депутатські комісії (ст. 8) [7].

На думку В. Б. Авер'янова, контроль органів місцевого самоврядування є однією з основних сторін соціального призначення відповідних органів місцевого самоврядування і елементом управління, об'єктивно властивим всім органам місцевого самоврядування, оскільки вся їхня діяльність (як і діяльність органів виконавчої влади) за своїм змістом є управлінською, що передбачає прийняття управлінських рішень, організацію їх виконання та контроль за їх виконанням [11, с. 469]. З цих позицій можна стверджувати, що органи місцевого самоврядування діють у межах своїх контрольних повноважень також.

Дослідимо політико-правову природу органів місцевого самоврядування. Так, В. А. Ліпкан аргументовано зазначає: незважаючи на те, що органи місцевого самоврядування є похідною формою від державної, а не муніципальної влади, вони являють собою делеговані державною владою органи на місцях, проте вони не входять до системи органів виконавчої влади [2, с. 325]. Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 26.03.2002 р. у справі № 6 Нрп/2002 визначив політико-правову природу органів місцевого самоврядування, які, відповідно до зазначеного Рішення, не є органами державної влади, а є представницькими органами, через які здійснюється право територіальної громади самостійно вирішувати не будь-які питання суспільного життя, а питання саме місцевого значення, тобто такі, які пов'язані передусім із життєдіяльністю територіальних громад і перелік яких визначено у Конституції і законах України [12]. Тобто органи місцевого самоврядування є представницькими органами, через які здійснюється право територіальної громади самостійно вирішувати питання на місцях.

Відповідно до ст. 140 Конституції України, місцеве самоврядування є правом територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста – самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України [8]. Згідно з положеннями ст. 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», місцеве самоврядування – це гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст [13]. Крім того, система місцевого самоврядування включає: територіальну громаду; сільську, селищну, міську раду; сільського, селищного, міського голову; виконавчі органи сільської, селищної, міської ради; районні та обласні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст; органи самоорганізації населення (ст. 5) [13]. Отже, в управлінні сектором безпеки України можуть і зобов'язані брати участь територіальні громади, відповідні органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові службові особи.

В юридичній літературі немає єдиної точки зору на визначення правової

конструкції «органи місцевого самоврядування» та «система органів місцевого самоврядування». Так, О. Д. Лазор визначає, що під органами місцевого самоврядування розуміють виборні та інші органи, що уповноважені на вирішення питань місцевого значення, які відповідно до законодавства не належать до системи органів державної влади [14, с. 13, 14]. О. М. Шевчук під органами місцевого самоврядування розуміє виборні та інші органи, що уповноважені та наділені владними повноваженнями на вирішення від імені і в інтересах територіальної громади питань місцевого значення, відповідно до законів України в межах Конституції, утримуються за рахунок коштів бюджетів місцевого самоврядування, районних, обласних бюджетів і не входять до системи органів державної влади та здійснюють управління в цій сфері під власну відповідальність [6, с. 42]. З погляду В. В. Мамонової, система органів місцевого самоврядування – це впорядкована сукупність організаційних форм, інститутів місцевої демократії, зв'язків між ними та процесів, через які здійснюються функції місцевого самоврядування щодо вирішення питань місцевого значення, а також людський, правовий, матеріальний та фінансовий потенціал, необхідний для їх реалізації [15, с. 344]. На думку В. О. Демиденко, органи місцевого самоврядування у механізмі забезпечення національної безпеки визначаються їхньою правовою і організаційною сутністю та здатністю вирішувати конкретні завдання на місцевому рівні у різних сферах життєдіяльності. Також вони самостійно формують засади розвитку територіальної громади, тому автор відносить їх до суб'єктів тактичного рівня управління соціально-політичними і соціально-економічними відносинами в державі [3, с. 240]. Тобто вищенаведене дає можливість говорити про важливе місце органів місцевого самоврядування у системі управління сектором безпеки України.

Повноваження органів місцевого самоврядування В. А. Ліпкан розподілив на дві групи: 1) власні та 2) делеговані. Перший випадок – це повноваження, щодо яких мають місце відповідні чіткі приписи норм права і які надають вказаним органам право на здійснення певних дій. Делеговані – ті, які передаються органам місцевого самоврядування органами виконавчої влади [2, с. 169]. С. П. Пономарьов, досліджуючи місце органів місцевого самоврядування як суб'єктів забезпечення безпеки і оборони України, також поділяє їх на власні і делеговані [16, с. 180, 181]. В. С. Куйбіда, вказуючи на власні повноваження органів місцевого самоврядування у сфері забезпечення національної безпеки, вважає, що органи місцевого самоврядування виконують функції сприяння органам державної влади, насамперед Службі безпеки України як державному органу, безпосередньою і прямою функцією якого є забезпечення державної безпеки України, здійснюючи цю функцію у таких формах: у формі внесення подань до відповідних органів про притягнення до відповідальності посадових осіб; у формі звернення до суду про визнання незаконними актів органів виконавчої влади, інших органів місцевого самоврядування [17, с. 8]. При цьому варто зазначити, що органи місцевого самоврядування взаємодіють також з органами державної влади, з громадськістю, з інститутами громадянського суспільства в управлінні сектором безпеки.

Інститут делегованих повноважень є способом контролю державної влади органів місцевого самоврядування [18, с. 18]. О. С. Вонсович вказує, що органи місцевого самоврядування мають окремі повноваження з публічного адміністрування у сфері національної безпеки. Автор наводить їх перелік, а саме: органи місцевого самоврядування виконують роль сигнальної системи у разі виникнення джерел небезпеки та збільшення загроз; повинні своєчасно виявляти та попереджувати виникнення кризових ситуацій; здійснювати громадський контроль за діяльністю й виконанням рішень органів державної влади; формувати та впливати на громадську думку, розвивати правосвідомість членів територіальної громади; залучати громадян до практичної діяльності щодо забезпечення національної безпеки, стабілізації обстановки, досягнення громадянського миру та злагоди [19, с. 20-21]. А. Г. Мосейко також наводить повноваження органів місцевого самоврядування в системі суб'єктів публічного адміністрування у сфері національної безпеки України [20, с. 80, 81].

Згідно з положеннями Закону України «Про національну безпеку України», місцеві органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування у сфері управління сектором безпеки: 1) заслуховують, за потреби, доповіді посадових осіб правоохоронних органів, що знаходяться на відповідній території, про виконання вимог законодавства щодо забезпечення громадської безпеки та правопорядку; 2) взаємодіють з органами військового управління під час планування та проведення (в умовах присутності цивільного населення) потенційно небезпечних заходів; 3) інформують громадськість, зокрема, через засоби масової інформації про свою діяльність у виконанні завдань, пов'язаних із забезпеченням національної безпеки і оборони (ст. 8) тощо [7].

Сільські, селищні, міські ради мають право розглядати і вирішувати питання, віднесені Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами до їх відання. Так, до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад належать такі повноваження щодо забезпечення законності, правопорядку, охорони прав, свобод і законних інтересів громадян (ст. 38): власні повноваження (I): 1) сприяння діяльності органів суду, прокуратури, юстиції, служби безпеки, Національної поліції, Національного антикорупційного бюро України, адвокатури і Державної пенітенціарної служби України; 2) внесення подань до відповідних органів про притягнення до відповідальності посадових осіб, якщо вони ігнорують законні вимоги та рішення рад і їх виконавчих органів, прийняті в межах їх повноважень; 3) звернення до суду про визнання незаконними актів органів виконавчої влади, інших органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, які обмежують права територіальної громади, а також повноваження органів та посадових осіб місцевого самоврядування та ін.; делеговані повноваження (II): 1) забезпечення вимог законодавства щодо розгляду звернень громадян, здійснення контролю за станом цієї роботи на підприємствах, в установах та організаціях незалежно від форм власності; 2) вжиття у разі надзвичайних ситуацій необхідних заходів відповідно до закону щодо забезпечення державного і громадського порядку, життєдіяльності підприємств, установ та організацій, врятування життя людей, захисту їхнього здоров'я, збереження матеріальних цінностей; 3) вирішення відповідно до закону питань про проведення зборів, мітингів, маніфестацій і демонстрацій, спортивних, видовищних та інших масових заходів; 4) здійснення контролю за забезпеченням під час їх проведення громадського порядку; 5) погодження проекту плану проведення потенційно небезпечних заходів в умовах присутності цивільного населення за участю особового складу Збройних Сил України, інших військових формувань та правоохоронних органів з використанням озброєння і військової техніки; 6) взаємодія з органами військового управління під час планування та проведення таких заходів з метою запобігання і недопущення надзвичайних ситуацій та ліквідації їх наслідків відповідно до закону; 7) розгляд справ про адміністративні правопорушення, віднесені законом до їх відання; 8) утворення адміністративних комісій та комісій з питань боротьби зі злочинністю, спрямування їхньої діяльності та ін. (ст. 38) [13].

Висновки

Повноваження органів місцевого самоврядування в управлінні сектором безпеки поділяються на власні і делеговані. Делеговані повноваження – це повноваження органів виконавчої влади, які передані органам місцевого самоврядування відповідно до законодавства для забезпечення законності та правопорядку в державі, а також щодо охорони прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина з питань управління сектором безпеки. Власні повноваження органів місцевого самоврядування в управлінні сектором безпеки – це ті, які мають відповідні приписи норм права, що надають органам місцевого самоврядування право на здійснення дій у секторі безпеки. Органи місцевого самоврядування здійснюють свої функції щодо управління сектором безпеки у взаємодії з органами, які входять до його складу. Крім того, органи місцевого самоврядування є суб'єктами демократичного цивільного контролю над сектором безпеки України, і для здійснення такого контролю органи місцевого самоврядування можуть утворювати депутатські комісії.

До повноважень органів місцевого самоврядування в управлінні сектором безпеки слід віднести: (a) сприяння діяльності органів суду, прокуратури, Національного антикорупційного бюро України, адвокатури і Державної пенітенціарної служби України; (b) взаємодію з органами державної влади в контексті забезпечення національної безпеки; (c) моніторинг, ліквідацію наслідків загроз і небезпек у сфері національної безпеки держави та запобігання їм; (d) взаємодію з органами військового управління з метою недопущення надзвичайних ситуацій та ліквідації їх наслідків і запобігання їм; (e) участь у розробці програм безпеки держави на місцевому рівні; (f) вирішення завдань органів правопорядку щодо забезпечення національної безпеки, сприяння їх реалізації «на місцях»; (g) розгляд справ про адміністративні правопорушення, віднесені законом до їх відання; (h) звернення до суду про визнання незаконними актів органів виконавчої влади; (i) утворення адміністративних комісій та комісій з питань боротьби зі злочинністю, спрямування їхньої діяльності та ін.; (j) розгляд звернень громадян; (k) внесення подань, запитів до органів державної влади з питань національної безпеки; (l) вирішення питань щодо адміністративно-територіального устрою й участь у заходах щодо забезпечення безпеки на кордонах територіальної одиниці. Дані висновки можуть бути використані у подальших розробках теорії та практики управління сектором безпеки в контексті розвитку адміністративно-правового регулювання.

Список використаних джерел:

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 06.052015 р. «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 26.05.2015 р. № 287/2015. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015 (дата звернення: 13.04.2020).
2. Ліпкан В.А. Адміністративно–правове регулювання національної безпеки України : монографія. Київ : ТЕКСТ, 2008. 440 с.
3. Демиденко В. О. Місце й роль органів місцевого самоврядування в забезпеченні національної безпеки України. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 3 (108). С. 238–249.
4. Ірха Ю. Б. Роль органів місцевого самоврядування у системі протидії проявам екстремізму на території України. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. № 2(8). С. 1–13.
5. Лєкарь С.І. Взаємодія органів місцевого самоврядування та органів державної влади у сфері забезпечення економічної безпеки. URL: http://dspace.tneu.edu.ua (дата звернення: 21.04.2020).
6. Шевчук О.М. Особливості здійснення та реалізації самоврядного контролю в сфері обігу наркотичних засобів. *Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2014. № 1. С. 39–46.
7. Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.
8. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96–ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
9. Європейська хартія місцевого самоврядування : міжнародний документ від 15.10.1985 № 994_036. *Офіційний вісник України*. 2015. № 24. № 39. 2013. Ст. 1418. С. 450. Ст. 718.
10. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 4.03.2016 р. «Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України» : Указ Президента України від 14.03.2016 р. № 92/2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/92/2016#n2 (дата звернення: 21.04.2020).
11. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ: Вид. Дім «Ін-Юре», 2002. 668 с.
12. Рішення КС України від 26.03. 2002 р. № 6Нрп/2002 у справі за конституційним поданням МВС України щодо офіційного тлумачення положення ч. 2 ст. 28 ЗУ «Про статус депутатів місцевих Рад народних депутатів». URL: //zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 22.04.2020).
13. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР . *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.
14. Лазор О.Д. Основи місцевого самоврядування : навчальний посібник. Київ : Центр навч. л-ри, 2003. 432 с.
15. Мамонова В.В. Система місцевого самоврядування. *Енциклопедія державного управління* : у 8 т. / наук. редкол.: Ю. В. Ковбасюк (голова) та ін. Т.5. Харків : Магістр, 2011. С. 342 – 344.
16. Пономарьов С.П. Органи місцевого самоврядування як суб'єкти забезпечення безпеки і оборони України. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2018. № 1(18). С.174–182.
17. Куйбіда В. С. Проблеми та напрями результативного проведення реформ місцевого самоврядування. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. Серія «Державне управління»*. 2018. № 4. С. 5-13.
18. Майстро С. В. Розмежування повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування. URL: http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/ db/2012-1/doc/4/05.pdf. (дата звернення: 21.04.2020).
19. Вонсович О.С. Національна безпека України в умовах сучасних геополітичних змін. *Науковий вісник Дипломатичної академії України*. 2017. Вип. 24(2). С. 18-24.
20. Мосейко А. Г. Публічне адміністрування у сфері національної безпеки Україні : дисер. ... канд. юрид.: 12.00.07. Запоріжжя, 2019. 220 с.

The article considers the content and types of powers of local governments as subjects of management of the security sector of Ukraine in the development of the science of administrative law and management theory. It is proposed to allocate groups of powers of local governments to manage the security sector, namely: own and delegated. The possibility of participation of local self-government bodies in the management of the security sector in cooperation with the bodies that are part of it has been established. Found out that local governments are also subjects of democratic civilian control over the security sector of Ukraine, and to exercise such control, local governments may form deputy commissions. Argued, that local self-government bodies are representative bodies through which the right of a territorial community to independently resolve issues on the ground is exercised. Local governments may interact with the Security Service of Ukraine and other law enforcement agencies, with public authorities, with the public, with civil society institutions, participating in the management of the security sector.

Installed that the powers of local governments in the management of the security sector include: interaction with public authorities in the context of national security; monitoring, prevention and elimination of the consequences of threats and dangers in the field of national security; interaction with military authorities in order to prevent and prevent emergencies and eliminate their consequences; participation in the development of state security programs at the local level; solving the tasks of law enforcement agencies to ensure national security, promoting their implementation "on the ground"; consideration of cases on administrative offenses referred by law to their jurisdiction; appeal to the court to declare illegal acts of executive bodies; submission of submissions and inquiries to public authorities on national security issues; resolving issues related to the administrative-territorial structure and participation in measures to ensure security at the borders of the territorial unit.

Key words: security, national security, subjects of democratic civil control, representative bodies, administrative and legal regulation.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.23

Дар'я Драч,
здобувач
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ПРОКУРОРСЬКИЙ НАГЛЯД: УКРАЇНСЬКИЙ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

Статтю присвячено дослідженню українського та європейського адміністративно-правових аспектів прокурорського нагляду. Прокурорський нагляд є формою реалізації прокурорських повноважень, яка є особливим видом публічної діяльності в адміністративно-правовому аспекті. Встановлено, що українські нормативно-правові акти визначають певні види прокурорського нагляду та відповідні повноваження прокурорів, які є досить широкими. Європейські джерела права натепер також визначають широку компетенцію органів прокуратури стосовно реалізації наглядових повноважень. Розмежовано поняття нагляду й контролю, уточнено загальний об'єкт і предмет прокурорського нагляду. У результаті аналізу різних наукових підходів запропоновано розуміти прокурорський нагляд як публічно-правову діяльність прокурора, яка полягає у виконанні ним факультативних функцій щодо моніторингу діяльності правоохоронних та пенітенціарних органів на предмет дотримання норм законів під час виконання ними службових обов'язків. Виявлено, що зміст прокурорського нагляду включає певні права й обов'язки, які прокурор уповноважений здійснювати протягом служби, і вони залежать від виду прокурорського нагляду і його особливостей. Розкрито сутність і причини попередніх реформувань повноважень прокурорів стосовно здійснення нагляду, які стосувалися обмеження такої компетенції і були зумовлені невідповідністю європейським стандартам. Зазначено, що такі суперечності між українським і європейським законодавством наразі відсутні, але реформування прокурорських повноважень ще триває. Охарактеризовано сучасні тенденції розвитку інституту прокурорського нагляду, які супроводжуються відновленням важливості прокурорського нагляду на європейському рівні. Запропоновано подальші наукові дослідження присвятити забезпеченню стабільної ефективності прокурорського нагляду під час проведення й інших реформ стосовно повноважень органів прокуратури.

Ключові слова: прокурорський нагляд, органи прокуратури, повноваження, українське законодавство, європейські стандарти, реформування.

Постановка проблеми. Прокурорський нагляд являє собою одну з форм реалізації повноважень прокурором, яка в адміністративно-правовому аспекті є особливим видом публічно-службової діяльності. Нині в Україні триває процес реформування органів прокуратури, зокрема, в контексті наближення їхньої діяльності до європейських стандартів, що стосується і зміни обсягів прокурорського нагляду. Однак, зважаючи на швидкоплинність новацій у сфері реформування органів прокуратури з метою забезпечення відповідності їхнього статусу європейським стандартам та їх постійну модернізацію, проблема співвідношення української практики здійснення прокурорського нагляду з європейськими стандартами все ще актуальна, як і потреба аналізу необхідності адаптації українського законодавства у цій сфері до міжнародних стандартів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останнім часом дослідженню різних проблемних питань прокурорського нагляду свої роботи присвятили, зокрема, В.Г. Клочков, В.В. Липівський, М.Ю. Коник, Є.С. Шинкаренко, І.І. Шульган, І.В. Щербина, Д.І. Голосніченко та інші. Адміністративно-правові питання прокурорського нагляду розкрито в наукових працях В.В. Карпунцова, О.Ф. та Д.М. Толпиго, О.О. Шандули та інших. Проте питання інтеграції європейських стандартів у розглядувані повноваження органів прокуратури України все ще залишаються малодослідженими.

Метою статті є аналіз джерел права у сфері прокурорського нагляду, з'ясування поняття та змісту досліджуваних повноважень прокурора, а також визначення співвідношення української практики та європейських стандартів щодо здійснення прокурорського нагляду.

Виклад основного матеріалу. Основним вітчизняним джерелом права, яке регламентує здійснення прокурорського нагляду, є Закон України «Про прокуратуру», який у п. 3 і 4 ч. 1 ст. 2 виокремлює нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, та, відпо-

© Д. Драч, 2020

відно, нагляд за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних справах, а також під час застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян [1], що є функціями прокуратури, які у сфері нагляду слід вважати загальними. Також варто зазначити, що серед спеціальних видів прокурорського нагляду, здійснюваних прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та заступниками Генерального прокурора або прокурорами-керівниками департаментів Офісу Генерального прокурора, вказаний Закон називає і нагляд за додержанням законів під час проведення оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування Національним антикорупційним бюро України (п. 1 ч. 5 ст. 8), а ще нагляд за досудовим розслідуванням корупційних злочинів у разі їх вчинення прокурором Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (ч. 7 ст. 8^{-1}). Конституція України як основний закон держави у п. 2 ст. 131^{-1} передбачає ще один вид прокурорського нагляду – нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку [2]. Ч. 2 ст. 36 Кримінального процесуального кодексу України називає також нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування [3]. До того ж важливе регулятивне значення для здійснення прокурорського нагляду мають накази Генерального прокурора «Про організацію діяльності прокурорів з нагляду 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» [4], «Про затвердження Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні» [5], «Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю» [6]. Крім вищевказаних нормативно-правових актів, окремі норми права, що регламентують проведення прокурорського нагляду, містяться також і в деяких інших законах та кодексах.

Серед європейських джерел права основними у сфері прокурорського нагляду слід вважати Рекомендації Rec(2000)19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя [7], Рекомендацію Rec(2012)11 Комітету міністрів державам-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції» [8], Рекомендацію ПАРЄ 1604 (2003) 11 «Про роль служби публічних обвинувачів в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права» [9] та інші нормативно-правові акти. Так, у п. 72 Рекомендації Rec(2012)11 Комітету міністрів державам-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції» функції прокурорського нагляду поза межами кримінального провадження стосуються забезпечення дотримання стандартів у таких сферах, як-от конкуренція, прийняття на роботу, здоров'я та безпека суспільства, законодавче регулювання антидискримінації, і більш загально – права людини, управління навколишнім природним середовищем і національними ресурсами і навіть належне проведення виборів та референдумів. Разом із тим п. 77 презюмує, що законне здійснення таких наглядових повноважень орієнтоване виключно на досягнення цілей публічних інтересів. Як бачимо, даний міжнародно-правовий акт визначає надзвичайно широкий спектр сфер прокурорського нагляду, на відміну від більшості інших подібних актів.

Досліджуючи поняття прокурорського нагляду, слід одразу розмежувати такі категорії, як «нагляд» і «контроль»: на відміну від контрольних повноважень, наглядові включають право відповідного органу лише звернути увагу піднаглядного органу на його помилку і призупинити дію його акта до усунення помилки без права скасування такого акта, тобто наглядові повноваження за своїм змістом є вужчими, ніж контрольні. Об'єктом прокурорського нагляду загалом виступає законність, тобто її дотримання правоохоронними та пенітенціарними органами, а предметом – діяльність конкретного піднаглядного органу. Видається доцільним зазначити, що основною функцією органів прокуратури є підтримання державного обвинувачення в суді, тоді як прокурорський нагляд – факультативний, проте не менш важливий складник компетенції прокуратури.

У науці досі тривають дискусії щодо поняття та сутності прокурорського нагляду, а саме характеристик такої діяльності, проте більшість науковців вважає, що це вид саме державної діяльності. Так, В.В. Липівський визначає прокурорський нагляд як самостійний, специфічний вид державної діяльності, який полягає у перевірці уповноваженим суб'єктом конкретного об'єкта, суворого дотримання ним законів для попередження та виявлення порушень чинного законодавства, прав і свобод людини та громадянина, виокремлюючи при цьому державне та соціальне призначення прокурора [10, с. 168, 167]. Дійсно, прокурорський нагляд є формою діяльності держави, адже саме держава

координує виконання своїх функцій (у даному випадку – наглядових) через надання відповідних повноважень органам державної влади, їх службовим та посадовим особам, а соціальне призначення прокурора пояснюється спрямованістю його діяльності на дотримання прав і свобод індивіда як найвищої соціальної цінності. Інший науковець, Ю.О. Новосад, акцентує увагу на тому, що прокурорський нагляд є особливим видом державно-правової діяльності прокуратури [11, с. 112], що дозволяє сприймати такі повноваження прокурорів не лише як складову частину діяльності держави, а й як діяльність у сфері права, що беззастережно підпорядкована його принципам. Іншого підходу дотримуються В.В. та Д.В. Маркіни, які розуміють під прокурорським наглядом різновид державного і соціального контролю зі здійсненням його специфічними методами і з використанням лише йому властивих повноважень [12, с. 67]. Такий підхід вказує на наявність певних характеристик, що відрізняють прокурорський нагляд від будь-якого іншого, проте, як уже зазначалося, нагляд і контроль є різними категоріями, до того ж соціальний контроль є окремим інститутом і здійснюється соціальною спільнотою та її представниками, що суперечить сутності прокурорського нагляду. Враховуючи також положення п. 17 ч. 1 ст. 4 КАС, який відносить професійну діяльність прокурорів до публічної служби [13], самі наукові підходи та їх аналіз, видається доцільним і обґрунтованим розуміти під прокурорським наглядом публічно-правову діяльність прокурора, яка полягає у виконанні ним факультативних функцій щодо моніторингу діяльності правоохоронних та пенітенціарних органів на предмет дотримання норм законів під час виконання ними службових обов'язків.

Зміст прокурорського нагляду включає ті права й обов'язки, які уповноважений реалізувати прокурор під час служби. Він існує також і в межах компетенції органів прокуратури щодо здійснення нагляду за додержанням певних нормативно-правових актів, точне й однакове виконання яких та їх законність, відповідно, визначають обсяг повноважень конкретно визначеного (уповноваженого) прокурора [14, с. 122]. Зокрема, відповідно до ст. 250 Кодексу України про адміністративні правопорушення прокурор, заступник прокурора, здійснюючи нагляд за додержанням і правильним застосуванням законів у процесі провадженні в справах про адміністративне правопорушення, має право: порушувати провадження в справі про адміністративне правопорушення; знайомитися з матеріалами справи; перевіряти законність дій органів (посадових осіб) при провадженні в справі; брати участь у розгляді справи; заявляти клопотання; давати висновки з питань, що виникають під час розгляду справи; перевіряти правильність застосування відповідними органами (посадовими особами) заходів впливу за адміністративні правопорушення; вносити подання, оскаржувати постанову і рішення по скарзі в справі про адміністративне правопорушення, а також вчиняти інші передбачені законом дії [15]. Загалом же зміст прокурорського нагляду залежить від виду останнього, з огляду на його особливості.

Як відомо, Україна проводить низку реформ, що стосуються євроінтеграції, які впливають, зокрема, і на розвиток інституту прокуратури. Так, однією з основних причин прийняття у 2014 році нового Закону України «Про прокуратуру» була невідповідність інституту прокуратури стандартам Ради Європи, особливо його ролі та функцій щодо здійснення загального нагляду за додержанням законності, про що йшлося у п. 11 Висновку № 190 (1995) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо заявки України на вступ до Ради Європи [16], а, як відомо, в Україні функціонує примат міжнародного права, що стосується, зокрема, і виконання міжнародних зобов'язань держави. Такий статус інституту прокуратури був зумовлений його імперською, а згодом – радянською моделлю, функції яких очевидно не мали нічого спільного з демократією та верховенством права у зв'язку з наявністю контрольно-репресивних повноважень, що частково збереглися на той час. Новий закон повністю усунув таку невідповідність статусу органів прокуратури у сфері здійснення прокурорського нагляду європейським стандартам, що підтверджується Висновком Європейської комісії «За демократію через право», Директорату з прав людини та Генерального директорату з прав людини та верховенства права щодо проекту Закону України «Про прокуратуру», у якому стверджується, що виключення функції загального нагляду з переліку функцій управління прокуратури є втіленням досить значного прогресу у виконанні вимог стандартів Ради Європи [17].

Натепер, незважаючи на певне попереднє реформування із виключення загального нагляду з компетенції прокуратури, наглядові повноваження прокурорів все ще залишаються значними, хоч вони й обмежені переважно сферою кримінального провадження. Також відновлюється значення наглядових функцій прокуратури і на європейському рівні. Зокрема, така тенденція пояснюється необхідністю застосування

більш масштабних заходів нагляду та перехоплення з боку органів прокуратури на міжнародній арені, оскільки наявна загроза стрімкого поширення тероризму та організованої злочинності [18], що зумовлює потребу ще більш оперативного реагування органів прокуратури. Крім того, важливість прокурорського нагляду зумовлена також і тим, що така функція є частиною права особи на справедливий судовий розгляд, та сприйняттям прокурора протягом кримінального провадження як «передового вартового прав людини», адже прокурор під час нагляду контролює, щоб заходи, що обмежують права і свободи особистості та приватне життя були необхідними, адекватними і пропорційними законним цілям [19]. Звідси випливає, що прокурорський нагляд на міжнародній арені все більше набуває правозахисних ознак, незважаючи на те, що основною функцією прокуратури є підтримання публічного обвинувачення в суді.

Таким чином, в рамках сьогодення українська практика здійснення прокурорського нагляду та його адміністративно-правова регламентація цілком відповідають європейським стандартам, проте певні реформування повноважень органів прокуратури все ще тривають, і вони також орієнтовані на обмеження їхньої компетенції задля забезпечення демократії та верховенства права, які начебто знаходяться під загрозою внаслідок значних повноважень органів прокуратури. Також слід зважати на те, що такі реформування насамперед мають бути спрямовані на подальше вдосконалення діяльності прокуратури із забезпечення безперешкодної реалізації прав і свобод людини, підвищення рівня їх юридичної захищеності, доступність звернень до прокуратури кожної людини за захистом своїх прав і свобод [20, с. 255], а тому обмеження повноважень органів прокуратури не має бути надмірним, щоб такі зміни негативно не відбилися на ефективності діяльності цього органу держави.

Висновки

Отже, європейські стандарти у сфері прокурорського нагляду характеризуються приматом над національними, що зумовлює необхідність адаптації останніх. Проведене дослідження дає змогу розуміти прокурорський нагляд як публічно-правову діяльність прокурора, яка полягає у виконанні ним факультативних функцій щодо моніторингу діяльності правоохоронних та пенітенціарних органів на предмет дотримання норм законів під час виконання ними службових обов'язків. Зміст прокурорського нагляду становлять відповідні права та обов'язки прокурора, які залежать від виду такого нагляду.

Натепер українська практика у сфері здійснення прокурорського нагляду повністю адаптована до європейських стандартів. Незважаючи на це, реформування повноважень прокурорів щодо здійснення прокурорського нагляду все ще тривають і стосуються, зокрема, їх обмеження сферою кримінальної юстиції, зважаючи на підтримання публічного обвинувачення в суді як основну функцію органів прокуратури. Звісно, європейські стандарти зобов'язують Україну здійснювати адаптацію свого законодавства, проте слід зважати і на те, що звуження обсягів наглядових повноважень прокурорів однозначно знизить ефективність їхньої діяльності, що зумовить негативний вплив на рівень додержання правопорядку в державі загалом і захищеність прав, свобод та інтересів громадян зокрема. До того ж звуження обсягів наглядових повноважень органів прокуратури зумовить необхідність компенсувати такі новації наданням альтернативних наглядових повноважень іншим державним органам, що лише змінить «розстановку сил». Крім того, не слід ігнорувати й те, що можливість настання позитивних змін внаслідок проведення загальнокорисних реформ є індивідуальною для кожної держави і залежить від рівня й особливостей її розвитку, що зумовлює необхідність вкрай виважено й поступово запроваджувати нові зміни, особливо щодо прокурорського нагляду, від якого прямо залежить забезпечення правопорядку й боротьби з вчиненням правопорушень.

На основі цього видається доцільним проведення подальших досліджень щодо забезпечення стабільної ефективності прокурорського нагляду під час проведення й3 інших реформ стосовно повноважень органів прокуратури.

Список використаних джерел:

1. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII. *Голос України*. 2014. № 206.

2. Конституція України : Конституція від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. *Голос України*. 2012. № 90-91.

4. Про організацію діяльності прокурорів з нагляду 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 : наказ Генерального прокурора України від 20 квітня 2016 року № 161. URL: https://zakon.

rada.gov.ua/laws/show/v0161900-16 (дата звернення: 15.03.2020).

5. Про затвердження Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні : Наказ Генерального прокурора України від 28 березня 2019 року № 51. *Офіційний вісник України*. 2019. № 27. Ст. 955.

6. Про організацію прокурорського нагляду за додержанням законів спеціальними підрозділами по боротьбі з організованою злочинністю : Наказ Генерального прокурора України від 7 жовтня 1999 року № 3. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003900-99 (дата звернення: 15.03.2020).

7. Рекомендації Rec(2000)19 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2000_19_2000_10_6.pdf (дата звернення: 03.04.2020).

8. Рекомендація Rec(2012)11 Комітету міністрів державам-учасникам «Про роль публічних обвинувачів поза системою кримінальної юстиції». URL: https://www.pravo.org.ua/files/rec_chodo_publ.PDF (дата звернення: 03.04.2020).

9. Рекомендація ПАРЄ 1604 (2003) 11 «Про роль служби публічних обвинувачів в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права». URL: https://pravo.org.ua/files/_com_split_1.pdf (дата звернення: 03.04.2020).

10. Липівський В.В. Поняття та правова природа прокурорського нагляду. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 165–169.

11. Новосад Ю. Про деякі проблемні питання, пов'язані з участю прокуратури в оперативно-розшуковому запобіганні злочинам. *Visegrad Journal of Human Rights*. 2016. № 6/2. С. 109–113.

12. Маркин В. В., Маркин Д. В. Проблемы прокурорского реагирования по результатам антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов. *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2013. № 2. С. 67–70.

13. Кодекс адміністративного судочинства України : Кодекс України від 6 липня 2005 року № 2747-IV. *Голос України*. 2005. № 158.

14. Європіна Л. Предмет прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 2. С. 118–124.

15. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Кодекс України від 7 грудня 1984 року № 8073-X. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

16. Висновок № 190 (1995) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо заявки України на вступ до Ради Європи : Міжнародний документ від 26 вересня 1995 року № 190 (1995). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_590 (дата звернення: 11.04.2020).

17. Висновок Європейської комісії «За демократію через право», Директорату з прав людини та Генерального директорату з прав людини та верховенства права щодо проекту Закону України «Про прокуратуру» : Висновок від 14 жовтня 2013 року № 735/2013. URL: https://rm.coe.int/1680097f7d (дата звернення: 11.04.2020).

18. Висновок № 11 (2016) Консультативної ради Європейських прокурорів стосовно якості та ефективності роботи прокурорів, в тому числі у боротьбі з тероризмом та організованою злочинністю. URL: http://napu.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/Visnovok----11-shhodo-kriteriyiv-otsinki-robotiprokuraturi.pdf (дата звернення: 11.04.2020).

19. Висновок № 13 (2018) Консультативної ради Європейських прокурорів «Незалежність, відповідальність та етика прокурорів». URL: http://napu.com.ua/wp-content/uploads/2019/05/Vysnovok-132018-KRYEP-shhodo-nezalezhnosti-pidzvitnosti-ta-etyky-prokuroriv.pdf (дата звернення: 11.04.2020).

20. Клочков В. Проблеми законодавчого забезпечення діяльності системи прокуратури та досудового слідства. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 2. С. 254–259.

The work investigates the Ukrainian and European administratively-legal aspects of the prosecutor's supervision. The prosecutor's supervision is one of a kind of forms of realization of prosecutor's authorities, which is a special kind of public authorities in administratively-legal aspect. It is established that Ukrainian legal acts determine kinds of prosecutor's supervision and appropriate authorities of prosecutors, which are sufficiently broad. European sources of law also are defining quite broad competence of prosecutor's offices concerning realization of supervisory authorities at present. The concepts of supervision and control are delimited, a general object and subject of the prosecutor's supervision are specificated. As a result of analysis of different scientific approaches it is suggested to understand the prosecutor's supervision as a public and legal activity of a prosecutor, which consists in realization by him of optional functions concerning monitoring of activity of law-enforcement and penitentiary offices for compliance of rules of laws during realization by them official duties. It is also revealed that the content of the prosecutor's supervision includes certain rights and duties, which a prosecutor is authorized to realize during service, and they depend on kind of prosecutor's supervision and its features. The content and reasons of previous reforms of authorities of prosecutor's concerning realization of supervision are disclosed, which related to limitation of the such competence and were conditioned with discrepancy with European standards. It is remarked that such discordances between Ukrainian and European legislation are absent now, but reforms of prosecutor's authority are prolonging . The modern tendencies of development of the institute of prosecutor's supervision are characterized with repair of importance of prosecutor's supervision on European level. It is suggested to investigate a providing of efficiency's stability of the prosecutor's supervision during carrying out another reforms concerning authorities of prosecutor's officies in further scientific researches.

Key words: prosecutor's supervision, prosecutor's officies, authority, Ukrainian legislation, European standards, reform.

УДК 336.747
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.24

Андрій Лозовицький,
аспірант кафедри адміністративного, господарського права
та фінансово-економічної безпеки
Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету

ТИПОЛОГІЯ НЕБАНКІВСЬКИХ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТІЖНИХ СИСТЕМ

Стаття присвячена типологізації небанківських електронних платіжних систем. Проаналізовано підходи різних учених до систематизації видів електронних платіжних систем. Виявлено спільні характеристики та відмінності електронних платіжних систем, їх особливості, що проявляються у різноманітті електронних грошей та електронних платіжних засобів, особливостях процедур їх емісії, способу організації платіжної інфраструктури, правового статусу емітентів.

Дослідження неоднорідних різновидів електронних платіжних систем на основі родових ознак та спроба їх упорядкування дає можливість запропонувати власну типологію небанківських електронних платіжних систем. Це сприятиме подальшій систематизації та впорядкуванню вже наявних знань про предмет дослідження, формуванню цілісних знань про нього.

Під час дослідження електронних платіжних систем вітчизняні науковці насамперед намагалися дати характеристику та типологію електронних грошей. Однак правова сутність та особливості небанківських електронних платіжних систем найкраще розкриваються шляхом аналізу правового режиму емітентів електронних грошей та дослідження правової природи відносин, що виникають між емітентом та учасниками платіжних систем з приводу організації діяльності електронних платіжних систем, з одного боку, а з іншого – між емітентом та державою з приводу ліцензування такої діяльності, здійснення нагляду за платіжними системами (оверсайт), врегулювання процедури емісії, контролю за обігом електронних грошей.

Здійснено спробу визначення особливостей різних типів небанківських електронних платіжних систем, розмежування відносин, які виникають у процесі функціонування платіжних систем, що мають як публічно-правовий характер у питаннях законодавчого врегулювання порядку емісії електронних платіжних засобів, ліцензування небанківських фінансових установ на здійснення такої емісії, забезпечення безперервного, надійного та ефективного функціонування платіжних систем (оверсайт), так і приватно-правовий з приводу договірної регламентації організації та діяльності платіжних систем, а у окремих випадках приватної емісії електронних платіжних засобів. Такого роду відносини існують на межі різних галузей права і можуть бути предметом регулювання адміністративного, фінансового, господарського та цивільного права.

Ключові слова: типологізація, систематизація, платіжні послуги, електронні гроші, платіжний засіб, правовий режим, віртуальна валюта, емітент, грошовий оборот.

Постановка проблеми. Поява нових платіжних технологій і сервісів, витіснення центральними банками готівкових коштів з обігу і намагання замінити їх на електронні гроші чи цифрову (віртуальну) валюту зумовили стрімкий ріст чисельності платіжних систем, що здійснюють їх емісію. Значна кількість підходів до розуміння правової природи електронних платіжних систем не знаходить свого вираження у встановленні універсальних критеріїв типологізації електронних платіжних систем. Особливого значення ця проблема набуває у розрізі типологізації небанківських електронних платіжних систем, спроб дослідження якої досі не здійснювалось.

Метою розвідки є дослідження типології небанківських електронних платіжних систем, а завданням – правова характеристика їх видів.

Стан дослідження. Типологізація електронних платіжних систем була предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних учених протягом останніх двадцяти років, коли розвиток технологій спричинив появу великої кількості електронних платіжних систем. Останні, своєю чергою, почали спеціалізуватись залежно від призначення та способу функціонування. Вітчизняні вчені зосередились на дослідженні тих платіжних систем, що існували на теренах України. Актуальність таких наукових робіт втрачалась

© А. Лозовицький, 2020

разом зі зникненням тих чи інших платіжних систем. Утім, такі вчені, як В. Лук'янов, Т. Адабашев, Джон МакГінніс та Кайл Рош, спробували провести типологізацію у рамках цього предмета дослідження за організаційним критерієм.

Т. Адабашев пропонує поділяти платіжні системи за такими правовими критеріями, як: 1) територія функціонування платіжних систем та місцезнаходження її платіжної організації; 2) правовий зв'язок із державою тієї платіжної організації, що є засновником платіжної системи та управляє нею; 3) вид фінансової установи, що є платіжною організацією платіжної системи [1].

Для типологізації платіжних систем В. Лук'янов використовує такий критерій, як форма власності. На його думку, форма власності, на якій базується платіжна система, відображає, з одного боку, її правовий статус, а з іншого – сферу можливого поширення та впливу [2, с. 162]. Це дає можливість нам виділити серед електронних платіжних систем державні, приватні та колективні.

Джон МакГінніс та Кайл Рош розрізняють такі режими для платіжних систем: публічно-правовий, приватно-правовий та систему децентралізованої довіри [3, с. 7–11].

Водночас інші вчені, серед яких – Роберт Ф. Стенкі, Кен Окей, Рандал В. Сіферс, у своїй типологізації виходили з функціонального критерію.

Роберт Ф. Стенкі пропонує розрізняти платіжні системи за типом електронного платіжного інструменту, за допомогою якого ініціюється транзакція, який є носієм запису про грошову вартість: 1) «кредитні» платіжні системи; 2) «дебітові» платіжні системи; 3) платіжні системи на основі цифрової (віртуальної) валюти.

Рандал В. Сіферс та Кен Окей поділяють платіжні системи за обсягом коштів та обсягами здійснюваних транзакцій із використанням електронних платіжних засобів. Платіжні системи поділяються на дві основні групи: системи великих (large-value payment systems) та малих (small-value payment systems) операцій [4, с. 78], або так звані оптові платіжні системи (wholesale payment systems) та роздрібні платіжні системи (retail payment systems) [5, с. 702].

Зазначені вище підходи є ефективними інструментами типологізації платіжних систем, які дають можливість встановити їх особливості. Але з метою формування більш чіткого уявлення про різновиди електронних платіжних систем та врахування сучасних тенденцій їх розвитку, на нашу думку, ці підходи до типологізації потребують уточнення.

Виклад основного матеріалу. Під поняттям «типологія» розуміють вивчення або аналіз, або класифікацію на основі типів або категорій [6], систему поділу речей на різні типи, особливо в науці та суспільних науках [7], вивчення типів, або систему поділу речей на типи [8]. Типологію також визначають як зменшення простору властивостей, тобто вибір певної кількості комбінацій груп варіацій [9]. Такий вибір може бути більш-менш явним, більш-менш обґрунтованим, більш-менш заснованим на даних, отриманих внаслідок емпіричного дослідження. Основними ж аспектами, які можуть характеризувати типологію, він виділяє сім: 1) наявність – відсутність просторово-часових зв'язків; 2) абстрактність – неабстрактність; 3) нормативність – ненормативність; 4) важлива – незначна складність; 5) наявність – відсутність зв'язків між варіаціями; 6) основні – суміш варіацій; 7) різний рівень кількісного визначення варіацій [9, с. 10].

Типологізація є одним з універсальних методів наукового мислення, що виражається в розчленовуванні об'єктів та їх групування за допомогою узагальненої, ідеалізованої моделі або типу. Необхідність типологізації виникає у зв'язку з потребою впорядкувати опис безлічі неоднорідних об'єктів або вивчити певні закономірності на основі аналізу таких множин [10]. Типології, як правило, продукують розширену класифікацію або інтенсивну класифікацію, коли одночасно враховується більше одного фундаментального поділу [11, с. 143].

Типологізація дає змогу систематизувати та впорядкувати наукові знання, отримати більш глибокі знання про досліджуваний об'єкт. Крім того, вона виконує прогностичну функцію. Будучи результатом дослідження, типологія є системою, що ґрунтується на основі загальних родових ознак і дає змогу виявити її закономірності. На основі таких закономірностей, а також встановлення зв'язків між родовими об'єктами можуть бути зроблені передбачення щодо існування невідомих об'єктів та невідомих фактів типологічної системи. Як метод наукового пізнання типологізація сприяє вдосконаленню понятійного апарату науки, оскільки типологічні поняття за своєю суттю є абстрактними категоріями, які виникають у процесі узагальнення явищ суспільно-правової дійсності [12, с. 19–20], отриманню цілісних знань про об'єкт, його системоутворювальні зв'язки, суттєві ознаки та риси всієї системи [10, с. 31].

Типологізація небанківських електронних платіжних систем сприятиме отриманню цілісних знань про досліджуване

явище, дасть змогу проаналізувати їхні відмінності, спільні характеристики та особливості. Це своєю чергою допоможе встановити чіткі критерії, за якими можна буде аналізувати вплив конкретної небанківської електронної платіжної системи на розвиток системи грошового обороту в Україні, спрогнозувати можливі правові наслідки появи нових типів платіжних систем, створити підґрунтя для правового регулювання їх діяльності, встановити передбачувані паттерни їхньої можливої поведінки та впливу на розвиток грошового обороту.

Варто зазначити, що з метою подальшого дослідження правової сутності небанківських електронних платіжних систем в Україні можна розрізняти поняття «платіжний механізм» (payment mechanism) та «електронна платіжна система». Електронні платіжні засоби (у т.ч. електронні гроші) є формою та інструментом, що слугують як платіжний механізм у електронних платіжних системах [5, с. 708]. Таким чином, і процедура емісії електронних платіжних засобів може розглядатись окремо від порядку організації небанківських електронних платіжних систем. Саме особливості електронних платіжних засобів, процедур емісії та правового статусу їх емітентів можуть бути покладені в основу типологізації небанківських електронних платіжних систем.

Як видно з аналізу стану дослідження типологізації небанківських електронних платіжних систем, натепер немає єдиного підходу до цього питання. Тому з метою подальшої систематизації зібраних знань вважаємо за доцільне не намагатися розбивати всю множину видів небанківських електронних платіжних систем на групи (підмножини) за однією ознакою, тим більше штучною, як це часто буває у разі здійснення класифікації. Тому, здійснюючи типологізацію, слід розподілити їх на підставі подібності за певними їх властивостями, сукупністю ознак.

Залежно від території функціонування платіжної системи та місцезнаходження її платіжної організації небанківські електронні платіжні системи можуть бути міжнародними та внутрішньодержавними, що узгоджується з положеннями Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні». В Україні на законних підставах діють міжнародні електронні платіжні системи “American Express”, “MasterCard”, “Visa”, “UnionPay International”.

Також на території України функціонують платіжні системи, які створені: Національним банком – Система електронних платежів, Національна система масових електронних платежів; державними банками та державними установами – платіжні системи державних банків, Державного казначейства України та Українського державного підприємства поштового зв’язку «Укрпошта»; установами приватного сектору – внутрішньодержавні та міжнародні платіжні системи банків і небанківських установ [13]. Крім того, Національний банк серед значущих платіжних систем виділяє категорії системно важливих та соціально важливих [14].

Виходячи із зазначеного вище, за формою власності можемо виділити державні, приватні та колективні небанківські електронні платіжні системи. Такі критерії, своєю чергою, кореспондують з правовими режимами для платіжних систем: публічно-правовим (керованим центральним банком та державними установами), приватно-правовим (вільною банківською системою, т.з. free banking) та системою децентралізованої довіри як середовищем обігу віртуальної валюти (system of decentralized trust), яка може існувати поза правовим регулюванням.

За колом учасників електронної платіжної системи, а також правовим режимом доступу до платіжної системи її учасників можна виділити відкриту та закриту небанківську електронну платіжну систему.

Деталізуючи типологізацію Рандала В. Сіферса та Кена Окея за обсягом коштів та обсягами здійснюваних транзакцій з використанням електронних платіжних засобів, варто зазначити, що до платіжних систем великих платежів належать ті, які створені для обслуговування центробанків, існують для забезпечення міжбанківських платежів, неспоживчих операцій, ініційованих між банками, корпораціями, урядами та іншими фінансовими компаніями (наприклад, система SWIFT – Товариство всесвітніх міжбанківських фінансових телекомунікацій, CHIPS – Система міжбанківських електронних розрахунків) та ін.

Традиційно ці системи використовуються для погашення зобов’язань між банками, які можуть виникнути внаслідок комерційних транзакцій зі значними сумами платежів, які надходять від платіжних систем «невеликих платежів» або «роздрібних платежів» (наприклад, чеків і кредитних карток) або для опрацювання транзакцій на фінансовому ринку.

Основна мета платіжних систем великої вартості (оптових платіжних систем) – ефективно забезпечувати гарантії того, що платіжні зобов’язання майже завжди будуть виконані у світі, де учасники платіжної системи не завжди заслуговують на довіру [15, с. 882].

Системи невеликих (роздрібних) платежів – це ті, в яких існує великий обсяг переказів клієнтів із відносно незначними сумами коштів; такі системи в основному стосуються приватного сектору (комунальні платежі, операції з кредитними картками та ін.). Ці операції відбуваються за участю індивідуальних споживачів і передбачають використання таких механізмів оплати, як кредитні картки, дебетові картки, торгові термінали та ін. Однією з найбільших систем невеликих платежів стала Єдина європейська мережа розрахунків (SEPA), робоча назва якої була "Euroland: Our Single Euro Payments Area".

Найпоширенішою є типологізація за видом електронних грошей, що емітуються платіжною системою. На думку представниці центрального банку Канади Керолін Вілкінс, електронні платіжні системи поділяються на два основні види: перші працюють на основі електронних грошей, деномінованих у національній валюті. Наприклад, баланс на PayPal та кошти на картках MasterCard чи Visa, які обслуговуються третьою стороною [16]. Другим видом є ті, що використовують електронні гроші, не деноміновані у жодній з національних валют – віртуальну валюту (криптовалюту та ін.).

У своїй доповіді від 1997 року FATF розподілив системи електронних грошей на чотири моделі: 1) модель продавця-емітента, в якій емітент електронних грошей і продавець товарів та послуг поєднуються в одній особі (різного роду передплачені ваучери, жетони у метро та ін.); 2) модель банку-емітента для закритих та відкритих систем, в яких продавець та емітент електронних грошей є різними особами, а транзакції здійснюються через традиційні банківські механізми; 3) модель небанківського емітента, в якій користувачі купують електронні гроші у емітентів електронних коштів, використовуючи реальні гроші, витрачають електронні гроші в обмін на послуги та товари продавця, а емітенти викуповують електронні гроші у продавця; і 4) модель peer-to-peer – у разі, коли банк або небанківська установа здійснюють емісію електронних грошей, які потім можуть бути використані користувачами без участі фінансової установи [17, с. 46–47].

Останні дві моделі систем електронних грошей дають підстави виокремити відповідні види небанківських електронних платіжних систем залежно від способу контролю платіжної системи за обігом емітованих електронних грошей: вільні небанківські електронні платіжні системи та контрольовані.

Говорячи про модель peer-to-peer, важко оминути увагою електронну платіжну систему онлайн-платежів PayPal.

PayPal виник у 1998 році з необхідності здійснювати розрахунки між фізичними особами під час купівлі у невідомих контрагентів через вебсайти аукціону, такі як eBay. Проблема була двоякою: більшість людей, що продають речі, такі як старі книги чи вживані прилади, не були зареєстровані як торговці для отримання платежів з кредитної чи дебетової картки, тоді як покупці неохоче надсилали чеки або передавали дані банківського рахунку чи номери кредитних карток невідомим в Інтернеті [18]. PayPal виступає посередником, за допомогою якого фізичні особи реєструють банківський рахунок або номер кредитної чи дебетової картки у PayPal під час відкриття рахунку, які залишаються відомими лише PayPal. Коли клієнти PayPal бажають надіслати платіж, вони вказують адресу електронної пошти бенефіціара та суму. Сума за вибором відправника буде списана з рахунку в PayPal за умови наявності грошових коштів на балансі, його банківського рахунку або стягнута з його кредитної чи дебетової картки. Кошти будуть перераховані на рахунок PayPal бенефіціара, який може залишити їх там або перерахувати на його звичайний банківський рахунок.

На території України платіжна система PayPal працює з обмеженими функціями, виконуючи функції екваєра у разі оплати банківськими картками за товари та послуги у мережі Інтернет. Надсилання коштів з балансу одного користувача на баланс іншого неможливий, так само як і приймання коштів як оплати. У зв'язку з цим виникли посередники (WesternBid, SellerOnline тощо), які надають можливість приймати оплату від контрагентів, здебільшого за кордоном, і перераховують отримані кошти на банківські рахунки в Україні.

Є також думка [19], яка піддає сумніву правовий статус цієї платіжної системи і стверджує, що PayPal працює як банк, незважаючи на те, що йому був наданий статус установи електронних грошей. Така позиція пов'язана з тим, що ця платіжна система нібито приймає кошти від фізичних осіб на депозит.

Від рівня свободи небанківської електронної платіжної системи, від державного контролю за її діяльністю та контролю емітента за обігом електронних грошей залежатиме рівень ліквідності та конвертованості електронних грошей.

Відповідно до інформації Національного банку України нині в Україні діють платіжні системи, платіжними організаціями яких є небанківські установи, і які поділяються на: системи переказу коштів, системи розрахунків за угодами щодо цінних паперів

та карткові платіжні системи [20]. Проте тут цікавим є поділ за типом платіжного інструменту, оскільки в переліку є одна карткова платіжна система «УКРКАРТ», всі учасники якої є банками. Тож платіжні системи, платіжними організаціями яких є небанківські фінансові установи, натепер не можуть вважатися небанківськими електронними платіжними системами, оскільки не мають права на емісію електронних платіжних засобів, а лише здійснюють переказ коштів чи розрахунки за угодами щодо цінних паперів. Ті ж, які все-таки мають право на емісію кредитних карток, фактично є банківською платіжною системою. Таким чином, не видається можливим здійснити типологізацію за типом платіжної організації.

Д. Абражевіч пропонує виділяти два рівні типології електронних платіжних систем: на першому рівні групування відбувається за способом організації проведення транзакції та за типом інформації, що обмінюється; на другому рівні виділяються групи вже з тих, що зазначені на першому рівні за видом платіжного засобу, за допомогою якого ініціюється платіж.

Так, за способом організації механізму платежів і способом організації проведення транзакції роздрібні електронні платіжні системи [21, с. 83] розділяють на дві групи: системи цифрової валюти (або електронних грошей) та кредитно-дебетові системи. За типом інформації, що обмінюється, розрізняють системи на основі «рахунку» та «токенів» ("account-based" та "tokenbased"), які відповідають зазначеним вище електронним платіжним системам цифрової валюти та кредитно-дебетовим системам.

З систем на основі рахунків можна виділити системи дебетових і кредитних карток та спеціалізовані, наприклад ті системи, які використовують електронну пошту для ініціювання переказу грошей. Цифрову валюту, своєю чергою, можна розділити на системи, що підтримують смарт-карти, та ті, які існують лише в онлайн-середовищі. Їх можна назвати «онлайн-готівкою» або «веб-готівкою». До цієї категорії також належать системи передплачених карток та системи електронних гаманців.

Групуючи електронні платіжні системи за типом електронного платіжного інструменту, за допомогою якого ініціюється транзакція, окрім уже згадуваних кредитних, дебетових платіжних систем та платіжних систем на основі цифрової (віртуальної) валюти, четвертим типом такої типологізації нині можемо вказати мобільні платежі (платіжні системи Apple Pay, Google Pay та ін.), до яких, за визначенням Ради керуючих Федеральної резервної системи США, належать «покупки, оплата рахунків, благодійні пожертви, платежі іншій особі або будь-які інші платежі, здійснені за допомогою мобільного телефону. Засоби доступу можуть бути на вебсторінці через веб-браузер на мобільному пристрої з використанням текстового повідомлення ("SMS") або за допомогою завантаження додатку на мобільному пристрої» [22, с. 14].

Кредитні платіжні системи, своєю чергою, поділяються на ті, де платіж ініціює продавець товарів чи послуг за допомогою переданих покупцем даних кредитної картки, та ті, де платіж ініціює покупець з використанням спеціального програмного забезпечення, яке називається «електронним гаманцем», для передачі інформації про кредитну картку продавцеві.

Вітчизняна судова практика знайома з таким поняттям. До прикладу Господарський суд Київської області у своєму рішенні зазначав, що «основною відмінністю електронних грошей від безготівкових є те, що електронні гроші перебувають не на банківському рахунку клієнта, а на особливому рахунку емітента (так званому віртуальному рахунку)». Однак указав, що «правове регулювання електронних грошей не поширюється на випадки, коли титульні знаки емітує особа, яка є небанківською установою, <...> не може вважатися емітентом електронних грошей, оскільки не здійснює випуск електронних грошей та не бере на себе зобов'язання з їх погашення» [23].

Дебетові платіжні системи характерні саме небанківським фінансовим установам, які пропонують електронні еквіваленти чеків, дебетові (передплачені) картки для використання в Інтернеті, а також онлайнові системи зберігання вартості (online stored value systems), що існують у вигляді карток зі збереженою грошовою вартістю, наприклад, передплачена телефонна картка [24, с. 18]. Такі системи не потребують розкриття інформації про власника картки, на відміну від кредитних платіжних систем.

Нами розглянуто велику кількість критеріїв для типологізації небанківських електронних платіжних систем. Проте з метою подальшого правового дослідження пропонуємо їх згрупувати у два основні: організаційні та функціональний критерії типологізації платіжних систем.

Тому для дослідження організаційної структури небанківських електронних платіжних систем ми візьмемо за основу типологізацію за правовим режимом платіжної системи з розподілом на публічно-правову, приватно-правову платіжну систему та платіжну

систему. Аналіз організаційної структури платіжних систем також дає можливість розрізняти за способом емісії та організації платіжної інфраструктури централізовані та децентралізовані електронні платіжні системи.

Для дослідження функціональної структури візьмемо за основу типологізацію за типом платіжного інструменту, виходячи з якого небанківські електронні платіжні системи можуть бути дебетовими (передплаченими), на основі віртуальної валюти та мобільними.

Висновки

Нами визначені організаційний (за правовим режимом, за способом емісії та способом організації платіжної інфраструктури) та функціональний (за типом платіжного інструменту) критерії типологізації небанківських електронних платіжних систем. Зазначених двох типів небанківських електронних платіжних систем досить, щоб охопити всю їх видову сукупність та продовжити побудову логічної структури універсальної типології електронних платіжних систем. Вказані результати можуть бути покладені в основу систематизації та упорядкування вже наявних знань про предмет цього дослідження, формування цілісних знань про нього.

Список використаних джерел:

1. Адабашев Т.К. До питання класифікації платіжних систем, що функціонують в Україні. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія: Економічна теорія та право* : зб. наук. пр. 2013. Vol. № 2 (13). С. 142–153.

2. Лук'янов В.С. Національна платіжна система: поняття, ключові принципи організації і базові функції. *Акт. проблеми економіки*. 2009. Vol. 12. С. 162.

3. McGinnis J.O., Roche K. Bitcoin: Order without law in the digital age. *Northwestern Public Law Research Paper*. 2017. No. 17– 06.

4. Okay C. The Drivers of The Recent Payment Systems Reforms Globally. *Central Bank Review*. 2004. Vol. 4. Pp. 65–107.

5. Sifers R.W. Regulating Electronic Money in Small-Value Payment Systems: Telecommunications Law as a Regulatory Model. 9. *Federal Communications Law Journal*. 1997. Vol. 49, No. 3. Pp. 701–729.

6. Merriam-Webster.com Dictionary. Typology. URL: https://www.merriam-webster.com/dictionary/typology (дата звернення: 02.04.20).

7. COBUILD Advanced English Dictionary. Definition of "typology". URL: https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/typology (дата звернення: 02.04.20).

8. Cambridge University Press. Definition of typology from the Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus. URL: https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/typology (дата звернення: 02.04.20).

9. Capecchi V. On the definition of typology and classification in sociology. Quality and Quantity. 1968.

10. Скакун, О.Ф. О термино-понятиях «типология», «типологизация», «тип» в сравнительном правоведении. *Порівняльно-правові дослідження*. 2007. Vol. 1–2. С. 30–34.

11. Marradi A. Classification, typology, taxonomy. *Quality & Quantity: International Journal of Methodology*. 1990. Vol. 24, No. 2. С. 129–157.

12. Герилів Д.Ю. Розмежування типології та класифікації держави: проблемні питання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету : Серія: Право*. 2013. Vol. Вип. 22. Т. С. 19–23.

13. Правління Національного банку України. Концепція запровадження нагляду (оверсайта) за платіжними системами в Україні. 2010.

14. Правління Національного банку України. Положення про нагляд (оверсайт) платіжних систем та систем розрахунків в Україні. 2014.

15. Kahn C.M., Roberds W. Payments settlement: Tiering in private and public systems. *Journal of Money, Credit and Banking*. 2009.

16. Wilkins C.A. "Money in a Digital World". Speech at Wilfrid Laurier UniversityWaterloo, 2014.

17. FATF. Financial action task force on money laundering. *Annual report*. 1997.

18. Rambure D., Nacamuli A. Payment Systems: *Payment Systems*. Palgrave Macmillan, 2008.

19. González A.G. PayPal: The legal status of C2C payment systems. *Computer Law and Security Report*. 2004.

20. Національний банк України. Внутрішньодержавні платіжні системи та міжнародні платіжні системи, платіжними організаціями яких є резиденти. URL: https://old.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=7746551.

21. Abrazhevich D. Electronic Payment Systems : a User-Centered Perspective and Interaction Design: *Technische Universiteit Eindhoven*. 2004. P. 1–202.

22. Board of Governors of The Federal Reserve System. Consumers and Mobile Financial Services. FRS, 2015.

23. Мальована Л.Я. Рішення у справі № 911/1355/13: 2013.

24. Stankey R.F. Internet Payment Systems: Legal Issues Facing Businesses, Consumers and Payment Service Providers. *6 COMMLAW CONSPECTUS*. 1998. No. 11.

The article is devoted to the typology of non-bank electronic payment systems. The approaches of different scientists to the systematization of types of electronic payment systems are analyzed. The common characteristics and differences of electronic payment systems, their features, which are manifested in the variety of electronic money and electronic means of payment, features of their issuance procedures, the method of organization of payment infrastructure, the legal status of issuers.

The study of heterogeneous types of electronic payment systems on the basis of generic features and the attempt to streamline them makes it possible to propose our own typology of non-bank electronic payment systems. This will contribute to further systematization and streamlining of existing knowledge about the subject of research, the formation of holistic knowledge about it.

In the study of electronic payment systems, domestic scientists primarily tried to characterize and typology electronic money. However, the legal nature and features of non-bank electronic payment systems are best revealed by analysing the legal regime of electronic money issuers and studying the legal nature of relations between the issuer and participants in payment systems regarding the organization of electronic payment systems, on the one hand, and between the issuer and the state concerning licensing of such activity, implementation of supervision over payment systems (oversight), regulation of the procedure of issue, control over the circulation of electronic their money.

An attempt was made to determine the features of different types of non-bank electronic payment systems, delineate the relations that arise in the operation of payment systems. Such payment systems have a public-law nature in matters of legislative regulation of electronic payment instruments, licensing of non-bank institutions, ensuring continuous, reliable and efficient operation of payment systems (oversight), and private law – on contractual regulations on organization and activity of payment systems, and in some cases – private issuance of electronic means of payment. Such relations exist on the border of different branches of law and can be subject to the regulation of administrative, financial, commercial, and civil law.

Key words: typology, systematization, payment services, electronic money, means of payment, legal regime, virtual currency, issuer, money turnover.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.25

Олександр Мамалуй,
канд. юрид. наук,
суддя Верховного Суду України

МАТЕРІАЛЬНІ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ СУДОВИХ ПРОВАДЖЕНЬ ІЗ ВИРІШЕННЯ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ

У науковій роботі автором визначено зміст і співвідношення матеріального та процесуального аспекту в межах судових проваджень з вирішення податкових спорів, мету матеріальних і процесуальних аспектів вирішення податкових спорів у судовому порядку. Окрему увагу приділено дослідженню сукупності процедур розгляду справ щодо вирішення податкових спорів, детально регламентованих адміністративним процесуальним законодавством, що характеризуються стадійністю та взаємозумовленістю. Визначено особливості судових проваджень із вирішення податкових спорів. Наведено класифікацію матеріальних аспектів із вирішення податкових спорів за критерієм закріплення матеріальних аспектів судових проваджень із вирішення податкових спорів у нормативно-правових актах. У процесі дослідження визначено змістове наповнення поняття «податковий спір», а також встановлено, які саме діяння здатні спричинити податковий спір, які суб'єкти можуть бути сторонами такого спору, які органи мають право приймати остаточне рішення в умовах урегулювання податково-правового конфлікту. У науковому дослідженні наголошено на існуванні податкових правовідносин як базового матеріального аспекту судових проваджень із вирішення податкових спорів, оскільки за відсутності таких відносин між сторонами порушення процесу є неможливим. Під час дослідження поняття «податковий спір» і його основних характеристик здійснено розмежування податкових спорів за критерієм судової практики на спори з питань права, спори з питань факту і процедурні спори. Розглядаючи питання про приналежність тих чи інших норм до процесуальних, автор доходить висновку про наявність у чинному податковому законодавстві норм, які мають змішану правову природу, тобто одна й та сама норма одночасно може розглядатись як матеріальна, так і процесуальна, адже мають матеріальне підґрунтя виходячи при цьому із процесуальних фактів.

Ключові слова: податкові спори, судові провадження, матеріальні аспекти вирішення податкових спорів, процесуальні аспекти вирішення податкових спорів.

Кожен судовий процес складається із взаємоузгоджених стадій, які включають у себе відповідну сукупність процедур. Спеціалізація суду визначає особливості окремого процесу – адміністративного, цивільного, кримінального, господарського. Процес є формою вирішення конфліктної правової ситуації. Змістове наповнення процесу визначається матеріальними правовідносинами, що попередньо, тобто до порушення процесу, сформувались між сторонами. Саме матеріальні правовідносини є фундаментом процесуальних правовідносин, оскільки з них випливає спір, формується предмет спору, який тим самим зумовлює вибір конкретного судового органу, уповноваженого розглядати справу.

Матеріальні аспекти судових проваджень формуються на основі норм матеріального права, тобто регуляторів, за допомогою яких держава здійснює вплив на відповідну сферу суспільних відносин. У зв'язку з цим матеріальними аспектами судових проваджень з вирішення податкових спорів є матеріальні податкові правовідносини, на основі яких виникає податковий спір, а також норми права, закріплені у конституційному, податковому та адміністративному процесуальному законодавстві, спрямовані на регулювання податкових відносин у контексті процесуальних можливостей захисту прав та/або законних інтересів платників податків і держави. Матеріальні аспекти мають на меті визначення змісту прав та обов'язків суб'єктів права і відповідають на питання: що треба зробити для реалізації цих прав і обов'язків?

Процесуальні аспекти судових проваджень охоплюють сукупність окремих процедур розгляду справ щодо вирішення податкових спорів, детально регламентованих адміністративним процесуальним законодавством, що характеризуються стадійністю та взаємозумовленістю, й тільки у своїй єдності формують процес. Такі аспекти відповідають на питання: як, яким чином, у якому порядку права та обов'язки можуть і мають бути реалізовані.

© О. Мамалуй, 2020

У контексті розглядуваного питання слід зазначити, що за критерієм закріплення матеріальних аспектів судових проваджень із вирішення податкових спорів у нормативно-правових актах такі аспекти поділяються на:

1) ті, що закріплені у Податковому кодексі України (далі – ПК України) або інших нормативно-правових актах, спрямованих на регулювання податкових правовідносин (наприклад, право платника оскаржити рішення, дію або бездіяльність контролюючого органу у судовому порядку);

2) ті, що закріплені у Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАС України).

Процесуальні аспекти судових проваджень із вирішення податкових спорів передбачені у КАС України.

Судові провадження із вирішення податкових спорів мають свої особливості. Тому перш ніж перейти до безпосередньої характеристики матеріальних та процесуальних аспектів таких судових проваджень, варто визначити змістове наповнення поняття «податковий спір», а також встановити, які саме діяння здатні спричинити податковий спір, які суб'єкти можуть бути сторонами такого спору, які органи мають право приймати остаточне рішення в умовах урегулювання податково-правового конфлікту.

Ні ст. 14 Податкового кодексу України, ні будь-якою іншою статтею цього нормативного акта поняття «податковий спір» не передбачено, що зумовлює звернення до теоретичних надбань із порушеної проблеми.

Загальновизнаним є той факт, що будь-який спір виникає між декількома (двома або більше) сторонами. Джерелом спору є відносини, які попередньо, тобто до початку так званого «спірного стану», сформувались між сторонами. Якщо відносини мають правове підґрунтя, тобто складаються на основі норми права, вони набувають статусу правовідносин. Податкові правовідносини характеризуються не тільки загальними ознаками, що притаманні будь-яким правовідносинам, а й спеціальними: виникають на основі норм податкового права, завжди є владно-майновими, одним із суб'єктів завжди виступає держава в особі уповноважених податкових органів, виникають у процесі фінансової діяльності держави, характеризуються нерівністю положення їх учасників, тобто ґрунтуються на підпорядкуванні однієї сторони іншій [1].

Наведене дає підстави виокремити основну особливість податкових спорів, а саме те, що вони виникають із податкових правовідносин, які за своєю суттю є публічно-правовими, що зумовлює специфіку і стосовно учасників таких відносин, і щодо порядку вирішення юридичних конфліктів між ними. Саме *податкові правовідносини* є базовим матеріальним аспектом судових проваджень із вирішення податкових спорів, оскільки за відсутності таких відносин між сторонами порушення процесу є неможливим.

Як указано у п. 1.1 ст. 1 ПК України, цей Кодекс регулює відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема визначає вичерпний перелік податків та зборів, що справляються в Україні, та порядок їх адміністрування, платників податків та зборів, їх права та обов'язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження і обов'язки їх посадових осіб під час адміністрування податків, а також відповідальність за порушення податкового законодавства [2]. Із цього видається, що суб'єктами податкових відносин, а отже, й потенційними сторонами податкового спору, є управомочена та зобов'язана особи – контролюючий орган і платник податку.

Слід погодитись з ученим В.В. Тильчиком, який під поняттям «податковий спір» розуміє форму вирішення конфліктів (протиріччя інтересів) у сфері податкових правовідносин, яка носить публічний характер, виникає між державою і платниками податків чи іншими учасниками податкових правовідносин з приводу застосування норм податкового права, вирішуються уповноваженим юрисдикційним органом у процесуальному порядку [3].

З точки зору розмежування податкових спорів за критерієм судової практики варто звернутись до наукової думки І.В. Цвєткова, який виділяє такі три групи спорів:

1) спори з питань права – спори, що зумовлені різним тлумаченням чи застосуванням окремих норм матеріального права;

2) спори з питань факту – спори, пов'язані з різною оцінкою фактичних обставин справи;

3) процедурні спори – спори, пов'язані з порушенням встановленої чинним законодавством процедури проведення податкового контролю чи провадження у справах про податкові правопорушення [4].

Базовою нормою ПК України, яка закріплює способи вирішення податкових спорів, є п. 56.1 ст. 56, де вказано, що рішення, прийняті контролюючим органом, можуть бути оскаржені в адміністративному або судовому порядку [2]. Варто акцентувати увагу на тому, що згідно з ч. 1 ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом [5]. Офіційне тлумачення ч. 1 зазначеної статті наведене у Рішенні Конституційного Суду України

від 25.12.1997 р. № 9-зп, де вказано, що «частину першу статті 55 Конституції України треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їхні права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке згідно зі статтею 64 Конституції України не може бути обмежене» [6].

З цього випливає, що у разі порушення контролюючим органом прав, свобод або законних інтересів особи – платника податків остання має право, не застосовуючи адміністративного способу оскарження рішень, дій або бездіяльності такого органу, звернутись за захистом своїх прав безпосередньо до суду. Наведені вище норми Конституції України та ПК України, які закріплюють *право платника податків на оскарження рішень, дій або бездіяльності контролюючих органів шляхом звернення до суду,* є матеріальним аспектом судових проваджень із вирішення податкових спорів, оскільки відсутність такого права нівелює можливість його захисту. Отже, першоосновою процесу є право на його порушення.

Однак не тільки платник податків є особою, здатною порушити судовий адміністративний процес. Згідно з п. 5 ч. 1 ст. 19 КАС України, юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах, зокрема: за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, коли право звернення до суду для вирішення публічно-правового спору надано такому суб'єкту законом [7]. Пункт 20.1 ст. 20 ПК України закріплює перелік прав контролюючих органів, серед яких, зокрема, й право на звернення до суду за наявності визначених цим пунктом підстав [2]. Тож *право контролюючих органів на звернення до суду з адміністративним позовом стосовно платника податків за наявності визначених п. 20.1 ст. 20 ПК України [2] підстав з метою захисту державних фінансових інтересів* також слід віднести до матеріальних аспектів судових проваджень із вирішення податкових спорів.

Субординаційність як одна з головних ознак податкових правовідносин логічно зумовлює визначальну рису податкових спорів – публічний характер. Спеціалізація судів, своєю чергою, визначає їх предметну юрисдикцію. Галузевого нормативно-правового акта, спрямованого на врегулювання процесу із розгляду податкових спорів, у нашій державі немає. Частина 1 ст. 18 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» закріплює спеціалізацію судів, однак податкових спорів як окремої категорії справ у переліку не передбачено. Натомість ст. 2 КАС України встановлює, що завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічно-правових відносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень [7]. У аспекті цього варто також зазначити, що згідно з п. 2 ч. 1 ст. 4 КАС України публічно-правовим спором є спір, у якому, зокрема, хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, і спір виник у зв'язку із виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій [7]. Отже, наведені норми свідчать про те, що податкові спори є видом публічно-правових спорів, тому їх розгляд здійснюється в адміністративних судах, а основним актом у регулюванні процесуальних аспектів вирішення подібних спорів є КАС України.

По суті, сам по собі публічно-правовий спір, сформований на основі матеріальних податкових правовідносин, який зацікавлені суб'єкти не вважають за доцільне вирішувати в адміністративному порядку, зумовлює виникнення процесуальних правовідносин, тобто відносин із вирішення справи у судовому порядку.

Як встановлено у ст. 1 КАС України, цей Кодекс визначає юрисдикцію та повноваження адміністративних судів, встановлює порядок здійснення судочинства в адміністративних судах [7]. Аналіз положень КАС України свідчить, що цей акт поряд із процесуальними нормами закріплює й матеріальні. Тож надалі варто зупинитись на дослідженні норм розглядуваного акта з метою виокремлення матеріальних та процесуальних.

Звичайно, більшість норм КАС України є процесуальними. До таких норм належать ті, що:

1) визначають інстанційну, предметну, територіальну юрисдикцію судів (Глава 2 Розділ 1 КАС України);

2) процесуальний статус учасників справи, їх представників (Глава 4 Розділ 1 КАС України);

3) закріплюють основні положення про докази (Глава 5 Розділ 1 КАС України);

4) формулюють вимоги до процесуальних документів (ст. ст. 160–167, 296, 330 КАС України);

5) регламентують порядок позовного адміністративного провадження, визначають його стадії та їх змістове наповнення (Глава 2-11 Розділу 2 КАС України);

6) регламентують порядок перегляду судових рішень шляхом апеляційного оскарження (Глава 1 Розділу 3 КАС України);

7) регламентують порядок перегляду судових рішень шляхом касаційного оскарження (Глава 2 Розділу 3 КАС України);

8) тощо.

Спірним є питання стосовно того, чи доцільно до процесуальних норм зараховувати норми, які встановлюють вимоги до процесуальних документів. У зв'язку із тим, що процесуальний документ як форма закріплення позиції сторони справи звернена до суду, складається з обов'язкових реквізитів, дотримання яких є необхідною умовою прийняття їх судом, функціонально спрямований на «приведення у життя» процесу, то норми, що закріплюють вимоги до таких документів, слід відносити до процесуальних.

Глава 1 Розділу 1 «Загальні положення» КАС України в основному складається з норм-принципів, норм-засад, норм-дефініцій, норм-завдань. Це свідчить про те, що Глава 1 Розділу 1 містить переважно матеріальні норми.

Так, наприклад, із самої назви ст. 2 КАС України «Завдання та основні засади адміністративного судочинства» видається, що ця стаття предметно закріплює норми-засади та норми-завдання. Ці норми відіграють вагоме значення, зокрема, й у контексті судового порядку вирішення податкових спорів, оскільки вони (норми) спрямовані на визначення правових рамок процесу, закріплюють декларативні гарантії реалізації сторонами права на справедливе та неупереджене судочинство шляхом формування засад його здійснення.

Низка статей детально розкривають норми-засади, які зазначені у ст. 2 КАС України. Зокрема, до них належать:

1) ст. 6 «Верховенство права»;

2) ст. 8 «Рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом»;

3) ст. 9 «Змагальність сторін, диспозитивність та офіційне з'ясування всіх обставин у справі»;

4) ст. 10 «Гласність судового процесу»;

5) ст. 11 «Відкритість інформації щодо справи»;

6) ст. 13 «Право на перегляд справи та оскарження судового рішення»;

7) ст. 14 «Обов'язковість судових рішень».

Стаття 4 цього ж Кодексу містить визначення понять, якими оперує цей нормативно-правовий акт, тобто передбачає норми-дефініції. Щодо податкових спорів, то варто акцентувати увагу на таких термінах:

1) публічно-правовий спір – з цієї дефініції випливає висновок про те, що податковий спір за характером є публічно-правовим;

2) суб'єкт владних повноважень – до останніх належить і контролюючий орган;

3) позивач і відповідач визначають процесуальний статус платників податків та контролюючих органів як осіб, які мають право захищати свої права, свободи та інтереси, або реалізовувати свої повноваження, або ж відповідати за вимогами іншої сторони;

4) індивідуальний акт дає підстави віднести акти, які видаються контролюючими органами за результатами здійснення контрольних заходів, до категорії індивідуальних актів, що можуть бути оскаржені у порядку адміністративного судочинства.

До матеріальних норм, закріплених у КАС України, можна віднести норми, які закріплюють вимоги до «інших учасників судового процесу». Так, експертом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями, необхідними для з'ясування відповідних обставин справи (ч. 1 ст. 68 КАС України [7]). Як експерт з питань права може залучатися особа, яка має науковий ступінь та є визнаним фахівцем у галузі права (ч. 1 ст. 69 КАС України [7]). Спеціалістом є особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками, необхідними для застосування технічних засобів, і призначена судом для надання консультацій та технічної допомоги під час вчинення процесуальних дій, пов'язаних із застосуванням таких технічних засобів (фотографування, складання схем, планів, креслень, відбору зразків для проведення експертизи тощо) (ч. 1 ст. 70 КАС України [7]). Перекладачем є особа, яка вільно володіє мовою, якою здійснюється адміністративне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного або письмового перекладу з однієї мови на іншу, а також особа, яка володіє технікою спілкування з глухими, німими чи глухонімими (ч. 1 ст. 71 КАС України [7]). У разі відповідності особи зазначеним вимогам, які, наприклад, ставляться до експерта, остання має право отримати відповідний процесуальний статус. Право особи займати відповідний правовий статус є матеріальним.

КАС України містить також норми, які мають змішану правову природу, тобто одна й та сама норма одночасно може розглядатись як матеріальна, так і процесуальна.

Наприклад, ч. 2 ст. 14 КАС України встановлює, що судові рішення, які набрали законної сили, є обов'язковими до виконання

всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України [7]. Набрання законної сили судовим рішенням є завершальною стадією судового процесу. Таке рішення, як правило, не може бути оскаржене. Протягом п'яти днів з дня набрання рішенням законної сили суд, який розглядав справу, зобов'язаний направити стягувачу виконавчий лист. Після цього в особи, на користь якої рішення постановлене, виникає матеріальне право – порушити виконавче провадження. Завершення процесу й виникнення права на виконання рішення зумовлює двоєдину (матеріально-процесуальну) природу розглядуваної норми.

У аспекті вищенаведеного слід розглянути ч. 1 ст. 370 КАС України, де вказано, що судове рішення, яке набрало законної сили, є обов'язковим для учасників справи, для їхніх правонаступників, а також для всіх органів, підприємств, установ та організацій, посадових чи службових осіб, інших фізичних осіб і підлягає виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності, – за її межами [7]. По суті, ця норма змістовно тотожна тій, що закріплена ч. 2 ст. 14 КАС України, проте є розширеною. Однак визначальним моментом, з точки зору нашого дослідження, є те, що ч. 1 ст. 370 КАС України міститься у Розділі 4 під назвою «Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень в адміністративних справах». Тобто законодавець розглядувану норму відносить до процесуальної. На наш погляд, право сторони спору, на користь якої рішення постановлене, порушити виконавче провадження з метою виконання судового рішення та обов'язок зобов'язаної сторони виконати резолютивну частину такого рішення мають матеріальне підґрунтя, хоч і випливають із факту завершення судового процесу.

Окремо варто визначитись, чи можна норми стосовно такої вимоги до позовної заяви, як «зміст позовних вимог», у її взаємозв'язку з видами рішень, які можуть приймати суди за результатами розгляду справ, відносити до процесуальних. Зміст позовних вимог, по суті, є предметом позову, який випливає із матеріальних правовідносин. Суд розглядає справу у межах позовних вимог, тому має можливість ухвалити одне з рішень, передбачених ч. 2 ст. 245 КАС України, тобто задовольнити або відмовити у задоволенні матеріальної вимоги. Тож, норми про таку вимогу до позовної заяви, як «зміст позовних вимог», яким кореспондують норми про види рішень, які можуть прийняти суди за результатами розгляду справ, є змішаними. З одного боку, вони фіксують матеріальну вимогу у позові, а з іншого – є складовою частиною процесуального документа, який породжує початок судового адміністративного процесу. Рішення судів, своєю чергою, задовольняють або не задовольняють матеріальну вимогу, завершуючи тим самим розгляд справи у відповідній інстанції.

Список використаних джерел:

1. Податкове право : навчальний посібник. / Г.В. Бех, О.О. Дмитрик, Д.А. Кобильнік та ін. ; За ред. проф. М.П. Кучерявенка. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 13–14.

2. Податковий кодекс України в ред. від 29.12.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 23.01.2020).

3. Тильчик В.В. Поняття і суть податкових спорів між органами державної податкової служби та платниками податків. *Часопис Київського університету права*. № 3. 2010. С. 110–114.

4. Цветков И.В. Налогоплательщик в судебном процессе : практическое пособие по судебной защите. Москва : «Волтерс Клувер», 2004. 49 с.

5. Конституція України в ред. від 01.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 23.01.2020).

6. Рішення Конституційного Суду України від 25.12.1997 р. № 9-зп. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97.

7. Кодекс адміністративного судочинства України в ред. від 01.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15 (дата звернення: 24.01.2020).

The author defines the content and correlation of material and procedural aspects within the framework of tax litigation proceedings, the purpose of substantive and procedural aspects of the settlement of tax disputes in court. Particular attention is paid to the study of the totality of tax dispute resolution procedures, regulated in detail by administrative procedural legislation, characterized by stability and interdependence. The peculiarities of tax litigation are determined. The classification of material aspects of the resolution of tax disputes according to the criterion of fixing the material aspects of court proceedings on the resolution of tax disputes in regulatory legal acts. In the course of the research the substantive content of the concept of "tax dispute" is determined, and also it is determined what actions can cause tax dispute, which subjects may be parties to such dispute, which authorities have the right to make a final decision in the conditions of settlement

of legal conflict. The scientific study emphasized the existence of tax relations as the basic material aspect of litigation in the settlement of tax disputes, since in the absence of such relations between the parties to initiate the process is impossible. During the study of the concept of "tax dispute" and its main characteristics, a distinction was made between tax disputes under the criterion of jurisprudence into disputes on matters of law, factual disputes and procedural disputes. Considering the question of the adherence of certain norms to the procedural rules, the author concludes that there are rules in the tax legislation that have a mixed legal nature, that is, the same rule can be considered both substantive and procedural at the same time, since they have a material basis on the basis of this from the procedural facts.

Key words: tax disputes, court proceedings, material aspects of tax litigation, procedural aspects of tax litigation.

УДК 342.951: 347.77
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.26

Олександр Світличний,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного та господарського права
Національного університету біоресурсів і природокористування України

В'ячеслав Шморгун,
здобувач Науково-дослідного інституту публічного права

КВАЛІФІКУЮЧІ ОЗНАКИ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗАСОБІВ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКОГО ОБОРОТУ, ТОВАРІВ ТА ПОСЛУГ

У статті здійснено аналіз кваліфікуючих ознак адміністративної відповідальності за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг. Адміністративне правопорушення характеризуються низкою ознак: суспільною шкідливістю, протиправністю, виною та накладанням адміністративного стягнення. Вказані ознаки є найбільш характерними й істотними під час вчинення будь-якого адміністративного правопорушення, яке характеризує фактичну підставу адміністративної відповідальності за правопорушення, передбачені ст. ст. 51–2, 156–3, 164–3 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Звертається увага на певні недоліки норм указаних статей.

Адміністративні правопорушення за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг, до яких ми відносимо торговельні марки, комерційні найменування, географічні зазначення – об'єкти права інтелектуальної власності, розрізняються за специфічними ознаками, які характеризують їх об'єктивну і суб'єктивну сторону, виділені законодавцем як типові, необхідні і водночас достатні для притягнення особи до адміністративної відповідальності. Відсутність хоча б одного з елементів складу виключає таку відповідальність.

Визнаючи порушення прав інтелектуальної власності, передбачені нормами ст. ст. 51–2, 156–3, 164–3 КУпАП, адміністративним правопорушенням і встановлюючи за його вчинення санкцію, законодавець враховує, що ступінь суспільної небезпеки однотипних проступків може бути різний, однак указані нами статті неповною мірою розкривають кваліфікуючі ознаки. Виходячи з цієї обставини, ми вважаємо, що законодавець конструює кілька складів адміністративних проступків стосовно одного типу діянь, неповною мірою характеризує об'єктивну сторону адміністративного правопорушення, що прийнято називати кваліфікуючими.

Наявність у діянні конструктивних ознак робить порушення прав інтелектуальної власності щодо торговельних марок, фірмових найменувань, географічних зазначень як засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг адміністративним правопорушенням. Водночас здійснений аналіз юридичного змісту та основних ознак незаконного використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг дає підстави зазначити, що такі кваліфікуючі ознаки, як повторність, вчинення проступку посадовою особою або фізичною особою-підприємцем, відсутні в окремих складах адміністративних проступків, що викликає певні труднощі у разі кваліфікації правопорушень, позначається на правозастосовній діяльності. Тому здійснене дослідження кваліфікуючих ознак дасть змогу визначити правові недоліки та прогалини теоретичного та практичного характеру.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, обтяжуючі обставини, об'єкти інтелектуальної власності, відповідальність.

Вступ. Дослідження кваліфікуючих ознак адміністративної відповідальності за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг полягає у тому, що ця проблематика неповною мірою розкрита як на науковому, так і на законодавчому рівні. У зв'язку з цим виникає велика кількість колізій, які позначаються на правозастосовній діяльності під час кваліфікації вказаних правопорушень.

Незважаючи на важливість і проблемність питання кваліфікуючих ознак адміністративної відповідальності за незаконне

© О. Світличний, В. Шморгун, 2020

використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг, це питання є малодослідженим. Окремі питання, пов'язані із незаконним використанням об'єктів права інтелектуальної власності, досліджували Т. Гарбуз, О. Коротун, О. Кульчицька, А. Майданевич, О. Тандир та ін. Завдяки доробку вказаних та інших учених було розкрито розуміння незаконного використання об'єктів права інтелектуальної власності та визначено склади адміністративних деліктів.

Метою статті є дослідження кваліфікуючих ознак адміністративної відповідальності за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг.

Результати дослідження. Адміністративні правопорушення за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг є правопорушеннями з формальним складом, причому об'єктивна сторона такого правопорушення полягає у порушенні торговельної марки, комерційного найменування, географічного зазначення від їх незаконного використання, привласнення авторства на такий об'єкт, порушення відносин у сфері недобросовісної конкуренції або інше умисне порушення суб'єктивних прав правовласників указаних об'єктів права інтелектуальної власності.

Основною та обов'язковою ознакою об'єктивної сторони є протиправне діяння, відсутність її виключає склад будь-якого адміністративного правопорушення. Якщо говорити більш конкретно, то фактичною (об'єктивною) стороною адміністративного правопорушення є ознаки, що визначають акт зовнішньої поведінки суб'єкта правопорушення.

Визнаючи те або інше діяння адміністративним правопорушенням і встановлюючи за його вчинення санкцію, законодавець враховує, що ступінь суспільної небезпеки за порушення майнових і немайнових прав власників об'єктів права інтелектуальної власності може бути різний. Зокрема, порушення встановлених законодавством вимог щодо заборони реклами та спонсорства тютюнових виробів (ст. 156-3 КУпАП) характеризується більшою суспільною небезпекою, що тягне за собою накладення штрафу на громадян від п'ятнадцяти до двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб рекламодавця та/або розповсюджувача реклами від двохсот до трьохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тоді як порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності (ст. 51-2 КУпАП) тягне за собою накладення штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення, а за порушення недобросовісної конкуренції (ст. 164-3 КУпАП) максимальна сума штрафу становить вісімнадцять неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Крім указаних статей, у чинному КУпАП міститься значна кількість статей, норми яких передбачають адміністративну відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності. Водночас доречно комплексно підходити до характеристики об'єктивної сторони [1, с. 75].

Виходячи з цієї обставини, законодавець у цілій низці випадків конструює кілька складів адміністративних проступків стосовно одного типу діянь. Такі склади відрізняються ступенем суспільної небезпеки.

На більш високий ступінь небезпеки вказують додаткові ознаки, які прийнято називати кваліфікуючими. Ознаки можуть бути основними, тобто такими, що мають місце в кожному випадку вчинення проступку, і кваліфікуючими, тобто такими, що доповнюють основні. Основні ознаки утворюють так званий основний склад. За необхідності законодавець доповнює склад кваліфікуючими ознаками. Такими кваліфікуючими ознаками незаконного використання засобів індивідуалізації учасників господарського оборот, товарів та послуг є: 1) наявність або можливість настання шкідливих наслідків (ст. ст. 51-2, 156-3, 164-3); 2) повторність (ст. 156-3); 3) вчинення проступку посадовою особою, а також фізичною особою-підприємцем (ст. ст. 51-2, 156-3, 164-3) КУпАП.

Таким чином, доповнюючи характеристику ознак об'єктивної сторони адміністративного правопорушення незаконного використання комерційного найменування, таке правопорушення також може проявлятися у діях, які можливі у формах: незаконного використання комерційного найменування на рекламних матеріалах, товарах, періодичних виданнях, без дозволу (згоди) правовласника комерційного найменування господарювання; введення в обіг товару, надання послуги суб'єктом господарювання під комерційним найменуванням, яке належить іншій особі, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

Характерною ознакою об'єктивної сторони адміністративного правопорушення, що обтяжують відповідальність за

незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг, є повторність вчинення адміністративного правопорушення. Обставини, що обтяжують відповідальність за адміністративне правопорушення, визнаються ст. 35 КУпАП. Визнаючи те або інше діяння адміністративним правопорушенням і встановлюючи за його вчинення санкцію, законодавець враховує, що ступінь суспільної небезпеки однотипних проступків може бути різний.

Унаслідок цієї обставини законодавець у низці випадків формує кілька складів адміністративних проступків, належних до одного типу діянь. Такі склади відрізняються ступенем суспільної небезпеки. Якщо необхідно, законодавець доповнює склад кваліфікуючими ознаками, за наявності яких діяння може кваліфікуватися за статтею, що передбачає суворіше покарання. Склади з такими ознаками називають кваліфікованими [2, с. 45].

Найчастіше в КУпАП згадуються такі кваліфікуючі ознаки, як повторність, наявність або можливість настання шкідливих наслідків, стан сп'яніння, аварійна ситуація, залишення місця події, учинення діяння посадовою особою та інші. Феномен повторності характеризує адміністративне правопорушення з точки зору його посилено негативного прояву як згалом, так і щодо окремих елементів його юридичного складу. Без сумніву, повторне посягання на певну однорідну сукупність суспільних відносин, охоронюваних адміністративно-правовими санкціями, які виступають об'єктом окремих адміністративних правопорушень, завдає цим відносинам більшої шкоди.

Це можна проілюструвати на прикладі конструкцій окремих статей КУпАП, які передбачають адміністративну відповідальність за незаконне використання торговельної марки. Так, ч. 2 та ч. 3 ст. 156-3 КУпАП передбачена адміністративна відповідальність за повторне протягом року за будь-яку діяльність з рекламування тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу (частина 1), частиною 3 за спонсорування будь-яких заходів з використанням знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу. Дії, передбачені частинами першою, третьою цієї статті, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення, тягнуть за собою накладення штрафу на громадян від п'ятнадцяти до двадцяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб рекламодавця та/або розповсюджувача реклами від двохсот до трьохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У конструкціях окремих статей Особливої частини КУпАП, якими передбачена адміністративна відповідальність за незаконне використання об'єктів інтелектуальної власності, повторність здебільшого вживається законодавцем для відмежування одних і тих самих протиправних дій, вчинених протягом року, з метою посилення адміністративної відповідальності за їх повторне вчинення після застосування до винних осіб за попередні випадки заходів адміністративного стягнення. При цьому законодавець у нормах статей КУпАП передбачає різні варіанти повторності окремих протиправних діянь: в одних випадках це проста повторність одного і того ж протиправного діяння, за яке на правопорушника протягом року було накладено адміністративне стягнення, в інших – складна повторність цілого ряду альтернативних однорідних дій, які перераховуються в диспозиціях певних статей КУпАП, якими передбачена адміністративна відповідальність за незаконне використання об'єктів інтелектуальної власності. Вказане передбачає кваліфікації проступку.

Проведений аналіз статей 51-2, 156-3, 164-3 КУпАП, норми якого передбачають відповідальність за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг, дає підстави зазначити, що в конструкціях ст. 51-2, ст. 164-3 КУпАП така обставина, як повторність, що обтяжує відповідальність за адміністративне правопорушення, відсутня.

Відсутність повторності як обставин, що обтяжують відповідальність за незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг, передбачених нормами ст. ст. 51-2, 164-3 КУпАП, є недоліком адміністративного законодавства.

Ми вважаємо, що адміністративні покарання за повторно вчинені правопорушення в нормах указаних статей адміністративного кодексу є об'єктивною необхідністю, яка зумовлена, зокрема, і профілактикою вчинення злочинів щодо об'єктів права інтелектуальної власності.

Як свідчить ст. 156-3 КУпАП, повторність виступає складною конструкцією альтернативних однорідних дій. Зокрема, законодавець до таких дій відносить:

– будь-яку іншу діяльність з рекламування тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу (ч. 1 ст. 156-3 КУпАП);

– спонсорування будь-яких заходів із використанням знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу (ч. 3 ст. 156-3 КУпАП).

Питання, пов'язані із повторністю, нерідко бувають предметом розгляду судових інстанцій. Так, Чернігівський районний суд Чернігівської області, розглянувши матеріали справи про притягнення до адміністративної відповідальності, у справі № 3/748/94/14 від 29 січня 2014 року встановив, що відповідно до протоколу серії ЧН № 0443346 від 25 листопада 2013 року громадянин, перебуваючи під адміністративним наглядом, не з'явився на відмітку до Чернігівського РВ УМВС України в Чернігівській області, чим порушив правила адміністративного нагляду, за що передбачена відповідальність згідно з ч. 2 ст.187 КУпАП. 11 грудня 2013 року постановою Чернігівського районного суду Чернігівської області справу про притягнення до адміністративної відповідальності громадянина за ч. 2 ст. 187 КУпАП повернуто до Чернігівського РВ УМВС України в Чернігівській області для належного оформлення, оскільки в матеріалах справи були відсутні докази на підтвердження кваліфікаційної ознаки, як повторність складу адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 187 КУпАП [3].

На жаль, як підкреслює С. Гончарук, у чинному адміністративному законодавстві відсутня єдина визначальна термінологія, пов'язана з повторністю та її інтерпретацією. Малодослідженою є ця проблема і в адміністративно-правовій теорії, що адекватно виявляється і в правоохоронній практиці [4, с. 78].

Погоджуємося з цією думкою і підкреслимо, що законодавець у нормах статей КУпАП в одному випадку вживає термін: «Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після застосування заходів адміністративного стягнення» (ч. 2 ст. 164-6); в іншому: «Дії, передбачені частиною третьою цієї статті, вчинені повторно протягом року після застосування заходів адміністративного стягнення» (ч. 4 ст. 164-6).

Крім того, за повторності як обставини, що обтяжує відповідальність, слід врахувати, що у разі незаконного використання об'єктів права інтелектуальної власності адміністративне правопорушення може здійснюватися щодо декількох об'єктів інтелектуальної власності. Цього разу ми погоджуємося з думкою О. Кульчицької, що правопорушення здійснюється щодо кожного об'єкта права інтелектуальної власності. Тобто у разі незаконного використання декількох об'єктів права інтелектуальної власності посадова особа зобов'язана скласти окремий протокол про адміністративне правопорушення на кожен такий об'єкт [5, с. 13].

При цьому повторним може вважатися тільки таке правопорушення, якщо та ж сама особа вчиняє протягом року однорідне правопорушення, тобто здійснює посягання на той самий родовий та/або безпосередній об'єкт, а також, якщо до особи вже були застосовані заходи адміністративної відповідальності, тобто адміністративне стягнення набрало законної сили.

Висновки

Таким чином, здійснений аналіз юридичного змісту та основних ознак незаконного використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг дає підстави зробити висновки, що кваліфікуючими ознаками незаконного використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів та послуг є:

1) наявність або можливість настання шкідливих наслідків (ст. ст. 51-2, 156-3, 164-3 КУпАП);

2) повторність (ст. 156-3 КУпАП);

3) вчинення проступку посадовою особою, а також фізичною особою-підприємцем (ст. ст. 51-2, 156-3, 164-3 КУпАП).

Доповнюючи характеристику ознак об'єктивної сторони адміністративного правопорушення незаконного використання торговельної марки та комерційного найменування, ми вважаємо, що таке правопорушення також може проявлятися у діях, які можливі у формах:

– незаконного рекламування тютюнових виробів;

– незаконного рекламування будь-яких товарів або послуг, що містять зображення тютюнових виробів або процесу паління тютюнових виробів;

– незаконного спонсорування будь-яких заходів з використанням торговельної марки, під якою випускаються тютюнові вироби;

– незаконного використання комерційного найменування на рекламних матеріалах, товарах, періодичних виданнях без дозволу (згоди) правовласника комерційного найменування господарювання;

– введення в обіг товару, надання послуги суб'єктом господарювання під комерційним найменуванням, яке належить іншій особі, що може призвести до змішування з діяльністю іншого суб'єкта господарювання.

Разом із тим аналіз ст. ст. 51-2, 156-3, 164-3 КУпАП дає підстави констатувати, що в конструкціях ст. 51-2 та ст. 164-3 така обставина, як повторність, що обтяжує відповідальність за адміністративне правопорушення, відсутня, що є недоліком чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення. Адміністративні стягнення за повторно вчинені правопорушення, передбачені цими статтями адміністративного кодексу, є об'єктивною необхідністю, яка зумовлена, зокрема, і профілактикою вчинення злочинів щодо об'єктів права інтелектуальної власності. З метою удосконалення адміністративного законодавства вважаємо, що повторність необхідно включити до складу ст. 51-2 та ст. 164-3 КУпАП.

Список використаних джерел:

1. Майданевич А.Г. Незаконне використання об'єктів інтелектуальної власності: адміністративно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. 209 с.

2. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно- деліктне право). Київ : Юрінком Інтер, 2008. 256 с.

3. Справа №3/748/94/14: постанова Чернігівського районного суду Чернігівської області від 29.01. 2014 р. URL: http://pravoscope.com/act-postanova-748-404-14-p-kozak-v-i-29-01-2014-porushennya-pravil-administrativnogo-naglyadu-s.

4. Гончарук С. Феномен повторності в адміністративно-деліктному законодавстві. *Право України*. 2008. № 3. С. 76–80.

5. Кульчицька О.В. Організаційно-правові засади здійснення державного контролю у сфері охорони об'єктів права інтелектуальної власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2014. 21 с.

The article analyzes the qualifying features of administrative responsibility for the unlawful use of means of individualization of participants in economic turnover, goods and services. Administrative offenses are characterized by a number of features: public harm, wrongfulness, guilt and the imposition of administrative penalties. These signs are the most characteristic and significant in the commission of any administrative offense, which characterizes the actual basis of administrative responsibility for the offenses provided for in Art. Art. 51-2, 156-3, 164-3 of the Code of Administrative Offenses (hereinafter – CAO). Attention is drawn to certain shortcomings in the norms of these articles.

Administrative offenses for unlawful use of the means of individualization of participants of economic turnover, goods and services to which we refer trademarks, trade names, geographical indications – objects of intellectual property rights, differ in specific features that characterize their objective and subjective side, identified by the legislature as typical, necessary and at the same time sufficient to hold a person to administrative responsibility. The absence of at least one element in the composition precludes such liability.

Recognizing the violation of intellectual property rights, provided for by the provisions of Art. Art. 51-2, 156-3, 164-3 of the Administrative Code of Administrative Offenses and imposing a sanction for its commission, the legislator takes into account that the degree of public danger of the same offenses may be different, but the articles cited by us do not fully reveal the qualifying features. Based on this fact, we believe that the legislator constructs several formulations of administrative misconduct for one type of act does not fully characterize the objective side of the administrative offense, which is called qualifying.

The presence of constructive features makes infringement of intellectual property rights in respect of trademarks, trade names, geographical indications as a means of individualization of participants in economic turnover, goods and services an administrative offense. Simultaneously, the analysis of the legal content and the main features of the illegal use of the means of individualization of participants in economic turnover, goods and services, gives grounds to note that such qualifying signs as repetition, misdemeanor by an official or a natural person – entrepreneur, are absent in separate structures of administrative misconduct, which causes certain difficulties in qualifying the offenses, affects the law enforcement activities. Therefore, the study of qualifying features will allow to identify the legal shortcomings and gaps of theoretical and practical nature.

Key words: administrative offense, aggravating circumstances, intellectual property objects, liability.

УДК 342.951: 629.82
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.27

Олександр Чумак,
докт. юрид. наук, заслужений юрист України,
заступник начальника з економічної та адміністративно-фінансової роботи
Льотної академії
Національного авіаційного університету

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПАСАЖИРІВ У ГАЛУЗІ ЦИВІЛЬНОЇ АВІАЦІЇ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

У статті здійснено порівняльний аналіз адміністративної відповідальності пасажирів у галузі цивільної авіації. Проаналізовано особливості провадження у справах про адміністративні правопорушення відносно пасажирів авіаційного транспорту. Наголошено на важливості обставин початку адміністративного розслідування та подальших адміністративних проваджень. Визначено наявність ознак адміністративного проступку в діях особи. Під час вивчення органів, наділених повноваженнями державного контролю в цивільній авіації, з'ясовано принцип суб'єктивізму під час їх формування. Запропоновано посилити відповідальність міжнародних польотних пасажирів, передбачену чинною нормативно-правовою базою. Виділено особливості стадій адміністративного судочинства. Більш глибока експертиза проводиться до стадії судових виконавчих дій в адміністративній справі. Запропоновано збільшення відповідальності пасажирів літака міжнародного сполучення, передбаченої чинним КУпАП. Визначено особливості стадій адміністративного провадження. Зроблено висновок про те, що до ознак адміністративної відповідальності належать підстава адміністративної відповідальності, тобто скоєння правопорушення, в галузі цивільної авіації; відносини, внаслідок яких настає адміністративна відповідальність, що регламентується нормами підзаконних актів, спеціальних законодавчих актів, міжнародних угод у галузі цивільної авіації; загальнообов'язковий, публічний характер адміністративної відповідальності (фактично відбувається її поширення на всій території України); обмежене, визначене коло суб'єктів, що можуть накладати адміністративні стягнення; те, що суб'єктами адміністративної відповідальності є юридичні та фізичні особи; особливий порядок притягнення до адміністративної відповідальності (залежно від суб'єктів); специфічна сфера впливу, а саме цивільна авіація, що обумовлює свої особливості. Сьогодні доцільно підвищити розмір санкцій, передбачених статтею 112 КУпАП.

Ключові слова: цивільна авіація, авіаційний транспорт, пасажир, пасажир з обмеженими можливостями, провадження в справі про адміністративні правопорушення.

Постановка проблеми. Велике значення сьогодні має адміністративна відповідальність пасажира в галузі цивільної авіації. Стрімкий розвиток авіаційної галузі, науково-технічний прогрес привели до підвищення кількості правопорушень у галузі цивільної авіації. Зазначене приводить до необхідності правового регулювання адміністративної відповідальності галузі цивільної авіації.

Питання дослідження адміністративної відповідальності висвітлені в працях В.В. Іщенка, І.П. Голосніченка, М.Ф. Стахурського, І.О. Картузова, Н.П. Матюхіна, С.М. Алфьорова, С.В. Ващенка, М.М. Долгополової та інших учених-правників.

Метою статті є аналіз адміністративної відповідальності пасажирів у галузі цивільної авіації.

Виклад основного матеріалу. Повітряним кодексом України передбачено, що авіаційна безпека – це захист цивільної авіації від актів незаконного втручання, який забезпечується комплексом заходів із залученням людських і матеріальних ресурсів.

В Повітряному кодексі міститься таке визначення терміна «пасажир»: фізична особа, яка перевозиться повітряним судном за згодою перевізника відповідно до договору перевезення, крім членів екіпажу та додаткових спеціалістів на борту повітряного судна, працівників експлуатанта повітряного судна, уповноваженого представника відповідного національного органу регулювання та осіб, які супроводжують вантаж.

Пасажир з обмеженими фізичними можливостями або особа з інвалідністю – це пасажир, рухливість якого під час використання транспортного засобу є обмеженою

© О. Чумак, 2020

внаслідок фізичної (сенсорної або опорно-рухової, постійної або тимчасової) чи розумової недієздатності або з будь-якої іншої причини, зокрема через похилий вік, стан якого потребує відповідної уваги та пристосування до його особливих потреб під час обслуговування пасажирів [1].

Для дослідження відповідальності пасажира в галузі цивільної авіації пропонуємо проаналізувати адміністративне провадження в галузі цивільної авіації.

Адміністративне провадження в галузі цивільної авіації, як, зокрема, провадження в справах про адміністративні правопорушення, майже не досліджувалось.

На думку В.В. Іщенка, І.П. Голосніченка, М.Ф. Стахурського, І.О. Картузова, Н.П. Матюхіна, слід виділити п'ять таких стадій провадження в справах про адміністративні правопорушення: порушення справи; адміністративне розслідування; розгляд справи та її вирішення; перегляд постанови; виконання постанови [1, с. 45].

Порушником законодавства в галузі цивільної авіації, згідно з КУпАП, є фізична особа.

Важливим в адміністративному провадженні є момент початку адміністративного розслідування. Слід відзначити, що КУпАП та інші акти національного законодавства не визначають, з якого моменту адміністративне провадження є розпочатим [3].

КУпАП визначає тільки обставину, за якої адміністративне провадження порушується, а саме наявність в діях особи ознак адміністративного проступку. КУпАП визначає що такі дані встановлюються особами, уповноваженими складати протокол про адміністративне правопорушення (стаття 255 КУпАП); особами, що вживають заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення (стаття 260 КУпАП), а саме адміністративне затримання особи, особистий огляд, огляд речей, вилучення речей і документів; особою, яка уповноважена здійснювати доставлення порушника (стаття 259 КУпАП); особою, яка уповноважена накладати стягнення на місці вчинення правопорушення без складання протоколу (стаття 258 КУпАП). Цей перелік є неповним.

Варто зазначити, що провадження в адміністративних справах відносно фізичних осіб відбувається в межах, визначених КУпАП. Водночас ця процедура регулюється низкою підзаконних актів, які не повинні суперечити КУпАП.

Порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення на авіаційному транспорті регламентується Наказом Міністерства інфраструктури «Про затвердження Порядку накладення і стягнення штрафів за порушення вимог законодавства на повітряному транспорті» від 26 грудня 2011 р. № 637 [4]. Варто зазначити, що дія зазначеного Порядку поширюється на суб'єктів авіаційної діяльності в разі здійснення ними правопорушення у галузі цивільної авіації та фізичних осіб у разі здійснення ними адміністративного правопорушення на повітряному транспорті.

Варто відзначити, що аналіз органів, що здійснюють державний контроль у галузі цивільної авіації, обумовлює суб'єктний склад органів, уповноважених здійснювати адміністративне провадження й, відповідно, складати протоколи про адміністративне правопорушення в галузі цивільної авіації.

До осіб, що мають право складати протокол про вчинення правопорушення в галузі цивільної авіації, слід віднести голову Державної авіаційної служби України, заступників голови Державної авіаційної служби України, посадових осіб Державіаслужби України, керівників аеропортів, начальників служб авіаційної безпеки аеропортів та їх заступників, судові інстанції.

Визначальними ознаками цієї стадії є момент початку адміністративного провадження, встановлення факту правопорушення, особи порушника, потерпілих, законність, тривалість, складання протоколу, вирахування розміру завданої шкоди (у передбачених законом випадках збитків).

Другою стадією є розгляд справи про адміністративне правопорушення в галузі цивільної авіації та винесення щодо неї постанови.

Згідно зі статтею 278 КУпАП перед початком безпосереднього розгляду справи орган, посадова особа уповноважені здійснювати розгляд справи, проводять перевірку зібраних матеріалів. Метою цієї перевірки є вирішення таких питань:

1) чи належить до компетенції цього органу, посадової особи розгляд цієї справи;

2) чи правильно складено протокол та інші матеріали справи про адміністративні правопорушення;

3) чи сповіщено осіб, які беруть участь у розгляді справи, про час і місце її розгляду;

4) чи витребувано необхідні додаткові матеріали;

5) чи підлягають задоволенню клопотання особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, потерпілого, їх законних представників та адвоката.

Варто зазначити, що орган, посадова особа, що розглядають справу, зобов'язані перевірити якість складання протоколу. Орган, посадова особа, що здійснюють

розгляд справи про порушення в галузі цивільної авіації, не мають права приймати до провадження такі з них, що складені неохайно або з порушенням вимог чинного законодавства. В разі виявлення таких недоліків орган, посадова особа, що розглядають справу, повертають матеріали на доопрацювання або повторне репродукування. Неповні або суперечні матеріали також повертаються на доопрацювання. Інакше вони фактично є незаконними і будуть такими визнані.

Питання розгляду справи регулюється нормами КУпАП, Митного кодексу, інших підзаконних нормативно-правових актів в галузі цивільної авіації.

Слід зазначити, що законодавством встановлений 15-денний строк розгляду справ щодо порушення в галузі цивільної авіації з дня одержання Державіаслужбою України протоколу про правопорушення. Таким чином, можна дійти висновку, що цей порядок за своїм характером більше стосується саме юридичних осіб. Штраф може бути накладено на юридичну особу – суб'єкта авіаційної діяльності протягом шести місяців з дня виявлення правопорушення, але не пізніше ніж через три роки з дня його вчинення.

У разі вчинення юридичною особою – суб'єктом авіаційної діяльності двох або більше правопорушень штрафи накладаються за кожне вчинене правопорушення окремо.

Не менш важливою є стадія виконання прийнятого рішення або постанови щодо адміністративної справи. Ця стадія є дуже важливою. Фактично виконання постанови передбачає не тільки власне виконання постанови суду або державного компетентного органу. Виконання постанови здійснюється відповідно до Закону України «Про виконавче провадження в Україні», КУпАП, зазначеного порядку.

Таким чином, особливостями провадження у справах про адміністративні правопорушення в авіаційній галузі є момент початку адміністративного розслідування; суб'єкт правопорушення; специфічний об'єкт, а саме відносини в галузі транспорту.

Цивільна авіація є досить новим напрямом транспортної інфраструктури, що обумовлює свої особливості правопорушень та відповідальності взагалі.

Варто відзначити, що досі питання дослідження складів адміністративних правопорушень у юридичній літературі практично не досліджувались. Як зазначають М.С. Кельман та Р.Г. Мурашин, адміністративна відповідальність – це специфічний вид відносин між державою, її органами, службовими особами (представниками цих органів) та особами (фізичними, юридичними особами, організаціями, винними у порушенні норм права). Зміст цих відносин складає юридичний факт, а саме вчинення правопорушення [1, с. 351].

Варто відзначити, що сьогодні в юридичній науці не сформовано однозначного визначення адміністративної відповідальності. Так, на думку Ю.С. Шемшученка, адміністративну відповідальність слід визначати як застосування адміністративних покарань уповноваженими на те органами до громадян і посадових осіб за порушення норм природоохоронного законодавства [2, с. 300].

На думку С.М. Алфьорова, С.В. Ващенка, М.М. Долгополової, адміністративній відповідальності як різновиду юридичної відповідальності притаманні такі ознаки:

1) має зовнішній характер;

2) застосовується лише за вчинення правопорушення;

3) пов'язана з державним примусом у формах каральних і правовідновлювальних заходів;

4) визначена у нормах права;

5) притягнення правопорушника до відповідальності здійснюється в певному процесуальному порядку;

6) притягнення до відповідальності здійснюється уповноваженими державними органами та посадовими особами;

7) винна у вчиненні правопорушення особа несе певні втрати матеріального та побутового характеру, які передбачені законом.

Статтею 9 КУпАП визначено, що Адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права й свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність.

Ознаками адміністративної відповідальності в галузі цивільної авіації є такі:

– підстава адміністративної відповідальності, тобто скоєння правопорушення, в галузі цивільної авіації;

– відносини, внаслідок яких настає адміністративна відповідальність, що регламентується нормами підзаконних актів, спеціальних законодавчих актів, міжнародних угод у галузі цивільної авіації;

– загальнообовязковий, публічний характер адміністративної відповідальності (фактично відбувається її поширення на всій території України);

– обмежене, визначене коло суб'єктів, що можуть накладати адміністративні стягнення;

– суб'єктами адміністративної відповідальності є юридичні та фізичні особи;

– особливий порядок притягнення до адміністративної відповідальності (залежно від суб'єктів);

– специфічна сфера впливу, а саме цивільна авіація, що обумовлює свої особливості [5, с. 121].

Адміністративна відповідальність пасажира на авіаційному транспорті передбачена статтею 112 КУпАП. Так, частиною 1 статті 112 КУпАП визначено, що невиконання особами, які перебувають на повітряному судні, розпоряджень командира судна тягне за собою попередження або накладення штрафу від двадцяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Частиною 2 зазначеної статті передбачено, що порушення правил фотографування, кінозйомки й користування засобами радіозв'язку з борту повітряного судна тягне попередження або накладення штрафу від двадцяти до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Однак протиправна поведінка пасажира на борту повітряного судна, може призвести до порушення вимог безпеки польотів, що є недопустимим, і становитиме загрозу для інших пасажирів та членів екіпажу, тому доцільним сьогодні є підвищення розміру санкцій, передбачених статтею 112 КУпАП.

Висновки

До ознак адміністративної відповідальності належать підстава адміністративної відповідальності, тобто скоєння правопорушення, в галузі цивільної авіації; відносини, внаслідок яких настає адміністративна відповідальність, що регламентується нормами підзаконних актів, спеціальних законодавчих актів, міжнародних угод у галузі цивільної авіації; загальнообовязковий, публічний характер адміністративної відповідальності (фактично відбувається її поширення на всій території України); обмежене, визначене коло суб'єктів, що можуть накладати адміністративні стягнення; те, що суб'єктами адміністративної відповідальності є юридичні та фізичні особи; особливий порядок притягнення до адміністративної відповідальності (залежно від суб'єктів); специфічна сфера впливу, а саме цивільна авіація, що обумовлює свої особливості. Сьогодні доцільно підвищити розмір санкцій, передбачених статтею 112 КУпАП.

Список використаних джерел:

1. Повітряний кодекс України. Кодекс України, Закон, Кодекс від 19 травня 2011 р. № 3393-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 48–49. Ст. 536.

2. Битяк Ю.П., Гаращук В.М., Дьяченко О.В. та ін. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 544 с.

3. Кодекс України про адміністративні правопорушення. Кодекс від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР)*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.

4. Про затвердження Порядку погодження місця розташування та висоти об'єктів на приаеродромних територіях та об'єктів, діяльність яких може вплинути на безпеку польотів і роботу радіотехнічних приладів цивільної авіації : Наказ Міністерства інфраструктури від 30 листопада 2012 р. № 721, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 24 грудня 2012 р. № 2147/22459. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show (дата звернення: 01.09.2016).

5. Москаленко С.І. Державне регулювання діяльності цивільної авіації в Україні : монографія. Кропивницький : ЛА НАУ, 2018, 320 с.

The article makes a comparative analysis of the administrative responsibility of passengers in the field of civil aviation. The author analyzes peculiarities of proceedings in cases of administrative offenses against passengers of aviation transport. The importance of the circumstances of the initiation of the administrative inquiry and of the further administrative proceedings was emphasized. The presence of signs of administrative misconduct in the actions of a person was determined. It was found that in the course of studying the bodies vested with the powers of state control in civil aviation, we learned the principle of subjectivism in their formation. The author proposes to increase the responsibility of international flight passengers provided by the current legal framework. The features of the stages of administrative proceedings are highlighted. A deeper examination is carried out to the stage of administrative enforcement actions in an administrative case. It is proposed to increase the liability of the passengers of the aircraft of the international service, stipulated by the existing Code of Administrative Offenses. The peculiarities of the stages of administrative proceedings are identified. It is concluded that the attributes of administrative responsibility include: 1) the basis of administrative responsibility, i.e. the commission of an offense, in the field of civil aviation; 2) the relations which result in administrative responsibility are regulated by the norms of by-laws, special legislative acts, international agreements in the field of civil aviation; 3) obligatory, public nature of administrative responsibility. In fact, its spread throughout Ukraine; 4) a limited, defined range of entities that may impose administrative penalties; 5) legal and natural persons are subjects of administrative responsibility; 6) defined, special procedure for bringing to administrative responsibility (depending on the subjects); 7) specific sphere of influence – civil aviation, which determines its peculiarities. Today, it is advisable to increase the sanctions provided for in Article 112 of the Code of Administrative Offenses.

Key words: civil aviation, air transport, passenger, disabled passenger, proceedings in administrative misdemeanors.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.28

Данило Демченко,
студент ІІ курсу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КОНЦЕПЦІЯ СОЦІАЛЬНОЇ ДЕРЖАВИ У КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ

У статті досліджено значення соціальних конституційно-правових норм для розвитку Української державності. Виявлені основні проблемні аспекти, пов'язані з розумінням і застосуванням елементів соціальної держави в Конституції України. Запропоновані шляхи вдосконалення конституційної доктрини соціальної держави.

Широко розкрито питання щодо правової природи соціальних прав та їх місця і ролі у сучасному конституціоналізмі України. Розкривається та уточняється сутність соціальних прав. Автор проводить порівняльний аналіз розуміння соціальної держави на момент укладання Основного закону з наявними на момент написання статті правовими парадигмами. Обґрунтовується доцільність цілковитої трансформації соціальних прав як елемента структури економічно розвиненої демократичної держави. Також розкрито стан конституційних особливостей соціальної держави в економічній сфері. Виявлені тенденції розвитку даної сфери. Окреслені ключові проблеми наявних конституційно-правових механізмів гарантування, реалізації та захисту прав громадян як суб'єктів права власності. Сучасний тип ринкового господарювання вимагає сучасних ідей побудови соціальної держави. Саме тому у статі визначено пріоритетні напрями, які полягають у правовому та політичному упорядкуванні життя суспільства на засадах свободи, ринку та соціальної динаміки. Закріплені основні тенденції розвитку соціальної держави в умовах сучасних глобалізаційних викликів. На основі аналізу процесів становлення соціальної держави в Україні окреслено параметри перспективної національної моделі соціальної держави. Обґрунтовується на основі осмислення німецької правової доктрини необхідність вирішення низки правових проблем для відповідності Української держави економічним принципам західних партнерів. Розглянуто концепцію соціальної держави в окремих сферах суспільного життя. Привернута увага до складнощів, які створює концепція соціальної держави для розвитку судочинства, підприємництва, соціальної реабілітації охорони здоров'я.

Наведено тлумачення й аналіз рішень Конституційного Суду України з даної тематики. Продемонстрована важливість даного інституту й судової гілки влади в цілому для оновлення принципів соціальної держави. Викладено авторське бачення майбутнього соціальної держави в українських правових реаліях. Запропоновано декілька заходів щодо розвитку й капіталізації людського потенціалу, який є запорукою успішного використання соціальних факторів економічного зростання. На основі проведеного аналізу автором статі розроблено методологічні концепції трансформації Конституції України від соціалістичного Основного закону до максимального забезпечення й стимулювання ринкової економіки.

Ключові слова: патерналізм, ринкова економіка, конституційне оновлення, індивідуалізм, проблема бідності.

Постановка проблеми. Україна за весь час незалежності так і не змогла на світовій геополітичній карті відійти від образу пострадянської країни. Останні 6 років, з моменту інтенсифікації євроінтеграційних й євроатлантичних процесів, це питання постало найбільш гостро. Прихід до «політичного Олімпу» нової команди обов'язково супроводжується рішучими намірами змінити таке світове сприйняття держави у світі.

Для того, аби розірвати це коло і, як наслідок, приєднатися до когорти розвинених європейських держав, необхідно змістити фокус уваги з безупинного вирішення поточних проблем на більш фундаментальний аспект – трансформацію конституційних норм із соціалістичних, фактичний зміст яких маскується за рахунок формування у суспільній свідомості хибних уявлень про поняття соціальної держави. Зважаючи на це, вважаємо вкрай необхідним чітко розібратися з поняттям соціальної держави в умовах сучасного українського конституціоналізму.

Стан дослідження. Теоретичні засади становлення й розвитку соціальної держави в Україні досліджували такі наковці, як А. Ю. Бадида, Ю. Г. Барабаш, С. О. Верналов, І. Б. Михайлівська, А. Ю. Олійник, В. В. Речицький, Ю. Н. Тодика, Г. І. Чанишева та інші. Віддаючи належне їхнім напра-

© Д. Демченко, 2020

цюванням ыз цієї проблематики, слід зауважити, що залишається не досить дослідженим сучасний стан категорії «соціальна держава» в українському конституціоналізмі.

Мета статті полягає у пошуку ефективних методів переходу від соціальної держави із соціалістичним фундаментом до розбудови соціальної держави відповідно до капіталістичних принципів.

Виклад основного матеріалу Відійти нарешті від соціалістичного напряму розвитку країни, залишити патерналізм у минулому й зрозуміти, що держава повинна бути гарантом свободи та правової визначеності, а не опікуном для громадян, що постійно декларує й бере на себе ті зобов'язання, які не в змозі виконати, – ось у чому полягає основне завдання сьогодні. Надто соціальна спрямованість суспільства за відсутності відповідних фінансових можливостей призводить до накопичення великої кількості проблем у внутрішній і зовнішній політиці. Україна вимушена долати зовнішню агресію, бо, як зазначає В. В. Речицький, скупий та вузький патерналізм завжди програє щедрішому та ширшому патерналізму [1, с. 9]. Істеблішмент повинен вирішувати питання перманентного збільшення боргу з виконання рішень суду, що гарантовані державою. За попередніми підрахунками заборгованість за вердиктами національних інституцій, тривале невиконання яких стало підставою для звернення до ЄСПЛ та які перебувають на опрацюванні в Міністерстві юстиції, – майже 180 млн грн. А от загальна «грошова повинність» за рішеннями українських судів, відповідальність за які несе держава, становить приблизно 31 млрд грн [2]. Тоді як сума на виконання бюджетної програми «Заходи щодо виконання рішень суду, що гарантовані державою» становить лише 600 млн [3]. Ця ситуація ілюструє світовій спільноті відсутність ефективного державного управління, що й підтвердив ЄСПЛ у своєму рішенні «Бурмич та інші проти України» [4]. Суд постановив, що надалі всі заяви проти України щодо невиконання судових рішень будуть переадресовані Комітету Міністрів.

Встановлені Основним Законом норми унеможливлюють позитивні зміни у напрямі подальшої розбудови ринкової економіки та вільного демократичного суспільства. Можна погодитися з твердженням І. Б. Михайлівської, що конституційне закріплення соціально-економічних прав, незважаючи на їх явну невідповідність реальним можливостям держави, було викликано декількома обставинами По-перше, це складність «віднімати» те, що було раніше обіцяно, хоча б на рівні простої декларації. По-друге, несподівано швидкий розвал, здавалося, незламної тоталітарної системи породив ейфорію і завищені очікування економічного розквіту в найближчий час. По-третє, спрацювали звичні патерналістські установки, властиві не тільки «керованим», а й «керуючим» [5, с. 146].

Натепер історичні реалії змінилися. Зараз можна з упевненістю говорити про готовність громадськості змінити ці обставини.

Для реалізації цього нам потрібно трансформувати розуміння щонайменше таких норм Конституції України, як норми ст. 3, 13, 42, 46, 48, 49, ч. 3 ст. 22.

Як одну з базових для концепції соціальної держави в Україні, безумовно, потрібно розглядати ст. 3 Основного Закону. Принциповим для нашого дослідження є визнання саме у цій статті ключового значення кожного окремого індивіда для соціуму в цілому, первинне закріплення обов'язковості дотримання мінімально необхідних вимог існування, гідних людини, які деталізуються в інших статтях Конституції.

На наш погляд, у тлумаченні ст. 3 слід дотримуватись класичної німецької конституційно-правої думки, де соціальні права визнаються як «права на частку (суспільного блага)». Звертаємо увагу, що самої фіксації принципу недоторканності людської гідності та соціального характеру державності виявляється досить для активного захисту Федеральним конституційним судом необхідних для існування соціальних стандартів життя [6]. Ці принципи у Конституції України викладені у ст. 1 і ст. 3 відповідно, а отже, вони повинні не просто декларувати вищезазначені засади, а бути гарантами їх дотримання. Практичне значення зазначеної норми має бути підняте на декілька щаблів.

На противагу ст. 3, роль якої для формування соціальної держави європейського зразка дуже недооцінена, постає ст. 13. Дана норма сформована на трьох основних тезах. Перша зазначає, що природні ресурси, які знаходяться в межах території України, природні ресурси її континентального шельфу, виключної (морської) економічної зони є об'єктами права власності Українського народу [7]. Вона сформульована досить чітко й вдало, не потребує подальшого розкриття у другому реченні частини першої. Натомість частина друга повинна надавати право користування природними об'єктами права власності народу не тільки громадянам, а й іншим фізичним та юридичним особам. На додачу, закріплювати необхідність діяти під час реалізації цього права не тільки від-

повідно до закону, а й відповідно до Конституції. Це закріпить відповідність цінностей Українського народу європейському сприйняттю понять конкуренції та відкритого ринку й підтвердить закріплене у преамбулі Основного Закону твердження про незворотність європейського та євроатлантичного курсу України. Друга теза стосується особливої відповідальності, що неодмінно кореспондує праву власності. Але недостатнім є виключне закріплення обов'язку, яким наділяє особу це право. Більш успішним, з точки зору підвищення ролі середнього класу в суспільстві, є шлях формування частини третьої цієї статі відповідно до сприйняття права власності Г.В.Ф. Гегеля: щоб не залишитися абстрактною, вільна воля повинна перш за все дати собі наявне буття, і першим чуттєвим матеріалом цього наявного буття є речі, іншими словами, зовнішні предмети. Цей перший вид свободи є той, який ми пізнаємо як власність [8, с. 94]. Власність є підґрунтям свободи, а свобода – підґрунтям власності, цього розуміння не вистачає Українському суспільству для подальшого розвитку ринкової економіки. Саме через поняття свободи потрібно розкривати ті обов'язки, що накладає власність. І нарешті, окремою тезою виступає ч. 4, виклад якої ми оцінюємо позитивно, окрім зазначення саме соціального спрямування економіки, яке вважаємо недоречним. Економіка здатна до саморегулювання. Забезпечення гідного соціального рівня життя – це завдання держави, що викладено у ст. 3, ст. 48 Конституції. У розвиненій європейській країні основною роллю економіки не може бути соціальна підтримка нужденних.

Наступим аспектом, що унеможливлює розвиток суто ринкової економіки, є ст. 42. Вона також тяжіє до «соціальної опіки» на противагу максимальній відкритості ринку. В Основному Законі повинні бути закріплені принципи вільного руху капіталу, товарів та послуг, конкуренції, заохочення інвестицій. Конституція ж робить акценти зовсім на інших засадничих аспектах, які є більш притаманними та ефективними для захисту економіки перехідного періоду, ніж для розвитку чисто ринкових відносин. Зокрема, колектив авторів науково-практичного коментаря до Конституції України під головуванням В. Я. Тація зауважує, що наявність простого застереження у тексті Конституції щодо можливості заборонити право на підприємницьку діяльність (ч. 1 ст. 42) без посилання на визначений публічний інтерес, захист якого має бути підставою для таких заборон, практично призводить до можливості безконтрольного обмеження поточним законодавством наданого Конституцією України такого права, що не є допустимим [9, с. 314]. Норма ч. 4 ст. 42 Конституції України не підтримує принципів ринкової рівноваги між пропозицією й попитом та ринкового саморегулювання. Ринок відображений не як система паритетних відносин між суб'єктом підприємницької діяльності та споживачем, а як ієрархія, в якій останній потребує додаткового захисту. Зазначення саме в первинному державному акті обмежень підприємницької діяльності для певного кола осіб, антимонопольний контроль, декларування необхідності надання захисту споживача – усе це потребує перезапуску.

Останніми роками набула ще більшого суспільного значення ст. 46 Конституції, бо в Україні утворився новий прошарок населення, соціальний захист якого ця стаття забезпечує, – ветерани Антитерористичної операції та Операції об'єднаних сил. Зміст статті, що стосується соціального забезпечення у старості, вважаємо базовим відповідно до ст. 3 та ст. 48 й вдало викладеним. Регламентування соціального забезпечення інших громадян повинно відбуватися через призму відходу від філософії ототожнення таких груп громадян із категорією «споживач пільг». Необхідно якомога швидше перейти до категорії розвитку людського потенціалу та реінтеграції даних індивідів у суспільне життя. Вважаємо слушним розглянути як фундамент для зміни цього припису ст. 26 Хартії основних прав Європейського союзу [10]. Норма ст. 46 не повинна позиціонуватися на соціальній обмеженості, яку породжує сучасна редакція. Вона має забезпечувати самостійність та соціальну реабілітацію незахищених верств населення.

Україна є учасницею Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права. Відповідно до ст. 11 Пакту держава утвердила право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг і житло, і на неухильне поліпшення умов життя [11]. Саме це положення й знайшло вияв у ст. 48 Конституції. Зважаючи на ратифікацію цього Пакту, головне питання у контексті доктринального аналізу ст. 48 – що в Україні означає «достатній» (або «гідний людини» відповідно до проектної редакції норми від Конституційної Комісії, 2015 [12]) життєвий рівень для себе і своєї сім'ї? Конституційний суд України стверджує: у державі, яку проголошено соціальною, визначений законодавцем розмір прожиткового мінімуму має реально забезпечувати гідний рівень життя людини [13]. Попри це, величина прожиткового мінімуму не враховує низку життєво

необхідних витрат. Відповідно до соціальної спрямованості вони повинні надаватися безоплатно, але фактично частково громадяни здійснюють розрахунок за ці товари та послуги із власного заробітку: освіта, оздоровлення, утримання дітей у дошкільних навчальних закладах, платні медичні послуги тощо. Виходячи з цього, вбачаємо необхідність надання Конституційним судом України більш широкого й чіткого тлумачення ст. 48 Конституції України.

Невід'ємне право людини на життя і здоров'я знайшло своє відображення в низці статей Конституції України, зміст яких повністю узгоджується з приписами Загальної декларації прав людини (ст. 25) [14] та Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (ст. 12). Але закріплене на цей момент у Конституції формулювання ст. 49 унеможливлює подальший розвиток даної галузі, змушуючи законодавця шукати проміжні шляхи реформування. Український законодавець досі не визначився, яка модель будується в державі. У світі існує чотири моделі охорони здоров'я. Фінансування первинної ланки медичної допомоги забезпечується з державного бюджету, що подібне до Скандинавської моделі. Фонд соціального страхування, заснований задля реалізації ст. 46 та ст. 49 Основного Закону, є фундаментом Німецької моделі. Завдяки збільшенню попиту на послуги у сфері охорони здоров'я, появі нових гравців і зростанню довіри до приватної медицини, в Україні відбувається зростання ринку приватної медицини. Це одна з яскравих особливостей Азіатського зразка охорони здоров'я. Істеблішмент повинен вибрати одну з наявних моделей, провести аналіз ст. 49 у найвищих ешелонах влади та оновити Конституційну норму відповідно до сучасних тенденцій та вибраної системи.

Насамкінець розглянемо головний форпост прибічників соціалізму як конституційної суті Української держави – ч. 3 ст. 22. Українське суспільство вже зробило впевнений крок назустріч розвинутому капіталістичному суспільству зі зменшенням ролі держави в економічній сфері. Йдеться про Рішення від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік», в якому Суд зазначив: передбачені законами соціально-економічні права не є абсолютними. Механізм реалізації цих прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість їх фінансового забезпечення шляхом пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів усього суспільства [15]. Це спрямування обов'язково повинно набути подальшого розвитку, та як один з можливих варіантів рішення даного питання пропонуємо викласти дану норму у такій редакції: «Прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів відбувається виключно відповідно до конституційних прав та свобод».

Висновки

Підсумовуючи, варто зазначити, що правове демократичне суспільство повинно забезпечувати загальний сталий розвиток шляхом стимулювання розвитку кожного його члена. Ми повинні, нарешті, подолати точку біфуркації й перейти від патерналістських настанов, що закладалися в нас більше століття, до здорового індивідуалізму, заснованого на принципах свободи, ринку та соціальної динаміки. Це можливо досягти виключно завдяки гнучкій правовій свідомості та готовності швидко змінюватися заради майбутнього, що є одним із найважливіших аспектів такого розвитку в умовах інформаційного суспільства.

Список використаних джерел:

1. Речицький В. Держава Україна: соціяльна чи соціялістична? URL: https://m.krytyka.com/ua/articles/derzhava-ukrayina-sotsiyalna-chy-sotsiyalistychna (дата звернення: 04.04.2020).

2. Мільярди на сатисфакції або як звернення до ЄСПЛ примножує борг держави за невиконані рішення національних судів URL:https://zib.com.ua/ua/129483-yak_zvernennya_do_espl_primnozhue_borg_derzhavi_za_nevikonan.html (дата звернення: 05.04.2020).

3. Про стан та терміни перерахування коштів за рішеннями судів. URL: https://www.treasury.gov.ua/ua/diyalnist/vikonannya-sudovih-rishen/pro-stan-ta-termini-pererahuvannya-koshtiv-za-rishennyami-sudiv (дата звернення: 06.04.2020).

4. Рішення Європейського Суду з Прав Людини від 12 жовтня 2017 р. у справі «Бурмич та інші проти України». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082 (дата звернення: 04.04.2020).

5. Михайловская И. Б. Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. 2000. № 1 (30). С. 146–151.

6. Барабаш Ю. Г. Беззащитные права или необоснованные ожидания? *Голос Украины* от 05.05.2016. URL: http://www.golos.com.ua/rus/article/268300 (дата звернення: 04.04.2020).

7. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Рада України*. 1996. № 30. 141 с.

8. Гегель Г. В. Ф. Философия права. Москва : Мысль, 1990. 524 с.

9. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2011. 1128 с.

10. Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal*. 2007.14.12. P. 01-16.

11. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966. *Вісник Конституційного Суду України*. 2006. № 4.

12. Конституційна комісія : Проект Розділу II Конституції України. URL: http://khpg.org/en/index.php?id=1437126686 (дата звернення: 04.04.2020).

13. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII від 22 травня 2018 року № 5-р/2018URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-18 (дата звернення: 14.04.2020).

14. Загальна декларація прав людини : прийнята і проголошена в резолюції 217 А (III) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 14.04.2020).

15. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII "Прикінцеві положення" Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» № 20-рп/2011 від 26 грудня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11 (дата звернення: 14.04.2020).

Article studies main principles and types of the development of social state, streams of modernization of the concept, and proposed routs of enhancing its current model. The issue of the nature of law of social rights and the role of latter in modern constitutionalism of Ukraine is stressed. The essence of social rights is discussed in detail. Author conducts comparative analysis of interpreting social state at the moment of concluding the Basic law and with the existing paradigms at the time of article being written. The grounds of expediency of the full transformation of social rights as an element of structure of economically developed democratic state are justified.

Likewise, the condition of constitutional peculiarities of social state in economic sphere is presented. The tendencies of progress of the sphere are detected. The key issues of existing constitutional and legal mechanisms of guaranteeing, implementing and protecting the rights of citizens as subjects of property rights were outlined. Modern type of market economy requires contemporary ideas of constructing the social state. Consequently, the prioritized streams which consist in legal and political arrangement of the social life based on freedom, market and social dynamics are defined in the article. Based on the understanding of the German legal doctrine, the author substantiates the need to solve a number of legal issues for the Ukrainian state to comply with the economic principles of its Western partners. The concept of the social state in certain spheres of public life is considered. The attention is paid to difficulties, which are caused by the concept of social state for the development of legal proceedings, entrepreneurship, social rehabilitation of health care.

The interpretation and analysis of the solutions of Constitutional Court of Ukraine on this topic are presented. The view of the author about the future of social state in Ukrainian reality of law is provided. Several activities for development and capitalization of human potential are proposed, which is fundamental for successful utilization of social factors of economic growth.

Based on analysis conducted, the methodological concepts of transformation the Constitution of Ukraine from the socialist Basic law to the maximum provision and stimulation of market economy.

Key words: paternalism, market economy, constitutional renewal, individualism, poverty problem.

УДК 342.511
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.29

Катерина Закоморна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри державного будівництва
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Дмитро Зал,
студент III курсу міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІМПІЧМЕНТ У СИСТЕМІ СТРИМУВАНЬ І ПРОТИВАГ: ДОСВІД КРАЇН АМЕРИКАНСЬКОГО КОНТИНЕНТУ

У статті розглянуто конституційні моделі імпічменту в країнах американського континенту, акцентовано увагу на практичній реалізації механізмів усунення глави держави від влади, окреслено наявні проблеми і переваги інституту імпічменту в зарубіжних країнах, визначено пропозиції щодо вдосконалення конституційно-правового регулювання порядку притягнення Президента України до відповідальності.

Взяті за основу дослідження моделі імпічменту у США та Федеративній Республіці Бразилія не є випадковим вибором. Так, приклад США відкриває природу імпічменту через призму сучасних політико-правових проблем всередині країни. З урахуванням нещодавніх спроб усунення голови держави з посади в порядку імпічменту за можливе вбачається піддати критиці нормативний характер цієї процедури. У свою чергу, досвід Бразилії є взірцевою ілюстрацією завершеності процедури імпічменту з усіма її перевагами та недоліками, систематизація яких позитивно відобразиться на подальших пропозиціях щодо поліпшення процедури усунення голови держави з поста. Вочевидь, Україна відрізняється за своїм менталітетом та культурними цінностями від країн американського континенту. Разом із тим проблематика імпічменту лежить у площині загальнополітичних процесів, які характеризують рівень розвитку демократії в країні.

Першочергову роль у регулюванні процедури імпічменту у будь-якій країні мають конституційні норми, не є винятком і Україна. Лише прийняття Закону України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» жодним чином не змінює наявну процедуру притягання глави держави до відповідальності. Більшою мірою положення Закону України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» дублюють відповідні статті Конституції України та норми поточного законодавства. Запропоновані у статті напрями вдосконалення наявної процедури імпічменту Президента України засновані на зарубіжному досвіді. Сформульовані пропозиції мають на меті сприяти забезпеченню розвитку демократичних процесів у країні, а також впровадженню механізмів, які гарантують реальність процедури проведення імпічменту.

Ключові слова: глава держави, процедура усунення з посади, конституція, конституційно-правова відповідальність, президент, система стримувань і противаг, США, Федеративна Республіка Бразилія.

Постановка проблеми. Роль імпічменту як виду конституційно-правової відповідальності у сучасних демократичних країнах важко переоцінити. Виступаючи одним з елементів системи стримувань і противаг, цей інститут спрямований на недопущення узурпації влади вищими посадовими особами, створення умов для ефективного і правомірного виконання ними своїх завдань, а також запровадження дієвих важелів контролю за їхньою діяльністю. Проте сама по собі процедура імпічменту, навіть якщо вона детально врегульована в численних нормативних актах, не надає сто відсоткових гарантій її успішної реалізації. Підтвердженням цього є відносно низький світовий показник усунення з посади за даною процедурою, зокрема, президента. Не винятком є й досвід України. Так, вітчизняне законодавство характеризується досить повною регламентацією процесуального аспекту імпічменту. Водночас реальність притягнення до відповідальності Президента України на практиці має незначну ймовірність.

Стан дослідження. Проблематика імпічменту завжди привертала увагу чималої

© К. Закоморна, Д. Зал, 2020

кількості українських і зарубіжних науковців. Зокрема, вітчизняні вчені Ю. Барабаш, Н. Гайденко, І. Кресіна, Р. Мартинюк, Р. Падалка, Л. Сердюк, Ю. Тодика, Ю. Фрицький, В Шаповал й ін. всебічно розкрили політико-правову природу імпічменту. Разом із тим прийняття Закону України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» надало новий поштовх для подальших досліджень зарубіжного досвіду застосування імпічменту, які, безумовно, сприяють модернізації наявної вітчизняної моделі притягнення глави держави до відповідальності.

Мета дослідження. У зв'язку з цим та з огляду на сучасну напруженість політичних процесів, вбачаємо за доцільне розкрити теорію та практику застосування імпічменту в країнах американського континенту на прикладі США і Федеративної Республіки Бразилія. Для реалізації мети дослідження необхідно виконати такі **завдання:** 1) з'ясувати значення імпічменту для забезпечення динамічної рівноваги гілок влади в умовах системи конституційного правління; 2) висвітлити окремі проблеми реалізації цього механізму в США і Федеративній Республіці Бразилія; 3) сформулювати конкретні пропозиції щодо вдосконалення процедури усунення Президента України з посади в порядку імпічменту.

Виклад основного матеріалу. Натепер у конституціях демократичних країн наявні норми, які встановлюють процедуру імпічменту. Хоча вони і різняться обсягом регулювання порядку притягнення до відповідальності посадових осіб, усі відповідні конституційні положення мають на меті забезпечити стабільність функціонування політичної системи країни і не допустити зосередження безмежної влади в одних руках. Однак, як слушно зауважує Л. Сердюк, можливість реалізації процедури імпічменту більшою мірою залежить від точності й досконалості конституційних норм, що покликані регламентувати цю процедуру [1, с. 52]. Підкреслимо, що така довершеність, як правило, зумовлена рівнем розвиненості демократичних процесів у країні та якістю юридичної техніки. Таким самим важливим, як прагнення законодавця до нормативного закріплення «невідворотності» конституційної відповідальності посадових осіб, є і ступінь юридичної освіченості політичної еліти.

Отже, Конституція України передбачає підстави для усунення Президента України з посади в порядку імпічменту – вчинення ним державної зради або іншого злочину. З метою спрощеного розуміння конституційної моделі імпічменту в Україні пропонуємо поділити порядок його проведення на декілька стадій: 1) ініціювання (здійснюється конституційною більшістю від конституційного складу Верховної Ради України); 2) розслідування (компетенцією щодо якого наділена спеціальна тимчасова слідча комісія); 3) звинувачення (рішення приймається 2/3 від конституційного складу Верховної Ради України); 4) перевірка звинувачення (Конституційний Суд України здійснює перевірку та надає висновок щодо додержання конституційних норм під час проведення процедури імпічменту, Верховний Суд України перевіряє та надає висновки щодо наявності у звинуваченнях Президента ознак державної зради або іншого злочину); 5) усунення з поста (рішення про усунення приймається 3/4 від конституційного складу Верховної Ради України) [2].

Варто зазначити, що прийняття Закону України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» здебільшого закріпило процесуальний порядок проведення імпічменту. Водночас сама процедура в матеріальному аспекті аж ніяк не змінилася. Закон України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» більшою мірою дублює окремі норми Конституції України, Закону України «Про регламент Верховної Ради України», Закону України «Про тимчасові слідчі комісії і тимчасові спеціальні комісії Верховної Ради України». Тому підтримуємо справедливі зауваження щодо певної «фасадності» вказаного Закону і потреби реальних змін [3].

На підставі наведеного доцільно запропонувати конкретні (матеріальні) зміни і нововведення до вітчизняного поточного законодавства, яке регламентує процедуру притягнення глави держави до відповідальності. Основою для подальших змін може й повинен стати досвід зарубіжних країн.

Почнемо з аналізу процедури імпічменту колишнього Президента Бразилії Д. Русеф. Підтримуємо думку Л. Окунєвої, яка вкрай влучно висловилася з приводу цієї події, назвавши її політичною драмою [4, с. 28]. У свою чергу бразильські науковці Ф. Маркез, К. Монтальверн та І. Мотізо взагалі оперують поняттям «політичний інтерес», обґрунтовуючи успіх процедури імпічменту щодо Д. Русеф вирішальним впливом політичних сил на ЗМІ [5, с. 227-228]. Безумовно, такі позиції пов'язані зі складністю та напруженістю політичної ситуації всередині держави [6].

Конституція Федеративної Республіки Бразилія (ст. 85) передбачає підставу для

імпічменту – діяння Президента Республіки, що посягають на Федеральну Конституцію і утворюють склад злочину зловживання владою. У Конституції серед встановлених діянь особливо виділено посягання на існування Союзу, свободу здійснення законодавчої та судової влади, прокуратури, конституційні повноваження одиниць федерації, здійснення політичних, особистих та соціальних прав, внутрішню безпеку країни, чесність в державному управлінні, бюджетне законодавство, виконання законів та судових рішень [7]. Рішення про звинувачення Президента приймається 2/3 голосів членів Палати депутатів. Після цього справа передається на розгляд, залежно від виду діяння, або до Федерального Верховного суду – за діяння, що підпадають під критерії загальних злочинів, або до Федерального Сенату – за зловживання владою. Причому як у першому, так і в другому випадку Президент тимчасово відстороняється від здійснення своїх функцій (ст. 86 Конституції) [7].

У даному випадку Сенат висунув Президенту Д. Русеф звинувачення одразу з декількох епізодів, перший з яких – замовчування про достовірно відомі корупційні схеми нафтової компанії «Petrobras», які, ймовірно, викликали економічний спад, а другий – приховування зростання бюджетного дефіциту під час перевиборів глави держави [8; 9]. Згідно із вищезазначеними конституційними приписами звинувачення з усіма матеріалами направили на розгляд Федеральному Сенату, який 31.08.2016 р. 61 голосами сенаторів прийняв рішення про відставку Президента Д. Русеф [10].

Характеризуючи процес імпічменту в Бразилії, наведемо справедливі позиції тих політологів, юристів та представників громадськості, які ототожнюють відсторонення Д. Русеф від влади із суто політичним переворотом. Зауважимо, що навіть деякі представники Федерального Сенату після голосування вказували на можливість ануляції рішення у зв'язку з недоведеністю вини Президента [11]. Зважаючи на це, варто підтримати слушну думку Ю. Барабаша про те, що імпічмент слід розглядати у тісному взаємозв'язку з народною довірою, яка і відбиває зміст політичної діяльності глави держави [12, с. 51]. Думаємо, що в даному випадку превалювали все ж таки інтереси політичні, а думка народу мало кого цікавила, що і вилилось у чисельні мітинги на підтримку Д. Русеф після її усунення. Разом із тим формальні вимоги процесу проведення процедури імпічменту було цілком дотримано. Загалом, процедура імпічменту, починаючи із першої стадії і до завершення, тривала близько одного року. Хоча річний строк може бути визнаний виправданим та розумним для такої події.

Продовжуючи, звернемо увагу на конституційно-правові засади процедури імпічменту в США. Нині імпічмент став вкрай актуальним для країни, оскільки в цьому році політичними силами просувалися і підтримувалися ідеї усунення в порядку імпічменту нинішнього глави держави – Д. Трампа. Конституція США передбачає, що Президент, Віце-президент та усі цивільні службовці Сполучених Штатів можуть бути відсторонені з посади у порядку імпічменту за державну зраду, хабарництво чи інші тяжкі злочини, або місдімінори (в нашому розумінні – проступки) (Стаття II, Розділ 4) [13]. Важливо акцентувати увагу на тому, що Конституція містить припис, згідно з яким державною зрадою може визнаватись вичерпне коло діянь, а також фіксує процесуальну модель доказування цієї діяльності. Так, під державною зрадою слід розуміти ведення війни проти країни чи приєднання до її ворогів, у тому числі надання їм допомоги та сприяння. Як вже зазначалось, підставами для засудження є показання двох свідків про одне й те саме очевидне діяння або визнання провини у відкритому судовому засіданні (Стаття III, Розділ 3) [13].

На противагу такій детальній конституційній регламентації державної зради маємо категорії, що не знайшли свого відображення у Конституції США. Тому їх зміст знаходить свій вияв на рівні федеральних законів та законів штатів. З метою кращого розуміння підстав для застосування імпічменту до Президента США вбачаємо за доцільне проаналізувати норми кримінального права, де розкривається зміст визначених категорій. Джерелами кримінального права у США є, по-перше, на федеральному рівні – Конституція, що містить важливі положення про дію кримінального закону в часі, застосування покарань, обмеження та позбавлення свободи тощо, і титул 18 Зводу законів США; по-друге, конституції штатів і кримінальне законодавство штатів [14, с. 73-74]. Зокрема, аналіз титулу 18 Зводу законів США надає можливість розмежувати категорії тяжкого злочину та місдімінору як підстав для імпічменту. Відповідно до параграфу 3559 титулу 18 Зводу законів США усі правопорушення класифікуються за буквеною оцінкою, яка залежить від максимального строку ув'язнення [15].

У зв'язку із зазначеним важко погодитися з позицією науковців, які визначають підставами для імпічменту в США порушення норм моралі, упущення під час вико-

нання посадових обов'язків або інші вчинки, що підривають авторитет публічної влади [16, с. 212; 17 с. 165-166]. Підкріпленням цієї тези є посилання на процес імпічменту щодо 17-го Президента США Е. Джонсона. Тоді однією з підстав імпічменту стало звинувачення його у зверненні до Конгресу без належної поваги і на підвищених тонах [16, с. 133]. Думаємо, що застосовувати вказані критерії щодо встановлення дій, які слугують підставою імпічменту, недоцільно з таких причин. По-перше, звинувачення Президента США за цією підставою ще не означає її правомірність. По-друге, розробка Зводу законів США датується 1948 р. Саме із вказаною подією більшість конституціоналістів пов'язують остаточне становлення кримінального права США. Отже, й легальне закріплення поняття місдімінору не ототожнюється із порушенням моралі. Тому нам імпонує думка американського вченого П. Дж. Звіра, який відзначає негативні наслідки широкого тлумачення категорії «місдімінор», що може призвести до відкриття імпічменту з будь-яких підстав [18, с. 29].

У процедурному плані імпічмент щодо Президента США нагадує судовий процес, в якому задіяні обидві палати парламенту. Палата представників виступає стороною обвинувачення, тоді як роль суду на себе бере Сенат [18]. Зазвичай імпічмент починається з обвинувачення (статей імпічменту), тобто діянь, в яких звинувачують главу держави. Виключним правом на імпічмент наділяється Палата представників, а розгляд імпічменту входить до компетенції Сенату (Стаття I, Розділ 2). Головуючим у справі щодо Президента США є Верховний суддя. У цьому разі рішення щодо усунення Президента США з поста в порядку імпічменту здійснюється двома третинами голосів членів Сенату (Стаття I, Розділ 3) [13].

Переходячи до практичної реалізації імпічменту щодо глави держави в США, зазначимо, що, попри чималу кількість ініційованих процедур, жодна не була завершена. Остання спроба припала на 05.02.2020 р. і полягала у звинуваченні 45-го Президента США Д. Трампа. Палата представників висунула йому звинувачення по двом пунктам: зловживання владою та втручання у справи Конгресу. Перше звинувачення ґрунтувалося на тому, що Д. Трамп, використовуючи свої повноваження «високого поста», побудив іноземну державу втрутитись у внутрішню політику країни. А саме змусив Державу Україну публічно заявити про початок розслідування проти Д. Байдена – політичного опонента Д. Трампа на наступних президентських виборах. Як вважалось, такими діями Д. Трамп скомпрометував національну безпеку, підірвав цілісність та демократичний процес в США, а отже, безпосередньо наніс удар по інтересах нації. Друге звинувачення стосувалося перешкоджання Д. Трампом діяльності Конгресу з розслідування першого звинувачення (зловживання владою). Спікер Палати представників заявила, що були накази Д. Трампа установам та управлінням, нинішнім і колишнім службовцям виконавчої влади ігнорувати їхні законні вимоги. Тим самим глава держави привласнив собі повноваження визначати доцільність, обсяг і хід розслідування імпічменту та характер власних діянь [20].

У відповіді на звинувачення Д. Трамп, зокрема, вказав на напад на право американського народу вільно обирати свого Президента. Щодо пунктів звинувачення 45-й Президент США зазначив, що пред'явленні йому звинувачення не відповідають конституційним категоріям місдімінору та тяжкого злочину, а тому розгляд питання про відсторонення Президента від влади не може бути розпочатий [21]. На нашу думку, ці тези опосередковано підтверджують думку про те, що норми Конституції США містять вичерпний перелік підстав для оголошення імпічменту.

Проведений аналіз процедур імпічменту в США і Федеративній Республіці Бразилія дозволяє зробити низку висновків і запропонувати конкретні пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного законодавства. Почнемо з наявної в Україні моделі проведення імпічменту й закінчимо перспективами її поліпшення.

Першою очевидною зміною має стати зменшення необхідної кількості голосів народних депутатів для усунення Президента України з поста в порядку імпічменту, принаймні з 3/4 до 2/3 від конституційного складу Верховної Ради України. Вважаємо вимогу зібрати 3/4 голосів від конституційної більшості Верховної Ради України як необхідну кількість для прийняття рішення про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту вкрай завищеною. Ця позиція обґрунтовується таким.

По-перше, зарубіжний досвід свідчить про зацікавленість політичних прихильників Президента у збереженні його, так би мовити, абсолютного імунітету. Варто вказати, що особливого значення це питання набуває у разі існування так званої парламентської монобільшості, адже навіть голосування 2/3 зазвичай не дозволяє усунути Президента з поста.

По-друге, Основний закон країни визначає, що в Україні визнається і діє принцип

верховенства права (ст. 8). Цей принцип наукова спільнота пов'язує з обмеженням політичної влади та державної тиранії, пануванням права над державою, обов'язком держави забезпечувати права і свободи людини [22, с. 367; 23, с. 17; 24, с. 188]. У свою чергу, принцип верховенства закону – необхідний крок в утвердженні принципу верховенства права [23, с. 19]. Виходячи з цього, можна говорити про те, що принцип верховенства права передбачає панування конституційних приписів над державною владою. Тому незрозумілим залишається надання Президенту механізмів захисту більш значущих, аніж Основному закону держави. Так, зміни до Конституції України за загальним правилом приймаються 2/3 від конституційного складу Верховної Ради України.

Другим напрямом удосконалення національного законодавства має стати впровадження в наявну процедуру імпічменту механізмів безпосередньої демократії. Вважаємо, що конституційне закріплення обов'язковості затвердження рішення про усунення Президента в порядку імпічменту всеукраїнським референдумом насамперед унеможливить так званий політичний інтерес. Крім того, пряма участь громадян України в процедурі імпічменту забезпечить залучення широких верств населення до прийняття важливих політичних рішень. Безперечно, якщо народ України наділений виключним правом обирати главу держави, то й відкликання Президента з посади має проводитись з урахуванням позиції громадськості.

По-третє, в сучасних реаліях особливої актуальності набуває співвідношення нормативного закріплення процедури імпічменту в Конституції України, Законі України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)» і Кримінальному Кодексі України. У даному випадку варто говорити про намір законодавця відійти від доктрини злочину як єдиної підстави для кримінальної відповідальності у бік кримінального правопорушення, що включає злочини та кримінальні проступки. Таке прагнення законодавця було втілено у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень (набуття чинності було відтерміновано до 1 липня 2020 р.) [25]. З урахуванням цього виникає питання: чи будуть внесені відповідні зміни до ст. 111 Конституції України? З проведеного нами аналізу подібного досвіду США і Федеративної Республіки Бразилія випливає, що кримінальні проступки вважаються підставою для імпічменту. Тому слушними є пропозиції щодо відповідних доповнень, оскільки самі по собі порушення Президентом правових норм дискредитують публічну владу та статус глави держави незалежно від тяжкості вчиненого правопорушення. До речі, у законодавстві України не передбачено й відповідальності за недодержання конституційних норм, що могло б виявитися в такій підставі для імпічменту, як порушення Президентом присяги.

Висновки

Вивчення конституційного законодавства і практики його реалізації на прикладі США і Федеративної Республіки Бразилія дозволило сформулювати такі висновки. Недоліки процедури притягнення Президента до відповідальності пов'язані насамперед із тим, що імпічмент може бути використаний для прийняття вигідних політичних рішень. Надмірна нормативна ускладненість процедури проведення імпічменту, політична заінтересованість й адміністративний ресурс робить, так би мовити, місію нездійсненою. Серед позитивного варто відзначити вичерпний, проте набагато більший перелік підстав для імпічменту та прозорий порядок проведення процедури. Безумовно, останні законодавчі новели щодо процедури імпічменту Президента України спрямовані на підтримку і забезпечення демократичних процесів у нашій країні, гарантування принципу верховенства права і недопущення узурпації влади главою держави.

Список використаних джерел:

1. Сердюк Л. М. Конституційне регулювання імпічменту глави держави в Україні й окремих пострадянських країнах. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2017. № 4. С. 52-65.

2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР / *Верховна рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80. (дата звернення: 20.02.2020).

3. Закон про імпічмент – фасадна реформа, яка нічого не змінює – депутат від «Голосу». URL: https://www.radiosvoboda.org/a/zakon-pro-impichment/30156860.html (дата звернення: 20.02.2020).

4. Окунєва Л. С. Импичмент президента Бразилии: как это было. *Латинская Америка*. 2016. № 8. С. 28-42. URL: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/ (дата звернення: 20.02.2020).

5. Marques, F. P. J., Mont'Alverne, C., & Mitozo, I. B. A empresa jornalística como ator político: Um estudo quanti-qualitativo sobre o

impeachment de Dilma Rousseff nos editoriais de Folha e Estadão. *Observatorio (Obs*)* № 3. 2018. С. 224-245. URL: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1646-59542018000300012&script=sci_arttext&tlng=en (дата звернення: 13.03.2020).

6. Santos F., Guarnieri F. From protest to parliamentary coup: an overview of Brazil's recent history. *Journal of Latin American Cultural Studies*. 2016. №. 4. С. 485-494. URL: https://sci-hub.tw/https://doi.org/10.1177/1464884919894126 (дата звернення: 13.03.2020).

7. Constitution of the Federative Republic of Brazil. URL: https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/09/Brazil-constitution-English.pdf (дата звернення: 28.03.2020).

8. Импичмент по-бразильски: последний бой Дилмы Русеф. URL: https://www.bbc.com/russian/features-37219404 (дата звернення: 30.03.2020).

9. Бразилия: Русеф обещает бороться против импичмента до конца. URL: https://www.bbc.com/russian/news-37214751#orb-banner (дата звернення: 30.03.2020).

10. Дилма Русеф смещена с поста президента Бразилии. 2016. URL: https://www.bbc.com/russian/news-37237369 (дата звернення: 30.03.2020).

11. Sessão do impeachment desta terça terá debate entre acusação e defesa e discursos de senadores. *Estado*. 2016. URL: https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/impichment-d-russeff-svershivshiysya-fakt/ (дата звернення: 05.04.2020).

12. Барабаш Ю. Г. Імпічмент як форма конституційно-правової відповідальності і засіб урегулювання державно-правових конфліктів. *Проблеми законності*. 2008. № 2. С. 44-53.

13. Constitution of the United States URL: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (дата звернення: 10.04.2020).

14. Господаренко В. Джерельна основа державної кримінальної політики США. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 2. С. 72-77.

15. 18 U.S. Code §18/3559. Sentencing classification of offenses https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3559 (дата звернення: 10.04.2020).

16. Римарчук Н. А. Процедура імпічменту в зарубіжних країнах: конституційно-правові засади та проблеми. *Закарпатські правові читання*: матеріали VI міжнар. наук.-прак. конф. (Ужгород, 25-27 квітня 2014 р.). Ужгород : Вид-во УжНУ "Говерла", 2014. С. 209-214.

17. Желіховський С. В. Імпічмент як інститут політичної відповідальності Президента Сполучених Штатів Америки. *Проблеми міжнародних відносин :* збірник наукових праць. 2020. № 17. С. 154-178.

18. Zwier P. J. Trump impeachment trial in the Senate: Caught between politics and law. Available at SSRN 3513830. 2020. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513830 (дата звернення: 15.04.2020).

19.Законодавче регулювання процедури імпічменту в країнах ЄС та США : Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит народного депутата України. URL: http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/28807.pdf (дата звернення: 17.04.2020).

20. Articles of Impeachment Against Donald John Trump. URL: https://www.congress.gov/116/bills/hres755/BILLS-116hres755enr.pdf (дата звернення: 19.04.2020).

21. The Answer of President Donald J. Trump. URL: https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Answer-of-President-Donald-J.-Trump.pdf (дата звернення: 19.04.2020).

22. Падалка Р. О. Верховенство права як основоположний принцип демократичної та правової держави. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2012. № 24. С. 365-371.

23. Малишев Б. В. Принцип верховенства права (теоретико-правовий аспект). *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. №. 8. С. 14-20.

24. Карась А. Г. Верховенство права як ціннісна характеристика права *Альманах права*. 2012. № 3. С. 185-190.

25. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22.11. 2018 № 2617-VIII / Верховна рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19 (дата звернення: 20.04.2020).

The article deals with the constitutional models of impeachment in the countries of the American continent, focuses on the practical implementation of the mechanisms of removal of the head of state from power, outlines the existing problems and advantages of the impeachment institution in foreign countries, defines proposals for improving the constitutional and legal regulation of the procedure for bringing the President of Ukraine to responsibility.

The impeachment models in the United States and the Federal Republic of Brazil, taken as a basis for the research, is not a random choice. Thus, the example of the United States reveals the nature of impeachment through the prism of modern political and legal problems within the country. Taking into account the recent attempts to remove the head of the state from the post by impeachment, it seems possible to criticize the normative nature of this procedure. On the other hand, the experience of Brazil is the exemplary illustration of the completion of the impeachment procedure with all its advantages and disadvantages, the systematization of which will positively reflect on the further proposals for improving the procedure for removing the head of state from the post. Obviously, Ukraine differs in its mentality and cultural values from the countries of the American continent. At the same time, the problems of impeachment are

in the plane of the general political processes that characterize the level of democracy development in the country.

Constitutional rules play a prime role in regulating the impeachment procedure in any country, and Ukraine is no exception. Only the adoption of the Law of Ukraine "On the special procedure for removal of the President of Ukraine from the post (impeachment)" does not in any way change the existing procedure for bringing the head of the state to responsibility. To a greater extent, the provisions of the Law of Ukraine "On the special procedure for removal of the President of Ukraine from the post (impeachment)" duplicate the relevant articles of the Constitution of Ukraine and the rules of current legislation. The directions of the improvement of the existing procedure of impeachment of the President of Ukraine, proposed in the article, are based on the foreign experience. The proposals formulated are aimed at contributing to the development of democratic processes in the country, as well as to the introduction of the mechanisms guaranteeing the reality of the impeachment procedure.

Key words: head of state, removal procedure, constitution, constitutional and legal responsibility, President, checks and balances system, USA, the Federal Republic of Brazil.

УДК 342
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.30

Єлизавета Незвінська,
студентка III курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВОВИЙ СТАТУС МЕРА: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Статтю присвячено проблемі правового статусу мера в зарубіжних країнах. Визначено особливе місце міського голови як головного очільника та представника інтересів жителів території в системі місцевого самоврядування, надано визначення поняттю «правовий статус мера». Досліджено основні принципи організації муніципальної влади в різних системах місцевого самоврядування: англо-саксонській, романо-германській, іберійській та системі рад. Висвітлено особливості кожної з них, а також відмінності статусу мера в кожній із систем. Зокрема, для англо-саксонської системи характерне автономне функціонування рад без прямого підпорядкування нижчестоящих органів вищестоящим. У країнах, яким притаманна ця система, мери обираються різними системами: або безпосередньо громадянами, або радами. Романо-германська система характеризується обмеженням і перебуванням під контролем державних органів адміністративної, організаційної та фінансової автономії місцевого самоврядування, її основою є формування місцевих представницьких органів шляхом виборності або призначення. У цій системі рада та мер обираються населенням: голосують окремо за членів ради та окремо за міського голову. За іберійською системою місцевого самоврядування населення адміністративно-територіальної одиниці обирає раду та головну посадову особу такої адміністративної одиниці. Мер зосереджує в своїх руках основні важелі місцевого керівництва і має велику владу. Система рад принципово відрізняється від інших. Вона ґрунтується на запереченні принципу поділу влади та характеризується проголошенням абсолютної влади представницьких органів (рад) на відповідній території. У підсумку робиться висновок щодо домінуючої ролі мера в системі місцевого самоврядування, яке своєю чергою є складним поєднанням автономної діяльності та контролю з боку держави. Також наголошується на важливості запозичення зарубіжного досвіду задля вдосконалення національного законодавства та зроблено пропозицію щодо прийняття в Україні окремого закону, який би широко регулював правовий статус міського голови.

Ключові слова: мер, правовий статус, місцеве самоврядування, рада, зарубіжний досвід.

Постановка проблеми. На тлі активного реформування місцевого самоврядування, наближення його національної моделі до міжнародних стандартів актуальною стає проблема дослідження та визначення правового статусу міського голови як головного очільника та представника території. Посада мера є однією з ключових у системі місцевого самоврядування, а виконання його функцій має вагоме політичне та соціально-правове значення. Як зазначає науковець В. Волков, особливо актуальною така проблема стає з огляду на ту обставину, що в Україні відсутній спеціальний закон, який би повною мірою регулював питання статусу такої посадової особи.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблема правового статусу міського голови, як відносно нового суб'єкта публічно-правових відносин, є предметом досліджень таких учених, як Ю. Бальцій, В. Волков, І. Костенюк, М. Мельтюхова, Н. Наулік, С. Серьогіна, Т. Стешенко та ін. Разом із тим предметом наукового інтересу автора цієї статті є дослідження залежності правового статусу такої посадової особи від особливостей тієї чи іншої системи місцевого самоврядування.

Метою статті є вивчення на основі узагальнення зарубіжного досвіду й аналізу наявної практики правового статусу міського голови в різних системах місцевого самоврядування та дослідження наявних проблем у сфері статусу такої посадової особи.

Виклад основного матеріалу. Майже у всіх країнах, де існує місцеве самоврядування, територіальні громади мають своїх представників – посадових осіб, тобто лідерів. У різних країнах вони називаються по-різному: у Польщі – війт, в Італії – сіндако, у Франції – мер. Правовий статус мера включає порядок набуття статусу, функції і повноваження, правові гарантії реалізації прав, а також юридичну відповідальність.

© Є. Незвінська, 2020

Ці складники правового статусу нерозривно взаємопов'язані між собою, кожен з них доповнює, розкриває, уточнює це поняття. За словами Ю. Бальція, значення цієї категорії полягає в тому, що вона дає змогу розглядати мера (міського голову), по-перше, як складову частину місцевого самоврядування, по-друге, як самостійний суб'єкт конституційно-правових відносин, по-третє, цей статус виступає нормативною передумовою здійснення функцій, які покладені на цю посадову особу з метою створення необхідних умов для життєдіяльності членів громади.

Пропонуємо розглянути зарубіжний досвід організації муніципальної влади та роль і місце мера в ньому. У зарубіжних країнах цей процес пройшов тривалий (понад 200 років) та складний шлях розвитку, що призвело до формування різних його систем і моделей функціонування. Залежно від застосування тієї або іншої концепції, а також від національних особливостей і традицій різних держав розрізняються такі основні системи місцевого самоврядування, як: англо-саксонська, романо-германська, іберійська та система рад.

Відповідно до англо-саксонської системи, яка властива таким країнам, як США, Велика Британія, Канада та ін., для вирішення питань в адміністративно-територіальних одиницях населенням обирається рада (правління), зазвичай на два–чотири роки. Ради функціонують автономно в межах наданих їм повноважень без прямого підпорядкування нижчестоящих органів вищестоящим. У містах, як правило, діють хартії самоврядування (деякі з них подаровані монархами сторіччя назад), відповідно до яких обираються ради і мери [3, с. 70].

Варто зазначити, що, на відміну від більшості європейських країн, Конституція США жодним чином не регламентує питання місцевого самоврядування в країні, а органи місцевого самоврядування у своїй діяльності керуються конституціями та законами штатів. Для США притаманна така система виборів мара, за якої він обираються або безпосередньо громадянами, або радами. У першому випадку – це «сильний» мер, який отримав свою посаду безпосередньо від виборців і це дає змогу йому певним чином визначати місцеву політику. Він наділяється значно ширшим колом повноважень, наприклад, має право бути присутнім на засіданнях ради та користується правом вето стосовно рішень ради, а здебільшого користується правом вибіркового вето (право відхиляти деякі положення місцевих нормативних актів) або навіть правом абсолютного вето, як наприклад, мер Бостона. Така система виборів міського голови існує у більше ніж у 50% міст США і відображає традиційне прагнення американців до розмежування влади на всіх рівнях. У другому випадку – це «слабкий» мер, який обирається радою, яка жорстко контролює його діяльність, та є залежним від неї. Така система виборів міського голови переважала в США до початку XX століття. Нині вона існує у 2/3 міст США з населенням від 5 до 10 тис. людей. Закон відносить до функцій мера забезпечення законності та правопорядку, контроль за діяльністю місцевої поліції, а здебільшого мер наділений правом звільняти від відповідальності за порушення норм місцевих нормативних актів, але не законів штату.

Питання місцевого самоврядування у Великій Британії регулюються Актом про місцеве самоврядування 1972 р., відповідно до якого мер обирається радою щовесни з числа її членів, голосування щодо обрання проводиться відкрито, а рішення приймається більшістю голосів. Особливістю Великої Британії є те, що мер не призначається на весь термін повноважень ради. Функції мера законом чітко не визначені, як правило, він головує на засіданнях ради та має право вирішального голосу.

Особливої уваги заслуговує романо-германська (континентальна) система місцевого самоврядування, до якої тяжіє Україна. Така система властива для Франції, Італії, Польщі, запозичена Туреччиною та ін. Її основою є формування органів місцевого самоврядування шляхом виборності або призначення. Така модель характеризується обмеженням і перебуванням під контролем державних органів адміністративної, організаційної та фінансової автономії місцевого самоврядування, хоча останнім часом і спостерігається тенденція до зменшення такого контролю з боку держави.

Основні засади місцевого самоврядування Франції закріплює Конституція країни, зокрема ст. 72, а спеціальні закони, які регулюють питання організації і діяльності місцевого самоврядування, натепер об'єднані в Адміністративний кодекс, який фактично є «конституцією» місцевого самоврядування в країні. Відповідно до зазначеного кодексу мер обирається радою із числа її членів шляхом таємного голосування строком на 6 років. Він є головою виконавчої влади в комуні (адміністративно-територіальній одиниці базового рівня) та має дві групи повноважень: як голова виконавчого органу комуни мер виконує рішення муніципальної ради, пропонує та виконує бюджет, забезпечує збереження та раціональне використання майна комуни, маючи в розпорядженні

муніципальну адміністрацію, яку він і очолює, володіє широкими повноваженнями в питаннях муніципальної поліції та є головою муніципальної служби поліції і охорони країни; як представник держави мер реєструє акти про шлюб, народження або смерть. Він також є офіцером судової поліції, зокрема, за дорученням державного обвинувача або слідчого судді він може бути викликаний для прискорення розслідування особистості обвинувачуваного, а також його матеріального, сімейного або соціального становища, а також уповноважений виконувати певні дії стосовно переслідування кримінальних злочинів, що підпадають під владу громадського прокурора. Мер також відповідає за виконання різних адміністративних завдань, включаючи публікацію законів і постанов, та за складання реєстру виборців.

Посаду мера в Італії визначають як периферійний орган державної адміністрації та державного представника на місцевому рівні. Відповідно до ст. 46 Законодавчого декрету від 18.08.2000 № 267 Республіки Італія мешканці комуни (поселення міського чи сільського типу, що утворюють первинну ланку адміністративно-територіального поділу), зареєстровані у виборчих списках, одночасно з виборами муніципальної ради обирають мера (сіндако) строком на 5 років. Закон наділяє сіндако правом бути переобраним на посаду двічі, але якщо один із попередніх двох термінів перебування на посаді не перевищував 2 роки 6 місяців та 1 день, то можливе переобрання на цю посаду і на третій термін. Сіндако, будучи головною посадовою особою місцевого самоврядування на рівні комуни, поєднує функції голови комунальної адміністрації та урядового чиновника. У межах своїх повноважень він скликає та очолює раду, призначає муніципального секретаря, контролює роботу служб та офісів, здійснює нагляд за виконанням муніципальною радою покладених на неї обов'язків, а також наділений повноваженням видавати термінові накази у разі надзвичайних ситуацій. Функції мера, як урядового чиновника, регулюються ст. 54 Законодавчого декрету від 18.08.2000 № 267 та закріплюють такі повноваження сіндако: прийняття нормативно-правових актів, які регулюють громадський порядок та безпеку; виконання наданих законом функцій у галузі громадської безпеки та судової поліції; нагляд за безпекою та порядком й інформування префекта. Відставку, зміщення з посади, обставини несумісності чи невиборності законодавець відносить до випадків дострокового припинення повноважень сіндако.

Іберійська система існує в Бразилії, у багатьох іспаномовних державах Латинської Америки, хоча в самій Іспанії її тепер немає. У деяких країнах ця система близька до охарактеризованої вище романо-германської, хоча в країнах Латинської Америки роль представників центру завжди більш значна через широкі повноваження президента. За іберійської системи місцевого самоврядування і управління населення адміністративно-територіальних одиниць (у тому числі громад, муніципій) обирає раду і головну посадову особу такої адміністративної одиниці (алькальда, регідора, префекта, мера), іноді обирається колегія посадових осіб. У деяких країнах головна посадова особа обирається не населенням, а радою.

Головою виконавчої влади муніципалітетів, на які розділені штати Бразилії, є мер (префект), який відповідно до ст. 29 Конституції Бразилії обирається прямим голосуванням строком на 4 роки шляхом прямих виборів та одночасно по всій країні. Мер одночасно є головою ради, його виконавчим органом і затверджується урядом як представник держави в адміністративно-територіальній одиниці з правом контролю за діяльністю представницького органу. Отже, мер зосереджує у своїх руках основні важелі місцевого керівництва і має велику владу. Він одночасно виступає і як виконавчий орган місцевого самоврядування, і як орган державного управління в такій адміністративно-територіальній одиниці. У багатьох країнах Латинської Америки маються великі земельні латифундії і панування місцевих землевласників створює проблеми у системі управління місцевими справами, адже саме латифундисти направляють, по суті, всю діяльність з управління на місцях. А у деяких поселеннях індіанських племен (0,2% населення, але близько 10% території) їх представницькими органами є традиційні зібрання племен, ради племен (старійшин), обрані зборами або радами особи (вожді), відповідальні за певні сфери життя племен. Племена перебувають під контролем федеральної адміністрації, а не штатів.

У розвинутих демократичних країнах відмінності між вказаними моделями не мають принципового характеру. Можна навіть говорити про певне зближення між ними – вони базуються на багатьох близьких принципах, основою місцевого управління визнаються представницькі органи, що формуються населенням у результаті вільних та демократичних виборів [7, с. 165].

Система рад принципово відрізняється від розглянутих вище. Вона застосовується в країнах тоталітарного соціалізму. В її основі лежить заперечення принципу поділу влади і проголошення абсолютної

влади представницьких органів (рад) на відповідній території. Рада розглядається як орган державної влади і своєю чергою обирає інший державний орган – виконавчий комітет – колегіальний орган державного управління в такій адміністративно-територіальній одиниці. Усі інші органи розглядаються як похідні від рад. Про це свідчить ст. 3 Конституції Китайської Народної Республіки, відповідно до якої всі державні адміністративні органи, судові органи та органи прокуратури формуються зборами народних представників та несуть відповідальність перед ними. Члени виконкому є керівниками відділів і управлінь і за допомогою підлеглих їм державних службовців керують окремими сферами місцевого життя. У Китаї виконавчими органами місцевих зборів народних представників є місцеві народні уряди, роботою яких управляють губернатори провінцій, голови автономних районів, мери міст, начальники округів та селищні старости. Відповідно до ст. 114 Конституції Куби провінційні і муніципальні асамблеї народної влади формують виконавчі комітети зі своїх членів, які обирають голову, його заступника та секретаря. І хоча ради вважаються повновладними органами, реальна влада належить партійним організаціям. Подібна організація політичної влади до останнього часу існувала і в низці країн Африки [10, с. 304].

Висновки

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що в кожній країні світу через її політичні, культурні та історичні особливості функціонує виборна система місцевого самоврядування, яке своєю чергою являє собою складний механізм поєднання автономії в діяльності та контролю з боку держави. Особливості кожної з систем по-різному визначають роль та місце в ній мера. Але в будь-якому разі така посадова особа є очільником місцевого самоврядування та головним двигуном розвитку території. Зарубіжний досвід є дуже важливим для української системи місцевого самоврядування та слугує підґрунтям для вдосконалення національного законодавства, адже актуальною для України залишається проблема прийняття окремого закону, в якому окреслювалося би не тільки коло повноважень мерів (голів), а й порядок їх здійснення, гарантії діяльності цих осіб, судовий захист їхніх інтересів. Звісно, повністю переносити зарубіжний досвід у національну систему не є цілком доречним, проте ми можемо багато з нього винести і це допоможе нам досконаліше розбудовувати українське самоврядування та на рівні спеціального закону закріпити статус міського голови.

Список використаних джерел:

1. Волков В.Д. Правовий статус мера міста: європейський досвід. *Правничий часопис Донецького університету*. 2013. № 1. С. 29–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pchdu_2013_1_7 (дата звернення 20.04.2020).

2. Бальций Ю.Ю. Правовий статус міського голови в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2006. 220 с.

3. Наулік Н.С. Місцеве самоврядування і управління в зарубіжних країнах. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2010. № 3. С. 69–73. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npnau_2010_3_17 (дата звернення: 20.04.2020).

4. Ганин О.В., Захаров В.В.. Конституционное право зарубежных стран. *Хрестоматия* . Тамбов : Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2006. 192 с.

5. Constitution of 4 October 1958. URL: https://www.refworld.org/docid/3ae6b594b.html (дата звернення: 20.04.2020).

6. Brazil – Constitution. URL: https://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html (дата звернення: 21.04.2020).

7. Стешенко Т.В., Шпак Ю.О. Сучасні моделі місцевого самоврядування. *Актуальні проблеми державного будівництва та місцевого самоврядування в контексті конституційної модернізації*. 2016. № 3. С. 162–170. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/11520 (дата звернення: 20.04.2020).

8. Constitution of the people's republic of China. URL: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/node_2825.htm (дата звернення: 21.04.2020).

9. Cuba Constitution. URL: https://www.servat.unibe.ch/icl/cu00000_.html (дата звернення: 21.04.2020).

10. Костенюк І. Західні моделі місцевого самоврядування: перспективи та обмеження культурних трансферів. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2013. № 1. С. 296–306. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dums_2013_1_39 (дата звернення: 20.04.2020).

The article is devoted to the problem of the status of mayor in foreign countries. The special place of the mayor, as the representative of interests of the inhabitants of the territory, in the system of local government was identified, the concept of "legal status of the mayor" was clarified. It was investigated the basic principles of organization of municipal power in different systems of local government: Anglo-Saxon, Romano-Germanic, Iberian and system of councils. It was investigated differences of the status of the mayor in each of the systems. In particular, the Anglo-Saxon system which is inherent in countries such as the United States, the United Kingdom, Canada, etc. Its system characterized by the autonomous functioning

of the councils without direct subordination to the lower authorities. In this system mayors are elected by different systems: either directly by citizens or by councils. Romano-German system characteristics of France, Italy, Poland, etc. In this system formation of local government bodies happens by election or appointment. In this system, the council and the mayor can be elected by the population: to vote separately for council members, separately – for the mayor. The Iberian system is inherent in Brazil and many Latin American countries. Under the Iberian system population of the administrative-territorial units elect the council and the mayor. The mayor concentrates in his hands the main levers of local leadership and has great power. The system of councils is fundamentally different from others. It is based on the objection to the principle of separation of powers and the proclamation of the absolute power of representative bodies (councils) in the respective territory. As a result, was concluded about the dominant role of the mayor in the system of local government, which in turn is a complex combination of autonomous activity and control by the state. Finally, it is concluded that it is important to borrow foreign experience to improve national legislation. We made a proposal to adopt a separate law in Ukraine that would be broadly regulate the legal status of the mayor.

Key words: mayor, legal status, local government, council, foreign experience.

УДК 352(44)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.31

Антон Чиркін,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри державного будівництва
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Вікторія Кушнір,
студентка III курсу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ФРАНЦІЇ

Стаття присвячена дослідженню питання організації та здійснення місцевого управління у Французькій республіці, задля цього також було розмежовано категорії «модель місцевого самоврядування» та «система місцевого самоврядування», названо їх види в різних країнах. У статті розглянуто характерні риси органів місцевого самоврядування Франції, досліджено особливості формування й функціонування місцевого управління. Описано умови здійснення децентралізації та поступовий характер впровадження змін у систему місцевого управління. Визначено й охарактеризовано органи місцевого самоврядування, що формуються на рівні комун, департаментів і регіонів. Зокрема, зазначено, що найнижчою адміністративно-територіальною одиницею Франції є комуна, а найбільшими територіальними утвореннями Франції, що здійснюють переважно спрямовані на розвиток територій функції, виступають регіони. Досліджено компетенцію муніципальних рад, які є місцевими органами влади комуни, відповідно до положень Загального кодексу адміністративно-територіальних утворень Франції, повноваження муніципальних рад було розділено на декілька груп. На відміну від комуни, на рівні департаменту паралельно працюють два органи влади, а саме генеральна рада та префект.

Визначено правовий статус префекта й досліджено його повноваження, зокрема, щодо здійснення ним контрольних функцій. Приділено значну увагу особливостям управління містами, що мають спеціальний статус. Зокрема, такими містами є Париж, Марсель та Ліон, у яких діє два рівні самоврядування. Окремо розглянуто вплив того, що Париж має статус комуни й департаменту, на повноваження органів місцевого самоврядування. Крім того, зазначено що Франція пройшла поступовий перехід від високого рівня централізації влади до впровадження ефективної системи управління на місцевому рівні з наданням значного обсягу автономії та самостійних повноважень місцевим органам влади. Отже, запропоновано врахувати досвід Франції як позитивний приклад і розглянути питання щодо можливості застосування французького шляху децентралізації влади для подальшого розвитку місцевого самоврядування в Україні.

Ключові слова: департамент, комуна, регіон, префект, децентралізація.

Постановка проблеми. Формування ефективної та дієвої системи місцевого самоврядування є одним із пріоритетних напрямів державної політики практично всіх розвинених країн світу. Принцип місцевого самоврядування встановлений у Всесвітній декларації місцевого самоврядування і в Європейській Хартії місцевого самоврядування. Остання, зокрема, закріплює основні стандарти, вироблені Радою Європи щодо організації та управління на місцях. Франція, приєднавшись до Європейської Хартії, як й інші держави-учасниці, зобов'язана дотримуватися загальноєвропейських стандартів. Проте це не обмежує її право на формування національної моделі самоврядування з урахуванням власних традицій і територіальних особливостей.

Вивченню питання системи органів місцевого самоврядування Франції у своїх роботах приділяли увагу як вітчизняні, так і зарубіжні вчені. Серед них слід назвати таких, як М. Росенко, В. Маклаков, Л. Пустовойт, С. Матей, П. Ворона, О. Лазор, О. Фролов. Питанню зарубіжного досвіду управління містами зі спеціальним статусом присвятили увагу у своїх дослідженнях такі науковці, як В. Куйбіда, М. Росенко.

Метою статті є здійснення правового аналізу процесу децентралізації влади у Французькій республіці, а також вивчення ключових аспектів місцевого самоврядування Франції у теперішній час, зокрема, з урахуванням поділу країни на регіони, департаменти та комуни. Крім того, у статті буде висвітлено особливості місцевого управління у містах Франції зі спеціальним статусом.

© А. Чиркін, 2020

Виклад основного матеріалу. На початку XIX століття розпочалось активне реформування системи місцевого самоврядування Франції, яке тривало протягом останніх двох століть. В результаті проведених реформ відбувся перерозподіл функцій між центральними та місцевими органами влади, було скасовано широкі повноваження префекта, збільшилась автономність місцевої влади й, відповідно, підвищився рівень відповідальності посадових осіб органів місцевого самоврядування. Можна сказати, що Франції вдалося провести ефективну децентралізацію влади й надати автономність своїм провінціям.

Перед установленням особливостей місцевого самоврядування у Франції доцільно розмежувати категорії «модель місцевого самоврядування» та «система місцевого самоврядування», які часто помилко вживаються як синоніми. Проте кожній з цих категорій притаманні власні критерії для типологізації. Так, залежно від характеру взаємовідносин і розподілу компетенцій між центральними (державними) та місцевими органами управління виділяють чотири основні моделі організації місцевого самоврядування, а саме англосаксонську, континентальну, іберійську та радянську моделі.

Враховуючи системно-структурну організацію місцевого самоврядування, порядок формування органів, призначення посадових осіб місцевого самоврядування, принципи взаємовідносин у процесі управління, підзвітності та підконтрольності, можемо виокремити п'ять таких основних організаційних систем місцевого самоврядування:

– сильна рада – слабкий мер;
– слабка рада – сильний мер;
– рада – керуючий;
– система комітетів;
– змішані системи.

Франція слугує яскравим прикладом континентальної моделі місцевого самоврядування, якій притаманні поєднання місцевого самоврядування й місцевих адміністрацій (органів державної влади місцевого рівня), виборності та призначення, обмежена автономія місцевого самоврядування, наявність на місцях спеціальних державних уповноважених, які контролюють органи місцевого самоврядування. Ця модель припускає певне обмеження місцевого самоврядування й забезпечує велику підконтрольність і централізацію системи управління, «французьке місцеве управління <...> завжди характеризувалося твердою ієрархією і підпорядкованістю центральної влади» [1, с. 13].

Сьогодні законодавство Франції повністю регулює всі питання, що стосуються організації та діяльності місцевого самоврядування на всіх рівнях адміністративно-територіального устрою. Місцеве самоврядування Франції регулюється Конституцією Республіки [3], Загальним кодексом адміністративно-територіальних утворень [8], Адміністративним кодексом Франції [4] та Кодексом комун [11].

Фінансова самостійність громад є необхідною передумовою розвитку місцевого самоврядування, тому місцеві органи влади використовують для здійснення своєї діяльності місцеві фінансові ресурси, що формуються за рахунок податків і зборів. Так, як зазначає щодо цього О. Фролов, економічною основою місцевого самоврядування Франції є насамперед комунальна власність, а фінансовою основою – місцеві податки й збори, державні дотації, кредити та субсидії, а також участь органів місцевого самоврядування у фінансово-кредитних відносинах [2, с. 300].

Діяльності територіальних громад присвячений 12 розділ французької Конституції, в якому зазначається, що до територіальних громад Франції належать такі територіальні утворення, як комуни, департаменти та регіони, а також громади з особливим статусом та громади "d'outre-mer", тобто такі, що розташовані за межами країни [3].

Основною територіальною одиницею вважається комуна, яка є найнижчою (базовою) адміністративно-територіальною одиницею Франції (за винятком таких комун, як Париж, Марсель і Ліон). Місцевими органами влади комуни є муніципальні ради. Очолює муніципальну раду мер, який обирається депутатами й виконує подвійну роль: як представник держави і як голова виконавчого органу ради – мерії. Мер представляє інтереси комуни у відносинах з іншими органами та організаціями, а також державою, має право укладати угоди й договори, виконувати делеговані радою повноваження, керувати муніципальними службами, призначати управлінський персонал, видавати дозволи на будівництво тощо. Комуна – це фактично єдине територіальне утворення Франції, де немає окремого самостійного органу державної влади, тобто до повноважень мера належать муніципальні функції та водночас функції державної влади.

У ст. 2121-29 Загального кодексу зазначено, що муніципальна рада регулює справи комуни шляхом обговорення (наради). Будь-яке питання, що належить до компетенції комуни, автоматично має вирішуватися муніципальною радою, якщо законодавство не передає спеціально право на вирішення цього питання меру [4]. Згідно зі ст. 2121-30–2121-35 Загального кодексу

адміністративно-територіальних утворень до компетенції муніципальної ради належать:

– фінансові повноваження, зокрема прийняття бюджету та визначення ставок комунальних податків, вирішення питань про необхідність позик, затвердження звітів про використання бюджетних коштів;

– повноваження у сфері громадських служб, зокрема рада має право створювати або ліквідовувати громадські служби комуни, але є обмеження у самостійності; рада також може надавати допомогу як комунальним, так і приватним підприємствам;

– повноваження щодо майна комуни (майно комуни поділяється на громадське, тобто таке, яке призначене винятково для громадського користування (дороги, кладовища, казарми тощо), та приватне, яким комуна розпоряджається на правах приватного власника (луки, ліси, будинки тощо); громадське майно невідчужуване; рада приймає рішення про купівлю, продаж, оренду майна та про зарахування майна до категорії громадського);

– повноваження у сфері облаштування території та міського будівництва (крім визначення напрямів використання території та принципів міського будівництва, рада має право розробляти й затверджувати міжкомунальні плани облаштування територій, але ця робота має проводитися за участю центральної адміністрації, департаменту, округу, інших комун);

– кадрові повноваження, на виконання яких муніципальна рада уповноважена приймати рішення про створення необхідних посад апарату управління комуною;

– консультативні повноваження (муніципальна рада висловлює свою думку (дає висновок) кожного разу, коли це вимагається законами чи регламентами або коли це вимагається запитом представника держави в департаменті, до якого належить відповідна комуна; якщо вона відмовляється надати висновок, то, згідно зі ст. 2121-29 Загального кодексу, «думкою ради можна знехтувати», тобто рішення може бути прийняте, незважаючи на відсутність висновку) [5, с. 22–25].

Департамент у Франції є другим після комуни рівнем адміністративно-територіального устрою. На відміну від комуни, на його рівні паралельно працюють два органи влади, а саме генеральна рада як орган самоврядування та префект як орган державної влади. Генеральна рада формується на основі загальних прямих і вільних виборів, які організовуються й проводяться у кантонах за мажоритарною системою в два тури. Термін мандата депутата Генеральної ради становить 6 років. Для забезпечення стабільності політики Генеральної ради вибори до неї проводяться кожні три роки, коли обирається одна третина ради.

На рівні департаменту діє місцева державна адміністрація, яку очолює префект. Розглядаючи правовий статус префекта, Ю. Ковбасюк і Л. Пустовойт характеризують його як першу за ієрархією посадову особу департаменту. Так, науковці зазначають, що префект утілює в життя урядову політику, здійснює нагляд за виконанням у департаменті нормативних актів центральної влади, для забезпечення порядку він має право приймати рішення щодо використання поліцейських сил. Отже, префект більше тяжіє до центральної влади, він наділений досить широкими повноваженнями приймати низку рішень, що стосуються здійснення державної політики у відповідному регіоні, проте, з іншого боку, він здійснює реалізацію окремих функцій місцевого самоврядування [6, с. 11].

Після Великої французької революції та періоду громадянської війни задля уникнення можливих негативних процесів у країні питання утворення адміністративно-територіальних одиниць, що є більшими за департамент, взагалі не розглядалось. Проте з розвитком держави й появою проблем регіонального рівня відносно невеликі та малопотужні департаменти перестали відповідати вимогам сучасності як основні територіальні утворення, тому задля забезпечення координації робіт та інтересів комун і департаментів у здійсненні найбільш важливих для регіону спільних проєктів 2 березня 1982 р. у Франції було прийнято Закон «Про децентралізацію» [7], згідно з яким метрополія була поділена на 22 регіони, до складу яких входить по декілька департаментів. Таким чином, регіон став найбільшим територіальним утворенням Франції та переважно здійснює спрямовані на розвиток територій функції, саме у його рамках розробляються найважливіші економічні й соціальні програми розвитку.

Головним представницьким органом регіону є регіональна рада, члени якої обираються шляхом загальних і прямих виборів за пропорційною виборчою системою. Основним нормативно-правовим актом, що здійснює регулювання повноважень регіонів, є Загальний кодекс територіальних громад [8]. Так, у Загальному Кодексі територіальних громад зазначено [8], що регіональна рада вирішує всі питання регіонального значення на своїх зборах. До основних компетенцій регіональних рад належать ухвалення регіонального бюджету, контроль за виконанням регіонального плану розвитку, діяльності регіональних органів і структур.

Рада обирає голову, який одночасно є виконавчою владою регіону. Повноваження голови досить великі, адже він готує проєкти рішень регіональної ради, зокрема проєкт бюджету регіону, скликує раду й головує на її засіданнях, виконує прийняті радою рішення, є розпорядником фінансових ресурсів регіону, керує роботою регіональних служб і є адміністративним головою всього персоналу адміністративних органів регіону, призначає на посади працівників адміністративних служб регіону й накладає адміністративні стягнення. Рішення регіональної ради до вступу їх у законну силу обов'язково подаються комісару республіки. Якщо він вважає таке рішення незаконним за формою чи сутністю, то передає його на розгляд адміністративного суду, який приймає рішення по суті, тобто або визнає його незаконним, або приймає постанову про законність рішення регіональної ради.

Контроль за законністю рішень регіональної ради здійснює регіональний префект. Регіональний префект має не тільки контрольні чи представницькі повноваження, але й достатні компетенції для вирішення питань соціально-економічного розвитку та облаштування території всього регіону. Позитивним моментом організації життя регіону є можливість договірного (узгодженого) розподілу підпорядкованих служб між головою регіональної ради та префектом певного регіону. Це дає змогу запобігти виникненню більшості суперечностей між префектом і головою ради, а також збільшує рівень ефективності їх діяльності за рахунок уникнення дублювання повноважень.

Як зазначає А. Маринів, досвід реформування правового статусу префекта у зв'язку з децентралізацією у Франції може також стати в нагоді в Україні стосовно трансформації чи можливої ліквідації районних та обласних державних адміністрацій, адже у зв'язку з передачею виконавчої влади територіальним спільнотам області та району відповідно актуалізується питання наявності представників держави на відповідних рівнях територіальної організації влади [9, с. 70].

Найбільші міста Франції, а саме Париж, Марсель та Ліон, мають спеціальний статус, встановлений спеціальним Законом від 21 грудня 1982 р. [10]. Ці міста є ще прикладом складної, але врівноваженої системи управління, оскільки у них діє два рівні самоврядування, а саме рівень комуни та рівень міського району. На чолі кожного з цих рівнів стоять власний мер та власна рада. Статус і повноваження цих органів та контроль за їхньою діяльністю переважно такий самий, як і для інших комун, але з деякими відмінностями. Ради цих міст є більш численними, ніж ради в інших містах. Вони збираються за секторами, до яких входить один чи декілька районів міста.

Місто Париж має подвійний статус, а саме комуни й департаменту. Це передбачає представництво в місті як інтересів держави, так й інтересів громади (комуни), які зосереджені в рамках одного органу та однієї посадової особи, а саме Ради Парижа та мера. Мер є головою виконавчої влади, тобто представником центральної адміністрації, проте в нього менші повноваження, ніж в інших мерів комун, оскільки він позбавлений функцій поліцейського характеру, які покладаються на префекта поліції Парижу. На префекта департаменту Парижу покладаються функції контролю за законністю актів Ради Парижу [11, с. 41–42].

Розглядаючи органи місцевого самоврядування Франції, маємо зазначити, що значна кількість науковців вважає досвід Франції у сфері місцевого управління корисним для України, адже влада Франції не пішла шляхом примусового скорочення кількості комун, а створила всі необхідні умови для добровільності таких процесів і всебічно сприяла їх об'єднанню задля організації ефективного управління. Позитивним також є те, що реформування місцевої влади у Франції відбувалось поступово й комплексно під контролем держави. Зменшення повноважень місцевої державної адміністрації супроводжувалось ростом компетенції місцевого самоврядування й збільшенням обсягу фінансових ресурсів, якими володіють комуни.

Висновки

Дослідження моделі місцевого самоврядування Французької Республіки дає змогу дійти висновку, що ще не так давно Франція була однією з найбільш централізованих країн Європи. Це проявлялось у високому ступені вручання в діяльність місцевих органів з боку державної влади, постійному здійсненні адміністративного контролю над функціонуванням місцевого самоврядування та в застосуванні широкого кола засобів впливу на рішення, що приймаються на місцевому рівні. Реформи, які Франція розпочала активно здійснювати у період 80-х рр. минулого століття, привели не тільки до збалансованого функціонування місцевих органів влади та зменшення контролю над місцевими проблемами з боку центру, але й до підвищення рівня участі населення у житті своїх регіонів, адже позитивним є те, що держава дослуховується до думки представників громадськості на місцях, їй вдалося досягнути єдиної точки зору між центральними органами влади Франції, керівниками

місцевих органів влади й науковцями щодо оптимальної моделі здійснення децентралізації влади, а найголовнішим є те, що реформи втілювали в життя поступово й комплексно, намагаючись мінімізувати негативні явища, які супроводжують будь-які зміни в організації державної та місцевої влади.

Список використаних джерел:

1. Маклаков В. Избирательное право современной Франции / сб. переводов. Москва : ИНИОН РАН, 2011. 176 с.

2. Фролов О. Державна підтримка і гарантування місцевого самоврядування: досвід Німеччини та Франції. *Право України*. 2011. № 2. С. 299–306.

3. Конституція Французької Республіки / пер. з фр. В. Шаповал. Київ : Москаленко О.М., 2018. 56 с.

4. Адміністративний кодекс Франції // Закони про місцеве самоврядування / пер. з фр. Київ : ПСП, 1995.

5. Лазор О., Кохалик Х. Організація та функціонування представницьких органів місцевого самоврядування в зарубіжних країнах : наукова розробка. Київ : НАДУ, 2009. 44 с.

6. Пустовойт Л. Система державного управління Республіки Франція: досвід для України / за заг. ред. Ю. Ковбасюка. Київ : НАДУ, 2010. 56 с.

7. Loi № 82 – 213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des regions. URL: http://www.senat.fr/actu/82-213.html (дата звернення: 01.05.2020).

8. Code général des collectivités territoriales. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/ affichCode.o?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=29990101 (дата звернення: 02.05.2020).

9. Маринів А. Реформування місцевого самоврядування та децентралізація у Франції у 80-х рр. XX ст. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2017. Вип. 5. Т. 1. С. 68–73.

10. Loi № 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions URL: http://www.senat.fr/actu/82-213.html (дата звернення: 04.05.2020).

11. Росенко М. Організація влади у містах зі спеціальним статусом (на прикладі м. Севастополь) : дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.02 ; Львівський регіональний інститут державного управління Національної академії державного управління при Президентові України. Львів, 2007. 191 с.

12. Code des lois sur l'administration municipale de France. URL: http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/municipales2008/competencesobligationsmaires.html (дата звернення: 01.05.2020).

The article is devoted to the research of issues related to certain aspects of local government in France, for this purpose also divided the categories "model of local government" and "system of local government" and named their types in different countries. It is determined that administrative-territorial reform and local self-government reforms are impossible without taking into account the views of civil society. The structure of local government bodies is determined. Along with this, the author identifies and describes local government level communes, departments and regions. The system of principles of the constitutional and legal status of the territorial communities in France has been disclosed. The attention has been drawn to the distinction between different levels of administrative and territorial units after decentralization process of local authorities in the country. The legal framework related to the topic of the article is analyzed. It is based on the Constitution of France and relevant legal acts – Administrative Code of French republic and Act № 82-213 of 2 March 1982.

The article describes in detail the issue of competence of the municipal councils, which are the local authorities of the commune. The article highlights features legal status of the prefect and his powers are considered. The powers of local authorities are considered, features of work of self-governing organs of France and on the basis of it certainly perspective directions of activity of Ukraine in relation to introduction of the European standards of regional development. The French experience may also be useful in Ukrainian realities in conjunction with the voluntary association of territorial communities Particular attention is paid to the French experience of organization management of the cities with special status, the special features of different managerial methods of public authorities located in such cities with special status are researched. In the conclusions of this research, the author notes that the incremental decentralization of responsibilities to local governments needs to be accompanied by a decentralization of capacities and resources.

Key words: local government, communes, departments, regions, municipal council.

УДК 340.132.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.32

Валерія Антошкіна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри галузевих юридичних дисциплін
Бердянського університету менеджменту і бізнесу

СПОСОБИ ТЛУМАЧЕННЯ ПРАВА ТА ЇХНЯ РОЛЬ У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ

Дана стаття присвячена проблемам тлумачення в праві, включаючи методи тлумачення. Загальний характер правил, неможливість конкретизувати їх стосовно конкретної життєвої ситуації є об'єктивною причиною тлумачення. Питання про те, як тлумачити право, є важливими у доктрині тлумачення. Способи тлумачення дають нам уявлення про механізм та інструменти такої діяльності. Під методом тлумачення в юридичній літературі розуміють конкретні прийоми та знання правил, необхідних для уточнення тлумачення предмета реального змісту правових норм. Слід зазначити, що серед учених досі не вироблений єдиний підхід до визначення конкретних методів і правил, що роз'яснюють закон, їх об'єднання в способах тлумачення. Автор статті розглядає граматичну, логічну, систематичну, історичну інтерпретацію та їх застосування у праві. Граматичний спосіб (словесний, філологічний, буквальний, лексичний – варіанти назви) найпоширеніший. Логічне тлумачення – тлумачення правового акта та його змісту з використанням законів логіки. Існує й системне заздалегідь визначене систематичне тлумачення права. Тлумачення окремих актів у законі, включаючи договори, укладені тими самими засобами. У разі використання систематичного тлумачення слід враховувати інші частини договору з положеннями закону та використання історичних документів сторін до його укладення. Отже, компетентні органи, які здійснюють правоохоронну діяльність, не мають права відмовляти у спорі через законодавчий стандарт незрозумілості. Чітко визначених правил у цих методів немає. Вони можуть бути використані одночасно або можуть бути вибрані для одного або декількох індивідуальних розсудів, залежно від можливості досягнення об'єктивної інтерпретації. Таким чином, якщо граматична та логічна інтерпретація відштовхується від самих текстів, то систематичні та історичні методи спираються на зовнішні для них елементи. Правозастосування не усієї гами призводить до одностороннього застосування закону. Інтерпретація базується на умові, що система права повинна бути вільною від суперечностей, і кожне положення повинно відповідати всій системі.

Ключові слова: граматичний, логічний, систематичний, історичний метод тлумачення права, громадський порядок.

Постановка проблеми. Необхідність тлумачення спричинена багатьма факторами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. При цьому можна стверджувати, що необхідність тлумачення зумовлена не тільки і не стільки технічною недосконалістю зовнішньої форми частини правових норм (їх незрозумілістю, неоднозначністю), а й випливає із суті правореалізації, оскільки в самій природі правової норми закладена необхідність її інтерпретації. Тлумачення не стільки їх розуміння і роз'яснення як таких, скільки інтерпретація з точки зору дихотомії «право-факт», тобто є потреба юридичної оцінки конкретних фактичних випадків [1, с. 9].

Загальний характер правової норми, а отже, неможливість вказати в ній абсолютно всі конкретні життєві ситуації, є об'єктивною причиною тлумачення. Відповідно до закону загальної ентропії будь-яка передача інформації пов'язана з втратою її певної частини, тому інформація кодується з певним запасом – її носій є більш об'ємним, ніж обсяг переданої інформації. Законодавець же, навпаки, враховуючи потреби практики, повинен створити максимально стислий нормативний текст, що, у свою чергу, викликає необхідність у роз'ясненні, «розшифровці».

Також тлумачення майже завжди вимагають такі оціночні поняття, які широко застосовують у понятійному апараті юридичних норм: «підстави, що не суперечать моральним засадам суспільства» (ст. 3 Сімейного кодексу (далі – СК), «аморальна поведінка нареченого, нареченої» (ст. 31 СК), «важка хвороба або хвороба, небезпечна для другого з подружжя і (або) їхніх нащадків» (ст. 41 СК), «додаткові витрати на дитину» (ст. 185 СК) або слова «та т. д.», « і т. п.», «інші» [2, с. 450-451].

© В. Антошкіна, 2020

Отже, враховуючи зазначене, можемо стверджувати, що тлумачення – доволі складний процес, результатом якого може бути як правильне розуміння правової норми, так і помилкове, що викривляє її зміст та породжує помилки.

Дана тема набуває ще більшої важливості у зв'язку з діяльністю державних органів і посадових осіб із застосування норм права до конкретних життєвих відносин. Це підтверджує неоднорідність сучасної правозастосовної практики, насамперед судової. Причинами такої ситуації нерідко називають недосконалість чинного законодавства. Разом із тим більш глибокий аналіз цієї проблематики свідчить про наявність скоріше істотних проблем у тлумаченні закону, ніж про його прогалини і суперечливості. Своєю чергою, виникають питання до правозастосовувачів, що втратили за останнє сторіччя «почуття права», що зрештою і призвело до «механізації» судової практики, домінуванню буквального тлумачення над усіма іншими видами тлумачення. Така ситуація не може бути визнана задовільною, і тому необхідним є дослідження всіх способів і методів тлумачення, які можуть бути використані в практиці для приведення її до певної однаковості, що зумовлює актуальність даного дослідження [3, с. 92-93].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблеми тлумачення становили певний інтерес для вчених в усі періоди розвитку правової доктрини. Першою масштабною і завершеною роботою в цій сфері на наших теренах по праву вважається монографія Є. В. Васьковського. Серед радянських вчених, що займалися даною проблематикою, можна відзначити таких, як: Ю. Г. Ткаченко, А. С. Шляпочников, Н. Н. Вопленко, А. С. Пиголкин, А. Ф. Черданцев, Н. Л. Гранат. Особливо в останні десятиліття долучилися до розробки проблем інтерпретаційної діяльності такі українські правознавці, як: Ю. Л. Власов, В. В. Гончаров, В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, В. Я. Карабань, Ю. М. Тодика. Разом із тим, залишаються питання у вченні про тлумачення, які дотепер не знайшли свого остаточного вирішення.

Мета статті. Одним із таких є способи тлумачення права, важливість яких важко переоцінити, оскільки вони дають нам уявлення про механізм і інструментарій право інтерпретаційної діяльності. Саме тому метою цієї роботи є дослідження вказаних питань.

Виклад основного матеріалу. Під способом тлумачення в правовій літературі розуміють об'єднані за визначеними підставами і наявністю спільних рис у відносно виділену сукупність конкретні прийоми і правила пізнання, необхідні суб'єкту тлумачення для з'ясування дійсного змісту правової норми.

Джерелом формування принципів, прийомів і правил тлумачення, використовуваних в національному праві, були загальні правила, більшість з яких застосовувалися ще в Стародавньому Римі [4, с. 23]. Серед таких правил, наприклад, правило розумної норми, яке передбачає, що право продиктовано розумом, а результат тлумачення не повинний бути безглуздим і даремним, оскільки сам закон не говорить про це.

У німецькій теорії права виділяються чотири класичних методи тлумачення права. Критеріями для інтерпретації виступають: текст, історія створення закону, його система та переслідувані їм цілі. Результат залежить і від історії закону, його контексту, переслідуваних законом цілей та інших факторів, для чого потрібне використання всіх доступних методів і джерел.

Варто зазначити, що вченими дотепер не вироблено єдиного, усталеного підходу до визначення конкретних прийомів і правил з'ясування змісту норм права та їх об'єднання в способи тлумачення.

На думку Є. В. Васьковського, найбільш детальна класифікація способів тлумачення належить Е. М. Форстеру, який, окрім граматичного, розрізняв також цілий ряд способів залежно від того, які знання застосовуються в процесі тлумачення. Автор виділяв такі способи і, відповідно, види тлумачення, як діалектичне, риторичне, історичне, етико-політичне, поетичне, арифметичне, геометричне, фізико-медичне, та інші види [5, с. 95-96]. Сам Е. В. Васьковський окремі способи тлумачення (інструментальний підхід) пов'язував з метою. Вченим були сформульовані такі правила тлумачення: кому заборонена ціль, тому заборонена і дія, яка веде до цієї мети; кому заборонені дії, тому заборонена і ціль, до якої вони ведуть, якщо її не можна досягти іншими діями; хто правомірний до мети, той правомочний і до дії, яка веде до цієї мети, якщо вона не може бути досягнута іншими діями; хто правомірний до відомої дії, той правомочний і до мети, яка досягається цією дією.

Натомість Н. Н. Вопленко виділяє як основні способи тлумачення права: філологічний, систематичний, історико-політичний, логічний і спеціально-юридичний [6, с. 28]. А. Ф. Черданцев пропонує п'ять способів тлумачення: мовний, логічний, систематичний, історичний і функціональний [7, с. 35-117]. С. С. Алексєєв виокремлює: граматичний, логічний, спеціально-юридичний, система-

тичний та історичний спосіб тлумачення [8, с. 131]. Ю. Л. Власов відстоює точку зору, з якою можемо погодитися, що для остаточного визначення даного питання необхідно виходити із завдань та об'єкта тлумачення, і, відповідно, пропонує визначати такі способи, які тією чи іншою мірою містять у собі всі перераховані вище: граматичний, логічний, системний і історичний [9, с. 35].

Проаналізуємо окремо кожний з них.

Граматичний спосіб (мовний, словесний, філологічний, буквальний, лексичний – варіанти назви) [10, с. 133] найбільш поширений. Він заснований на знанні мови, використанні правил застосування слів, морфології та синтаксису. Сутність його полягає у з'ясуванні лексичного значення окремих правових термінів і словосполучень, а також синтаксичному аналізі словосполучень та речень. Граматичне тлумачення відбувається за встановленими правилами, які дозволяють з'ясувати значення окремих слів і термінів, потім речень, а потім і правової норми в цілому. Коли суб'єкт тлумачення з'ясовує зміст речення, велика увага приділяється розділовим знакам, вступним словам, сполучникам [11, с. 452-453].

Недостатнє знання правил граматики, неправильна їх інтерпретація призводять до неточного розуміння змісту норми, а отже, і до її порушення в процесі реалізації. Особлива увага приділяється значенню окремих термінів. Так, у законодавчих актах термінам, які мають загальноприйняте значення, надається особливий сенс. Якщо законодавець в самому акті не надав роз'яснення терміна або воно не з'ясовано, то використовується його значення, яке він має в науці і практиці. Також певні проблеми можуть виникати у застосуванні спеціальних термінів із різних галузей науки та практики. Так, із застосуванням даного методу може бути витлумачено поняття, закріплене в Сімейному кодексі (далі – СК), – «особиста приватна власність дружини, чоловіка», яке не знаходить свого відображення ні в Конституції України, ні в Цивільному кодексі України (далі – ЦК). Шляхом тлумачення з'ясовуємо, що в даному випадку має місце некоректне застосування термінології, оскільки поняття «особиста власність» було характерно для радянського законодавства. У сучасному цивільному праві застосовується термін «приватна власність», а тому правильніше у зазначеній нормі застосувати терміни «роздільна приватна власність» і «роздільне майно» [12, с. 93].

Як приклад граматичного тлумачення можна навести норму ч. 2 ст. 36 ЦКУ, згідно з якою суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою смію, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Оскільки законодавець у цій нормі при перерахуванні випадків ставить коми, то для обмеження дієздатності досить одного з трьох перерахованих випадків.

Граматичне тлумачення застосовне і до ст. 39 ЦК, коли йдеться про визнання фізичної особи судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Оскільки законодавець використовує тут розділовий сполучник «або», то для визнання недієздатності досить одного з двох наслідків: або не усвідомлення своїх дій, або нездатності керувати ними.

Також як приклад мовного способу тлумачення може виступати й офіційне тлумачення поняття «щомісячне довічне грошове утримання», що міститься у підпункті «е» пп. 165.1.1 п. 165.1 ст. 165 Податкового кодексу України, яке визначене Конституційним Судом України за поданням Верховного Суду України як «неоподаткована грошова виплата як судді, який, маючи право на відставку, продовжує працювати на посаді судді та одержує її з Державного бюджету України у вигляді щомісячного грошового утримання, що є складовою правового статусу судді і однією з гарантій його незалежності, так і судді у відставці, який одержує таку виплату з Пенсійного фонду України за рахунок коштів Державного бюджету України» [13, с. 16.].

Логічне тлумачення – це тлумачення правового акта за його змістом з використанням законів логіки. Саме за допомогою зазначеного способу встановлюється весь обсяг змісту норми, усуваються наявні в ній неясності. Якщо у разі граматичного тлумачення стоїть завдання з'ясувати буквальний сенс того, що закріплено безпосередньо в тексті, то логічне має на меті за допомогою правил формальної логіки виявити те, що законодавець хотів виразити в тексті закону, але не висловив. За допомогою логічних операцій, які включають аналіз і синтез, побудову силогізму (логічного умовиводу, який складається з двох посилок і висновку), з нормативних приписів, «розкиданих» по тексту законодавчого акта, формулюється норма права, яка підлягає тлумаченню [14, с. 407].

Логічний спосіб тлумачення полягає у використанні законів і правил формальної та діалектичної логіки у процесі пізнання

змісту правової норми на базі самої норми без звернення до інших способів тлумачення. Логічні закони, принципи та категорії використовуються самостійно, поряд із засобами лінгвістичного аналізу тексту закону [15, с. 3].

Правова наука виділяє низку прийомів логічного тлумачення норм права. Один із них – логічне перетворення. Необхідність застосування логічних перетворень походить з особливостей мовного формулювання норм права. Формулювання норми права у вигляді граматичного речення здебільшого не відповідає повністю нормі права, яка ним передбачена. Така невідповідність може полягати, наприклад, у тому, що суб'єкт норми права не збігається з підметом речення або граматична форма речення, яке містить норму права, неточно виражає кількісний бік цієї норми.

Конкретні логічні прийоми (висновки з норм, проста дедукція, висновки a fortiori (умовиводи ступеня), висновки з понять, висновки за аналогією, висновки від протилежного, доведення до абсурду) і численні приклади їх застосування можемо знайти в юридичній літературі. Зокрема, використання прийому висновку ступеня щодо тлумачення ч. 1 ст. 231 Господарського Кодексу («законом щодо окремих видів зобов'язань може бути визначений розмір штрафних санкцій, зміна якого за погодженням сторін не допускається»). Постало запитання про те, чи можна в господарському договорі встановити умову, якою б виключалося застосування штрафних санкцій, встановлених законом стосовно даного виду зобов'язань. Автор зазначає, що якщо тлумачити суто формально, то дійдемо висновку про можливість включення в текст договору такої умови. Але якщо застосовувати логічне тлумачення, то зробимо висновок: якщо забороняється змінювати в господарському договорі розмір штрафних санкцій, встановлених законом, то тим більше забороняється встановлювати в господарському договорі умови, що виключають застосування штрафних санкцій, встановлених законом щодо даного виду зобов'язань. Разом із тим така умова у разі включення в договір не є нікчемною, а оспорюваною [16].

Як ще один приклад логічного способу тлумачення можна навести тлумачення норми ст. 1166 ЦК, яка встановлює, що майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. При цьому виникає питання: чи слід під особою, що заподіяла шкоду, розуміти тільки фізичних осіб, юридичні особи або ж й інших суб'єктів цивільного права. Якщо звернутися до ст. 2 ЦК, учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Це також можна обґрунтовувати тим, що в розділі 2 ЦК три підрозділи носять аналогічну назву. За цією ж підставою можна тлумачити і норми ст. 1190 ЦК, яка встановлює, що особи спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоди, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим, – стаття застосовується не лише до юридичних осіб, але і до будь-яких інших суб'єктів цивільного права.

Існування системного тлумачення зумовлюється системністю права. Норми права не існують незалежно одна від одної, а тому для глибокого і повного з'ясування змісту норми не досить її внутрішнього аналізу, а потрібно дослідження її змісту, її зв'язків з іншими нормами.

Під системним способом тлумачення розуміють діяльність, що здійснюється суб'єктами, яка полягає в зіставленні норм з метою встановлення їх змісту та точного застосування, заснована на використанні ряду прийомів системного способу тлумачення.

Використання даного способу тлумачення характеризується застосуванням таких прийомів, як: встановлення місця норми права в системі права, встановлення інших норм, які співвідносяться з нормою, що підлягає тлумаченню, на підставі різних взаємозв'язків і залежностей, встановлення ієрархічного становища двох або більше юридичних приписів залежно від їх приналежності до вищестоящих чи нижчестоящих юридичних актів; зіставлення норм вже після того, як визначено їх підпорядкування, виявлено їх відношення до близьких за змістом правових інститутів, встановлення особливостей спільного застосування двох і більше правових норм [17, с. 58-62].

Завдяки системному способу можна виявити юридичну силу правової норми, сферу її дії. Найчастіше сам текст нормативного акта містить підстави для системного тлумачення. До нього, зокрема, доводиться вдаватися під час реалізації бланкетних і відсильних норм.

Так, ст. 65 СК щодо розпорядження спільним майном подружжя сформульована занадто широко і викликає певні складнощі під час реалізації, оскільки під розпорядженням майном розуміють не тільки випадки придбання, але і відчуження майна одним із

подружжя. Також у ст. 177 ГК зазначається, що об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші, які підпадають під поняття «майно». Отже, застосовуючи системне тлумачення, можемо зробити висновок, що взаємна згода подружжя необхідна і при розпорядженні загальними грошовими коштами [18, с. 225].

Таким саме чином тлумачимо і ч. 2 ст. 296 КК України. У даній статті йдеться про «ті самі дії, вчинені групою осіб». Які ж це «ті самі дії»? Звертаючись до ч. 1 цієї ж статті КК України, знайдемо вказівку на хуліганство, тобто грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом. З метою відокремити хуліганство, яке карається в кримінальному порядку, від дрібного хуліганства, яке карається в адміністративному порядку, слід зіставити ст. 296 КК України і Постанову Пленуму Верховного Суду України «Про посилення відповідальності за хуліганство», яка визначає дії, що становлять дрібне хуліганство. Щоб з'ясувати зміст ст. 296 КК України стосовно суб'єкта хуліганства, необхідно звернутись до ст. 22 КК України. Там зазначено, що суб'єктом хуліганства є особа, яка досягла 14-ти років [19, с. 84].

Також можемо навести один із випадків системного тлумачення положень законів органом конституційної юрисдикції України. Зокрема, розглядаючи справу щодо офіційного тлумачення положень статей 38, 78 Конституції України, статей 1, 10, 12, ч.2 ст. 49 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», Конституційний суд у рішенні від 06 липня 1999 року № 7-рп/99 (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови) аргументував свою позицію, виходячи із системних зв'язків правових норм: генетичних, структурних, координаційних, функціональних, семантичних – та дійшов висновку, що «сільський, селищний, міський голова є головною посадовою особою громади із представницьким мандатом». Отже, суміщення посад суперечить Конституції України [20, с. 46].

Дослідження волі законодавця, правової системи і норм у розрізі їх генетичного розвитку має важливе значення для з'ясування дійсного змісту норми права і зумовлює існування історичного способу тлумачення [21, с. 81].

З метою правильного розкриття змісту норми доцільно ознайомитися з історією виникнення законодавчого акта. Для цього підлягають аналізу тексти нормативно-правових актів, що втратили силу, але регулювали схожі відносини, матеріали підготовки та прийняття актів. Це дозволяє порівняти чинні та скасовані норми, визначити мету, обставини, причини, які зумовили прийняття певного припису. Наприклад, у ст. 421 ЦК РРФСР 1922 р. вживається термін «предмет розкоші». Зміст цього терміна зазнав серйозних змін у зв'язку зі зростанням матеріального добробуту людей, і тому тепер він тлумачиться трохи інакше, ніж у 20-ті рр. минулого сторіччя, коли був прийнятий Цивільний кодекс.

Що стосується тлумачення індивідуальних актів у праві, зокрема договорів, то до них можемо застосовувати вищезазначені способи з урахуванням того, що у разі використання системного тлумачення буде враховуватися текст інших розділів договору, окрім норм законодавства, а у разі використання історичного – документи сторін, що передували його укладанню.

Висновки

Отже, відповідні компетентні органи, які здійснюють правозастосовну діяльність, не мають права відмовити у вирішенні спору через незрозумілість правової норми, що підлягає застосуванню. З метою уникнення неправильного застосування необхідно насамперед встановити зміст норми, для чого використовувати всі відомі способи і прийоми тлумачення до повного з'ясування дійсного змісту норми. Немає чітко визначених правил використання зазначених методів. Вони можуть використовуватися суб'єктом тлумачення всі одночасно, або може бути вибраний один або кілька на розсуд особи, залежно від можливості досягнення мети тлумачення. При цьому якщо граматичне і логічне тлумачення відштовхуються від самих текстів, то системний і історичний способи спираються на елементи зовнішні до них.

Відмова правозастосовувача від використання всього арсеналу призводить до однобокості в застосуванні норм закону. Тлумачення ґрунтується на тезі, що система норм права повинна бути вільною від протиріч і кожна норма повинна гармоніювати з усією системою. Тому в рамках даної тези потрібно вибрати той варіант тлумачення, при якому правова норма буде найкраще гармоніювати з іншими нормами.

Список використаних джерел:

1. Смирнов А.В., Манукян А.Г. Толкование норм права : учебно-практическое пособие. Москва : Проспект, 2008. 177 с.

2. Венгеров А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. 3-е изд. Москва : Юриспруденция, 2000. 528с.

3. Личман Л. Толкование норм гражданского законодательства: теория и практика. Legea Si Viata. 2014. August. С. 92-95.

4. Перетерский И. С. Толкование международных договоров. Москва : Госюриздат, 1959. 172 с.

5. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология. Ч. 1. *Учение о толковании и применении гражданских законов*. Москва : Центр ЮрИнфоР, 2002. 508 с.

6. Вопленко Н. Н. Толкование права. Волгоград : Изд-во Волгоградского госуниверситета, 2007. 126 с .

7. Черданцев А.Ф. Толкование советского права. Москва, 1979. 168 с.

8. Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. Москва: Устав 1999. 712 с.

9. Власов Ю.Л. Проблеми тлумачення норм права : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім.. В.М. Корецького НАН України, 2001. 180 с.

10. Тодика Ю.М. Тлумачення законів і Конституції України: теорія і практика : монографія. Харків : Факт, 2001. 328 с.

11. Абдулаєв М.И. Теория государства и права : учебник для высших учебных заведений. 3-е изд., доп. и перераб. Москва : ЗАО «Издательство «Экономика», 2006. 410 с.

12. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю.С. Червоного. Київ : Істина, 2003. 215 с.

13. Баїк О.І. До питання тлумачення податково-правових норм. *Интернаука. Серия: «Юридические науки»*. 2018. № 2(7). С. 13-20. С. 16.

14. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. / пер. з рос. Харків: Консум, 2006. 688с.

15. Чулінда Л.Г. Застосування юридико-лінгвістичного та логічного способів тлумачення нормативно-правових актів. *Законодавство України*. 2005. № 2. С. 3-8.

16. Саміло Г. О. Проблеми тлумачення правових норм : навч.-метод. посібник. Запоріжжя: ЗНТУ, 2017. URL: http://eir.zntu.edu.ua/bitstream/123456789/2670/1/Samilo_Problems_of_interpretation.pdf (дата звернення: 16.01.2020).

17. Толстик В.А., Дворников Н.Л., Каргин К.В. Системное толкование норм права. Москва : ИД «Юриспруденция», 2010. 136 с.

18. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. Харків : Ксилон, 2008. 855 с.

19. Косцова І.П. Системне тлумачення норм права : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Івано-Франківськ, 2016. 218 с.

20. Євграфова Є. Доктринальне тлумачення норм права (законів): природа і здійснення. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 2. С. 40-51.

21. Власов Ю.Л. Проблеми тлумачення норм права : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. 180 с.

This article is devoted to problems of interpretation in law, including methods of interpretation. The general nature of rules, inability to specify it absolutely all specific life situation is an objective reason for interpretation. The question of how to interpret law is important in the doctrine of interpretation. They give us an idea of the mechanism and tools for such activities. Under the method of interpretation in legal literature understand specific techniques and knowledge of the rules necessary to clarify the interpretation of the subject real content of legal norms. It should be noted that among the scientists are still not developed a common approach to determining the specific methods and rules clarify the law, their union in ways of interpretation. The author of the article considers the grammatical, logical, systematic, historical interpretation and their application in law. The grammatical way (verbal, philology, literal, the lexical - variants of the name) the most common. The logical interpretation - an interpretation of a legal act on its contents using the laws of logic. The existence of systemic predetermined systematic interpretation of law. Interpretation of the individual acts in law, including contracts made by the same means. When using systematic interpretation be accounted into other parts of the contract, with the provisions of the law, and the use of historical - documents the parties prior to its conclusion. Consequently the competent authorities that carry out law enforcement activities is not entitled to refuse the dispute through obscurity legal standard. There are no clearly defined rules of these methods. They can be used all at once or can be selected for one or more individual discretion, depending on the possibility of achieving the objective interpretation. Thus if the grammatical and logical interpretation repelled from the texts themselves, the systematic and historical methods rely on elements external to them. Disclaimer enforcer of the whole gamut resulting in a one-sided application of the law. The interpretation is based on the premise that the system of law should be free from contradictions and each provision should be in harmony with the whole system.

Key words: grammatical, logical, systematic, historical method of interpretation of law, public order.

УДК 34.03
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.33

Марта Генюк,
студентка факультету адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПОНЯТТЯ «ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ» У ЮРИДИЧНІЙ ДОКТРИНІ

Стаття присвячена дослідженню сутності поняття «зловживання правом» шляхом аналізу праць фахівців, юристів та науковців. Важливим етапом дослідження було визначення ознак поняття «зловживання правом2 шляхом опрацювання робіт вчених для більш точного розуміння цього явища. Проаналізовано роль зловживання в суспільному житті та його вплив на право як регулятор суспільних відносин. У статті розглядаються різні підходи до розуміння зловживання правом, а також виокремлюється основний, що діє до сьогодні.

Слід зазначити, що межа між правомірним користуванням правом і зловживанням є умовною. Деякі науковці зауважують, що зловживання правом взагалі не існує, інші вважають дане явище правопорушенням, а на думку третіх – той, хто користується своїм правом, вчиняє законне діяння, а якщо він вчинив незаконні дії, то це означає, що він вийшов за межі свого права. Одна і та ж дія не може бути одночасно законною та незаконною. Отже,, право закінчується там, де починається зловживання правом.

Для того, щоб краще зрозуміти дане поняття, було визначено основні риси зловживання правом. Зокрема, можна виділити такі: обов'язкова наявність суб'єктивного права та його реалізація, адже, не маючи права та не користуючись ним, не можливо ним зловживати. Ще однією необхідною рисою є відсутність порушення конкретних правових норм, а також відсутність настання юридичної відповідальності.

У ході дослідження було виділено багато підходів до розуміння поняття «зловживання правом», які умовно можна поділити на три напрями. Деякі науковці пов'язують зловживання правом з моральною стороною. Вони вбачають сутність цього явища саме в аморальності діяння та пов'язують зловживання правом зі здійсненням суб'єктивного права не з доброю совістю. Наступний напрям полягає в тлумаченні цієї проблеми як реалізації права всупереч його призначенню, але така діяльність може здійснюватися у визначених законом межах. Однак існує ще третій підхід, прибічники якого стверджують, що зловживання правом є особливим типом правопорушення та виходить за межі закону.

Автор підсумовує, що зловживання правом є складною й неоднозначною категорією. Формальна ознака протиправності зловживання правом відсутня, але це явище є відхиленням правомірної поведінки, яка може знаходитися на межі між правомірністю та правопорушенням.

Ключові слова: правопорушення, суспільство, здійснення суб'єктивного права, поведінка, межі.

Постановка проблеми. В умовах державного будівництва та здійснення ефективних політичних, економічних, правових та інших реформ гостро постають питання боротьби з корупцією, організованою злочинністю та іншими видами правових відхилень, до яких належить і зловживання правом. Суспільна небезпека зловживання правом полягає в тому, що створюються сприятливі умови для формування та вдосконалення стійких корупційних схем у різноманітних сферах діяльності держави і суспільства в поєднанні з іншими правовими відхиленнями. Зловживання правом важко виявити, вони менш помітні, завуальовані. У багатьох випадках такі дії вчиняються системно професійними службовцями з використанням ними не тільки своїх суб'єктивних прав, а й службових повноважень. Суспільна небезпека таких правових відхилень полягає ще й у тому, що багато з них переростають у конкретні види правопорушень, у тому числі тяжкі злочини. Тому необхідність подальших наукових досліджень категорії «зловживання правом», як і проблем запобігання йому в умовах повсякденного життя суспільства і держави, є очевидною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню зловживання права приділяли увагу науковці всіх країн від початку становлення права та закріплення його законодавчо. Проблематику даного явища досліджували такі фахівці як О. Вдовичен, Ю. Семеній, Г. Онищенко, Аль Шатибі, А. Шабуров, О. Малиновський, В. Гойман, М. Бару, Р. Ісмагілов, С. Зайцева, І. Покровський, М. Агарков, В. Грібанов, Н. Малеїн, В. Ємельянов, О. Поротікова, Т. Яценко, Д. Бакаєв, Т. Боднар, О. Вдовичен, В. Грибанов, В. Рєзнікова, О. Скакун, М. Хміль, Г. Чувакова.

© М. Генюк, 2020

Метою статті є дослідження поняття «зловживання правом» у працях фахівців, визначення ознак і суті даного питання, а також аналіз наявних наукових підходів щодо запропонованих варіантів розуміння зловживання правом, визначення його місця серед інших видів правової поведінки.

Виклад основного матеріалу. Із виникненням суспільства з'явилася потреба визначення та законодавчого закріплення можливостей людей. Потрібно було визначити і закріпити таку поведінку, яка б не завдавала шкоди інтересам інших громадян і при цьому забезпечувала природні потреби кожного, незалежно від віку, статі, раси чи стану здоров'я.

Увесь час люди боролися за власні права та свободи, за повагу до себе та демократичне суспільство в цілому, розробляли методи боротьби та попередження злочинів. Коли дана мета була досягнута, права й основоположні свободи були офіційно закріплені, а їх забезпечення стало гарантуватися державою, з'явилася нова проблема – зловживання правом.

Зловживання правом у сучасному світі є величезною проблемою, яка ставить під загрозу існування права як регулятора суспільних відносин. Проблема зловживання правом, як і проблема кваліфікації поведінки, є однією з найактуальніших не лише в епоху сучасності й не тільки в нашій державі.

О. Вдовиченим обґрунтовується висновок, що зловживання правом передбачає такі риси: 1) наявність в особи суб'єктивних прав; 2) діяльність щодо реалізації цих прав; 3) використання прав усупереч їх соціальному призначенню або заподіяння цим шкоди суспільним або особистим інтересам; 4) відсутність порушення конкретних юридичних заборон або обов'язків; 5) встановлення факту зловживання компетентним правозастосовчим органом; 6) настання юридичних наслідків [6].

А на думку Ю. Семеній, зловживанню правом притаманні такі ознаки: 1) наявність в особи суб'єктивного права; 2) діяльність, спрямована на здійснення цього права; 3) використання цього права не за його соціальним призначенням, а із заподіянням шкоди суспільним або особистим інтересам; 3) відсутність порушення конкретних юридичних заборон (тобто їх додержання) або невиконання обов'язків (тобто їх виконання); 4) встановлення факту зловживання правом компетентними правозастосовними органами; настання юридичних наслідків [7].

Г. Онищенко характеризує явище «зловживання правом» через перелік характерних для нього таких ознак [8]:

– уповноважена особа наділена певними суб'єктивними правами, оскільки, якщо в особи немає певних прав, вона не може ними зловживати;

– зловживання правом, виходячи із самого цього поняття, можливе лише під час його здійснення, тобто, як зазначає В. Грибанов, «проблема зловживання правом пов'язана не із суб'єктивним правом взагалі, не із його змістом, а з процесом його реалізації, з його здійсненням» [9, с. 43];

– уповноважена особа, реалізуючи своє суб'єктивне право, не повинна порушувати ніякої норми права, оскільки інакше вона вчиняє правопорушення, тобто особа повинна діяти чітко в межах закону, при цьому поняття закону слід трактувати широко, включаючи як законодавчі, так і підзаконні нормативні акти;

– обов'язковим елементом поняття «зловживання правом» є наявність шкоди, яка заподіюється, та прямого причинно-наслідкового зв'язку між здійсненням суб'єктивного права та тими негативними наслідками, що настали, оскільки заподіяння шкоди під час здійснення свого права є протиправним діянням, тобто правопорушенням;

– процес нормального задоволення своїх потреб у межах, визначених законом.

Також, характеризуючи зловживання правом, автор зупиняється на таких ознаках, як вина та рівень задоволення власних потреб особи, яка зловживає правом, оскільки вони відіграють значну роль під час винесення рішень судом по конкретній справі.

Проаналізувавши думки науковців, слід зазначити, що половина ознак зловживання правом насправді відповідає рисам правомірної поведінки. Однак є суттєва відмінність, яка розмежовує ці два явища, – використання права із заподіянням шкоди суспільним або особистим інтересам інших осіб.

Відповідно до нашого законодавства зловживання правом не можна офіційно назвати злочином чи правопорушенням, хоча цьому поняттю відповідають певні ознаки неправомірного діяння, адже людина не тільки користується своїм правом сповна, але й зазіхає на можливості інших, зменшує їхню сферу реалізації права, чим завдає шкоду суспільним інтересам.

Зловживання правом інтелектуальної власності, зловживання у сфері сімейних відносин чи відтягування судового слухання у кримінальному процесі рівною мірою призведе до негативного результату. Отже,

зловживання правом тягне за собою ряд негативних наслідків для інших громадян, держави та й для самого права як регулятора, незалежно від сфери суспільних відносин. Юридична відповідальність за такі діяння здебільшого не настає, але є винятки, які порушують інтереси, що прямо охороняються законом (наприклад, ті, що будуть належати до одного з видів правопорушень: цивільні, сімейні, господарські тощо).

Люди, зловживаючи суб'єктивними правами, не мають на меті завдання шкоди іншим, вони лишень хочуть отримати максимальну вигоду, що є логічним, однак це порушує рівновагу прав. Саме тому визначення міри права є важливим. Для того щоб відрізнити правомірну поведінку від зловживання правом, потрібно визначити ознаки зловживання.

Законодавче визначення поняття «зловживання правом» та розробка методів боротьби із цим явищем у суспільстві є необхідним, оскільки кожна людина тією чи іншою мірою може перейти певну межу, задовольняючи власні інтереси.

Це питання розглядали ще римські юристи. Слід відзначити, що своїм виникненням досліджувана правова категорія зобов'язана передусім римському праву, незважаючи на те, що воно не оперувало безпосередньо терміном «зловживання правом». Уже тоді можна було помітити досить велику різноманітність прикладів зловживань. Як зазначають дослідники римського права, спочатку діяв принцип «qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam» (з лат. – «хто здійснює своє право, той не утискає прав інших») [1, с. 113]. Але з появою випадків, коли здійснення особою належного їй права супроводжувалось умисним завданням шкоди правам та інтересам інших осіб (так звана Chikane), виникає новий принцип, що визнає шикану неприпустимою – «malitiis non est indulgendum».

Незважаючи на довгу історію вивчення, питання, що саме слід розуміти під зловживанням правом, досі залишається дискусійним. Аналізуючи погляди різних науковців, можна виділити декілька підходів до визначення цього поняття.

1. Прихильники першого підходу розглядають зловживання правом досить широко: як реалізацію наданих повноважень з порушенням встановлених законом меж, внаслідок чого заподіюється шкода іншим учасникам суспільних відносин.

2. Іншу думку має А. Шабуров: «Зловживання правом – це реалізація суб'єктивних прав у встановлених законом межах, але всупереч їх призначенню, що завдає шкоду іншим учасникам суспільних відносин» [2, с. 18].

3. Прихильником третьої точки зору можна назвати О. Малиновського, який вважає, що зловживання правом – це форма здійснення права всупереч його призначенню, за допомогою якої завдається шкода іншим учасникам суспільних відносин. Причому така діяльність може здійснюватися як у визначених законом межах, так і з порушенням приписів правових норм [3, с. 109-110].

4. Четверта група науковців визначає зловживання правом через такі ознаки, як наявність заподіяння шкоди і вчинення дій, що завдають шкоду з наміром.

5. Згідно з іншим підходом, зловживанням правом визнається здійснення суб'єктивного права всупереч добрій совісті, добрій моралі.

6. На думку одного із прибічників наступної групи науковців Аль Шатибі, зловживання – це дія чи бездіяльність, що заподіює шкоду, порушує закон. «Порушення закону, – зазначає арабський дослідник, – проявляється у: а) намірі заподіяти шкоду дією, що, у свою чергу, вважається порушенням закону; б) припустимому намірі заподіяти шкоду; в) зневазі до суспільних інтересів». Таким чином, у рамках цієї теорії зловживання правом зближується із перевищенням права.

7. Таку думку висловлює група науковців, представником якої є, зокрема, В. Гойман. Він зазначає, що зловживання правом є різновидом неправових діянь, пов'язаних зі зловживанням правовою свободою, тобто заснована на егоїстичних намірах поведінка уповноваженого суб'єкта, що суперечить природі права, закріпленій в його нормах меті, або пов'язана із залученням неправових засобів для її досягнення. Але водночас уже види та форми зловживання правом прихильники цієї точки зору відносять до видів правової поведінки, що суперечить самому трактуванню та змісту категорії «зловживання правом» [4, с. 26].

8. М. Бару, Р. Ісмагілов, С. Зайцева стверджують, що зловживання правом – діяння правомірне, яке «завжди зовні спирається на суб'єктивне право і формально не суперечить об'єктивному праву», суб'єкт права діє виключно в рамках наданих йому законом можливостей, вчиняє дії, які точно відповідають положенням того чи іншого нормативно-правового акта, але при цьому заподіює шкоду іншим суб'єктам права або створює серйозну загрозу її заподіяння. Наголошуючи на відмінності понять «зловживання правом» та «правомірна поведінка», слід

акцентувати на суспільній користі та бажаності як головних ознаках правомірної поведінки. Тоді як зловживання правом не дає користь оточуючим або державі [5, с. 127].

9. Деякі науковці (фахівці, юристи) визначають зловживання правом як правомірне, проте аморальне здійснення суб'єктивного права всупереч його призначенню.

10. І, нарешті, більшість науковців дотримуються підходу, що використовується в основному у цивільному праві. Його сутність полягає в тому, що зловживання правом є особливим типом правопорушення, яке вчиняється вповноваженою особою під час здійснення нею належного їй права, пов'язане з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного їй загального типу поведінки. Думки про те, що зловживання правом є правопорушенням, дотримуються такі дослідники, як І. Покровський, М. Агарков, В. Грібанов, Н. Малеїн, В. Ємельянов, О. Поротікова, Т. Яценко. Так, на думку В. Грібанова, зловживання правом виходить за рамки змісту суб'єктивного права і є дією без права (Handeln ohne Recht). Порівнюючи зловживання правом із правопорушенням, слід визнати, що зловживання правом порушує межі здійснення права, але не порушує заборону, що міститься у правовій нормі. У разі зловживання правом особи вчиняють не протиправні вчинки (суб'єкт діє у «правовому полі»), не тільки не порушуючи закон, але і вчиняючи діяння, які відповідають положенням законодавства. Таким чином, обставини, що є підставою для кваліфікації дій особи як зловживання правом, не надають цим діям властивості протиправності.

Виходячи з проведеного аналізу, можна зробити висновок, що зловживання правом є багатоаспектною, складною категорією й однозначного розуміння її суті в науковій літературі немає. Основна кількість науковців вважають, що зловживання перебуває у рамках букви закону, при цьому може порушувати його дух. Отже, формальна ознака протиправності діяння відсутня. Зловживання правом є відхиленням правомірної поведінки, яка може знаходитися на межі між правомірністю та правопорушенням. Тобто під зловживанням правом слід розуміти особливий вид правової поведінки, який виражається у використанні особами своїх прав не дозволеними або не передбаченими правотворцем способами, що суперечить призначенню права, унаслідок чого може завдаватися шкода інтересам суспільства або окремої особи.

Висновки

Проаналізувавши праці фахівців з приводу зловживання правом, можна зробити висновок, що зловживання правом полягає у вчиненні уповноваженою особою відповідних дій щодо використання можливостей, які закладені в її суб'єктивному праві. Зловживання правом призводить до негативних наслідків для інших осіб. Зловживання правом однієї людини порушує свободу інших громадян. Важливо зазначити, що перехід межі реалізації суб'єктивних прав порушує й інші принципи права, що слугують фундаментом правової держави. Зловживання правом як правова аномалія може призвести до деформації правосвідомості в суспільстві, що матиме наслідком поширення таких неправомірних дій. Поширеним виявом цього явища в сучасному світі є корупція та зловживання саме службовим становищем. Наприклад, коли особа, що має певні службові можливості, користується своїм становищем задля досягнення особистої мети або заради допомоги друзям чи родині.

Отже, боротьба зі зловживанням правом, безперечно, є необхідною. Задля того, щоб мати можливість викорінити прояви цього явища, необхідно розуміти сутність цього питання та вміти помічати його в повсякденному житті. Виявлення характерних рис створило основу в розумінні цього аспекту та допомогло глибше осягнути проблему зловживання правом.

Список використаних джерел:

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва : Статут, 1998. - 353 с.

2. Шабуров А.С. Злоупотребление правом: социальная природа. *Правовые проблемы евроазиатского сотрудничества: глобальное и региональное измерение*. Екатеринбург, 1993. С. 18–22.

3. Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва : Юрлитинформ, 2007. 352 с.

4. Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: круглый стол. *Государство и право*. 1998. № 7. С. 20-42.

5. Зайцева С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория (вопросы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Коломна, 2003. 198 с.

6. Вдовичен О. Поняття зловживанням правом. *Право і суспільство*. 2008. № 4. С. 47–52. URL: http://radnuk.info/statti/249-tioriua-gov/14801-2011-01-19-03-05-49.html (дата звернення: 18.03.2020).

7. Семений Ю. А. Злоупотребление правом : материал докладов XIV Международной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» / отв. ред. И.А. Алешковский, П. Н. Костылев.

8. Онищенко Г. Проблема існування категорії "зловживання правом". *Юридичний журнал*. 2007. № 2. URL: www.justinian.com.ua/article.php?id=2551 (дата звернення: 18.03.2020).

9. Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва: Статут, 2011. 411 с.

The article is devoted to the study of the essence of "abuse of law" by analyzing the works of specialists, lawyers, and scientists. An important stage of the study was to identify the features of the concept of abuse of rights by working out the works of scientists for a more accurate understanding of this phenomenon. The role of abuse in public life and its influence on the law as a regulator of public relations are analyzed. The article discusses different approaches to understanding the abuse of the law, as well as outlines the main current one.

It should be noted that the boundary between the legitimate enjoyment of the right and the abuse is conditional. Some scholars say that abuse of law does not exist at all, others consider this phenomenon an offense, and in the opinion of others - one who uses his right commits a lawful act, and if he committed unlawful acts, it means that he went beyond his right. The same act cannot be both legal and illegal. Thus, the right ends where the abuse of law begins.

To better understand this concept, the main features of abuse of law have been identified. In particular, the following can be distinguished: the compulsory existence of subjective rights and the exercise of their rights, because without the rights and without using them, it cannot be abused. Another necessary feature is the lack of violation of specific legal rules, as well as the absence of legal liability.

The study highlighted many approaches to understanding the concept of abuse of the law, which can be roughly divided into three areas. Some scholars have linked the abuse of law to the moral side. They see the essence of this phenomenon precisely in the immorality of the act and associate the abuse of law with the exercise of subjective law not with a good conscience. The next direction is to interpret this problem as a realization of a right contrary to its purpose, but such activity may be carried out within the limits specified by law. However, there is still a third approach, which advocates claim that abuse of law is a particular type of offense and goes beyond the law.

The author concludes that the abuse of rights is a complex and ambiguous category. There is no formal sign of wrongfulness of abuse of the law, but it is a rejection of legitimate behavior that may be on the border between lawfulness and wrongdoing.

Key words: offense, society, exercise of subjective law, behavior, boundaries.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.34

Олександр Захарченко,
аспірант кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ ПІСЛЯДИПЛОМНОЇ ОСВІТИ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ В УКРАЇНІ

У статті наголошено, що в сучасних умовах функціонування органів поліції розвиток системи післядипломної освіти поліцейських набуває найбільшої актуальності, адже підготовка висококваліфікованих фахівців, здатних виконувати найскладніші правоохоронні функції, є фундаментом для розвитку держави. Метою статті є визначення та характеристика основних етапів становлення та розвитку правового регулювання післядипломної освіти поліцейських в Україні. Розглянуто основні етапи становлення та розвитку правового регулювання післядипломної освіти поліцейських, починаючи із проголошення незалежності України. Підкреслено основні історичні етапи такого регулювання з урахуванням змін у структурі правоохоронних органів, переліку виконуваних функцій та нових викликів для суспільства. З'ясовано, що нормативно-правове регулювання післядипломної освіти і зміни щодо його особливостей необхідно проводити тільки за методами прогнозування, тобто передбачати тенденції розвитку суспільства, технологій, особливостей службової діяльності тощо. Наголошено, що існують галузеві нормативні документи, розроблені в процесі реформування системи МВС, і, хоча вони прямо не встановлюють порядок отримання післядипломної освіти, однак їх сміливо можна віднести до однієї з ланок правового регулювання і розвитку структури післядипломної освітньої діяльності органів Національної поліції України.

Визначено, що видами службової підготовки є функціональна підготовка, загальнопрофільна підготовка; тактична підготовка, вогнева підготовка, фізична підготовка. Службова підготовка здійснюється у формах навчальних занять у групах за місцем служби; навчальних зборів; самостійного навчання. Зроблено висновок, що службова підготовка за змістом, формами та методами є аналогічною формам післядипломної освіти і покликана удосконалювати професійні навички та знання службовців органів системи національної поліції України, як і післядипломна освіта. На наше переконання, цей відомчий нормативний акт також входить у систему післядипломної освіти та з'явився на етапі реформування та розвитку цього правового галузевого інституту.

Ключові слова: правове регулювання, поліцейський, стажування, підвищення кваліфікації, перепідготовка, спеціалізація поліцейських.

Постановка проблеми. З проголошення у 1991 році незалежності України наша держава розпочала шлях побудови сучасної, самостійної, європейської, демократичної держави. Саме з цього часу і розпочинається процес створення та реформування всіх державних інститутів, які починають функціонувати у новоствореній державі. Відбувається трансформація моделі пострадянського державного управління у систему державних органів та установ, що покликані виконувати головні державні функції.

Вказані перетворення торкнулись і реформування системи профільної освіти, яка включала в себе весь процес підготовки кваліфікованих кадрів – від здобуття першої профільної вищої освіти до подальшого розвитку та вдосконалення знань індивідуума (підвищення кваліфікації, перепідготовки, післядипломної освіти тощо). З цього приводу варто підкреслити, що окремим складником у системі підготовки кваліфікованих фахівців є підготовка поліцейських. У сучасних умовах функціонування органів поліції розвиток системи післядипломної освіти поліцейських набуває найбільшої актуальності, адже підготовка висококваліфікованих фахівців, здатних виконувати найскладніші правоохоронні функції, є фундаментом для розвитку держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання становлення та розвитку інституту післядипломної освіти в тому числі і в системі внутрішніх справ були предметом розгляду багатьох вчених, таких як: М. І. Ануфрієв, О. М. Бандурка, О. І. Безпалова, Ю. П. Битяк, О. Є. Висоцька, І. П. Голосніченко, Т. І. Желудкова, І. Г. Кириченко, В. К. Колпаков, Є. В. Курінний, Р. С. Мулукаєв, А. В. Перепелиця, Ю. М. Старилов,

© О. Захарченко, 2020

О. В. Філонов та інші. Поряд із цим вказані науковці лише фрагментарно досліджували теоретичні аспекти адміністративно-правового регулювання післядипломної освіти поліцейських.

Метою даної статті є визначення та характеристика основних етапів становлення та розвитку правового регулювання післядипломної освіти поліцейських в Україні.

Виклад основного матеріалу. Можна сміливо стверджувати, що становлення інституту профільної післядипломної освіти в органах внутрішніх справ у нашій державі починається з проголошенням незалежності України. Саме в цей період створюються державні органи, які покликані виконувати безліч державних завдань, і суспільство зі свого боку висуває серйозні вимоги до функціонування державного апарату.

Як влучно зазначив М. І. Ануфрієв, на етапі розвитку суспільства виникла об'єктивна необхідність перегляду значної кількості існуючих до останнього часу уявлень про завдання, форми і методи національної освіти взагалі і відомчої системи підготовки персоналу органів внутрішніх справ зокрема. Це тим більш актуально, що курс на побудову демократичної, соціальної та правової держави Україна потребує критичного конструктивного аналізу досягнень і прорахунків освітянської системи у минулому та її побудови на зовсім іншій, якісно досконалішій, методологічно-практичній основі [1, с. 16].

Першим реальним кроком становлення та розвитку правового регулювання інституту післядипломної освіти в Україні і післядипломної освіти поліцейських стало прийняття Закону України «Про освіту» від 23.05.1991 № 1060-XII (втратив чинність) [2]. Цей Закон вперше визначив мету освіти, якою встановив розвиток людини як особистості та найвищої цінності суспільства, розвиток її талантів, розумових і фізичних здібностей, виховання високих моральних якостей, формування громадян, здатних до свідомого суспільного вибору, збагачення на цій основі інтелектуального, творчого, культурного потенціалу народу, підвищення освітнього рівня народу, забезпечення народного господарства кваліфікованими фахівцями. Крім того, у нормах цього Закону вперше у незалежній Україні післядипломну освіту було включено до системи освіти та надано тлумачення цього терміна. Так, стаття 47 згаданого Закону [2] визначала, що післядипломна освіта – це спеціалізоване вдосконалення освіти та професійної підготовки особи шляхом поглиблення, розширення та оновлення її знань, умінь і навичок на основі здобутої раніше вищої освіти (спеціальності) або професійно-технічної освіти (професії) та практичного досвіду. Крім того, положення ст. 47 Закону № 1060-XII передбачали, що післядипломна освіта включає: 1) спеціалізацію – профільну спеціалізовану підготовку з метою набуття особою здатності виконувати окремі завдання та обов'язки, що мають особливості в межах спеціальності; 2) перепідготовку – професійне навчання, спрямоване на оволодіння іншою професією працівниками, які здобули первинну професійну підготовку; 3) підвищення кваліфікації – підвищення рівня готовності особи до виконання її професійних завдань та обов'язків або набуття особою здатності виконувати додаткові завдання та обов'язки шляхом набуття нових знань і вмінь у межах професійної діяльності або галузі знань; 4) стажування – набуття особою досвіду виконання завдань та обов'язків певної професійної діяльності або галузі знань. Також було передбачено перелік закладів, які належать до закладів післядипломної освіти, зокрема: академії, інститути (центри) підвищення кваліфікації, перепідготовки, вдосконалення, навчально-курсові комбінати; підрозділи вищих навчальних закладів (філіали, факультети, відділення та інші); професійно-технічні навчальні заклади; науково-методичні центри професійно-технічної освіти.

Цей закон заклав фундамент функціонування та розвитку післядипломної освіти та став основою для розробки відомчих нормативних актів системи державного управління, спрямованих на розробку та впровадження моделей додаткової професійної підготовки фахівців. Не стала винятком і система органів внутрішніх справ. Так, норми Закону України «Про освіту» вперше знайшли своє відображення у відомчому Наказі МВС від 05.03.2013 № 219 «Про затвердження Положення про організацію післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ» (втратив чинність) [3], який став першим нормативним галузевим документом, що дав більш-менш чітку регламентацію процесу отримання післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ.

У цьому контексті варто зауважити, що, попри нагальність вирішення питання підвищення професійного рівня міліціонерів, профільний Закон України «Про міліцію» не містив норм, які встановлювали особливості отримання додаткової освіти та професійних знань і навичок для працівників системи органів внутрішніх справ.

З цього приводу повністю погоджуємося з І. Г. Кириченко, який у своєму науковому

дослідженні зазначив, що створення розгалуженої відомчої багатоступеневої системи підготовки кадрів для органів внутрішніх справ викликане не якимось надуманими, штучними факторами, а сучасними соціально-економічними умовами розвитку державності та громадянського суспільства. Так, система підготовки висококваліфікованого персоналу, яка існувала в колишньому СРСР та в перші роки незалежності держави, недостатньою мірою відповідала своєму призначенню. Донедавна в Україні не було профілізованих вищих навчальних закладів з підготовки спеціалістів для таких провідних служб, як слідство і дізнання, захист економіки від злочинних посягань, експертно-кримінальна, дорожня автоінспекція, державна служба охорони, та багатьох інших. Щорічно Міністерство внутрішніх справ України отримувало близько двох з половиною тисяч фахівців юридичного профілю з навчальних закладів системи МВС СРСР, але фахівців з вищою кваліфікацією – переважно з тих, що були дипломовані за межами України [4, с. 3].

З 2013 року поступово почалось становлення нормативно-регуляторного підґрунтя післядипломної освіти системи органів внутрішніх справ. Так, вищезгадане Положення про організацію післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ передбачило 4 складника післядипломної освіти, а саме: перепідготовку; спеціалізацію; підвищення кваліфікації; стажування. Крім того, це Положення вперше регламентувало основні завдання післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ, а саме: оволодіння необхідними знаннями і спеціальними навичками для успішного виконання обов'язків з охорони громадського порядку і боротьби зі злочинністю та інших оперативно-службових завдань; удосконалення навичок управлінської діяльності, опанування методик навчання та виховання підлеглих, упровадження в практичну діяльність досягнень науки, передових форм і методів роботи, основ наукової організації праці; формування професійної самосвідомості працівників, почуття відповідальності за свої дії, розуміння необхідності постійного вдосконалення своєї професійної майстерності з урахуванням специфіки діяльності в конкретних підрозділах органів внутрішніх справ; навчання працівників прийомам та засобам забезпечення особистої безпеки при виконанні службових обов'язків, під час надзвичайних подій і в екстремальних умовах; удосконалення навичок працівників поводження зі спеціальними засобами і спеціальною технікою, експлуатації транспортних засобів, засобів зв'язку; зміцнення зв'язків із населенням, дотримання працівниками міліції прав людини та громадянина під час виконання ними службових обов'язків, підвищення рівня загальної культури; формування високої психологічної стійкості працівників, розвиток у них спостережливості, пильності, пам'яті, мислення й інших професійно-психологічних якостей і навичок.

Саме в цей період було також розроблено Положення з організації стажування керівного і педагогічного складу училищ професійної підготовки працівників міліції та навчальних центрів підготовки працівників органів внутрішніх справ у вищих навчальних закладах МВС України, яке затверджено Наказом МВС України від 12.08.2013 № 773 [5]. Це Положення врегулювало порядок стажування керівного і педагогічного складу училищ професійної підготовки працівників міліції та навчальних центрів підготовки працівників органів внутрішніх справ у вищих навчальних закладах МВС України та оформлення його результатів, вперше визначило значення та зміст терміна «стажист» та основні функції керівників стажування службовців.

Таким чином, на той час із чотирьох складників післядипломної освіти законодавче врегулювання отримав лише такий вид післядипломної освіти, як стажування.

Значний вплив на розвиток та становлення правового регулювання системи післядипломної освіти поліцейських в Україні здійснила Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року, яку було схвалено Указом Президента України від 25.06.2013 № 344/2013 [6].

Початком же системних змін у структурі, функціях та завданнях органів внутрішніх справ є прийняття Верховною Радою України Закону України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 № 580-VIII [7] та Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення Національної поліції України» від 02.09.2015 № 641 [8].

Ці законодавчі акти започаткували функціонування принципово нового органу державної виконавчої влади та встановили основні напрями діяльності системи органів внутрішніх справ. Важливо, що вже в новому профільному законі відбулось нормативне закріплення особливостей отримання післядипломної освіти поліцейськими. Так, стаття 75 Закону України «Про Національну поліцію» передбачила, що післядипломна освіта поліцейських здійснюється на загальних засадах, визначених Законом України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 № 1556-VII,

з урахуванням особливостей, визначених цим Законом, і складається з: 1) спеціалізації; 2) перепідготовки; 3) підвищення кваліфікації; 4) стажування. Таким чином, на цьому історичному етапі у спеціальному профільному Законі були закріплені види післядипломної освіти поліцейських, які до цього містились лише у Законі України «Про освіту» від 23.05.1991 № № 1060-XII [2].

Разом із прийняттям профільного Закону розроблено та прийнято нове Положення про організацію післядипломної освіти працівників Національної поліції, яке затверджено наказом Міністерства внутрішніх справ України від 24.12.2015 № 1625 [9]. Це Положення визначає організаційно-правові засади організації післядипломної освіти працівників Національної поліції України, що проходять службу (працюють) на посадах, які за класифікацією професій належать до категорій керівників, професіоналів, фахівців та робітничих кадрів.

Тож першим реальним кроком на шляху реформування та становлення інституту післядипломної освіти поліцейських було встановлення норм щодо її отримання службовцями саме у профільному Законі. З нашого погляду, саме таке законодавче закріплення «функціонування» інституту післядипломної освіти поліцейських і стало ключовим етапом переходу від пострадянської застарілої моделі підготовки та перепідготовки службовців до впровадження нових форм та методів цього інституту. Важливо, що такого оновлення потребувало і суспільство, яке і сьогодні висуває дуже серозні вимоги до правоохоронців, до їх особистості, професійних умінь, знань та навичок, особистих здобутків.

Як слушно свого часу вказала О. Є. Висоцька, становлення України як правової, демократичної, соціальної та європейської держави має конституційний характер. Тому «сьогодні головним виміром освітньої діяльності має бути формування особистості, яка здатна повноцінно жити й активно діяти у новому світі, постійно самовдосконалюватися, адекватно реагувати на зміни в умовах глобалізації та інформаційно-технологічної революції. Йдеться про зміни технологій, інформації, знань, самих обставин життя. Саме тому сучасна освіта повинна мати випереджувальний характер, тобто бути націленою на майбутнє, на розв'язання проблем нового століття, розвиток ключових компетенцій особистості, формування в неї нової культури, нових способів мислення та діяльності» [10, с. 6].

Ми повністю погоджуємось із науковцем і вважаємо, що нормативно-правове регулювання післядипломної освіти і зміни щодо його особливостей необхідно проводити тільки методами прогнозування, тобто передбачати тенденції розвитку суспільства, технологій, особливостей службової діяльності тощо.

На продовження нашого наукового дослідження варто зазначити, що існують і деякі галузеві нормативні документи, розроблені в процесі реформування системи МВС, і хоча вони прямо не встановлюють порядок отримання післядипломної освіти, однак їх сміливо можна віднести до однієї з ланок правового регулювання і розвитку структури післядипломної освітньої діяльності органів Національної поліції України.

Таким нормативним документом є Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України, яке затверджено Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 26.01.2016 № 50 [11].

Це положення передбачає та встановлює порядок планування, проведення та обліку занять, здійснення контролю знань, умінь та навичок осіб молодшого, середнього та вищого складу Національної поліції України. Крім того, воно визначає і основні завдання службової підготовки, які полягають у: підвищенні рівня знань, умінь, навичок та професійних якостей поліцейських з метою забезпечення їхної здатності до виконання завдань з охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічного (громадського) порядку та безпеки; вивченні нормативно-правових актів, які регламентують діяльність Національної поліції України; удосконаленні керівним складом органів (закладів, установ) поліції навичок управління поліцейськими. Видами службової підготовки є функціональна підготовка, загальнопрофільна підготовка; тактична підготовка, вогнева підготовка, фізична підготовка. Службова підготовка здійснюється у формах навчальних занять у групах за місцем служби; навчальних зборів; самостійного навчання (проводиться впродовж усього строку служби поліцейського з метою безперервного, систематичного поповнення та поглиблення знань, умінь і навичок, необхідних для успішного виконання службових завдань).

Висновки

Таким чином, є очевидним, що службова підготовка за змістом, формами та методами є аналогічною формам післядипломної освіти і покликана удосконалювати професійні навички та знання службовців органів системи національної поліції України, як і післядипломна освіта. На наше переконання, цей відомчий нормативний акт також входить у систему післядипломної освіти

та з'явився на етапі реформування і розвитку цього правового галузевого інституту.

У контексті розгляду запропонованої тематики проведене дослідження дозволяє нам виділити і охарактеризувати основні етапи становлення та розвитку правового регулювання післядипломної освіти поліцейських в незалежній Україні, а саме:

І етап. 1991–2015 рр. Після проголошення незалежності в Україні відбувається ряд реформ, приймається Закон України «Про освіту», який законодавчо закріплює визначення терміна «післядипломна освіта» та окреслює її основні завдання. У 2013 році розробляється та затверджується перше профільне Положення Про організацію післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ, яке регламентує основні завдання післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ. Особливістю цього етапу є те, що в цей період було відсутнє законодавче закріплення особливостей здобуття післядипломної освіти в системі органів внутрішніх справ на рівні профільного закону «Про міліцію».

ІІ етап: 2015–2019 рр. Створення Національної поліції України. Закріплення видів та основних завдань післядипломної освіти поліцейських на рівні профільного Закону України «Про Національну поліцію», затвердження нового Положення про організацію післядипломної освіти працівників Національної поліції. У цей період відбувається стрімкий розвиток всіх видів післядипломної освіти поліцейських, впроваджуються нові методи та способи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації службовців, розроблено чіткий механізм проходження поліцейськими стажування як одного із видів післядипломної освіти. Впроваджуються сучасні технології у процес освіти, проводиться комплексний методологічний супровід післядипломної освіти, пріоритетність надається спеціалізації службової підготовки залежно від виду виконуваних функцій та завдань окремих підрозділів поліції (патрульні, слідчі, спецпризначенці тощо).

Список використаних джерел:

1. Ануфрієв М.І. Становлення, розвиток та основні напрямки удосконалення відомчої багатоступеневої системи підготовки персоналу ОВС. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ* : збірник наукових праць. 1999. Випуск 9. С. 16-20.

2. Про освіту : Закон України від 23.05.1991 № № 1060-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 34. Ст. 451.

3. Положення Про організацію післядипломної освіти працівників органів внутрішніх справ : Наказ МВС України від 05.03.2013 № 219. *Офіційний вісник України*. 2013. № 28. Ст. 318. Ст. 982, код акта 66659/2013.

4. Кириченко І.Г. Підготовку кадрів для органів внутрішніх справ України на рівень вимог сьогодення. *Інформаційний бюлетень РНМЦ УАВС*. 1995. № 4.

5. Положення з організації стажування керівного і педагогічного складу училищ професійної підготовки працівників міліції та навчальних центрів підготовки працівників органів внутрішніх справ у вищих навчальних закладах МВС України : Наказ МВС України від 12.08.2013 № 773. *Офіційний вісник України*. 2013. № 71. Ст. 81. Ст. 2626, код акта 68729/2013.

6. Національна стратегія розвитку освіти в Україні на період до 2021 року : Указ Президента України від 25.06.2013 № 344/2013. *Офіційний вісник України*. 2013. № 50. Ст. 18. Ст. 1783, код акта 67681/2013.

7. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40-41. С. 1970. Ст. 379.

8. Про утворення Національної поліції України : Постанова Кабінету Міністрів України від 02.09.2015 № 641. *Офіційний вісник України*. 2015. № 72. С. 61. Ст. 2363, код акта 78422/2015.

9. Положення про організацію післядипломної освіти працівників Національної поліції : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 24.12.2015 № 1625. *Офіційний вісник України*. 2016. № 11. С. 173. Ст. 485, код акта 80657/2016.

10. Висоцька О.Є. Філософсько-світоглядні та методологічні засади випереджаючої освіти для сталого розвитку. *Випереджаюча освіта для сталого розвитку як практично-зорієнтована модель реформування галузі в регіоні* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Дніпропетровськ, 31 березня 2011 р.) Дніпропетровськ: ДОІППО, 2011. С. 6-10.

11. Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 26.01.2016 № 50. *Офіційний вісник України*. 2016. № 22. С. 42. Ст. 861, код акта 81130/2016.

The article emphasizes that in the current conditions of functioning of police bodies, the development of the system of postgraduate education of police officers is gaining topical importance, since the training of highly qualified specialists capable of performing the most complex law enforcement functions is the foundation for the development of the state. Thus, the purpose of the article is to identify and characterize the main stages of formation and development of legal regulation of postgraduate police education in Ukraine. The basic stages of formation and development of legal regulation of police postgraduate education have been considered since the declaration of independence of Ukraine. The main historical stages of such regulation are emphasized, taking into account changes in the structure of law enforcement agencies, the list

of performed functions and new challenges of society. It has been found out that the normative legal regulation of postgraduate education and changes to its peculiarities should be made only according to forecasting methods, that is, to predict tendencies of development of society, technologies, peculiarities of professional activity, etc. It is emphasized that there are sectoral normative documents developed in the process of reforming the Ministry of Internal Affairs, which, although they do not directly establish the procedure for obtaining postgraduate education, but can be safely attributed to one of the links of legal regulation and development of the structure of postgraduate educational activities of the National Police of Ukraine. It is determined that the types of job training are functional training, general training; tactical training, fire training, physical training. The training is carried out in the following forms: training sessions in groups at the place of service; training fees; self-study. It is concluded that professional training in content, forms and methods is analogous to the forms of postgraduate education and aims to improve the professional skills and knowledge of officials of the bodies of the national police system of Ukraine, as well as postgraduate education. In our opinion, this departmental normative act is also included in the system of postgraduate education and appeared at the stage of reforming and development of this legal sectoral institute.

Key words: legal regulation, police officer, internship, advanced training, retraining, police specialization.

УДК 321:323
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.35

Михайло Кельман,
докт. юрид. наук,
професор кафедри теорії, історії та філософії права
Національного університету «Львівська політехніка»

Мирослава Кристиняк,
старший лаборант кафедри адміністративного та інформаційного права
Національного університету «Львівська політехніка»

ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ ТА ЯКІСНОГО ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ЕЛІТИ

У статті на основі вивчення та аналізу відповідних літературних джерел визначено наукові погляди щодо проблем формування та розвитку української еліти, зокрема управлінської як однієї із ключових еліт, що бере участь у розбудові держави та формує стандарти і закони розвитку суспільства загалом. З'ясовано, що наявність численних проблем розвитку зумовлює порушення важливих функцій влади, яка десятиріччями сприяє формуванню патронажно-клієнтських стосунків та укріпленню приватної власності за рахунок збереження персоніфікації владних інтересів. Така ситуація загалом зумовлює постійне «виживання» суспільства в очікуванні нових криз та змушує активну частину працездатних осіб полишати державу з метою виживання та збереження нормального рівня життя. Окрім цього, прийняті неформальні стандарти прорадянського процесу правління державою аж ніяк не сприяють її ефективній розбудові, що і призводить до численних кризових явищ та ще більше поглиблює занепад важливих макроекономічних показників розвитку держави загалом. Отже, для ефективної розбудови держави потрібно змінювати політичну культуру, проте, щоб її змінити, потрібно знати, які проблеми є і як їх правильно вирішити, не поглибивши ще більше. Тому, на наш погляд, натепер назріла гостра необхідність зробити перші зміни через запуск процесу зміни лідерів та формування механізму відбору, в якому пріоритет будуть мати засадничі моральні цінності та демократичні пріоритети, що допоможе підвищити соціально-політичну відповідальність та свідомість влади. Формування механізму відбору повинно ґрунтуватися на відповідному формуванні високої компетентності управлінців, фахової підготовки та активності населення у формуванні інститутів влади. Це допоможе сформувати потрібну політику та осіб, які будуть її правильно провадити, враховуючи основні інтереси суспільства, дбаючи про формування національної свідомості та соціальної відповідальності підлеглих, що загалом допоможе розбудувати державу та зміцнити її конкурентні позиції.

Ключові слова: еліта, управління, розбудова держави, політична культура, національна свідомість.

Постановка проблеми. Перебіг сучасних політичних процесів у країні змушують по-новому підійти до розгляду такого феномена, як еліта, адже саме за її допомогою в державі здійснюються важливі соціально-економічні процеси правління, які відбиваються на житті усього суспільства та за загалом формують відповідний рівень життя населення кожної держави загалом. Таким чином, будь-який відповідний економічний та соціальний розвиток держави та суспільства у ній залежить від якості процесу правління влади, а саме прийняття нею обґрунтованих управлінських рішень для покращення якості життя населення. З огляду на численні соціально-економічні проблеми розвитку України, постає питання про проблеми розвитку еліти в Україні, що й зумовило актуальність даного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Значний науковий внесок у дослідження проблем формування та розвитку еліти в державі зробили відомі науковці, серед яких Г. Ашин, В. Добіжа, С. Телешун, В. Фесенко, О. Крюков та інші, праці яких досліджено в даній статті та на основі цього визначені основні шляхи покращення її формування.

Мета статті – дослідити ключові проблеми розвитку української еліти та на основі цього запропонувати основні шляхи покращення її формування.

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося, наявність значної кількості проблем розвитку, серед яких, на наш погляд, ключовими стали неналежні управлінські процеси стосовно ведення військово-політичних дій

© М. Кельман, М. Кристиняк, 2020

в Україні на сході держави, тривалість яких виснажила економіку до критичних меж, що зумовлює низькі макроекономічні показники розвитку, високі банківські кредити, особливо для малого та середнього бізнесу, відсутність програм фінансування малого підприємництва та збільшення рівня безробіття в державі. Перелік проблем можна кількісно розширити, проте наявність вже перелічених проблем дає підставу говорити про неякісний процес управління і, як наслідок, проблему якісного формування влади в Україні.

Так, Г. Ашин стверджує, що натепер еліта у нашому суспільстві, не маючи науково обґрунтованої парадигми розвитку держави, достатньої управлінської компетентності, лідерських та моральних якостей, користується перевагами привілейованого становища [1].

С. Телешун має схожий погляд, а саме, він зазначає, що українським елітам притаманна діяльність на основі ведення «візантійської політики», де ключовий вплив проявляється не за рахунок матеріальних ресурсів та інтелекту, а за рахунок «закулісної гри», особистих відносин, що обмежують доступ до політичних ресурсів більш широким соціальним групам [3].

Стосовно цього В. Добіжа зазначає, що влада весь час вирішує питання на свою користь, відступаючи від державницьких, національних цінностей, залишаючи народ позаду в перегонах за титулами і чинами [2]. Таким чином, брак національної еліти – це головна небезпека для історичних перспектив незалежної України [4, с. 117].

Як зазначає О. Крюков, успадкувавши від радянських часів генотип ідеократичного традиційного суспільства, українське суспільство всіляко хоче його зберегти, і в цих умовах стало явним неприйняття більшістю громадян України на перших стадіях трансформації системи соціал-дарвіністичних методів управління суспільством [5].

З огляду на вище проаналізовані наукові погляди на проблеми розвитку та діяльності управлінської еліти як ключової складової частини української еліти, доречно, на наш погляд, визначити основні проблеми розвитку, серед яких варто відзначити:

– наявність соціал-дарвіністичних методів управління державою управлінською елітою, яка вийшла з Радянського союзу і до сих пір має уставлені прорадянські погляди щодо процесу правління державою;

– вирішення загально-державних питань на свою користь; відступаючи від державницьких, національних цінностей, залишаючи народ позаду в перегонах за титулами і чинами, як правильно було зазначено вище, нехтуючи цінностями, влада задовольняє власні інтереси, ігноруючи основні потреби населення;

– українським елітам, як вище було слушно зазначено, притаманна діяльність на основі ведення «візантійської політики», де ключовий вплив проявляється не за рахунок наявності значних матеріальних ресурсів;

– представники української еліти не мають достатньої управлінської компетентності, лідерських та моральних якостей, притому користуються перевагами привілейованого становища.

Таким чином, аналіз наведених наукових поглядів дозволив визначити основні проблеми як розвитку, так і формування управлінської еліти як однієї з ключових еліт. Прийняті неформальні стандарти правління не сприяють ефективній розбудові держави, що призводить до численних кризових явищ та поглиблює занепад макроекономічних показників розвитку держави. Тому для ефективної розбудови держави потрібно насамперед запровадити такі зміни: сформувати якісну політичну культуру (на наш погляд, це необхідно зробити перш за все шляхом зміни лідерів, формування механізму відбору, в якому пріоритет будуть мати засадничі моральні цінності, що допоможе підвищити соціально-поличну відповідальність та свідомість влади), встановити відповідний правовий механізм, який би гарантував дотримання встановлених норм та законів.

Висновки

Проведене дослідження дає підставу говорити про необхідність вжиття заходів щодо формування відповідного управлінського апарату, котрий потребує оновлення через неналежне здійснення управлінського процесу, який не дозволяє розбудувати державу та утримати її конкурентні позиції на світовому ринку. Аналіз викладених авторських поглядів дає підставу дійти висновку, що наявні проблеми пов'язані насамперед із прорадянськими стереотипами правління, які спрямовані не на розбудову окремої держави, а на її повернення до колишнього авторитарного режиму правління. Зазначені думки потребують проведення глибшого теоретичного дослідження з метою ширшого висвітлення нових проблем формування еліти.

Список використаних джерел:

1. Ашин Г. К., Охотский Е. В.. Курс элитологии. Москва : ЗАО «Спортакадемпресс», 1999. 91 с.

2. Добіжа В.В. Політична культура владної еліти в умовах суспільно-політичної трансформації. *Держава і право. Юридичні і політичні науки.* Київ : Ін-т держави і права НАНУ, 2007. Вип. 38. С. 726–732.

3.Телешун С., Колпаков А. Политическая элита в Украине. Новая система власти. URL: http://rus.for-ua.com/analit/2002/07/18/ 132522. html (дата звернення: 05.01.2020).

4. Фесенко В. Формування нової української еліти. Ї. 2006 № 45. С. 117-121.

5. Крюков О. І. Політико-управлінська еліта України як чинник державотворення : монографія / за наук. ред. Е. А. Афоніна. Київ : Вид-во НАДУ, 2006. 252 с.

In the article, based on the study and analysis of relevant literary sources, the author identifies scientific views on the problems of formation and development of the Ukrainian elite, in particular, the administrative elite, which is one of the key elites participating in the development of the state and generally defines the standards and laws of the development of society as a whole. Therefore, the presence of numerous problems of development implies the existence of violations of important functions of the government, which for decades promoted the formation of patronage-client relations and the strengthening of private property at the expense of preserving the personification of power interests. This situation generally contributes to the constant "survival" of society in the face of new crises and causes an active part of able-bodied individuals to leave the state in order to survive and maintain a normal standard of living. In addition, the adopted informal standards of the pro-Soviet process of government do not contribute to its effective development, which in general leads to numerous crisis phenomena and further aggravates the decline of important macroeconomic indicators of the development of the state as a whole. Therefore, to develop the state effectively, it is necessary to change the political culture, but in order to change it, one must know what problems are present and how to solve them properly without further aggravating them. , at the same time, creating a selection mechanism that will prioritize fundamental moral values and democratic priorities, which will help to increase the socio-political responsibility and consciousness of the authorities. Therefore, the formation of the selection mechanism should be based on the appropriate formation of high competence of managers, professional training and activity of the population in the formation of government institutions. This will help to shape the right policy and the people who will implement it correctly, taking into account the basic interests of society, taking care of the formation of national consciousness and social responsibility of subordinates, which in general will help to build the state and strengthen its competitive position.

Key words: elite, management, state building, political culture, national consciousness.

УДК 351/354; 34.07
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.36

Денис Тихомиров,
канд. юрид. наук,
докторант докторантури та аспірантури
Національної академії внутрішніх справ

СПІВВІДНОШЕННЯ КАТЕГОРІЙ ДЕРЖАВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ТА ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ

Проблеми дослідження державної діяльності, функцій держави, безпеки неодноразово ставали предметом багатьох наукових праць, проте поза увагою вчених залишалися питання, що стосуються фундаментальних категорій, з використанням яких характеризується явище безпеки, визначаються умови, фактори, засоби її забезпечення, уповноважені суб'єкти тощо. Метою статті є висвітлення особливостей співвідношення обсягів змісту категорій «державна діяльність», «державне управління», «державна політика» з метою подальшого визначення їх інструментальних можливостей у дослідженнях безпекової проблематики. Методологічну основу дослідження категорій «державна діяльність», «державне управління» та «політика» склали методи, що дали змогу отримати обґрунтовані та логічно вивірені результати. Так, метод порівняння використано з метою виявити спільне та відмінне в змісті державної діяльності, державного управління та державної політики. Метод герменевтики застосовано в процесі опрацювання текстів нормативних та доктринальних джерел, виявлення сутності окремих наукових позицій сучасних авторів. Метод абстрагування дав змогу здійснити осмислення окремих явищ, що перебувають у сфері державної діяльності, та аплікувати їх на сферу забезпечення безпеки, визначити їх відношення до вирішення питань безпекової проблематики. У статті визначено державну діяльність через призму діяльнісного підходу як діяльність державних організацій (органів, установ, підприємств, їх представників та службовців), що спрямована на реалізацію функцій держави, структура змісту якої (суб'єкти, способи, мета, засоби, результат тощо) виявляється у правових та неправових формах відповідно до сутності та соціального призначення держави. Визначено, що категорії «державна політика» та «державне управління» за своїм змістом охоплюються поняттям «державна діяльність». При цьому державна політика як сукупність основоположних принципів, завдань та функцій держави у відповідній сфері (наприклад, у сфері безпеки) реалізується шляхом здійснення державного управління в межах компетенції органів державної влади, на які покладено відповідні повноваження щодо їх реалізації.

Ключові слова: безпека, функції держави, потенціал держави, соціальна діяльність.

Постановка проблема. Проблеми державної діяльності, здійснення функцій держави, державного управління стали предметом обговорення та довготривалих дискусій для представників різних гуманітарних наук. З огляду на соціальну значущість обраної проблематики, дослідження у напрямі названих вище явищ здійснюються як фахівцями безпекознавства, так і спеціалістами галузевих юридичних наук, державознавства, а також теорії управління. При цьому привертає увагу те, що значна частина досліджень мають міжгалузевий характер, об'єднуючись навколо проблематики державної діяльності або забезпечення безпеки у тій чи іншій галузі управління, яка є об'єктом впливу владних інституцій. Проте залишаються дещо невизначеними ті фундаментальні категорії, з використанням яких характеризується явище безпеки, визначаються умови, фактори, засоби її забезпечення, уповноважені суб'єкти тощо. Інколи науковцями стверджується думка, що названі вище та інші категорії необхідно закріпити на рівні законодавчих актів, що має посприяти подоланню термінологічних дискусій та непорозумінь, привести всіх до єдиного знаменника. Але ж це тільки необґрунтовані сподівання. Така позиція є доволі спірною, враховуючи навіть рівень юридичної сили законодавчого акта. Як свідчить практика, дискусії виникають не з причин відсутності нормативної визначеності понять, а з причин їх недосконалої розробленості або плюралізму методологічних підходів.

Сфера безпеки, або безпека (як багатогранне, структуроване явище), досліджується з використанням різних термінологічних рядів, де серед інших мають місце такі категорії, що охоплюються обсягом поняття

© Д. Тихомиров, 2020

державної діяльності, у зв'язку з чим видається можливим визначити причинно-наслідкові зв'язки між іншими явищами, окреслити коло зобов'язаних суб'єктів, що є важливим з методологічних позицій для концептуалізації державної політики з безпековим контекстом.

Доволі розпливчастою за змістом є й категорія «забезпечення безпеки», у зв'язку з чим інколи видається складно привести до єдиної системи суб'єктів, форми, способи, методи забезпечення безпеки, враховуючи, що забезпечити безпеку «взагалі», у відриві від предметної галузі управління (регулювання, державного впливу), справа безперспективна. Крім того, не можна розраховувати на догматизм суспільних відносин, які змінюються, припиняються, відновлюються, набувають нових форм реалізації, нового забарвлення з позицій стандартизації безпечного стану життя. Збільшується та модернізується кількість наявних ризиків, загроз та небезпек, які також впливають на потреби правового регулювання, зумовлюють необхідність постійного формування адекватної системи захисту від небезпек тощо. У цьому контексті актуалізується проблематика змісту державної діяльності, функціонування уповноважених органів державної влади, чия активність спрямовується на здійснення безпекової політики, створення належних умов для сталого суспільного розвитку країни.

Стан дослідження. Дослідження проблематики державного управління та державної політики здійснювалось багатьма як вітчизняними, так і зарубіжними авторами, серед яких можна виокремити кілька груп. Так, у напрямі дослідження проблем державного управління працювали В. Авер'янов, В. Малиновський, С. Мосов, Н. Нижник, О. Оболенський, які акцентували свою увагу на питаннях сутності, змісту, форм державного управління.

Над осмисленням явища державної політики працювали такі фахівці, як Дж. Андерсон, М. Говлет, О. Дем'янчук, М. Крафт, І. Кресіна, О. Кучеренко, В. Купрій, А. Матвієнко, Н. Оніщенко, Є. Перегуда, М. Рамеш, О. Скрипнюк, В. Тертичка, С. Фарлонг, у працях яких закладено методологічну, філософсько-правову основу розуміння зазначеного явища, здійснено широкі узагальнення доктринального рівня.

Метою статті є висвітлення особливостей співвідношення обсягів змісту категорій «державна діяльність», «державне управління», «державна політика» з метою подальшого визначення їх інструментальних можливостей у дослідженнях безпекової проблематики.

Для досягнення мети пропонується вирішення **таких завдань**:

1) на основі діяльнісного підходу висвітлити особливості сучасного розуміння явища державної діяльності;

2) узагальнити наукові підходи до поняття державного управління та його співвідношення з державною діяльністю;

3) визначити за обсягом співвідношення категорії «державна політика» з категорією «державне управління»;

4) на підставі зазначеного висвітлити пізнавальні можливості обраних категорій у пізнанні явища безпеки.

Методологічну основу дослідження категорій «державна діяльність», «державне управління» та «політика» склали методи, що дали змогу отримати обґрунтовані та логічно вивірені результати. Так, метод порівняння використано з метою виявити спільне та відмінне в змісті державної діяльності, державного управління та державної політики. Метод герменевтики застосовано в процесі опрацювання текстів нормативних та доктринальних джерел, виявлення сутності окремих наукових позицій сучасних авторів. Метод абстрагування дав змогу здійснити осмислення окремих явищ, що перебувають у сфері державної діяльності, та аплікувати їх на сферу забезпечення безпеки, визначити їх відношення до вирішення питань безпекової проблематики.

Результати дослідження. Державна діяльність. Поняття державної діяльності не часто трапляється в наукових розробках та не виокремлюється як окрема наукова категорія, проте у разі широкого застосування інших загальновживаних категорій, таких як «управління», «адміністрування», «політика» тощо, поняття «державна діяльність» дасть змогу поєднати інші категорії у логічно побудовану систему з чітко визначеним обсягом змісту.

Саме поняття «діяльність» досліджувалось у багатьох аспектах соціально-гуманітарним блоком наук. Діяльність визначається як специфічна людська форма активного ставлення до світу, спосіб буття людини. У філософії можна знайти і більш широкі трактовки діяльності – засіб, умова, рушійна сила і джерело формування соціальності. Психологія передбачає діяльність як специфічну людську форму ставлення до навколишнього світу, змістом якої є доцільні зміни і перетворення речей і явищ залежно від людських потреб [6].

Проте в розрізі юридичного дослідження діяльність набуває дещо іншого звучання, наповнюється змістом юридично значущих понять, створює умови для проведення

структурно-функціонального аналізу всякого роду діяльності, що здійснюється суб'єктом права. Беручи до уваги особливості сфери забезпечення безпеки, орієнтацію на безпечність життя конкретної людини, зумовленість безпекового стану результатами людської активності, можна вважати, що категорії «діяльність», «державна діяльність» є цілком вживаними та корисними для послідовного проведення теоретичних досліджень безпекового сектору. У цьому контексті привертає увагу такий елемент державної діяльності, як суб'єкт, яким не може бути виключно людина. Загалом, діяльність здійснюється юридичними особами, спільнотами, народом тощо, в тому числі й на користь забезпечення безпечного стану соціального життя, проте в контексті державної діяльності необхідно зважити на те, що, окрім фізичної особи, суб'єктами можуть бути і юридичні особи.

Виходячи з діяльнісної методології, діяльність як явище теоретично складається з низки структурних елементів, серед яких виокремлюють суб'єктів здійснення, об'єкти діяльності, форми діяльності, мету, засоби, результат, правову основа діяльності. Всі зазначені елементи мають знайти своє втілення у теоретичній моделі державної діяльності, що сприятиме її подальшому моделюванню, виявленню співвідношень та взаємодій з іншими правовими явищами. Так, суб'єктний аналіз державної діяльності дає змогу використати здобутки теорії механізму держави в одній із її інтерпретацій, де організаційну основу механізму становлять державні організації (органи державної влади, державні підприємства та державні установи). В іншому науковому баченні до механізму держави віднесено виключно органи державної влади, що значно звужує суб'єктну основу.

Діяльнісний підхід, що застосовується до визначення обсягів змісту категорії «державна діяльність», зобов'язує не тільки охарактеризувати суб'єктну основу, але й звернути увагу на основні завдання, мету державної діяльності, висвітлити її співвідносність зі сферою забезпечення безпеки і таким чином виокремити сутнісні характеристики в контексті безпекової проблематики.

Так, наприклад, аналіз нормативно-правових актів, що регулюють діяльність окремих органів державної влади, свідчить про спрямованість державної діяльності на різні види суспільних відносин, у тому числі й на ті, що функціонують заради забезпечення безпеки. Зокрема, до повноважень Кабінету Міністрів України належить забезпечення проведення бюджетної, фінансової, цінової, інвестиційної, у тому числі амортизаційної, податкової, структурно-галузевої політики; політики у сферах праці та зайнятості населення, соціального захисту, охорони здоров'я, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування; здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності та національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій. У сфері компетенції Служби безпеки України перебувають такі завдання, як захист державного суверенітету, конституційного ладу, територіальної цілісності, економічного, науково-технічного та 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. До функцій Ради національної безпеки та оборони віднесено координацію та здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони у мирний час; координацію та здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони в умовах воєнного або надзвичайного стану та у разі виникнення кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці України.

При цьому подолання наслідків цілої низки загроз покладається на Державну службу з надзвичайних ситуацій, наприклад, реалізацію державної політики у сфері цивільного захисту, захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій, запобігання їх виникненню, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій, рятувальної справи, гасіння пожеж, пожежної та техногенної безпеки, діяльності аварійно-рятувальних служб, а також гідрометеорологічної діяльності; здійснення державного нагляду (контролю) за додержанням і виконанням вимог законодавства у сфері цивільного захисту, пожежної та техногенної безпеки, діяльності аварійно-рятувальних служб.

Діяльність сучасної держави розглядається не тільки через призму її спрямованості на реалізацію потреб та інтересів суспільства, але й через призму таких понять, як функції держави та сфери правового регулювання. У контексті безпекової проблематики та на підставі нормативного аналізу нами доведено, що держава впливає на стан забезпечення безпеки суспільних відносин, держава регулює ці відносини за допомогою правових засобів та процедур, а отже, є можливість

стверджувати, що роль держави у забезпеченні безпеки необхідно висвітлювати як через призму її функцій, функцій окремих органів державної влади, так і через призму ефективності правового регулювання у тій чи іншій сфері суспільного життя.

Важливим моментом для подальшої теоретизації сучасних моделей забезпечення безпеки органами державної влади є розуміння обмеженості державної влади вимогами закону (підзаконних актів). Це означає, що державна діяльність повинна мати законний характер як за своїм походженням, так і за способами та засобами і метою діяльності, особливо коли йдеться про забезпечення державою безпечного існування суспільства.

У цьому контексті виокремлюються дві групи форм здійснення державної діяльності – правові та неправові. До правових форм відносять правотворчу, правозастосовну, правоохоронну, правозахисну, а до неправових – організаційно-регламентуючу, організаційно-господарську, організаційно-контролюючу, організаційно-ідеологічну. Тут слід зазначити, що державна діяльність або діяльність держави розуміється в широкому сенсі, оскільки включає в себе як безпосередньо управління (правотворчу, організаційно-регламентуючу діяльність тощо), так і безпосередні дії з реалізації функцій держави, що вчиняються не тільки представниками або органами державної влади, а й іншими державними організаціями.

Оскільки безпека розуміється як стан, за якого відсутні небезпеки або вони зводяться до мінімуму, то і державна діяльність із забезпечення безпеки буде виступати як дії державних організацій, спрямовані на недопущення, мінімізацію, ліквідацію небезпек, їх наслідків тощо. Отже, використовуючи діяльнісний підхід та враховуючи особливості поставлених пізнавальних завдань, за результатами проведених узагальнень видається можливим запропонувати визначення державної діяльності як:

діяльність державних організацій (органів, установ, підприємств, їх представників та службовців), спрямовану на реалізацію функцій держави, структура змісту якої (суб'єкти, способи, мета, засоби, результат тощо) виявляється у правових та неправових формах відповідно до сутності та соціального призначення держави.

Державне управління. Однією зі складових частин державної діяльності є державне управління як владна організуюча діяльність. Розуміння державного управління в науковій спільноті не є однозначним. Різні представники наук виходять із різних позицій, що зумовлено складністю самого процесу державного управління, а також суттєвими змінами у суспільних відносинах, методах управління, економіці тощо в останні 30 років на території сучасної України та і в найближчих сусідніх державах.

Основи управління розроблялися відомим дослідником у цій сфері М. Вебером, який у своїх роботах визнавав пріоритет державної влади серед інших суб'єктів соціального управління. Окрім іншого, М. Вебер дуже переконливо пояснює процеси раціоналізації влади та способи її здійснення. Управління, на його думку, відбувається та здійснюється через адміністративні (владні, управлінські) функції держави та безпосередньо через систему бюрократії та управління.

Інший фахівець Г. Райт у своїх роботах зосереджував увагу на рисах та теоретичних засадах управління, зокрема державного управління, вказуючи, що воно є частиною державного процесу і може бути розглянуто з урахуванням деяких теоретичних концепцій у сфері політичної науки, а сфера теорії державного управління полягає в аналізі організаційного середовища, в якому функціонує державне управління. Крім того, корисною є його позиція, що державне управління є сферою професійної діяльності [7, с. 1].

На пострадянському просторі розуміння державного управління здійснюється з декількох позицій. Перший підхід (сутнісний) характеризується дослідженням суті та змісту цього явища, другий же (формальний) спрямовано на висвітлення форм його здійснення та характеризує зовнішню сторону державного управління.

Представники сутнісного підходу роблять акцент на суті, змісті та цілях діяльності. Наприклад, В. Малиновський [4, с. 161] вбачає суть державного управління у здійсненні організуючого впливу з використанням повноважень виконавчої влади через організацію виконання законів, з метою забезпечення комплексного соціально-економічного та культурного розвитку держави, її окремих територій, а також реалізації державної політики у відповідних сферах суспільного життя, в тому числі і у секторі безпеки.

В. Авер'янов вказує на необхідність створення умов для реалізації громадянами їхніх прав і свобод, надання державних послуг громадянам, у чому також виявляється сутність державного управління [3].

З формального підходу дослідження спрямовані, з методологічної точки зору, на діяльнісну сторону державного управління.

У межах формального підходу автори роблять акцент на різноманітних зовнішніх особливостях такого виду діяльності. Наприклад, О. Оболенський звертає увагу на стан і розвиток суспільних процесів, свідомість, поведінку та діяльність особи і громадянина [5, с. 35]. Н. Нижник та С. Мосов акцентують увагу на тому, що державне управління включає вироблення та здійснення регулюючих, організуючих і координуючих впливів на всі сфери суспільства [2, с. 13].

При цьому формою державного управління вважають будь-який зовнішній вираз конкретних однорідних дій державного органу, його структурних підрозділів та службових осіб, що здійснюються з метою реалізації функцій держави.

Сучасні науковці виокремлюють дві групи форм здійснення державного управління, що збігаються з аналогічними формами здійснення державної діяльності, – правові та неправові. Так, правові форми державного управління – це форми управлінської діяльності, які безпосередньо викликають правові наслідки, пов'язані із встановленням або застосуванням норм права, серед яких – видання правових актів управління; укладення договорів (угод); здійснення інших юридично значущих дій.

Неправові форми державної управлінської діяльності – форми діяльності безпосередньо не пов'язані із правовими наслідками, в результаті застосування яких не виникають адміністративно-правові відносини, проте їх важливістю не можна нехтувати, оскільки організаційні форми діяльності, з одного боку, сприяють здійсненню правових, з іншого – забезпечують результативність правової форми діяльності. Так, до неправових форм управління належать: організаційні дії, матеріально-технічні операції, акти планування тощо.

Корисною для теоретичного осмислення державного управління є позиція представників науки адміністративного права, які конкретизують діяльність держави стосовно сфери регулювання адміністративного права як профільної науки цього напряму, застосовуючи терміни «управління», «адміністрування». При цьому терміни суттєво відрізняються за своїм змістом. Публічне адміністрування є специфічним видом суспільної діяльності, що спрямована на вирішення загальносоціальних (загальнонародних питань) із залученням не тільки представників державно-владних повноважень, а і публічно-владних. У зв'язку з цим сам по собі вид суспільної діяльності «державна діяльність» можна вважати частиною публічного адміністрування.

З огляду на вищезазначене та з урахуванням потреб безпекового аналізу термінології, аналізу наукових підходів до висвітлення поняття «державне управління» видається можливим зробити висновок, відповідно до якого зазначене поняття використовується науковцями у вузькому та широкому розумінні. У звуженому варіанті державне управління характеризується як елемент державної діяльності і виявляється зовні у сфері функціонування виключно органів виконавчої влади. У широкому розумінні державне управління охоплює будь-яку діяльність будь-якого державного органу влади (законодавчої, виконавчої, судової тощо), що здійснюється в межах владної компетенції та на підставі закону з метою забезпечення потреб та інтересів соціальних суб'єктів.

Державна політика. Зв'язуючою ланкою у сполученні досліджуваних вище термінів («державна діяльність», «державне управління») є поняття «державна політика», яку вчені, майже без винятків, розглядають з використанням діяльнісного підходу. Особливості плюралізму розуміння державної політики полягають в основному в абстрактизації або конкретизації напряму її здійснення. Так, І. Кресіна, А. Матвієнко, Н. Оніщенко, Є. Перегуда, О. Скрипнюк, І. Розпутенко, В. Тертичка, М. Крафт та С. Фарлонг тощо розглядають державну політику через призму здійснення цілеспрямованих дій щодо розв'язання конкретних проблем суспільства, групи або конкретних осіб, держави. У такому разі стає проблемним розмежування державної політики та інших видів державної або публічної діяльності, оскільки йдеться про виконання конкретних дій з вирішення проблем, що може виступати і державним управлінням, і безпосереднім втіленням або здійсненням функцій держави, що інколи важко відмежувати один від одного.

На противагу такому підходу виступили дослідники О. Кучеренко О. Дем'янчук, В. Купрій, Дж. Андерсон, М. Говлет, М. Рамеш, які у своїх розуміннях державної політики абстрагуються від конкретних дій і наголошують на стратегічних напрямах діяльності держави. Проте спільним у їх висновках залишається існування державної політики як результату діяльності. Хоча деякі вчені, а саме В. Тертичка, М. Крафт, С. Фарлонг, додатково наголошують на наявності як комплексу дій, так і наявної бездіяльності суб'єктів здійснення державної політики як способів її реалізації, проте таке розмежування можна піддати сумніву, оскільки діяльнісний підхід характеризується власне комплексом активних дій, правомірна бездіяльність – це дотримання

заборон, що були створені в результаті правотворчої активності.

В Україні термін «державна політика» має певне різноманіття у зв'язку з особливостями перекладу. Сам термін «державна політика» до нас прийшов з англомовних джерел, що викликало певні складнощі перекладу. В оригіналі державна політика зазначається як "public policy", де "public" може перекладатися по-різному: громадський, народний, загальнонародний, комунальний, публічний, загальнодоступний, відкритий, гласний, державний, національний, публічно-правовий тощо. У зв'язку з цим у науковій термінології можна зустріти різні комбінації, що обґрунтовуються особливостями перекладу та контекстним використанням.

О. Кілієвич, В. Тертичка у своїх роботах зазначають, що за контекстом і змістовими особливостями для поняття "public policy" (тобто публічна політика) найбільш адекватним є визначення «державна політика» [8, с. 4]. Надаючи визначення державної політики як плану, курсу дій або напряму дій, який є прийнятним і якого дотримується влада, керівник, політична партія та інші, автори зауважують, що саме в такому розумінні вживається термін «політика», коли йдеться про «державну політику» та про її напрями – зовнішню, внутрішню, економічну, соціальну [1, с. 75]. Аналогічно створюється можливість стверджувати про існування державної політики як сукупності стратегічних напрямів діяльності державної влади у сфері забезпечення безпеки.

Таким чином, державна політика – це один з результатів соціальної діяльності, що створений чітко передбаченими в законі державними органами, їх представниками та службовцями, спрямована на закріплення стратегічних засад здійснення державної діяльності у різних сферах суспільного життя. Виходячи з наведеного, державна політика є структурним елементом державної діяльності, що передбачає основні засади, принципи, стратегічні напрями розвитку та впливу на суспільні процеси та створюється у зв'язку з необхідністю здійснення державного управління.

Отже, державне управління (управлінська діяльність держави) є формою та способом реалізації державної політики, державна політика, своєю чергою, є основним орієнтиром, алгоритмом та планом дій щодо реалізації владних повноважень.

Висновки

Державна діяльність через призму діяльнісного підходу визначається як діяльність державних організацій (органів, установ, підприємств, їх представників та службовців), що спрямована на реалізацію функцій держави, структура змісту якої (суб'єкти, способи, мета, засоби, результат тощо) виявляються у правових та неправових формах відповідно до сутності та соціального призначення держави.

Аналіз наукових підходів до висвітлення поняття «державне управління» дає змогу зробити висновок, відповідно до якого зазначене поняття використовується науковцями у вузькому та широкому розумінні. У звуженому варіанті державне управління характеризується як елемент державної діяльності і виявляється зовні у сфері функціонування виключно органів виконавчої влади. У широкому розумінні державне управління охоплює будь-яку діяльність будь-якого державного органу влади (законодавчої, виконавчої, судової тощо), що здійснюється в межах владної компетенції та на підставі закону з метою забезпечення потреб та інтересів соціальних суб'єктів.

Категорії «державна політика» та «державне управління» за своїм змістом охоплюються поняттям державної діяльності. При цьому державна політика як сукупність основоположних принципів, завдань та функцій держави у відповідній сфері (наприклад, у сфері безпеки) реалізується шляхом здійснення державного управління в межах компетенції органів державної влади, на які покладено відповідні повноваження щодо їх реалізації. Отже, державне управління (управлінська діяльність держави) є формою та способом реалізації державної політики, державна політика, своєю чергою, є основним орієнтиром, алгоритмом та планом дій щодо реалізації владних повноважень. Кількість видів державної політики виокремлюється відповідно до кількості соціальних сфер, в яких здійснюється державне управління. Водночас кількість видів безпеки, що також утворюються відповідно до соціальних сфер державного управління (військова, політична, економічна, кібернетична, екологічна тощо) не дозволяють відповідну кількість державної політики, а охоплюються єдиним поняттям «державна політика у сфері безпеки».

Опрацьовані вище наукові категорії дають змогу зробити висновок про те, що для дослідження безпекової проблематики (явища безпеки) засобами теоретичного пізнання використовуються найрізноманітніші методики та категоріальні ряди. Разом із тим з огляду на потенціал держави як потужного суб'єкта забезпечення безпеки у будь-якій сфері соціального життя, її можливості встановлювати правила для учасників безпекових правовід-

носин та вимагати їх реалізації, формувати державну політику, спрямовану на упередження, припинення та подолання різного роду ризиків та загроз суспільному розвитку, можна визнати, що категорії «державна діяльність», «державне управління», «державна політика» є належним пізнавальним інструментарієм для дослідження різних аспектів такого багатогранного явища, як безпека.

Список використаних джерел:

1. Державна політика: аналіз та механізми її впровадження : методичні рекомендації / уклад.: О.І. Кілієвич, В.В. Тертичка. Київ : НАДУ, 2009. 88 с

2. Державне управління в Україні: наукові, правові, кадрові та організаційні засади : навчальний посібник. / за заг. ред. Н.Р. Нижник, В.М. Олуйка. Львів : Видавництво Національного університету «Львівська політехніка», 2002. 352 с.

3. Державне управління: теорія і практика / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 432 с.

4. Малиновський В.Я. Державне управління : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2009. 608 с.

5. Оболенський О.Ю. Державна служба : підручник. Київ : КНЕУ, 2006. 472 с.

6. Прищак М.Д., Мацко Л.А. Психологія. Ч. І. : навчальний посібник. Вінниця : ВНТУ, 2012. 141 с. URL: https://web.posibnyky.vntu.edu.ua/icgn/3prishak_psihologiya_ch1/1271.html.

7. Райт Г. Державне управління / пер. з англ. Київ : Основи, 1994. 432 с.

8. Тертичка В. Державна політика: аналіз її здійснення в Україні. Київ : Вид-во ім. Соломії Павличко «Основи», 2002. 750 с.

Problems of research of state activity, functions of the state, security have repeatedly become the subject of many scientific works, but despite the attention of scientists there remained questions concerning the fundamental categories, with the use of which the phenomenon of security is characterized, conditions, factors, means of its provision, authorized subjects, etc. are determined. The purpose of the article is to highlight the peculiarities of the ratio of the contents of the categories of "public activity", "public administration", "public policy" in order to further determine their instrumental capabilities in the research of security issues. Methodological basis for the study of the categories of public activity of public administration and policy was the methods that allowed to obtain sound and logically valid results. Yes, the comparison method was used to identify common ground and different content in public activity, public administration and public policy. The method of hermeneutics was applied in the process of elaboration of texts of normative and doctrinal sources, revealing the essence of individual scientific positions of modern authors. The method of abstraction made it possible to make sense of certain phenomena in the sphere of state activity and to apply them to the sphere of security, to determine their relation to solving problems without a problem. The article defines state activity through the prism of the activity approach defined as the activity of state organizations (bodies, institutions, enterprises, their representatives and employees), aimed at the realization of functions of the state, the structure of the content of which (subjects, methods, purpose, means, result...) manifest themselves in legal and non-legal forms in accordance with the nature and social purpose of the state. It is determined that the categories "public policy" and "public administration" in their content are covered by the concept of state activity. At the same time, public policy, as a set of fundamental principles, tasks and functions of the state in the relevant field (for example, in the field of security), is implemented through the implementation of public administration within the competence of public authorities, which are entrusted with the relevant powers to implement them.

Key words: security, functions of the state, potential of the state, social activity.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.37

Олексій Фаст,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри конституційного права та теоретико-правових дисциплін
Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

РОЛЬ СЕРЕДНЬОВІЧНОЇ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ У ФОРМУВАННІ УЯВЛЕНЬ ПРО ЧЕСТЬ ТА ГІДНІСТЬ ЯК ПРАВОВОГО ІНСТИТУТУ

Статтю присвячено дослідженню питання ролі середньовічної правової думки у процесі формування уявлень про честь та гідність особистості як правового інституту. Стверджується, що передумовою виникнення інституту честі та гідності є визнання безумовної цінності особистості (індивіда) як самостійного суб'єкта права. У статті досліджуються основні історичні фактори, які визначили специфіку середньовічних уявлень про честь та гідність. Відзначається, що такими основоположними факторами є феодальний спосіб виробництва та утвердження християнського віровчення як глобальної ідеології. Зазначені чинники зумовили, зокрема, такі риси середньовічного розуміння визначених категорій: честь та гідність є важливими ознаками особистості, проте їх конкретне змістове наповнення не є константою і залежить від станової приналежності індивіда (станової честі); честь та гідність сприймаються як соціально-етичні й одночасно юридичні категорії; міра та спосіб юридичного захисту честі та гідності визначаються залежно від станової приналежності носія відповідних прав; поєднання релігійно-етичної ідеї загальної рівності із фактичним та юридичним розшаруванням суспільства та наявністю привілейованих та уражених у правах станів. У статті відзначається, що загальною тенденцією такої епохи було поступове звуження фокусу правової від держави і суспільства загалом, до окремого стану, потім сім'ї і нарешті окремої особистості. Відзначається важливість процесу, пов'язаного з індивідуалізацією духовного життя, завдяки якому саме особистість набуває якостей центру релігійного життя. Разом із тим невідповідність між релігійними ідеями та фактичною соціальною та юридичною нерівністю представників різних станів призвело до поступового утвердження ідей прав людини, яке повною мірою було реалізовано у Новий час, та пов'язується зі зникненням відмінностей між соціальними станами та поширенням інституту честі та гідності на всіх представників суспільства. Загалом Середньовіччя розглядається як важливий історичний етап формування передумов для виникнення сучасного інституту честі та гідності особистості.

Ключові слова: честь та гідність, Середньовіччя, особистість, основні права людини, особисті немайнові права.

Постановка проблеми. Право на честь та гідність є абсолютним, невідчужуваним правом людини, яке має беззаперечне та першорядне значення для сучасного суспільства. Утвердження, гарантування і захист честі та гідності разом з іншими конституційними правами людини визначає зміст і спрямованість діяльності будь-якої розвиненої демократичної держави. Така група особистих немайнових прав отримала широке нормативне закріплення на міжнародному та національному рівнях. Забезпеченню реалізації права на честь та гідність присвячені окремі положення Загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції проти тортур та інших жорстоких, нелюдських або інших видів поводження та покарання, які принижують гідність, Конституції України, Цивільного кодексу та інших нормативних актів.

Дослідження історичних передумов формування та факторів еволюції уявлень про честь та гідність особистості на різних етапах розвитку людства є необхідним для усвідомлення природи та визначення сутнісних характеристик такого виду особистих немайнових прав. Такі дослідження дають змогу встановити діалектичні зв'язки між окремими етапами формування інституту честі та гідності як важливої складової частини основних прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню природи права на честь та гідність та історії формування відповідного юридичного інституту та теоретико-правової доктрини присвячено чимало праць українських та закордонних науковців. З точки зору різних галузей юридичної науки комплекс питань, пов'язаних із природою права на честь та гідність, а також історією формування

© О. Фаст, 2020

і розвитку теоретичних уявлень про нього, досліджували: Ч.Н. Азімов, К.В. Безроднова, О.Є. Блажівська, Д.В. Боброва, Т.В. Боднар, В.М. Братасюк, О.В. Власова, І.В. Жилінкова, О.В. Кохановська, О.О. Мережко, О.А. Підопригора, І.В. Саприкіна, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Стефанчук, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка та інші науковці.

Водночас питання ролі європейського Середньовіччя у формуванні уявлень про честь та гідність особистості та становленні відповідного правового інституту досліджено вітчизняною юридичною наукою доволі фрагментарно. Доводиться констатувати, що станом натепер комплексні дослідження зазначеного кола питань практично відсутні.

У наукових джерелах можна зустріти діаметрально протилежні оцінки ролі Середніх віків у формуванні інституту честі та гідності людини: від виважено позитивних до різко негативних. Наприклад, М.А. Паладьєв та К.В. Безроднова вважають, що саме в цю епоху питання честі та гідності (принаймні в етичному аспекті) вперше в історії набувають першочергового значення [1, с. 13]. Інші науковці, зокрема В.М. Братасюк, акцентують увагу на негативному впливі середньовічного феодалізму на утвердження права на честь та гідність та характеризують Середньовіччя як епоху «антиіндивідуалістичну», яка не цінує людину за її індивідуальні якості [2, с. 26].

Мета дослідження – виявити характерні риси середньовічних уявлень про честь та гідність особистості порівняно з іншими епохами; визначити ключові фактори, які зумовили їх специфіку та надати обґрунтовану оцінку ролі європейського Середньовіччя у формуванні інституту честі та гідності особистості.

Виклад основного матеріалу. Незважаючи на широке законодавче закріплення, у сучасній юридичній науці відсутнє однозначне розуміння честі та гідності як юридичних категорій. Відповідно, ці поняття потребують уточнення.

Стаття 3 Конституції України відносить честь та гідність разом із життям і здоров'ям, недоторканністю і безпекою до основної групи прав людини, які характеризують її як найвищу соціальну цінність. Стаття 21 Основного Закону пов'язує гідність індивіда із поняттям правової рівності та юридико-етичної «рівноцінності» всіх людей: «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах». Крім того, зазначена норма опосередковано дає підстави охарактеризувати гідність як невідчужуване та абсолютне право: «права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними». Стаття 28 Конституції України вбачає реалізацію права на повагу до гідності у забороні катування, жорстокого поводження чи покарання, а також проведення медичних дослідів без добровільної згоди особи.

Узагальнене наукове тлумачення понять «честь» та «гідність» приводить Українська юридична енциклопедія, яка характеризує їх як охоронювані законом особисті немайнові права і невідчужувані блага, що забезпечують соціальне буття особи фізичної. При цьому наголошується на логічній близькості таких понять. Разом із тим зазначається, що «гідність» базується на принципі рівності всіх суб'єктів у моральному відношенні та відображає ставлення індивіда до самого себе і суспільства до нього, а «честь» «диференційовано оцінює людей залежно від їхньої належності до певної соціальної, професійної або іншої спільноти» [3, с. 401].

Більшість науковців розглядають честь та гідність як цілісну категорію або зауважують, що честь та гідність співвідносяться як об'єктивний та суб'єктивний аспект одного і того самого принципу: честь являє собою суспільну оцінку індивіда, а гідність – самооцінку власних якостей, здатностей, світогляду, поведінки та суспільного значення [4, с. 6].

Таким чином, можна виділити такі визначальні складники честі та гідності як цілісного правового інституту: визнання цінності всякої людини як моральної особистості; особливе моральне ставлення людини до самої себе і ставлення до неї з боку суспільства, в якому визнається цінність особистості; усвідомлення індивідом свого суспільного значення й визнання цього значення з боку суспільства. Зі сказаного очевидно випливає, що передумовою виникнення інституту честі та гідності є визнання безумовної цінності особистості (індивіда) як самостійного суб'єкта права.

В історико-юридичному аспекті формування інституту честі та гідності генетично пов'язане із гуманістичною традицією ранньомодерної доби та такими категоріями, як основні права людини, формальна рівність, антропоцентричність, гуманізм.

Водночас більшість науковців погоджується, що виникненню такого інституту передував складний шлях суспільного розвитку, протягом якого століттями закладалися передумови для формування модерних уявлень про честь та гідність особистості.

Окремі дослідники пов'язують виникнення первісних уявлень про честь та гідність із племінною ідентифікацією людини:

образа окремої людини прирівнювалася до образи роду. Примітивною формою захисту честі та гідності на цьому етапі виступала, зокрема, кровна помста. Таким чином, уже в додержавний період почали формуватися елементарні моральні уявлення про честь та гідність особистості [5, с. 45]. Разом із тим більшість дослідників відзначають, що більш-менш виразно інтерес до таких питань прослідковується у мислителів античної доби, які розглядали поняття честі та гідності більшою мірою як морально-етичні, а не юридичні категорії.

У соціально-етичному сенсі мислителі античності виводили поняття честі та гідності людини із її соціального статусу. Антична філософсько-правова думка так само, як юридична практика, не розглядала індивіда як самостійну незалежну від соціуму юридичну категорію. Особистість не мислилася поза соціальними структурами, такими як держава, сім'я, суспільний стан тощо. Причому в античній свідомості саме соціум як ціле логічно й аксіологічно передував індивіду, який розглядався як складовий елемент відповідної спільноти. Так, у трактаті «Політика» Аристотель зазначає: «Первинною за природою є держава порівняно із сім'єю та кожним із нас, оскільки необхідно, щоб ціле передувало частині» [6, с. 379].

В умовах античної культури особиста гідність людини дорівнювала її громадянській гідності, яка не пов'язувалася з індивідом як таким. Визнавалася цінність не окремої особистості, а соціальної спільноти, домінувало поняття честі та гідності як піднесення у власному соціальному середовищі [4, с. 7]. Мати гідність означало бути гідним громадянином та гідно виконувати свою соціальну функцію.

Таким чином, термін «гідність» в античному світі ще не набув значення гідності людини як такої і використовувався стосовно окремої особи винятково для підкреслення її позитивних та корисних для спільноти рис.

У Стародавньому Римі поняття «честь» означало громадянське повноправ'я людини та наявність у неї відповідного юридичного статусу. Не будучи римським громадянином, людина не могла бути наділена честю [4, с. 7].

Зрештою, у римській юриспруденції панувала думка, що відносини, пов'язані із реалізацією та захистом честі та гідності, взагалі недоречно регулювати юридичними засобами: «як не підлягає правовому регулюванню порядок вживання повітря, яким людина дихає, так само не можна врегулювати особисті немайнові права» [7, с. 65].

Таким чином, протягом епохи античності категорії «честь» та «гідність» залишаються в основному не юридичними, а соціально-етичними поняттями, які характеризують людину як елемент відповідного колективу або суспільства загалом.

У Середні віки основними факторами, які визначили суспільно-правові уявлення про честь та гідність особистості, стали розвиток феодального способу виробництва та глобальне утвердження християнського віровчення.

Зародження феодалізму хронологічно пов'язують із розпадом Західної Римської імперії. На місці єдиної держави, яка об'єднувала всю античну цивілізацію, виникають нові слабко централізовані держави. Відбувається глобальна децентралізація та розпорошення державної влади [8, с. 23].

Місто, яке було майданчиком, пристосованим для репрезентації публічної влади в усьому її блиску, поступово було витіснене селом, а влада міських магістратів присвоювалась сільськими домами [8, с. 30].

Таке розпорошення державної влади, яке у західній історичній науці отримало назву феодальної революції, мало логічним наслідком «приватизацію» влади та суспільного життя: якщо за Аристотелем аксіологічним цілим виступала держава та суспільство загалом, то для середньовічного мислення основну цінність становить окрема сім'я, яка мислиться самодостатнім феноменом. Більше того, навіть держава розглядається як сімейна структура із батьком-монархом на чолі.

Приватизація суспільного життя та утвердження сім'ї як центральної соціальної цінності зумовило прагнення окремих сімей захистити свої майнові та особисті права від інших. Такі процеси призвели до закріплення в законодавстві жорстких вимог щодо забезпечення майнових прав, а також розвитку уявлень про честь сім'ї, яка поступово перетворилася на феномен станової честі.

Поняття суспільного стану в контексті інституту честі та гідності людини має виняткове значення і потребує детальнішого розгляду.

Передумовою формування феодальних станів стало поступове зникнення інституту рабства та виникнення нових форм суспільної залежності. Слід зазначити, що такий процес відбувався поступово: у ранній період рабство хоча і перестало відігравати визначальну соціально-економічну роль, але продовжувало існувати. Разом із тим уже в епоху Раннього Середньовіччя були зроблені спроби не лише пом'якшити положення рабів, але і визнати за ними певний обсяг особистих прав. Так, у державі франків

уже в VII сторіччі положення рабів суттєво змінюється. Едикт короля Хлотаря II забороняє вбивати рабів та встановлює нові положення щодо шлюбних відносин: відтепер вільна жінка, вступаючи в шлюбні відносини з рабом, зберігає свою свободу, вільними вважаються і народжені у такому шлюбі діти [9, с. 101]. Раби у цей період уже фактично визнаються носіями низки особистих прав, таких як право на життя та право власності. Більше того, окремі категорії рабів (наприклад, серви у державі франків) своєю чергою могли мати рабів та використовувати їхню працю для обробки власної землі. У цей же період триває процес закріплення рабів за земельними наділами та часті випадки відпущення рабів на свободу, які у VII столітті набувають масового характеру [9, с. 102]. Подібні зміни відбуваються і в законодавстві східноєвропейських держав. Так, візантійська Еклога встановлює юридичну відповідальність рабовласника за умисне вбивство раба: «якщо володар непомірно катував раба або труїв його, або спалив, то підлягає покаранню за вбивство» [10, с. 73] Разом із тим нанесення рабу побоїв, які випадково призвели до його смерті, не тягли юридичної відповідальності.

Зникнення рабства поступово призводить до утвердження складної станової системи із розгалуженими формами взаємних залежностей.

У найбільш загальному сенсі феодальне суспільство поділялося на три соціальні групи, або стани: “oratores” – люди молитви, тобто священнослужителі; “bellatores” – люди війни (воїни) та “laboratores” – люди праці, тобто трудящий люд [11, с. 62]. Очевидно, що така схема не відображає всієї складності суспільства середньовічної Європи, крім того, кожна із зазначених груп була неоднорідною та містила внутрішні підгрупи, які своєю чергою були залежними одна від одної та від представників інших станів. Проте в основу феодального суспільства покладено саме такий поділ. Мислителі Середньовіччя вважають усі соціальні стани суспільно необхідними та взаємозалежними, пов’язаними взаємними правами та обов’язками.

Е. Анерс зазначає, що фактичне положення залежної людини Середньовіччя часто мало відрізнялося від положення раба [12, с. 147]. Проте факт закріплення за представниками нижчих станів елементарних прав говорить на користь прогресивного характеру цієї епохи. Важливо, що якщо статус раба вважався принизливим (раб взагалі не вважався членом суспільства), то феодально залежні люди (принаймні в теорії) розглядалися необхідним складником соціуму. Сама фізична праця починає розглядатися як нормальне, гідне людської природи заняття. У суспільстві дрібних виробників, які переважали в ту епоху, продуктивна праця не могла вважатися ганебним заняттям [13, с. 21].

Суспільним ідеалом Середньовіччя є добровільна співпраця представників різних станів заради спільної користі. Як пише невідомий поет середньовічної Німеччини: «Священик, лицар і селянин мають бути товаришами. Селянин має обробляти землю для священика і лицаря, священик має рятувати селянина і лицаря із пекла, а шляхетний лицар зобов’язаний захищати селянина та священика від злодіїв, які їм загрожують» [14, с. 30].

Честь та гідність представника кожного стану полягала у відповідності його особистих якостей відповідним становим характеристикам. Так, честь князя у слов’янських народів становили такі чесноти, як справедливість, піклування про військо та підданих, щедрість, зваженість, сміливість у бою тощо. Невідповідність князя таким ознакам або їх втрата тягла за собою втрату честі, позначену в літописах терміном «сором» [15, с. 16].

Важливо відзначити, що, на відміну від концепції громадянської гідності античного суспільства, інститут станової честі визнавав наявність честі та гідності у представника відповідного стану уже за фактом самого народження, а не особливих громадських заслуг. З іншого боку, честь могла бути втрачена представником привілейованого стану. Такий інститут, з одного боку, цементував суспільну нерівність, проте з іншого – чи не вперше дав змогу говорити про честь та гідність як індивідуальні права особистості як такої.

Намагання забезпечити та абсолютизувати особисту честь представниками привілейованих станів призводить до виникнення феномена лицарської честі.

На думку А.М. Архангельського, на противагу античності епоха феодалізму абсолютизує особисту гідність, приховуючи її зв’язок із загальною цінністю людини [16, с. 184].

Разом із тим представники нижчих станів, такі як цехові ремісники, також мали уявлення про власну гідність та честь. Гільдії та корпорації були соціальними формами, у яких такі уявлення реалізовувалися [17, с. 35].

В епоху феодалізму набуває доволі великого поширення практика нормативного закріплення юридичної відповідальності за правопорушення проти честі та гідності

людини. Уже перші кодекси звичаєвого права германських та слов'янських народів, зокрема Руська та Салічна правда, законодавчі акти середньовічних монархів містять норми щодо захисту честі та гідності особистості. Як правило, вони носять виражений становий характер. Наприклад, Статут князя Ярослава про церковні суди встановлює диференційовані види покарань за наклеп на добре ім'я жінки. Розмір штрафу залежить від станової приналежності останньої: від боярської дружини – «5 гривень золота за сором (чоловікові) та 5 гривень митрополиту, та смертна кара від князя», до селянки – «60 різок та 3 гривні митрополиту» [18, с. 43].

Ідеологічною основою середньовічного суспільства виступало соціально та політично організоване християнство. Причому християнський світ дедалі більше усвідомлював себе не тільки як релігійну громаду, а й як політичну спільноту [19, с. 308].

Не заперечуючи станове розшарування суспільства та фактичні відмінності у правовому та соціальному статусі окремих людей, середньовічна церква водночас постійно артикулювала ідею природної рівності людей як дітей Божих.

Так, уже в IX столітті Орлеанський єпископ Іона, критикуючи феодалів, писав: «усі злидарі і раби є рівними аристократам за своєю природою» [20, с. 51].

Очевидно, що у такому разі йдеться про рівність в етичному, а не юридичному сенсі. Проте такий напрям думки поступово формує підґрунтя для переоцінки цінності особистості, її честі та гідності у сфері юридичної філософії та практики.

Саме під впливом християнства середньовічна правова думка була змушена помітити особистість як самостійний юридичний феномен, чия цінність не залежить від станових та суспільних характеристик. Поступово корегуються завдання закону і права: тепер кожна людина – особистість, яка має бути наділена правами, адже її свобода подарована не державою, а Богом [21, с. 16].

В епоху Середньовіччя відбувається важливий процес, пов'язаний із індивідуалізацією духовного життя людини. Якщо у стародавні часи релігійність виступала своєрідним колективним громадським обов'язком державної спільноти, то в епоху Високого Середньовіччя центром духовного життя поступово стає сама людина, що проявляється, з одного боку, у встановленні церквою контролю за релігійним життям кожної людини (індивідуальної оцінки праведності), а з іншого – у розширенні канонічних прав та незалежності особи від спільноти парафіян.

Яскравим прикладом таких змін у канонічному праві стали правила IV Латеранського собору, якими було закріплено право мирянина самостійно обирати собі священика для сповіді, а також уперше юридично закріплено абсолютний обов'язок священика зберігати таємницю сповіді: «Нехай священик буде обережним повною мірою, щоб ані словом, ані жестом, ані будь-яким іншим чином не видати грішника перед спільнотою» [22, с. 63]. Таким чином, сповідь перетворюється із громадської справи на приватну.

Під впливом розвитку феодалізму та християнського віровчення фокус правової думки поступово звужується від держави і суспільства загалом до окремого стану, потім сім'ї і, нарешті, окремої особистості. Характерно, що саме в Середні віки з'являється інтерес до людини як ключа до пізнання світу і суспільства. «Найважливіший і чи не єдиний шлях пізнання істини – спочатку пізнати і полюбити саму людську природу ... Адже якщо людська природа не знає, що відбувається в ній самій, то як вона може пізнати те, що вище за неї», – писав ірландський мислитель Іоанн Скот Еріугена [23, с. 789].

Поступово у роботах мислителів пізнього Середньовіччя з'являються визначення честі та гідності як невід'ємних ознак особистості. Так, автор «Сентенцій» Петро Ломбардський визначає особу як «індивідуальну істоту, яка вирізняється з-поміж інших завдяки своєрідності, яка належить до її гідності» [24, с. 130].

Можна частково погодитись із думкою, що Середньовіччя не цінувало людину за її індивідуальні якості, а середньовічна людина не бачила іншого як частину цілого, що має цінність, і не помічала в іншому його індивідуальності [2, с. 26] Проте зазначене аж ніяк не виключає ідеї цінності людини для середньовічної правової думки. Навпаки, у цьому проявляється сприйняття ідеї гідності кожної пересічної особи через її людське єство, незалежно від її особистих якостей та заслуг перед суспільством. Що ж стосується розуміння індивіда як частини цілого, то цей елемент не є витвором власне середньовічної думки, а спадком античності, як було показано вище.

Невідповідність між релігійними ідеями та фактичною соціальною та юридичною нерівністю призвело до поступового утвердження ідей прав людини, яке повною мірою було реалізовано у Новий час та пов'язується зі зникненням відмінностей між соціальними станами та поширенням інституту честі та гідності на всіх представників суспільства.

Висновки

У контексті формування передумов виникнення інституту честі та гідності людини протягом доби європейського Середньовіччя, в умовах феодальної суспільно-економічної формації та під визначальним впливом християнського віровчення відбулися важливі зміни у суспільно-правовій думці та юридичній практиці.

1. Під впливом розвитку феодального способу виробництва поступово зникає рабство, а на зміну суспільному поділу на рабів та вільних приходить ієрархічна суспільна система зі складними зв'язками міжстанової залежності.

2. Виникає та розвивається соціальна концепція станової честі, яка у представників вищих станів набула форми «лицарської честі», яка мала виразні індивідуалістичні риси.

3. У Середні віки набуває великого поширення законодавче закріплення правових норм, спрямованих на захист честі та гідності людини у прив'язці до її станової приналежності.

4. Під впливом християнського віровчення формується ідея загальної рівності, яка втім носить суто етичний, а не юридичний характер.

5. Особистість починає розглядатися як самостійна цінність, незалежна від її станової приналежності та особистих якостей.

6. Наприкінці епохи Середньовіччя зафіксовані перші зразки тлумачення честі та гідності людини як невід'ємних характеристик особистості у юридичному та соціально-етичному сенсі.

Таким чином, європейське Середньовіччя стало важливим етапом розвитку суспільно-правової думки, на якому було сформовано суттєві передумови для виникнення інституту права людини на честь та гідність. Разом із тим остаточне оформлення честі та гідності особистості як правового інституту відбулося уже в модерну епоху.

Список використаних джерел:

1. Паладьев М.А. Конституционное право человека на честь и достоинство: основания, содержание, защита : дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 2006.

2. Братасюк В.М. Правова особистість в умовах правової реальності європейського Середньовіччя. *Юридичний вісник*. № 3(20). 2011, с. 24–30.

3. Юридична енциклопедія: в 6 т., Т. 6 / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998.

4. Безроднова К.В. К вопросу о развитии представлений о категориях чести и достоинства: историко-правовой аспект. *Вестник ЮУрГУ*, № 43, 2012.

5. Власова О.В. Формирование представлений о чести и достоинстве личности в истории развития общества. *Вестник ПАГС*, 2011.

6. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 4. / пер. с древнегреч.; общ. ред. А.И. Доватура. Москва : Мысль, 1983. 830 с.

7. Блажівська О.Є. Розвиток положень про захист гідності, честі та ділової репутації у кодифікаціях цивільного законодавства України радянського періоду. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 2. С. 65–69.

8. История частной жизни / под общей ред. Ф Арьеса и Ж. Дюби. Т. 2: Европа от феодализма до Ренессанса / пер. с франц. Е Решетниковой и П. Каштанова. Москва : Новое литературное обозрение, 2015. 784 с.: ил.

9. Данилова Г.М. Проблемы генезиса феодализма у славян и германцев (Сравнительный анализ франкских, древнерусских, хорватских, сербских и польских источников). Петрозаводск : Карелия, 1974. 232 с.

10. Эклога: Византийский законодательный свод VIII века. / Вступ. статья, перевод, коментарии Е.Э. Липшиц. Москва : Наука, 1965. 229 с.

11. Нарис історії середньовічої та ранньомодерної України. 3-тє вид., перероблене та розширене. Київ : Критика, 2006. 584с.

12. Аннерс Е. История европейского права. Москва, 1999.

13. Вдовичин І.Я. Формування ідей особистісної свободи в епоху Середньовіччя. *Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку*, № 1, 2012.

14. Гуревич А.Я. Средневековый мир: культура безмолвствующего большинства. Москва : Искусство, 1990. 396 с.

15. Власть и общество в литературных текстах Древней Руси и других славянских стран (XII–XIII вв.) / Отв. ред. Б.Н. Флоря. Москва : Знак, 2012. 328 с.: ил.

16. Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. Москва : Искусство, 1972.

17. Безроднова К.В. Честь и достоинство как теоретико-правовые понятия (историко-правовое исследование) : дис. канд. юрид. наук. Челябинск. 2014.

18. Хрестоматія з історії держави і права України: У 2-х т. : навчальний посібник. / за ред. В.Д. Гончаренка. вид. 2-ге, перероб. і доп. Том 1: З найдавніших часів до початку XX ст. / уклад. В.Д. Гончаренко, А.Й. Рогожин, О.Д. Святоцький. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. 472 с.

19. Дейвіс Норман. Європа: Історія / пер. з англ. П Таращук, О. Коваленко. Київ : Видавництво Соломії Павличко «Основи», 2001. 1463 с.

20. Fossier R. Historie sociale de l'Occident medieval. Paris. 1970.

21. Величко А.М. Идея права в Византии. *Северо-Кавказский юридический вестник*. 2011. № 1, с. 15–24.

22. Атриа Ларсон. Грациан «О покаянии», Канон IV Латеранского собора «Все обоего пола» и каноники: защита и надзор за совестью индивида. *Verbum*. № 18, 2016, с. 59–71.

23. Антология мировой философии. В 4-х томах. Т.1, ч. 1 и 2. Москва : «Мысль», 1969. 936 с. С илл.

24. Митюкова А. Честь имеем?! *Наука Сибири*, № 36 (2372). Сентябрь 2002, с. 130–142.

The article deals with the problem of the role of medieval legal thought in the process of forming ideas about the honor and dignity of the individual as a legal institution. It is argued that the precondition for the emergence of the institution of honor and dignity is the recognition of the unconditional value of the individual as an independent subject of law. The article examines the main historical factors that determined the specifics of medieval notions of honor and dignity. It is noted that such fundamental factors are the feudal way of production and establishment of Christian doctrine as a global ideology. These factors led, in particular, the following features of the medieval understanding of these categories: honor and dignity are important features of personality, but their specific content is not constant and depends on the caste of the individual (caste honor); honor and dignity are perceived as socio-ethical and at the same time legal categories; the degree and method of legal protection of honor and dignity are determined depending on the caste of the holder of the relevant rights; combining the religious and ethical idea of universal equality with the factual and legal stratification of society and the existence of privileged and affected states. The article notes that the general trend of this era was a gradual narrowing of the legal focus from the state and society as a whole, to a particular state, then the family and finally the individual. The importance of the process associated with the individualization of spiritual life, due to which the individual acquires the qualities of the center of religious life. At the same time, the discrepancy between religious ideas and the actual social and legal inequality of the various classes has led to the gradual establishment of human rights ideas, which has been fully realized in modern times, and is associated with the disappearance of social status and the spread of honor and dignity for all members of society. In general, the Middle Ages are considered as an important historical stage in the formation of preconditions for the emergence of the modern institution of honor and dignity of the individual.

Key words: honor and dignity, Middle Ages, personality, human rights, personal intangible rights.

УДК 343.59 (477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.38

Вікторія Базелюк,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Євгенія Коваленко,
студентка III курсу
Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВІДМЕЖУВАННЯ НЕЗАКОННОГО ПРОВЕДЕННЯ ПОШУКОВИХ РОБІТ НА ОБ'ЄКТІ АРХЕОЛОГІЧНОЇ СПАДЩИНИ, ЗНИЩЕННЯ, РУЙНУВАННЯ АБО ПОШКОДЖЕННЯ ОБ'ЄКТІВ КУЛЬТУРНОЇ СПАДЩИНИ ВІД СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ

Статтю присвячено питанням відмежування незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини (ст. 298 КК) від суміжних складів злочинів.

Закон про кримінальну відповідальність містить ряд злочинів, які можуть бути віднесені до суміжних зі злочином, передбаченим ст. 298 КК. При цьому співвідношення суміжних складів злочинів слід відрізняти від конкуренції загальної та спеціальної норми. Суміжні склади злочинів мають багато спільних ознак, окрім, як правило, однієї, яка і є розмежувальною. Враховуючи специфіку незаконного проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини, слід зазначити, що більшість із суміжних із даним злочином діянь відрізняються від нього за предметом злочину, змістом суб'єктивної сторони, а також деякими особливостями об'єктивної сторони. До суміжних зі злочином, передбаченим ст. 298 КК, слід віднести: пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст. 178 КК), незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь (ст. 179 КК), незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї (ст. 193 КК), умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252 КК), наругу над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого (ст. 297 КК) та наругу над державними символами (ст. 338 КК).

Актуальність та важливість даної статті полягає в тому, що на практиці досить часто виникає питання, за якими ознаками слід відмежовувати незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини від указаних вище суміжних складів злочинів та в яких випадках досліджуваний злочин слід кваліфікувати за сукупністю з перерахованими злочинними діяннями.

Ключові слова: археологічні розвідки, археологічні розкопки, наруга над могилою, культурні цінності, релігійні святині, об'єкт природно-заповідного фонду.

Постановка проблеми. Питання відмежування суміжних складів злочинів є досить актуальним не лише для науки кримінального права, а й для практики застосування закону про кримінальну відповідальність. Щодо окремих складів злочинів зазначена проблема більш-менш вирішена у відповідних постановах Пленуму Верховного Суду України. Хоча іноді правова оцінка суспільно небезпечного діяння Верховним Судом України не завжди є прикладом правильного застосування норм кримінального закону. Що стосується питання відмежування посягань на об'єкти культурної та археологічної спадщини від суміжних складів злочинів, то натепер воно не знайшло свого вирішення

© В. Базелюк, Є. Коваленко, 2020

ні в постановах чи рішеннях вищої судової інстанції, ні в теорії кримінального права.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі проблемні питання посягань на об'єкти культурної та археологічної спадщини розглядалися в роботах таких учених, як В. І. Акуленко, Р. В. Асейкін, Є. П. Гайворонський, Т. Г. Каткова, В. В. Кузнецов, Є. І. Кузьменко, Т. В. Курило, Л. А. Литовченко, В. А. Ломако, П. С. Матишевський, О. С. Мільчуцька, М. С. Міщенко, В. О. Навроцький, Б. М. Одайник, І. Г. Поплавський, О. С. Сотула, О. В. Усенко та ін. Але, незважаючи на чималу кількість наукових розробок стосовно посягань на культурні цінності, проблема відмежування суміжних злочинів даної сфери наразі не знайшла остаточного свого вирішення.

Мета статті – виявити злочини, які є суміжними з незаконним проведенням пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищенням, руйнуванням або пошкодженням об'єктів культурної спадщини, та провести їх відмежування.

Виклад основного матеріалу. Закон про кримінальну відповідальність містить ряд злочинів, які можуть бути віднесені до суміжних зі злочином, передбаченим ст. 298 КК. Співвідношення суміжних складів злочинів слід відрізняти від конкуренції загальної та спеціальної норми. Суміжні склади злочинів мають багато спільних ознак, окрім, як правило, однієї, яка і є розмежувальною. Враховуючи специфіку незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини, зазначимо, що більшість із суміжних із даним злочином діянь відрізняються від нього за предметом злочину, змістом суб'єктивної сторони, а також деякими особливостями об'єктивної сторони. До суміжних зі злочином, передбаченим ст. 298 КК, слід віднести: пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст. 178 КК), незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь (ст. 179 КК), незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї (ст. 193 КК), умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252 КК), наругу над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого (ст. 297 КК) та наругу над державними символами (ст. 338 КК).

У зв'язку з цим на практиці досить часто виникає питання, за якими ознаками слід відмежовувати незаконне проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини від указаних вище суміжних складів злочинів та в яких випадках досліджуваний злочин слід кваліфікувати за сукупністю з перерахованими злочинними діяннями.

Відмежування знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини від пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст. 178 КК) може бути проведено на основі характеристики родового та безпосереднього об'єктів даних злочинів. Знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини є злочином проти громадського порядку та моральності, які і є його родовим об'єктом. Безпосереднім же об'єктом даного злочину виступають суспільні відносини, які забезпечують цілісність та недоторканість об'єктів культурної та археологічної спадщини, що впливають на формування основних принципів морального (духовного) життя суспільства, шкода яким заподіюється шляхом порушення встановлених законом правил поводження із зазначеними предметами. Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків є злочином проти конституційних прав і свобод людини і громадянина і безпосередньо спричиняє шкоду праву людини на свободу віросповідання, яке включає свободу сповідувати будь-яку релігію, безперешкодно відправляти одноособово чи колегіально релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність, у т.ч. з використанням релігійних споруд чи культових будинків [1, с. 12]. Окрім того, предметом злочину, передбаченого ст. 298 КК, є об'єкти культурної спадщини місцевого та національного значення, а предметом злочину, передбаченого ст. 178 КК, є релігійні споруди або культові будинки. Але на практиці трапляються випадки, коли релігійні споруди чи культові будинки мають особливу історичну чи культурну цінність і віднесені до об'єктів культурної спадщини місцевого чи національного значення та занесені до Державного реєстру нерухомих пам'яток України. Таким прикладом є собор Святого Юра у Львові, який одночасно є і релігійною спорудою, і об'єктом культурної спадщини національного значення. У такому випадку дії винної особи слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 178 та ст. 298 КК. Слід зазначити, що відмінність об'єктивної сторони даних злочинів полягає лише в тому, що ст. 178 КК не передбачає такий вид діяння, як знищення.

Схожа ситуація спостерігається і у розмежуванні знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини

та незаконного утримування, осквернення або знищення релігійних святинь (ст. 179 КК). Основна відмінність між цими злочинами полягає в об'єкті. Злочин, передбачений ст. 179 КК, має такий самий родовий об'єкт, як і злочин, передбачений ст. 178 КК. Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 179 КК, є суспільні відносини, що забезпечують свободу віросповідання і повагу почуттів віруючих [2, с. 142]. Окрім того, предметом злочину, передбаченого ст. 179 КК, є релігійні святині, які можуть водночас бути об'єктами культурної спадщини місцевого чи національного значення та бути занесеними до Державного реєстру нерухомих пам'яток України. У такому випадку їх знищення потребує додаткової кваліфікації за відповідною частиною ст. 298 КК. В об'єктивній стороні досліджуваних злочинів спостерігається лише частковий збіг діянь. Спільним для обох злочинів є поняття знищення, а утримування притаманне лише ст. 179 КК, руйнування – лише ст. 298 КК. Що стосується поняття осквернення, то, як правильно зазначає Б. М. Одайник, за певних умов воно може трактуватися і як пошкодження у складі злочину, передбаченого ст. 298 КК [1, с. 12].

Подібність злочинів, передбачених ст. 193 КК та ч. 2 ст. 298 КК, полягає у схожості їх предметів, а саме такої притаманної їм ознаки, як наявність історичної, наукової або культурної цінності. До того ж збігатися може і суб'єктивна сторона даних злочинів. Відмежування даних злочинів слід проводити на основі характеристики їх родових та безпосередніх об'єктів, а також об'єктивної сторони. Родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 193 КК, є відносини власності, а безпосереднім – відносини власності та право власності на майно, що вибуло з фактичного володіння власника [2, с. 168]. Об'єктивна сторона даного злочину характеризується вчиненням таких діянь, як незаконне привласнення знайденого особою майна, яке має особливу історичну, наукову, художню або культурну цінність, та незаконне привласнення особою майна, яке має особливу історичну, наукову художню або культурну цінність, яке випадково опинилося у неї [3, с. 29].

Певні труднощі на практиці виникають і в розмежуванні незаконного проведення пошукових робіт на об'єкті археологічної спадщини, знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини та умисного знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252 КК). По-перше, зазначені злочини посягають на різні об'єкти кримінально-правової охорони, оскільки умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду є злочином проти довкілля. По-друге, різними є і предмети даних злочинів. Предметом злочину, передбаченого ст. 252 КК, є території, взяті під охорону держави, та об'єкти природно-заповідного фонду, що утворюють єдину територіальну систему і підлягають особливій охороні. До об'єктів природно-заповідного фонду належать державні заповідники, природні національні парки, заказники, пам'ятники природи, дендрологічні та зоологічні парки, заповідні урочища тощо. До таких територій відносять об'єкти природи, які являють собою велику наукову, історичну, а також лікувально-оздоровчу цінність (наприклад, Нікітський ботанічний сад у Криму, Тростянецький парк у Сумській області, Дніпровські пороги у Запорізькій області, Одеські катакомби, Володимирська гірка в Києві тощо) [2, с. 279-280]. А відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону культурної спадщини» від 8 червня 2000 р. до об'єктів культурної спадщини належать природні, природно-антропогенні та створені людиною об'єкти [4]. Тобто іноді об'єкти природно-заповідного фонду можуть одночасно бути і об'єктами культурної спадщини місцевого чи національного значення та бути занесеними до Державного реєстру нерухомих пам'яток України. На думку Б. М. Одайника, коли предмет посягання є одночасно і об'єктом природно-заповідного фонду України, і об'єктом культурної спадщини, виникає проблема колізії норм – ст. 252 і 298 КК. Об'єктивно таке діяння реально спричинятиме шкоду і встановленому порядку охорони, відтворення і використання об'єктів природно-заповідного фонду України, і встановленому порядку поводження з пам'ятками історії, культури або археології. Науковець вважає, що відмежування в такому випадку можливе переважно за суб'єктивною стороною – як сприймає суб'єкт злочину посягання на предмет злочину: як на об'єкт природно-заповідного фонду або як на об'єкт культурної спадщини [1, с. 12]. Але така позиція є не зовсім правильною, оскільки можуть траплятися випадки, коли особа, здійснюючи посягання, розуміє, що об'єкт має історичну чи наукову цінність, але достовірно не знає, чи є він об'єктом природно-заповідного фонду України або об'єктом культурної спадщини. Можлива і ситуація, коли суб'єкт достовірно знає, що спричиняє шкоду і об'єкту природно-заповідного фонду, і об'єкту

культурної спадщини. Тому в таких випадках діяння потрібно кваліфікувати за сукупністю норм – за ст. 252 та ст. 298 КК.

Суміжним зі ст. 298 КК складом є також наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого (ст. 297 КК). Зазначені склади мають спільний родовий об'єкт (суспільні відносини у сфері громадського порядку та моральності) та спільний видовий об'єкт (суспільні відносини у сфері моральності). Різняться вони між собою за безпосереднім об'єктом та предметом злочину. Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 297 КК, є суспільні відносини, що забезпечують загальноприйняті моральні принципи прояву поваги до пам'яті та праху покійних [2, с. 368], а предметом – могила, склеп, надмогильні споруди, огорожа, урна з прахом померлого, інше місце поховання, а також предмети, що знаходяться на могилі або в ній: тіло, останки, прах померлого, одяг на ньому, нагороди, коштовності, вінки тощо [5]. Предметом злочину, передбаченого ст. 298 КК, також може бути місце поховання та предмети, що в ньому знаходяться. Так, могили багатьох історичних постатей, письменників, художників є пам'ятками історії і культури та занесені до Державного реєстру нерухомих пам'яток України і охороняються державою. Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 297 КК, виражена в нарузі над могилою, іншим місцем поховання, над тілом, останками, прахом померлого або над урною з прахом померлого, а також у незаконному заволодінні тілом, останками, прахом померлого, урною з прахом померлого або предметами, що знаходяться на (в) могилі, в іншому місці поховання, на тілі, останках чи прахові померлого. Наруга може вчинятися шляхом осквернення могили, утворення зневажливих написів, малюнків, символів або інших зображень на пам'ятниках чи надмогильних спорудах або урні з прахом померлого. Також наруга може здійснюватися шляхом розкопування могили, пошкодження ніші в стіні, урни з прахом, осквернення труни, пошкодження пам'ятника, надгробної плити, пам'ятних написів, зображень, огорожі тощо [2, с. 368]. Таким чином, наруга може полягати й у знищенні, руйнуванні або пошкодженні об'єкта. Водночас знищення, руйнування або пошкодження не обов'язково має ознаки наруги чи осквернення, хоча і не виключає їх. Не є винятком і проведення археологічних розвідок, розкопок, інших земляних чи підводних робіт на місці поховання. Здійснення вищезазначених робіт також можна розцінювати як наругу (осквернення). Отже, об'єктивна сторона досліджуваних злочинів частково збігається. Тому якщо місце поховання, на яке відбувається посягання, є одночасно і об'єктом культурної чи археологічної спадщини, то дії винної особи слід кваліфікувати за сукупністю злочинів – за ст. 297 та 298 КК. Аналогічно вирішується така ситуація і на практиці.

Напевно, у зв'язку зі значною поширеністю вчинення зазначених злочинів у сукупності в літературі трапляються пропозиції щодо їх об'єднання в одній статті КК. Так, І. В. Ковтонюк пропонує розглянути питання про об'єднання статей 297, 298 та 298[1] КК в одну статтю – «Вандалізм» у такому викладі «... умисне нищення, руйнування чи псування пам'яток історії або культури, наруга над могилою, іншим місцем поховання, над трупом або урною з прахом покійного, а також викрадення предметів, що знаходяться в місці поховання або на трупі, умисне знищення, пошкодження або приховування документів Національного архівного фонду» [6, с. 606]. Але позиція зору вбачається не зовсім обґрунтованою. Як слушно зазначив О. С. Сотула, мотиви будь-якого вандалізму завжди можна тлумачити як хуліганські [7, с. 148], а виходячи із судової практики вищезазначені злочини здебільшого вчиняються з корисливих мотивів.

Наруга над державними символами (ст. 338 КК) теж є злочином, суміжним зі ст. 298 КК. Дані злочини різняться між собою за об'єктом кримінально-правової охорони, оскільки родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 338 КК, є суспільні відносини, що виникають між органами державної влади, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян і фізичними особами у зв'язку зі здійсненням адміністративно-розпорядчих функцій з метою захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб [2, с. 429]. Різними є і предмети цих злочинів. Предметом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 338 КК, є Державний прапор України, Державний Герб України і Державний Гімн України, а ч. 2 ст. 338 КК – офіційно встановлений або піднятий прапор чи герб іноземної держави [2, с. 430-431]. Але об'єкт культурної спадщини місцевого чи національного значення також може містити в собі державний символ. З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 338 КК, виражається лише у публічній нарузі над державними символами. Під наругою розуміють грубе, образливе ставлення, зле висміювання, дії, спрямовані на приниження тих цінностей, до яких інші члени суспільства ставляться з повагою (наприклад, зривання прапора чи герба, їх знищення або пошкодження, використання їх не за призначенням, учинення

на них непристойних написів або малюнків, спотворення тексту або музики гімну, поширення його тексту зі спотворенням змісту і значення, інші дії, в яких виявляється зневажливе ставлення особи до державних символів). При цьому публічний характер дій означає, що вони можуть бути вчинені як відкрито, так і таємно, але за умови, що згодом стануть очевидними для невизначеного кола осіб [2, с. 431]. Оскільки наруга над державними символами включає в себе їх знищення або пошкодження, а знищення, руйнування або пошкодження об'єктів культурної спадщини не виключає наруги над ними, можна дійти висновку, що об'єктивна сторона зазначених злочинів частково збігається, а тому не може бути критерієм для розмежування. Таким критерієм виступає суб'єктивна сторона складів даних злочинів, а саме мета, яку ставив собі суб'єкт, вчиняючи посягання на об'єкт культурної спадщини, що містить у собі державний символ. Як слушно зазначає Б. М. Одайник, якщо суб'єкт злочину публічно руйнує чи пошкоджує (або розраховує на подальшу публічну реакцію на його дії) об'єкт культурної спадщини, який містить у собі державний символ, і має на меті через спаплюження такого символу підірвати авторитет держави, то таке діяння слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідними частинами ст. 298 і 338 КК. А у випадку, коли такий суб'єкт вчиняє подібні дії, не маючи на меті публічне осквернення такого символу (наприклад, здійснюючи незаконний демонтаж металевого зображення герба держави, який є елементом об'єкта культурної спадщини, з метою здачі його на металобрухт і отримання незаконного прибутку), то таке діяння повинно бути кваліфіковано виключно за ст. 298 КК [1, с. 13]. Так, відповідно до п. 10 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 4 червня 2010 р. «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» якщо у складі злочину передбачене діяння, окремі прояви якого у поєднанні з відповідними обставинами утворюють склад іншого злочину, то такі прояви, як правило, повинні отримувати окрему кваліфікацію [8].

Висновки

Підсумовуючи викладені у даній статті положення, слід зазначити, що до суміжних зі злочином, передбаченим ст. 298 КК, слід віднести: пошкодження релігійних споруд чи культових будинків (ст. 178 КК), незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь (ст. 179 КК), незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилося у неї (ст. 193 КК), умисне знищення або пошкодження територій, взятих під охорону держави, та об'єктів природно-заповідного фонду (ст. 252 КК), наругу над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого (ст. 297 КК) та наругу над державними символами (ст. 338 КК). Більшість із зазначених діянь відрізняються за предметом злочину, змістом суб'єктивної сторони, а також деякими особливостями об'єктивної сторони. Окрім того, іноді злочин, передбачений ст. 298 КК, слід кваліфікувати за сукупністю з перерахованими злочинними діяннями.

Список використаних джерел:

1. Одайник Б. М. Кримінальна відповідальність за знищення, руйнування або пошкодження пам'яток – об'єктів культурної спадщини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 20 с.

2. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2015. 680 с.

3. Асейкін Р. В. Відмежування злочинів, передбачених ст. 298 та 298[1] КК України, від суміжних складів злочинів. *Кримінальний кодекс України: 10 років очікувань:* матеріали міжнар. симпозіуму. (м. Львів, 23–24 вересня 2011 року). Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 28–31.

4. Про охорону культурної спадщини : Закон України від 8 червня 2000 р. № 1805-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 39. Ст. 333.

5. Про поховання та похоронну справу : Закон України від 10 липня 2003 р. № 1102-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 7. Ст. 47.

6. Ковтонюк І. В. Щодо поняття «вандалізму». *Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності :* матеріали доп. та повідомл. наук.-практ. конф. (м. Київ, 3 квітня 2009 року). Київ : Атіка, 2009. С. 605–606.

7. Сотула О. С. Кримінальна відповідальність за наругу над могилою та нищення, руйнування чи псування пам'яток – об'єктів культурної спадщини: проблемні аспекти. *Право України*. 2008. № 7. С. 147–149.

8. Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 р. № 7. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 7. Ст. 6.

The article is devoted to the issues of demarcation of illegal searches on the archeological heritage object, destruction, demolition or damage to the cultural heritage objects (art. 298 of the Criminal Code) from the related compositions of the crime.

The Law on Criminal Liability contains a number of crimes that can be attributed to the related ones to the crime envisaged by art. 298 of the Criminal Code of Ukraine. In this case, the ratio of related crimes should be distinguished from the competition of general and special norms. Related crimes have many common features, except one that is differentiating. Given the specific nature of the illegal conduct of archaeological exploration, excavations, other earthworks or underwater works on the archaeological heritage object, destruction, demolition or damage to the cultural heritage objects, it should be noted that most of the acts related to the crime are different from the object of the crime, the content of the subjective side, as well as some features of the objective side. Related to the crime, envisaged by art. 298 of the Criminal Code, should include: damage to religious buildings or worship houses (art. 178 of the Criminal Code), unlawful retention, desecration or destruction of religious shrines (art.179 of the Criminal Code), unlawful person's misappropriation of found or someone else's property accidentally found at that person (art. 193 of the Criminal Code) deliberate destruction or damage to the territories taken under the protection of the state and objects of the nature reserve fund (art. 252 of the Criminal Code), the desecration of a grave, other burial place or over the body of the deceased (art. 297 of the Criminal Code) and abuse of state symbols (art. 338 of the Criminal Code).

The relevance and importance of this article is that in practice, it often raises the question of what distinguishes the illegal conduct of prospecting at an archaeological object, destruction, demolition or damage to the cultural heritage objects from the above-mentioned related crime and in which cases the investigated crime should be qualified in the aggregate with the listed criminal offenses.

Key words: archeological exploration, archaeological excavations, desecration of grave, cultural values, religious shrines, object of the nature reserve fund.

УДК 343.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.39

Антон Байда,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Ольга Склезь,
студентка III курсу
Інституту підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ ЗА СТАТТЕЮ 222 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ШАХРАЙСТВО З ФІНАНСОВИМИ РЕСУРСАМИ

Нині юристи-практики досить часто стикаються із проблемою відмежування деяких злочинів із суміжним складом один від одного. Зокрема, аналіз судової практики засвідчує, що однією із найскладніших проблем правозастосування є неоднаковий підхід до розуміння слідчими, прокурорами, суддями та адвокатами питання щодо співвідношення злочину, передбаченого ст. 222 КК України «Шахрайство з фінансовими ресурсами», з іншими суміжними складами злочинів. Особливостями цього конкретного злочину можна визначити його об'єктивну та суб'єктивну сторону, які своєю чергою можуть слугувати критеріями диференціації злочинів із суміжним складом один від одного.

Аналізуючи практику правозастосування, можна зробити висновок, що найбільше складнощів викликає відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від шахрайства як злочину проти власності, відповідальність за який передбачено ст. 190 КК України. Також деякі труднощі виникають із відмежуванням шахрайства з фінансовими ресурсами від специфічного злочину із назвою «привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем», відповідальність за який регламентує ст. 191 КК України. Окрім цього, юристи на практиці часто можуть стикатися із застосуванням різних підходів до відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від «нецільового використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням», тобто злочину, передбаченого ст. 210 КК України.

У процесі роботи встановлено, що шахрайство з фінансовими ресурсами може як мати спільні риси складу з іншими суміжними злочинами, так і поєднуватись із вчиненням суміжних злочинів. Наприклад, отримання податкових пільг шляхом надання фізичною особою-підприємцем або посадовою особою суб'єкта підприємницької діяльності завідомо неправдивої інформації до податкових органів є водночас ухиленням від сплати податків, відповідальність за що передбачена ст. 212 КК.

Натепер шахрайство з фінансовими ресурсами як злочин не досить повно розкрито в наукових дослідженнях, що зумовлює недостатню наукову визначеність цього питання. Однак останнім часом зі зростанням інтересу суспільства до фінансових злочинів проблема виявлення особливостей цього злочину стає все більш гострою.

Ключові слова: кваліфікація злочинів, шахрайство, шахрайство з фінансовими ресурсами, привласнення, розтрата майна, заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем, нецільове використання бюджетних коштів.

Постановка проблеми. Шахрайство з фінансовими ресурсами як склад злочину не займає досить вагомого місця у сфері наукових досліджень, що спричиняє недостатню наукову визначеність даного питання. Однак останнім часом у зв'язку з підвищенням державного інтересу до злочинів, пов'язаних із фінансами, проблема визначення особливостей даного злочину стає більш актуальною.

Однак, незважаючи на чітко визначені елементи складу злочину, передбаченого ст. 222 КК України, у практиці правозастосування досить часто постає питання щодо відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від інших суміжних складів злочину.

© А. Байда, О. Склезь, 2020

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Аналіз публікацій свідчить про відсутність комплексного вивчення поставленої проблеми та демонструє розрізненість поглядів у науковій літературі. Однак над проблемою особливостей кваліфікації діянь за статтею «шахрайство з фінансовими ресурсами» працювали такі відомі науковці та юристи, як В. М. Ярошенко, В. Р. Мойсик, Г. М. Борзенков, Л. М. Кривоченко, В. О. Глушков, П. М. Коваленко, І. М. Федулова , В. Я. Тацій та інші.

Не досить дослідженим з наукової точки зору є те, як можуть між собою співвідноситися склади злочинів, передбачених ст. 222, ст. 190, ст. 191 та с. 210 КК України.

Метою цієї роботи є усунення правових колізій під час кваліфікації діянь та під час призначення покарання, сприяння формуванню у юристів-практиків одноманітного підходу до розуміння відмінностей між складами злочинів, передбаченими ст. 222, ст. 190, ст. 191 та с. 210 КК України.

Виклад основного матеріалу. Українським законодавцем кримінальна відповідальність за шахрайство з фінансовими ресурсами встановлюється у ст. 222 Кримінального Кодексу України. Під шахрайством з фінансовими ресурсами мається на увазі надання завідомо неправдивих даних органам державної влади, органам влади в Автономній Республіці Крим чи органам місцевого самоврядування, банківським установам або іншим кредиторам з метою неправомірного одержання субсидій, субвенцій, кредитів, дотацій чи податкових пільг. Вказана стаття також передбачає відсутність у неправомірному діянні ознак злочинів проти власності. Кваліфікуючими ознаками шахрайства з фінансовими ресурсами є вчинення цього злочину повторно або із завданням матеріальної шкоди у великих розмірах [3, с. 213].

Однак, незважаючи на начебто чітко визначені елементи складу злочину, у практиці правозастосування досить часто стає питання щодо відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від інших суміжних складів злочину.

Таким чином, для детального аналізу цього питання слід виділити такі чотири елементи складу злочину, передбаченого ст. 222 КК України.

Об'єкт злочину являє собою встановлений порядок фінансування, оподаткування і кредитування суб'єктів, що ведуть не заборонену законом господарську діяльність. Також об'єктом злочину можна назвати права та інтереси кредиторів.

Об'єктивна сторона злочину проявляється в активних діях з подання завідомо неправдивої інформації до органів державної влади, органів влади АРК чи органів місцевого самоврядування, банківських установ або іншим кредиторам. Подання цієї інформації має здійснюватися з метою незаконного одержання субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів чи податкових пільг.

У контексті ст. 222 КК України термін «завідомо неправдива інформація» розуміється як такі дані, які надаються відповідним органам публічної влади, банківським установам або іншим кредиторам. Тобто така інформація, що могла слугувати або слугувала підставою для ухвалення компетентним органом рішення про надання чи ненадання дозволу відповідному суб'єкту господарювання на отримання передбачених законом субсидій, дотацій, субвенцій, кредитів чи певних фіскальних пільг.

Суб'єкт злочину є спеціальним, тобто стаття 222 КК України може застосовуватися лише до конкретно визначених законом категорій громадян. До них належать, зокрема, громадяни, які займаються у належному порядку зареєстрованою підприємницькою діяльністю незалежно від наявності у них статусу юридичної особи; засновники або власники суб'єктів господарської діяльності та службові особи юридичної особи, яка зареєстрована у належному порядку як суб'єкт підприємницької діяльності.

Слід зазначити, що фізична особа, яка фактично здійснює підприємницьку діяльність, але не зареєстрована державними органами у встановленому законом порядку, не є суб'єктом злочину, передбаченого ст. 222 КК України. Не є суб'єктами злочину ті юридичні особи, на яких не поширюється дія Закону України «Про підприємства в Україні», тобто об'єднання громадян, благодійні фонди тощо.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 222 КК України, характеризується наявністю вини у формі прямого умислу. До того ж суб'єктивна сторона даного злочину відзначається наявністю специфічної мети, тобто незаконного заволодіння субсидією, субвенцією чи іншими фінансовими пільгами, вказаними у диспозиції ст. 222 КК України [5, с. 133].

Однак, незважаючи на чітко визначені елементи складу злочину, у практиці правозастосування досить часто постає питання щодо відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від інших суміжних складів злочину.

Насамперед на практиці перш за все постає питання про розмежування шахрайства

з фінансовими ресурсами, передбаченого у ст. 222 КК України, і шахрайства як злочину проти власності, передбаченого у ст. 190 КК України [2, с. 91].

Відповідно до ст. 190 КК України, шахрайство визначається як дії із заволодіння чужим майном або придбання права на чуже майно із застосуванням обману чи зловживання довірою.

Однак зміст шахрайства як однієї з форм заволодіння чужим майном у розумінні статті 190 КК України є значно ширшим від складу злочину, який законодавець вклав у так зване «шахрайство з фінансовими ресурсами». [8, с. 1039]. Головними ознаками, за якими можливе розмежування злочинів, передбачених ст. ст. 222 і 190 КК України, є мета, тобто спрямованість умислу злочинця. Визначальним є також момент виникнення цього умислу. У контексті шахрайства з фінансовими ресурсами умисел злочинця безпосередньо спрямований на одержання кредитних привілеїв у вигляді грошових коштів із їх наступним можливим поверненням.

У разі шахрайства як злочину, передбаченого ст. 190 КК України, винна особа має намір укласти кредитний договір тільки з метою отримання грошових коштів. У такому випадку характер дій винної особи спрямований лише на безоплатне безповоротне заволодіння чужим майном. Крім того, шахрайство з фінансовими ресурсами в контексті ст. 222 КК України є значно вужчим поняттям формально, оскільки дана стаття передбачає відповідальність тільки за представлення завідомо неправдивої інформації. Можна сказати, що це є лише один із багатьох різновидів обману.

Злочини, передбачені у ст. 222 та ст. 190 КК України, різняться також і за моментом їх закінчення. Шахрайство з фінансовими ресурсами визначається кримінальним законом як злочин з усіченим складом. Таким чином, шахрайство як злочин проти власності вважається закінченим із моменту безпосереднього заволодіння майном, шахрайство з фінансовими ресурсами є закінченим злочином уже з моменту надання завідомо неправдивої інформації незалежно від того, чи буде досягнута мета такого діяння [1, с. 274].

Верховний Суд в одній із постанов з узагальненням практики застосування національними судами законодавства про відповідальність за злочини у сфері підприємницької діяльності зазначав, що у відмежуванні шахрайства з фінансовими ресурсами від категорії злочинів проти власності, зокрема від шахрайства та так званого заволодіння чужим майном із зловживанням суб'єктом своїм службовим становищем, слід відштовхуватися від змісту і спрямування умислу особи, її мотиву та мети, моменту їх виникнення [2, с. 92].

Верховний суд наголошує, що кошти чи майно, одержані суб'єктом підприємницької діяльності законним шляхом у вигляді субсидій, дотацій, субвенцій чи кредитів, переходять у власність суб'єкта підприємницької діяльності безпосередньо з моменту їх одержання. У разі, якщо після законного одержання цих грошових коштів чи майна у відповідного суб'єкта виникає умисел щодо їх привласнення та він вирішує їх не повертати, таке діяння необхідно кваліфікувати за ст. 191 КК України.

У свою чергу, стаття 191 КК України встановлює кримінальну відповідальність за привласнення, розтрату або заволодіння чужим майном шляхом використання свого службового становища.

З обєктивної сторони злочин, передбачений ст. 191 КК України, може бути вчинений у декількох формах. Зокрема, злочин може вчинятися шляхом привласнення чужого майна, що було раніше ввірене суб'єкту чи перебувало під його віданням. Друга форма даного злочину – розтрата ввіреного майна зазначеним суб'єктом. Третьою формою злочину, передбаченого ст. 191 КК України, є привласнення, розтрата чи заволодіння чужим майном із використанням свого службового становища.

Привласнення у розумінні кримінального закону означає протиправне і безкоштовне вилучення або утримання винуватцем майна, яке раніше знаходилось у його володінні на законних підставах, з наміром у майбутньому обернути його на користь себе чи третіх осіб. Результат привласнення – незаконне володіння і користування винною особою чужим майном.

Розтрату законодавець визначає як неправомірне і неоплатне споживання, продаж, передачу, обмін тощо злочинцем чужого майна, яке раніше було йому ввірене чи знаходилося в його розпорядженні. У результаті злочинець покращує матеріальне благополуччя третіх осіб. Цікаво, що кінцевими споживачами незаконно отриманих матеріальних благ є саме треті особи, а не злочинець особисто.

Суб'єкт вчинення злочину, передбаченого ст. 191 КК України, – загальний, тобто осудна фізична особа віком від 16-ти років.

Суб'єктивна сторона злочину визначається прямим умислом і характерним корисливим мотивом [4, с. 355].

Верховний суд також наголошує, що під час кваліфікації діяння за ст. 222 КК

України слід враховувати такі обставини, як розмір завданої в результаті злочину шкоди та мета використання незаконним шляхом отриманих пільг. Найчастіше на практиці трапляються випадки, коли особа використовує отримані преференції для ухилення від сплати податків. У разі, якщо ухилення від сплати податків дорівнює чи перевищує п'ятсот, але не досягає п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, таке діяння за правилами кваліфікується за ч. 2 ст. 222 КК України.

У разі, якщо розмір несплачених податків дорівнює п'яти тисячам і більше неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, то це діяння вже містить у собі елементи такого злочину, як ненадходження коштів до бюджетів чи державних цільових фондів в особливо великих розмірах. Верховний Суд зазначає, що такі діяння слід кваліфікувати за сукупністю злочинів. Таким чином, формула кваліфікації буде виглядати таким чином: ч. 1 ст. 222 + ч. 3 ст. 212 КК України.

Для більш детального аналізу цього питання слід визначити, що відповідно до ст. 212 КК України встановлюється відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). Ця стаття регламентує відповідальність за умисне ухилення від сплати обов'язкових платежів, що входять до системи оподаткування і введені у встановленому законом порядку. Відповідають за вчинення цього злочину службові особи підприємств, установ чи організацій незалежно від форми власності, а також особи, що займається підприємницькою діяльністю без утворення юридичної особи, чи будь-які інші особи, які мають обов'язок зі сплати податків. Обов'язковим для наявності складу цього злочину є суспільно небезпечний наслідок у вигляді ненадходження до державного чи місцевих бюджетів або цільових фондів грошових коштів у великих розмірах [3, с. 199].

Диспозиція ст. 212 КК не встановлює конкретного способу вчинення цього злочину. Навмисна несплата податків та зборів може бути вчинена у будь-який спосіб. Таким чином, злочинне посягання може проявлятися в активних діях або у формі бездіяльності. З іншого боку, шахрайство з фінансовими ресурсами, передбачене ст. 222 КК України, передбачає відповідальність за незаконне одержання пільг щодо податків, вчинене лише шляхом здійснення активних дій.

Спосіб ухилення від сплати податків за змістом ст. 212 КК України також імперативно не встановлюється. Таким чином, можна зробити висновок, що даний злочин може бути здійснений будь-яким шляхом. У свою чергу, ст. 222 КК України охоплює лише дії, вчинені шляхом надання правомочним державним органам завідомо неправдивої інформації з метою одержання пільг у податковій або кредитній сферах. Саме у цьому кардинально різняться два злочини: шахрайство з фінансовими ресурсами та ухилення від сплати податків і зборів [7, с. 8].

Пропонуємо розглянути основні відмінності на такому прикладі: винна особа не надає компетентним органам належну інформацію про те, що певна підстава для отримання податкової пільги, яка раніше нею отримувалася законно, більше не існує. Такі дії не будуть утворювати склад злочину, передбачений ст. 222 КК України, оскільки в даному випадку винні діяння особи одночасно містять у собі більшість ознак, характерних для складу злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 212 КК України.

Цей приклад демонструє, що кримінально-правові норми, які встановлюють відповідальність за ухилення від сплати податків, розкривають характер злочинного діяння і спосіб його вчинення у дуже загальному вигляді, а тому і сфера їх застосування є досить широкою.

Однак на практиці постають також питання, пов'язані з розмежуванням такого складу злочину, як шахрайство з фінансовими ресурсами, від інших суміжних злочинних діянь у сфері підприємницької діяльності, з якими вказаний злочин може мати якісь спільні ознаки або із заподіянням яких він може найчастіше поєднуватися.

До групи злочинних посягань, із якими може поєднуватися вчинення шахрайства з фінансовими ресурсами, можна віднести, наприклад, порушення бюджетного законодавства, відповідальність за яке встановлюється ст. 210 КК України. Таке поєднання можливо у випадках, коли злочинець, здійснивши шахрайство з фінансовими ресурсами, надалі використовує незаконно отримані бюджетні кошти всупереч їхньому цільовому призначенню.

Відповідно до ст. 210 КК України встановлюються межі кримінальної відповідальності за нецільове використання коштів бюджетів усіх рівнів, здійснення видатків з бюджетів чи надання кредитних коштів з бюджету без відповідних бюджетних призначень або без їх дотримання [3, с. 202].

Для більш якісного аналізу даного питання слід детальніше дослідити елементи складу злочину, передбаченого ст. 210 КК

України. Основним безпосереднім об'єктом даного злочину є встановлений законодавством процес виконання державного і місцевих бюджетів, установлений порядок використання бюджетних ресурсів. Однак цьому злочину притаманний обов'язковий додатковий об'єкт, до якого належать конституційні права і законні інтереси громадян, а також встановлений порядок здійснення посадовими особами закріплених за ними службових повноважень.

Предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК України, є кошти державного чи місцевих бюджетів. До них належать кошти, що включаються у публічні фонди коштів усіх рівнів. Бюджетна система України являє собою план формування і використання фінансових ресурсів і складається із поєднання систем державного і місцевих бюджетів. До місцевих бюджетів, відповідно до Бюджетного кодексу України, належать: бюджет в Автономній Республіці Крим, обласні, районні, районів у містах та бюджети територіальних громад місцевого самоврядування.

Предметом злочину, передбаченого ст. 210 КК України, виступають грошові бюджетні кошти тільки у великих або в особливо великих розмірах. Слід звернути увагу на відповідну примітку до ст. 210, яка встановлює, що великим розміром слід вважати суму, яка дорівнює тисячі або більше розмірів неоподатковуваного мінімуму доходів громадян.

З об'єктивної сторони вчинення даного злочину може відбуватися у чотирьох альтернативних формах. По-перше, діяння може проявлятися у використанні бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню. По-друге, злочин маже виглядати як використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків. Третій варіант – це недотримання вимог законодавства щодо пропорційного скорочення видатків бюджету. І четвертий випадок – це недотримання суб'єктами вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів.

Перші дві із наведених вище форм полягають у вчиненні активний дій. У свою чергу третя і четверта форми даного злочину можуть виражатись як у діях, так і в бездіяльності відповідного суб'єкта.

До того ж обов'язковим об'єктом злочину, передбаченого ст. 210 КК України, є суб'єкт його вчинення. У цьому випадку він є спеціальним. Насамперед до таких суб'єктів належать службові особи, на яких відповідно до їхньої посади покладено виконання функцій розпорядників бюджетних коштів [4, с. 369].

Таким чином, між злочинами, передбаченими ст. 222 та 210 КК України, існує досить багато відмінностей саме в особливостях складу злочину.

Висновки

Проаналізувавши та дослідивши судову практику та наукові статті, присвячені даному питанню, можна зробити висновок, що основними критеріями відмежування шахрайства з фінансовими ресурсами від злочинів із суміжним складом є суб'єктивна та об'єктивна сторона.

Слід пам'ятати, що у відмежуванні шахрайства з фінансовими ресурсами від злочинів проти власності, зокрема від шахрайства та заволодіння чужим майном шляхом зловживання особою своїм службовим становищем, слід виходити зі змісту і спрямованості умислу особи, мотиву, мети та моменту їх виникнення.

Зокрема, для сприяння одноманітному тлумаченню та застосуванню даних норм кримінального закону слідчими, суддями, прокурорами та адвокатами слід ґрунтовно деталізувати наявну натепер законодавчу базу.

Список використаних джерел:

1. Говтянский І.М. Відмежування шахрайства і господарській діяльності від інших складів злочину. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 273-276.

2. Дорохіна Ю.А., Іляшко А.О. Окремі проблеми розмежування шахрайства та шахрайства з фінансовими ресурсами. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського*. 2019. № 3. С. 91-94.

3. Кримінальний Кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 30.03.2020).

4. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2-х томах. Том 2: Особлива частина / Тацій В.Я., Пшонка В. И., Тютюгін В.Н., Борисов В.С. Харків : Право, 2013. 768с.

5. Кримінальний кодекс України: наук.-практ. коментар / Хавронюк М.І., Дудоров О.О., Навроцький В.О. та ін.; за ред. Хавронюка М.І. Київ, 2003. С. 272.

6. Мойсик В. Р. Проблеми кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами : автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.08. Київ, 2002. 17 с.

7. Мойсик В.Р., Дудоров О.О. Шахрайство з фінансовими ресурсами і суміжні склади злочинів: спірні питання кваліфікації. *Адвокат*. 1999. № 4. С. 8–9.

8. Ярошенко В.М. Відмежування шахрайства від інших суміжних складів злочинів за Кримінальним Кодексом України. *Молодий вчений*. 2017. № 11. С.1039-1042.

Today, practitioners are often faced with the problem of delimiting certain crimes with related composition from one another. In particular, the analysis of the case law shows that one of the most difficult problems of law enforcement is the ambiguous understanding of the issue of delimitation of the crime under Art. 222 of the Criminal Code of Ukraine: fraud with financial resources. The specific features of this particular crime can be determined by its objective and subjective side, since they can serve as criteria for distinguishing themselves from crimes with related composition. The legislation of Ukraine does not regulate this issue sufficiently precisely, which causes a great number of problems and conflicts. Analyzing the practice of enforcement, it is found that the most difficult is the delineation of fraud with financial resources from fraud, provided for in Art. 190 of the Criminal Code of Ukraine. Difficulties also arise in distinguishing between fraud and financial resources from misappropriation, misappropriation of property, or misappropriation of property through the misuse of official position, whose liability is established by Art. 191 of the Criminal Code of Ukraine. In addition, practitioners may be confronted with the ambiguous approach of delimiting financial resources from misuse of budget funds, making budget expenditures or extending budgetary appropriations without exceeding the budgetary targets set forth in Art. 210 of the Criminal Code of Ukraine.

In the course of the work it is established that fraud with financial resources can have both common features of composition with other related crimes, and be combined with committing related crimes. For example, obtaining tax privileges by providing a citizen-entrepreneur or an official of a business entity knowingly false information to tax authorities is at the same time a tax evasion, the responsibility of which is provided for by Art. 212 of the Criminal Code.

Nowadays, fraud with financial resources as a crime is not sufficiently specific in the field of scientific research, which causes insufficient scientific certainty of this issue. Recently, however, with the increasing public interest in financial crimes, the problem of identifying the particularities of this crime has become more pressing.

Key words: crime qualification, fraud, fraud with financial resources, appropriation, squandering of property, seizure of property through abuse of office, misuse of budget funds.

УДК 343.615
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.40

Олександр Біловол,
заступник начальника відділу нагляду за додержанням законів органами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю управління нагляду у кримінальному провадженні Прокуратури міста Києва

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНОГО БЕЗПОСЕРЕДНЬОГО ОБ'ЄКТА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 126-1 КК УКРАЇНИ

На виконання вимог Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) до національного законодавства були внесені суттєві зміни. У результаті цих змін Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 126-1 «Домашнє насильство». Поява якісно нової статті одразу викликало жвавий інтерес з боку наукової спільноти, результатом якого стала низка публікацій. Аналіз цих публікацій дозволяє зробити висновок про наявність ряду проблемних питань, пов'язаних із тлумаченням складу злочину, передбаченого статтею 126-1 Кримінального кодексу України. Одне із таких питань полягає у визначенні та правильному розумінні основного безпосереднього об'єкта досліджуваного складу злочину.

У статті проаналізовано різні підходи щодо визначення основного безпосереднього об'єкта домашнього насильства, визначено їх переваги та недоліки. З урахуванням теорії «об'єкт злочину – соціальні цінності» запропоновано власне розуміння основного безпосереднього об'єкта цього складу злочину. Отже, основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства пропонується визнати такі соціальні цінності, як: 1) потерпілий, тобто подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, його невід'ємне благо – здоров'я; 2) права людини (потерпілого) на охорону здоров'я, честі, волі, гідності, права на освіту, працю, недоторканність житла, підприємницьку діяльність, достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, право власності тощо; 3) соціальні зв'язки між членами суспільства з приводу реалізації зазначених прав у формі правовідносин.

З метою додержання ключового принципу побудови Особливої частини Кримінального кодексу України запропоновано виключити зі статті 126-1 цього Кодексу відповідальність за економічне насильство та передбачити її в іншій кримінально-правовій нормі. Враховуючи, що економічне насильство має широкий перелік посягань, у результаті вчинення яких може бути завдана шкода доволі різним правам і свободам людини, запропоновано перенести відповідний склад злочину в розділі V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини Кримінального кодексу України.

Ключові слова: об'єкт складу злочину, злочини проти здоров'я, домашнє насильство, фізичне насильство, психологічне насильство, економічне насильство.

Постановка проблеми. З метою реалізації Україною положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (далі – Стамбульська конвенція) до національного законодавства були внесені суттєві зміни, які вивели організаційно-правові засади запобігання та протидії насильству стосовно жінок і домашньому насильству на якісно новий системний рівень. Окрім іншого, зазначені зміни були внесені до норм про кримінальну відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи, злочини проти волі, честі та гідності особи, злочини проти статевої свободи та статевої недоторканності особи. У результаті цих змін Кримінальний кодекс України (далі – КК) було доповнено ст. 126-1 «Домашнє насильство». Поява якісно нової статті у КК одразу викликала жвавий інтерес з боку наукової спільноти, результатом якого стала низка публікацій, присвячених різним аспектам тлумачення та застосування цієї кримінально-правової норми. Аналіз цих публікацій дозволяє зробити висновок про наявність ряду проблемних питань, пов'язаних із тлумаченням складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК.

© О. Біловол, 2020

Одне із таких питань полягає у визначенні та правильному розумінні основного безпосереднього об'єкта досліджуваного складу злочину.

Аналізу складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, загалом та дослідженню об'єкта цього складу злочину зокрема була приділена увага в роботах А. А. Вознюк, О. О. Дудорова, В. О. Іващенко, Н. І. Лесяк, К. М. Плутицької, М. І. Хавронюка, С. В. Якімової та ряду інших правників. Водночас складність поставленого питання та наявність доволі різних поглядів з приводу визначення основного безпосереднього об'єкта досліджуваного складу злочину зумовлює необхідність подальших наукових досліджень у цій сфері.

Метою статті є розгляд різних підходів до визначення основного безпосереднього об'єкта домашнього насильства та формулювання власної позиції щодо вирішення цього питання.

Виклад основного матеріалу. Як було зазначено, питання щодо визначення основного безпосереднього об'єкта складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, в юридичній літературі вирішується доволі неоднозначно. Так, наприклад, В. О. Іващенко вважає, що безпосереднім об'єктом цього злочину є здоров'я людини [6, с. 201]. Справді, навіть поверхневий аналіз досліджуваного складу злочину однозначно вказує на те, що здоров'я людини виступає його основним безпосереднім об'єктом.

У преамбулі Статуту (Конституції) Всесвітньої організації охорони здоров'я, а також абз. 2 статті 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я закріплено дефініцію поняття «здоров'я», згідно з якою це стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних дефектів.

Як слушно зазначено в юридичній літературі, таке розуміння здоров'я неповною мірою відповідає особливостям кримінального законодавства як галузі законодавства, оскільки має на меті насамперед визначити спрямування системи охорони здоров'я в Україні на досягнення якомога більш повного охоплення всіх аспектів здоров'я кожної конкретної людини. У свою чергу здоров'я як об'єкт кримінально-правової охорони не обов'язково характеризується повним фізичним та душевним благополуччям людини, інакше б суспільно небезпечні посягання на людей навіть із незначним захворюванням не визнавалися б злочинами (за відсутності самого об'єкта посягання), що є неприпустимим [7, с. 90].

За відсутності нормативного визначення здоров'я як родового об'єкта відповідної групи злочинів на тлі досить глибоких та деталізованих міждисциплінарних досліджень зазначеного явища уявлення про цю ознаку складу злочину є доволі розмитим. Тому, описуючи здоров'я у зазначеному аспекті, слід пам'ятати таке: 1) під кримінально-правовою охороною перебувають певні, чітко визначені в законі або такі, що прямо випливають зі змісту конкретної кримінально-правової норми, аспекти здоров'я людини. Це, наприклад, орган чи його функції, психічне здоров'я, працездатність, вагітність – у ст. 121 КК, відсутність фізичного болю (як певний стан здоров'я) – у статтях 126 та 125 КК; 2) по суті, під кримінально-правовою охороною перебуває не здоров'я як певний «ідеальний» стан, що характеризується абсолютно безперебійним функціонуванням всіх систем організму, – кримінальний закон забороняє та встановлює відповідальність за дії, що призводять до погіршення того стану здоров'я людини, в якому вона перебувала на момент вчинення відповідних діянь [7, с. 90].

Під кримінально-правовою охороною згідно зі ст. 126-1 КК перебувають, зокрема, такі аспекти здоров'я людини, як психічне здоров'я, працездатність, відсутність фізичного болю та/або розладів здоров'я.

В описі поняття «здоров'я» слід виділити три його аспекти: 1) біологічний; 2) соціальний; 3) психологічний. На біологічному рівні здоров'я характеризується нормальною функцією організму на всіх рівнях його організації – організму, органів, гістологічних, клітинних та генетичних структур; нормальним перебігом типових фізіологічних і біохімічних процесів, які сприяють вираженню та відтворенню; здатністю організму пристосовуватися до умов існування в навколишньому середовищі, що постійно змінюються (адаптація); здатністю підтримувати постійність внутрішнього середовища організму; забезпеченням нормальної і різнобічної життєдіяльності та зберіганням живої основи в організмі. Враховуючи, що людина є соціальною істотою, її здоров'я є соціальною цінністю і передумовою для соціологізації особистості, для її «обростання» суспільними відносинами, включення в ритм та життя суспільної системи. Здоров'я є мірою соціальної активності, діяльності, ставлення людини до світу. Здоров'я є своєрідним дзеркалом соціально-економічного, екологічного, демографічного і санітарно-гігієнічного благополуччя країни, одним із соціальних індикаторів суспільного прогресу, важливим чинником, який впливає на якість та ефек-

тивність трудових ресурсів. Психологічний рівень здоров'я зумовлений психічними особливостями людини, можливостями забезпечити і подолати хворобу, способом життя і розумінням того, що здоров'я – це не тільки стан організму, але і стратегія життя. До сфери психічного здоров'я відносять індивідуальні особливості психічних процесів і властивостей людини (збудливість, емоційність, чутливість). Психічне життя індивіда складається з потреб, інтересів, мотивів. Психічне здоров'я пов'язане з особливостями мислення, характеру, здібностями. Все це зумовлює особливості індивідуальних реакцій на однакові життєві ситуації, вірогідність стресів, афектів. Суттєво впливають на здоров'я людини її особливі психічні стани, які не є постійними її якостями, але виникають спонтанно або під впливом зовнішніх факторів (розлад свідомості, зміни настрою, апатія, афектні стани, напруженість тощо) [7, с. 88].

М. І. Хавронюк зазначає, що основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, є здоров'я і нормальний психологічний стан особи [3, с. 68; 8, с. 382]. Однак, якщо виходити з того, що здоров'я складається з біологічного, соціального та психологічного аспектів (рівнів), можна дійти висновку, що нормальний психологічний стан охоплюється (є складником) психологічного аспекту (рівня) здоров'я. Отже, виділяти його як самостійний складник досліджуваного злочину не потрібно.

На думку А. А. Вознюк, основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства є суспільні відносини щодо кримінально-правової охорони фізичного та психологічного здоров'я одного з подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах. Додатковим факультативним об'єктом цього злочину можуть бути право власності, воля, честь і гідність особи, сімейні та близькі відносини тощо [2, с. 8].

Виокремлення фізичного та психологічного здоров'я в структурі основного безпосереднього об'єкта складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, є цілком зрозумілим, адже однією з форм об'єктивної сторони досліджуваного злочину є систематичне вчинення психологічного насильства щодо потерпілої особи. Щоправда, виникає питання щодо розуміння змісту психологічного здоров'я.

У літературі зазначають, що поява поняття психологічного здоров'я в психології та психіатрії є закономірним. Проте, незважаючи на різноманітні дискурси, це поняття не має єдиного трактування та усталеного змісту. Можна виокремити три основні підходи до трактування психологічного здоров'я у сучасній літературі: 1) психологічне здоров'я та психічне здоров'я вживають як синоніми, не визначаючи, у чому полягають відмінності; 2) психологічне здоров'я розглядають як аналог індивідуально-психологічних властивостей особи у контексті соціально-психологічної адаптації, самосвідомості, суб'єктивного благополуччя; 3) психологічне здоров'я трактують як аналог особистісної зрілості, своєрідний ідеальний гіпотетичний стан досконалості. Дискусія охоплює також співвідношення психічного та психологічного здоров'я щодо їхньої взаємозалежності чи автономності [5, с. 55–60]. У трактовці відношення психологічного здоров'я до психічного спостерігаються дві позиції: 1) психологічне здоров'я можливе лише за умови психічного; 2) психологічне здоров'я є відносно автономним щодо психічного, між ними можливі суперечності [4, с. 125].

Попри відсутність у психології єдиного підходу щодо розуміння поняття «психологічне здоров'я», виділення його як складника такого родового поняття, як «здоров'я», на рівні із «фізичним здоров'ям» для характеристики основного безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, видається обґрунтованим. Це дозволяє більш точно визначити шкоду, завдану об'єкту досліджуваного злочину, в тих випадках, коли в результаті застосування домашнього насильства до потерпілої особи шкода фізичному здоров'ю не завдається, однак особа зазнає психологічних страждань.

Так, вироком суду ОСОБА_2 було визнано винною у вчиненні злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, через те, що він у період часу з 3 червня 2019 року по 19 вересня 2019 року, будучи неодноразово притягнутим до адміністративної відповідальності за вчинення домашнього насильства стосовно своєї цивільної дружини ОСОБА_1, діючи умисно, з метою погіршення якості життя потерпілої систематично, впродовж тривалого часу вчиняє домашнє насильство стосовно останньої, яке виражалось у фізичному насильстві – шарпанні за одяг, спричиненні тілесних ушкоджень. Окрім цього, вчиняв психологічне насильство, що виражалось у словесних образах та нецензурних висловлюваннях, приниженні людської честі та гідності, залякуванні та погрозах в бік потерпілої. У результаті цих дій потерпілій було завдано систематичні фізичні та психологічні страждання. Дана сімейна ситуація мала для потерпілої психотравмувальний характер, супроводжувалась періодично виникаючими емоційними переживаннями

негативного спектру: тривогами, страхом, приниженням, соромом [1].

Водночас, як зазначає А. А. Вознюк, аналіз диспозиції досліджуваної статті, зокрема передбачених у ній суспільно небезпечних діянь, свідчить про те, що основний безпосередній об'єкт цього злочину не обмежується лише здоров'ям особи. Це дає підстави для дискусії щодо місця злочину, передбаченого ст.126-1 КК, в системі Особливої частини КК [2, с. 8].

С. В. Якімова та Н. І. Лесяк також зазначають, що посилання на економічне насильство як форму домашнього насильства у контексті злочинів, родовим об'єктом яких є життя та здоров'я особи, видається не зовсім обґрунтованим. Згідно з чинним законодавством, економічне насильство – це передусім економічне правопорушення, яке посягає на чужу власність, право користування, розпорядження чи володіння майном. Його специфічною ознакою є заподіяння матеріальної, а часом й репутаційної шкоди, зокрема, й у зв'язку з господарською діяльністю, посяганнями на інтелектуальну власність, реалізацією своїх майнових прав. Таким чином, незважаючи на те, що домашнє насильство у формі економічного правопорушення може мати доволі широкий спектр злочинних наслідків, проявлятися у різних видах кримінальних правопорушень, є певна змістова невідповідність між тлумаченням економічного насильства як економічного правопорушення та його розташуванням у розділі, де згруповані злочини, родовим об'єктом яких є життя та здоров'я особи [11, с. 193–194].

Справді, не можна не погодитися з думкою про те, що закріплення економічного насильства як форми об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, суттєво розширює перелік цінностей, на які може бути здійснено посягання у результаті вчинення цього злочину. Такий висновок ґрунтується насамперед на дефініції поняття «економічне насильство», закріпленій у п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону від 6 грудня 2017 р., яке включає умисне позбавлення житла, їжі, одягу, іншого майна, коштів чи документів або можливості користуватися ними, залишення без догляду чи піклування, перешкоджання в отриманні необхідних послуг з лікування чи реабілітації, заборону працювати, примушування до праці, заборону навчатися та інші правопорушення економічного характеру.

К. М. Плутицька зазначає, що є дещо спірним розміщення ст. 126-1 у розділі II КК. Так, якщо фізичне і психологічне насильство дійсно спричиняють шкоду переважно життю та/або здоров'ю особи, тобто є безпосереднім об'єктом злочину, то у випадку скоєння економічного домашнього насильства безпосереднім об'єктом можуть виступати право власності, честь, воля, гідність особи, її громадянські права (наприклад, право на освіту, працю, недоторканність житла, підприємницьку діяльність тощо) [9, с. 104].

Визначений К. М. Плутицькою перелік цінностей, які можуть виступати основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства, заслуговує на підтримку. До цього переліку також слід додати право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, гарантоване ст. 48 Конституції України. При цьому сама науковець залишає цей перелік відкритим, і це цілком зрозуміло, адже в дефініції поняття «економічне насильство» йдеться про інші правопорушення економічного характеру. А це означає, що вчинення будь-яких правопорушень економічного характеру щодо осіб, перелічених у ст. 126-1 КК, які призвели до одного із наслідків, закріплених у цій статті, слід розглядати як економічне насильство. Отже, визначити чіткий завершений перелік цінностей, що виступають основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства, доволі проблематично.

На підставі зазначеного виглядає доволі спірною позиція М. І. Хавронюка, відповідно до якої додатковим факультативним об'єктом домашнього насильства можуть виступати воля, честь і гідність особи, її психічна недоторканість [3, с. 68; 8, с. 382]. Адже одні й ті самі цінності не можуть бути одночасно і основним, і додатковим об'єктом одного і того ж складу злочину.

Як було зазначено вище, одні науковці ставлять під сумнів розміщення ст. 126-1 КК саме в розділі II Особливої частини КК. Водночас інші науковці, позицію яких ми підтримуємо, порушують це питання, але лише в контексті обґрунтованості закріплення економічного насильства саме в ст. 126-1 КК. Справді, вчинення фізичного або психологічного насильства, як було зазначено вище, завдає шкоду саме здоров'ю потерпілої особи. І тому закріплення кримінальної відповідальності за ці діяння в розділі II Особливої частини КК видається цілком обґрунтованим. Проте економічне насильство необхідно виокремити із диспозиції ст. 126-1 КК та закріпити в іншому розділі Особливої частини КК.

При цьому варто погодитися з тим, що в окремих випадках економічні правопорушення, крім прямих матеріальних збитків, можуть завдавати психологічну, а часом і фізичну шкоду потерпілому. Однак у цьому

разі фізична та/чи психологічна шкода має опосередкований характер. Так, наприклад, насильник шляхом підпалу умисно знищив будинок, де проживає його сім'я, й у такий спосіб позбавив родину життєво необхідного майна. У такому разі насильник заподіяв не лише прямі матеріальні збитки, але й опосередковані, що полягають у психологічних стражданнях членів родини, погіршенні якості життя родини, що з часом може спровокувати розлади здоров'я аж до втрати працездатності. Попри те, що у наукових джерелах акцентується увага на комбінованому характері домашнього насильства, наведена ілюстрація засвідчує про не цілком коректне посилання у диспозиції ст. 126-1 КК Розділу II Особливої частини КК на можливість вчинення домашнього насильства у формі економічного правопорушення (економічне насильство) [11, с. 194].

Другий вагомий аргумент на користь такого рішення полягає в тому, що складниками домашнього насильства, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону від 6 грудня 2017 р., є не тільки фізичне, психологічне та економічне насильство, але й сексуальне насильство. Проте зміни, спрямовані на кримінально-правову протидію сексуальному насильству як складнику домашнього насильства, були внесені до статей 152–154 розділу IV «Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» КК[1]. Отже, в цьому випадку законодавець не порушив ключовий принцип побудови Особливої частини КК, відповідно до якого поділ статей на розділи було здійснено на підставі родового об'єкта злочину.

Третій аргумент на користь такого рішення полягає в тому, що Стамбульська конвенція не вимагала криміналізації домашнього насильства як окремого єдиного злочину. Як слушно зазначає А. А. Вознюк, навпаки, у її статтях 33–41 зазначено, що Сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для криміналізації різних форм домашнього насильства, зокрема: психічного насильства (ст. 33), переслідування (ст. 34), фізичного насильства (ст. 35), сексуального насильства, у тому числі зґвалтування (ст. 36), примусового шлюбу (ст. 37), каліцтва жіночих геніталій (ст. 38), примусового аборту та примусової стерилізації (ст. 39), сексуального домагання (ст. 40), пособництва або підбурювання та замаху (ст.41) [2, с. 7–8].

Отже відповідальність за економічне насильство має бути виключена зі ст. 126-1 КК та передбачена в іншій кримінально-правовій нормі. Враховуючи, що економічне насильство має доволі широкий перелік посягань, у результаті вчинення яких може бути завдана шкода доволі різним правам і свободам людини, найбільш прийнятним видається розміщення відповідного складу злочину в розділі V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини КК.

Як слушно зазначено в юридичній літературі, обов'язковою ознакою злочину є потерпілий, яким може бути подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах [6, с. 201; 8, с. 382; 10, с. 8].

Подружжя. Чинне законодавство не містить дефініції поняття «подружжя». Проте аналіз положень СК дозволяє зробити висновок, що подружжям є чоловік та жінка, які зареєстрували свій шлюб у порядку, передбаченому СК. Виходячи зі змісту ч. 3 ст. 21 СК, подружжям також є чоловік та жінка, щодо яких було проведено релігійний обряд шлюбу до створення або відновлення органів державної реєстрації актів цивільного стану.

Відповідно, колишнім подружжям є чоловік та жінка, шлюб яких було припинено внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим (ч. 1 ст. 104 СК), або шлюб яких було припинено внаслідок його розірвання (ч. 2 ст. 104 СК). Не є подружжям чи колишнім подружжям чоловік та жінка, шлюб яких було визнано недійсним, оскільки шлюб визнається недійсним від дня його державної реєстрації (ч. 1 ст. 44 СК).

Інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних відносинах. Для визначення кола осіб, які охоплюються цим поняттям, необхідно з'ясувати, які особи можуть бути суб'єктами сімейних відносин. Аналіз положень ч. 2 ст. 2, частин 6, 8 ст. 7, ч. 1 ст. 8, частини 1, 2 ст. 9, ч. 3 ст. 238 СК дозволяє зробити висновок, що суб'єктами сімейних відносин можуть бути: подружжя, батьки та діти, інші члени сім'ї, родичі; особи, які проживають однією сім'єю; двоюрідні брати та сестри, тітко, дядько, племінниці, племінники, інші родичі за походженням; усиновлювачі та усиновлені.

Отже, перелік осіб, з якими винний перебуває у сімейних відносинах, є доволі

[1] Як слушно зазначає М. І. Хавронюк, закон вказує на три альтернативні форми домашнього насильства: 1) фізичне; 2) психологічне; 3) економічне. Що ж стосується згадуваної у Стамбульській конвенції четвертої форми – сексуального насильства, то вона за наявності підстав кваліфікується за іншими, спеціальними статтями КК, зокрема, як злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи [10, с. 6].

широкім. Водночас перелік осіб, з якими винний перебував у сімейних відносинах, є дещо вужчим, адже ряд сімейних відносин не можливо припинити, оскільки вони існуватимуть незалежно від волі людини. Так, неможливо припинити сімейні відносини з рідними дітьми та іншими родичами за походженням. Водночас сімейні відносини можна припинити між подружжям, особами, які проживають однією сім'єю, усиновлювачами і усиновленими, членами сім'ї другого з подружжя.

Більш детальний перелік осіб, з якими винний перебуває (перебував) у сімейних відносинах, наведений в ч. 2 ст. 3 Закону від 6 грудня 2017 р.[2]

До кола цих осіб також входять інші родичі, а також інші особи, які пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки за умови спільного проживання (ч. 3 ст. 3 Закону від 6 грудня 2017 р.).

Відкритим лише залишається питання щодо *визначення кола осіб, з якими винний перебуває (перебував) у близьких відносинах*. Якщо із сімейними відносинами більш-менш все зрозуміло, оскільки вони врегульовуються Сімейним кодексом, то встановити наявність близьких відносин набагато складніше [2, с. 8]. Як зазначає В. О. Іващенко, Закон не визначає, що розуміти під близькими відносинами [6, с. 201].

Як слушно зазначає М. І. Хавронюк, особами, які перебувають у близьких відносинах, слід вважати так званих близьких осіб, тобто тих, які мають сексуальні позашлюбні або партнерські стосунки і постійно або час від часу проживають спільно, не маючи при цьому прав та обов'язків сімейного характеру [3, с. 69; 8, с. 383; 10, с. 8]. Правник також пише про те, що поняття близьких осіб найточніше визначено в положенні ст. 1 Закону «Про запобігання корупції» (ст. 1), яке через його практичну досконалість може бути застосоване і для розуміння поняття близьких відносин [3, с. 69–70].

Однак, на думку А. А. Вознюк, визначення близьких осіб, представлене у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», не охоплює усіх осіб, з якими особа, яка вчинила злочин, перебуває у близьких відносинах. Наприклад, найближчі друзі суб'єкта, з якими в нього існує спільний побут у формі спільного відпочинку, харчування, спілкування тощо, окрім спільного проживання, не можуть бути віднесенні до близьких осіб. З огляду на це тлумачення терміна «близькі відносини», запропоноване М. І. Хавронюком, принаймні виглядає обмеженим, хоча можливо й справедливим, та може призвести до труднощів у застосуванні відповідної норми на практиці [2, с. 8–9].

Натомість ми вважаємо, що вчинення насильницьких дій щодо осіб, на яких вказує А. А. Вознюк, за наявності відповідних ознак утворює не домашнє насильство, а інші злочини проти здоров'я або булінг – моральне чи фізичне насильство, що проявляється, зокрема, в образах та цькуванні в колективі (зокрема, в середовищі школярів і студентів та інших підлітків, колег по роботі).

Проблема розкриття змісту поняття «близькі відносини» за допомогою поняття «близькі особи», передбаченого в ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції», полягає в іншому. Аналіз останнього поняття вказує на те, що ним охоплюються особи, які є подружжям або колишнім подружжям або перебувають (перебували) у сімейних відносинах. Однак зазначені особи вже передбачені в ст. 126-1 КК, а тому поняттям «близькі відносини» мають охоплюватися особи, які не віднесені до зазначених категорій, однак можуть постраждати від домашнього насильства.

Аналіз положень Закону від 6 грудня 2017 р. та КК також дозволяє зробити висновок, що перелік осіб, які підпадають під сферу правового регулювання та охорони цих нормативно-правових актів, є неоднаковим. Так, у ст. 3 цього Закону у переліку осіб, на яких поширюється дія законодавства про запобігання та протидію домашньому насильству, не зазначені особи, які перебувають (перебували) у близьких відносинах із винним (у значенні цього терміна, запропонованому М. І. Хавронюком). Так само не йдеться про цих осіб у дефініції поняття «домашнє насильство», закріпленій

[2] До цих осіб незалежно від факту спільного проживання Закон відносить таких осіб, як: 1) подружжя; 2) колишнє подружжя; 3) наречені; 4) мати (батько) або діти одного з подружжя (колишнього подружжя) та інший з подружжя (колишнього подружжя); 5) особи, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (не перебували) у шлюбі між собою, їхні батьки та діти; 6) особи, які мають спільну дитину (дітей); 7) батьки (мати, батько) і дитина (діти); 8) дід (баба) та онук (онука); 9) прадід (прабаба) та правнук (правнучка); 10) вітчим (мачуха) та пасинок (падчерка); 11) рідні брати і сестри; 12) інші родичі: дядько (тітка) та племінник (племінниця), двоюрідні брати і сестри, двоюрідний дід (баба) та двоюрідний онук (онука); 13) діти подружжя, колишнього подружжя, наречених, осіб, які мають спільну дитину (дітей), які не є спільними або всиновленими; 14) опікуни, піклувальники, їхні діти та особи, які перебувають (перебували) під опікою, піклуванням; 15) прийомні батьки, батьки-вихователі, патронатні вихователі, їхні діти та прийомні діти, діти-вихованці, діти, які проживають (проживали) в сім'ї патронатного вихователя.

у п. 3 ч. 1 ст. 1 цього Закону. Отже, в цій частині сфера дії кримінального закону є більш широкою, ніж сфера дії Закону від 6 грудня 2017 р. Разом із тим із дефініції поняття «домашнє насильство», закріпленій у п. «b» ст. 3 Стамбульської конвенції[3], випливає, що домашнє насильство може відбуватися між партнерами незалежно від того, чи проживає (проживав) правопорушник у тому самому місці, що й жертва. А це означає, що жертвами домашнього насильства можуть бути не тільки особи, які перебувають (перебували) у сімейних стосунках або є родичами. Отже, перелік осіб, які можуть бути жертвами домашнього насильства, передбачений у ст. 126-1 КК, є більш повним.

Наступним складником цінностей як предмета злочину, передбаченого ст. 126-1 КК, є соціальні зв'язки між членами суспільства з приводу реалізації належних їм прав (на охорону здоров'я, честі, волі, гідності особи, право власності, громадянські права на освіту, працю, недоторканність житла, підприємницьку діяльність, достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї тощо). Враховуючи те, що ці соціальні зв'язки доволі детально врегульовані нормами права (зокрема, Конституцією України, законодавством про охорону здоров'я, трудовим законодавством, цивільним законодавством, законодавством соціального забезпечення), вони набули форми правовідносин. При цьому прийняття Закону від 6 грудня 2017 р., предметом регулювання якого є правовідносини, що виникають у процесі запобігання та протидії домашньому насильству (ч. 1 ст. 3 цього Закону), стало свого роду «прожектором», який сфокусував увагу суспільства на цих правовідносинах.

Висновки

Виходячи із теорії «об'єкт злочину – соціальні цінності», основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства є: 1) потерпілий, тобто подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, його невід'ємне благо – здоров'я; 2) права людини (потерпілого) на охорону здоров'я, честі, волі, гідності, права на освіту, працю, недоторканність житла, підприємницьку діяльність, достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, право власності тощо; 3) соціальні зв'язки між членами суспільства з приводу реалізації зазначених прав у формі правовідносин.

З метою додержання ключового принципу побудови Особливої частини КК відповідальність за економічне насильство має бути виключена зі ст. 126-1 КК та передбачена в іншій кримінально-правовій нормі. Враховуючи, що економічне насильство має доволі широкий перелік посягань, у результаті вчинення яких може бути завдана шкода доволі різним правам і свободам людини, найбільш прийнятним видається розміщення відповідного складу злочину в розділі V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» Особливої частини КК. Утім реалізація цієї пропозиції буде предметом подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Вирок Оболонського районного суд м. Києва від 04.11.2019 р. у справі № 756/14384/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85407744 (дата звернення: 24.11.2019).

2. Вознюк А.А. Кримінальна відповідальність за домашнє насильство: актуальні питання теорії та практики. *Форум права*. 2019. № 55 (2). С. 6–14.

3. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України) / за ред. М. І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.

4. Завгородня О. Проблема психологічного здоров'я: теоретичні та прикладні аспекти. *Психологія і суспільство*. 2007. № 3. С. 124–137.

5. Завгородня О.В. Проблема психологічного здоров'я: спроба теоретичного аналізу. *Практична психологія та соціальна робота*. 2007. № 1. С. 55–60.

6. Іващенко В.О. Домашнє насильство: аналіз складу злочину. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення* : матеріали міжвузів. наук.-практ. круглого столу (Київ, 22 берез. 2019 р.). Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2019. С. 200–203.

7. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник: у 2 т. / А.О. Данилевський, Д.О. Калмиков, М.І. Хавронюк та ін.; за ред. О.О. Дудорова, Є. О. Письменського. Луганськ : Елтон-2, 2012. Т. 1. 2012. 780 с.

8. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ : Дакор, 2019. 1384 с.

9. Плутицька К.М. Економічне домашнє насильство як новела у кримінальному законодавстві України. *Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. № 4. С. 101–106.

[3] Домашнє насильство означає всі акти фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, які відбуваються в лоні сім'ї чи в межах місця проживання або між колишніми чи теперішніми подружжями або партнерами, незалежно від того, чи проживає правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні або незалежно від того, чи проживав правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні.

10. Хавронюк М.І. Роз'яснення для зацікавлених фахівців щодо змін у кримінальному законодавстві у зв'язку із прийняттям Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» та дотичних актів. 2018. 19 с. URL: https://ukraine.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_Brosh_A5_20str_4%2B4_pq_180918%20%281%29.pdf (дата звернення: 30.03.2020).

11. Якімова С.В., Лесяк Н.І. Домашнє насильство як вид кримінального правопорушення за законодавством України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 3. С. 192–194.

Substantial changes have been made to the requirements of the Council of Europe Convention on the Prevention and Combating of Violence against Women and Domestic Violence (CETS No. 210), the national legislation has been substantially amended. As a result of these changes, the Criminal Code of Ukraine has been supplemented by Article 126-1 "Domestic Violence". The appearance of a qualitatively new article immediately aroused great interest from the scientific community, which resulted in a number of publications. An analysis of these publications leads to the conclusion that there are a number of problematic issues related to the interpretation of the crime under Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine. One of these questions is to identify and properly understand the main direct object of the crime being investigated.

The article analyzes various approaches to identifying the main direct object of domestic violence, identifying their advantages and disadvantages. Taking into account the theory of the object of crime - social values, we propose our own understanding of the main direct object of this crime. Thus, the main direct object of domestic violence is the recognition of social values such as: 1) the victim, the spouse or former spouse or other person with whom the perpetrator is (has) been in a family or close relationship, his or her inherent benefit is health; 2) human (victim) rights to health care, honor, freedom, dignity, property rights, civil rights to education, work, housing, business, a sufficient standard of living for himself and his family, etc.; 3) social relations between members of society regarding the exercise of these rights, in the form of legal relations.

In order to comply with the key principle of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, it is proposed to exclude from Article 126-1 of this Code the responsibility for economic violence and to provide in another criminal law norm. Considering that economic violence has a fairly wide range of violations which may result in the detriment of sufficiently different human rights and freedoms, it is proposed to transfer the appropriate composition of the crime in section V "Crimes against the electoral, labor and other personal rights and freedoms of man and citizen" Of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: crime object, crimes against health, domestic violence, physical violence, psychological violence, economic violence.

УДК 343.35:339.727(04)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.41

Андрій Боровик,
канд. юрид. наук, доцент,
член-кореспондент Академії економічних наук України,
професор кафедри кримінального права і правосуддя
Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка Степана Дем'янчука

СТАН НАУКОВИХ РОЗРОБОК З ПИТАНЬ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ ВПЛИВУ КОРУПЦІЇ НА ПРЯМІ ІНОЗЕМНІ ІНВЕСТИЦІЇ

У статті з'ясовано стан наукових розробок з питань, що стосуються впливу корупції на прямі іноземні інвестиції. Інтенсивний розвиток економічних процесів та інститутів громадянського суспільства в Україні стримується передусім поширеністю такого соціального явища, як корупція. Її негативний вплив на економіку та політичну систему в Україні стає все більш відчутним і натепер створює загрозу національній безпеці держави, на чому наголошується у Законі України «Про основи національної безпеки України» (2003 р.), де підкреслюється, що основною реальною та потенційною загрозою національній безпеці України, стабільності в суспільстві є поширення корупції в органах державної влади, зрощення бізнесу і політики, організованої злочинної діяльності [18].

Високий рівень корумпованості влади України визнано не тільки її політичним керівництвом, законодавчим органом, вітчизняними та зарубіжними аналітиками, а й відповідними міжнародними інституціями. Зокрема, на міжнародному рівні Україна має репутацію надзвичайно корумпованої країни. При цьому масштаби корумпованості влади в Україні протягом тривалого часу зберігають тенденцію до невпинного зростання. Отже, корупція залишається однією із ключових проблем розвитку суспільства та державності України та пронизує всі сфери її життєдіяльності.

Незважаючи на реалізацію низки державних заходів щодо протидії корупції (прийняття відповідних нормативно-правових актів, створення спеціальних антикорупційних та правоохоронних органів, що їй протидіють), вони так і не привели до відчутних позитивних зрушень у сфері боротьби з корупцією передусім тому, що й досі не створено ефективної науково обґрунтованої системи контролю за корупцією.

Зміст і принципи законодавчої діяльності мають завжди слугувати основою для всіх, без винятку, політичних сил, які у результаті виборів на певний період приходять до влади.

Саме тому знання про цей процес та дотримання правил законотворчої техніки мають стати пріоритетними у діяльності як парламенту загалом, так і окремо взятого народного депутата, а також інших суб'єктів законодавчої ініціативи, виключний перелік яких визначений у Конституції України.

Повною мірою це стосується й діяльності, пов'язаної з іноземним інвестуванням в Україні, враховуючи значну залежність її від корупційних впливів.

Як із цього приводу влучно зауважив О. Ю. Шостко, корупційні практики порушують основні конституційні засади щодо дотримання прав і свобод громадян, дискредитують політичні й економічні реформи, спричиняють фінансові кризи, величезне розшарування в доходах, блокують надходження інвестицій, порушують принцип рівності перед законом тощо. Як наслідок, за даними Світового банку, від корупції страждає більшість населення країн, що розвиваються [19, с. 9].

Ключові слова: корупція, іноземні інвестиції, кримінальне корупційне правопорушення, зовнішньоекономічна діяльність.

Постановка проблеми. У цій науковій статті нами проаналізовано стан наукових розробок з питань, що стосуються впливу корупції на прямі іноземні інвестиції. На підставі проведеного аналізу у роботі також запропоновані науково обґрунтовані заходи щодо теоретичного обґрунтування впливу корупції на прямі іноземні інвестиції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Вивченню понять корупції, а також корупційного діяння як комплексного поняття приділено увагу в працях відомих вітчизняних учених у галузі кримінології та кримінального права: Л. Багрія-Шахматова, О. Дудорова, А. Закалюка, М. Камлика, О. Костенка, М. Мельника, Є. Невмержицького, А. Редьки, М. Хавронюка.

Дослідженню причин, умов, особливостей попередження та засобів протидії різним видам корупційної діяльності присвячували наукові праці такі українські та російські автори, як: М. Буроменський, А. Гайдук,

© А. Боровик, 2020

В. Гладкіх, Л. Гаухман, А. Долгова, Д. Заброда, В. Зеленецький, О. Кальман, В. Лунєєв, В. Малков та вже згадані вище Л. Багрій-Шахматов, О. Дудоров, М. Камлик, М. Мельник, Є. Невмержицький тощо.

Крім того, окремі питання виявлення, припинення корупційних правопорушень та запобігання їм досліджували такі вчені, як П. Андрушко, В. Авер'янов, О. Бандурка, В. Борисов, В. Бутузов, А. Боровик, М. Вербенський, А. Волобуєв, В. Гончаренко, І. Голосніченко, С. Гусаров, М. Гуцалюк, С. Дерев'янко, Р. Калюжний, Н. Карпов, С. Ківалов, О. Копан, В. Лисиченко, В. Маляренко, Є. Моісеєв, Г. Пожидаєв, Є. Скулиш, Є. Стрельцов, В. Сущенко, В. Тацій, С. Шепетько, М. Шумило та ін.

Інші роботи з цих питань (М. Бездольного, В. Гвоздецького, І. Дьоміна, Д. Заброди, В. Завгороднього, Д. Йосифовича, С. Рогульського, О. Ткаченка, І. Яцківа тощо) пов'язані з висвітленням загальних адміністративно-правових засад запобігання корупції та заходів боротьби з нею, а також адміністративно-правових засад діяльності правоохоронних органів щодо протидії корупції тощо.

Поряд із цим слід визнати, що стан наукових розробок з питань, що стосуються впливу корупції на прямі іноземні інвестиції натепер вченими досліджений неповною мірою, а тому тема цієї наукової статті є досить актуальною та такою, що має теоретичне і практичне значення.

Метою даної наукової статті є вивчення та з'ясування стану наукових розробок з питань, що стосуються впливу корупції на прямі іноземні інвестиції.

Виклад основного матеріалу. У межах проведеного дослідження не можна охопити весь перелік проблем протидії корупційній злочинності та згадати всіх вчених, які присвячували свої роботи цій тематиці Водночас у цьому дослідженні ми намагались систематизувати всі наукові розробки, що стосуються впливу корупції на прямі іноземні інвестиції.

Проблемні кримінологічні питання протидії корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії (2015 р.) розглядала у своїй докторській роботі О. Бусол [4]. Вона, зокрема, надала визначення понять «корупційна злочинність» та «протидія корупційній злочинності».

Проблеми розвитку тіньового сектора економіки, корупції та методи боротьби з цими негативними явищами досліджували у своїх працях В. Бутенко, З. Варналій, І. Дегтяр, І. Жданов, І. Озерський, В. Попович, В. Предборський, О. Рибчак, Є. Самойленко, А. Ставицький, Ю. Латов, І. Мазур, О. Черниш та ін. Так, науковці-практики, які безпосередньо займаються питаннями протидії корупції, зокрема М. Хавронюк, А. Єрмак, В. Попович, Т. Якимець тощо, вказували на недоліки організаційно-правового забезпечення протидії корупції.

Проблематиці міжнародного інвестування в сучасній світовій економіці приділили увагу як вітчизняні, так і зарубіжні науковці, серед яких: Є. Авдокушин, К. Амадео, Т. Говорушко, Дж. Грахам, О. Едуардо, Л. Ігоніна, Т. Ісаченко, Н. Краснікова, П. Кругман, Е. Кушніренко, Т. МакДонах, Н. Навроцька, Н. Обушна, О. Пирог, А. Поручник, Є. Сидорова, І. Стеблянко, Н. Стукало, Т. Фролова та інші. Вагомий внесок у розвиток теоретичних, методологічних та науково-практичних засад формування та реалізації національних стратегій розвитку зробили вітчизняні та зарубіжні науковці, зокрема: О. Артемов, М. Бутко, О. Джусов, М. Дітковська, Н. Дучинська, С. Задорожна, Т. Куценко, Н. Овчинникова, Ю.Орловська, Н. Скрипник, І. Тараненко, С. Чистов та інші. Теоретичні засади, елементи та чинники формування регіональних інтеграційних об'єднань країн досить ґрунтовно досліджені в працях провідних учених, таких як: Б. Баласса, Ю. Борко, Ю. Ваннон, Д. Вайнер, С. Вольпе, С. Грибова, Е. Данилюк, М. Згуровський, П. Ламі, А. Ліхачов, Д. Лук'яненко, Дж. Най, В.Новицький, А. Полуектов, А. Спартак, Л. Уінтерс, Дж. Фуентес, Ю. Чириченко, О. Чугаєв, В. Чужиков, М. Шифф та інші. Значний внесок у дослідження перспектив реалізації інвестиційних стратегій країн в умовах посилення регіоналізації міжнародної торгівлі зробили науковці та практики, зокрема: Р. Болдуін, Д. Велде, О. Гусейнов, О. Дзяд, Ф. Жомотт, А. Кочнева, Дж.-А. Кравфорд, М. Лешер, Н. Мешко, Д. Мєдвєдєв, Г. Мірдал, В. Рокоча, Є. Семак, І. Турлай, М. Фанбюлех, Р. Флорентіно, У. Шарп, Ю. Шишков, А. Шумський та інші. Також вивченню впливу регіоналізації міжнародної торгівлі на залучення іноземних інвестицій у країни-члени регіональних інтеграційних об'єднань приділяють увагу експерти ЮНКТАД, Світового банку та СОТ.

Вагомий внесок в економічну теорію засад прямого іноземного інвестування зробили такі науковці, як: Б. Губський, В. Дергачова, С. Захарін, О. Федоренко, Н. Вознесенська та ін.

Проблема формування сприятливого інвестиційного клімату в Україні завжди знаходилася в центрі уваги учених-економістів. Проблемами залучення іноземних інвестицій

та створення сприятливого інвестиційного клімату в Україні займалися такі вчені, як А. Музиченко, А. Філіпенко, В. Комаров, В. Лановий, І. Бланк, М. Мельник та інші.

З-поміж наукових праць, в яких досліджуються процеси прямого іноземного інвестування в умовах глобалізації, форми та рівні міждержавного та регіонального інвестиційного співробітництва, сучасні особливості інвестиційних стратегій, слід відзначити роботи таких зарубіжних та вітчизняних науковців, як О. Азуан, Дж. Александер, Л. Антонюк, К. Бендукидзе, Д. Вітас, О. Гаврилюк, Т. Гайдай, Л. Гітман, Е. Девіс, М. Джонк, М. Енг, Т. Кіннан, К. Коджімі, Р. Кун, Я. Кузьминов, Ф. Ліс, Д. Лук'яненко, З. Луцишин, Ю. Макогон, Р. Манделл, А. Маркус, М. Міллер, О. Мозговий, В. Новицький, Д. Норт, Т. Озава, О. Рогач, Л. Руденко-Сударєва, Т. Склярук, Я. Столярчук, О. Ткач, Ф. Фабоцці, Б. Фридман, Ф. Хайден, А. Шастітко, В. Шевченко та ін.

До початку розбудови незалежної держави в Україні не приділялося належної уваги кримінологічним дослідженням протидії корупції, більше того цей феномен в СРСР не розглядався кримінологами та політиками як загроза національній безпеці. Окремі аспекти протидії корупції в дореволюційний і радянський періоди розглядалися переважно в контексті боротьби з хабарництвом у працях Б. Волженкіна, П. Гришаєва, М. Зильберштейна, В. Квашиса, М. Неклюдова, О. Сахарова, П. Яні. Перші кроки у цьому напрямі стали здійснюватися тільки на початку 90-х років XX ст. Тоді ж і почала формуватися законодавча база протидії корупції, що і пояснює обмеженість охоплення ними питань протидії корупційній злочинності.

Одне з перших емпіричних досліджень корупції та інвестицій було здійснене П. Мауро в 1995 р. На масиві країн він показав, що корупція скорочує співвідношення обсягу інвестицій до ВНП і таким чином сповільнює економічне зростання. П. Мауро, зокрема, стверджував, що якби рівень корупції, приміром, у Бангладеш зменшився б хоча б до рівня Уругваю, інвестиції б там зросли майже на 5 % обсягу ВНП! А зростання рівня корупції в Сінгапурі до масштабів Мексики було б рівнозначним збільшенню податкових ставок на 20 % [3].

Зауважимо, що в сучасній юридичній літературі існує багато визначень корупції. Частина їх аналізується в праці М. Камлика і Є. Невмержицького «Корупція в Україні» [15], яка видана в 1998 році і є першою роботою, присвяченою корупції в українській державі.

Значним внеском у розробку дієвих заходів запобігання корупції в Україні стало дослідження М. Мельника (2002 р.), присвячене кримінологічним та кримінально-правовим проблемам протидії корупції [14]. Проте, з огляду на значні зміни останніми роками організаційно-правової інфраструктури запобігання корупції та постійну трансформацію нормативно-правової бази з її протидії в Україні, а також зважаючи на необхідність теоретичного аналізу впливу нових нормативно-правових актів на реальний стан боротьби з цим суспільно небезпечним явищем, ця проблематика потребує подальших досліджень у цьому напрямі з урахуванням згаданих вище змін, адже корупція постійно видозмінюється залежно від зміни соціально-економічних відносин. Недостатнє урегулювання економічних відносин у країні, ослаблення соціального контролю економічної діяльності, наявність командно-кланової системи організації державної влади і притаманної їй кругової поруки, олігархізація політичної влади призводять до посилення корупційних тенденцій в усіх сферах суспільного життя.

М. Мельник наголошує на необхідності першочергового розгляду соціальної сутності корупції, яка, на думку автора, проявляється в тому, що вона: має соціальну зумовленість (є продуктом соціального життя); має свою соціальну ціну, яку платить суспільство за існування корупції; істотно впливає на найважливіші соціальні процеси; має історичні витоки і глобальний характер; є економічним, політичним, правовим, психологічним і моральним явищем; має властивість пристосовуватись до соціальних реалій, постійно мімікрувати та видозмінюватися [14]. Інший автор В. Дрьомін також розглядає корупцію як соціальний інститут у структурі суспільних відносин [8, с. 6, 22].

В. Гаращук і А. Мухатаєв теж вважають, що корупція є явищем скоріше соціальним, кримінологічним, ніж юридичним [6, с. 255].

Є. Невмержицький, дослідження якого було присвячене генезису корупції, її тенденцій, форм поширення і проявів у суспільстві, характеру і глибині впливу на суспільні процеси, розглядає корупцію як економічне, політичне, правове і культурне явище [16].

Водночас до 2010 року у більшості вітчизняних наукових праць корупція розглядалася переважно як явище, що випливає з державного управління, ототожнюючись із владою бюрократії й недосконалістю правового забезпечення механізмів боротьби з нею [5, с. 3]. Основний акцент робився на неспроможності, а подекуди й небажанні державної влади вживати дієвих заходів з протидії корупції.

У цьому контексті варто згадати дослідження О. Бусол на тему «Протидія корупційній злочинності в Україні в контексті сучасної антикорупційної стратегії» (2015 р.) [4]. Розглянуто генезис поняття «протидія корупції», характеристику сучасного стану протидії корупційній злочинності в Україні, політику держави з цього напряму в сучасний період. Досліджено рівень корупційної злочинності в Україні в окремих сферах життєдіяльності суспільства. Проведено порівняльний аналіз антикорупційних стратегій держав Центральної та Східної Європи. Сформульовано пропозиції, спрямовані на вдосконалення заходів протидії корупційній злочинності в Україні та українського антикорупційного законодавства. Запропонована в дисертації концепція протидії корупційній злочинності в Україні є науковою характеристикою єдності ідей, які забезпечують спрямованість стратегії на формування особистості, позбавленої корупційного світогляду.

Отже, можна констатувати, що корупція в Україні є складним комплексним соціальним, економічним, політичним, правовим, моральним, психологічним та культурним явищем, яке негативно впливає на всі аспекти політичного і соціально-економічного розвитку суспільства і держави, загрожує демократії та правам людини, підриває соціальну справедливість та легітимність публічних інститутів.

Соціальна сутність корупції, яка полягає у спотворенні суспільних відносин, пов'язаному з розладом усталеного справедливого порядку у суспільстві та занепадом моральності, зумовлена певними історичними витоками та соціальними передумовами.

Жодна країна світу, жоден політичний режим не має повного імунітету від корупції, змінюються лише її обсяги та прояви. Корупція притаманна всім без винятку суспільствам, вона – невід'ємний атрибут публічної влади, а її розміри залежать від ефективності зусиль держави щодо протидії їй. Тому зрозуміло, що подолати та викорінити повністю корупцію неможливо – можна лише її мінімізувати.

Корупція як соціальне явище має соціальну зумовленість, соціальні закономірності розвитку та здійснює негативний вплив на соціальні процеси. Приміром, М. Луценко, Л. Щербина передусім розглядають корупцію як різновид соціальної корозії, яка руйнує органи державної влади [12, с. 143]. М. Мельник також визначає корупцію як корозію влади, яка роз'їдає і руйнує органи державної влади, державу і суспільство в цілому [13].

Можна констатувати безперечний вагомий внесок вказаних вище науковців у розроблення зазначеної проблематики, однак наукові праці цих вчених торкалися лише окремих аспектів проблеми протидії корупції, актуальних на певних етапах розвитку законодавства та правоохоронної практики України, тобто до моменту створення ряду правоохоронних та антикорупційних державних органів, покликаних здійснювати боротьбу з корупцією в нашій державі. Чимало питань, що стосуються сучасного стану поширення корупції в Україні та проблем, які виникають у процесі запобігання їй, продовжують залишатися дискусійними, або окремі питання досі взагалі не висвітлювалися науковцями.

В. Астанін, предметом дослідження якого є антикорупційна політика, слушно зауважує, що кримінологічні аспекти антикорупційної політики в науці досліджені фрагментарно насамперед через відсутність протягом тривалого часу її контурів і змісту. Загальні або спеціальні питання боротьби з корупційною злочинністю, які вивчалися особливо часто в пострадянський період, з об'єктивних причин не могли відображати весь комплекс проблем у контексті антикорупційної політики, законодавчі та правозастосовні засади якої тільки формуються в сучасний період. У своїй науковій праці вчений зазначає, що сучасні антикорупційні заходи тільки стають предметом розрізненого вивчення, причому в межах різних галузей юридичної науки (цивільного, державного, адміністративного права). Науково-практичний аналіз показників корупції, які змінюються залежно від вжитих заходів щодо її проявів, дослідження механізмів детермінації і причинності корупції в усьому різноманітті її якісних і кількісних характеристик не тільки є необхідною умовою глибокого пізнання корупції, але й має важливий прикладний аспект. За твердженням вченого, низка антикорупційних заходів не відповідає змісту державної політики протидії корупції. Їх застосування має бути пов'язано з виявленням закономірності корупції та протидії їй, на основі яких вирішуються питання усунення причин і умов, що детермінують корупційні прояви, в тому числі тих, які дозволяють попередити властиву корупції трансформацію незлочинних форм у злочинні та навпаки. Такі знання лежать у сфері кримінології, в якій вивчення проблем протидії корупції представлено найбільш комплексно та має апробовані за тривалий період методологічні основи [2]. Вченим розширено тематичний понятійний апарат: вперше введено в науковий

обіг поняття «корупційні ризики, пов'язані з державною службою», «корупційна практика».

У 2007 р. виходить друком монографія В. Журавського, М. Михальченка, О. Михальченка [10], в якій розглядається взаємозв'язок корупції в Україні з політикою, економікою, мораллю, правом та іншими сферами суспільного життя. Вчені показують багатоаспектність корупції і знов-таки її системний характер в Україні. Автори застосовують цікавий підхід, використовуючи метафору, доводячи, що корупція – не політика, а «антиполітика, яка роз'їдає державний механізм» України, руйнує нормальні суспільні відносини, деформує сучасну українську політику, яка спрямована на добробут, економічне зростання і європейський вибір країни. Як зазначають автори, системний підхід до проблеми механізмів подолання корупції в Україні передбачає виділення певного системоутворюючого параметра, що зумовлює структуру цієї системи. Таким параметром, на думку дослідників, виступає держава, яка не тільки вносить левову частку в розробку і реалізацію цих механізмів, але й координує діяльність недержавних органів з виконання антикорупційних законів і програм у межах, визначених Конституцією України. Автори монографії дотримуються позиції, що державні механізми подолання корупції є провідним елементом цієї системи. Громадські ініціативи з розробки законодавчої бази з протидії корупційній злочинності, вільна преса, достатня кількість науковців, система підготовки кадрів (недержавна), політичні партії та громадські організації, які здійснюють соціальний контроль за процесом боротьби з корупцією, міжнародні організації та інше, на думку вчених, є другим складником механізмів для створення умов подолання корупції. Проте перелічені дослідниками як складники механізмів фактори, заходи та суб'єкти не є лише складниками, а є повноцінними суб'єктами протидії корупційній злочинності та не менш значущими факторами і заходами такої протидії, ніж державні механізми. На думку авторів, побудова демократичної і соціально-правової держави, докорінні зрушення у подоланні корупції можливі лише за наявності системи спеціальних механізмів та виваженого законодавчого регулювання їхньої діяльності. Щодо цього зазначимо, що твердження про виключну наявність спеціальних механізмів видається нам сумнівним. До того ж тут наявна підміна понять, оскільки не можна регулювати діяльність «механізмів», навіть законодавчо.

О. Литвинов, говорячи про розробку стратегії протидії злочинності на новий історичний етап розвитку суспільства, слушно вважає доцільним докладно і всебічно вивчити попередню стратегію. Це потрібно для того, щоб повною мірою усвідомити її сильні та слабкі сторони, використати практичне значення перших і не допустити, попередити рецидив других. Отже, на підставі аналізу сутнісних і змістовних характеристик стратегії протидії злочинності вчений дає їй таке визначення: це система обґрунтованих і офіційно прийнятих поглядів і уявлень, принципів і положень про шляхи, засоби і механізм захисту життєво важливих інтересів громадянина, суспільства, держави, законних з точки зору права, від внутрішніх і зовнішніх загроз від злочинності. Процес реалізації стратегії протидії злочинності вчений пропонує поділити на етапи: на першому етапі основні зусилля держави та суспільства необхідно зосередити на витісненні злочинності з легального сектора економіки і політичної сфери. Одночасно варто вжити заходів щодо звуження тіньового складника економіки країни, що дозволить значно обмежити економічну і фінансову базу злочинності, її ресурси для подальшого зростання. Ці кроки слід синхронізувати з масштабною боротьбою з корупцією, оскільки вони не дадуть позитивного результату, якщо державний механізм не буде очищено від цієї вади [11].

Реформам українського антикорупційного законодавства, зокрема, у світлі міжнародно-правових зобов'язань присвячені праці П. Андрушка [1], в яких вчений аналізує національне міжнародне законодавство України, виходячи з відповідних міжнародних стандартів та принципів. Як зазначає вчений, підстав стверджувати, що реформування антикорупційного законодавства України, яке здійснювалось протягом 2006–2011 рр., досягло своєї мети і є завершеним, немає. Цей висновок вченого актуальний і в нинішніх умовах. Також дослідник проводить доктринальний аналіз ознак корупційних злочинів та виокремлює особливості застосування антикорупційного законодавства стосовно певних категорій осіб.

Досвіду імплементації антикорупційних норм міжнародного права у вітчизняне законодавство присвячує роботи О. Житний [9]. Розглядаючи вплив на розвиток кримінального права України міжнародно-правових документів, вчений звертає увагу, що в 70-х роках XX ст. корупційні правопорушення оцінювалися ООН як проблема здебільшого внутрішньодержавна (зокрема, в Кодексі поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку, затвердженому 1979 р., вказано: «Поняття корупції має визначатися національним правом». Однак у 90-х роках

ця організація створює глобальну мережу антикорупційних норм) [17, с. 93]. Пояснюється збільшення об'єктів антикримінальної діяльності ООН передусім тим, що злочинність у нових умовах набула характеру планетарної проблеми. Глобальною має бути й реакція на це масштабне соціально негативне явище [7, с. 16].

Враховуючи стрімкі зміни останнім часом українського законодавства і зміну напрямів політики держави у сфері протидії корупції в бік європейських стандартів, доцільно уточнити відповідний зміст політики України і надати пропозиції щодо законодавства в цій сфері. На нашу думку, питання, що розглядаються у працях, містять загальні риси для подальшого вивчення їх у контексті корупційної злочинності, що дозволить удосконалити законодавство у сфері національної безпеки України.

Висновки

Відштовхуючись від базових положень, висновків, сформульованих згаданими вченими, віддаючи належне їх вагомому внеску в загальний розвиток проблем корупції, слід, утім, констатувати, що праць, в яких комплексно досліджуються проблеми протидії впливу корупції на прямі іноземні інвестиції в Україні у період 1991 2019 рр., немає. Відсутні й праці щодо аналізу протидії корупції на прямі іноземні інвестиції в її розвитку, які б ґрунтувалися також на підході до протидії корупції усіма її суб'єктами, якими є суспільство в особі його інститутів, окремі фізичні та юридичні особи. Отже, необхідно виробити цілісну систему протидії корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії та сформулювати на цій основі пропозиції нормативно-правового характеру, спрямовані на забезпечення підвищення ефективності діяльності у сфері інвестування.

Незважаючи на велику кількість робіт як вітчизняних, так і зарубіжних вчених із вибраної проблематики, малодослідженим залишається теоретичне обґрунтування впливу корупції на прямі іноземні інвестиції, поняття, форми та види іноземних інвестицій, формалізація механізму та визначення інструментів їх реалізації в умовах регіоналізації міжнародної торгівлі. Важливим завданням також є визначення напрямів удосконалення інвестиційних стратегій країн з урахуванням їх переваг, можливих ризиків та провідних факторів середовища формування та реалізації в Україні.

Список використаних джерел:

1. Андрушко П. П. Реформа українського антикорупційного законодавства у світлі міжнародно-правових зобов'язань України. Київ: Атіка, 2012. 332 с.

2. Астанин В. В. Антикоррупционная политика России: криминологические аспекты : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2009. 37 с.

3. Бусол О. Ю. Інвестиції і корупція: хто кого? *Центр досліджень соціальних комунікацій НБУВ*. URL: http://nbuviap.gov.ua/index.php?option= com_content&view=article&id=1834: koruptsiya&catid=8&Itemid=350 (дата звернення: 22.03.2020).

4. Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2015. 479 с.

5. Відповідальність за корупційні діяння, правові засади відшкодування збитків, завданих внаслідок їх вчинення : навч.-метод. Матеріали / Ю. В. Баскакова, В. М. Гаврилюк, П. В. Качанова, Г. О. Усатий; упоряд. О. В. Жур. Київ: НАДУ, 2013. 108 с.

6. Гаращук В., Мухатаєв А. Категоріально-правова характеристика корупції: визначення понять «корупційне правопорушення» та «корупційний злочин». *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 3 (54). С. 254–265.

7. Голик Ю. В. Преступность – планетарная проблема. (К итогам XI Конгресса ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию) / Ю. В. Голик, А. И. Коробеев. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2006. 215 с.

8. Дрьомін В. М. Інституціональна теорія злочинності та криміналізації суспільства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2010. 38 с.

9. Житний О. О. До питання про вплив на розвиток кримінального права України рішень Організації Об'єднаних Націй з питань боротьби зі злочинністю. *Публічне право*. 2012. № 4 (8). С. 136–142.

10. Журавський В. С., Михальченко М. І., Михальченко О. М. Корупція в Україні – не політика : монографія. Київ: Фенікс, 2007. 408 с.

11. Литвинов О. М. Стратегія протидії злочинності. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1 (1). С. 377–387.

12. Луценко М. М., Щербіна Л. І. Корупція в Україні: сучасний стан і проблеми протидії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2015. № 15. Т. 2. С. 142–145.

13. Мельник М. І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) : монографія. Київ: Юрид. думка, 2004. 400 с.

14. Мельник М. І. Кримінологічні та кримінально-правові проблеми протидії корупції : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2002. 506 с.

15. Невмержицький Є. В. Корупція в Україні. Київ : Знання, 1998. 186 с.

16. Невмержицький Є. В. Корупція в Україні: причини, наслідки, механізми протидії : монографія. Київ : КНТ, 2008. 368 с.

17. Нуруллаєв І. Роль ООН у формуванні глобальної міжнародно-правової антикорупційної стратегії. *Юридична Україна*. 2007. № 12. С. 93–96.

18. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/964-15 (дата звернення: 24.03.2020).

19. Запобігання корупції : підручник / Б. М. Головін, О. Г. Колб, В. Ф. Оболенцов та ін.; за заг. ред. Б. М. Головіна. Харків: Право, 2019. 296 с.

The article ascertains the state of scientific development on question, the concerning influences of corruption on direct foreign investments. Intensive development of economic processes and institutes of civil society in Ukraine restrains first of all prevalence of such social phenomenon as corruption. Its negative impact on economy and political system in Ukraine becomes more and more notable and for today creates threat of national security of the state, about what it is noted in the law of Ukraine «About bases of National Security of Ukraine» (2003 year), where emphasized, that main real and potential threat of national security of Ukraine, stability in society distribution of corruption in public authorities, combining business and politics, organized criminal activity.

High level of corruption of the power of Ukraine are recognized not only its political management, legislature, domestic and foreign analysts but also relevant international institutes. In particular, at the international level Ukraine has reputation of extremely corrupted country. At the same time scales of corruption of the power in Ukraine keep a trend to constant growth for a long time. So, corruption remains one of key problems of development of society and statehood of Ukraine and penetrates all spheres of its activity.

Despite realization of a number of the state measures for anti-corruption (adoptions of the relevant normative legal acts, creation of special anti-corruption and law enforcement agencies that it is counteracted), they did not bring to notable positive shifts in the sphere of fight against corruption, first of all because, as still the effective evidence-based control system for corruption is not created.

This process and observance of rules of the legislative equipment has to become priority in activity as in general parliament, and an individual People's Deputy and also others subject a legislative initiative which exclusive list is defined in the Constitution of Ukraine.

Fully it concerns also activity, applies with foreign investment in Ukraine, considering considerable dependence it from corruption influences.

As about it noticed O. Shostko, corruption practices break the main constitutional bases on respect for the rights and freedoms of citizens, discredit political and economic reforms, cause financial crises, huge stratification in income, block receipt of investments, break the principle of equality before the law, etc. As a result, according to the World Bank, most of the population of developing countries suffers from corruption [19, p. 9].

Key words: corruption, foreign investments, criminal corruption offense, foreign economic activity.

УДК 344.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.42

Вікторія Владимирова,
аспірантка кафедри кримінального права, кримінології, цивільного та господарського права ЗВО «Національна академія управління»

ВИТОКИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗДАЧУ АБО ЗАЛИШЕННЯ ВОРОГОВІ ЗАСОБІВ ВЕДЕННЯ ВІЙНИ

У статті здійснений аналіз норм права про кримінальну відповідальність за здачу або залишення ворогові засобів ведення війни. Приділено увагу вивченню витоків та історії розвитку законодавства, що розпочинається з XI ст., коли в прадавньому збірнику законів Київської Русі «Руській Правді» було передбачено в окремих статтях відповідальність за посягання на військовий правопорядок. Вимогою подальшого розвитку кримінального законодавства у воєнній сфері стала необхідність формування постійної і професійної армії. Розвиток військового кримінального законодавства в Україні після розпаду Київської Русі тісно пов'язаний із розвитком військового законодавства інших держав, під владою яких упродовж багатьох століть перебувало населення українських земель, зокрема Великого князівства Литовського, Королівства Польського та Московського князівства, а пізніше Російської імперії. Процес відновлення Української держави тісно пов'язаний зі створенням власної армії.

Аналіз охопив законодавство щодо зазначеного військового злочину, яке неодноразово змінювалося, удосконалювалося законодавцями і продовжує становити для військового правопорядку підвищену суспільну небезпеку, а тому залишається у Кримінальному кодексі України в «статусі» військового злочину (кримінального правопорушення).

Виникнення і розвиток військово-кримінального законодавства в нашій державі прямо пов'язаний з виникненням і розвитком Збройних Сил та інших військових формувань, армії незалежної суверенної України. Це необхідний крок кожної новонародженої держави, яка дбає про свою обороноздатність та військову міць. Оскільки наша держава є порівняно молодою, відповідно, і військово-кримінальне законодавство перебуває у стадії напрацювання та вдосконалення, що і зумовлює необхідність детального вивчення витоків та генезису розвитку військово-кримінального законодавства, а саме статті 427 Кримінального кодексу України («Здача або залишення ворогові засобів ведення війни»).

Ключові слова: витоки, ґенеза, кримінальна відповідальність, військові злочини, військово-кримінальне формування, здача або залишення ворогові засобів ведення війни, територія України.

Постановка проблеми. Питання витоків норм права, які нині передбачають кримінальну відповідальність за військові злочини, передбачені ст. 427 Кримінального кодексу України («Здача або залишення ворогові засобів ведення війни»), не отримали до сьогодні належного наукового аналізу і висвітлення. Разом із тим зазначений злочин продовжує бути тяжким і небезпечним для військового правопорядку злочином, а тому потребує більш поглибленого аналізу і посилення його захисту за допомогою кримінально-правових заходів.

Мета статті – комплексно проаналізувати витоки і ґенезу законодавства, що нині передбачає кримінальну відповідальність за здачу або залишення ворогові засобів ведення війни за ст. 427 КК України (далі – КК).

Виклад основного матеріалу. Історія становлення правової норми, яка регламентує кримінальну відповідальність за здачу або залишення ворогові засобів ведення війни (ст. 427 КК), розпочалася з того часу, як виникло військо та обов'язковими елементами стали засоби ведення війни, а саме зброя, яка застосовувалася збройними силами воюючих для знищення живої сили і військової техніки противника. На теренах сучасної України письмовими пам'ятками, які збереглися і сприяють дослідженню, є акти Київської Русі: «Руська Правда», «Правда Ярославичів», «Розширена руська правда» [1, с. 10-11], а також пізніші юридичні збірники «Мірило праведне», списки «Кормчої книги» [2, с. 8-9] та ін.

Надалі протягом кількох століть кримінальне законодавство на території України формувалось під впливом актів законодавства держав, до території яких належали українські землі, зокрема Великого князівства Литовського, Королівства Польського та Московського, а пізніше Російської імперії [3, с. 18].

© В. Владимирова, 2020

Як зазначає О.В. Макаренко «джерелами кримінального <...> права даного часу були: звичаєве право, церковне право, Магдебурзьке право, Литовські статути, гетьманське законодавство, російське право» [4, с. 12].

За часів перебування України під владою інших держав, а саме Московського князівства доби Івана IV, оскільки в цей період були засновані постійні війська на території «всея Руси» саме для зовнішньої охорони Московської держави, які отримали назву «стрілецькі», і виникли перші військово-кримінальні правові акти. Найвідоміший із них – «Устав ратных, пушечных и других дел, касающихся до воинской науки» (1621 р.), в якому норми військово-кримінального змісту були розміщені в главі «О статейной розписи пушкарей», яка містила 29 статей. Зазначимо, що дану главу науковці вважають невизначеною, погано структурованою, проте слід пам'ятати, що вона є однією з перших спроб встановити, які дії можна називати (відповідно до тогочасних звичаїв і традицій) порушеннями військової дисципліни і тяжкими військовими злочинами, а також вид покарання за них [5]. До перших належали: непослух і невиконання наказу, самовільне залишення служби, насильство щодо місцевого населення тощо. До тяжких злочинів зараховувалися: залишення зброї для грабежу, недотримання правил утримання зброї у готовності до стрільби; розтрата необхідного для стрільби приладдя; підняття помилкової тривоги; розорення млинів; пограбування церкви та ін.

Особливий інтерес для нас становить «Артикул воинский» (1715 г., апреля 26) [6, с. 285-329; 7, с. 61-66]. У ньому містяться норми тільки кримінального права, і він по суті являє собою Військово-кримінальний кодекс без загальної частини. Він містить главу XV «О сдаче крепостей, капитуляции и акордах с неприятелем» [6, 309-311], в якій в артикулах 118-120 передбачена кримінальна відповідальність офіцерів (як і рядових) за здачу або залишення без крайньої потреби фортеці. Варто зазначити, що артикул 57 також передбачав обов'язки військовослужбовців щодо поводження зі своєю зброєю і встановлював санкції за їх порушення. Так, «кто свое ружье весьма бросит, или в поле оставит, оный жестоко шпицрутенами наказан будет» [6, 298].

Подальшим періодом криміналізації дій у виді «здачі фортеці» були схожі правопорушення, зазначені у «Полевом уголовном уложении» 1812 р., «Военно-уголовном уставе» 1839 р., «Уложении о наказаниях уголовных и исправительных» 1845 р., «Воинском уставе о наказаниях» 1867-1868 рр. [7, с. 68-77].

Наступним етапом криміналізації дій у виді «залишення ворогові засобів ведення війни» стало Положення про революційні військові трибунали від 20 листопада 1919 р. [7, с. 80], в якому передбачалась кримінальна відповідальність за «умисне знищення або пошкодження спеціальних воєнних споруд», і ст. 210 Кримінального кодексу УСРР від 23.08.1922 р. за «самовольное отступление военного начальника от данной ему диспозиции или иного распоряжения, отданного для боя, сдача им неприятелю вверенных ему отрядов, укрепления или военного судна, а равно уничтожение или приведение в негодность укрепления, судна, орудий, складов оружия, продовольственных припасов и других предметов, надлежащих к средствам ведения войны, в тех случаях, когда указанные деяния учинены без всякого намерения способствовать неприятелю, а лишь в силу неправильной оценки им с точки зрения пользы дела сложившейся во время боя обстановки» [8, с. 423].

КК УССР містив цілий арсенал доволі радикальних заходів захисту держави від суспільно-небезпечних дій. Він встановив, що кара є заходом оборонним і повинна бути доцільною. КК містив положення про аналогію закону. Так, у ст. 10 зазначалося: «У разі відсутності в Кримінальному кодексі прямих вказівок на окремі види злочинів покарання або інші міри соціального захисту застосовуються згідно зі статтями Кримінального кодексу, що передбачають найбільш схожі за важливістю і родом злочини, з дотриманням правил Загальної частини цього Кодексу».

Як зазначає М.Е. Шаргей, коментуючи правову норму, передбачену ст. 210 КК УСРР 1922 р., «діяння, передбачене ст. 210, є не чим іншим, як видом перевищення влади, але виділене воно в окрему статтю з метою різкіше підкреслити відповідальність військового начальника у випадку відступу ним від диспозиції або розпорядження начальника, відданого для бою» [8, с. 424].

Предмети злочину в частині здачі їх противнику конкретно зазначені законодавцем і могли бути лише у виді «загону, фортеці і військового судна». У частині знищення або приведення в непридатність предмети злочину були зазначені лише приблизно, але такими могли бути лише предмети, які належали до засобів ведення війни, а які конкретно, якщо вони не зазначені законодавцем в диспозиції статті 210 КК, належало у кожному випадку вирішувати суду. Обов'язковою умовою для застосування ч. 1 ст. 210 була відсутність мети сприяти противнику вчиненим діянням [8, с. 424].

В артикулі 206-20 КК УСРР від 08.06.1927 р. законодавець розширив, як

предмет цього злочину, так і види вчинюваних діянь, виклавши його у такій редакції:

«а) За те, що начальник здасть ворогові доручені йому воєнні сили, залишить ворогові, знищить чи унепридатнить доручені йому укріплення, воєнні кораблі, військові літаки, артилерію, воєнні склади та інші засоби ведення війни, а також за те, що начальник не вжив потрібних заходів до знищення та унепридатнення перерахованих засобів ведення війни, коли їм загрожує безпосередня небезпеки захоплення ворогом і коли вже використано всі заходи зберегти їх, якщо зазначені в цьому артикулі вчинки заподіяно з метою сприяти ворогові, – вищий захід соціяльної оборони з конфіскацією майна.

Б) За ті самі вчинки, заподіяні не з метою сприяти ворогові, але всупереч військовим правилам, – позбавлення волі із суворою ізоляцією на реченець не менший як три роки, а за обтяжливих обставин – вищий захід соціяльної оборони з конфіскацією майна» [9, с. 284].

Завершилась кодифікація військових злочинів прийняттям Верховною Радою колишнього Союзу РСР 25 грудня 1958 р. Закону про кримінальну відповідальність за військові злочини [10, с. 2-14], який окремою главою XI «Військові злочини» був включений до КК УРСР, прийнятого 4-ю сесією Верховною Радою УРСР п'ятого скликання 28 грудня 1960 р. і введений у дію 1 квітня 1961 р. [11].

Ст. 255 КК УРСР («Здача або залишення ворогові засобів ведення війни») передбачала кримінальну відповідальність за «здачу ворогові начальником ввірених йому військових сил, а так само не викликане бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової техніки та інших засобів ведення війни, якщо зазначені дії вчинені не з метою сприяння ворогові, – карається позбавленням волі на строк від трьох до десяти років або смертною карою». Положення статті 255 КК, яке передбачало смертну кару як вид покарання, визнано таким, що не відповідає Конституції України (Рішення Конституційного Суду України від 29.12.1999 р. № 11-рп/99).

Пізніше у КК України, прийнятому 5 квітня 2001 р., зазначений злочин «здача або залишення ворогові засобів ведення війни» передбачений ст. 427 КК. Стаття передбачає, що «здача ворогові начальником ввірених йому військових сил, а також не зумовлене бойовою обстановкою залишення ворогові укріплень, бойової та спеціальної техніки чи інших засобів ведення війни, якщо зазначені дії вчинені не з метою сприяння ворогові, – караються позбавленням волі на строк від трьох до десяти років» [12].

Суспільна небезпечність злочину «здача або залишення ворогові засобів ведення війни» є очевидною, оскільки посягає на можливість начальника у будь-яких умовах виконувати свої обов'язки і рішуче керувати діями підлеглих в інтересах військового правопорядку.

Висновки

Беручи до уваги періодизацію військових злочинів, запропоновану М. Карпенком [13, с. 129-133], яка ґрунтується на достовірних джерелах, можемо констатувати, що правові норми, що передбачають кримінальну відповідальність за ст. 427 КК, беруть свої начала з III періоду, який охоплює X-XIV ст., «коли українські землі були під управлінням князів», і характеризуються «започаткуванням окремих норм права за окремі незаконні дії воїв». Надалі, аж до 2001 р., норми кримінального законодавства за здачу або залишення ворогові засобів ведення війни неодноразово змінювалися залежно від способів їх вчинення і трактування законодавцем. Початково предметом злочину, що аналізується, була фортеця, нині він законодавцем розширений і передбачає укріплення, бойову та спеціальну техніку чи інші засоби ведення війни. Згідно з артикулом 118 «Артикула воинского» 1715 р. суб'єктом вчинення зазначеного злочину могли бути і рядові, нині «суб'єктом злочину може бути тільки начальник (командир), який має у своєму підпорядкуванні сили і засоби для ведення бойових дій і здійснює керівництво боєм у масштабі свого підрозділу, військової частини. Це може бути і командир відділення, розрахунку, групи, і командир взводу, й інші начальники, незалежно від військового звання, керівництва підпорядкованими силами і ввіреними засобами в бою». Що стосується об'єктивної сторони злочину за ст. 427 КК України, то вона на відміну від артикула 119 «Артикула воинского» 1715 р. не передбачає такої форми його вчинення, як «підмова підлеглими коменданта фортеці шляхом примусу або обману до здачі ним фортеці». Разом із тим як раніше, так і нині, зазначені дії є суспільно небезпечними для військового правопорядку як об'єкта кримінально-правової охорони.

Список використаних джерел:

1. *Памятники Русского права* / под ред. С.В. Юшкова. Москва : Юрид. лит., 1952. Вып. 1. 287 с.

2. Карпенко М.І. Військові злочини: питання теорії, законодавства і практики : монографія. Київ: ЗВО «Національна академія управління, 2019. 458 с.

3. Макаренко О.В. Злочини і покарання в праві української гетьманської держави 1648–1657 рр. : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. 22 с.

4. Временник Императорского Московского общества истории и древностей российских. Москва : Университетская типография, 1855. Кн. XXIII. С. 1-106.

5. Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / под редакцией Ю.П. Титова, О.И Чистякова. Москва : Юрид. лит., 1990. 480с.

6. Чхиквадзе В. М. Советское военно-уголовное право. Москва : Юридическое издательство Министерства юстиции СССР, 1948. 452 с.

7. Уголовный Кодекс Советских республик : Текст и постатейный комментарий под редакцией С. Канарского. 2-е изд. Государственное издательство Украины, 1925. 506 с.

8.Кримінальний кодекс У.С.Р.Р. : Текст та практичний коментар за редакцією С. Канарського зі змінами та доповненнями на 1 грудня 1929 року. 4-те вид. Харків: Юридичне видавництво Наркомюсту УСРР, 1930. 304 с.

9.Закон об уголовной ответственности за воинские преступления. Москва : Военное издательство Министерства обороны Союза ССР, 1959. 33 с.

10.Кримінальний кодекс Української РСР : Закон УРСР від 28 грудня 1960 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1961. № 2. Ст. 14.

11.Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25 –26.

12.Карпенко М.І. До питання періодизації витоків законодавства про військові злочини на теренах сучасної України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 4. С. 129–133. Isej.org.ua/4_2018/36.pdf.

13.Карпенко М.І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) : наук.-методичний посібник / за заг. ред. В.К. Матвійчука. 2-е вид., доп. Харків : Право, 2017. 318 с.

The article analyzes the norms of the law on criminal liability for surrender or abandonment of means of war by the enemy, studying the origins and history of development of legislation. It is worth starting with the XI century, when in the ancient collection of laws of Kievan Rus "Rus Pravda" stipulated responsibility for separate articles encroachment on military order. The need for the further development of criminal legislation in the military field became the need for a permanent and professional army. The development of military criminal law in Ukraine after the disintegration of Kievan Rus is closely linked to the development of military law of other states, under the control of which for many centuries the population of Ukrainian lands, including the Grand Duchy of Lithuania, the Kingdom of Poland and the Russian Empire, and later. The process of rebuilding the Ukrainian state is closely linked to the creation of our own army.

The analysis covered legislation on the said war crime, which has been repeatedly amended, improved by the legislators and continues to be a high public danger for the military order, and therefore remains in the Criminal Code of Ukraine in the "status" of a war crime (criminal offense).

The emergence and development of military criminal legislation in our country is directly related to the emergence and development of the Armed Forces and other military formations, the army of independent sovereign Ukraine. This is a necessary step of every newborn state that cares for its defense capability and military strength. As our state is relatively young, therefore, the military-criminal legislation is in the stage of elaboration and improvement, which necessitates a detailed study of the origins and genesis of the development of the military-criminal legislation, namely Article 427 of the Criminal Code of Ukraine («surrender or abandonment of enemy means waging war").

Key words: history, military-criminal legislation, servicemen, military criminal formations, military crimes, criminal responsibility.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.43

Сергій Кримчук,
аспірант наукової лабораторії з проблем протидії злочинності
Національної академії внутрішніх справ

СТАН ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО ПІДОЗРУ ТА ПОРЯДКУ ЙОГО ОСКАРЖЕННЯ

Актуальність статті підтверджується тим, що сучасний етап розвитку вітчизняного кримінального процесуального законодавства України супроводжується запровадженням низки новел, що серед іншого також стосуються і процесуального інституту повідомлення про підозру. Як видається зі змісту Кримінального процесуального кодексу України, законодавець концептуально змінив порядок (процесуальну форму) визнання особи підозрюваною. Трансформація цього процесуального інституту насамперед зумовлена приведенням національного законодавства до нормативних вимог міжнародних правових актів у сфері захисту прав і свобод людини, а також урахуванням прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Так, метою цієї статті є вивчення стану наукової розробленості проблематики повідомлення про підозру та порядку його оскарження. У статті вивчено стан наукової розробки проблем, пов'язаних із процесуальним порядком здійснення повідомлення про підозру та порядку його оскарження. Автором проаналізовані наукові дослідження, присвячені різним аспектам зазначеної проблематики, а також окреслюються питання, які вивчалися в цих наукових працях. З метою найбільш глибокого аналізу наукової та юридичної літератури із зазначеної проблеми обрано принцип систематизації та виокремлення наявних наукових здобутків, що були отримані вченими залежно від рівня роботи, – дисертаційних (монографічних) праць, а також наукових фахових статей юридичного спрямування та тез доповідей. З'ясовано, що першочерговим і пріоритетним завданням реформування національного законодавства, в тому числі кримінального процесуального, є дотримання балансу між публічними та приватними інтересами. Зокрема, йдеться про те, що кожна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути притягнена до кримінальної відповідальності в міру своєї вини. При цьому жодна невинна особа не має бути піддана необґрунтованому процесуальному примусу і до кожного учасника кримінального провадження має бути застосована належна правова процедура.

Ключові слова: стан наукової розробленості проблеми, підозра, письмове повідомлення про підозру, оскарження.

Постановка проблеми. Сучасний етап розвитку вітчизняного кримінального процесуального законодавства України супроводжується запровадженням низки новел, що серед іншого також стосуються і процесуального інституту повідомлення про підозру. Як видається зі змісту Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі – КПК України), законодавець концептуально змінив порядок (процесуальну форму) визнання особи підозрюваною. Трансформація цього процесуального інституту насамперед зумовлена приведенням національного законодавства до нормативних вимог міжнародних правових актів у сфері захисту прав і свобод людини, а також урахуванням прецедентної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Тож натепер Україна має рухатися виключно шляхом гарантування і забезпечення кожній людини прав і свобод, у тому числі в сфері кримінального судочинства.

Метою цієї статті є вивчення стану наукової розробленості проблематики повідомлення про підозру та порядку його оскарження.

Виклад основного матеріалу. Традиційно на початку наукового дослідження здійснюється огляд та аналіз уже наявних напрацювань, що тією чи іншою мірою стосуються предмета розвідки. Виходячи з аналізу наукової періодики, можна побачити, що проблемні питання стосовно процесуального порядку повідомлення про підозру постійно перебувають у полі зору правників. Стосовно ж огляду наукового матеріалу з предмета дослідження, то здебільшого на монографічному рівні їх виклад здійснюється в хронологічному порядку або залежно від поділу на окремі предметні групи, наприклад, за певною проблематикою.

У контексті нашого дослідження видається більш раціонально систематизувати

© С. Кримчук, 2020

й виокремити наявні наукові здобутки, що були отримані вченими залежно від рівня роботи, – дисертаційні (монографічні) праці, а також наукові статті та тези доповідей.

Вважаємо, що значний внесок у дослідження процесуального інституту повідомлення особі про підозру зробила О.В. Фараон, адже з моменту прийняття та введення у дію чинного КПК України вона першою в 2016 р. захистила кандидатську дисертацію на тему «Повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення». Як зазначила вчена, актуальність обраної теми визначається сукупністю обставин, зокрема потребою розв'язання проблеми процесуального порядку повідомлення особі про підозру, гарантій забезпечення прав підозрюваного, що своєю чергою потребує їх ґрунтовного наукового осмислення та вирішення у практиці правозастосування органів досудового розслідування та прокуратури відповідно до процесуальної форми стадії досудового розслідування [1, с. 6]. Слід погодитися й підтримати дослідницю, оскільки першочерговим і пріоритетним завданням реформування національного законодавства, в тому числі кримінального процесуального, є дотримання балансу між публічними та приватними інтересами. Зокрема, йдеться про те, що кожна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути притягнена до кримінальної відповідальності в міру своєї вини. При цьому жодна невинна особа не має бути піддана необґрунтованому процесуальному примусу і до кожного учасника кримінального провадження має бути застосована належна правова процедура. І натепер у відповідності до вимог ст. 2 КПК України це є одним із завдань кримінального провадження. До того ж, за цілком слушним твердженням А.В. Мельниченка, розроблення моделі кримінального процесу, що би дозволила не допустити свавілля і забезпечила б належний захист особи від незаконного та необґрунтованого обмеження її конституційних прав і свобод, при цьому без втрат можливостей ефективного досудового розслідування, є одним із пріоритетних напрямів подальшого розвитку правоохоронної системи [2, с. 16]. Тим часом, незважаючи на ті зміни, що відбулися в сфері кримінального судочинства у зв'язку із запровадженням міжнародних правових стандартів захисту прав і свобод людини, проблематика щодо процесуального порядку письмового повідомлення особі про підозру і особливо його оскарження не позбулася дискусійного характеру. Видається, що здебільшого це зумовлено недосконалістю правового регулювання досліджуваного інституту, внаслідок чого на практиці виникають труднощі в одноманітному застосуванні відповідних положень КПК України. Отже, дотепер різні проблемні аспекти порушеного питання викликають значний науковий інтерес навіть у контексті вивчення суміжних тематик.

Наприклад, дисертаційне дослідження О.В. Маслюк «Процесуальна діяльність захисника зі спростування підозри (обвинувачення)» (Львів, 2017) присвячено вивченню теоретичних і практичних положень процесуальної діяльності захисника зі спростування підозри (обвинувачення), а також формуванню на цій основі науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення правової регламентації такої діяльності та підвищення її ефективності [3]. Під час аналізу цих питань дисертанткою також порушені окремі проблемні аспекти щодо процесуального порядку повідомлення про підозру.

У кандидатській дисертації С.В. Свириденка «Досудове розслідування у кримінальному провадженні щодо осіб, які користуються недоторканністю» (Ірпінь, 2018) досліджено особливості процесуального порядку повідомлення про підозру особам, які користуються недоторканністю. Автором було визначено, що здійснення повідомлення про підозру складається з двох взаємопов'язаних етапів: по-перше, це складання самого тексту повідомлення, вимоги до якого визначено положеннями ст. 277 КПК України; по-друге, це безпосереднє вручення повідомлення, порядок чого передбачено ст. 278 КПК України. Автором наголошено, що повідомлення про підозру має бути здійснене лише тією особою, яка його склала, і в жодному разі не може бути доручено іншій особі. Встановлено, що єдиною підставою для повідомлення особі про підозру є наявність достатніх доказів вважати, що те чи інше кримінальне правопорушення вчинене конкретною особою. Здійснено аналіз законодавчого визначення підстав і порядку повідомлення про підозру особам, які користуються недоторканністю [4]. Варто зауважити, що натепер окремі питання стосовно повідомлення про підозру особам, які користуються недоторканністю, піддані кореляції. Зокрема, судді Великої Палати Верховного Суду в Постанові від 11 грудня 2019 року вказали, що «Генеральний прокурор або його заступник можуть доручити вручення прийнятого (складеного) та підписаного ними повідомлення про підозру судді суб'єкту, уповноваженому здійснювати процесуальні дії у конкретному кримінальному провадженні».

Проблемним теоретичним і прикладним аспектам, пов'язаним із дефектами кримінального процесуального законодавства, у тому числі в частині повідомлення про

підозру, присвячено дисертаційне дослідження О.А. Лейби («Дефекти кримінального процесуального законодавства та засоби їх подолання», Харків, 2018). Як цілком справедливо вважає дослідниця, викладення положення п. 2 ч. 1 ст. 276 КПК України порушує правила і закони логіки під час конструювання нормативно-правових приписів. За результатами аналізу чинного кримінального процесуального законодавства вчена констатує, що подібні законодавчі дефекти є поширеними і доволі істотним дефектом законодавства, який призводить до явища, що у науці отримало назву «законодавчі алогізми» [5, с. 6]. Ми повністю згодні з такою авторською позицією вченої і більш конструктивно це питання буде розглядатися.

А.В. Шевчишен під час вивчення проблематики предмета доказування стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, розглянув проблеми повідомлення про підозру щодо окремої категорії осіб. Зокрема, на підтвердження проблематики цього питання вчений наводить протилежні позиції судових інстанцій, що пов'язані з різним розумінням змісту процесуального порядку повідомлення про підозру, визначеного у Главі 22 КПК, де повідомлення про підозру складається (ч. 1 ст. 277 КПК) та вручається (ч. 1 ст. 278 КПК), та у Главі 37 КПК, де у нормі ч. 1 ст. 481 письмове повідомлення про підозру здійснюється, і тим, чи охоплює поняття «здійснення письмового повідомлення про підозру» його складання та вручення та чи правомочний Генеральний прокурор, його заступник або керівник регіональної прокуратури доручити слідчому на підставі п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК вручення письмового повідомлення про підозру особі. З приводу цього ми підтримуємо дослідника, що якщо б законодавець мав на увазі у ст. 481 КПК України тільки можливість складання письмового повідомлення про підозру уповноваженими прокурорами, то замість «здійснення», очевидно, вжив би термін «складання». Здійснення та складання не є словами-синонімами. На переконання правника, для гармонізації положень п. 4, 11 ч. 2 ст. 36 КПК та ст. 481 КПК та для збереження правових гарантій діяльності осіб, перелік яких наведений у ст. 480 КПК, пропонуємо не заміняти термін «здійснює» на «складає» у ч. 1 ст. 481 КПК, а доповнити останню частиною 2 у такій редакції: «2. Прокурор, який склав письмове повідомлення про підозру у випадках, передбачених у частині першій цієї статті, може доручити слідчому його вручення» [6, с. 361–363, 367, 368].

Нині у науковій періодиці можна відшукати низку фахових статей з юридичних дисциплін, у яких порушено багато дискусійних аспектів, що стосуються процесуального інституту повідомлення про підозру.

Так, О.В. Капліною розглянуто сутність підозри у кримінальному провадженні, виокремлено її ознаки, структурні елементи, значення [7], на підставі чого запропоновано власне авторське бачення цього поняття.

Правову природу повідомлення про підозру дослідив і А.В. Андрейчук. Автор обґрунтовує доцільність розгляду цього поняття як: інституту кримінального процесуального права, процесуального акта, процесуального документа, повідомлення у кримінальному провадженні, процесуального рішення, етапу досудового провадження [8].

І.Г. Івасюком проаналізовані питання, пов'язані з кримінальним процесуальним інститутом письмового повідомлення про підозру, а саме: розглянуто зміст цього інституту; подано визначення понять «підозра» і «письмове повідомлення про підозру»; проаналізовано значення цього інституту для кримінального провадження [9].

У статті «Проблеми повідомлення про підозру та шляхи їх вирішення» О.Ю. Татаровим визначено окремі проблемні питання кримінальної процесуальної регламентації повідомлення про підозру, на підставі чого вчений надав пропозиції з удосконалення норм КПК України [10].

Ю.П. Аленін та І.В. Гловюк у статті «Повідомлення про підозру: загальна характеристика та проблеми удосконалення» надали загальну характеристику повідомленню про підозру у контексті кримінально-процесуального рішення та процесуальної процедури. Науковцями виявлено недоліки нормативної регламентації повідомлення про підозру, систематизовано проблеми застосування відповідних норм КПК, на підставі чого запропоновано шляхи їх усунення [11].

Л.М. Гуртієва присвятила свою статтю розгляду поняття та правової природи повідомлення про підозру у кримінальному провадженні України. За результатами проведеного аналізу вченою виявлені недоліки (прогалини) в національному кримінальному процесуальному законодавстві в аспекті досліджуваної теми та зроблені пропозиції щодо його вдосконалення [12].

І.Г. Рогатюк здійснив науковий аналіз кримінального процесуального інституту повідомлення про підозру, вчений дослідив процесуальну форму, визначив його зміст та з'ясував значення підозри у кримінальному провадженні [13].

В.О. Гринюк проаналізував поняття «повідомлення про підозру» та запропонував авторське його визначення. Крім того, автором

було визначено, що з моменту повідомлення особі про підозру між слідчим, прокурором та підозрюваним виникають кримінально-процесуальні правовідносини, змістом яких є конкретні права та обов'язки сторін. Також дослідник проаналізував випадки та порядок повідомлення про підозру [14]. Цим же науковцем у співавторстві з А.М. Погорецьким вивчено особливості повідомлення про підозру судді. За результатами проведеного аналізу норм чинного КПК України, які регламентують цей порядок, а також практики їх застосування авторами висвітлено низку проблемних питань, які потребують невідкладного вирішення на теоретичному, правовому на правозастосовному рівнях. Також вони виокремили основні підходи доктринального тлумачення правниками приписів ст. 481 КПК України щодо суб'єкта (суб'єктів) складання, підписання та вручення повідомлення про підозру окремим категоріям осіб, у тому числі й суддям. Наводиться та аналізується судова практика, зокрема вищих судових інстанцій, щодо процесуального порядку повідомлення судді про підозру [15].

Н.В. Максименко дослідила проблемні питання розуміння кримінальної процесуальної категорії «підозра», зокрема її характеристику авторка здійснила у трьох значеннях – кримінальному процесуальному, криміналістичному та психологічному. Також нею виділено і проаналізовано етапи та форми її реалізації. Запропоновано комплексний підхід до розуміння підозри з обов'язковим урахуванням складності цієї категорії та її аналізу в криміналістичному, кримінальному процесуальному та психологічному значеннях [16].

Звісно, наведені дослідницькі праці не вичерпують усього масиву фахових статей юридичної спрямованості, а лише додатково підтверджують актуальність та важливість порушеної проблематики.

Щодо тез доповідей, які нами будуть взяті до уваги та враховані у проведенні власного дослідження, слід навести таких правників, як: А.Р. Туманянц [17], Н.Р. Костів [18], Т.В. Лукашкина [19], В.О. Гринюк [20], А.Я. Хитра [21], І.І. Холондович [22], А.В. Шевчишен [23], М.М. Гончаренко [24] та ін. У своїх доповідях науковцями порушені різні аспекти інституту повідомлення про підозру, зокрема, від суто теоретичних питань (визначення сутності поняття «повідомлення про підозру», його значення та місця в кримінальному процесу тощо) до більш прикладних аспектів (особливості повідомлення про підозру окремій категорії осіб).

Активізація вивчення проблемних аспектів інституту повідомлення про підозру зумовлена прийняттям Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [25]. Зокрема, частину 1 ст. 303 КПК України було доповнено новим пунктом 10, згідно з яким підозрюваний, його захисник чи законний представник отримали право оскаржити повідомлення слідчого, прокурора про підозру після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців з дня повідомлення особі про підозру у скоєнні злочину, але не пізніше закриття прокурором кримінального провадження або звернення до суду з обвинувальним актом.

Слід акцентувати увагу на тому, що проблематика оскарження письмового повідомлення про підозру в контексті дії чинного КПК України перебувала в полі зору науковців ще до прийняття вказаного Закону та внесення до КПК України відповідних змін і доповнень з цього приводу.

Так, наприклад, Д.Є. Крикливець у дисертації «Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею» (2016), розглядаючи проблемні аспекти процесуального порядку оскарження слідчому судді рішень слідчого або прокурора, також приділив увагу можливому оскарженню повідомлення про підозру. З огляду на це вченим запропоновано передбачити можливість оскарження будь-якою особою, її представником, законним представником чи захисником також будь-яких інших рішень, дій, бездіяльності слідчого, прокурора, окрім зазначених у ч. 1 ст. 303 КПК, якщо ними істотно порушено права учасників кримінального провадження та інших осіб [26].

Про необхідність законодавчого унормування процесуального порядку оскарження повідомлення про підозру також висловили своє бачення такі дослідники, як О.Г. Яновська [27, с. 26], А.Б. Мельниченко [28, с. 46], С.С. Терещук [29, с. 99] та інші. Видається, що така увага зумовлена тим, що відповідно до ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Такі конституційні приписи знайшли своє втілення і в КПК України 2012 р., зокрема згідно зі ст. 24 цього Кодексу кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому КПК України.

Уже безпосередньо під час дії вказаного нововведення більш поглиблено на монографічному рівні окремі проблемні питання оскарження повідомлення про підозру

дослідив О.В. Ромасєв [30]. Разом із тим у приведених працях процесуальні аспекти оскарження про підозру здебільшого порушувалися в контексті оскарження рішень, дій, бездіяльності слідчого, прокурора під час досудового розслідування.

Водночас у науковій періодиці серед учених є й інша думку щодо можливості оскарження повідомлення про підозру взагалі. Наприклад, такі вчені, як Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький, В.В. Рожнова, Т.Г. Ільєва, М.А. Макаров, О.В. Лепей, М.В. Лепей тощо, вважають, що розгляд слідчим суддею під час досудового розслідування скарг на рішення слідчого, прокурора про повідомлення про підозру фактично призводить до виконання не функції судового контролю, а судового розгляду [31, с. 134; 32, с. 141; 33, с. 382]. Тому, на переконання О.В. Лепей та М.В. Лепей, з КПК України взагалі слід вилучити положення стосовно оскарження повідомлення про підозру.

Висновки

Підбиваючи підсумок викладеного, доводиться констатувати, що, незважаючи на наявні натепер наукові здобутки правників, які присвячені проблемним аспектам здійснення повідомлення про підозру та його оскарження, на доктринальному рівні залишається низка питань, що потребують свого наукового розроблення. Це має досить вагоме значення, оскільки без комплексного наукового осмислення сутнісного змісту процесуального інституту повідомлення про підозру, порядку повідомлення про підозру, його оскарження тощо неможливо усунути наявних нині законодавчих прогалин. Ми переконані в тому, що як подальші наукові розробки, так і вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України має базуватися на врахуванні наявних натепер пропозицій, висновків і рекомендацій щодо усунення проблемних аспектів процесуального порядку повідомлення про підозру та його оскарження.

Список використаних джерел:

1. Фараон О.В. Повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2016. 248 с.

2. Мельниченко А.В. Забезпечення прав особи на досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 294 с.

3. Маслюк О.В. Процесуальна діяльність захисника зі спростування підозри (обвинувачення) : дис. ... канд. юрид наук : 12.00.09. Львів, 2017. 217 с.

4. Свириденко С.В. Досудове розслідування у кримінальному провадженні щодо осіб, які користуються недоторканністю : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Ірпінь, 2018. 232 с.

5. Лейба О.А. Дефекти кримінального процесуального законодавства та засоби їх подолання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків, 2018. 259 с.

6. Шевчишен А.В. Проблеми доказування стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні корупційних злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг : дис. ... док-ра юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 624 с.

7. Капліна О.В. Підозра у кримінальному провадженні: поняття, ознаки, сутність. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 238–242.

8. Андрейчук А.В. Правова природа повідомлення про підозру. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2013. № 1. С. 259–271.

9. Івасюк І.Г. Інститут «Повідомлення про підозру» нового кримінального процесуального законодавства України. *Митна справа*. 2013. № 4 (88). Ч. 2. Кн. 2. С. 74–79.

10. Татаров О. Проблеми повідомлення про підозру та шляхи їх вирішення. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 4. С. 179–186.

11. 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.

12. Гуртієва Л.М. Поняття та правова природа повідомлення про підозру у кримінальному провадженні України. *Митна справа*. 2014. № 6 (96). Частина 2 книга 1. С. 185–190.

13. Рогатюк І.В. Повідомлення про підозру: значення інституту та проблеми правозастосування. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 3. С. 115–124.

14. Гринюк В.О. Повідомлення про підозру як форма здійснення первинного обвинувачення у кримінальному провадженні. *Форум права*. 2017. № 1. С. 20–25.

15. Погорецький А.М., Гринюк В.О. Повідомлення судді про підозру: проблемні питання правового регулювання, теорії та практики. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 2. С. 58–71.

16. Максименко Н. Поняття та правова природа підозри. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 7. С. 164–168.

17. Туманянц А.Р. Інститут підозри у кримінальному процесі та його значення за новим КПК України. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару, 19 жовт. 2012 р. Харків, 2012. С. 168–172.

18. Костів Н.Р. Повідомлення про підозру як інститут кримінального процесуального права. *Теоретичні та практичні проблеми розвитку кримінального права і процесу* : матеріали наукового семінару (м. Івано-Франківськ, 6 грудня 2012 року) / Ред. кол.: Острогляд О.В. (голов. ред.) та ін. Івано-Франківськ : Івано-Франківський університет права імені Короля Данила Галицького, 2012. С. 125–128.

19. Лукашкина Т.В. Доказывание как этап правоприменительного процесса. *Актуальні проблеми доказування у кримінальному провадженні* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції (27 листопада 2013 р., м. Одеса). Одеса : Юридична література, 2013.

20. Гринюк В.О. Окремі питання вдосконалення процесуального порядку повідомлення про підозру. *Сучасні проблеми криміналістики* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 100-річчю з дня народження доктора юридичних наук, проф. В.П. Колмакова (м. Одеса, 27–28 верес. 2013 р.). упоряд.: В.В. Тіщенко, О.П. Ващук. Одеса : Юрид. л-ра, 2013. С. 93–96.

21. Хитра А.Я. Визначення поняття повідомлення про підозру у кримінальному провадженні. *Теорія та практика правоохоронної діяльності* : Міжнар. наук.-практ. конфер. (11 листопада 2016 року) / упор. Ю.С. Назар. Львів : ЛьвДУВС, 2016. С. 348–351.

22. Холондович І.І. Оскарження повідомлення про підозру щодо окремої категорії осіб: практичний аспект. *Становлення та розвиток наукових досліджень* : матеріали І Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої Дню науки України (м. Київ, 20–21 травня 2016 р.). Київ : Громадська організація «Фундація науковців та освітян». С. 102–104.

23. Шевчишен А.В. Проблемні питання повідомлення про підозру у кримінальних провадженнях щодо окремої категорії осіб. *Правова держава: історія, сучасність та перспективи формування в Україні* : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (17–18 лют. 2017 р.). Ужгород : Ужгородський національний університет, 2017. С. 190–193.

24. Гончаренко М.М. Обґрунтованість підозри: проблемні аспекти практичного застосування. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали постійно діючого наук.-практ. семінару (м. Харків, 26 жовт. 2018 р.) / редкол.: М.В. Членов, Л.М. Леженіна, О.В. Косьмін. Харків : Право, 2018. Вип. 10.

25. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

26. Крикливець Д.Є. Реалізація засади змагальності під час розгляду скарг слідчим суддею : дис. канд. юрид. наук : 12.00.09. Львів, 2016. 321 с.

27. Яновська О.Г. Оскарження адвокатом рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора та слідчого судді під час досудового розслідування : науково-практичний посібник. Академія адвокатури України. Київ : Прецедент, 2013. 32 с.

28. Мельниченко А.В. Захист прав громадян під час проведення певних процесуальних дій. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2016. № 3. С. 45–56.

29. Терещук С.С. Повідомлення про підозру та процесуальні аспекти його оскарження. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2017. № 3. С. 97–104.

30. Ромасєв О.В. Оскарження рішень, дій, бездіяльності слідчого, прокурора під час досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Ірпінь, 2019. 237 с.

31. Удалова Л.Д., Савицький Д.О., Рожнова В.В., Ільєва Т.Г. Функція судового контролю у кримінального процесі : монографія. Київ : «Центр учбової літератури». 2015.176 с.

32. Макаров М.А. Межі оскарження слідчому судді рішень, дій чи бездіяльності слідчого та прокурора. *Юридична наука*. 2015. № 6. С. 138–143.

33. Лепей О.В., Лепей М.В. Оскарження повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 6. С. 380–382.

The relevance of the article is confirmed by the fact that the current stage of development of domestic criminal procedural legislation of Ukraine is accompanied by the introduction of a number of novelties, which among other things also applies to the procedural institution of notification of suspicion. As can be seen from the content of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the legislator conceptually changed the procedure (procedural form) for recognizing a person as a suspect. The transformation of this procedural institution is primarily due to the bringing of national legislation to the normative requirements of international legal acts in the field of protection of human rights and freedoms, as well as taking into account the case law of the European Court of Human Rights. Thus, the purpose of this article is to study the state of scientific development of the issue of notification of suspicion and the procedure for its appeal. The article examines the state of scientific development of problems related to the procedural procedure for notification of suspicion and the procedure for its appeal. The author analyses the research devoted to various aspects of this issue, as well as outlines the issues studied in these scientific papers. In order to deepen the analysis of scientific and legal literature on this issue, the principle of systematization and separation of existing scientific achievements obtained by scientists, depending on the level of work – dissertation (monographic) works, as well as scientific professional articles and abstracts. It was found that the primary and priority task of reforming national legislation, including criminal procedure, is to maintain a balance between public and private interests. In particular, it is stated that every person who has committed a criminal offense should be prosecuted to the extent of his guilt. At the same time, no innocent person should be subjected to unreasonable procedural coercion and that every participant in criminal proceedings should be subject to due process of law.

Key words: state of scientific development of the problem, suspicion, written notice of suspicion, appeal.

УДК 343.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.44

Вікторія Мірковець,
здобувач аспірантури
Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ І ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАНІСТЬ ПРИ ЗАСТОСУВАННІ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Проаналізовано низку наукових робіт, у яких досліджуються різні проблеми права на свободу й особисту недоторканність у кримінальному провадженні, зокрема щодо місця цієї засади у системі засад кримінального провадження та їх співвідношення, питань забезпечення права на свободу і особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження. З'ясовано, що науковці у широкому контексті визначають право на свободу і особисту недоторканність як один з найважливіших елементів системи засад кримінального провадження, якому притаманні власний зміст та особливості. Переконливо доведено, що забезпечення цього права не може бути ефективно досягнуто без забезпечення інших засад, що належать до цієї системи. У цьому полягає їх зв'язок, що також сприяє двоєдиному усвідомленню та сприйняттю всієї системи принципів кримінального провадження і кожного з таких принципів. Особливе значення у забезпеченні права на свободу і особисту недоторканність мають міжнародні документи та правові позиції Європейського суду з прав людини, що стосуються цього питання. Визначено, що на теперішньому етапі розвитку вітчизняного кримінального процесу всі засади кримінального процесу виходять із визнання людини найвищою соціальною цінністю. З урахуванням цього визначена власна класифікація засад кримінального провадження, в основу якої покладено зміст права, на охорону чи захист якого вони спрямовані. Наголошено, що, незважаючи на те, що проблеми забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження до цього часу не були предметом самостійного наукового дослідження, у наукових працях, які розкривають різні аспекти цієї проблеми, певним чином було окреслено напрями та визначено методологічну основу для нових наукових пошуків. Так, видається, що потребують окремого наукового вивчення питання забезпечення права на свободу і особисту недоторканність під час застосування не тільки запобіжних заходів, а й інших заходів забезпечення кримінального провадження, дослідження відповідних правових позицій Європейського суду з прав людини, розкриття змісту й умов застосування процесуального примусу під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження та механізму контролю.

Ключові слова: право на свободу й особисту недоторканність, кримінальне провадження, засади кримінального провадження, заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, наукові дослідження.

Для системного розуміння проблематики, що досліджується, потрібно звернутись до наукових напрацювань щодо різних аспектів права на свободу й особисту недоторканність, проблем його забезпечення у кримінальному провадженні та під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження зокрема. Такий розширений підхід зумовлений декількома міркуваннями, по-перше, ізольоване вивчення питань забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження не дасть змогу повною мірою з'ясувати всі важливі аспекти цього питання та поза увагою можуть залишитись термінологічні, теоретичні та інші визначальні підходи, у тому числі щодо місця цієї засади у системі засад кримінального провадження та зв'язку з ними, а по-друге, екскурс до наукового доробку за відповідним напрямом показав, що предметом уваги науковців переважно були лише окремі питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні або питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність розглядались у межах ширшої проблематики.

З об'єктивних причин у цій роботі ми приділили увагу тільки деяким дисер-

© В. Мірковець, 2020

таціям, монографіям та науковим публікаціям, що, звісно, не вичерпує таку багатоаспектну наукову дискусію. Вважаємо, що вона в принципі і не може бути вичерпана, адже права людини (серед яких – право на свободу і особисту недоторканність) – тема, дослідження і поглиблення якої має відбуватись постійно, оскільки не тільки права людини, а й їх зміст не можна визначити раз і назавжди, вони потребують постійного розвитку та удосконалення.

Цитовані та інші роботи, що вивчались, ми умовно розподіли за групами: 1) праці, у яких питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність розглядаються у контексті більш широкої проблематики (це дало змогу отримати уявлення про наукові бачення щодо визначення засад кримінального провадження, їх класифікації, місця права на свободу й особисту недоторканність у цій системі та інші питання); 2) роботи, присвячені питанням забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів (ці роботи вивчались з позицій з'ясування наукової розробленості проблематики, визначення питань, що потребують розв'язання, а також окремих дискусійних аспектів).

Огляд спеціальної літератури дає змогу констатувати постійний інтерес наукової спільноти до проблем прав і свобод людини у кримінальному провадженні, що свідчить про сприйняття та усвідомлення цього пріоритету як умови розвитку демократичного суспільства.

В.М. Тертишник у роботі «Гарантії прав і свобод людини та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України» сформулював висновок, що розкриває зв'язок засади верховенства права та права на свободу й особисту недоторканність, а також висловив системне бачення принципів кримінального процесу. Так, В.Т. Тертишник зазначає, що забезпечення верховенства права у сфері правосуддя пов'язано з розробкою такої процесуальної форми судочинства, за якої максимально усуваються обмеження прав і свобод людини, або такі обмеження допускаються як крайня необхідність, коли іншими засобами досягти мети правосуддя неможливо, а завдана обмеженням прав і свобод людини шкода буде меншою, ніж відвернута. Це потребує реалізації балансу публічних і приватних інтересів під час здійснення судочинства, розвитку системи принципів кримінального процесу. Кримінальний процес, виходячи з принципу верховенства, має здійснюватись у визначеній законом процесуальній формі, яка б гармонізувала баланс публічних та приватних інтересів, засоби забезпечення встановлення істини та гарантії прав і свобод людини. У своїй сукупності всі принципи кримінального процесу мають утворювати гармонічну систему таких, що не суперечать одна одній, основних визначальних засад, у якій кожний принцип має свою самостійну теоретично-правову сутність і своє інституційне значення, органічно та нерозривно пов'язаний з усією системою процесуальних норм, а всі принципи разом узяті визначають особливість процесуальної форми й становлять основу процесуальних гарантій істини, захисту прав і свобод людини та забезпечення справедливості судочинства [1, с. 7, 12, 15]. Щодо співвідношення права на свободу й особисту недоторканність з іншими принципами (засадами) кримінального провадження, то В.М. Тертишник визначає верховенство права «як систему правового і суспільного устрою, де природні права і свободи людини знайшли законодавче закріплення, визнані найвищою цінністю суспільства, а їх забезпечення стає пріоритетом держави, де сама влада перебуває під контролем закону, обмежується правом, а саме право створює таку систему правовідносин, за якої максимально усуваються можливості свавілля чиновників» [2, с. 17].

О.В. Сачко зазначає, що в кримінальному судочинстві верховенство права необхідно розглядати як інтегративну засаду права та державотворення, яка фактично включає в себе якості окремих, менш загальних, але, безумовно, не менш важливих і незаперечних принципів кримінального процесу, таких як:

а) законність;
б) юридична визначеність;
в) дотримання прав людини;
г) заборона державного свавілля;
ґ) недискримінація і рівність перед законом;
д) ефективний доступ до правосуддя;
е) пропорційність [3, с. 48–49].

В.Г. Уваров зазначає, що для розв'язання проблем конкуренції завдань розкриття злочину і дотримання гарантій права на свободу й особисту недоторканність слід виходити з принципу верховенства права та допускати обмеження прав людини лише як випадок крайньої необхідності, за умови його обґрунтованості і пропорційності [4, с. 164].

У наукових дослідженнях пропонуються різноманітні класифікації засад кримінального провадження, що становить теоретичний інтерес з точки зору систематизації наукового знання.

Г.М. Мамка визначає систему засад (принципів) кримінального провадження, яка охоплює:

– загальноправові (конституційні) засади: верховенство права; законність; повага до людської гідності; забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; недоторканність житла чи іншого володіння особи; таємниця спілкування; невтручання у приватне життя; недоторканність права власності; доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень;

– загальнопроцесуальні (універсальні) засади: рівність перед законом і судом; змагальність сторін та свобода в поданні ними до суду своїх доказів і у доведенні перед судом їхньої переконливості; безпосередність дослідження показань, речей і документів; забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; диспозитивність; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; розумність строків; мова, якою здійснюється кримінальне провадження;

– галузеві (спеціальні): презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення; забезпечення права на захист; публічність [5, с. 72–373]. Він пропонує висновок, що реалізація засад кримінального провадження відбувається у напрямі від конкретної галузевої (спеціальної), міжгалузевої чи загальноправової засади кримінального провадження до загальноправової засади верховенства права як універсального правового принципу, що є уособленням і відображенням справедливості у праві [5, с. 23].

З огляду на людиноцентричність сучасного кримінального процесу та основне завдання кримінального провадження, на теперішньому етапі розвитку вітчизняного кримінального процесу всі засади кримінального процесу виходять із визнання людини найвищою соціальною цінністю. З урахуванням цього доцільно визначити ще одну класифікацію засад кримінального провадження, в основу якої покласти зміст права, на охорону чи захист якого вони спрямовані. За цим критерієм засади кримінального провадження можна об'єднати в такі групи:

1) засади, спрямовані на дотримання особистих прав людини у кримінальному процесі і забезпечення її недоторканності (повага до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, недоторканності житла чи іншого володіння особи, таємниці спілкування та невтручання у приватне життя (статті 11–15 КПК України);

2) засади, спрямовані на забезпечення майнових прав людини –недоторканність права власності (ст. 16 КПК України);

3) засади, що є процесуальними гарантіями реалізації прав людини у кримінальному процесі – рівність перед законом і судом (ст. 10 КПК України), презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини (ст. 17 КПК України), свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї (ст. 18 КПК України), заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення (ст. 19 КПК України), забезпечення права на захист (ст. 20 КПК України), публічність (ст. 25 КПК України);

4) засади, спрямовані на реалізацію процесуальних прав суб'єктів кримінального провадження: доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень (ст. 21 КПК України), змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (ст. 22 КПК України), безпосередність дослідження показань, речей і документів (ст. 23 КПК України), забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (ст. 24 КПК України), диспозитивність (ст. 26 КПК України), гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами (ст. 27 КПК України), розумність строків (ст. 28 КПК України), мова, якою здійснюється кримінальне провадження (ст. 29 КПК України) [6, с. 67–68].

М.В. Маринів у дисертації «Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України» зазначає, що гарантією права людини на особисту недоторканність необхідно розуміти закріплену в законі вимогу про те, що тримання під вартою може бути застосовано тільки у разі обвинувачення особи в скоєнні найбільш тяжких злочинів, за які законом передбачено покарання у вигляді позбавлення волі строком більше одного року, коли саме цей запобіжний захід може забезпечити успішне розкриття злочину і викриття злочинця [7, с. 136].

А.С. Черкесова у роботі «Гарантії прав і свобод людини при їх обмеженні у кримінальному провадженні» досліджує поняття, сутність і значення гарантій прав і свобод людини у кримінальному провадженні, пропонує їх класифікацію, визначає умови, суб'єктів та процесуальний порядок обмеження конституційних прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого, теоретичні і практичні аспекти реалізації гарантій прав і свобод підозрюваного, обвинуваченого у разі їх обмеження в кримінальному провадженні [8].

Отже, науковці у широкому контексті визначають право на свободу й особисту недоторканність як один з найважливіших елементів системи засад кримінального провадження, якому притаманні власний зміст та особливості. У цитованих та інших працях переконливо доведено, що забезпечення цього права не може бути ефективно досягнуто без забезпечення інших засад, що належать до цієї системи. У цьому полягає їх зв'язок, що також сприяє двоєдиному усвідомленню та сприйняттю всієї системи принципів кримінального провадження і кожного з таких принципів.

Особливе значення у забезпеченні права на свободу й особисту недоторканність мають міжнародні документи та правові позиції ЄСПЛ, що стосуються цього питання.

У роботі «Застосування практики Європейського суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України» В.Г. Уваров розглядає проблеми застосування прецедентної практики ЄСПЛ та міжнародно-правових норм у розвитку системи та змісту принципів кримінального судочинства, реалізації конституційних норм, прецедентної практики Європейського суду з прав людини та міжнародно-правових норм, що регламентують права учасників процесу та питання удосконалення інституту затримання підозрюваного, тримання під вартою, застави, домашнього арешту та інших запобіжних заходів [9] У іншому дослідженні міжнародно-правових стандартів у кримінальному процесі В.Г. Уваров також звертається до питання використання міжнародно-правових актів і практики ЄСПЛ під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні [10].

Автори монографії «Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини» серед загальновизнаних міжнародних стандартів та принципів кримінального провадження у галузі прав людини досліджують право на свободу й особисту недоторканність та практику ЄСПЛ у розкритті цього принципу [11].

У дисертаційному дослідженні «Реалізація міжнародних стандартів кримінального судочинства в судовому провадженні» О.І. Коровайко вивчає питання забезпечення судом реалізації міжнародних стандартів права на свободу й особисту недоторканність [12].

Другу умовно виокремлену групу робіт, що визначають стан наукового дослідження проблем забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження, становлять праці, що безпосередньо стосуються досліджуваної проблематики, зокрема щодо:

застосування запобіжних заходів:

К.Д. Волков у дисертації «Забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні» досліджує проблеми правомірного обмеження права на свободу й особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів та механізму його забезпечення. Сутність забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні К.Д. Волков визначає як цілісний правовий механізм, який передбачає чітко визначені підстави правомірного обмеження невід'ємного права людини та спрямований на недопущення свавілля органів державної влади під час застосування заходів кримінального процесуального примусу в поєднанні з наданням особі відповідних гарантій. Структура механізму забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні складається із системи правового регулювання, яка має відповідати засаді правової визначеності, інституту процесуального контролю, забезпечення права людини на захист, системи правових гарантій і позапроцесуальних елементів [13, с. 9, 178].

У низці робіт, де досліджуються питання застосування запобіжних заходів, наголошується про значення забезпечення права на свободу і особисту недоторканність, проте без розкриття змісту цієї засади, що зумовлено предметом дослідження.

Д.В. Колодчин у дисертаційному дослідженні «Тримання під вартою як запобіжний захід» зазначає про причини недотримання в Україні порядку тримання під вартою в контексті забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність, які, зважаючи на їх специфіку, поділено на такі блоки: а) недосконалість нормативної регламентації інституту тримання під вартою; б) помилки та порушення, що допускаються в правореалізаційній практиці; в) недостатнє врахування практики ЄСПЛ, зокрема, в частині змістового наповнення загальних міжнародних стандартів [14, с. 8–9].

О.Н. Агакерімов у дисертації «Домашній арешт у системі запобіжних заходів» зазначає, що обмеження в праві на свободу та особисту недоторканність проявляється загалом через заходи забезпечення кримінального провадження, складовою частиною яких є інститут запобіжних заходів, котрий своєю чергою включає запобіжні заходи, які

різняться за рівнем суворості від найменш до найбільш тяжких, відповідне застосування того чи іншого з яких пропорційно позначається на рівні обмеження права на свободу та особисту недоторканність людини, до якої застосовано певний запобіжний захід та якій інкримінується пов'язане у зв'язку з його застосуванням кримінальне правопорушення [15, с. 36].

У інших роботах, присвячених проблемам застосування запобіжних заходів, увага питанням забезпечення права на свободу й особисту недоторканність приділяється переважно у контексті розгляду окремих питань їх нормативного регулювання (наприклад, К.О. Середа «Правове регулювання запобіжних заходів у кримінальному провадженні», В.О. Січко «Обрання, скасування або зміна запобіжного заходу у судовому провадженні» та ін.);

інших заходів забезпечення кримінального провадження:

Кримінальний процесуальний примус може виражатися у фізичному, матеріальному, психологічному або моральному впливі державного органу на ту чи іншу особу, яка бере участь у провадженні. Кримінальний процесуальний примус завжди пов'язаний із певними обмеженнями тих чи інших прав та свобод учасників процесу. Саме правообмежувальний критерій і є зазвичай основним під час віднесення того чи іншого процесуального заходу до примусових заходів. Заходи забезпечення кримінального провадження є заходами примусу до виконання певних дій чи процесуального обов'язку [16, с. 7].

В.І. Фаринник у дисертаційному дослідженні «Теоретичні, правові та праксеологічні проблеми застосування заходів забезпечення кримінального провадження в кримінальному процесі України» сформулював висновок про те, що концептуально заходи забезпечення кримінального провадження є нічим іншим, як передбаченими кримінальним процесуальним законом заходами владно-примусового обмеження особистих і майнових (матеріальних) прав, що застосовуються уповноваженими державними органами та особами, у встановленому законом порядку до підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка та інших осіб, котрі залучаються до сфери кримінальної процесуальної діяльності, з метою запобігання та припинення їхніх неправомірних дій, виявлення та закріплення доказів, створення належних умов здійснення кримінального провадження, вирішення його завдань і забезпечення його дієвості [17, с. 58].

Такий підхід розкриває можливості та доцільність подальшого дослідження низки важливих питань щодо забезпечення прав на свободу й особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Отже, як показано у цьому короткому і неповному екскурсі, зміст, обсяг та інші питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність визначаються предметом наукових досліджень та їх завданнями. Постійний науковий інтерес до цієї проблематики свідчить про її актуальність, забезпечує розвиток і сприяє удосконаленню згаданого права.

Незважаючи на те, що проблеми забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження до цього часу не були предметом самостійного наукового дослідження, у наукових працях, які розкривають різні аспекти цієї проблеми, певним чином було окреслено напрями та визначено методологічну основу для нових наукових пошуків. Так, видається, що потребують окремого наукового вивчення питання забезпечення права на свободу й особисту недоторканність під час застосування не тільки запобіжних заходів, а й інших заходів забезпечення кримінального провадження, дослідження відповідних правових позицій ЄСПЛ, розкриття змісту та умов застосування процесуального примусу під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження та механізму контролю.

Список використаних джерел:

1. Тертишник В.М. Гарантії прав і свобод людини та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України : автореф. дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09. Дніпропетровськ. 2009. 42 с.

2. Тертишник В.М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України : монографія. Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2009. 404 с.

3. Сачко О.В. Забезпечення верховенства права при застосуванні особливих форм, порядків та режимів кримінального провадження : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09. Дніпровський нац. ун-т ім. Олеся Гончара. Дніпро. 2019. 488 с.

4. Уваров В.Г. Проблеми підстав затримання та взяття підозрюваного під варту в контексті європейських стандартів. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція.* Одеса, 2011. Вип. 2. С. 163–166.

5. Мамка Г.М Засади кримінального провадження: наукові та правові основи : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09. Нац. акад. внутр. справ. Київ. 2019. 478 с.

6. Михайленко В.В. Реалізація засади верховенства права у кримінальному провадженні : дис. ...

канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. акад. внутр. справ. Київ. 2019. 281 с.

7. Маринів В.І. Принцип особистої недоторканності в кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків. 1999. 196 с.

8. Черкесова А.С. Гарантії прав і свобод людини при їх обмеженні у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ. 2018, 231 с.

9. Уваров В.Г. Застосування практики Європейського суду з прав людини та норм міжнародно-правових актів в удосконаленні кримінального судочинства України : монографія / За заг. ред. доктора юридичних наук, професора В.М. Тертишника. Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2012. 404 с.

10. Уваров В.Г. Міжнародно-правові стандарти у кримінальному процесі України : монографія. Харків : НікаНова, 2014. 416 с.

11. Кучинська О.П., Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини : монографія. Ніжин : ТОВ «Видавництво «Аспект-Поліграф», 2013. 228 с.

12. Коровайко О.І. Реалізація міжнародних стандартів кримінального судочинства в судовому провадженні України : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09. Харківський нац. ун-т внутр. справ. Харків. 2017. 471 с.

13. Волков К.Д. Забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканність під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. акад. прокуратури. Київ. 2015. 245 с.

14. Колодчин Д.В. Тримання під вартою як запобіжний захід : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків. 2018. 270 с.

15. Агакерімов О.Н. Домашній арешт у системі запобіжних заходів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. ун-т «Одеська юридична академія». Одеса. 2016. 246 с.

16. Грицак Х.М. Тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом як захід забезпечення кримінального провадження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Нац. ун-т «Львівська політехніка. Львів. 2019. 23 с.

17. Фаринник В.І. Теоретичні, правові та праксеологічні проблеми застосування заходів забезпечення кримінального провадження в кримінальному процесі України : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09. Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ. 2017. 565 с.

A number of scientific papers have been analyzed, which investigate various problems of the right to liberty and security in criminal proceedings, in particular as to the place of this foundation in the system of principles of criminal proceedings and their correlation, issues of securing the right to liberty and personal integrity in the application of criminal proceedings. It has been found that, in a broad context, scholars have identified the right to liberty and security of person as one of the most important elements of a criminal justice system that has its own content and characteristics. It is convincingly demonstrated that securing this right cannot be effectively achieved without securing other foundations belonging to this system. This is their connection, which also contributes to the twofold awareness and perception of the whole system of criminal law principles and each of these principles. Of particular importance in securing the right to liberty and security of person are international documents and the legal position of the European Court of Human Rights on this issue. It is determined that at the present stage of the development of the domestic criminal process, all the principles of the criminal process proceed from the recognition of the person of the highest social value. In view of this, it is determined its own classification of the principles of criminal proceedings, which is based on the content of the right to the protection or protection of which they are directed. It is emphasized that while the problems of securing the right to liberty and personal integrity while applying criminal prosecution measures have not been the subject of independent scientific research so far, the scientific works that cover various aspects of this problem have been clearly outlined and defined by methodological basis for new scientific research. Thus, it seems that they need a separate scientific study of the issue of ensuring the right to liberty and security of person during the application of not only preventive measures, but also other measures of ensuring criminal proceedings, investigation of the relevant legal positions of the European Court of Human Rights, disclosure of the content and conditions of application of procedural coercion during the enforcement of criminal proceedings and the control mechanism.

Key words: right to liberty and security of person, criminal proceedings, principles of criminal proceedings, measures to ensure criminal proceedings, preventive measures, scientific research.

УДК 343.236.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.45

Назар Павлів,
студент III курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАМАХУ НА ЗЛОЧИН

У статті під назвою «Проблематика питання замаху на злочин» передбачено, що безпека людини та громадянина для держави є вагомим обов'язком, тому кожен злочинець має понести кримінальну відповідальність за порушення безпеки у державі. У тексті статті насамперед ідеться про значення поняття «замах на злочин» у кримінальному праві. Роз'яснюються види замаху на злочин із застосуванням їх на практиці. У цій статті оглянуто проблему будь-якого типу замаху як злочинного діяння, досліджено законодавство щодо цього феномена, а саме безпосередню точність пояснення відповідальності за злочинне діяння. У статті переглянуті проблематичні проблеми замаху в окремих типах правопорушень. Аргументовано висновок щодо цього питання, що характерні риси періоду замаху в правопорушенні зумовлені не тільки системою складу правопорушення, однак і відмінними рисами, тим, що по суті вчинена протизаконна дія.

Ця стаття розрахована на визначення складу такого злочину, як замах на цей самий злочин, який передбачений Кримінальним кодексом України. У кримінальному праві замах на злочин є доволі поширеним видом злочину. Перш за все необхідно перебачити основні риси та відмінності від інших суміжних злочинів, надати йому індивідуального характеру. Питання замаху на злочин розглянуто не тільки з позиції законодавства, а також відповідно до міркувань українських правознавців. При цьому кожен з науковців оцінює проблематику скоєння такого злочину, як замах на злочин, по-різному. Тому виникає необхідність аналізу їхніх міркувань та надання узгодженого висновку. Відповідно до змісту статті передбачено, за якою нормою закону злочинець понесе кримінальну відповідальність за скоєння замаху на злочин. Для більшого розуміння складу злочину та його характерних рис у статті виникає необхідність навести приклади.

Ключові слова: замах на злочин, кримінальна відповідальність, формальний склад злочину, усічений склад злочину, альтернативний умисел, види замаху.

Постановка проблеми. Необхідно зазначити, що натепер статистика злочинності є важливою для підвищення рівня безпеки населення. Українське законодавство має нормативне закріплення кожного злочину, який має бути покараний та за який настає кримінальна відповідальність. Але не всі злочини є до кінця закінченими, завершеними або такими, що набули бажаного результату для злочинця. Одним із вищезазначених видів є замах на злочин, який нормативно закріплений у ст. 15 Кримінального кодексу України (далі – КК України).

Виклад основного матеріалу. У концепції кримінального права приймається рішення щодо проблеми про можливість замаху в різних типах правопорушень у зв'язку з системою складу, особливостями здійснення соціально небезпечного діяння, а також іншими умовами. Таким чином, зокрема, Л.С. Щутяка відзначає, що на теоретичному рівні посягання ймовірне в кожному злочинному діянні, що здатне бути вчинено з прямим умислом. У такому разі, на його думку, незважаючи на труднощі доведення, у правозастосовчій практиці майже не трапляються епізоди кваліфікації дій, подібних до замаху, в здійсненні правопорушень лінією бездіяльності, так названих правопорушень з «усіченим» складом, у такий спосіб іменованих деліктами формування загрози [2, с. 231]. Певні експерти вважають, що система складу злочину не встановлює здатності замаху як злочинне діяння, що дозволяють імовірність замаху в злочині не тільки з матеріальним, проте також із формальним складом. Згідно з думками інших експертів кримінального права щодо цього питання, то можна зазначити, що посягання неможливе в тих правопорушеннях, у стороні яких є тільки один необхідний критерій – дія.

Тому з огляду на вчення науковців, можна сказати, що, як правило, тоді, коли таке діяння ще не почало виконуватися, то виникає лише готування до злочину, коли ж воно виконане – виникає одразу закінчений злочин. Аналізуючи можливість замаху на злочини з формальним складом, окремі дослідники вважають, що замах неможливий лише на ті злочини з формальним складом, які належать до різновидів так званих усічених складів [3, с. 325].

© Н. Павлів, 2020

Вважаю, що характерні риси етапу завершення правопорушення дуже впливають не тільки на характерні риси системи його складу. Оскільки на тривалість правопорушення насамперед дуже впливають інші умови, зокрема, тривалість у період соціально небезпечного діяння, характерні риси предмета кримінально-правового захисту, а також система заподіяння цього предмета шкоди. Крім того, система складу злочину не встановлює здатності замаху в належне злочинне діяння. Правопорушенням із формальним складом, у тому числі іменованих усіченими складами правопорушень, всім без винятку властива конкретна тривалість соціально небезпечного діяння в певний період. Присутність вищезазначеного явища в певний період визначає безпосередньо його тривалість, встановлює характерні риси формування небезпеки предметів кримінально-правового захисту. У такому аспекті необхідно погодитися із судженнями тих науковців, які не тільки дозволяють імовірність замаху в правопорушеннях із формальним складом, однак також встановлюється присутність такого, що ймовірність замаху в злочинних діяннях із формальним складом зумовлюється насамперед справжністю тривалості протизаконної дії.

Так, наприклад, такий злочин, як розбій, склад якого, як правило, називають усіченим, також триває певний період часу і цілком можна уявити ситуацію, коли він буде перерваний з причин, які не залежать від винного. Наприклад, винний ззаду замахнувся палицею для удару по голові потерпілого з метою заволодіння його майном, але сторонній перехожий заблокував удар. На мій погляд, у таких випадках діяння винного потрібно кваліфікувати як замах на розбій. Можливість замаху на злочини з формальним складом доводиться також з урахуванням можливої помилки винного в об'єкті посягання, знаряддях злочину або фактичних ознаках діяння. Так, зокрема, якщо особа помилково вважає, що носить із собою бойову вогнепальну зброю, яка насправді є непридатною для стрільби, є всі підстави для притягнення її до кримінальної відповідальності за замах на скоєння злочину, передбаченого ч. 1 ст. 263 КК України [1]. Аналогічна ситуація, коли винний помиляється щодо придбаної ним речовини, яку вважав наркотичним засобом. Навіть під час вимагання можливий замах, бо і вимога триває певний період у часі. Наприклад, винний поштою надіслав потерпілому листа з вимогою про передачу йому майна і відповідними погрозами, проте лист було знищено до того, як його прочитав потерпілий. Наведений приклад також свідчить про замах на вимагання, яке деякі вчені також відносять його до усічених складів злочинів.

З огляду на специфіку формування суспільної небезпеки в злочинах, які передбачають серед обов'язкових ознак настання певних наслідків, замах на них виникне, якщо реалізацію злочинного наміру винного було перервано з причин, незалежних від його волі, до моменту настання відповідних наслідків, а отже, реального спричинення шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Щодо злочинів, суспільна небезпека яких не визначається настанням певних наслідків, замах на них виникне в тих випадках, якщо реалізацію злочинного наміру винного було перервано з причин, незалежних від його волі, до моменту остаточного створення діянням загрози спричинення істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Звісно, йдеться про реалізацію злочинного наміру у діянні, яке є ознакою об'єктивної сторони відповідного складу злочину. У кримінально-правовій літературі питання про те, чи можливий замах у формі пасивної поведінки шляхом бездіяльності, є спірним. Певним чином загострюється ця проблема неточною позицією законодавця в чинному КК України. Так, у ч. 1 ст. 15 КК України під час формулювання загального поняття «замах на злочин» застосовується термін «діяння», що дає підстави для висновку про те, що замах на злочин можливий і у формі дії, і у формі бездіяльності. Водночас у ч. 2 ст. ч. 3 ст. 15 КК України під час визначення поняття «закінчений та незакінчений замах на злочин» законодавець використовує термін «дія», що дає змогу зробити протилежний висновок. У теорії кримінального права з приводу зазначеної проблеми були висловлені різні точки зору [1].

Так, зокрема, свого часу М.С. Таганцев відстоював положення про те, що замах на злочин можливий лише у формі дії. Обґрунтовував свою думку вчений тим, що злочинна бездіяльність завжди залежить від настання певних умов, найчастіше певного моменту часу, а тому вся діяльність особи, яка передує цьому моменту, є байдужою, а з настанням цього моменту одразу виконується певний склад злочину [4, с. 126–128]. Інші вчені вважають, що замах можливий і у формі пасивної поведінки особи. Погоджуючись із тим, що замах на злочин можливий шляхом бездіяльності, А.В. Наумов вважає, що аргументація такого висновку має ґрунтуватися винятково на розумінні сутності пасивної поведінки, яка є ознакою об'єктивної сторони відповідного складу злочину, оскільки будь-яка активна поведінка, яка передувала

бездіяльності, для вирішення цього питання не має кримінально-правового значення. Підтримуючи думку про можливість вчинення замаху на злочин шляхом бездіяльності, В.О. Навроцький вважає, що попереднє вчинення дії, спрямованої на те, щоб ухилитися від очікуваної поведінки, є реалізацією злочинного наміру і початком виконання об'єктивної сторони певного злочину. Тому, на думку вченого, помилкова теза про те, що вся діяльність особи до моменту, коли вона зобов'язана була діяти, є, з точки зору кримінального права, байдужою. Це тим очевидніше, вважає В.О. Навроцький, стосовно посягань, які полягають в ухиленні від виконання покладеного обов'язку, коли акту бездіяльності неодмінно передує певна активна поведінка [5, с. 103].

Аналізуючи вказану проблему, на мою думку, насамперед необхідно зазначити те, що для злочинів, об'єктивна сторона яких полягає в бездіяльності, характерне те, що реалізація об'єктивної сторони розпочинається лише в момент виникнення у винного обов'язку вчинити певну дію. До того як в особи виникне відповідний обов'язок, об'єктивної сторони складу не існує. Тому неточною вважаю позицію В.О. Навроцького, який вважає, що попереднє вчинення дії, спрямованої на те, щоб ухилитися від очікуваної поведінки, є реалізацією злочинного наміру і початком виконання об'єктивної сторони певного злочину. Водночас помилковою, на мій погляд, є і позиція А.В. Наумова, який стверджує, що вся активна поведінка, яка передувала бездіяльності, не має кримінально-правового значення. Якщо для об'єктивної сторони складу злочину характерна пасивна поведінка особи, то попереднє вчинення особою дії не може розглядатися як початок реалізації об'єктивної сторони, навіть якщо така дія була необхідною умовою вчинення бездіяльності.

Проте така попередня активна поведінка особи цілком може розглядатися як готування відповідного злочину. Що ж до проблеми, чи можливий замах на злочин у формі бездіяльності, я підтримую думку тих учених, які дають позитивну відповідь на це питання. Адже здебільшого, конструюючи склади злочинів, ознакою об'єктивної сторони яких є бездіяльність, законодавець вказує і на злочинні наслідки, запобігти яким повинна була особа своєю активною поведінкою [6, с. 2–12].

Отже, за бездіяльністю визнається такий же спричиняючий характер, як і за дією. Тож цілком можна змоделювати ситуацію, коли особа свідомо не вчиняла певну дію, яка від неї вимагалася, бажаючи настання суспільно небезпечного наслідку, настанню якого все ж таки перешкодили інші особи. Наприклад, особа свідомо вирішила не надавати допомогу потерпілому, який опинився в небезпечному для життя стані, і не повідомляти про такий стан належним установам чи особам, усвідомлюючи реальну можливість спричинення потерпілому тяжкого тілесного ушкодження. У таких випадках, на моє переконання, є всі підстави притягувати винного до кримінальної відповідальності за замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 136 КК України *«Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані»*, якщо запобігти спричиненню тяжкого тілесного ушкодження вдалося завдяки своєчасному втручанню інших осіб [1]. З урахуванням можливої помилки щодо фактичних ознак, якими характеризується злочинна поведінка особи, замах можливий і в тих злочинах, які вчиняються у формі бездіяльності, об'єктивна сторона яких не передбачає обов'язкове настання суспільно небезпечних наслідків. Наприклад, особа вважає, що для незаконного зберігання їй передали наркотичний засіб, тоді як фактично отримана нею речовина до таких не належить [7, с. 158].

Висновок

З цієї причини я вважаю, що вирішення цієї проблеми цілком залежить від осмислення знаходження цих психологічних дій, які відбувалися в період здійснення правопорушення з іншим задумом. Безумовно, в разі якщо висловити згоду із тим, що інший задум вважається різновидом безпосереднього задуму, то є причини для того, щоб ставити винному присутність замаху із подібним тяжким задумом, що він мав на увазі. Але висновок про те, що інший задум вважається різновидом безпосереднього задуму, є досить дискусійним. Багатоваріантність прогнозу вважається підтвердженням того, що злочинець не впевнений з приводу того, той чи інший безпосередній результат буде зумовлений його вчинками. У такому разі період, так само як і наявність неконкретизованого задуму, коли суб'єкт передбачає неминучість настання найменшого з інших результатів, на обов'язкове настання якого також розраховує в період здійснення соціально небезпечного діяння.

Вважаю, що сутність прогнозу результатів присутності альтернативного умислу, про що було зазначено вище, незважаючи на те, що хоча і є найбільш конкретизованим, однак мало чим виділяється від неконкретизованого умислу. У такому разі можна говорити, що іменований альтернативний задум (інший задум) вважається синтетичною

академічною системою, що включає різний психологічний підхід особистості до результатів своєї поведінки. У психологічному значенні іншого задуму, крім того, поєднуються компоненти прямого та непрямого умислу. Порівняно з найменшою неминучістю, але очікуваною з метою винного результату, можна говорити про наявність безпосереднього задуму (прямого умислу), але за інших результатів є всі причини говорити про психологічні стосунки, що охоплюються визначенням непрямого умислу. Безпосередньо подібне уявлення психологічного знаходження щодо присутності альтернативного умислу дає можливість знайти вирішення проблеми про кваліфікації замаху з подібним задумом. Позаяк прямий умисел у подібних варіантах властивий тільки найменшому результату з передбачуваних винуватим, висока кваліфікація замаху присутності іншого задуму (альтернативного) має здійснюватися безпосередньо за цим найменшим результатом, неминучість настання якого передбачалася особистістю.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2001, № 25–26, ст. 131. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

2. Курс кримінального права. Загальна частина. Т. 1: Вчення про злочин : підручник для вузів / Під ред. Н.Ф. Кузнєцової, І.М. Тяжкової. Москва : Изд-во ІКД «Зерцалов», 2002. 624 с.

3. Энциклопедия уголовного права. Издание профессора Малинина, Санкт-Петербург. Т. 5: Неоконченное преступление, 2006. 464 с.

4. Навроцький В.О. Основи кримінально-правової кваліфікації : навчальний посібник. Київ : Хрінком Інтер, 2006. 704 с.

5. Рарог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. 304 с.

6. Щутяк Л.С. Кримінальна відповідальність за замах на злочин за кримінальним правом України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук. Львів, 2002. 18 с.

7. Тер-Акопов А.А. Злочин і проблеми нефізичної злочинності в кримінальному праві. Москва : Юркнига. 480 с.

It is possible to resolve the "problematic issue of pollution of criminal situations", but this means that the security of man and citizen, in order to remain important, is probably a criminal who has a criminal responsibility for security in the state. In the text of the article "Problems of assassination of criminals" the primary language should speak about the concept of "attempted crime" in criminal rules. Visible attempted crimes are explained in practice. We believe that the problem has always been identified in criminal enforcement, examining the law, adhering to this phenomenon, and it is very important to explain that the level of security is unsuccessful. In the report, look at the problematic problems of assassination in different types of offenses. Arguably considers the question that the characteristic features of periodic encroachment on the offense of footwear, and not only the system, which is executed by the offense, are also distinctive features that are significant results of counteraction to the law.

This article is intended for someone such a criminal as an attempt on the criminals themselves, which turned out to be the Criminal Code of Ukraine. In the criminal rule, attacks on an attacker are quite expressive attackers. First of all, you need to review the main features and differences from other related attackers, clarifying the identity of the individual. The issue of assassination attempt was revealed not only from the standpoint of legislation, but also from the point of view of Ukrainian lawers. Thus interesting scientists noted problems, which studied such crime as crime in different ways. Therefore, it is important to consider that their reasoning and those who point to the benefit. The answer to the change in this question "Problematic issue of pollution of criminal situations" is applied according to which norm of the law a criminal will bear criminal responsibility for the subjugation of encroaching upon a crime. For greater development of criminal and its characteristics in the following need reliable examples.

Key words: attempted crime, criminal liability, formal corpus delicti, truncated corpus delicti, alternative intent, see attempt.

УДК 343.36
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.46

Лідія Палюх,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРОБЛЕМИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ОЗНАК ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ВТРУЧАННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВИХ ОРГАНІВ»

У статті розглянуто проблеми визначення в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) ознак об'єктивної сторони складу злочину «втручання у діяльність судових органів». Автором проаналізовано зміст ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 376 КК України. При цьому автор проаналізувала законодавство, судову практику, розглянула позиції, що висловлюються науковцями щодо ознак об'єктивної сторони цього складу злочину. Застосовуючи філологічне, систематичне тлумачення відповідних положень кримінального закону, з'ясовано зміст такої ознаки об'єктивної сторони складу цього злочину, як діяння.

Майже всі українські науковці розглядають втручання у діяльність судді як незаконний вплив, при цьому виділяють різні форми такого впливу. На думку автора, трактування терміна «втручання» лише як незаконного впливу на потерпілого необґрунтовано звужує значення цього терміна. Крім впливу, втручання може мати й інші форми. «Втручання» у складі злочину, передбаченого ст. 376 КК України, може виявлятися у таких діяннях, як: 1) незаконний вплив на потерпілого; 2) вчинення у будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності (наприклад, як зазначають деякі автори, створення несприятливих для судді побутових умов (організація нічних телефонних дзвінків), також втручання у діяльність може виявлятися в умисному відключенні електроенергії, інтернет-зв'язку під час судового засідання і т.п.) за умови, якщо такі діяння не містять ознак інших складів злочинів.

На основі аналізу наукової літератури, даних судової практики пропонується вдосконалити ч. 1 ст. 376 КК України. Автор підтримує висловлену в науці позицію про те, що можливі способи вчинення цього злочину у диспозиції статті 376 Кримінального кодексу України мають бути закріплені у формі відкритого переліку. При цьому у розглядуваній нормі автор пропонує передбачити таке формулювання: «Втручання в законну діяльність судді, присяжного, безпосередньо пов'язану із здійсненням судочинства, шляхом незаконного впливу, створення перешкод у здійсненні ними повноважень, <...> якщо такі діяння не містять ознак злочинів, передбачених статтями 369, 377, 378, 379, 384, 385 КК України». Це дало би змогу охопити інші випадки вчинення діянь, спрямованих на перешкоджання діяльності суду, а не лише незаконний вплив.

Ключові слова: втручання в діяльність, суддя, об'єктивна сторона складу злочину, кримінальна відповідальність, перешкоджання діяльності, незаконний вплив.

Постановка проблеми. Протягом останніх кількох років перед українською державою гостро стоїть питання забезпечення незалежності суду, зважаючи на важливість діяльності зі здійснення правосуддя для забезпечення сталого суспільного розвитку, захисту прав і свобод людини. На суспільні відносини, що забезпечують гарантії незалежності суддів у такому аспекті, як заборона втручання у здійснення судочинства, посягає злочин, передбачений ст. 376 КК України «Втручання в діяльність судових органів». Чинна редакція частини першої статті 376 КК України, де вжито формулювання «втручання в будь-якій формі в діяльність судді», породжує різні тлумачення змісту такої ознаки об'єктивної сторони зазначеного складу злочину, як діяння. У зв'язку з цим видається доцільним з'ясувати зміст цієї ознаки з точки зору чинного закону (*de lege lata*), а також оцінити, чи є таке формулювання відповідної кримінально-правової норми оптимальним, доцільним, чи, можливо, є потреба вдосконалити зазначену норму.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з такої теми. Проблеми кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 376 КК України, досліджували такі українські вчені, як Ю. Александров, Г. Бершов, Є. Блажівський, А. Бойко, В. Борисов, Є. Бунін, Р. Кархут, А. Мартіросян, В. Тютюгін. Проблеми втручання в діяльність інших, крім суддів, так званих спеціальних потерпілих

© Л. Палюх, 2020

були предметом дослідження таких науковців, як І. Залялова, І. Ізай, І. Чуб.

Натепер більшість учених вважають, що таке діяння, як «втручання в діяльність», полягає винятково у незаконному впливі на потерпілого (Ю. Александров, Є. Блажівський, А. Бойко, І. Залялова, І. Чуб), при цьому вважають, що такий підхід до розуміння змісту цього діяння є правильним. Деякі вчені пропонують закріпити у ч. 1 ст. 376 КК України відкритий перелік форм втручання в діяльність судді (Є. Бунін); деякі науковці, навпаки, вважають, що формалізація ознак цього складу злочину є зайвою.

Мета статті. У зв'язку з цим є доцільність, застосовуючи філологічне, систематичне тлумачення, проаналізувати норму, передбачену ч. 1 ст. 376 КК України, з'ясувати зміст такого діяння, як «втручання в діяльність», у чинній редакції ч. 1 ст. 376 КК України, розглянути, яким шляхом іде судова практика у тлумаченні цієї норми. Також важливо з'ясувати, наскільки доцільним, вдалим є передбачене у ч. 1 ст. 376 КК України формулювання ознак об'єктивної сторони цього складу злочину.

Виклад основного матеріалу дослідження. Виходячи зі змісту диспозиції статті, передбаченої ч. 1 ст. 376 КК України, ознакою об'єктивної сторони цього складу злочину є діяння – втручання в будь-якій формі в діяльність судді. Практично всі українські науковці розглядають втручання в діяльність судді винятково як незаконний вплив на відповідного потерпілого, при цьому виділяють різні форми такого незаконного впливу [1, с. 31; 2, с. 9; 3, с. 589; 4, с. 9; 5, с. 1200; 6, с. 3]. Подібну позицію свого часу висловив і пленум Верховного Суду України у п. 11 своєї постанови № 8 від 13 червня 2007 року, зокрема, зазначив, що під втручанням у діяльність судових органів слід розуміти вплив на суддю у будь-якій формі (прохання, вимога, вказівка, погроза, підкуп, насильство, критика судді в засобах масової інформації до вирішення справи у зв'язку з її розглядом тощо) з боку будь-якої особи з метою схилити його до вчинення чи невчинення певних процесуальних дій або ухвалення певного судового рішення [7].

Слід зазначити, що, на відміну від норми, передбаченої ст. 343 КК України, де в назві статті вжито формулювання «втручання в діяльність», а в диспозиції статті діяння позначено як «вплив у будь-якій формі», у назві і в диспозиції норми, передбаченої ст. 376 КК України, вжито однаковий термін – «втручання в діяльність». Тому видається, що трактування терміна втручання лише як впливу на потерпілого необґрунтовано звужує зміст поняття «втручання». Крім впливу, втручання може мати інші прояви.

Проведене нами узагальнення судової практики у кримінальних провадженнях, що надійшли до суду з обвинувальним актом за ст. 376 КК України, дає змогу виділити такі діяння, що визначені судами як форми втручання в діяльність судді, що є ознакою об'єктивної сторони відповідного складу злочину: неконкретизовані погрози або погрози, інші за змістом, ніж у ч. 1 ст. 377 КК України (у 80% вивчених нами вироків), настирливе прохання (10%).

Злочин, передбачений ст. 376 КК України, є спеціальним видом підбурювання до злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Відповідно до ч. 4 ст. 27 КК України способами підбурювання можуть бути умовляння, підкуп, погроза, примус або інші способи, за допомогою яких підбурювач схилив іншого співучасника до скоєння злочину. Виходячи з того, що норми, передбачені статтями 377–378 КК України, є спеціальними видами втручання в діяльність судді чи, відповідно, захисника чи представника особи, втручання в діяльність судді (ст. 376 КК України) може здійснюватися способами, крім тих, що зазначені у диспозиціях зазначених вище норм (настирливе умовляння, погроза (за винятком погрози вбивством, насильством, знищенням чи пошкодженням майна (ч. 1 ст. 377, ч. 1 ст. 398 КК України)), примус, незаконна вказівка та інші способи, що стосуються такого діяння, як незаконний вплив на потерпілого. Водночас, крім незаконного впливу, втручання може здійснюватися і іншими способами, які не є спеціальними видами підбурювання до скоєння злочину, передбаченого ст. 375 КК України.

Слід погодитися з тим, що не може визнаватися втручанням реалізація стороною у справі своїх процесуальних прав та інтересів у визначений законом спосіб. Хоча це частково не відповідає позиції Конституційного Суду України, яку він сформулював у своєму рішенні від 12 липня 2011 року № 8-рп/2011 (справа № 1-8/2011), відповідно до якого «стосовно твердження суб'єкта права на конституційне подання, що оспорювані положення Закону щодо незалежності суддів від незаконного впливу допускають можливість вчинення *законного впливу*, Конституційний Суд України дійшов висновку про його безпідставність, оскільки відповідно до частини другої статті 126 Конституції України *забороняється вплив на суддів у будь-який спосіб*» [8]. Наведемо у цьому

контексті приклад із судової практики, що засвідчує спірність такої позиції.

Суддя І. районного суду Вінницької обл. О. повідомив Вищу раду правосуддя про втручання у правосуддя з боку позивача у цивільній справі. Зокрема, як ідеться у заяві, останній двічі подавав відвід головуючого судді. Так, у першій заяві суд відмовив позивачу у зв'язку із безпідставністю. Однак той згодом надіслав повторну. У ній він звинуватив головуючого в справі в отриманні неправомірної винагороди від відповідача. При цьому висловив погрози судді, що в разі неприйняття потрібного рішення в заяві він буде вживати всіх заходів з метою притягнення судді до відповідальності. Суддя звернувся до прокуратури із заявою про скоєння злочину, мотивуючи її тим, що зі змісту заяви позивача чітко прослідковується тиск на нього та поширення неправдивої інформації щодо скоєння ним злочину, отримання хабара [9].

Як видається, у такому разі відсутнє втручання в діяльність судді, оскільки позивач здійснював свої законні права у судочинстві. Така позиція висловлена і в судовій практиці. Так, зокрема, у мотивувальній частині вироку від 3 березня 2011 р. у справі № 1-162/11 Суворовський районний суд м. Херсона висловив позицію про те, що подання скарг з критикою діяльності суддів, процесуальні засоби захисту, навіть якщо вони видаються суддям настирливими чи «зухвалими», не містять ознак об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 376 КК України [10].

О. Коробєєв, Ю. Кулешов, аналізуючи подібну норму в російському кримінальному законі, де також передбачено відповідальність за втручання в діяльність судді, зазначають, що, хоча зазначене діяння і належить до найбільш поширених злочинів проти правосуддя, його вчинення здебільшого залишається латентним через відсутність апробованого розуміння ознак розглядуваного складу злочину, зокрема, науковці ведуть мову про таке формулювання у відповідній статті кримінального закону – «втручання в діяльність», що має оціночний характер [11, с. 37].

Зважаючи на викладене вище, видається, що в диспозиції ст. 376 КК України доцільно більш формалізовано, конкретно визначити, втручання в яких саме формах у діяльність судді становить таку ознаку цього складу злочину, як діяння.

Слід зазначити, що у статтях Особливої частини КК України (в розділах V, XV, XVIII Особливої частини КК України), де встановлено відповідальність за перешкоджання діяльності певних осіб (органів), втручання в їх діяльність, визначено такі форми, в яких можуть вчинятися ці діяння: невиконання законних вимог потерпілого (ст.ст. 351, 351-1, 351-2 КК України); створення штучних перешкод у роботі (ст. 351, 351-1, 351-2 КК України); надання завідомо неправдивої інформації (ст.ст. 351, 351-1 КК України); незаконний вплив у будь-якій формі (ст. 344 КК України), вплив у будь-якій формі (ст. 343 КК України); вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності, порушення встановлених законом гарантій діяльності (ст. 397 КК України); перешкоджання здійсненню законної професійної діяльності (ст. 171 КК України).

У зв'язку із зазначеним вище Є. Блажівський, Є. Бунін, Р. Кархут констатують порушення вимог системності у закріпленні відповідальності за втручання в діяльність у статтях чинного КК України, а саме: розходження у назвах статей; різний підхід до визначення поняття злочину у диспозиціях цих статей [2, с. 198–199; 14, с. 9; 16, с. 8]. Є. Бунін зазначає, що у КК відсутній уніфікований законодавчий підхід до розуміння поняття «втручання», що, своєю чергою, ускладнює застосування системного методу для встановлення його змісту; КК містить такі поняття, як «вплив», «втручання» і «перешкоджання» [14, с. 9].

Отже, діяння у зазначених складах злочинів позначене як *втручання*, *вплив у будь-якій формі* або *незаконний вплив, перешкоджання*. Розглянемо, яке з цих понять найбільш доцільно було б передбачити для позначення діяння як ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 376 КК України, чи, можливо, загалом інше поняття. У такому разі слід звернутися до філологічного тлумачення.

Слід зазначити, що слово «втручатися» в українській мові має такі значення: самочинно займатися чиїмись справами, встрявати в чиї-небудь стосунки тощо; брати активну участь у чомусь для припинення чого-небудь, протидіяння чому-небудь і т. ін. [12, с. 777]. Отже, термін «втручання» має смислові відтінки ближче до слова «протидія», «самочинне заняття чиїмись справами», характеризує активну діяльність безвідносно до того, чи наявний вплив на конкретну особу. Тому слід погодитися з Є. Буніним у тому, що втручання характеризується активною формою поведінки – воно полягає лише у дії [13, с. 9].

Слово «перешкоджати» має такі значення: 1) бути перепоною для чого-небудь; 2) створювати завади, заважати, забороняти кому-, чому-небудь [14, с. 322]. Отже, термін «перешкоджання» більше за своїм смисловим

відтінком відображає результат, якого прагне досягнути особа, яка перешкоджає, – створити перепони у певній діяльності.

Слово «вплив» має такі значення: 1) дія, яку певна особа чи предмет або явище виявляє стосовно іншої особи чи предмета; робити (мати і т. ін.) вплив на кого, що; 2) сила влади, авторитету [12, с. 751]. Отже, вплив передбачає дію стосовно іншої особи, в тому числі завдяки авторитету, владі чи іншим «дієвим» чинникам.

Зважаючи на викладене вище, можна вивести таку оптимальну модель співвідношення цих понять у ст. 376 КК України: основне діяння – *втручання*, яке спрямоване на *перешкоджання* відповідній діяльності, і *способом цього діяння може виступати вплив на певну особу*, також можуть бути *інші способи, не пов'язані із безпосереднім впливом на іншу особу*.

Загалом, слід сформулювати такі положення щодо змісту такого діяння, як «втручання», у складі злочину, передбаченого ст. 376 КК України:

1. *Невиконання законних вимог* судді тягне адміністративну відповідальність (ст. 185-3 КпАП України) або кримінальну відповідальність (ст. 385 КК України), а отже, не становить ознак складу злочину, передбаченого ст. 376 КК України.

2. *Надання завідомо неправдивої інформації* суду становить інші склади злочинів, передбачені статтями 384, 358 КК України.

3. *Втручання у складі злочину, передбаченого ст. 376 КК України, може виявлятися у таких діяннях, як*:

1) незаконний вплив на потерпілого (настирливе прохання, умовляння, погроза розголошення певних відомостей, обмеження прав та інтересів судді, інші види погроз (за винятком погрози вбивством, насильством, знищенням чи пошкодженням майна, відповідальність за які настає за ч. 1 ст. 377 КК України, а також за винятком виявлення наміру особи реалізувати свої права та законні інтереси у судочинстві), примус, а також інші способи (вказівка іншої службової особи, наприклад, голови суду));

2) вчинення у будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності (наприклад, як зазначає Л. Лобанова, створення несприятливих для судді побутових умов (організація нічних телефонних дзвінків, ворожих акцій сусідів і т. п.) [15, с. 80], умисне відключення електроенергії, інтернет-зв'язку під час судового засідання і т.п.) за умови, якщо такі діяння не містять інших складів злочинів.

4. Таке діяння, як підкуп судді, присяжного, має кваліфікуватися за ст. 369 КК України. У разі кваліфікації таких діянь за сукупністю статей 369, 376 КК України буде наявне подвійне інкримінування, оскільки, крім власне діяння – підкупу, у ст. 369 КК України йдеться про мету – вчинення чи невчинення службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища. Таким чином, ці статті перебувають у відносинах конкуренції загальної (ст. 376 КК України) і спеціальної (ст. 369 КК України) норм.

Таким чином, у складі злочину, передбаченого ст. 376 КК України, діяння, що є ознакою його об'єктивної сторони, – втручання, – крім впливу на потерпілого, також може виявлятися і у створенні умов, що становлять перешкоди для здійснення суддею законної діяльності (повноважень) у судочинстві.

У кримінальному законодавстві низки зарубіжних країн у подібних нормах про втручання в діяльність учасників відносин судочинства і виконання судових рішень визначено такі діяння, в яких полягають різні форми втручання: підкуп, залякування, перешкоджання (ч. 5 ст. 471bis КК Іспанії), схиляння (ст. 289 КК Болгарії), перешкоджання будь-яким способом (ст. 231 КК Литовської Республіки).

Висновки

Зважаючи на викладене вище, слід підтримати позицію Є. Буніна у тому, що можливі способи скоєння такого злочину в диспозиції статті 376 КК України слід закріпити у формі відкритого переліку. При цьому видається доцільним передбачити у частині першій статті 376 КК України таке формулювання: *«Втручання в законну діяльність судді, присяжного, безпосередньо пов'язану із здійсненням судочинства, шляхом незаконного впливу, створення перешкод у здійсненні ними повноважень, <...> якщо такі діяння не містять ознак злочинів, передбачених статтями 369, 377, 378, 379, 384, 385 КК України»*. На нашу думку, це дало би змогу охопити інші випадки вчинення діянь, спрямованих на перешкоджання діяльності суду, а не лише незаконний вплив.

Список використаних джерел:

1. Злочини проти правосуддя : навчальний посібник. / За заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. Харків : Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. 160 с.

2. Кархут Р.В. Кримінальна відповідальність за втручання у діяльність судових органів за законодавством України та Республіки Польща : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2018. 231 с.

3. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник. / Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін. Вид. 2-ге, переробл. та допов. За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. Київ : Атіка, 2008. 712 с.

4. Мартіросян А.Г. Кримінальна відповідальність за втручання в діяльність осіб, які здійснюють правосуддя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2011. 17 с.

5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. і допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1386 с.

6. Чуб І.М. Втручання в діяльність працівника правоохоронного органу: кваліфікація та відмежування від суміжних злочинів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2014. 20 с.

7. Про незалежність судової влади : постанова пленуму Верховного Суду України № 8 від 13 червня 2007 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-07.

8. Рішення Конституційного Суду України від 12 липня 2011 року № 8-рп/2011 (справа № 1-8/2011) у справі 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-11.

9. Суддя Іллінецького районного суду Вінницької обл. Олександр Олексієнко повідомив ВРП про втручання у правосуддя з боку позивача у цивільній справ. *Закон і бізнес*. 23.09. 29.09.2017. URL: http://zib.com.ua/ua/130189-prohannya_pro_vidvid_suddi_mozhe_potyagnuti_na_stattyu_.html.

10. Вирок Суворовського районного суду м. Херсона від 3 березня 2011 р. у справі № 1-162/11. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/14036607.

11. Коробеев А., Кулешов Ю. Уголовно-правовая защита независимости правосудия. *Уголовное право*. 2005. № 5. С. 37–39.

12. Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І.К. Білодід (голова) та ін.; АН УРСР, Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні. Т. 1: А–В. Київ : Наукова думка, 1970. 799 с.

13. Бунін Є.О. Втручання в діяльність судових органів за Кримінальним кодексом України: аналіз складу злочину та питання кваліфікації : автореф. дис.... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2015. 20 с.

14. Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І.К. Білодід (голова) та ін.; АН УРСР, Ін-т мовознавства ім. О.О. Потебні. Т. 6. П–Поїти. Київ : Наукова думка, 1975. 832 с.

15. Горелик А.С., Лобанова Л.В. Преступления против правосудия. Санкт-Петербург : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. 491 с.

16. Блажівський Є.М. Кримінальна відповідальність за втручання в діяльність за кримінальним правом України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.08. Львів, 2010. 20 с. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=REF&P21DBN=REF&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=fullwebr&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=A=&S21COLORTERMS=1&S21STR=%D0%91%D0%BB%D0%B0%D0%B6%D1%96%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B8%D0%B9%20%D0%84$.

The article deals with the problems of definition in the Criminal Code of Ukraine (CC of Ukraine) of the signs of the objective side of the body of crime "Intervention in the activities of judicial bodies". The author has been analyzed the content of the features of the objective side of the crime under Part 1 of Art. 376 of the Criminal Code of Ukraine. The author analyzed the legislation, judicial practice, the positions expressed by scientists on the signs of the objective side of this crime. Applying a philological, systematic interpretation of the relevant provisions of the criminal law, the content of such a sign of the objective side of the body of this crime as an act is clarified.

Almost all Ukrainian scholars consider intervention in the activities of a judge as an illegal influence on the victim, while distinguishing various forms of such illegal influence. According to the author, the interpretation of the term "intervention" only as an illegal influence on the victim unreasonably narrows the meaning of the concept of "intervention". In addition to the influence, the intervention can take other forms. Intervention in the crime under Art. 376 of the Criminal Code of Ukraine, may be in such acts as: 1) illegal influence on the victim; 2) committing in any form of obstacles to the implementation of lawful activities (for example, as noted by some authors, the creation of unfavorable for the judge living conditions (organization of night phone calls), may also appear in the deliberate disconnection of electricity, Internet during a court hearing, etc.) but if such acts do not contain other corpus delicti.

On the basis of the analysis of scientific literature, data of judicial practice it is offered to improve h. 1 Art. 376 of the CC of Ukraine. The author supports the position expressed in science that the possible ways of committing this crime in the disposition of Article 376 of the Criminal Code of Ukraine should be defined in the form of an open list. At the same time, the author proposes to provide the following wording in the considered norm: "Intervention in the lawful activities of a judge, juror, directly related to the administration of justice, through illegal influence, creating obstacles to the exercise of their powers,<...> if such acts do not contain signs of crimes under Articles 369, 377, 378, 379 , 384, 385 of the Criminal Code of Ukraine". This would cover other cases of acts aimed at obstructing the activities of the court, and not only illegal influence.

Key words: intervention in activities, judge, objective side of the body of crime, criminal liability, obstruction of activity, illegal influence.

УДК 343.851
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.47

Микола Семенишин,
канд. юрид. наук, докторант
Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА АГРЕСИВНОЇ КОРИСЛИВО-НАСИЛЬНИЦЬКОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

У статті на підставі аналізу кримінально-правових та кримінологічних ознак бандитизму, викрадення людини та вимагання встановлено, що в цих злочинах агресія виконує роль фактору поведінки суб'єкта, який проявляє себе на всіх етапах скоєння злочину. У механізмі злочинної діяльності вона є інструментом досягнення корисливої мети злочину, одним із компонентів мотивації, а також складовим елементом системи способу злочину. На цій основі обґрунтовано доводиться кримінологічна однорідність агресивних корисливо-насильницьких посягань та можливість їх інтеграції в рамках системної злочинної діяльності.

З метою забезпечення прикладного характеру дослідження нами виділено декілька складів злочину, які планується піддати науковому аналізу. Саме ці злочини розглядаються як сигнальні у категорії агресивних корисливо-насильницьких посягань. Навіть на рівні кримінально-правових ознак між ними є значна доля подібності, зокрема в об'єктах злочинного посягання та в об'єктивній стороні, зокрема елементів складів злочинів, передбачених статтями 257 («Бандитизм»), 146 («Незаконне позбавлення волі або викрадення людини») та 189 («Вимагання») КК України.

Кримінально-правова характеристика вказаних злочинів являє собою законодавчо закріплену в нормах КК України інформацію про ознаки структурних елементів складу відповідних злочинів. Незважаючи на те, що основними об'єктами цих злочинів є різні категорії суспільних відносин, додаткові об'єкти злочинних посягань (життя, здоров'я, особиста недоторканність) здебільшого співпадають. Злочинне діяння виражене у формі активних за змістом дій: напад як раптовий вступ злочинців у контакт із потерпілим, що може закінчитися заподіянням шкоди його здоров'ю та життю, прямо або опосередковано перевтілюється в інші форми посягання, зокрема в захоплення та вилучення жертви викрадення людини або пред'явлення вимог у разі вимагання. Виконання об'єктивної сторони проаналізованих злочинів завжди супроводжується насильством (фізичним або психічним), що з урахуванням встановленого нами раніше зв'язку між насильством та агресією свідчить також на користь однорідності цих злочинів (при цьому насильство є законодавчо визнаною формою інструментальної агресії).

У виборі оптимального напряму дослідження відповідного правового феномена не можна обмежуватися елементами його складу, необхідно знати його кримінологічно значимі ознаки, що стосуються часу, місця, обстановки, способів і механізму скоєння злочинів, а також встановити наявність між ними певних залежностей кореляційних зв'язків. Але це вже – завдання іншої наукової категорії кримінологічної характеристики злочинів певної категорії.

Ключові слова: корисливо-насильницька злочинність, агресія, кримінально-правова характеристика, запобігання.

Постановка проблеми та її актуальність. Серед негативних явищ у сфері захисту конституційних прав і свобод громадян України останнім часом привертають увагу проблеми забезпечення особистої недоторканності та створення належних, а головне, безпечних умов життєдіяльності людей. Особливе занепокоєння викликає не лише той факт, що в Україні протягом досить тривалого часу спостерігається стійка тенденція до існування доволі високого рівня агресивної корисливо-насильницької злочинності, до категорії якої належать украй небезпечні форми злочинних посягань на власність та особу власника, але й посилення жорстокості та цинізму під час скоєння інших злочинів, їх інтеграції в рамках цілісної системної злочинної діяльності. Нормою стає поєднання таких злочинів, як бандитизм, викрадення людини та вимагання в діяльності організованих злочинних угруповань.

Аналіз досліджень і **публікацій.** Проблеми запобігання корисливо-насильницьким злочинам не раз ставали предметом наукового дослідження. Загальнотеоретичну базу дослідження становлять праці вчених у галузі кримінології, а саме: Ю. Антоняна, О. Бандурки, В. Батиргарєєвої,

© М. Семенишин, 2020

В. Бесчастного, О. Бобильова, М. Валуйської, В. Голіни,Б. Головкіна, О. Джужі, А. Закалюка, А. Зелінського, Л. Левицької, О. Литвинова, В. Лунєєва, О. Ходимчук, О. Храмцова, В. Шакуна, Н. Яницької та інших. Але в цих роботах майже не надавалася кримінально-правова характеристика саме агресивної корисливо-насильницької злочинності.

Виклад основного матеріалу. Правовий зміст злочинності як соціального явища може бути охарактеризовано насамперед у кримінально-правовому аспекті, що, своєю чергою, служить базою для розробки інших характеристик, у тому числі й кримінологічної. Практичне значення цих характеристик визначається тим, що вони служать працівникам правоохоронних органів як інформаційні моделі, застосування яких забезпечує вирішення конкретних завдань розслідування, причому кримінально-правова характеристика «відіграє роль стрижня всього комплексу характеристик і надає йому системних властивостей, а її зміст зумовлює більшою чи меншою мірою зміст усіх інших характеристик» [1, с. 14].

Щодо змісту кримінально-правової характеристики, то слід зазначити, що у кримінальному праві відсутня домінуюча позиція щодо її складників. У більшості наукових робіт кримінально-правова характеристика злочину включає в себе висвітлення об'єктивних та суб'єктивних ознак складу конкретного злочину. Але останнім часом представниками «харківської юридичної школи» (В. Борисов, О. Пащенко) пропонується включити до складу цієї характеристики такі елементи, як: 1) соціальна зумовленість встановлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів; 2) суспільна небезпечність певного виду злочинів; 3) протиправність діяння та її місце в системі нормативного визначення заборони відповідного виду суспільно небезпечної поведінки; 4) склад певного виду злочинів; 5) суспільно небезпечні наслідки та інші обставини вчинення злочинів, що перебувають поза межами складу певного виду злочинів, але притаманні їх вчиненню; 6) особа злочинця. Остання позиція є обґрунтованою. Але, на нашу думку, вищеперераховані елементи в більшості підходять до кримінально-правового аналізу конкретного злочину, ніж до характеристики [2, с. 180–190].

Загалом доцільність висвітлення кримінально-правової характеристики під час дослідження методичних проблем запобігання злочинам визнає більшість учених-кримінологів, адже положення кримінального права детермінують загальну спрямованість методичних рекомендацій – служити точному з'ясуванню таких питань: 1) чи є в дії або бездіяльності конкретного суб'єкта склад злочину і який саме; 2) чи підлягає такий суб'єкт кримінальній відповідальності. Від кримінально-правової характеристики злочину значною мірою залежить не тільки характер завдань, що виникають у процесі запобігання йому, але і порядок їх вирішення.

Відповідно до закону (ст. 2 КК України) підставою кримінальної відповідальності вважається вчинення діяння, що містить усі ознаки складу злочину, передбаченого Кримінальним кодексом [3]. У правовій літературі під складом злочину розуміється сукупність встановлених у кримінальному законі юридичних ознак (об'єктивних і суб'єктивних), що визначають вчинене суспільно небезпечне діяння як злочинне [4, с. 503].

Об'єктивні ознаки характеризують об'єкт та об'єктивну сторону злочину, суб'єктивні – суб'єкт і суб'єктивну сторону. Такі ознаки разом з відповідними фактичними обставинами діяння утворюють конкретний злочин. Сукупність характеристик кожного із зазначених елементів становить зміст кримінально-правової характеристики окремого виду злочину. Значення цієї характеристики для правозастосовної практики визначається насамперед тим, що вона забезпечує розмежування подібних, близьких за складом злочинів, створюючи умови для їх правильної кримінально-правової кваліфікації.

З метою забезпечення прикладного характеру дослідження нами виділено декілька складів злочину, які планується піддати науковому аналізу. Одночасно зазначимо, що саме ці злочини нами розглядаються як сигнальні у категорії агресивних корисливо-насильницьких посягань. Ми припускаємо, що навіть на рівні кримінально-правових ознак між ними є значна доля подібності, зокрема в об'єктах злочинного посягання та в об'єктивній стороні. Тож розглянемо окремі елементи складів злочинів, передбачених статтями 257 («Бандитизм»), 146 («Незаконне позбавлення волі або викрадення людини») та 189 («Вимагання») КК України.

Об'єкт злочину має виключно вагоме практичне значення щодо аналізу такої категорії злочинів, адже саме об'єкт злочину значною мірою впливає на визначення самого поняття «агресивні корисливо-насильницькі злочини».

Проблема об'єкта злочину досліджувалась у роботах багатьох учених [5; 6],

проте останнім часом у літературі з'явилось декілька нових, цікавих у науковому плані позицій. Наприклад, колективом авторів під керівництвом Н. Кузнєцової обґрунтовується думка, що «під об'єктом злочину слід розуміти певні соціально значущі цінності, інтереси, на які посягає злочинне діяння, спричиняючи шкоду, та котрі охороняються кримінальним законом» [7, с. 202]. Г. Новосьолов дотримується іншої точки зору. Він вважає, що об'єктом будь-якого злочину в одних випадках виступають окремі фізичні особи, у других – певного роду сукупності осіб, що мають або не мають статусу юридичної особи, у третіх – соціум (суспільство) загалом» [8, с. 60].

Слід зазначити, що і теоретично, і практично правильним є загальне розуміння об'єкта злочину як суспільного відношення, що охороняється кримінальним законом. Таке розуміння об'єкта випливає із ч. 1 ст. 11 КК України, відповідно до якої злочином є передбачене кримінальним законом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину (людиною) [3]. Втім, слід зазначити, що не всі суспільні відносини можуть виступати як об'єкт. Зазначимо, що об'єктом можуть виступати лише ті відносини, «на які посягає злочин, спричиняючи певну шкоду».

Згідно зі статтею 1 КК України, кримінально-правовому захисту підлягають права і свободи людини і громадянина, власність, суспільний порядок і суспільна безпека, навколишнє середовище, конституційний лад України, мир і безпека всього людства [3]. Характер суспільних відносин, на які посягає злочин, зумовлює ступінь його суспільної небезпеки: чим ціннішим є для суспільства об'єкт злочину, тим більшою є тяжкість скоєного злочину. Отже, об'єктом будь-якого злочину є суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом.

Як один з елементів суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом, законодавець прямо називає людину [9, с. 91]. Людина – поняття багатомірне та багатоаспектне, яке відображує сукупність її біологічних, психологічних та соціальних властивостей.

Фахівці у сфері кримінального права розрізнюють загальний, родовий, безпосередній, додатковий і факультативний об'єкти злочинного посягання [10, с. 104, 118, 127–128]. Для характеристики агресивних корисливо-насильницьких злочинів вагомого значення набуває аналіз основних і додаткових об'єктів злочинного посягання.

Об'єктом бандитизму є громадська безпека (у зв'язку з чим, власне, ст. 257 КК України потрапила до Розділу IX «Злочини проти громадської безпеки»). Громадська безпека – це сукупність суспільних відносин, що забезпечують безпечне існування і свободу законної діяльності державних та громадських підприємств, установ, організацій та окремих громадян. Отже, основним об'єктом бандитизму є система суспільних відносин щодо безпечних умов життєдіяльності. Додатковими об'єктами можуть виступати окремі групи суспільних відносин або конкретні суспільні відносини (наприклад, групи відносин права власності або забезпечення особистої недоторканності) [11, с. 635].

Основним об'єктом викрадення людини виступає свобода людини, її особиста недоторканність. При цьому свобода являє собою «життя, існування без залежності, можливість поводитися на свій розсуд, невимушеність»; можливість діяти без перешкод і заборон, здійснювати вільний вибір. Недоторканність припускає «гарантію від будь-яких посягань з боку кого-небудь; недоторканний – це такий, який не можна псувати, знищувати, паплюжити через значимість, важливість, або той, що охороняється законом» [12, с. 167]. Отже, свобода людини має на увазі її особисту недоторканність, що є її складовою та невід'ємною частиною і має гарантуватися у визначених межах суспільством та державою.

Безпосередній об'єкт викрадення людини – її свобода – виступає як єдиний об'єкт дуже рідко. Проведене нами дослідження показало, що в 78% випадків до викраденого застосовувалося фізичне насильство, а у 86% – мотивом викрадення людини була користь. Отже, додатковими об'єктами цього злочину нерідко виступають честь і гідність, здоров'я і безпека людини, право власності.

Основним об'єктом вимагання є право власності, яке являє собою специфічну сполуку соціального явища та економічної категорії. Вона утворена тріадою фактичних суспільних відносин володіння, користування та розпорядження благами, які належать власнику на законних підставах. Додатковими об'єктами злочинного посягання у разі вимагання є особиста недоторканність людини, її безпека, свобода, життя, здоров'я, честь, гідність тощо [13, с. 144].

Другим елементом складу злочину є його об'єктивна сторона. Об'єктивна сторона злочину – це опис конкретних дій, що становлять зміст норми права, яка розглядає ці дії як суспільно небезпечне діяння. Змістом норми права охоплюються: злочинне діяння, злочинні наслідки і причинний зв'язок між ними [9, с. 42]. Іншими елементами об'єктивної

сторони складу злочину є спосіб злочину, обстановка, час і місце скоєння злочину.

Основним елементом об'єктивної сторони злочину є діяння, яке характеризується насамперед способом дії або бездіяльності. М. Панов, здійснивши ґрунтовне кримінально-правове дослідження способів злочинів, розглядав їх (в узагальненому вигляді) як порядок, метод, послідовність рухів та прийомів, що застосовуються особою під час вчинення навмисних або необережних злочинів, які супроводжуються вибірковим використанням засобів скоєння злочинів [14, с. 8]. Розглядаючи способи скоєння злочинів як складові частини об'єктивної сторони злочину, що наповнені вольовим змістом та характеризуються як зовнішніми (суб'єктивними), так і внутрішніми (об'єктивними) ознаками, він критично висловлювався з приводу того, що окремі дослідники ототожнюють спосіб виключно зі злочинною дією [14, с. 7–9]. Вважаємо, що спосіб агресивних корисливо-насильницьких злочинів зумовлений формами злочинного діяння, які містяться в нормі кримінального закону.

Бандитизм має місце у разі вчинення хоча б однієї з таких дій, як: організація озброєної банди; участь у такій банді; участь у нападі, вчинюваному бандою [3]. З точки зору предметної сфери дослідження особливий інтерес для нас являють бандитські напади на підприємства, установи й організації всіх форм власності або окремих осіб. Напад – це дії, спрямовані на досягнення злочинного результату за допомогою насильства над потерпілим або створення реальної загрози його застосування [15, с. 636].

Очевидно, що вища судова інстанція під нападом розуміла активні, агресивні дії банди, спрямовані на досягнення злочинного результату застосуванням насильства над потерпілим або створенням реальної загрози його негайного застосування, причому неважливо, чи використовувалась наявна у членів банди зброя, чи ні. З цим погоджуються й інші дослідники [16, с. 46–55]. Напад – це раптовий вступ злочинців у контакт із потерпілим, що може закінчитися заподіянням шкоди здоров'ю потерпілого аж до його смерті.

Викрадення людини охоплює протиправні навмисні дії, поєднані з таємним чи відкритим або шляхом введення в оману заволодінням (захопленням) живої людини, вилученням її з природного мікросоціального середовища, переміщенням з місця постійного або тимчасового проживання з наступним утриманням всупереч її волі в іншому місці [13, с. 145]. Аналіз характеру захоплення та вилучення людини з мікросоціального середовища її існування дає змогу переконливо стверджувати про певну діяльнісну ідентичність цих понять раніше розглянутому поняттю «напад», адже ці дії є активними та раптовими за змістом, здійснюються всупереч волі та бажанню потерпілого, у результаті чого людина втрачає здатність діяти за власним розсудом. Досить часто такі дії поєднуються з насильством.

Своєю чергою вимагання утворює такі дії, як пред'явлення майнових вимог та погроза застосування насильства, знищення або пошкодження майна, заподіяння іншої шкоди [11, с. 434]. З етимології розглянутих понять можна дійти важливого висновку: виконання об'єктивної сторони вимагання завжди супроводжується насильством (фізичним або психічним).

У разі фізичного насильства немає різниці, яку спричинено шкоду здоров'ю потерпілого: тілесні пошкодження, заподіяння смерті з необережності, побої або інше. Найпоширенішою формою фізичного насильства у разі вчинення вимагання виступає заподіяння тілесного ушкодження. Психічне насильство являє собою загрозу застосування фізичного насильства до самого потерпілого або його близьких та рідних, розголошення відомостей тощо. Психічне насильство повинне бути справжнім, а не уявним. Для встановлення факту застосування психічного насильства велике значення має характеристика сприйняття потерпілим самої загрози та її реальності у співвідношенні та порівняно з фізичним насильством [17, с. 35–38].

Третім елементом складу злочину є його суб'єкт. Суб'єктом викрадення людини є будь-яка осудна особа, яка досягла на момент вчинення діяння 16-літнього віку, а бандитизму та вимагання – 14-літнього. Такий вік встановлено з урахуванням суспільної небезпеки та поширеності розглянутих видів посягань серед молоді [11, с. 435].

Суб'єктивна сторона аналізованих злочинів характеризується виною у формі прямого умислу. Факультативними ознаками суб'єктивної сторони є мета та мотив злочинного діяння.

Мотив – спонукальна причина, те, що штовхає людину на виконання певних дій, те, заради чого вони відбуваються. Мета – уявне передбачення результату діяльності, що направляє і регулює людську діяльність, зміст якої залежить від об'єктивної дійсності та реальних можливостей суб'єкта.

Цілі та мотиви являють собою тісно взаємозалежні поняття, що характеризують процеси, які відбуваються у свідомості людини. Їх встановлення має велике кримінально-правове і кримінологічне значення. З позицій

кримінального права мотив іноді є кваліфікуючою ознакою, що впливає на міру відповідальності і покарання. З кримінологічної точки зору знання цілей і мотивів злочину дає змогу суттєво поповнити відомості про певну категорію злочинів.

Кримінальне законодавство передбачає склади злочинів, що мають зовнішню подібність до агресивних корисливо-насильницьких злочинів. Так, бандитизм, особливо відповідні напади, має багато спільного з розбоєм (ст. 187 КК України) та грабежем (ст. 186 КК України); викрадення людини – з незаконним позбавленням волі (ст. 146 КК України), захопленням заручників (ст. 147 КК України) та вимаганням (ст. 189 КК України), у зв'язку з чим виникає питання про розмежування зазначених складів злочинів.

Для відмежування бандитизму від розбою слід звернути увагу на такі обставини:

1) бандитизм, на відміну від групового розбою, характеризується більш високим рівнем організованості та стійкості злочинної групи. Групи, що скоюють розбійні напади, як правило, розпадаються після першого ж спільно скоєного злочину;

2) обов'язковою конструктивною ознакою банди є її озброєність, однак нині не має значення, чи застосовувалась зброя під час нападу, чи ні. У складі розбою зброя виступає як кваліфікуюча ознака;

3) зброя у разі бандитизму розуміється вузько (лише вогнепальна, холодна і гладкоствольна), а у разі розбою – широко (інші предмети);

4) мотиви та діапазон цілей у разі бандитизму є набагато ширшими. Напади у разі розбою вчиняються лише з користі з метою заволодіння чужим майном. У разі бандитизму це не має суттєвого значення, адже дії злочинців можуть бути спрямовані і на вбивства, і на заволодіння майном, і на заподіяння школи здоров'ю тощо;

5) бандитизм є закінченим складом злочину вже з моменту організації банди без урахування того, чи вчинено нею хоча б один напад. Для наявності закінченого складу розбою має бути реальний напад з метою заволодіння майном. За наведеними критеріями бандитизм можна відмежувати і від інших складів злочинів, зокрема вимагання [11, с. 436; 15, с. 637;18, с. 152–153; 19].

Що стосується відмежування викрадення людини від суміжних складів злочинів, то у правовій літературі найчастіше як на розмежувальну ознаку вказують на відсутність у разі незаконного позбавлення волі та викрадення людини мети впливу на третіх осіб для виконання ними певних вимог злочинців, що є характерним для захоплення заручників. Проте відрізняти вказані злочини можна також за іншими ознаками, а саме:

1) за характером дій злочинців: особи, які вчиняють захоплення заручників, діють відкрито, нерідко вони прагнуть викликати суспільний резонанс, демонстративно виступаючи в засобах масової інформації, привертаючи до себе увагу; водночас особи, які вчиняють викрадення людини, діють таємно, вживаючи різних заходів щодо приховування слідів злочину;

2) під час захоплення заручників вимоги злочинців звернені до третіх осіб (представників влади, організацій, установ тощо). Викрадаючи людину, злочинці висувають вимоги безпосередньо викраденому або його близьким. Зазвичай вони стосуються одержання викупу, повернення боргу, відмовлення від боргу, виконання яких-небудь зобов'язань, передачі права на майно тощо;

3) захоплення заручників характеризується невизначеністю умислу злочинців, спрямованого на захоплення будь-якої людини. У разі ж викрадення намір злочинця спрямовано на викрадення конкретної людини;

4) у разі взяття заручників захоплення має місце завжди, але, як правило, без переміщення останніх. Це зумовлено тим, що злочинці спеціально обирають певне місце скоєння злочину й утримують заручників там до задоволення своїх вимог. Як ми зазначали, обов'язковою ознакою викрадення людини є не тільки захоплення, але і переміщення людини. За цією ознакою викрадення людини слід відрізняти також від розбійного нападу, бандитизму та вимагання [19, с. 174].

Висновок

Таким чином, кримінально-правова характеристика вказаних злочинів являє собою законодавчо закріплену в нормах КК України інформацію про ознаки структурних елементів складу відповідних злочинів. Незважаючи на те, що основними об'єктами цих злочинів є різні категорії суспільних відносин, додаткові об'єкти злочинних посягань (життя, здоров'я, особиста недоторканність) здебільшого співпадають. Злочинне діяння виражене у формі активних за змістом дій: напад, як раптовий вступ злочинців у контакт із потерпілим, що може закінчитися заподіянням шкоди його здоров'ю та життю, прямо або опосередковано перевтілюється в інші форми посягання, зокрема в захоплення та вилучення жертви, викрадення людини або пред'явлення вимог у разі вимагання. Виконання об'єктивної сторони проаналізованих злочинів завжди супроводжується насильством (фізичним або психічним), що

з урахуванням встановленого нами раніше зв'язку між насильством та агресією свідчить також на користь однорідності цих злочинів (при цьому насильство є законодавчо визнаною формою інструментальної агресії).

І останнє, у виборі оптимального напряму дослідження відповідного правового феномена не можна обмежуватися елементами його складу, необхідно знати його кримінологічно значимі ознаки, що стосуються часу, місця, обстановки, способів і механізму скоєння злочинів, а також встановити наявність між ними певних залежностей – кореляційних зв'язків. Але це вже є завданням іншої наукової категорії – кримінологічної характеристики злочинів певної категорії.

Список використаних джерел:

1. Кудрявцев В.Н. Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования : учебное пособие. Москва : Издат. дом «Форум», ИНФРА, 1998. 215 с.

2. Борисов В., Пащенко О. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів. *Вісник академії правових наук України*. 2005. № 3 (42). С. 180–190.

3. Кримінальний кодекс України : Закон від 05 квіт. 2001 р. № 2341-III. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

4. Юридична енциклопедія: В 6 т. / ред. кол. Ю С. Шемшученко та ін. Київ : «Укр. енцикл.». Т. 5: П–С. 2003. 736 с.

5. Учебник уголовного права. Общая часть / С.В. Бородин, В.Н. Кудрявцев, Н.Ф. Кузнецова и др. ; под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. Москва : Изд-во Спарк, 1996. 432 с.

6. Таций В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. Харьков : Вища школа, 1988. 198 с.

7. Курс уголовного права. Общая часть. Т 1. Учение о преступлении / Г.Н. Борзенков, В.С. Комиссаров, Н.Е. Крынова и др. / под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. Москва : Изд-во ЗЕРЦАЛО, 1999. 512 с.

8. Новоселов Г.П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. Москва : Изд-во НОРМА, 2001. 122 с.

9. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / Ю.В. Александров, В.І. Антипов та ін. ; відп. ред. Я.Ю. Кондратьєв. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2002. 408 с.

10. Коржанський М.Й. Уголовне право України. Частина загальна : курс лекцій. Київ : Наукова думка, 1996. 336 с.

11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 4-е вид., переробл. та допов. Київ : Юрид. думка, 2007. 1184 с.

12. Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т. Київ : Аконіт, 2006. Т. ІІ. 926 с.

13. Кримінальне право України: Особлива частина : підручник / М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін. ; За ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 2-е вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 544 с.

14. Панов Н.И. Основные проблемы способа совершения преступления в советском уголовном праве : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Харьков, 1987. 35 с.

15. 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.

16. Чорний Р.Л. Бандитизм за кримінальним правом України : монографія. Київ : ДП «Друкарня МВС України», 2007. 224 с.

17. Иванова В.В. Преступное насилие : учебное пособие. Москва : Книжный мир, 2002. 95 с.

18. Вознюк А.А. Кримінально-правові ознаки організованих груп і злочинних організацій : монографія. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2015. 192 с.

19. Кузнецов В.В., Савченко А.В. Теорія кваліфікації злочинів: підручник. / за заг. ред. Є.М. Моісєєва, О.М. Джужи. 2-е вид., переробл. Київ : КНТ, 2007. 300 с.

In the article, based on the analysis of criminal and criminological features of banditry, kidnapping and extortion, it is found that in these crimes aggression acts as a factor of behaviour of the subject, which manifests itself at all stages of the crime. In the mechanism of criminal activity, it is a tool to achieve the selfish purpose of crime, one of the components of motivation, as well as an integral element of the system of crime. On this basis, the criminological homogeneity of aggressive acts of self-aggression and the possibility of their integration within the framework of systemic criminal activity is substantiated.

In order to ensure the applied nature of the study, we have identified several crime scenes that are planned to undergo scientific analysis. These crimes are considered as signal in the category of aggressive acts of self-aggression. Even at the level of criminal signs between them there is a considerable share of similarities, in particular in the objects of criminal assault and in the objective side, in particular the elements of the crimes, provided for in Articles 257 ("Banditry"), 146 ("Unlawful imprisonment or abduction" human) and 189 ("extortion") of the Criminal Code of Ukraine.

The criminal-law characterization of these crimes is a statutory information in the norms of the Criminal Code of Ukraine on the features of the structural elements of the composition of the respective crimes. Although the main objects of these crimes are different categories of social relations, additional objects of criminal encroachment (life, health, personal integrity) for the most part coincide. Criminal activity is

expressed in the form of active, meaningful actions: assault, as the sudden entry of criminals into contact with the victim, which may result in harm to his health and life, directly or indirectly translates into other forms of encroachment, in particular the capture and removal of the victim of kidnapping or making claims when requested. The objectivity of the crimes analyzed is always accompanied by violence (physical or mental), which given the previously established link between violence and aggression, also testifies to the homogeneity of these crimes (violence being a legally recognized form of instrumental aggression).

When choosing the right direction to study the relevant legal phenomenon can not be limited to the elements of its composition, it is necessary to know its criminologically significant features related to the time, place, situation, methods and mechanism of crime, as well as to establish the existence of some correlations between them. But this is already the task of another scientific category of criminological characteristics of crimes of a certain category.

Key words: selfish-violent crime, aggression, criminal law characteristics, prevention.

УДК 343.241
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.48

Анастасія Хильченко (Макаренко),
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ НА ПІДСТАВІ УГОД

У цій статті висвітлюються питання призначення покарання у разі укладення та затвердження угод про примирення або про визнання вини. Виділяється проблема дискреційності кримінального закону, що полягає у тому, наскільки широким має бути суддівський розсуд у вирішенні питань кримінально-правового характеру. Надається визначення суддівського розсуду, зазначаються підстави його існування. Пропонується підставами суддівського розсуду під час призначення покарання вважати кримінально-правові санкції, передбачені чинним Кримінальним кодексом України, уповноважуючі норми, юридичні факти, що об'єктивуються в юридичних термінах і поняттях, та правила індивідуалізації покарання. Це має велике значення для удосконалення вітчизняної законодавчої техніки та редагування правил призначення покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини. Встановлено, що приватний інтерес, будучи домінантою у концепції угод про примирення, врешті не елімінував дискреційність повноважень суддів у виборі міри кримінально-правового впливу. Правило про обов'язковість призначення покарання, вказаного в угоді про примирення, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у встановлених випадках. Автором розглядаються проблеми укладення угод про примирення або про визнання вини щодо злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, у разі призначення покарання за сукупністю злочинів та сукупністю вироків, а також про можливість укладення та затвердження таких угод щодо двооб'єктних (багатооб'єктних) злочинів. Аналізується чинне кримінальне законодавство, а також практика його застосування. Зроблені відповідні зауваження та висновки щодо необхідності оптимізації вітчизняного механізму кримінально-правового регулювання з урахуванням тенденцій у практиці застосування кримінального закону. Особлива увага приділена проблемі конкретизації правил призначення покарання, а також необхідності розробки правил призначення інших заходів кримінально-правового характеру. Встановлено, що керуюча роль практики вищих судових інстанцій демонструє та надає базис для переосмислення, конкретизації та інколи оновлення правил призначення покарання в окремих (спеціальних) випадках.

Ключові слова: суддівський розсуд, сукупність злочинів, сукупність вироків, домашнє насильство, двооб'єктні злочини.

Постановка проблеми. Законом України від 13.04.2012 № 4652-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» [9] стаття 65 Кримінального кодексу України (далі – КК України) доповнена частиною п'ятою такого змісту: «У випадку затвердження вироком угоди про примирення або про визнання вини суд призначає покарання, узгоджене сторонами угоди». Стаття 75 КК України після частини першої доповнена новою частиною такого змісту: «2. Суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у вигляді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням». У зв'язку із введенням таких норм виникло багато питань прикладного характеру, вирішення яких не має єдності поглядів у доктрині так само, як і викликає труднощі у практиці застосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науковий інтерес до вивчення кримінально-правових аспектів інституту угод у разі призначення покарання має місце, звичайно, у тих учених, які займаються аналізом проблем покарання та його призначення, а також принципом диспозитивності кримінально-правового регулювання. Особливо відзначимо таких науковців, як П.П. Андрушко, М.М. Васюк, М.І. Витязь, Р.Ш. Бабанли, О.В. Євдокимова, А.А. Музика, В.В. Навроцька, О.М. Поліщук (Шостак),

© А. Хильченко (Макаренко), 2020

Є.Л. Стрельцов, В.І. Тютюгін, В.О. Туляков, С.О. Ященко. Однак динамічність суспільних відносин, внесення змін до законодавства, переорієнтація вітчизняної кримінальної юстиції на судову практику як джерело права, проблеми, що виникають у казуальній практиці застосування кримінального закону, вимагають переосмислення та своєчасного дослідження та аналізу інституту призначення покарання крізь призму угод.

Мета статті. Звичайно, проблемні аспекти інституту угод неможливо розкрити в одній публікації, тому дискусійні моменти відповідного інституту ми розкривали свого часу у попередніх публікаціях. Метою цієї статті є виділення проблем, що виникають під час укладення та затвердження угод про примирення або визнання вини щодо злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, під час призначення покарання за сукупністю злочинів та сукупністю вироків, а також про можливість укладення таких угод щодо двооб'єктних злочинів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Правовою базою у вивченні цього питання, крім КК України та Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), виступають: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» № 4652-VI від 13.04.2012 [9]; Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» № 2229-VIII від 07.12.2017 р. [10]; Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № № 2227-VIII від 06.12.2017 р. [11]; Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» [12]; інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» [13]; лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04.2013 р. № 223-558/0/4-13 «Про доповнення до інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» [14]; Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12.2015 № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» [15]; правові позиції Верховного Суду України.

Відповідно до ч. 5 ст. 65 КК України за наявності угоди про примирення або про визнання вини суд призначає узгоджену сторонами міру покарання. У такому разі ми зіштовхуємося з так званим «делегованим правосуддям», коли традиційно публічну функцію з вирішення суспільних конфліктів у формі відправлення правосуддя, що пов'язана з існуванням судового складника державної влади, передано на розсуд особам, які професійно не наділені такими повноваженнями. Як зазначає Р.Ш. Бабанли, у системі координат, у межах яких у вітчизняному правосудді призначається покарання, з'явилась фактично незалежна від суду координата, яка виключає участь суду в обранні виду та розміру покарання, і уповноважує його лише відобразити в обвинувальному вироку той вид та розмір покарання, який погодили сторони угоди [1, с. 328].

На нашу думку, інститут призначення покарання за наявності угод про примирення або про визнання вини не є формалізованим. За задумом законодавця право сторін на узгодження міри покарання має обмежувати дискреційні повноваження суддів, однак не ставить сам пеналізаційний процес у певні рамки. Склалася ситуація, коли правозастосовний розсуд змінив свого суб'єкта. А саме обмеження суддівського «розсудового» елементу не являє собою формалізованої системи врахування обставин у кримінальному провадженні [6]. Справді, у процесі реформування кримінального законодавства України часто ставиться питання, наскільки широкою має бути суддівська дискреція та які наслідки це має для ефективності застосування заходів кримінально-правового характеру. Тому, очевидно, завжди для вивчення того чи іншого питання, що стосується застосування покарання, доцільним постає встановлення оптимуму співвідношення формальних та дискреційних засад. Так, нами було запропоновано розуміти суддівський розсуд у кримінальному праві як правозастосовчу інтелектуально-вольову діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного з варіантів рішення у кримінальному провадженні [5, с. 18]. Крім цього, було виділено його підстави як нормативну основу здійснення. Так, підставами суддівського розсуду під час призначення покарання є кримінально-правові санкції, передбачені чинним КК,

уповноважуючі норми, юридичні факти, що об'єктивуються в юридичних термінах і поняттях, та правила індивідуалізації покарання [5, с. 74].

У постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду зазначено, що поняття судової дискреції (судового розсуду) у кримінальному судочинстві охоплює повноваження суду (права та обов'язки), надані йому державою, обирати між альтернативами, кожна з яких є законною, інтелектуально-вольовою владною діяльністю суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості й достатності обраного покарання тощо. Підставами для судового розсуду під час призначення покарання виступають: кримінально-правові, відносно визначені (якими встановлюються межі покарання) та альтернативні (якими передбачено декілька видів покарань) санкції; принципи права; уповноважуючі норми, в яких використовуються щодо повноважень суду формулювання «може», «вправі»; юридичні терміни та поняття, які є багатозначними або не мають нормативного закріплення, зокрема «особа винного», «щире каяття» тощо; оціночні поняття, зміст яких визначається не законом або нормативним актом, а правосвідомістю суб'єкта правозастосування, наприклад, у разі врахування пом'якшуючих та обтяжуючих покарання обставин (статті 66, 67 КК), визначення «інших обставин справи», можливості виправлення засудженого без відбування покарання, що має значення для застосування ст. 75 КК тощо; індивідуалізація покарання – конкретизація виду і розміру міри державного примусу, який суд призначає особі, що вчинила злочин, залежно від особливостей цього злочину і його суб'єкта (постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 22 березня 2018 року у справі № 207/5011 /14-к, провадження № 51-1985 км 18) [8]. У разі дослідження угод про примирення або визнання вини підставою для наявності розсуду певного суб'єкта та обмеження судового як раз і виступають уповноважуючі/зобов'язуючі норми права. Як нами вже було відзначено, що правило про обов'язковість призначення покарання, вказаного в угоді, спростовується повноваженням суддів здійснювати правовий аналіз консенсуального рішення і можливістю не затверджувати угоду у встановлених випадках.

Одна з проблем, що виникають під час затвердження угод, полягає у тому, чи мають право сторони узгоджувати остаточну міру покарання за сукупністю злочинів (ст. 70 КК України) та сукупністю вироків (ст. 71 КК України)? Так, аналіз норм гл. 35 КПК України свідчить, що угода про примирення або визнання вини може бути укладена під час вчинення підозрюваним/обвинуваченим не тільки одного, але і декількох злочинів, зазначених у ч. 3 і ч. 4 ст. 469 КПК України. Відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 475 КПК України у резолютивній частині вироку на підставі угоди має міститися рішення про затвердження угоди із зазначенням її реквізитів, рішення про винуватість особи із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, рішення про призначення узгодженої сторонами міри покарання за кожним з обвинувачень та остаточна міра покарання, а також інші відомості, передбачені статтею 374 КПК України.

П. 20 Постанови Пленуму ВССУ № 13 від 11.12.2015 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод» встановлює, якщо ж суд переконається в тому, що угоду може бути затверджено, то відповідно до ст. 475 КПК він ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання. У разі коли кримінальне провадження у зв'язку з укладенням угоди попередньо було виділено в окреме провадження, потім вироком суду затверджено угоду та призначено узгоджене між сторонами покарання чи звільнення від його відбування з випробуванням, при цьому щодо інших кримінальних правопорушень провадження здійснювалось у загальному порядку, то під час визначення остаточного покарання суд має керуватися ч. 4 ст. 70 та ст. 72 КК [15]. Якщо ж підозрюваний чи обвинувачений у період відбування покарання за вчинене кримінальне правопорушення вчинив інше кримінальне правопорушення, у провадженні щодо якого надалі було укладено угоду, суд, переконавшись, що угода може бути затверджена, ухвалює вирок, яким затверджує угоду, призначає узгоджену сторонами міру покарання, а остаточне покарання визначає, керуючись правилами статей 71, 72 КК [15].

Відповідно до п. 23 Постанови ПВСУ від 24.10.2003 р. № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання» у разі визнання особи винною у вчиненні кількох злочинів рішення про її звільнення від відбування покарання з випробуванням приймається тільки після визначення на підставі частини 1 статті 70 КК остаточного покарання, виходячи з його виду й розміру [12]. Здійснюючи системне тлумачення таких приписів, можна відзначити, що під

час затвердження угод призначення остаточного покарання із застосуванням ч. 4 ст. 70, ст. ст. 71 та 72 КК України є прерогативою суду.

Виходячи з природи інституту сукупності злочинів та сукупності вироків, системного тлумачення законодавства, а також практики його застосування, зокрема, «позитивної» та такої, коли суди повинні були призначати покарання у порядку ст. ст. 71, 72 КК України [2; 3; 4 та ін.], однак не призначали, позаяк вважали, що це є предметом угоди, можемо зробити такі зауваження: 1) призначення остаточного покарання із застосуванням ст. 70 КК України може бути узгоджено в угоді, окрім ситуації, встановленої ч. 4 ст. 70 КК України; 2) призначення остаточного покарання із застосуванням ст. ст. 71 та 72 КК України є компетенцією суду та не може бути врегульовано в угоді. Ст. 71 КК України містить імперативну норму про призначення покарання за сукупністю вироків виключно судом.

Вважаємо, що конкретизація правил призначення покарання у разі сукупності злочинів та сукупності вироків за наявності угод про примирення або про визнання вини повинна бути чітко врегульована кримінальним законом.

Наступне. Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 469 КПК України «угода про примирення у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, може бути укладена лише за ініціативою потерпілого, його представника або законного представника». Згідно зі статею 91^{-1} КК України «Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство» в інтересах потерпілого від злочину, пов'язаного з домашнім насильством, одночасно з призначенням покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільненням з підстав, передбачених цим Кодексом, від кримінальної відповідальності чи покарання, суд може застосувати до особи, яка вчинила домашнє насильство, один або декілька обмежувальних заходів, відповідно до якого (яких) на засудженого можуть бути покладені такі обов'язки. Можемо відзначити такі зауваження та дискусійні питання: 1) обмежувальні заходи, передбачені КК України до осіб, які вчинили домашнє насильство, не є альтернативою покарання; 2) це є дискрецією суду призначити обмежувальні заходи у разі скоєння злочину, пов'язаного з домашнім насильством. Питання: чи можуть такі заходи бути предметом угоди? Системний аналіз КК України та практики його застосування (що є предметом окремого дослідження) у тому числі крізь призму «інших заходів» свідчить, що предметом угод виступає лише покарання або звільнення від його відбування із застосуванням ст. 75 КК. Інші заходи призначаються виключно судом; 3) правила (засади) призначення інших заходів, у тому числі й обмежувальних (Р. XIII-1 КК України), не встановлені КК України. Як відомо, ст. 65 КК України регламентує лише правила визначення покарання, у тому числі й у разі затвердження угод (ч. 5 ст. 65). Ст. 75 КК України подібним чином встановлює правила звільнення від відбування покарання, а не інших заходів. Як висновок, питання призначення інших заходів кримінально-правового характеру, у тому числі під час укладення та затвердження угод, повинні бути належним чином урегульовані КК України.

Ще однією проблемою, яку ми хочемо розглянути у цій статті, є питання можливості укладення угод про примирення щодо двооб'єктних злочинів.

Лист ВССУ від 05.04.2013 р. № 223-558/0/4-13 «Про доповнення до інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» встановлює, що, вирішуючи питання про те, чи підлягає затвердженню судом угода про примирення, якщо одним і тим самим злочином завдано одночасно шкоди потерпілому і державним чи суспільним інтересам, слід враховувати не лише положення ч. 3 ст. 469 КПК, а й специфіку об'єкта посягання та характер охоронюваних кримінальним законом благ [14].

Зокрема, дотримуючись вимог, встановлених ч. 3 ст. 469 КПК, щодо укладення угод про примирення, укладаючи угоду про примирення, слід враховувати, що така угода може бути укладена тільки у випадках, коли кримінальне правопорушення завдає шкоди приватним інтересам (інтересам фізичної особи) та/або майновим інтересам юридичної особи, тобто лише щодо діянь, які посягають на приватні інтереси та не зачіпають значною мірою публічних інтересів. У злочинах, де основним безпосереднім об'єктом виступають публічні інтереси (зокрема, немайнові), а спричинена конкретним фізичним чи юридичним особам шкода є лише проявом посягання на основний об'єкт, укладення угоди про примирення не допускається. Однак судова практика встановила таке правоположення. Так, колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду зробила висновок, визначаючи, чи можна укладати угоди про примирення між потерпілим та обвинуваче-

ним щодо двооб'єктних (багатооб'єктних) злочинів, суд має не тільки керуватися вимогами статей 468, 469, 474 Кримінального процесуального кодексу України, а й установити, чи не суперечить зміст такої угоди інтересам суспільства та чи забезпечений баланс інтересів сторін угоди про примирення. Вироком суду першої інстанції, який апеляційний суд залишив без змін, була затверджена угода про примирення, укладена між потерпілим і на той час підозрюваним. Чоловік був визнаний винним у скоєнні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 345 Кримінального кодексу України (погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу). ВС погодився з висновками судів першої та апеляційної інстанцій про те, що зміст укладеної угоди про примирення жодним чином не суперечить інтересам суспільства; в ній повною мірою забезпечено баланс інтересів сторін угоди про примирення для цілей норм ч. 3 ст. 469, п. 7 ст. 474 КПК України. ВС не встановив обґрунтованих підстав обмежувати дію принципу диспозитивності в цій конкретній категорії проваджень [7]. Виходячи з цього, під час укладення угод про примирення щодо двооб'єктних злочинів, враховуючи правові позиції Верховного Суду, можна виділити такі критерії їх укладення та затвердження: 1) закон; 2) інтереси суспільства; 3) забезпечення балансу інтересів сторін про примирення. Така позиція Верховного Суду ще раз підкреслює зростання диспозитивних засад у разі застосування заходів кримінально-правового характеру та переорієнтацію кримінальної юстиції на забезпечення врахування інтересів усіх учасників кримінального провадження. Сформування Верховним Судом таких критеріїв є важливим для конкретизації правил, що застосовуються у пеналізаційному процесі.

Висновки

Резюмуючи, важливо відзначити, що необхідним є подальше вивчення та удосконалення кримінально-правового механізму реагування на вчинені правопорушення шляхом балансу співвідношення формальних та дискреційних засад під час введення нового інституту та його застосування на практиці. Крім цього, будь-яка нова норма та її апробація вимагає забезпечення системності всіх без винятків раніше встановлених концептів. Керуюча роль практики вищих судових інстанцій демонструє та надає базис для переосмислення, конкретизації та інколи оновлення правил призначення покарання у спеціальних випадках, регламентації правил призначення інших заходів кримінально-правового характеру, а також для детальної розробки критеріїв визначення міри кримінально-правового впливу в окремих (спеціальних) випадках.

Список використаних джерел:

1. Бабанли Р.Ш. Призначення покарання в Україні: теоретико-прикладні засади. Чернігів : Десна Поліграф, 2019. 488 с.

2. Єдиний реєстр судових рішень. Справа № 336/482/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80878723.

3. Єдиний реєстр судових рішень. Справа № 127/13204/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87274663.

4. Єдиний реєстр судових рішень. Справа № 485/1606/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84796493.

5. Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні : монографія. Одеса : Юридична література, 2013. 272 с.

6. Макаренко (Хильченко) А.С. Проблема дискреційності кримінального закону крізь призму угод про примирення. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. № 3 (18). 2014. С. 106–115.

7. Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 22 березня 2018 року у справі № 207/5011 /14-к, провадження № 51-1985 км 18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73001386.

8. Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 6 грудня 2018 року у справі № 756/11661/17, провадження № 51-4582 км 18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/78496216.

9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4652-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/4652-17/paran29.

10. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19.

11. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон України від 06.12.2017 р. № 2227-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19.

12. Про практику призначення судами кримінального покарання : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003 р. № 7. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0022700-95.

13. Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1679740-12.

14. Про доповнення до інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 15.11.2012 № 223-1679/0/4-12 «Про деякі питання здійснення кримінального провадження на підставі угод» : лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04.2013 № 223-558/0/4-13. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0223740-13.

15. Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12.2015 № 13. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15.

In this article the author highlights the issue of sentencing when concluding and approving reconciliation agreements and plea agreements. The problem of the discretion of the criminal law is distinguished as one of the most important ones. This is reflected through the question of what should be the judicial discretion in criminal matters. The author gives the original definition of the judicial discretion at sentencing process and indicates the regulatory reasons for its existence are. It is suggested that the grounds of the judicial discretion in case of imposing punishments should be considered as criminal sanctions provided by the Criminal Code, authorizing rules, legal facts, which are objectified in legal terms and concepts, and rules of the individualization of punishments. This is very important for improving domestic legislative technology and for editing sentencing rules when conciliation or plea agreements are in place. Private interest, being dominant in the concept of conciliation agreements, was found not to have eliminated the discretionary powers of the judges at sentencing process. The rule on mandatory sentencing specified in the conciliation agreement is denied by the power of judges to carry out a legal analysis of the consensual decision and the possibility not to approve the agreement in established cases. The author's attention is concentrated on the problems of concluding the reconciliation agreements or plea agreements to crimes related to domestic violence, punishment for the set of crimes and the set of sentences, as well as the possibility of concluding and approving such agreements for two-object (multi-objective) crimes. In this paper the scientist analyses the current criminal law, as well as the practice of its application. Appropriate remarks and conclusions have been made regarding to the issue of the optimization of the domestic mechanism of criminal law regulation. This item should be provided by taking into account the tendencies in the practice of application of the criminal law. Particular attention is directed to the problem of specifying the rules of sentencing, as well as the need to develop rules for the appointment of the different criminal measures.

Key words: judicial judgment, set of crimes, set of sentences, domestic violence, two-object crimes.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.49

Ігор Чугуніков,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗҐВАЛТУВАННЯ І СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ТА ПРИМУШУВАННЯ ДО ВСТУПУ В СТАТЕВИЙ ЗВ'ЯЗОК: ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ

У статті проаналізовано норми вітчизняного кримінального законодавства, зокрема в історичній площині, щодо відповідальності за примушування до вступу у статевий зв'язок. Виявлено особливості понять «примушування» та «спонукання». Зроблено висновок, що примушування не є характерним для діяння, передбаченого ст. 154 КК України, тому використання цього терміна в найменуванні та диспозиціях зазначеної статті є необґрунтованим. Доведено, що впроваджені вітчизняним законодавцем зміни, які стали наслідком реалізації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству, а також боротьбу з цими явищами, з одного боку, не вирішують деякі проблеми регламентації кримінальної відповідальності з примушування до вступу у статевий зв'язок, які існували раніше, а з іншого боку, суттєво ускладнюють питання розмежування цього діяння зі зґвалтуванням та сексуальним насильством, що може негативно вплинути на правозастосовну практику та унеможливити її уніфікацію.

Зазначено, що сексуальні домагання (непристойні зауваження, доторкання, поплескування, пропозиції чи настирливі пропозиції здійснити акт сексуального характеру, створення несприятливих для особи умов на сексуальному підґрунті), як і раніше, способами спонукання особи до здійснення акту сексуального характеру визнаватися не можуть. Підкреслено, що вказівка на відсутність добровільної згоди особи на здійснення акту сексуального характеру в межах ст. 153, ст. 154 КК України є зайвою, оскільки як примушування, так і спонукання за добровільною згодою неможливі за визначенням. Запропоновано нову редакцію ст. 154 КК України, відповідно до якої використання матеріальної чи службової залежності, погрози знищення, пошкодження або вилучення майна та погрози розголошення певних відомостей розглядаються як альтернативні способи вчинення спонукання до вступу у статевий зв'язок, а спонукання до вступу у статевий зв'язок з третьою особою виокремлюється у самостійну частину цієї статті.

Ключові слова: примушування, спонукання, акт сексуального характеру, насильство, погрози, матеріальна або службова залежність, потерпіла особа, третя особа.

Постановка проблеми. Реалізація положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами привела до появи у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) низки нових положень щодо розуміння сутності таких злочинів, як зґвалтування, задоволення статевої пристрасті неприродним способом та примушування до вступу у статевий зв'язок. Однак запропоновані національним законодавцем зміни, з одного боку, не вирішили деякі проблеми регламентації кримінальної відповідальності за примушування до вступу у статевий зв'язок, які існували раніше, а з іншого боку, суттєво ускладнили питання розмежування цього злочину зі зґвалтуванням та сексуальним насильством. Така ситуація актуалізує пошук більш оптимальних шляхів удосконалення кримінально-правових приписів, передбачених ст. 154 КК України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, зокрема праць О.О. Дудорова, О.В. Харитонової, свідчить про те, що впроваджені нововведення у вітчизняній теорії кримінального права сприймаються вкрай неоднозначно, що може негативно вплинути на правозастосовну практику, унеможливлюючи її уніфікацію.

Метою статті є доведення тези про необхідність іншого підходу до розуміння сутності такого діяння, як примушування до вступу у статевий зв'язок, який дасть змогу чітко розмежувати його із суміжними складами злочинів. Для цього слід проаналізувати норми, передбачені ст. 154 КК України, в історичній площині, виявити особливості понять «примушування» і «спонукання», сформулювати певні висновки щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства України стосовно відповідальності за примушування до вступу у статевий зв'язок.

© І. Чугуніков, 2020

Виклад основного матеріалу. У вітчизняній кримінально-правовій доктрині дорадянської доби панувала точку зору, що зґвалтування можуть утворити лише такі статеві зносини, що супроводжуються впливом на потерпілу особу, який ставить її у безвихідне становище та позбавляє можливості вибрати без втрат для власного життя й здоров'я інший, ніж підкоритися домаганням насильника, варіант поведінки. Відсутність способів, які здатні повністю паралізувати волю потерпілої особи, виключає можливість кваліфікації вчиненого як зґвалтування. Так, наприклад, О.В. Лохвицький зазначав, що, на відмінну від загрози життю, інші види загроз, коли жінці погрожували образами, неприємностями, не можуть замінити насильства, бо та, що поступилася таким загрозам, показує, що не дуже дорожила своєю цнотливістю [1, с. 413].

Зберігаючи спадковість у цьому питанні, КК УРСР 1922 р. визначав зґвалтування як статеві зносини, що вчиняються із застосуванням фізичного чи психічного насильства або шляхом використання безпорадного стану потерпілої особи (ч. 1 ст. 169) [2]. Застосування фізичного чи психічного насильства (впливу) об'єднувалося терміном «примушування». Так, відповідно до ч. 1 ст. 170, караним визнавалося примушування з корисливих чи інших особистих намірів до заняття проституцією, вчинене шляхом фізичного чи психічного впливу. Отже, саме примушування визнавалося невід'ємною ознакою зґвалтування.

Аналогічним чином визначався цей статевий злочин у КК УРСР 1927 р. (ч. 1 ст. 164). Проте, на відміну від попереднього КК, тут встановлювалася відповідальність за зґвалтування, вчинене декількома особами (ч. 2 ст. 164), а також відповідальність за спонукання жінки до вступу у статевий зв'язок з особою, від якої жінка була матеріально або службово залежна (ст. 165). Звертає на себе увагу той факт, що у ст. 165 законодавець вжив термін «спонукання», що було абсолютно обґрунтовано, оскільки вплив з використанням матеріальної або службової залежності примушування не утворює. У 1934 р. КК УРСР 1927 р. був доповнений ще однією новою нормою, де йшлося про караність добровільного та насильницького мужолозтва. Останнє також могло вчинятися або шляхом примушування, або шляхом використання безпорадного стану потерпілого.

Підхід, який був притаманний КК УРСР 1927 р., сповідував КК УРСР 1960 р. (ст. 117, ст. 119, ст. 122) [4]. Однак цей законодавчий акт виокремлював норму щодо відповідальності за задоволення статевої пристрасті неприродним способом, яке вчинялося із застосуванням фізичного насильства, погрози або з використанням безпорадного стану потерпілої (ст. 118). У 1992 р. декриміналізується добровільне мужолозтво і примушування разом із використанням безпорадного стану потерпілої (с. 117, ст. 118) чи потерпілого (ст. 122), стає виключним способом не тільки зґвалтування чи задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але й мужолозтво. Способом примушування жінки до статевого зв'язку (хоча в російськомовному варіанті тексту КК УРСР 1960 р. вживався термін «спонукання»), як і раніше, виступало використання матеріальної або службової залежності.

Водночас слід звернути увагу на те, що у ст. 119 КК УРСР 1960 р., на відміну від ст. 165 попереднього КК, замість словосполучення «з особою», яке підкреслювало той факт, що у статевий зв'язок вступає виключно суб'єкт спонукання, було використано слово «особою». Така редакція дала змогу розширити сферу застосування ст. 119 та охопити нею ситуації, коли спонукання потерпілої вчиняється задля її вступу у статевий зв'язок з третьою особою (родичом, знайомим, кредитором тощо винного).

Деякі особливості мали конструкції, передбачені ч. 1 ст. 117, ч. 1 ст. 118 та ст. 122 КК. Замість словосполучення «із застосуванням фізичного чи психічного насильства або шляхом використання безпорадного стану потерпілої особи» КК УРСР 1960 р. вживав словосполучення «із застосуванням фізичного насильства, погрози або з використанням безпорадного стану потерпілої (потерпілого)». Очевидно, що термін «погрози» мав більш широкий зміст і не обмежувався лише психічним насильством. Хоча Пленум Верховного Суду СРСР у своїй Постанові «Про судову практику у справах про зґвалтування» від 25 березня 1964 р. наполягав на тому, що під загрозою, яка застосовується як засіб подолання спротиву потерпілої задля її зґвалтування, слід розуміти залякування потерпілої такими діями або висловлюваннями, які виражають намір негайно застосувати фізичне насильство до самої потерпілої або до її близьких родичів (п. 5), вища судова інстанція України згодом почала тлумачити поняття «погрози» більш широко.

Так, відповідно до п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про зґвалтування та інші статеві злочини» від 27 березня 1992 р., під загрозою, що застосовується як засіб подолання опору потерпілої, слід було розуміти її залякування висловлюваннями, жестами чи

іншими діями про застосування фізичного насильства до самої потерпілої чи до її родичів, а також про знищення або пошкодження майна потерпілої чи її родичів, погрозу розголошення відомостей, що ганьблять честь і гідність потерпілої.

Цілком зрозуміло, що, намагаючись подолати чи попередити опір потерпілої, винний може вдаватися не тільки до погрози застосування фізичного насильства, але й до інших погроз. Однак вони можливість вибору певного варіанта поведінки для потерпілої залишають, тому такі дії не є примушуванням, отже, не утворюють зґвалтування. Не випадково у всіх тлумачних словниках «зґвалтувати» означає «примушувати до чогось силою, присилувати», а стосовно жінки – «збезчестити силою».

З огляду на це первісна редакція ст. ст. 152 та 153 чинного КК України зґвалтування та насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом знову зв'язали виключно з такими способами їх вчинення, як застосування фізичного насильства, погрози його застосування або використання безпорадного стану потерпілої особи. Пленум Верховного Суду України у п. 4 своєї Постанови «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості» від 30 травня 2008 р. підкреслює той факт, що інші види погроз, зміст яких не передбачав застосування фізичного насильства до потерпілої особи чи іншої людини (наприклад, погроза знищити або пошкодити майно потерпілої особи чи її родичів, розголосити відомості, що ганьблять їх честь і гідність), не дають підстав розглядати вчинені з використанням таких погроз статеві зносини чи дії сексуального характеру як зґвалтування або насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом.

Погроза знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої (потерпілого) чи її (його) близьких родичів або розголошення відомостей, що ганьблять її (його) чи близьких родичів, почала виконувати функцію кваліфікуючої обставини примушування до вступу у статевий зв'язок природним або неприродним способом (ч. 2 ст. 154), основний склад якого пов'язувався з наявністю такого способу, як використання матеріальної або службової залежності (ч. 1 ст. 154). У межах основного складу примушування до вступу у статевий зв'язок природним або неприродним способом законодавець, як і раніше, використовував слово «особою», тому в науково-практичних коментарях традиційно підкреслювалося, що примушування може бути спрямоване на те, щоби схилити іншу особу до статевого зв'язку як із тим, хто примушує, так і з іншою особою, на користь якої діє винна особа [5, с. 360; 6, с. 134].

Та обставина, що законодавець більше не розглядав інші, крім погрози застосування фізичного насильства, види погроз як способи зґвалтування чи насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, цілком заслуговує на підтримку.

Водночас слід зазначити, що запропонована законодавцем у ст. 154 КК конструкція була невдалою. Правозастосовній практиці були відомі випадки, коли для попередження опору потерпілої особи винний використовував погрозу знищити її майно (пошкодити або знищити авто, магазин, будинок) або розголосити відомості, що її ганьблять (наявність певних захворювань, протиправних чи аморальних вчинків тощо). Застосування у таких випадках ч. 2 ст. 154 найчастіше унеможливлювалося, оскільки між винною та потерпілою особами була відсутня матеріальна або службова залежність, наявність якої є обов'язковою ознакою основного складу цього злочину (ч. 1 ст. 154) і без якого кваліфікуючі ознаки «не працюють». Пленум Верховного Суду України у п. 5 своєї Постанови «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» від 30 травня 2008 р. цілком слушно зазначає, що суб'єктом злочинів, передбачених ч. 1 та ч. 2 ст. 154 КК, є особа, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна. Ця прогалина могла бути подолана шляхом корегування ознак основного складу примушування до вступу у статевий зв'язок, відповідно до якого використання матеріальної або службової залежності, погроза знищення чи пошкодження майна або розголошення відомостей, що ганьблять потерпілу (потерпілого), розглядалися б як альтернативні способи вчинення цього злочину. Остаточному вирішенню питання щодо критеріїв розмежування ст. 154, ст. 152 та ст. 153 КК сприяло б також вживання у найменуванні ст. 154 терміна «спонукання».

Слід зазначити, що ст. 40 чинного КК України (фізичний або психічний примус) охоплює не тільки погрозу застосування фізичного насильства, але й інші види погроз, зокрема погрози знищити або пошкодити майно чи розголосити компрометуючі відомості. До того ж у перекладі з української російською «примус» означає як «принуждение», так і «понуждение». Саме ці обставини дають змогу розглядати поняття «примушування» та «спонукання» як синоніми. Однак у прикладному аспекті ці поняття все ж таки мають різний зміст. Використання у найменуванні ст. 154 КК терміна «спонукання»

буде означати, що вчинення цього злочину шляхом застосування фізичного насильства чи погрози його застосування виключається, тобто дасть змогу більш чітко розмежувати це діяння з діяннями, передбаченими ст. ст. 152 та 153 КК України.

Саме цим шляхом йдуть сучасні КК деяких колишніх радянських республік. Так, наприклад, ст. 163 КК Киргизької Республіки 2016 р. встановлює відповідальність за спонукання особи до статевих зносин, мужолозтва, лесбійства або вчинення інших дій сексуального характеру шляхом шантажу (це поняття, згідно з п. 22 примітки 1 до КК Киргизької Республіки, охоплює не тільки погрозу розголосити компрометуючі відомості чи інші відомості, які потерпілий чи його близькі бажають зберегти у таємниці, але й погрозу знищити чи пошкодити майно потерпілого чи його близьких або майно, яке перебуває в його віданні чи під охороною) або використання матеріальної чи іншої залежності потерпілого (потерпілої) [7].

Однак, як відомо, вітчизняний законодавець легких шляхів не шукає. Модернізуючи ст. 154 КК Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 р. [8], він передбачив тут дві норми. Одна дісталася у спадок від попередньої редакції та встановлює відповідальність за примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа матеріально або службово залежна (ч. 2 ст. 154). При цьому розробники цієї норми знову повернулися до позиції КК УРСР 1927 р., використавши замість слова «особою» словосполучення «з особою», яке фактично означає, що особу примушують до статевого зв'язку лише з тим, хто примушує. Кваліфікуючою ознакою цього діяння, як і раніше, визнається поєднання його з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи її близьких родичів (ч. 3 ст. 154).

Друга норма є новою й передбачає відповідальність за примушування особи до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою (ч. 1 ст. 154). Кваліфікуючою ознакою такого примушування також визнається поєднання його з погрозою знищення, пошкодження або вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів або з погрозою розголошення відомостей, що ганьблять її чи її близьких родичів (ч. 3 ст. 154).

У цьому аспекті виникає цілком логічне запитання про те, у чому саме полягає примушування, якщо використання матеріальної або службової залежності характеризує діяння, передбачене ч. 2 ст. 154, а погрози знищення чи пошкодження майна та розголошення відомостей, що ганьблять потерпілого, розглядаються як кваліфікуючі обставини примушування (ч. 3 ст. 154).

Термін «примушування» свого часу піддавався тлумаченню Пленумом Верховного Суду України у межах первісної редакції ст. 303 КК. У п. 17 своєї Постанови «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» від 27 лютого 2004 р. він зазначив, що примушування чи втягнення неповнолітнього у заняття проституцією здійснюється шляхом застосування насильства чи погрози його застосування, знищення чи пошкодження майна, шантажу або обману.

Оскільки обман не може бути способом примушування за визначенням, а погроза знищення чи пошкодження майна та шантаж утворюють кваліфікований склад, передбачений ч. 3 ст. 154 КК, на частку основного складу (ч. 1 ст. 154) припадає лише примушування, яке полягає у застосуванні фізичного насильства або погрозі його застосування. Однак, по-перше, такий підхід є досить суперечливим, оскільки виходить, що примушування до здійснення акту сексуального характеру із застосуванням фізичного насильства чи погрози його застосування карається лише штрафом до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, а якщо до нього приєднується, скажімо, шантаж, то це дає змогу суду призначити покарання у вигляді обмеження волі на строк до трьох років або позбавлення волі на той самий строк, хоча загальновідомо, що саме фізичне насильство чи погроза ним є найбільш небезпечним способом вчинення злочину; по-друге, порозуміння примушування до вступу у статевий зв'язок як діяння, що вчиняється із застосуванням фізичного насильства чи погрози його застосування, суттєво ускладнює проблему розмежування цього злочину із зґвалтуванням та сексуальним насильством. Змінюючи диспозиції ч. 1 ст. 152 та ч. 1 ст. 153 згаданим вище Законом України від 6 грудня 2017 р., законодавець відмовився від вказівки на фізичне насильство та погрозу його застосування як на обов'язкові способи зґвалтування та сексуального насильства, використавши узагальнююче поняття «відсутність добровільної згоди». Однак цілком очевидно, що

у реальному житті нічого не змінилося, а ці способи, як і раніше, є домінуючими під час вчинення зазначених діянь.

Щодо того, що санкція ч. 1 ст. 154 КК є більш м'якою, ніж санкції ч. 2 та ч. 3 цієї статті, у сучасній вітчизняній кримінально-правовій літературі зазначається, що поява ч. 1 ст. 154 КК була покликана відобразити вимоги ст. 40 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьби з цими явищами (Стамбульської Конвенції) від 11 травня 2011 р., відповідно до яких сторони вживають необхідних законодавчих заходів для забезпечення того, щоби будь-яка форма небажаної вербальної, невербальної або фізичної поведінки сексуального характеру задля чи з наслідками заподіяння шкоди гідності людини, зокрема шляхом створення залякувальних, ворожих, принижуючих гідність, образливих та агресивних умов, піддавалася кримінальним чи іншим юридичним санкціям. Так, на думку О.В. Харитонової, у диспозиції ч. 1 ст. 154 КК відображений акцент на намірі винного порушувати гідність потерпілої особи через створення подібного небезпечного середовища. Причому законодавець зосереджує увагу саме на горизонтальних зв'язках, наприклад, між колегами на посадах одного рівня чи перехожими, що прогулюються у парку, тому ч. 1 ст. 154 не передбачає такої обов'язкової ознаки цього складу злочину, як матеріальна, службова чи інша залежність потерпілої особи [9, с. 57–59]. Така позиція дійсно пояснює м'якість санкції, передбаченої ч. 1 ст. 154 КК, але незрозумілою залишається така «дрібниця», як характер цього діяння. Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 8 вересня 2005 р. оперує поняттям «сексуальні домагання», під якими розуміються дії сексуального характеру, виражені словесно (погрози, залякування, непристойні зауваження) або фізично (доторкання, поплескування), що принижують чи ображають осіб, які перебувають у відносинах трудового, службового, матеріального чи іншого підпорядкування. Однак у диспозиції ч. 1 ст. 154 йдеться не про сексуальні домагання, які, до речі, не пов'язуються з горизонтальними зв'язками і за які не встановлено навіть адміністративної відповідальності, а про примушування, способом вчинення якого сексуальні домагання бути не можуть. Навіть у Конвенції примушування іншої особи вчинити акт сексуального характеру з третьою особою розглядається як складова частина сексуального насильства (ст. 36), а не як складова частина сексуального домагання (ст. 40). Щодо поведінки сексуального характеру, яка призводить до заподіяння шкоди гідності людини чи створення несприятливих для неї умов, то вона явно не страждає правовою визначеністю й цілком спроможна необґрунтовано розширити предмет кримінально-правого регулювання, у зв'язку з чим законодавець не ризикнув її криміналізувати.

Отже, як уявляється, причини появи ч. 1 ст. 154 є іншими. Відповідно до п. «с» ч. 1 ст. 36 Стамбульської Конвенції сторони повинні вжити заходів щодо криміналізації примушування особи до вчинення акту сексуального характеру з третьою особою. Примушування до акту сексуального характеру з третьою особою є складовою частиною сексуального насильства також згідно з п. 15 ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 7 грудня 2017 р. Здається, що, виконуючи саме ці вимоги, законодавець модернізував ст. 154 КК. Так, він дійсно не вживає поняття «третя особа», що надає деяким дослідникам підстави для висновку про те, що нова редакція ст. 154 не містить положень про те, що злочином визнається примушування до здійснення акту сексуального характеру з третьою особою [10, с. 57], хоча, як було показано вище, з цим не було проблем ще на початку 60-х рр. минулого століття. Однак використане у диспозиції словосполучення «примушування до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою» свідчить про те, що передбачається саме вона. Мабуть, тому у ч. 2 ст. 154 законодавець повертається до формули «примушування до акту сексуального характеру з особою, від якої потерпіла особа залежить», яка обмежує коло тих, хто вступає у статевий зв'язок, лише суб'єктом примушування, хоча знову породжує проблему кримінально-правової оцінки примушування, що здійснюється з використанням матеріальної або службової залежності на користь третіх осіб. Посилання на те, що словосполучення «інша особа» законодавець використовує у ст. ст. 152, 153 КК, а тому «інші особи» – це не «треті особи», також навряд чи можуть бути прийнятними. Оскільки він відмовився від поняття «статеві зносини», яке обумовлює обов'язкову наявність мінімум двох суб'єктів, треба було підкреслити ту обставину, що проникнення у власне тіло за допомогою руки чи будь-яких предметів зґвалтування не утворює, як і дії сексуального характеру щодо власного тіла не утворюють сексуального насильства.

Проте так чи інакше та обставина, що метою винного є вступ потерпілої особи у статевий зв'язок з іншою особою, а не з особою, яка примушує, сутності примушування не змінює. З позицій чинного КК України

його складовою частиною є лише фізичне насильство або погроза його застосування.

З огляду на те, що примушування в межах ч. 1 ст. 152, ч. 1 ст. 153 та ч. 1 ст. 154 є однаковим за своїм характером, задля розмежування цих діянь у сучасній кримінально-правовій літературі пропонується виділяти «результативне» й «нерезультативне» примушування. Результативне примушування буде мати місце там, де винний одразу після цього вчинив акт сексуального характеру з потерпілою особою, воно має кваліфікуватися за ст. 152 чи ст. 153 КК. За нерезультативного примушування, коли винний мав намір здійснити акт сексуального характеру, але не зміг цього зробити з не залежних від нього причин, вчинене утворює одночасно склад закінченого кримінального правопорушення, передбаченого ст. 154, та склад незакінченого замаху на зґвалтування або сексуальне насильство. Вчинене у такому разі з урахуванням спрямованості умислу на вчинення більш тяжкого злочину пропонується кваліфікувати лише за відповідними частинами ст. 15 та ст. ст. 152, 153 КК [10, с. 62]. Однак за такого підходу стає незрозумілим, навіщо взагалі потрібна ч. 1 ст. 154 КК.

Як зазначалося вище, її поява була викликана «необхідністю» криміналізації примушування особи до вчинення акту сексуального характеру з іншою (третьою) особою, тому якщо суб'єкт примушування сам вчиняє дії сексуального характеру з потерпілою особою, то має застосовуватися ст. 152 чи ст. 153 КК, а в разі їх вчинення третьою особою – ст. 154 КК.

Однак проблема виникає під час оцінювання дій суб'єкта примушування в разі вчинення зґвалтування чи сексуального насильства групою осіб.

Як відомо, дії особи, яка не вчинила й не мала наміру вчинити статевий акт чи задоволення статевої пристрасті неприродним способом, але безпосередньо застосовувала фізичне насильство, погрожувала його застосуванням чи довела потерпілу особу до безпорадного стану шляхом уведення в її організм проти її волі наркотичних засобів, психотропних, отруйних, сильнодіючих речовин задля її зґвалтування чи вчинення щодо неї насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом іншою особою, традиційно розглядалися вітчизняною судовою практикою як співвиконавство у цих злочинах. Дії таких співвиконавців визнавалися вчиненими групою осіб і кваліфікувалися без посилання на ст. 27 КК. Реформування ст. 154 і виокремлення в її структурі ч. 1 «Примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою» ставлять під сумнів обґрунтованість такого підходу, оскільки дії особи, яка застосувала фізичне насильство, погрозу його застосування або довела потерпілу особу до безпорадного стану, не маючи наміру вчинити проникнення в її тіло або дії, не пов'язані з таким проникненням, тепер підпадають під ч. 1 ст. 154 КК. Та обставина, що під час групового зґвалтування чи сексуального насильства примушування здійснюється у межах співучасті, а злочин, передбачений ч. 1 ст. 154, є одноосібним діянням (воно визнається закінченим з моменту примушування незалежно як від того, чи погодилася потерпіла особа на здійснення акту сексуального характеру, так і від того, чи відбувся він), сутності питання не змінює, оскільки в обох випадках винна особа чітко усвідомлює, у чиїх саме інтересах вона його застосовує. До речі, саме за цим аспектом примушування, яке застосовується в межах діянь, передбачених ст. 152, ст. 153 та ч. 1 ст. 154, відрізняється від примушування до заняття проституцією, коли винна особа майбутнього статевого партнера потерпілої може й не знати, хоча характер дій при цьому залишається незмінним. Недаремно ще у кримінально-правовій літературі позаминулого століття, зокрема М.А. Неклюдовим, висловлювалася думка про те, що примушування до заняття проституцією шляхом застосування насильства чи погрози його застосування не містить самостійного кримінально-правового елементу та збігається із зґвалтуванням.

Отже, особи, які застосовують ті чи інші способи впливу на потерпілу (потерпілого), які унеможливлюють її (його) добровільну згоду на дії сексуального характеру щодо неї (нього), можуть визнаватися співвиконавцями зґвалтування та сексуального насильства тільки за умови вчинення ними проникнення в тіло потерпілої особи чи інших дій, не пов'язаних із таким проникненням.

Навряд чи такий підхід можна визнати обґрунтованим, оскільки, з одного боку, він дає змогу тяжкий (ч. 3 ст. 153) і навіть особливо тяжкий (ч. 3 ст. 152) злочин штучно перевести у розряд кримінальних проступків (ч. 1 ст. 154), а з іншого боку, він дає змогу кваліфікувати за ч. 1 ст. 154 застосування фізичного насильства чи погрози його застосування, наприклад, начальником до своєї секретарки задля примушування її до дій сексуального характеру з його бізнес-партнером. Інакше кажучи, наявність ч. 1 ст. 154 КК може сприяти уникненню винним справедливого покарання, коли неналежним чином враховується ступінь тяжкості вчиненого злочину. Не випадково, наприклад,

киргизький законодавець безпосередньо у ст. 163 зазначає, що спонукання до дій сексуального характеру може мати місце лише за відсутності ознак злочинів, передбачених ст. 161 чи ст. 162, де фігурують насильство, погроза його застосування та використання безпорадного стану потерпілої особи.

Повертаючись до положень Стамбульської конвенції, звертаємо увагу на таке. Визначаючи поняття насильства стосовно жінок, вона згадує всі акти насильства; погрози таких актів; примушування; свавільне позбавлення волі (п. «а» ст. 3).

Під час характеризування сексуального насильства примушування також виокремлюється й використовується для визначення дій особи, яка сама дій сексуального характеру не вчиняє (п. «с» ч. 1 ст. 36). Однак як у межах зґвалтування, так і в межах задоволення статевої пристрасті неприродним способом воно традиційно охоплювалося такою ознакою, як вчинення цих злочинів групою осіб. Такий стан речей зберігається в оновлених редакціях ст. 152 та ст. 153 КК. Отже, з урахуванням положень національного законодавства та виконанням вимог Конвенції можна було б передбачити відповідальність за використання інших (крім погрози застосування фізичного насильства) видів погроз, які здійснюються задля вчинення актів сексуального характеру з третьою особою, для чого зовсім не обов'язково було називати їх примушуванням.

Не можна не відзначити той факт, що оновлена конструкція ст. 154, як і попередня редакція цієї статті, не вирішує проблему кримінально-правової оцінки дій особи, яка спонукає до вступу у статевий зв'язок шляхом погрози знищити чи пошкодити майно або погрози розголосити певні відомості у ситуаціях, коли між винним та потерпілим (потерпілою) немає матеріальної або службової залежності.

Висновки

Задля вирішення зазначених проблем та чіткого розмежування зґвалтування й сексуального насильства, з одного боку, та примушування до вступу у статевий зв'язок, з іншого боку, доцільним уявляється такий напрям реформування ст. 154 КК України.

Стаття 154. Спонукання до здійснення акту сексуального характеру.

1) Спонукання особи до здійснення акту сексуального характеру шляхом використання матеріальної чи службової залежності або погрози знищення, пошкодження чи вилучення майна потерпілої особи чи її близьких родичів, або погрози розголошення відомостей, що ганьблять її чи близьких родичів, карається...

2) Дії, передбачені частиною першою цієї статті, вчинені задля здійснення потерпілою (потерпілим) акту сексуального характеру з третьою особою, караються...

Вказівка на те, що спонукання відбувається без добровільної згоди особи, яку спонукають, є зайвою, оскільки воно, як і сексуальне насильство (ст. 153), за добровільною згодою неможливе за визначенням. Ця вказівка є доречною лише в межах ст. 152, диспозиція якої ні про насильство, ні про спонукання не згадує.

Щодо сексуальних домагань (непристойні зауваження, доторкання, поплескування, пропозиції чи настирливі пропозиції здійснити акт сексуального характеру, створення несприятливих для особи умов на сексуальному підґрунті), то вони, як і раніше, способами спонукання особи до здійснення акту сексуального характеру визнаватися не можуть.

Список використаних джерел:

1. Материалы для пересмотра нашего уголовного законодательства. Т. 4 : Замечания отечественной литературы на Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Санкт-Петербург : Издание Министерства юстиции, 1884. 968 с.

2. Собрание Узаконений и Распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства Украины. 1922. № 37. Ст. 554.

3. Збірник Узаконень та Розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України. 1927. № 26–27. Ст. 132.

4. Кримінальний кодекс УРСР від 28 грудня 1960 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 14.

5. Уголовный кодекс Украины : научно-практический комментарий / отв. ред. С.С. Яценко. Киев : А.С.К., 2003.1088 с.

6. Кримінальний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 2 : Особлива частина / за заг. ред. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. Харків : Право, 2013. 1040 с.

7. УК Киргизской Республики 2016 г. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111527.

8. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон України від 6 грудня 2017 р. *Голос України*. 2018. № 6 (6761). 11 січня.

9. Харитонова О.В. Ключові засади гендерної політики в кримінальному праві України та основні напрями реформ щодо протидії насильству стосовно жінок та домашньому насильству : науково-практичний посібник. Харків : Видавництво права людини, 2018. 344 с.

10. Дудоров О.О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практичний порадник. Сєвєродонецьк : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. 92 с.

The article, including in the historical plane, analyzes the rules of domestic criminal law on liability for coercion to sexual intercourse. Features of such concepts as coercion and compulsion are revealed. It is concluded that coercion is not characteristic of the action provided for in Art. 154 of the Criminal Code of Ukraine. Therefore, the use of this term in the title and dispositions of the said article is unjustified. It is argued that the implementation by the domestic legislature of the changes that have resulted from the implementation of the Council of Europe Convention on the Prevention and Combating of Violence against Women and Domestic Violence, on the one hand, do not solve some of the problems of regulating criminal liability for coercion, who have dreamed before and, on the other hand, significantly complicate the question of demarcating this act with rape and sexual abuse, which can adversely affect law enforcement practices and its unification is impossible.

It is noted that sexual harassment (indecent remarks, touching, tapping, suggesting or persuasive offers to commit an act of sexual nature, creating unfavorable conditions on the sexual basis), as before, cannot be recognized as a means of inducing a person to commit a sexual act. It is emphasized that the indication of the lack of voluntary consent of a person to perform a sexual act within the limits of Art. 153, Art. 154 of the Criminal Code of Ukraine is unnecessary, since both coercion and encouragement by voluntary consent are impossible by definition. A new revision of Art. 154 of the Criminal Code of Ukraine, according to which the use of material or service dependence, the threat of destruction, damage or seizure of property and the threat of disclosure of certain information are considered as alternative ways of committing sexual intercourse, and encouraging sexual intercourse with a third person, the individual stands out in a separate section of this article.

Key words: coercion, coercion, sexual act, violence, threats, material or service dependence, victim, third person.

УДК 343.213+343.23
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.50

Юлія Шопіна,
аспірант кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ СТАТТЯМИ 131, 132, 134, 139-145 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У статті досліджено об'єктивну сторону злочинів, які передбачені ст. ст. 131, 132, 134, 139-145 Кримінального кодексу України. Звернено увагу на те, що саме через ознаки об'єктивної сторони здебільшого визначаються об'єкт і суб'єктивна (внутрішня) сторона складу злочину. Здійснюється конкретизація ознак об'єктивної сторони складів злочинів щодо окремих статей Особливої частини КК України, які передбачають кримінальну відповідальність медичного або фармацевтичного працівника за вчинення злочину, пов'язаного з виконанням професійних обов'язків. Виділено злочини, що посягають на права особи у сфері медичної діяльності виключно дією (ст. ст. 131, 134, 142, ч. ч. 2–4 ст. 143 КК України), й такі, що можуть бути вчинені альтернативно дією чи бездіяльністю (ст. ст. 132, 145, 139, 140, ч. 1 ст. 143 КК України). Зроблено висновок про те, що об'єктивній стороні деяких посягань на правопорядок у сфері медичної діяльності властива «змішана бездіяльність», коли без акту бездіяльності дії особи не мають значення в об'єктивній стороні злочину, й навпаки (ст. ст. 138, 141, 144 КК України). Сформульовано рекомендації щодо кваліфікації таких злочинів з урахуванням зазначених особливостей. Визначено, що з об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 139 КК України, виражається у бездіяльності, оскільки медичний працівник, який, відповідно до встановлених правил, зобов'язаний надавати допомогу хворому, без поважних причин не робить цього. Під бездіяльністю у кримінальному праві зазвичай розуміється суспільно небезпечна вольова поведінка особи, що полягає у невиконанні належного, тобто того обов'язку, який особа повинна була й могла виконати. Ненадання допомоги хворому може виражатись як у повній відмові від її надання, так і в ненаданні допомоги в обсязі, необхідному в конкретній ситуації. Зроблено висновок, що об'єктивна сторона складу злочину має велике значення для правильної кваліфікації конкретного злочину; відмежування одного злочину від іншого, а також від інших правопорушень, насамперед адміністративних; правильного визначення з урахуванням пом'якшуючих і обтяжуючих обставин, які виявляються під час дослідження саме цієї сторони, ступеня тяжкості вчиненого злочину, зрештою, постановлення справедливого судового вироку.

Ключові слова: суспільно небезпечне діяння, суспільно небезпечні наслідки, причинний зв'язок, місце, час, обстановка, спосіб, засоби та знаряддя вчинення злочину.

Постановка проблеми. Сутність злочину полягає в суспільно небезпечному діянні, яке є основною, а також обов'язковою ознакою об'єктивної сторони. Будь-який злочин як суспільно небезпечне діяння спричиняє негативні зміни в реальній дійсності, тягне за собою суспільно небезпечні наслідки, які полягають у заподіянні шкоди об'єкту кримінально-правової охорони. Безнаслідкових злочинів не буває, адже, якщо б те чи інше діяння не спричиняло суспільно небезпечних наслідків, його не потрібно було б криміналізувати. Водночас не будь-яка заподіювана злочином шкода вважається суспільно небезпечними наслідками як ознакою складу злочину. Особливість таких наслідків полягає в тому, що вони піддаються встановленню в порядку, закріпленому кримінально-процесуальним законодавством. Проте в кримінальному законі суспільно небезпечні наслідки як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу конкретного злочину позначаються по-різному. З огляду на те, що нині ознаки об'єктивної сторони складу злочинів, передбачених ст. ст. 131, 132, 134, 139–145 КК України, не є достатньою мірою проаналізованими науковцями, а також на те, що здебільшого присутнє дослідження застарілих норм КК України, вбачається актуальність у конкретизації ознак об'єктивної сторони складів злочинів щодо окремих статей Особливої частини КК України, які передбачають кримінальну відповідальність медичного або фармацевтичного працівника за вчинення злочину, пов'язаного з виконанням професійних обов'язків.

Дослідженням об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених ст. ст. 131,

© Ю. Шопіна, 2020

132, 134, 139–145 Особливої частини КК України, займалися, зокрема, В.В. Бабаніна, В.В. Балабко, О.Г. Берило В.А. Глушков, О.М. Джужа, С.Р. Дутчак, А.В. Савченко, Е.М. Кісілюк, Т.Ю. Тарасевич, І.М. Філь, Г.В. Чеботарьов. Проте, незважаючи на їх значний внесок до вирішення цієї проблематики, все ж таки залишається актуальним дослідження ознак об'єктивної сторони вищезазначених складів злочинів.

Метою статті є дослідження ознак об'єктивної сторони злочинів, передбачених у ст. ст. 131, 132, 134, 139–145 Особливої частини КК України.

Виклад основного матеріалу. Об'єктивна сторона злочинів, що вчиняються медичним або фармацевтичним працівником у сфері професійної діяльності, зокрема, характеризується такими ознаками:

– суспільно небезпечне діяння, яке виражається в дії або бездіяльності;

– суспільно небезпечні наслідки;

– причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням (дією або бездіяльністю) й суспільно небезпечними наслідками;

– об'єктивні обставини, з якими пов'язане діяння (місце, час, обстановка, спосіб, засоби та знаряддя вчинення злочину).

Ознаки об'єктивної сторони складу злочину залежно від диспозицій статей Особливої частини КК України можна поділити на обов'язкові та факультативні.

Залежно від того, обов'язковими чи факультативними (необов'язковими) ознаками об'єктивної сторони є суспільно небезпечні наслідки (залежать від конструкції складу злочину), злочини поділяються на злочини з формальним складом і злочини з матеріальним складом.

Під поняттям «злочини з матеріальним складом» необхідно розуміти такі злочини, для об'єктивної сторони яких диспозиція статті КК України вимагає встановлення не тільки діяння (дії або бездіяльності), але й обов'язкового настання суспільно небезпечних наслідків [1, с. 376].

Серед досліджуваних діянь до злочинів із матеріальним складом можна віднести злочини, передбачені ст. 131, ч. 2 ст. 134, ч. 2 ст. 139, ст. 140, ст. 141, ст. 142, ст. 145 КК, а до злочинів із формальним складом – злочини, передбачені ст. 132, ч. 1 ст. 134, ч. 1 ст. 139, ст. 143, ст. 144 КК України.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 131 КК України, полягає в неналежному виконанні професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, що спричинило зараження особи вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби. За ст. 131 КК України можуть бути кваліфіковані, зокрема, такі діяння, як переливання потерпілому крові (її компонентів) ВІЛ-інфікованого без проведення лабораторної діагностики на наявність ВІЛ-інфекції; використання інших біологічних рідин, клітин, органів і тканин без їх лабораторного дослідження на ВІЛ-інфекцію; використання нестерильних, належним чином непродезінфікованих медичних інструментів і шприців; незабезпечення керівництвом закладу охорони здоров'я персоналу цього закладу необхідними засобами захисту згідно зі встановленими Кабінетом Міністрів України переліком та нормативами.

Кваліфікуючою ознакою цього злочину є зараження двох чи більше осіб. Як правило, зараження людини ВІЛ або іншою невиліковною хворобою здебільшого призводить до смерті цієї людини. Слід зазначити, що в зону ризику від такого злочину досить часто потрапляють неповнолітні особи, що свідчить про значно більшу суспільну небезпеку вчиненого діяння, тому вважаємо за доцільне до кваліфікуючих ознак цього злочину віднести таку кваліфікуючу ознаку, як зараження неповнолітньої особи.

У зв'язку з цим необхідно внести зміни до диспозиції ч. 2 ст. 131 КК України шляхом зазначення такого: «те саме діяння, якщо воно спричинило зараження неповнолітньої особи або двох чи більше осіб» [2, с. 402].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 132 КК України, полягає в розголошенні відомостей про наявність у особи ВІЛ-інфекції, СНІДу або іншої невиліковної хвороби за умов, що ці відомості стали відомі у зв'язку з виконанням службових або професійних обов'язків.

Об'єктивна сторона цього складу злочину включає тільки діяння у вигляді розголошення інформації, яке може бути вчинене умисно або через необережність.

Розголошення відомостей означає, що особа, яка зобов'язана зберігати відповідну інформацію в таємниці, незаконно ознайомлює з нею сторонніх осіб або своєю поведінкою створює умови, які надають стороннім особам можливість ознайомитися з відповідними відомостями. Способи розголошення відомостей можуть бути різними, на кваліфікацію вчиненого за ст. 132 КК України злочину вони не впливають. Це може бути повідомлення у розмовах, виступах, наукових статтях, на лекціях, надання сторонній особі документів, що містять відповідні відомості, або недбале зберігання чи втрата таких документів тощо. Злочин вважається закінченим з моменту, коли відповідні відомості стали

відомі особі, яка не повинна була їх знати. Можливі інші негативні наслідки (самогубство потерпілого, вимушене звільнення його з роботи тощо), які повинні враховуватись під час призначення винному покарання [3, с. 11].

Якщо ж розголошуючи ці відомості, винна особа мала на меті довести потерпілу особу до самогубства, то ці дії вже необхідно кваліфікувати за ст. 120 КК України «Доведення до самогубства». Однак розголошення, яке передбачене у ст. 132, безпосередньо не загрожує ні життю, ні здоров'ю особи.

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 134 КК України, може мати такі форми:

1) проведення аборту особою, яка не має спеціальної медичної освіти (ч. 1 ст. 134 КК України);

2) примушування до аборту без добровільної згоди потерпілої особи (ч. 2 ст. 134 КК України);

3) незаконне проведення аборту, що спричинило тривалий розлад здоров'я, безплідність або смерть потерпілої особи (ч. 3 ст. 134 КК України);

4) примушування до стерилізації без добровільної згоди потерпілої особи (ч. 4 ст. 134 КК України);

5) дія, передбачена частиною четвертою цієї статті, якщо вона спричинила смерть потерпілої особи чи інші тяжкі наслідки (ч. 5 ст. 134 КК України).

Необхідно також звернути увагу на те, що оскільки аборт – це медичне втручання, яке має на меті переривання вагітності, то диспозицією ст. 134 КК України не охоплюються випадки, коли викидень стає результатом надання неякісної медичної допомоги вагітній жінці. За таких обставин вбачаються підстави для інкримінування винному медичному працівнику ст. 140 КК України [4, с. 143].

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 139 КК України, виражається у бездіяльності, оскільки медичний працівник, який, відповідно до встановлених правил, зобов'язаний надавати допомогу хворому, без поважних причин не робить цього. Під бездіяльністю у кримінальному праві зазвичай розуміється суспільно небезпечна вольова поведінка особи, що полягає у невиконанні належного, тобто того обов'язку, який особа повинна була й могла виконати. Ненадання допомоги хворому може виражатись як у повній відмові від її надання, так і в ненаданні допомоги в обсязі, необхідному в конкретній ситуації.

У розглядуваній ситуації доречно говорити про «змішану бездіяльність», яка є бездіяльністю, поєднаною з дією, яка самостійного кримінально-правового значення не має. Наприклад, те, що бездіяльність під час злочинного ненадання медичним працівником допомоги хворому може бути як «чистою», так і «змішаною», проявляється, зокрема, в неправильному вжитті медичних заходів; огляді хворого, який насправді потребує госпіталізації, або постановці такого діагнозу особі, з якого випливає, що вона нібито не потребує допомоги. Про це зазначається безпосередньо в самій літературі [5, с. 109; 6, с. 39].

За ст. 139 КК України слід кваліфікувати, зокрема, нез'явлення до хворого за викликом; відмову прийняти хворого у лікувально-профілактичний заклад для надання йому першої невідкладної допомоги у разі нещасного випадку; відмову доставити хворого до лікарні; відмову надати першу невідкладну медичну допомогу пораненому або травмованому (дати потрібні ліки, провести штучне дихання або масаж серця, зупинити кровотечу тощо); поверхове, формальне обстеження хворої людини, яка потребує медичної допомоги; припинення активних заходів щодо підтримання життя хворого у випадку, коли стан людини ще не визначений як незворотна смерть. Ненадання допомоги хворому в конкретній ситуації може поєднуватися з приховуванням винним своєї професії.

Отже, в цьому разі необхідно говорити про встановлений регулятивним законодавством обов'язок, виконання якого забезпечується загрозою настання кримінальної відповідальності. Як доречно зазначає О.І. Бойко, зобов'язує не кримінальний закон, а бланкетний нормативний акт чи посадова інструкція [7, с. 128].

Відповідальність за ст. 139 КК України настає лише за умови, коли особа, яка була зобов'язана надавати хворому допомогу, з урахуванням конкретної обстановки фактично мала таку можливість [8, с. 191].

Під поважними причинами, які виключають відповідальність за ст. 139 КК України, зазвичай розуміються різноманітні обставини, які перешкоджають медичному працівникові надати хворому допомогу, зокрема непереборна сила, стан крайньої необхідності (наприклад, необхідність надати першочергову допомогу більш тяжкохворій особі), хвороба самого медичного працівника, відсутність для надання конкретного виду допомоги кваліфікації, знань, обладнання чи ліків (якщо медичним працівником вжито заходів щодо виклику належного фахівця).

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 140 КК України, характеризується

діянням (дією чи бездіяльністю), тобто невиконанням чи неналежним виконанням медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного до них ставлення; наслідками у вигляді тяжких наслідків для хворого; причинним зв'язком між зазначеним діянням та наслідками. Невиконання професійних обов'язків означає, що медичний або фармацевтичний працівник не вчиняє тих дій, яких він з огляду на професійні обов'язки зобов'язаний був вчинити. Неналежне виконання професійних обов'язків має місце тоді, коли медичний або фармацевтичний працівник виконує свої обов'язки не в повному обсязі, недбало, поверхово, не так, як цього вимагають інтереси його професійної діяльності.

За ст. 140 КК України можуть кваліфікуватися, зокрема, такі діяння, як несвоєчасний або неправильний діагноз захворювання; залишення хворого без належного медичного догляду; переливання крові іншої групи, неправильний вибір часу та обсягу проведення операції; залишення сторонніх предметів в організмі хворого під час хірургічної операції; застосування неправильного лікування; недостатній контроль за медичною технікою; порушення правил виготовлення, зберігання або застосування лікарських засобів; не встановлення належного лікувально-охоронюваного режиму для хворих, які страждають на психічні розлади; невиконання медсестрою вказівки лікаря щодо застосування до хворого ліків чи процедур; зараження інфекційною хворобою під час хірургічного втручання, переливання крові або трансплантації органу [9, с. 36–37].

З огляду на те, що диспозиція ст. 140 КК України має бланкетний характер, у кожному випадку її застосування необхідно встановлювати, які саме професійні обов'язки покладались на винну особу та які з цих обов'язків не виконані взагалі або виконані неналежним чином, а також вимоги яких конкретно нормативних актів (інструкцій, правил, вказівок тощо) порушено винним [10, с. 100].

З точки зору кваліфікації за ст. 140 КК України причинний зв'язок як ознака об'єктивної сторони передбаченого цією статтею складу злочину може бути як прямим, тобто безпосереднім (наприклад, у випадку ін'єкції лікарського засобу, що є неприйнятним для певного пацієнта), так і опосередкованим, а саме ускладнятися необережною поведінкою самого потерпілого та іншими чинниками, включаючи природний несприятливий розвиток хвороби й винну діяльність декількох суб'єктів.

Злочин вважається закінченим з моменту настання тяжких наслідків для хворого. До тяжких наслідків злочину, що розглядається, належать тяжкі тілесні ушкодження, смерть пацієнта.

Щоби диференціювати кримінальну відповідальність залежно від тяжкості наслідків, вбачається доцільним доповнити диспозицію ч. 2 ст. 140 КК України шляхом її викладення в такій редакції: «Те саме діяння, якщо воно спричинило тяжкі наслідки неповнолітній особі або двом чи більше особам, карається...».

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 141 КК України, полягає в проведенні клінічних випробувань лікарських засобів без письмової згоди пацієнта або його законного представника чи стосовно неповнолітньої або недієздатної особи, якщо ці дії спричинили смерть пацієнта або інші тяжкі наслідки.

Отже, за конструкцією об'єктивної сторони складу злочину діяння, передбачене ст. 141 КК України, належить до злочинів з матеріальним складом. Закінченим злочин вважається з моменту настання передбачених наслідків. Об'єктивну сторону діяння утворюють активна дія з клінічних випробувань, вчинених без отримання у пацієнта, його законного представника або близького родича письмової інформованої згоди на участь у такому дослідженні [11].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 142 КК України, характеризується, зокрема, діями у вигляді незаконного проведення медико-біологічних, психологічних або інших дослідів над людиною; наслідками у вигляді створення небезпеки для її життя чи здоров'я; причинним зв'язком між зазначеними діями й наслідками. Кваліфікуючими ознаками цього злочину є вчинення його щодо неповнолітньої особи; щодо двох або більше осіб; шляхом примушування або обману; спричинення тривалого розладу здоров'я потерпілого.

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 143 КК України, може набувати такого вигляду: умисне порушення встановленого законом порядку застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини (ч. 1 ст. 143 КК України); вилучення у людини шляхом примушування або обману її анатомічних матеріалів задля їх трансплантації (ч. 2 ст. 143 КК України); дії, передбачені частиною другою цієї статті, вчинені щодо особи, яка перебувала в безпосередньому стані або в матеріальній чи іншій залежності від винного (ч. 3 ст. 143 КК України); незаконна торгівля анатомічнимиматеріаламилюдини(ч.4ст.143КК

України); дії, передбачені частинами другою, третьою чи четвертою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або участь у транснаціональних організаціях, які займаються такою діяльністю (ч. 5 ст. 143 КК України) [12, с. 95–96].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 144 КК України, полягає в протиправному вилученні крові у людини проти її волі, вчиненому шляхом застосування до неї насильства чи за її згодою, але внаслідок обману. Кваліфікуючими ознаками цього злочину є вчинення його щодо неповнолітньої особи або особи, яка перебувала в безпорадному стані чи в матеріальній залежності від винного, а також вчинення дії, передбаченої ч. ч. 1, 2 ст. 144 КК України, за попередньою змовою групою осіб або задля продажу. Аналізуючи назву ст. 144 КК України, маємо зазначити, що вона не узгоджується зі способами вчинення злочину, передбаченого цією статтею.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 145 КК України, полягає в розголошенні лікарської таємниці особою, якій вона стала відома у зв'язку з виконанням службових чи професійних обов'язків, якщо таке діяння спричинило тяжкі наслідки (самогубство, нервовий стрес, іншу тяжку хворобу потерпілого). Розголошення відбувається з прямим умислом, а спричинення шкоди життю чи здоров'ю може бути як з умислом, так і через необережність. Спричинення шкоди честі, гідності та волі особи є завжди, навіть якщо не спричиняються тяжкі наслідки й діяння не є кримінально караним [2, с. 415].

Здійснивши всебічний юридичний аналіз ознак об'єктивної сторони складів злочинів, які вчиняються медичним або фармацевтичним працівником у сфері професійної діяльності, бачимо, яке велике значення вона має для правильної кваліфікації конкретного злочину; відмежування одного злочину від іншого, а також від адміністративних правопорушень.

Висновки

Отже, можна виділити злочини, що посягають на права особи у сфері медичної діяльності виключно дією (ст. ст. 131, 134, 142, ч. ч. 2–4 ст. 143 КК України), й такі, що можуть бути вчинені альтернативно дією чи бездіяльністю (ст. ст. 132, 145, 139, 140, ч. 1 ст. 143 КК України). Зроблено висновок, що об'єктивній стороні деяких посягань на правопорядок у сфері медичної діяльності властива «змішана бездіяльність», коли без акту бездіяльності дії особи не мають значення в об'єктивній стороні злочину, й навпаки (ст. ст. 138, 141, 144 КК України). Сформульовано рекомендації щодо кваліфікації таких злочинів з урахуванням зазначених особливостей.

Доведено, що об'єктивна сторона складу злочину має велике значення для правильної кваліфікації конкретного злочину; відмежування одного злочину від іншого, а також від інших правопорушень, насамперед адміністративних; правильного визначення з урахуванням пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, які виявляються під час дослідження саме цієї сторони, ступеня тяжкості вчиненого злочину, зрештою, постановлення справедливого судового вироку.

Список використаних джерел:

1. Баулін Ю.В., Борисов В.І., Гавриш С.Б. та ін. Кримінальне право України : Особлива частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2007. 624 с.

2. Кримінальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернєя. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1064 с.

3. Горпинюк О.П. Кримінально-правова охорона інформаційного аспекту приватності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Львів, 2011. 19 с.

4. Байлов А.В., Черевко К.О. Відмежування незаконного проведення аборту від суміжних складів злочинів. *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, 13–14 жовтня 2011 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2011. С. 412–415.

5. Глушков В.А. Ответственность за преступления в области здравоохранения. Киев : Вища школа, 1987. 198 с.

6. Соловйов А.В. До питання співвідношення понять права людини на життя та права на охорону здоров'я і медичну допомогу. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 10. С. 38–40.

7. Бойко А.И. Преступное бездействие. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2003. 320 с.

8. Крупко Д.І. Встановлення обов'язку надати медичну допомогу в контексті ст. 139 КК. *Правова держава*. 2010. № 12. С. 188–193.

9. Балабко В.В. Вчинення злочинів медичними та фармацевтичними працівниками: ненадання медичної допомоги хворому та неналежне виконання професійних обов'язків: аналіз складів злочину. *Вісник прокуратури*. 2010. № 5. С. 34–44.

10. Яремко Г.З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : монографія / за ред. В.О. Навроцького.

Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. 432 с.

11. Класифікатор професій ДК 003:2005 : Наказ Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 26 грудня 2005 р. № 375. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/vc375609.05.

12. Балабко В.В. Вчинення злочинів медичними працівниками у сфері трансплантації: окремі питання. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 2. С. 90–97.

The article explores the objective side of the crimes under Art. Art. 131, 132, 134, 139–145 of the Criminal Code of Ukraine. Attention is drawn to the fact that it is precisely because of the features of the objective side that the object and the subjective (internal) side of the crime are determined. The features of the objective side of the crime warehouses are specified in relation to certain articles of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, which provide for criminal liability of a medical or pharmaceutical employee for committing a crime related to the performance of professional duties. The crimes that violate the rights of a person in the sphere of medical activity solely by action (art. 131, 134, 142, h. 2-4, art. 143 of the Criminal Code of Ukraine), and those that can be committed by alternative action or omission (art. Article 132, 145, 139, 140, Part 1 of Article 143 of the Criminal Code of Ukraine). It is concluded that the objective side of some encroachments on the rule of law in the sphere of medical activity is characterized by "mixed inaction", when without the act of inactivity the actions of the person are irrelevant in the objective side of the crime and vice versa (Articles 138, 141, 144 of the Criminal Code Ukraine). Recommendations have been formulated on the qualification of such crimes, taking into account the specific features. It is determined that on the objective side, the crime under Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine, expressed in inactivity, because a medical professional, who in accordance with the established rules is obliged to provide care to the patient, without good reason does not do so. Inaction in criminal law usually refers to the socially dangerous willful behavior of a person, which is to fail to perform his or her due – that duty which the person should and could fulfill. Failure to provide assistance to the patient can be expressed both in complete refusal to provide it and in the absence of assistance in the amount required in a particular situation. It is concluded that the objective side of the crime is important for the proper qualification of a particular crime; separating one crime from another, as well as from other administrative offenses, first of all; the correct determination, taking into account the mitigating and aggravating circumstances that are revealed in the investigation of this particular party, the severity of the crime committed and, ultimately, the issuance of a fair judgment.

Key words: socially dangerous act, socially dangerous consequences, causal relationship, place, time, situation, method, means and tools of committing a crime.

УДК 343.131
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.51

Олександр Бойко,
суддя Голосіївського районного суду міста Києва

ЗМІСТ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД

У статті проведено аналіз різних підходів до структуризації права на справедливий судовий розгляд. Визначено, що комплексність та багатоаспектність права на справедливий судовий розгляд ніхто із науковців не заперечує. Проте сталого підходу щодо його класифікації та характеристики структурних елементів серед дослідників цього питання немає. Запропоновані класифікації різняться за змістом, обсягом та характеристикою елементів.

Встановлено, що найбільш поширеним є твердження про те, що право на справедливий суд складається з органічних, інституційних, процесуальних та спеціальних елементів. Аналіз статті 6 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини, практики Європейського суду з прав людини та наукових підходів до цієї проблеми дозволили вдосконалити класифікацію права на справедливий судовий розгляд та виокремити такі його структурні елементи: 1) забезпечувальний (попередній) елемент, що гарантує можливість користування цим правом (доступ до суду); 2) інституційні елементи (умова справедливості судового розгляду) – вимоги щодо створення і функціонування судової системи загалом та окремого суду зокрема (незалежний, безсторонній суд, створений на підставі закону); 3) процесуальні (процедурні) елементи – загальні процесуальні вимоги щодо порядку і правил здійснення судочинства (змагальність процесу, рівність сторін, розумні строки, публічний розгляд, можливість закритого судового розгляду, публічне проголошення судового рішення, обґрунтованість та вмотивованість рішення, справедлива процедура); 4) спеціальні (кримінальні процесуальні) елементи – додаткові процесуальні гарантії, які стосуються розгляду кримінальних справ (презумпція невинуватості, обґрунтованість обвинувачення, обізнаність щодо характеру і причини обвинувачення, право на захист, достатність часу і можливостей для підготовки захисту, право на допит, право на безоплатну допомогу перекладача); 5) легітимаційний елемент – гарантії досягнення мети правосуддя, що забезпечує правову визначеність кримінальних процесуальних відносин (остаточність рішення, його виконання).

Ключові слова: справедливий суд, елементи права на справедливий судовий розгляд, доступ до суду, інституційні елементи, процесуальні елементи, спеціальні елементи.

Постановка проблеми. Справедливість є не лише соціальним, морально-етичним чи філософським, а й правовим феноменом, який має нормативне закріплення у різних правових актах. Справедливість як кримінальна процесуальна категорія має цілком визначені правові форми, оскільки регламентується у нормах, які визначають засади кримінального провадження, правовий статус його учасників, процесуальну форму проведення процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень.

Однак законодавча регламентація справедливості кримінального провадження є досить складним завданням, що зумовлено комплексністю та різноаспектністю цього питання. Адже досить складно вичерпно визначити та нормативно закріпити всі форми прояву справедливості, які виникають під час здійснення кримінального провадження. Окрім цього, правозастосовча практика вимагає правової визначеності в розумінні цього конвенційного стандарту, що сприятиме забезпеченню його виконання чи встановленню випадків його порушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Багатоаспектність права на справедливий судовий розгляд зумовила науковий інтерес до систематизації та структуризації його елементів. Цьому питанню присвятили свої праці Г. І. Бережанський, І. С. Гриценко, Н. М. Грень, В. В. Городовенко, О. А. Кучинська, В. В. Комаров, У. З. Коруц, В. В. Михайленко, М. А. Погорецький, О. Б. Прокопенко, Н. Ю. Сакара, Н. П. Сиза, О. Г. Шило, О. С. Ткачук, Е. Л. Трегубов, Т. А. Цувіна та інші. Проте сталого та загальновизнаного підходу щодо виокремлення, класифікації та характеристики структурних елементів права на справедливий судовий розгляд серед дослідників цього питання немає.

Мета статті – провести аналіз та узагальнення різних підходів до структуризації права на справедливий судовий розгляд, вдосконалити класифікацію права на спра-

© К. Кацюба, М. Конюхова, 2020

ведливий судовий розгляд та охарактеризувати його структурні елементи з урахуванням положень ст. 6 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини (далі – ЄКПЛ), практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та національного кримінального процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Комплексність права на справедливий судовий розгляд ніхто із науковців не заперечує, тому загальноприйнятим вважається твердження про те, що це право складається з різних елементів. Але запропоновані класифікації різняться за змістом, обсягом та характеристикою елементів. Так, Е. Гротрайан структурні елементи права на справедливий судовий розгляд поділяє на дві групи: інституціональні – незалежний, безсторонній суд, встановлений законом, доступ до суду; та процедурні (процесуальні) – змагальність процесу, рівність сторін, розумні строки судового розгляду, публічність розгляду справи, правова визначеність [1].

Аналогічну точку зору щодо поділу на дві великі групи всіх елементів права на справедливий судовий розгляд висловлює і Д. В. Сімонович, стверджуючи, що «гарантії права на справедливий судовий розгляд можна диференціювати на фундаментальні (незалежність та неупередженість суду, публічність розгляду справи, розумність строків провадження у справі) та статусні (рівність та змагальність сторін у кримінальному процесі, право на правову допомогу). Фундаментальні гарантії спрямовані на створення можливості справедливого судового розгляду справи, статусні гарантії – на забезпечення паритету між сторонами під час провадження» [2, с. 13].

Подібну пропозицію щодо виокремлення двох великих груп елементів права на справедливий судовий розгляд висловлювали й інші вчені, пропонуючи їх поділяти на статичні та динамічні [3, с. 75-76] або організаційні та функціональні [4, с. 83].

Однак більшість дослідників цього питання пропонують більш розширену класифікацію, стверджуючи, що доступ до суду, з огляду на його складний зміст та першочергове значення для п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, варто виділяти як окремий структурний елемент цього комплексного права [5, с. 71].

Так, О. С. Ткачук виокремлює такі структурні елементи права на справедливий судовий розгляд: 1) прелімінарний (доступ до суду), що є передумовою реалізації інших елементів; 2) інституційний (незалежний, безсторонній суд, встановлений законом), який відбиває ознаки належного суду в демократичному суспільстві; 3) процесуальний (публічність, розумний строк розгляду справи та справедливість розгляду у вузькому розумінні або справедливе слухання), який відображає процесуальні вимоги розгляду справи; 4) легітимаційний (правова визначеність і виконання рішень суду), завдяки якому відбувається легітимація судових рішень та досягається мета правосуддя, що полягає у встановленні правової визначеності суспільних відносин» [6, с. 8, 15; 5, с. 75].

Тобто, окрім інституціональних (інституційних) та процесуальних елементів права на справедливий судовий розгляд, вчений виокремлює доступ до суду, називаючи його прелімінарним (попереднім) елементом, та пропонує правову визначеність і виконання рішень суду також виділяти окремим елементом цього конвенційного права, називаючи його легітимаційним елементом [5, с. 74-75]. Автор цієї класифікації фактично пропонує об'єднувати структурні елементи права на справедливий судовий розгляд відповідно до хронології їх виникнення – звернення до суду (прелімінарний), формування складу суду (інституційний), розгляд справи (процесуальний) та виконання рішення (легітимаційний).

Така класифікація елементів права на справедливий судовий розгляд заслуговує на увагу. Проте ми не можемо беззастережно застосовувати її у характеристиці справедливості кримінального провадження, адже О. С. Ткачук досліджував цю проблему через призму цивільного процесу, а тому не враховував ті складники права на справедливий судовий розгляд, які притаманні кримінальному провадженню, – презумпцію невинуватості чи право на захист.

У зв'язку з цим досить поширеною серед науковців є думка щодо доцільності виокремлення такої окремої групи структурних елементів права на справедливий судовий розгляд, як «спеціальні елементи» – ті, які стосуються розгляду кримінальних проваджень.

Так, на думку О. Б. Прокопенка, право на справедливий суд складається з інституціональних, органічних, процесуальних та спеціальних елементів. Зокрема: 1) інституціональні елементи включають вимоги щодо суду як установи (незалежний, неупереджений, створений на підставі закону); 2) органічний елемент – це доступ до суду; 3) процесуальні елементи характеризують вимоги щодо процедури судового розгляду (публічність, забезпечення наданих процесуальним законом прав учасників судового

розгляду, рівність сторін у процесі й змагальність, розумний строк розгляду справи, виконання остаточного судового рішення); 4) спеціальні елементи втілюються у гарантіях прав осіб у кримінальному провадженні (презумпція невинуватості, достатність часу і можливостей для ознайомлення із висунутим обвинуваченням, право на захист, правовий захист свідків, надання обвинуваченому перекладача) [7, с. 16].

Аналогічний підхід до цього питання має В. В. Городовенко та М. Л. Ентін, які виділяють органічні, інституціональні (інституційні), процесуальні та спеціальні критерії забезпечення справедливості кримінального провадження [8, с. 60-62; 9, с. 86-87].

Різницю можна знайти лише у наповненні тих чи інших елементів. Зокрема, право на виконання судових рішень М. Л. Ентін відносить до органічних елементів (окрім права на доступ до суду), а О. Б. Прокопенко виконання остаточного судового рішення відносить до процесуальних елементів. На відміну від них, О. С. Ткачук, як ми вище зазначали, виконання судових рішень виділяє в окрему групу, називаючи її легітимаційним елементом права на справедливий суд.

Втім, не всі науковці погоджуються з наведеною вище класифікацією елементів права на справедливий судовий розгляд та пропонують різні варіанти її удосконалення. Так, М. А. Погорецький та І. С. Гриценко уточнюють вищевказану класифікацію та пропонують виділяти такі структурні елементи права на ствердливий суд: 1) інституційні елементи (засади, що визначають організацію судової системи загалом і кожного судового органу зокрема, – створення суду на підставі закону, незалежність суду, безсторонність суду); 2) організаційно-функціональні елементи (засади, що поєднують критерії організації і функціонування суду, – доступ до правосуддя, рівність сторін, право на правову допомогу, публічність (гласність і відкритість) судового розгляду, обов'язковість судових рішень); 3) функціональні елементи (засади, що визначають процесуальний порядок і правила здійснення правосуддя, змагальність процесу, розумні строки розгляду справи); 4) спеціальні елементи (засади, що стосуються сфери кримінального процесу, – презумпція невинуватості, право на захист, право на перекладача) [10, с. 4-5].

Аналогічну позицію щодо цього питання має і Н. П. Сиза. Водночас, розглядаючи елементи права на справедливий суд (як засади організації та діяльності судової системи), вчена пропонує залежно від сфери дії виділяти три групи таких елементів, де організаційно-функціональні та інституційні елементи вищенаведеної класифікації об'єднуються в одну групу [11, с. 195].

Окреме бачення щодо розрізнення елементів права на справедливий суд має Г. І. Бережанський, який вважає, що поширені у сучасній науковій думці підходи до виокремлення елементів права на справедливий суд не завжди повною мірою відображають всю глибинну сутність цього поняття. А тому він вважає, що право на справедливий суд містить у собі такі чотири основні аспекти: змістовний, інституційний, матеріальний, процесуальний, які органічно доповнюють один одного та формують єдине комплексне розуміння аналізованої нами категорії [12, с. 193, 195]. На нашу думку, такий підхід до виокремлення елементів права на справедливий суд є хибним, адже автор намагається об'єднати тлумачення видів справедливості (формальна, змістовна та процедурна справедливість) та її структурну характеристику (виокремлення її складових елементів). Тобто автор поєднує якісно різні характеристики справедливості загалом та права на справедливий суд зокрема.

У процесуальній літературі також можна прочитати принципово інший підхід до структуризації права на справедливий судовий розгляд: науковці не виокремлюють узагальнені групи елементів цього права, а йдуть шляхом формулювання орієнтовного переліку його складових.

Так, на думку Н. М. Грень, основні елементи права на справедливий суд визначені в міжнародних стандартах та тлумачаться ЄСПЛ. А тому до них слід відносити: доступ до суду, публічність судового розгляду, незалежність та безсторонність суду, розумний строк розгляду, рівність учасників, справедлива (належна) процедура розгляду справи [13]. Аналогійні бачення цього питання мають В. В. Комаров і Н. Ю. Сакара [14, с. 13] та У. З. Коруц [15, с. 373].

В. В. Михайленко, аналізуючи положення ст. 6 ЄКПЛ, відповідно до її структури виділяє загальні та спеціальні правила права на справедливий суд. Так, вчена констатує, що ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ визначає загальні правила права на справедливий суд, ч. 2 ст. 6 ЄКПЛ – презумпцію невинуватості як спеціальну гарантію кримінального судочинства, а ч. 3 ст. 6 ЄКПЛ – специфічні гарантії справедливості кримінального провадження [16, с. 176-177]. Е. Л. Трегубов, виходячи з конструкції ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, стверджує, що у ній закріплено такі елементи права на справедливий судовий розгляд: 1) право на розгляд справи; 2) справедливість судового

розгляду; 3) публічність розгляду справи та проголошення рішення; 4) розумний строк розгляду справи; 5) розгляд справи судом, встановленим законом; 6) незалежність і безсторонність суду [17, с. 359].

Проте, на нашу думку, перелік окремих вимог-гарантій, які є складниками права на справедливий судовий розгляд, може бути лише орієнтовним. Адже, по-перше, у визначенні структурних елементів права на справедливий судовий розгляд слід не лише орієнтуватися на права, які закріплені в ЄКПЛ, а й враховувати і вимоги національного законодавства, правозастосовну практику та наукові розробки щодо тлумачення сутності справедливості кримінального провадження. А по-друге, досить складно повно та всебічно охопити всі аспекти справедливості судового розгляду з урахуванням динамічного тлумачення ЄСПЛ вимог ст. 6 ЄКПЛ, завдяки чому постійно відбувається розширення закріплених в ЄКПЛ вимог справедливості судочинства.

Зокрема, Т. А. Цувіна зазначає, що виконання судового рішення як елемент права на справедливий судовий розгляд текстуально не передбачене у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, проте завдяки еволюційному тлумаченню зазначеної статті у практиці ЄСПЛ з часом почало визнаватися невід'ємною гарантією цього права [18, с. 83]. Це підтверджується рішенням ЄСПЛ у справі «Горнсбі проти Греції», де наголошується, що відповідно до прецедентного права п. 1 ст. 6 гарантує кожному право на доступ до суду. Однак це право було б ілюзорним, якби правова система Договірної держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося на шкоду одній із сторін. Для цілей ст. 6 виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, має розцінюватися як складова частина «судового розгляду» [19, § 40].

Отже, вважаємо, що структуру права на справедливий судовий розгляд слід розкривати за допомогою визначення узагальнених груп елементів, які характеризують основні напрями забезпечення реалізації цього правового феномену. Вищенаведений аналіз різних класифікацій структурних елементів права на справедливий судовий розгляд дозволяє стверджувати, що найбільш виправданим та обґрунтованим є підхід, який дозволяє виокремити певні групи елементів цього комплексного права залежно від їхньої ролі (функції) в забезпеченні справедливості судочинства та хронологічної послідовності їх виникнення.

Пропонуємо таку класифікацію елементів (гарантій) права на справедливий судовий розгляд:

– забезпечувальний (попередній) елемент, що гарантує можливість ефективної реалізації права на суд (необтяжений юридичними чи економічними перешкодами доступ до суду);

– інституційні елементи (передумова справедливого суду) – вимоги щодо створення і функціонування судової системи загалом та окремого суду зокрема (законний склад суду (створений на підставі закону), незалежний, безсторонній суд);

– процесуальні (процедурні) елементи – загальні процесуальні вимоги щодо порядку і правил здійснення судочинства (змагальність процесу, рівність сторін, розумні строки, публічний (гласний і відкритий) розгляд, можливість закритого судового розгляду, публічне проголошення судового рішення, обґрунтованість та вмотивованість судового рішення, справедлива (належна) процедура);

– спеціальні (кримінальні процесуальні) елементи – додаткові процесуальні гарантії, які стосуються розгляду кримінальних проваджень (презумпція невинуватості, обґрунтованість обвинувачення, обізнаність щодо характеру і причини обвинувачення, право на захист, достатність часу і можливостей для підготовки захисту, право на перехресний допит, право на безоплатну допомогу перекладача);

– легітимаційний елемент – гарантії досягнення мети правосуддя, що забезпечують виконання остаточного судового рішення та правову визначеність кримінальних процесуальних відносин (виконання судових рішень, правова визначеність, остаточність (res judicata)).

Висновки

Запропонована нами класифікація структурних елементів права на справедливий судовий розгляд дозволяє повно та всебічно охопити всі складові елементи цього конвенційного стандарту. Виокремлення структурних елементів права на справедливий судовий розгляд має як науковий, так і прикладний характер. Адже саме систематизація дозволяє розкрити зміст цього правового феномена, що сприятиме забезпеченню його реалізації як у законотворчій, так і в правозастосовній практиці. Правильне розуміння суті цього правового феномена сприятиме кваліфікації певних діянь як порушення права на права на справедливий судовий розгляд з метою їх недопущення.

Список використаних джерел:

1. Гротрайан Э. Право на справедливое судебное разбирательство. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Комментарий к статьям 5 и 6. Москва, 1997. С. 93–122.

2. Сімонович Д. В. Європейські стандарти забезпечення прав людини у досудових стадіях кримінального процесу України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2011. 20 с.

3. Цувіна Т.А. Право на суд у цивільному судочинстві : монографія. Харків : Слово. 281 с.

4. Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практика её применения / под общ. ред. В. Туманова и Л. Энтина. Москва : НОРМА, 2002. С. 83–98.

5. Ткачук О. С. Класифікація елементів права на справедливий суд: національна теорія та практика Європейського Суду з прав людини. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Вип. 1. С. 71–77. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pjuv_2016_1_16 (дата звернення: 30.03.2020).

6. Ткачук О. С. Реалізація судової влади у цивільному судочинстві України: структурно-функціональний аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2016. 38 с.

7. Прокопенко О.Б. Право на справедливий суд : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Харків, 2011. 20 с.

8. Городовенко В.В. Забезпечення права на справедливий судовий розгляд. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 4. С. 60–62.

9. Энтин М.Л. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2003. № 3. С. 85–97.

10. Погорецький М. А., Гриценко І.С. Право на справедливий суд. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. 2012. № 91. С. 4–7.

11. Сиза Н.П. Система елементів права на справедливий суд. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2012. Вип. 20. Ч. 1. Том 4. С. 194–199.

12. Бережанський Г. І. Особливості розуміння права на справедливий суд. *Вісник кримінального судочинства*. № 3. 2017. С. 191–196. URL: https://vkslaw.knu.ua/images/verstka/3_2017_Berejanskyi.pdf (дата звернення: 30.03.2020).

13. Грень Н. М Право на справедливий суд: проблеми доступності та публічності. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 825. С. 132-237. URL: http://journals.uran.ua/index.php/2415-3818/article/view/87949 (дата звернення: 30.03.2020).

14. Комаров В.В. , Сакара Н.Ю. . Право на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві : навчальний посібник. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2007. 42 с.

15. Коруц У.З. Теоретичні аспекти регулювання права особи на справедливий судовий розгляд у національному праві та практиці Європейського суду з прав людини. *Право і суспільство*. 2013. № 6-2. С. 371–375. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/index.php/archiv?id=38 (дата звернення: 31.03.2020).

16. Михайленко В.В. Реалізація засади верховенства права у кримінальному провадженні : монографія. Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2019. 256 с.

17. Трегубов Е.Л. Право на справедливий суд у практиці Європейського суду з прав людини. *Форум права*. 2010. № 1. С. 358–363.

18. Цувіна Т. А. Виконання судових рішень у контексті права на справедливий судовий розгляд. *Проблеми законності*. 2018. Вип. 141. С. 80-93. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2018_141_9 (дата звернення: 31.03.2020).

19. Рішення у справі «Горнсбі проти Греції (Case of Hornsby v. Greece)». Страсбург, 19 березня 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_079 (дата звернення: 31.03.2020).

The article analyzes various approaches to structuring the right to a fair trial. It is determined that the complexity and multidimensionality of the right to a fair trial is not disputed by any of the scientists. However, there is no sustainable approach to its classification and structural elements among researchers of this question. The proposed classifications differ in content, scope and characteristic of the elements.

It is found that the most common is the affirmation that the right to a fair trial consists of organic, institutional, procedural and special elements. An analysis of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, of the practice of the European Court of Human Rights and scientific approaches to this problem allowed to detail the classification of the right to a fair trial and to distinguish its following structural elements: 1) guarantee (preliminary) element that insures the possibility to use of this right (access to court); 2) institutional elements (condition for fairness of court proceedings) - requirements for the establishment and functioning of the judicial system as a whole and of a separate court in particular (an independent, impartial court created based on the law); 3) processual (procedural) elements - general procedural requirements regarding the procedure and rules of judicial proceedings (adversarial of trial, equality of parties, reasonable terms, public trial, possibility of closed court proceedings, public pronouncement of court decision, validity and motivation of the decision, fair procedure); 4) special (criminal procedural) elements - additional procedural guarantees for trial of criminal proceedings (presumption of innocence, validity of the accusation, awareness of the nature and cause of the prosecution, the right for defense, sufficient time and capabilities for defense preparation, right to interrogation, right to free help of an interpreter); 5) legitimizing element - guarantees of achievement of the goal of justice, which ensures the legal certainty of criminal procedural relations (finality of the decision, its implementation).

Key words: fair trial, elements of right to a fair trial, access to a court, institutional elements, procedural elements, special elements.

УДК 343.136:343.18
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.52

Марина Городецька,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін та судових експертиз
Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЕЛЕМЕНТИ ПРЕДМЕТА ВІДАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Стаття присвячується дослідженню кримінально-правового та кримінально-процесуального елементів предмета відання у кримінальному процесі. Під час дослідження аналізуються теоретичні уявлення щодо прав, реалізація яких становить кримінально-правовий та кримінально-процесуальний елементи предмета відання у кримінальному провадженні. Підкреслюється, що зміст предмета відання суб'єктів кримінального провадження охоплює реалізацію як кримінальних, так і процесуальних прав. Відмінність предметів відання суб'єктів кримінального процесу полягає у їх неоднаковому наповненні вказаними правами у різній пропорційності. Змістове наповнення предмета відання органів обвинувачення включає: 1) реалізацію кримінальних прав у частині формулювання обвинувачення, визначення меж обвинувачення, заявлення кримінального позову у вигляді обвинувального акта; 2) реалізацію процесуальних прав у частині процедурних прав під час готування обвинувачення, окрім основоположних прав людини, у тому числі права на справедливий судовий розгляд. Змістове наповнення судових органів становить: 1) реалізацію кримінальних прав у частині остаточного вирішення питання щодо реалізації кримінального права та у частині його перегляду; 2) реалізацію процесуальних прав у частині процедурних прав під час остаточного вирішення кримінально-правового конфлікту та основоположні права та свободи людини. Робиться висновок, що кримінально-правовому елементу предмета відання відповідає реалізація кримінальних прав учасників, а кримінально-процесуальному елементу предмета відання – реалізація процесуальних прав учасників кримінального провадження. Підсумовується, що змістом предмета відання є реалізація кримінальних та кримінальних процесуальних прав учасниками кримінального провадження шляхом застосування органами кримінального судочинства норм кримінального та кримінального процесуального права. Виокремлення специфічних сукупностей серед вказаних прав щодо їх реалізації та норм щодо їх застосування є підставою для визначення предметів відання для певних суб'єктів – державних органів.

Ключові слова: права людини, кримінальні права, процесуальні права, норми, кримінальний процес, діяльність.

Постановка проблеми. Основним завданням кримінального провадження є забезпечення прав людини. Реалізація останніх лежить у сфері впливу суб'єктів кримінального судочинства, що забезпечують їх здійснення у перебігу досудового та судового провадження. У зв'язку з цим актуальним питанням є докладне дослідження прав людини, реалізація яких становить кримінально-правовий та кримінально-процесуальний елементи предмета відання у кримінальному провадженні.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Деякі проблемні питання предмета відання у кримінальному процесі були предметом наукового дослідження таких вчених, як: Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, О.В. Капліна, Л.М. Лобойко, А.А. Омаров, М.А. Погорецький, М.С. Цуцкірідзе та інших. Проте дослідники у своїх працях розглядали загальні питання вказаного предмета відання, науковці не опрацьовували окремо кримінально-правовий та кримінально-процесуальний елементи предмета відання у кримінальному провадженні.

Метою статті є дослідження кримінально-правового та кримінально-процесуального елементів предмета відання у кримінальному провадженні. Досягнення вказаної мети потребує вирішення таких завдань: визначення кримінально-правового елемента предмета відання у кримінальному процесі; визначення кримінально-процесуального елемента предмета відання у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи форми реалізації норм кримінального процесуального права, С.О. Касапоглу зазначає, що правозастосовний характер кримінальної

© М. Городецька, 2020

процесуальної діяльності насамперед пов'язаний із застосуванням *норм кримінального права*. Діяльність із застосування цих норм (мається на увазі кримінальних. – уточнення наше), дійсно, на думку авторки, здійснюють лише державні органи – органи досудового розслідування, прокурор і суд. С.О. Касапоглу зазначає, що одні з них формулюють обвинувачення особи у вчиненні конкретного кримінального правопорушення, передбаченого певною нормою кримінального права (органи розслідування і прокурор), підтримують його перед судом (прокурор), інші (суд) – остаточно застосовують цю норму, складаючи відповідний (правозастосовний) акт. Інші учасники кримінального процесу (підозрювані, потерпілі, свідки тощо) не наділені правом застосування *норм кримінального права*. Вони вправі впливати на перебіг застосування таких (кримінальних) норм, реалізовуючи норми *процесуального права* і будучи учасниками кримінального провадження, але не мають права самостійно застосовувати матеріальні норми (курсив наш. – М. Г.). Водночас С.О. Касапоглу підкреслює, що процесуальний же закон містить приписи – права, обов'язки, заборони, адресовані як «компетентним» (мається на увазі уповноваженим. – уточнення наше), так і всім іншим учасникам кримінального провадження [1, с. 75]. Заборону також можна представити у вигляді обов'язку – «обов'язок дотримуватися заборони» [1, с. 88].

Дійсно, варто погодитися з висловленими С.О. Касапоглу положеннями щодо реалізації усіма учасниками кримінального процесу кримінальних процесуальних прав та обов'язків (обов'язки у даному випадку включають дотримання заборон), при цьому у сфері реалізації уповноважених суб'єктів кримінального процесу знаходяться ще норми кримінального права.

Щодо забезпечення прав і свобод людини у кримінальній процесуальній сфері Т. О. Лоскутов зазначає, що, з одного боку, кримінальне судочинство спрямоване на реалізацію порушених (ймовірно, порушених) прав людини, що охороняються кримінальним законом, а з іншого – на здійснення прав людини, що регулюються кримінальним процесуальним законодавством. У зв'язку з цим Т. О. Лоскутов виокремлює *кримінальні права людини*, порушення яких зумовлює обов'язкове здійснення кримінального процесу, спрямованого на їх поновлення. При цьому, за твердженням Т. О. Лоскутова, залежно від порушеного кримінального права здійснюється певний обсяг кримінальної процесуальної діяльності (наприклад, у разі порушення кримінального права на життя обов'язковим є призначення експертизи). Тобто специфіка кримінальних прав людини зумовлює обсяг предмета кримінального процесуального регулювання (курсив наш. – М. Г.) [2, с. 77-78].

Іншими словами, порушення кримінальних прав людини тягне за собою потребу у їх відновленні. Таке відновлення відбувається у вигляді здійснення кримінального провадження, у якому встановлюються кримінальні процесуальні права, реалізація яких спрямована на урегулювання кримінальних прав людини. Аналізуючи викладене, можна зробити висновок про те, що у межах кримінального процесу *реалізуються кримінальні права та кримінальні процесуальні права та обов'язки*. При цьому кримінальні права реалізуються лише під час правозастосовної діяльності уповноважених органів, тоді як кримінальні процесуальні права та обов'язки реалізуються у результаті діяльності всіх учасників кримінального провадження. Проте щодо такої реалізації варто обов'язково враховувати тезу, що реалізація неуповноваженими учасниками кримінального провадження своїх кримінальних процесуальних прав та обов'язків відбувається обов'язково за участю уповноважених суб'єктів.

Хоча С. О. Касапоглу зазначає, що кожний із суб'єктів, незалежно чи то суб'єкти, що ведуть кримінальний процес, чи суб'єкти, які заінтересовані у його результатах, мають можливість здійснювати певну «автономну» діяльність з реалізації норм кримінального процесуального права, а також впливати на таку ж діяльність суб'єктів, які представляють державні інтереси (уповноважених або компетентних суб'єктів) [1, с. 82].

Проте, на нашу думку, важко погодитися з автором щодо автономної реалізації неуповноваженими учасниками кримінального провадження своїх кримінальних процесуальних прав та обов'язків.

Так, С. С. Алексєєв зазначив, що у процесі регулювання суспільних відносин можуть складатися два основних типи зв'язку між суб'єктивними юридичними правами та обов'язками: 1) правовідносини «пасивного типу» – певним особам надаються права на позитивні дії, а на всіх інших покладаються пасивні обов'язки утримуватись від дій певного роду; 2) правовідносини «активного типу» – на певних осіб покладено активні юридичні обов'язки здійснення позитивних дій, а зміст суб'єктивного права полягає в можливості вимагати цієї поведінки від зобов'язаної особи [3, с. 132-133].

Отже, коли суб'єктам, які ведуть кримінальний процес, надані права на виконання певних дій або прийняття певних рішень, то одночасно на інших учасників покладено відповідні обов'язки. Так само й навпаки, коли

учасникам кримінального провадження надані певні кримінальні процесуальні права, суб'єкти, що ведуть кримінальний процес? зобов'язані забезпечити вказані права учасників.

Л. М. Лобойко визначає, що під принципом диспозитивності у кримінальному процесі слід розуміти правове положення, згідно з яким суб'єктам кримінального процесу надається і забезпечується можливість вільно в межах закону вибирати способи поведінки для захисту своїх кримінально-правових і процесуальних прав, а також впливати на хід і результати кримінально-процесуальної діяльності, головним призначенням якого є забезпечення гнучкості та повноти захисту заінтересованими суб'єктами процесу своїх прав, а також стимулювання їхньої активності у захисті цих прав [4, с. 173].

Отже, незалежно від можливості учасників вільно в межах закону вибирати способи поведінки для захисту своїх кримінально-правових і процесуальних прав, така можливість має «надаватися» та «забезпечуватись». При цьому таке надання та забезпечення здійснюється саме суб'єктами, що ведуть кримінальний процес.

Правильно зазначає Л. М. Лобойко, що диспозитивна (дозволенева) система пов'язана із використанням правових засобів для належного врегулювання суб'єктивних прав та гарантій їх здійснення і, на перший погляд, не є інструментом забезпечення виконання завдань кримінального процесу. Ця система і пов'язаний з нею метод правового регулювання надає суб'єктам процесуальної діяльності можливість діяти у той чи інший спосіб. Але чи скористаються суб'єкти такою можливістю, а значить, і чи досягнуть вони очікуваного результату, – «все це залишається поза межами юридичної сфери» [4, с. 28-29].

О. В. Гладишева пише, що в об'єктивній формі захист законних інтересів забезпечує законодавець, встановлюючи процесуальний статус суб'єктів кримінальних процесуальних відносин; у суб'єктивній – носій законних інтересів, який реалізує відповідні права на свій розсуд. Законодавець та носій законних інтересів здійснюють цю діяльність безпосередньо. Правозастосовник – в опосередкованій формі, виконуючи закріплені законодавцем правила провадження, застосовуючи процесуальні засоби, сприяє здійсненню суб'єктами (учасниками. – уточнення наше. – М.Г.) їхніх процесуальних прав та виконанню обов'язків, притягуючи до встановленої відповідальності правопорушників, а також безпосередньо реалізуючи передбачені законодавством вимоги про захист та охорону суб'єктивних прав [5, с. 48].

Отже, як правильно визначає авторка, захист законних інтересів учасників (який породжує забезпечення прав та обов'язків) забезпечується: законодавцем, носієм (учасником провадження), уповноваженим суб'єктом, що веде кримінальний процес. Звичайно, що реалізація суб'єктивних прав та виконання обов'язків залежить і від законодавця, який їх встановлює; і від учасника, який має власний розсуд щодо їх реалізації; і від правозастосовника, який безпосередньо уповноважений на діяльність із забезпечення вказаних прав та обов'язків. У даному випадку нас цікавить саме форма забезпечення прав та обов'язків учасників провадження суб'єктами правозастосування, дослідження якої дасть можливість дійти певних висновків щодо об'єктивної форми захисту законодавцем у тому числі.

Можливість впливу суб'єктами кримінального процесу на реалізацію своїх прав учасниками кримінального провадження у даному випадку лежить у площині забезпечення (гарантії) таких прав. Питання, яке пов'язане з тим, чи дійсно учасники кримінального провадження скористаються наданими, «гарантованими» правами, дійсно лежить поза межами впливу суб'єктів кримінального процесу, а тому знаходиться у певній автономії. Тому ми можемо погодитись лише з частковою автономією реалізації своїх прав учасниками кримінального провадження у частині використання наданих «гарантованих» прав, але не можемо погодитися з визнанням наявності повної автономії у реалізації своїх кримінальних процесуальних прав учасниками кримінального провадження та дотримуємось позиції реалізації процесуальних прав та обов'язків учасниками кримінального провадження за обов'язкової участі уповноважених державних органів кримінального судочинства (хоча б у частині гарантування).

Суб'єкти кримінального процесу забезпечують можливість учасникам скористатися наданими кримінальними процесуальними правами. Безпосередня реалізація таких прав учасниками можлива без участі суб'єктів, що ведуть кримінальний процес. Проте останні, не забезпечивши можливість використання вказаних прав учасниками, можуть суттєво впливати на їх реалізацію.

Таким чином, суб'єкти кримінального провадження під час правозастосування впливають на реалізацію кримінальних прав та кримінальних процесуальних прав та обов'язків учасників кримінального провадження.

Можна зазначити, що під час кримінальної процесуальної діяльності державні органи, забезпечуючи право одного учасника, можуть застосувати передбачений законодавством примус до іншого учасника щодо

виконання відповідного обв'язку. Та навпаки, зобов'язуючи певного учасника до виконання певних обов'язків, водночас час органи кримінального переслідування забезпечують право іншого учасника. Отже, виконання обов'язку завжди пов'язане з реалізацією права. Тому у контексті змісту предмета відання доречніше буде вести мову лише про реалізацію прав учасників (маючи на увазі можливе одночасне здійснення учасниками і своїх обов'язків).

Предмет правового регулювання у кримінальному процесі, за визначенням Т. О. Лоскутова, мають визначати такі права людини: 1) кримінальні (є предметом регулювання кримінального закону); 2) конституційні (є предметом регулювання Конституції); 3) природні (конвенційні) (є предметом регулювання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та предметом інших міжнародно-правових актів, ратифікованих Україною); 4) суто процесуальні (є предметом регулювання кримінального процесуального закону) [2, с. 252].

Попри те, що кримінальні права є предметом регулювання кримінального права, варто погодитися з Т. О. Лоскутовим, що у цій частині предмет регулювання кримінального права та кримінального процесуального права збігаються. Так, з посиланням на М. І. Панова, Т. О. Лоскутов зазначає, що предмет правового регулювання кримінального і кримінально-процесуального права можуть бути представлені з погляду формально-логічного співвідношення понять як поняття перехресні, коли обсяг одного з них частково (в більшому або меншому ступені) входить в обсяг другого. Загальним для них у всіх випадках виступають такі явища або факти, що входять в обсяг предмета правового регулювання кожної з розглядуваних галузей права як злочин і вирішення питань щодо кримінальної відповідальності за нього та застосування покарання. Там само автор продовжує, що процеси реалізації норм кримінального і кримінального процесуального права є настільки взаємопов'язаними, що законодавець «змішав» ці поняття і визначив процес притягнення до кримінальної відповідальності (реалізацію норми кримінального права у формі застосування) як стадію кримінального провадження, яка починається з моменту повідомлення особі про підозру в учиненні кримінального правопорушення (п. 14 ч. 1 ст. 3 КПК) [2, с. 251].

Вище ми наводили вислів С. О. Касапоглу щодо того, що правозастосування уповноважених суб'єктів характеризується саме реалізацією норм кримінального права [1, с. 75]. А отже, характеризується регулюванням кримінальних прав у вигляді правозастосовних актів щодо притягнення особи до кримінальної відповідальності. Це стосується усіх уповноважених суб'єктів, які ведуть кримінальний процес. Представники сторони обвинувачення формулюють обвинувачення та підтримують його в суді, а судові органи приймають безпосередньо правозастосовний акт щодо притягнення до кримінальної відповідальності. Реалізація кримінальних прав у вигляді правозастосовної діяльності притаманна усім суб'єктам, які ведуть кримінальний процес.

Проте варто зазначити, що «запит» на реалізацію норм кримінального права виходить від органів обвинувачення, щодо чого дані органи готують підтверджуючі аргументи, формулюють обвинувачення. Судові органи мають оцінити аргументи обох сторін та остаточно вирішити питання щодо реалізації норм кримінального права, яке було ініційоване «запитом» сторони обвинувачення. На стадії підготовки обвинувачення суду органи не можуть ні в якому разі вирішувати питання реалізації норм кримінального права, оскільки запит сам по собі від сторони обвинувачення в суд ще не надійшов, а, можливо, за результатами досудової перевірки і не надійде. Проте кримінальна процесуальна діяльність вже розпочата з підготовки аргументів до суду. З метою забезпечення справедливого судового розгляду готуватися до суду мають обидві сторони, стороні захисту надається можливість захищатися. Саме забезпечення права на справедливий судовий розгляд, яке може залежати від забезпечення інших основоположних та процедурних прав, під час досудового провадження покладається на суд.

Тому зміст предмета відання суб'єктів кримінального провадження охоплює реалізацію як кримінальних, так і процесуальних прав. Відмінність предметів відання суб'єктів кримінального процесу полягає у їх неоднаковому наповненні вказаними правами у різній пропорційності.

Так, змістове наповнення предмета відання органів обвинувачення включає: 1) реалізацію кримінальних прав у частині формулювання обвинувачення, визначення меж обвинувачення, заявлення кримінального позову у вигляді обвинувального акта; 2) реалізацію процесуальних прав у частині процедурних прав під час готування обвинувачення, окрім основоположних прав людини, у тому числі права на справедливий судовий розгляд. Змістове наповнення судових органів становить: 1) реалізацію кримінальних прав у частині остаточного вирішення питання щодо реалізації кримінального права та у частині його перегляду; 2) реалізацію процесуальних прав у частині процедурних прав під час остаточного вирішення кримінально-правового конфлікту та основоположні права та свободи людини.

У структурі предмета відання компетентних органів Л. М. Лобойко виділяє кримінально-правовий елемент і кримінально-процесуальний елемент. До кримінально-правового елемента автор відносить вид злочину, а до кримінально-процесуального – характеристику особи, зв'язок кримінальних справ, альтернативність можливості провадження у справі, територіальну дію повноважень органу [6, с. 26]. Як ми бачимо, вчений пов'язав вказані елементи предмета відання з ознаками розподілу підслідності та підсудності. Проте, зважаючи на вплив органів на реалізацію прав учасниками кримінального провадження, можна запропонувати інше тлумачення. Кримінально-правовому елементу предмета відання відповідає реалізація кримінальних прав учасників, а кримінально-процесуальному елементу предмета відання – реалізація процесуальних прав учасників кримінального провадження.

Висновки

1. Зміст предмета відання становить реалізація кримінальних та кримінальних процесуальних прав учасниками кримінального провадження шляхом застосування органами кримінального судочинства норм кримінального та кримінального процесуального права. Виокремлення специфічних сукупностей серед вказаних прав щодо їх реалізації та норм щодо їх застосування є підставою для визначення предметів відання для певних суб'єктів – державних органів.

2. Кримінально-правовий елемент предмета відання становить реалізація кримінальних прав, а кримінально-процесуальний елемент предмета відання – реалізація процесуальних прав учасників кримінального провадження.

Перспективами подальших розвідок у даному науковому напрямі можуть стати такі: дослідження інших аспектів кримінально-правового та кримінально-процесуального елементів предмета відання у кримінальному провадженні; висвітлення інших елементів предмета відання у кримінальному процесі.

Список використаних джерел:

1. Касапоглу С.О. Реалізація норм кримінального процесуального права : монографія. Дніпро : Видавець Біла К.О., 2018. 306 с.

2. Лоскутов Т.О. Предмет регулювання кримінального процесуального права : монографія. Київ: Юридичний світ, 2016. 416 с.

3. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве : монография. Москва : Юридическая литература, 1966. 188 с.

4. Лобойко Л.М. Методи правового регулювання у кримінальному процесі України : дис... докт. юрид. наук: 12.00.09. Дніпропетровськ, 2006. 437 с.

5. Гладышева О.В. Теоретические основы обеспечения законных интересов личности в уголовном судопроизводстве : монография. Москва : Юрлитинформ, 2012. 192 с.

6. Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальна компетенція : монографія. Дніпропетровськ: Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2006. 188 с.

The article is devoted to the study of criminal law and criminal procedure elements of the subject of jurisdiction in criminal proceedings. The study analyzes the theoretical ideas about the rights, the implementation of which is a criminal law and criminal procedure elements of the subject matter in criminal proceedings. It is emphasized that the content of the subject matter of the subjects of criminal proceedings covers the implementation of both criminal and procedural rights. The difference between the subjects of jurisdiction of the subjects of criminal proceedings is that they are not filled with these rights in different proportions. The content of the subject of jurisdiction of the prosecution includes: 1) the implementation of criminal rights in terms of formulating the indictment, defining the boundaries of the accusation, filing a criminal lawsuit in the form of an indictment; 2) the exercise of procedural rights in terms of procedural rights during the preparation of charges, in addition to fundamental human rights, including the right to a fair trial. The content of the judiciary is: 1) the implementation of criminal rights in terms of the final decision on the implementation of criminal law and in terms of its revision; 2) realization of procedural rights in the part of procedural rights during the final resolution of the criminal-legal conflict, and fundamental human rights and freedoms. It is concluded that the criminal-legal element of the subject of jurisdiction corresponds to the realization of the criminal rights of the participants, and the criminal-procedural element of the subject of jurisdiction corresponds to the realization of the procedural rights of the participants in the criminal proceedings. It is concluded that the content of the subject of jurisdiction is the implementation of criminal and criminal procedural rights by participants in criminal proceedings, by applying the rules of criminal and criminal procedural law by criminal justice bodies. Separation of specific sets among the specified rights concerning their realization and norms concerning their application is the basis for definition of subjects of jurisdiction for certain subjects - state bodies.

Key words: human rights, criminal rights, procedural rights, norms, criminal proceedings, activities.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.53

Валентина Дрозд,
докт. юрид. наук, доцент,
начальник 3-го науково-дослідного відділу науково-дослідної лабораторії проблем правового та організаційного забезпечення діяльності Міністерства
Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ІНСТИТУТУ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ВИТРАТ ЗА КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ 2012 РОКУ

Стаття присвячена питанням унормування інституту процесуальних витрат у кримінальному провадженні України. З метою розкриття зазначеної тематики здійснено аналіз чинного кримінального процесуального законодавства України, окремих зарубіжних країн, а також приведені наукові позиції щодо розуміння поняття процесуальних витрат. Визначено, що в законодавстві колишніх пострадянських держав (Білорусії, Грузії, Молдови) передбачений ширший перелік процесуальних витрат. При цьому в КПК Білорусії закріплений диференційований порядок їх відшкодування, а в КПК Молдови даний інституту називається судовими витратами. Зроблено висновок про доцільність розширення та унормування в КПК України окремих процесуальних витрат. З'ясовано, що судові витрати розглядають у двох значеннях: 1) у широкому розумінні – як сукупність усіх затрат, понесених у зв'язку з протидією злочинності, розслідуванням суспільно небезпечних діянь та організацією кримінального судочинства; 2) у вузькому розумінні – як витрати, пов'язані зі здійсненням кримінального судочинства на певному його етапі або залученням окремого суб'єкта. Визначено, що інститут процесуальних витрат має профілактично-виховне значення, адже кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, повинен усвідомлювати той факт, що його невідворотно чекає не тільки кримінальне покарання, але й виконання обов'язків щодо відшкодування процесуальних витрат, пов'язаних із веденням кримінального провадження. Зроблено висновок щодо необхідності розширити перелік процесуальних витрат, які потребують відшкодування, зокрема, до наявного натепер переліку процесуальних витрат слід додати: 1) витрати, пов'язані з відшкодуванням матеріальних втрат, понесених у результаті проведення слідчих (розшукових) дій потерпілим, свідком та іншими учасниками, залученими до кримінального провадження; 2) витрати, пов'язані із застосуванням заходів безпеки до учасників кримінального провадження та інших осіб, що сприяють попередженню і розкриттю кримінального правопорушення, а також їхніх близьких родичів; 3) витрати, пов'язані з виплатою одноразової грошової допомоги у разі загибелі (смерті) особи або заподіяння особі тілесного ушкодження чи іншої шкоди її здоров'ю у зв'язку з участю в кримінальному провадженні.

Ключові слова: відшкодування шкоди, збитки, компенсація, фінансові затрати, правоохоронні органи.

Постановка проблеми. У сучасних реаліях протидія злочинним проявам, розслідування кримінальних правопорушень та запобігання їм не можливе без понесення фінансових затрат із боку держави. Окрім того, внаслідок учинення кримінального правопорушення потерпілому завдаються збитки, а під час досудового розслідування залучаються й інші учасники провадження (спеціаліст, експерт, захисник, перекладач тощо), яким також у повному обсязі мають бути відшкодовані понесені фінансові витрати. На досягнення вказаного спрямоване таке завдання кримінального провадження, як притягнення винуватої особи до кримінальної відповідальності. Адже у разі ухвалення судом обвинувального вироку, який має набути законної сили, на засудженого покладається тягар відшкодування процесуальних витрат. Разом із тим у цьому напрямі діяльності одним із важливих і пріоритетних завдань держави є мінімізація процесуальних витрат. Викладене свідчить про те, що натепер перед юридичною спільнотою та законодавцем стоїть завдання з розроблення і втілення в практичну площину відповідних механізмів, спрямованих на оптимізацію раціонального розподілу процесуальних витрат та їх повного відшкодування.

© В. Дрозд, 2020

Метою статті є напрацювання шляхів удосконалення теоретичної моделі інституту процесуальних витрат у кримінальному провадженні та розроблення рекомендацій з їх оптимізації в правозастосовній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Для сучасної кримінальної процесуальної діяльності інститут процесуальних витрат має суттєве значення. Свідченням цього є той факт, що даному інституту в Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК) відведене окрему Главу 8 «Процесуальні витрати», яка складається з дев'яти статей (ст. 118-126). У чинному КПК, на відміну від попередніх кодексів, даний інститут іменується як процесуальні витрати, а не як було раніше – судові витрати (ст. 91 КПК 1960 року). На нашу думку, така назва є більш коректною, оскільки процесуальні витрати пов'язані не тільки із судовим провадженням, а й з проведенням досудового розслідування. Крім того, законодавцем дещо розширено перелік процесуальних витрат, зокрема, до них включено витрати на правову допомогу, що зумовлено гуманізацією кримінального процесуального законодавства України. Також позитивним є виключення з переліку вказівки «інші витрати», яке є оціночним поняттям у кримінальному процесі.

Отже, інститут процесуальних витрат, як і сам кримінальний процес, є динамічним, мінливим явищем. Залежно від різних чинників – соціальних, економічних, політичних – він постійно змінювався, адаптуючись до життєвих реалій конкретного періоду часу. І це є цілком закономірно, оскільки в умовах перебудови державного устрою, укріплення демократичних засад постійно зростає усвідомлення важливості та значущості питання щодо запровадження тих видів процесуальних витрат, що мають бути відшкодовані. Досягнення такого балансу має вкрай вагоме значення, адже, з одного боку, є невід'ємним економічним складником держави, а з іншого – втіленням практичної реалізації принципу процесуальної економії.

Нині ефективна протидія злочинності, виявлення, припинення та розслідування кримінальних правопорушень, а також запобігання їм не можливе без фінансових та інших витрат, пов'язаних з утриманням правоохоронних органів і суду, оснащенням їх сучасними технічними засобами, підготовкою та перепідготовкою кадрів тощо. Разом із тим деякі з матеріальних витрат покладаються на учасників кримінального процесу. З приводу цього Ю. М. Дьомін цілком доречно зазначив, що в умовах сьогодення особливого значення набуває раціональне витрачання коштів, спрямованих на протидію злочинності. У зв'язку з цим постає досить важлива проблема судових витрат у кримінальному судочинстві як частини витрат держави, що можуть бути відшкодовані [1, с. 47].

Слід взяти до уваги і той факт, що інститут процесуальних витрат безпосередньо впливає на можливість реалізації особою права на отримання безоплатної правової допомоги, звернення до суду та отримання захисту з боку держави. В іншому разі можна вести мову про законодавче обмеження доступу до правосуддя, що гарантовано пунктом 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Проте у нормах цієї статті безпосередньо не міститься положень стосовно того, чи буде виступати порушенням права на справедливий судовий розгляд необхідність сплати судових витрат у разі звернення до суду. Європейський суд з прав людини виходить з того, що положення п. 1 ст. 6 КЗПЛ не означає беззастережного права на безкоштовне провадження. Вимога сплати зборів у зв'язку з поданням позовів сама по собі не може вважатися обмеженням права доступу до суду. При цьому Суд наголошує, що сума зборів, призначена у світлі конкретних обставин, включаючи спроможність заявника її сплатити та стадію, на якій перебував розгляд справи на той момент, коли обмеження було накладено, є важливими чинниками у визначенні того, скористалася ця особа своїм правом доступу до суду чи ні [2, с. 113]. У цьому ракурсі доцільно згадати Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи № R (81)7, в якій наголошено, що прийняття справи до провадження не повинно зумовлюватися сплатою державі якої-небудь грошової суми, розмір якої є нерозумним стосовно справи, яка розглядається. Тією мірою, якою судові витрати є явною перешкодою для доступу до правосуддя, їх треба по можливості скоротити або анулювати [3, с. 75].

Нині вдосконалення будь-якого кримінального процесуального інституту не можливе без урахування зарубіжного досвіду, з огляду на що доцільно дослідити законодавчі норми інших країн, зокрема пострадянських держав.

Так, у статтях 162, 163 КПК Республіки Білорусь встановлений перелік процесуальних витрат та порядок їх відшкодування особам, які залучені до сфери кримінального процесу [4]. Проаналізувавши КПК Білорусії, Н. А. Суховенко зазначила, що

суспільні відносини стосовно процесуальних витрат урегульовані лише двома юридичними нормами, які в межах кримінального процесуального законодавства структурно не відокремлені в окрему главу, а укладені в главі 18 «Процесуальні терміни, процесуальні витрати» розділу VI «Інші загальні положення» [5, с. 77-78]. Звернемо увагу, що в ст. 162 КПК Білорусії передбачено тринадцять видів процесуальних витрат, які підлягають відшкодуванню. При цьому порядок відшкодування таких витрат має певну диференціацію: наприклад, процесуальні витрати, передбачені пунктами 1-5 ч. 1 ст. 162 КПК Білорусії, виплачуються за постановою органу дізнання, особи, яка здійснює дізнання, слідчого, прокурора, судді або за ухвалою суду.

З аналізу ст. 90 КПК Грузії доходим висновку, що в її положеннях також передбачено досить таки розширений перелік процесуальних витрат. Водночас, на відміну від КПК Білорусії, за КПК Грузії довідку про процесуальні витрати на стадії слідства складає та подає її судді, що розглядає справу по суті, прокурор. Окрім того, досить цікавим є досвід цієї країни щодо методики обчислення судових витрат, які безпосередньо встановлює Вища рада юстиції Грузії. Так, у разі неявки учасника процесу до суду без поважних причин головуючий своїм розпорядженням накладає на нього штраф у розмірі від 100 до 5000 ларі, що не звільняє такого учасника процесу від обов'язкової явки. Розмір штрафу повинен мати стримуючий характер, бути пропорційним заподіяній шкоді і відповідати фінансовому становищу особи [6].

Як бачимо, в КПК Білорусії та Грузії правовому регулюванню інституту процесуальних витрат присвячено лише дві статті, водночас, на відміну від положень КПК України, в них більш деталізований перелік витрат, що підлягають відшкодуванню.

Заслуговує на увагу позиція законодавця Республіки Молдова, який процесуальні відносини щодо судових витрат унормував у Главі II. Так, у ст. 227 КПК Молдови закріплено, що судовими витратами є понесені відповідно до закону витрати для забезпечення нормального здійснення кримінального судочинства [7]. Водночас, на наш погляд, законодавець не досить правильно називає перераховані в ч. 2 ст. 227 КПК Молдови витрати судовими, адже вони також спричиняються на стадії досудового слідства, тому більш доречно їх іменувати процесуальними.

У контексті досліджуваного питання слід зазначити, що у законотворчій практиці європейських країн спостерігається дві основні тенденції щодо інституту процесуальних витрат. Відповідно до першої концепції частина таких витрат сплачується авансом, а згідно з другою – витрати не сплачуються взагалі або сплачуються особою на підставі судового рішення, постановленого за результатами розгляду справи.

Вважаємо, що, відносячи ті чи інші витрати до процесуальних, варто виходити з правової сутності даного інституту, при цьому слід пам'ятати, що стягнення процесуальних витрат не є ані додатковим заходом покарання за вчинене кримінальне правопорушення, ані цивільно-правовим заходом, оскільки відбувається не за договором чи цивільно-правовим зобов'язанням.

Предмет правового регулювання інституту процесуальних витрат є доволі широким, оскільки охоплює не тільки сукупність правовідносини з розподілу витрат, які виникають під час кримінального провадження між органом, що його здійснює, і особою, яка вчинила злочин.

Виходячи з аналізу юридичної літератури, можна зазначити, що інститут процесуальних витрат має свою власну внутрішню організаційну структуру, що складається з правових норм, які умовно діляться на дві частини: 1) норми, що регламентують порядок відшкодування витрат за рахунок державного бюджету; 2) норми, що регламентують порядок відшкодування витрат безпосередньо підозрюваним, обвинуваченим, засудженим та іншими особами, які несуть за законом матеріальну відповідальність за їхні дії.

Разом із тим не можна цілком погодитися з думкою О. Ю. Кузнєцова у тому, що судові витрати являють собою всі матеріальні витрати держави (прямі та опосередковані), спрямовані на протидію злочинності в країні, включаючи витрати на утримання судової влади та правоохоронних органів, а також фінансування їхньої діяльності. Процесуальні ж витрати, як вважає вчений, це витрати виключно на організацію кримінального судочинства [8, с. 45]. На нашу думку, не доцільно ототожнювати ці два поняття, оскільки судові витрати – це суми, що підлягають обчисленню та відшкодуванню лише на судових стадіях. У свою чергу, процесуальні витрати – це витрати у зв'язку зі здійсненням кримінального провадження в цілому, включаючи досудове розслідування і судове провадження.

Більш сучасні процесуалісті, наприклад Л. М. Лобойко, процесуальні витрати визнають як усі витрати, що були зроблені у зв'язку з кримінальним провадженням

[9], але і з таким баченням також не можемо погодитися в повному обсязі, адже це тільки ті витрати, компенсація яких передбачена законодавством. Тобто межі та порядок відшкодування процесуальних витрат безпосередньо має бути встановлений у відповідних нормах кримінального процесуального законодавства України.

Дещо ширше поняття процесуальних витрат надав В. В. Назаров, під якими правник розуміє передбачені кримінальним процесуальним законодавством витрати, пов'язані зі здійсненням кримінального провадження, відшкодування яких покладається на певних учасників кримінального провадження або ж в окремих випадках компенсується за рахунок Державного бюджету України в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України [10, с. 133]. Таким чином, можна говорити про судові витрати у двох значеннях, а саме: 1) у широкому розумінні – як про сукупність всіх затрат, понесених у зв'язку з протидією злочинності, розслідуванням суспільно небезпечних діянь та організацією кримінального судочинства; 2) у вузькому розумінні – як витрати, пов'язані зі здійсненням кримінального судочинства на певному його етапі або залученням окремого суб'єкта (наприклад, експерта, захисника, перекладача тощо).

Слід зазначити, що В. М. Демидов, який окремо досліджував матеріальні затрати на здійснення кримінального судочинства, стверджує, що судові витрати становлять певну частку матеріальних затрат, яких зазнають правоохоронні органи і суд у процесі своєї діяльності. Правове регулювання усіх інших витрат суспільства на кримінальне судочинство здійснюється за допомогою норм інших галузей права, зокрема трудового (регулювання умов праці робітників правоохоронних органів і суду); фінансового (виділення коштів на утримання правоохоронних органів) та інших [11, с. 2].

Як видається, норми інституту процесуальних витрат у кримінальному провадженні дещо схожі з нормами аналогічних інститутів цивільно-процесуального права і процесу, господарського процесу та ін. Водночас між ними існують певні відмінності, зокрема, з огляду на те, що кримінальна процесуальна діяльність більшою мірою заснована на публічному початку. Крім того, інститут процесуальних витрат тісно взаємопов'язаний з іншими інститутами кримінального судочинства, оскільки все кримінальне процесуальне законодавство спрямовано на суворе і неухильне дотримання прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, які залучаються до його сфери.

З урахуванням викладеного вище також можна зазначити, що інститут процесуальних витрат має профілактично-виховне значення, адже кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, повинен усвідомлювати той факт, що його невідворотно чекає не тільки кримінальне покарання, але й виконання обов'язків щодо відшкодування процесуальних витрат, пов'язаних із веденням кримінального провадження.

Висновки

Сучасний стан правового регулювання інституту процесуальних витрат свідчить, що положення, які визначають їх перелік, порядок обчислення, відшкодування та стягнення, зосереджені в КПК України 2012 р., низці Інструкцій та Постанов Кабінету Міністрів України, що зумовлює необхідність їх подальшого опрацювання з метою ефективної реалізації їх положень у практичній площині.

Нині правове регулювання інституту процесуальних витрат отримало свого розширення і гуманізацію, адже до їх переліку додано раніше скасовані витрати на правову допомогу. При цьому вважаємо, що практично всі види процесуальних витрат вимагають своєї додаткової регламентації як у кримінальному процесуальному законодавстві, так і в різних відомчих актах, інструкціях. На наш погляд, доцільно розширити перелік процесуальних витрат, які потребують відшкодування, зокрема, до наявного натепер переліку процесуальних витрат слід додати: 1) витрати, пов'язані з відшкодуванням матеріальних втрат, понесених у результаті проведення слідчих (розшукових) дій потерпілим, свідком та іншими учасниками, залученими до кримінального провадження; 2) витрати, пов'язані із застосуванням заходів безпеки до учасників кримінального провадження та інших осіб, що сприяють попередженню і розкриттю кримінального правопорушення, а також їхніх близьких родичів; 3) витрати, пов'язані з виплатою одноразової грошової допомоги у разі загибелі (смерті) особи або заподіяння особі тілесного ушкодження чи іншої шкоди його здоров'ю у зв'язку з участю в кримінальному провадженні.

Список використаних джерел:

1. Дьомін Ю. М. Процесуальні витрати за новим КПК України. *Європейські перспективи*. 2012. № 3. Ч. 3. С. 47-51.

2. Балюк М. І., Луспеник Д. Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. Харків : Харків юридичний, 2008. 708 с.

3. Богля С. С. Судові витрати у цивільному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 235 с.

4. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь : Закон Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З. *Кодексы Республики Беларусь*. URL: http://kodeksy.by/ugolovno-processualnyy-kodeks (дата звернення: 04.04.2020).

5. Суховенко Н. А. Процессуальные издержки как институт уголовно-процессуального права. *Веснік БДУ*. 2013. Сер. 3. № 3. С. 77-81.

6. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии : Закон Грузии от 09.10.2009 г. № 1772-IIс. URL: https://matsne.gov.ge/ru/document/download/90034/45/ru/pdf. (дата звернення: 04.04.2020).

7. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от 14.03.2003 г. № 122. URL : www.legislationline.orgdownloadaction downloadid4272fileMoldova_CPC_am2012_ru.pdf. (дата звернення: 04.04.2020).

8. Кузнецов О. Ю. Процессуальные издержки, вызванные реализацией принципа языка уголовного судопроизводства, и порядок их возмещения. *Современной право*. 2005. № 9. С. 45.

9. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : підручник. Київ : Істина, 2014. 432 с.

10. Назаров В. В. Кримінальний процес України : навчальний посібник. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2013. 488 с.

11. Демидов В. Н. Уголовный процесс и материальные затраты. Москва : Изд-во «СПАРК», 1995. 98 с.

The article is devoted to questions of normalization of the institute of procedural expenses in criminal proceedings of Ukraine. In order to disclose this topic, an analysis of the current criminal procedural legislation of Ukraine, some foreign countries, as well as the scientific position regarding the understanding of the concept of procedural costs, was carried out. It is determined that the legislation of the former post-Soviet states (Belarus, Georgia, Moldova) provides for a more extensive list of procedural costs. Moreover, in the CPC of Belarus a differentiated order of their compensation is fixed, and in the CPC of Moldova this institute is called legal costs. It is concluded that it is expedient to extend and normalize certain procedural costs in the CPC of Ukraine. Court costs have been found to have two meanings: 1) in the broad sense, as the totality of all costs incurred in combating crime, investigating socially dangerous activities and organizing criminal proceedings; 2) in the narrow sense, as the costs associated with the execution of criminal proceedings at a certain stage or the involvement of an individual entity. It is determined that the institute of procedural costs has a preventive and educational value, because everyone who has committed a criminal offense should be aware of the fact that he is inevitably faced not only with criminal penalties, but also with respect to the obligations to recover procedural costs related to the conduct criminal proceedings. It was concluded that the need to expand the list of procedural costs that require compensation, in particular, to the existing list of procedural costs should be added: 1) costs associated with compensation for material losses incurred as a result of investigative actions of victims, witnesses and other participants involved in criminal proceedings; 2) costs associated with the application of security measures to participants in criminal proceedings and other persons contributing to the prevention and disclosure of a criminal offense, as well as their close relatives; 3) expenses related to payment of lump sum financial assistance in case of death of a person or in case of personal injury or other harm to his/her health in connection with participation in criminal proceedings.

Key words: compensation, damages, compensation, financial costs, law enforcement.

УДК 343.162
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.54

Олександр Торбас,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

РОЛЬ СЛІДЧОГО СУДДІ В ПРОЦЕСІ ОЦІНКИ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Стаття присвячена аналізу ролі слідчого судді в процесі визнання доказів недопустимими на стадії досудового розслідування. У статті автор зазначає, що на практиці ч. 1 ст. 89 КПК України тлумачиться таким чином, що слідчі судді не мають права виносити рішення щодо допустимості або недопустимості доказів на стадії досудового розслідування, адже ці питання мають вирішуватись виключно судом під час ухвалення судового рішення. Тобто звертається увага на той факт, що слідчий суддя та суд – суб'єкти не тотожні, а тому вимоги ч. 1 ст. 89 КПК України поширюються виключно на суд. При цьому слідчі судді застосовують у своїй діяльності ч. 2 ст. 376 КПК України, складаючи неповні тексти ухвал.

Автор зазначає, що в ст. 94 КПК України не закріплено результат оцінки доказів, а лише вказані правила її здійснення. Якщо вести мову про власне недопустимість доказів, то порядок визнання доказів недопустимими встановлюється саме ст. 89 КПК України, тлумачення якої і викликає труднощі в процесі правозастосування. Автор робить висновок, що оцінка доказів здійснюється задля прийняття процесуального рішення, а визнання доказів недопустимими може вважатися лише інструментом на шляху до прийняття процесуальних рішень, однак не повинно вважатися самою метою оцінки доказів. І хоча така позиція узгоджується з положеннями КПК України, автор підкреслює, що вона має визнаватися помилковою. Адже якщо розглядати процес визнання доказів недопустимими як інструмент, то законодавець мав би передбачити порядок відмови у задоволенні клопотання про визнання доказів недопустимими саме через розділення процесу оцінки доказів від процесу прийняття певного процесуального рішення. Крім того, автор нагадує про «інший» порядок визнання доказів недопустимими, тобто встановлення очевидної недопустимості доказів.

У зв'язку з цим у статті робиться висновок, що положення ч. 2 ст. 89 КПК України мають поширюватись і на слідчих суддів, адже визнання доказів очевидно недопустимими з підстав істотного порушення вимог кримінального процесуального законодавства буде підставою для припинення незаконних дій стосовно учасників кримінального провадження.

Ключові слова: слідчий суддя, очевидно недопустимі докази.

Постановка проблеми. Чинний КПК України використовує велику кількість оціночних понять та положень, які не передбачають формування єдиного уніфікованого порядку здійснення всіх процесуальних дій у процесі прийняття відповідних процесуальних рішень. Тому уповноважені суб'єкти кримінального процесу мають застосовувати власний розсуд під час кримінальної процесуальної діяльності задля гарантування повного вирішення кримінального провадження. Найбільш типове застосування такого розсуду можливе саме під час оцінки доказів. Проте, незважаючи на важливість цього питання для правильного вирішення кримінального провадження, у правозастосувачів все ще немає єдиного тлумачення окремих положень КПК України, особливо у разі визначення ролі слідчого судді в процесі оцінки доказів, що і вказує на актуальність такої теми дослідження.

Метою статті є аналіз кримінального процесуального законодавства в частині встановлення ролі слідчого судді в процесі оцінки доказів у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 94 КПК України слідчі судді належать до суб'єктів оцінки доказів. Також не виникає сумнівів щодо здійснення слідчими суддями такої оцінки в процесі реалізації ними повноважень у сфері здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування. Водночас практика свідчить, що значна кількість слідчих суддів дещо інакше тлумачить положення КПК України саме в частині здійснення ними оцінки доказів. Так, відповідно до ч. 1 ст. 89 КПК України суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. На практиці

© О. Торбас, 2020

це положення тлумачиться таким чином, що слідчі судді не мають права виносити рішення щодо допустимості або недопустимості доказів на стадії досудового розслідування, адже ці питання мають вирішуватись виключно судом під час ухвалення судового рішення [1; 2]. У такому разі звертається увага на той факт, що слідчий суддя та суд – суб'єкти не тотожні, а тому вимоги ч. 1 ст. 89 КПК України поширюються виключно на суд. У такому разі дивною виглядає практика абсолютно протилежного тлумачення інших положень КПК України.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 376 КПК України, якщо складання судового рішення у формі ухвали (постанови) вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують усі судді. Повний текст ухвали (постанови) має бути складений не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини і оголошений учасникам судового провадження. Про час оголошення повного тексту ухвали (постанови) має бути зазначено у раніше складеній її резолютивній частині. Якщо використати аналогію ч. 1 ст. 89 КПК України, то положення ст. 376 КПК України також мають поширюватись лише на суд, а не на слідчих суддів. Водночас судова практика свідчить про діаметрально протилежну ситуацію [3; 4]. Таким чином, можна констатувати наявність неоднакового тлумачення положень КПК України, що дає змогу уповноваженим суб'єктам збільшувати обсяг повноважень там, де це спрощує їхню роботу, проте зменшувати його щодо питань, які потребують додаткового дослідження.

У зв'язку з цим необхідно встановити, чи правильно слідчі судді відмовляють у визнанні доказів недопустимими з огляду на положення ч. 1 ст. 89 КПК України. Як уже було зазначено, слідчі судді є суб'єктами оцінки доказів. Відповідно до ст. 94 КПК України оцінка доказів полягає в оцінці кожного доказу з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення, що здійснюється за внутрішнім переконанням уповноважених на те суб'єктів. Водночас цим положенням не закріплено результат такої оцінки, а лише вказані правила її здійснення. Якщо вести мову про власне недопустимість доказів, то порядок визнання доказів недопустимими встановлюються саме ст. 89 КПК України, тлумачення якої і викликає труднощі в процесі правозастосування. Так, А. Павлишин слушно зазначає, що з цієї норми не зовсім зрозуміло, на якому етапі судового провадження вирішується питання щодо недопустимості доказів: чи під час ухвалення вироку чи постановлення ухвали про закриття провадження, чи відразу після постановки перед судом питання про визнання доказів недопустимими [5, с. 361]. Судова практика чіткої відповіді на це питання не має, адже наявні приклади як визнання доказів недопустимими одразу після подання відповідного клопотання [6; 7; 8], так і під час винесення кінцевого рішення [9; 10].

О. Литвин, наприклад, виокремлює одразу два порядки визнання доказів недопустимими за критерієм очевидності/неочевидності недопустимості доказів. На думку вченого, у разі очевидної недопустимості доказів суд визнає цей доказ недопустимим під час судового розгляду, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. У разі, якщо докази не є очевидно недопустимими, суд вирішує питання про їх допустимість у разі їх оцінки у нарадчій кімнаті під час ухвалення підсумкового судового рішення [11, с. 61]. Очевидно, що такий підхід значною мірою залежить від надто оціночного поняття «очевидна недопустимість доказів», яке, навіть не зважаючи на увагу з боку науковців [12, с. 202; 13, с. 233], занадто залежить від факторів, які не завжди можна передбачити, а також від суддівського розсуду.

Відповідно до ст. 94 КПК України метою оцінки доказів є встановлення належності, допустимості, достовірності доказів задля прийняття відповідного процесуального рішення. Однак у такому разі більш важливою є проблема встановлення не мети, а результату оцінки доказів. І законодавець, і більшість учених тією чи іншою мірою вказують на два етапи в процесі оцінки доказів: перший – встановлення властивостей доказів (належність, допустимість, достовірність тощо); другий – використання результату встановлення властивостей доказів для прийняття процесуального рішення. У такому разі не уточнюється, про яке саме процесуальне рішення йдеться, адже оцінка доказів, що становлять локальний предмет доказування, може відбуватися на будь-якому етапі здійснення кримінального провадження. Головне, на що звертається увага, – оцінка доказів здійснюється *задля* прийняття процесуального рішення. У зв'язку з цим можна зробити досить цікавий висновок, що, наприклад, визнання доказів недопустимими є лише інструментом на шляху до прийняття процесуальних рішень, однак не повинно

вважатися самою метою оцінки доказів. У такому разі прийняття окремих рішень про визнання доказів недопустимими суперечить логіці законодавця, яка визначена в ст. 94 КПК України, адже процес визнання доказів недопустимими є лише проміжним перед прийняттям відповідного процесуального рішення. Така концепція також узгоджується з положеннями ст. 89 КПК України, відповідно до якої суд вирішує питання допустимості доказів у нарадчій кімнаті саме під час ухвалення судового рішення. Однак така позиція, навіть не зважаючи на її підтвердження різними положеннями КПК України, має визнаватися помилковою насамперед через уже наявну судову практику.

Справді, далеко на завжди суд окремими ухвалами визнає докази недопустимими, проте також достатня кількість і таких ухвал. Якщо розглядати процес визнання доказів недопустимими як інструмент, то законодавець мав би передбачити порядок відмови у задоволенні клопотання про визнання доказів недопустимими саме через розділення процесу оцінки доказів від процесу прийняття певного процесуального рішення. Проте положень, які підтверджують таку позицію, в КПК України немає.

Крім того, не можна забувати, що відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК України у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Тобто законодавець передбачив можливість зупинення дослідження доказів ще до моменту прийняття кінцевого процесуального рішення. Таким чином, можна стверджувати, що навіть незважаючи на положення ст. 94 КПК України, визнання доказів недопустимими не повинно вважатися лише проміжним етапом на шляху до винесення процесуального рішення, а може розглядатися як самостійне процесуальне рішення.

У такому разі більш проблематичним є питання поширення положень, які передбачені в ч. 2 ст. 89 КПК України, і на слідчих суддів. Позиція щодо неможливості використовувати вказане положення в діяльності слідчих суддів лише через те, що в ст. 89 КПК України йдеться про суд, автоматично суперечить загальновживаній практиці використання ст. 376 КПК України, про що вже було зазначено. Тому такий аргумент не може бути врахований.

Очевидно, що прийняття будь-яких юридично значущих рішень обов'язково має тягнути за собою оцінку доказів. Відповідно, такою діяльністю займається і слідчий суддя, що, по суті, ніким не оспорюється. Проблема виникає в той момент, коли слідчому судді прямо заявляють клопотання про визнання доказу недопустимим. У такому разі найбільш логічним виглядає висновок, відповідно до якого слідчі судді, будучи суб'єктами оцінки доказів, також мають право прямо визнавати докази недопустимими. Такий висновок узгоджується з можливістю оскаржувати підозри до слідчих суддів, адже якщо слідчі судді мають право визнавати незаконними чи необґрунтованими підозри, то можливість встановлення ними допустимості чи недопустимості доказів не повинна оспорюватись. Однак на законодавчому рівні має бути уточнення щодо випадків та наслідків визнання таких доказів недопустимими.

Суд має право одразу встановлювати недопустимість доказів у тому разі, коли така недопустимість є очевидною. Цілком логічним буде висновок, що таке правило має бути поширене і на слідчих суддів, адже підстави для визнання очевидної недопустимості доказів пов'язані насамперед з грубим порушенням прав та законних інтересів учасників кримінального провадження, і такі порушення мають бути виявлені та припинені ще на стадії досудового розслідування. Випадки «неочевидної» недопустимості доказів слідчим суддям встановити значно складніше, особливо з огляду на обмежений арсенал процесуальних можливостей порівняно із судовим розглядом.

Висновки

Таким чином, задля усунення суперечностей у процесі тлумачення та застосування норм КПК України пропонується ч. 2 ст. 89 КПК України викласти в такій редакції: «У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час *судового засідання слідчий суддя*, суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате». У такому разі чітко визначено, що слідчі судді мають право визнавати докази недопустимими у разі очевидних порушень вимог законодавства. На користь такої позиції також свідчить той факт, що визнання доказів очевидно недопустимими з підстав істотного порушення вимог кримінального процесуального законодавства буде підставою для припинення незаконних дій стосовно учасників кримінального провадження та гарантування можливості відшкодування ними шкоди у разі вчинення незаконних дій

з боку правоохоронних органів, що, по суті, є одним із ключових завдань слідчих суддів у процесі здійснення судового контролю на стадії досудового розслідування.

Список використаних джерел:

1. Ухвала слідчого судді Млинівського районного суду Рівненської області від 09.06.2017, справа № 566/612/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67013295 (дата звернення: 11.04.2020).

2. Ухвала слідчого судді Березанського районного суду Миколаївської області від 31.07.2014, справа № 469\909\14-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51484476 (дата звернення: 11.04.2020).

3. Ухвала слідчого судді Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 21.12.2019, справа № 359/11384/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86536987 (дата звернення: 11.04.2020).

4. Ухвала слідчого судді Корольовського районного суду м. Житомира від 22.03.2018, справа № 296/2271/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72976749 (дата звернення: 11.04.2020).

5. Павлишин А. Окремі питання допустимості доказів за Кримінальним процесуальним кодексом України 2012 р. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2014. Вип. 59. С. 356–364.

6. Ухвала Рогатинського районного суду Івано-Франківської області від 14.02.2018, справа № 349/513/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72185031 (дата звернення: 11.04.2020).

7. Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 14.11.2018, справа № 359/6626/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78261341 (дата звернення: 11.04.2020).

8. Ухвала Миргородського міськрайонного суду Полтавської області від 26.06.2018, справа № 398/3271/16-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74983185 (дата звернення: 11.04.2020).

9. Вирок Рівненського районного суду Рівненської області від 13.06.2017, справа № 570/384/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67506796 (дата звернення: 11.04.2020).

10. Вирок Ленінського районного суду м. Запоріжжя від 10.02.2014, справа № 334/8847/13-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38232086 (дата звернення: 11.04.2020).

11. Литвин О.В. Кримінально-процесуальне доказування у стадії судового розгляду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2015. 214 с.

12. Захаров Д.О. Роль суду у формуванні доказової бази у кримінальному провадженні. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2012. Т. 25, № 2. С. 202–203.

13. Тютюнник В.В. Очевидна недопустимість доказів як критерій здійснення окремої судової процедури визнання доказу недопустимим під час судового провадження. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. № 9-1. С. 233–236.

This article examines the role of investigating judge in the process of recognizing evidence as inadmissible during pre-trial investigation. In the article author notes that in practice Part 1 of Art. 89 of the CPC of Ukraine is interpreted as grounds for investigating judges not to adjudicate admissibility or inadmissibility of evidence during pre-trial investigation, since these issues should be resolved exclusively by the court when adjudicating. Attention is drawn to the fact that investigating judge and court – different subjects of criminal proceedings, and therefore the requirements of Part 1 of Art. 89 of the CPC of Ukraine apply exclusively to the court. Yet investigating judges apply Part 2 of Art. 376 of the CPC of Ukraine, drafting incomplete texts of resolutions, which brings confusion in the process of interpretation of criminal procedural norms.

Author notes that in Art. 94 of the CPC of Ukraine result of the evaluation of evidence is not fixed and only rules of its implementation are specified. Procedure for recognizing the evidence inadmissible is set out in Art. 89 of the CPC of Ukraine, the interpretation of which causes difficulties in the law enforcement process. Author concludes that assessment of evidence is made for the purpose of a procedural decision, and the recognition of evidence as inadmissible can only be considered as an instrument in the process of making procedural decisions but should not be considered as the sole purpose of evaluating the evidence. Although this position is consistent with the provisions of the CPC of Ukraine, author emphasizes that it should be erroneous. After all, if we consider the process of recognition of evidence inadmissible as a tool, legislator would have to provide the procedure for refusing to satisfy request for recognition of evidence inadmissible precisely by separating the process of evaluation of evidence from the process of making a certain procedural decision. In addition, the author recalls the "other" order of recognition of evidence inadmissible, i.e. in the cases of obviously inadmissible evidence.

In this regard, author concludes that the provisions of Part 2 of Art. 89 the CPC of Ukraine should also extend to investigating judges, since recognition of evidence obviously inadmissible on the grounds of violation of requirements of criminal procedural law will be grounds for termination of illegal actions against participants in criminal proceedings.

Key words: investigating judge, obviously inadmissible evidence.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.55

Сергій Шульгін,
аспірант кафедри кримінального права та правосуддя
Міжнародного економіко-гуманітарного університету
імені академіка Степана Дем'янчука

ВИКОРИСТАННЯ МАТЕРІАЛІВ КОНТРРОЗВІДУВАЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті проведено аналіз використання матеріалів контррозвідувальної діяльності як доказів у кримінальному провадженні як на стадії досудового розслідування, так і на стадії судового розгляду.

В ході проведеного дослідження установлено, що слідчі, прокурори на підставі ст. 99 КПК України використовують у доказуванні матеріали контррозвідувальні діяльності. Іншою є ситуація з такими доказами на стадії судового розгляду, де одні суди (як правило першої інстанції) визнають такі докази допустимими, інші ж ні.

На підтвердження власної позиції наведено посилання на рішення судів першої та касаційної інстанції. Причому Верховний Суд сформував правову позицію, за якою матеріали контррозвідувальної діяльності можуть використовуватись як докази у кримінальному провадженні.

Доведено, що матеріали контррозвідувальної діяльності після здійснення їх розсекречування (зняття грифу секретності) можуть бути підставою для внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань згідно зі ст. 214 КПК України та початку досудового розслідування. Слідчий, прокурор можуть також витребувати матеріали контррозвідувальної діяльності у відповідних оперативних підрозділів у порядку ст. 93 КПК України та долучити до матеріалів кримінального провадження.

Обґрунтовано висновок, що положення КПК України не поширюються на порядок вжиття контррозвідувальних заходів, у зв'язку з чим є неправильним їх ототожнення з негласними слідчими (розшуковими) діями.

Вважаємо, що на результати контррозвідувальної діяльності не поширюються вимоги ст. 253 КПК України щодо обов'язку слідчого, прокурора здійснити повідомлення особи, конституційні права якої були обмежені у зв'язку зі вжиттям відповідних заходів.

Крім того, матеріали контррозвідувальної діяльності не потребують додаткового дозволу слідчого судді на їх використання у кримінальному провадженні за правилами ч. 1 ст. 257 КПК України.

Звернено увагу на те, що матеріали контррозвідувальної діяльності повною мірою відповідають вимогам, що висуваються ст. 99 КПК України до документів, а за умови дотримання врегульованого законом вжиття відповідних заходів можуть використовуватись як докази у кримінальному провадженні.

Ключові слова: належність доказів, негласні слідчі (розшукові) дії, контррозвідувальна діяльність, оперативно-розшукова діяльність, документи у кримінальному провадженні.

Постановка проблеми. Новітня історія України є досить бурхливою. За останні шість років наша держава пережила найсильніші потрясіння, яких вона не знала від початку своєї незалежності. Особливо складним був 2014 рік, у який на теорії Донецької та Луганської областей розпочалась війна. Як показало життя, Україна до цієї війни виявилась абсолютно не готовою. Не були підготовлені ані силові органи, ані законодавство.

Задля якнайшвидшого створення умов для діяльності правоохоронних органів щодо протидії терористичній діяльності законодавець нашвидкуруч вносив зміни до законодавства, практика застосування якого, якщо була неефективною, то суперечила іншим законодавчим приписам.

Через швидкоплинність подій, що відбувались у зазначених регіонах, а також фактичну паралізацію роботи органів досудового розслідування задля документування терористичної діяльності учасників терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР» оперативні підрозділи Служби безпеки України (далі – СБУ) вживали необхідних контррозвідувальних заходів.

Як показала практика, здійснення контррозвідувальної діяльності (далі – КРД)

© С. Шульгін, 2020

є ефективним засобом отримання доказів про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зокрема щодо злочинів проти основ національної безпеки, злочинів терористичної спрямованості, а також злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

За період проведення Операції об'єднаних сил (до 30 квітня 2018 року – Антитерористичної операції) на території Донецької та Луганської областей оперативними підрозділами СБУ отримано значну кількість матеріалів КРД, спрямованих до органів досудового розслідування, які були використані в доказуванні у кримінальних провадженнях, однак через недосконалість законодавства виникли проблеми з використанням цих матеріалів як доказів у кримінальному провадженні.

Основу негласних заходів у кримінальному провадженні складають негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД), проблемним питанням яких присвятили свої праці Ю.Ю. Бражнік, О.М. Дроздов, С.С. Кудінов, О.Г. Шило та інші вчені. Також науковці, зокрема О.А. Білічак, В.Д. Пчолкін, О.П. Снігерьов, А.М. Титов, досліджували проблемні питання використання у доказуванні матеріалів ОРД. Проблемам дослідження контррозвідувальної діяльності в Україні приділили значну увагу А.В. Ватраль, А.А. Венедіктов, М.А. Погорецький, Є.Д. Скулиш, О.В. Шамара, О.М. Юрченко та інші науковці. Більшість таких досліджень містить грифи обмеження з огляду на специфіку та методи вжиття відповідних заходів, що є абсолютно логічним. Водночас на теоретичному рівні дослідження використання матеріалів КРД як доказів у кримінальному провадженні відсутні.

Метою статті є здійснення аналізу практики використання органами досудового розслідування та судами як доказів матеріалів КРД, проблем, які з цим пов'язані, а також формулювання пропозицій щодо вдосконалення національного законодавства для усунення проблем у правозастосуванні.

Виклад основного матеріалу. Перш за все, згідно з ч. 1 ст. 9 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», відомості про організацію, плани, зміст, форми, методи, засоби, фінансування та матеріально-технічне забезпечення, *результати контррозвідувальної діяльності* (курсив мій – С. Ш.) становлять державну таємницю; відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 8 «Про державну таємницю», до державної таємниці у порядку, встановленому цим Законом, належить інформація у сфері державної безпеки та охорони правопорядку про засоби, зміст, плани, організацію, фінансування та матеріально-технічне забезпечення, форми, методи *і результати* (курсив мій – С. Ш.) оперативно-розшукової, розвідувальної і контррозвідувальної діяльності.

Отже, перш ніж вирішувати питання про використання як доказів матеріалів КРД, необхідно здійснити їх розтаємнення (зняття грифу секретності).

Виникає логічне питання, до якого процесуального джерела доказів слід віднести матеріали контррозвідувальної діяльності.

Відповідно до ч. 2 ст. 84 КПК України процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів. Аналізуючи види процесуальних джерел доказів, вважаємо, що матеріали контррозвідувальної діяльності найбільш повно підпадають під поняття документів.

Згідно з ч. 1 ст. 99 КПК України документом є спеціально створений задля збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

За таких обставин матеріали КРД повною мірою підпадають під поняття документів та можуть бути використані як докази у кримінальному провадженні. Таку ж думку підтримали всі 10 опитаних нами прокурорів Департаменту нагляду у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених в умовах збройного конфлікту Офісу Генерального прокурора.

Водночас у ч. 2 ст. 99 КПК України визначено, що матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» за умови відповідності вимогам цієї статті, є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази.

Законодавець визначає за можливе використання як доказів (документи) матеріали, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», у яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб. Згідно з ч. 1 ст. 2 зазначеного Закону оперативно-розшукова діяльність (далі – ОРД) – це система гласних і негласних пошукових, розвідувальних та *контррозвідувальних заходів* (курсив мій – С. Ш.), вжиття яких відбувається із застосуванням оперативних та оперативно-

технічних засобів. У п. 1 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» визначено, що для виконання визначених законом завдань та за наявності підстав, передбачених ст. 6 цього Закону, в ході контррозвідувальної діяльності органи, підрозділи та співробітники СБУ мають право здійснювати контррозвідувальний пошук, вживати *оперативно-розшукових заходів* (курсив мій – С. Ш.) з використанням оперативних та оперативно-технічних сил і засобів, опитувати осіб за їх згодою, використовувати їх добровільну допомогу.

Наведені положення обох Законів яскраво свідчать про те, що вони є взаємопов'язаними та взаємодоповнюючими. Приєднуємось до висловленої в науці думки про те, що разом з ОРД законодавством України було врегульовано інший вид діяльності у сфері забезпечення державної безпеки, а саме контррозвідувальну діяльність. У 1992 році Законом України «Про Службу безпеки України» детально висвітлено завдання специфічного виду діяльності, покладеного на СБУ, під якою розуміється КРД, проте її поняття та організаційні основи не були визначені. Більш того, власне термін «контррозвідувальна діяльність» не використовувався. Замість цього певні норми Закону України «Про Службу безпеки України» були відсилочними на відповідні норми у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність». Таким чином, на певному етапі розвитку й становлення системи правового регулювання забезпечення державної безпеки законодавчо було врегульовано порядок здійснення відповідних прав та обов'язків згідно із Законами України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про Службу безпеки України», механізм роботи за оперативно-розшуковими справами в інтересах контррозвідки. Водночас особливості правових основ роботи за оперативно-розшуковими справами (обмежений строк ведення оперативно-розшукових справ, їх спрямованість на виявлення та попередження саме злочинів, що не є першочерговими й характерними для контррозвідки) значно ускладнювали виконання покладених на СБУ завдань у сфері забезпечення державної безпеки [3, с. 134].

У практиці органів досудового розслідування матеріали КРД перш за все слугували підставою для початку досудового розслідування згідно зі ст. 214 КПК України. Непоодинокими є випадки використання таких матеріалів в уже розпочатих кримінальних провадженнях, зокрема, шляхом витребування слідчим, прокурором у відповідних оперативних підрозділів матеріалів КРД в порядку ст. 93 КПК України.

Водночас у провадженні слідчих Головного слідчого управління Служби безпеки України (до 20 листопада 2019 року також слідчих Головної військової прокуратури Генеральної прокуратури України) перебувають так звані літерні провадження, які є досить об'ємними, у яких, окрім іншого, досліджуються обставини створення та діяльності терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР». Направлені оперативними підрозділами матеріали контррозвідувальної діяльності, що стосуються обставин, які досліджуються в цих кримінальних провадженнях, приєднувались до них. За наявності підстав, передбачених ч. 1 ст. 276 КПК України, відповідній особі (особам) повідомлялось про підозру, а матеріали щодо неї виділялись в окреме провадження.

За таких обставин слідчі та прокурори використовують матеріали контррозвідувальної діяльності як докази у кримінальному провадженні на підставі ст. 99 КПК України. З огляду на викладене заслуговує на підтримку думка А.А. Венедіктова про те, що результати цих заходів повинні мати відповідну форму, аби їх можна було використати для початку кримінального провадження, забезпечення кримінального процесуального доказування (як докази відповідно до ч. 4 ст. 99 КПК України, а також для прийняття процесуальних рішень слідчим, прокурором) [1, с. 15].

Інша ситуація має місце під час використання цих доказів у судах. Зокрема, вироком Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 27 жовтня 2017 року (справа № 221/2362/15-к) визнано недопустимим доказом протокол за результатами вжиття негласного розшукового заходу, складеного на підставі п. 6 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», ч. 3 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» з долученим до нього оптичним диском, оскільки наведені положення Законів дають право здійснювати відповідні заходи, виключаючи мету попередження, своєчасного виявлення й припинення розвідувальних, терористичних та інших посягань на державну безпеку України, отримання інформації в інтересах контррозвідки, тоді як за положеннями ст. ст. 223, 246 КПК України слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні [4].

Вироком Селидівського міського суду Донецької області від 7 лютого 2017 року (справа № 237/951/16-к) визнано недопустимим доказом протокол за результатами

вжиття негласного розшукового заходу за контррозвідувальною справою (зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж), складений на підставі ч. 3 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», ч. 1 ст. 5 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», оскільки стороною обвинувачення не надано доказів законності вжиття негласного розшукового заходу, а лише міститься посилання на ухвалу слідчого судді апеляційного суду, сама ж ухвала суду не надана.

Крім того, суд зазначив, що протокол за результатами вжиття негласного розшукового заходу разом з доданим до нього оптичним диском в порушення вимог ч. 3 ст. 252, ч. 2 ст. 257 КПК України протягом 24 годин з моменту припинення негласної розшукової дії не був переданий прокурору. Цей протокол з оптичним диском, як й інші додатки до повідомлення про протиправне діяння, що місить ознаки злочину, був надісланий до т. в. о. начальника УСБУ у Донецькій області. Також суд визнав порушенням вимог ст. 253 КПК України неповідомлення підозрюваного як особу, конституційні права якої були обмежені, про факт і результати негласної розшукової дії [5].

З обох наведених випадків вбачається, що суди, окрім посилання на вищезазначені Закони, додатково посилаються на положення КПК України, ототожнюючи матеріали КРД з НСРД, що, на наш погляд, є неправильним. З огляду на викладене слушною є висловлена в науці думка про те, що чинним законодавством взагалі не визначено поняття «контррозвідувальні заходи», тому не можна однозначно ставитися до твердження про те, що оперативно-розшукова діяльність включає також контррозвідувальну діяльність [3, с. 131]. Також сюди варто віднести процесуальну діяльність з проведення НСРД. Варто погодитись з М.А. Погорецьким, який зазначає, що під час аналізування норм цього Закону вбачається намагання законодавця охопити різні види діяльності, яким притаманні лише деякі спільні риси і які тільки з урахуванням історико-політичного фактору, але без достатнього наукового обґрунтування опинилися в одному режимі правового регулювання, що породило численні проблеми в діяльності оперативних підрозділів [2, с. 25].

Водночас протилежну позицію, яка, на нашу думку, є правильною, висловлено у вироку Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 9 червня 2017 року (справа № 235/7057/15-К). Визнаючи допустимим доказом протокол за результатами вжиття негласного розшукового заходу, суду зазначив, що під час судового розгляду суду не надані ухвали слідчого судді, на підставі яких були проведені негласні розшукові дії, на що вказувала сторона захисту, але ці ухвали мають гриф «цілком таємно», а тому не можуть бути долучені до матеріалів кримінального провадження без зняття грифу секретності.

Оцінюючи зазначений доказ, а саме збереження грифу «цілком таємно», маємо виходити як із національного законодавства, так і з рішення Європейського суду з прав людини, а саме позиції, викладеній у Рішенні «Мірілашвілі проти Росії» від 11 грудня 2008 року, в якому зазначено, що суди повинні перевіряти, чи були причини збереження в таємниці документів відповідними та достатніми. Коли документальні докази скриваються з міркувань «національної безпеки», суд застосовує менш суворі норми. Крім того, в Рішенні вказано на зацікавленість сторони захисту в розкритті документів із суспільним інтересом зі збереженням їх у таємниці, а також на важливість не розкриття стороні захисту [6].

З огляду на положення ч. 1 ст. 257 КПК України про те, що якщо в результаті проведення НСРД виявлено ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у цьому кримінальному провадженні, то отримана інформація може бути використана в іншому кримінальному провадженні тільки на підставі ухвали слідчого судді, виникає питання, чи можливе використання матеріалів КРД у кримінальному провадженні без відповідного дозволу слідчого судді, оскільки такі матеріали проводилися за межами досудового розслідування взагалі.

Так, у вироку Краматорського міського суду Донецької області від 10 червня 2016 року (справа № 234/16050/15-к) суд, визнаючи допустимим доказом протокол за результатами вжиття негласних розшукових заходів, зазначив, що дозвіл на використання цього доказу у кримінальному провадженні надано ухвалою апеляційного суду [7].

Вважаємо, що приписи ст. 257 КПК України не поширюються на матеріали КРД, а тому відповідного дозволу на їх використання у кримінальному провадженні не потрібно.

Аналогічну правову позицію щодо цього висловив Верховний Суд, який у Постанові від 15 лютого 2018 року (справа № 239/621/15-к) зазначив, що посилання захисту на порушення ст. 257 КПК України щодо того, що інформація, отримана в результаті проведення НСРД без ухвали слідчого судді, постановленої за результатами розгляду відповідного клопотання про-

курора, є необґрунтованим, оскільки такі дії проводились на підставі ст. 5 Закону України «Про боротьбу з тероризмом», ст. ст. 1, 7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» та ухвали голови апеляційного суду [8]. Про послідовність правових позицій Верховного Суду щодо цього свідчить також Постанова від 3 березня 2020 року (справа № 221/2901/15-к), у якій зазначено, що, згідно з матеріалами кримінального провадження, сторона захисту на стадіях судового та апеляційного розгляду не висловлювала застережень про недопустимість фактичних даних, отриманих у результаті НСРД, через не відкриття процесуальних документів, які слугували підставою для вжиття цих заходів, не вказувала на порушення у зв'язку з цим прав підозрюваного, не ставила питання про необхідність розсекречування документів та надання до них доступу, не заперечувала факту здійснення НСРД на підставі, зокрема, Ухвали заступника голови Апеляційного суду м. Києва від 15 жовтня 2014 року про надання дозволу на зняття інформації з каналів зв'язку.

В період вчинення засудженим злочину існувала реальна терористична загроза, а тому для її подолання та збереження територіальної цілісності України 14 квітня 2014 року було введено в дію Рішення Ради національної безпеки і оборони України (таємне) про відповідні невідкладні заходи, які реалізовувались і через положення Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» зі змінами до нього [9].

У Постанові від 5 липня 2018 року (справа № 234/11703/15-к) Верховний Суд, здійснивши комплексний аналіз положень ст. ст. 6–7 Закону України «Про контррозвідувальну діяльність» та ст. ст. 8, 10 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», визнав за можливе використання у доказуванні матеріалів, отриманих у ході здійснення контррозвідувальної діяльності [10].

Вважаємо, що посилання на судову практику в цьому контексті є недостатнім, оскільки, відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 92 Конституції України, виключно законами України визначаються судоустрій, судочинство, організація й діяльність прокуратури, органів досудового розслідування, засади організації та діяльності адвокатури. При цьому варто відзначити, що 10 березня 2020 року за реєстраційним № 3196 у Верховній Раді України зареєстровано Проєкт Закону про внесення змін до Закону України «Про Службу безпеки України» щодо вдосконалення організаційно-правових засад діяльності Служби безпеки України, внесений Президентом України [11]. Також цим Законом пропонується внести відповідні зміни до КПК України та вищезазначених законів. Вважаємо, що цим законопроєктом необхідно доповнити ст. 99 КПК України щодо використання як доказів матеріалів, які зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про контррозвідувальну діяльність».

Висновки

За результатами проведеного нами дослідження вважаємо, що матеріали КРД можуть бути як підставою для початку досудового розслідування згідно зі ст. 214 КПК України, так і долученими до вже розпочатого кримінального провадження, зокрема, шляхом витребування слідчим, прокурором у відповідних оперативних підрозділів матеріалів КРД в порядку ст. 93 КПК України.

Оскільки порядок проведення КРД не регулюється положеннями КПК України, вважаємо, що на результати їх проведення не поширюються вимоги ст. 253 КПК України щодо повідомлення особи, конституційні права якої були обмежені, про факт і результати відповідного заходу, а також положення ч. 1 ст. 257 КПК України про можливість використання матеріалів КРД у доказуванні тільки за умови відповідного дозволу слідчого судді апеляційного суду.

Матеріали КРД повною мірою відповідають вимогам, що висуваються ст. 99 КПК України до документів, а за умови дотримання врегульованого законом вжиття відповідних заходів можуть використовуватись як докази у кримінальному провадженні.

Абзац 2 ч. 2 ст. 99 КПК України пропонуємо викласти в такій редакції: «Матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», а також Закону України «Про контррозвідувальну діяльність», за умови відповідності вимогам цієї статті є документами та можуть використовуватися в кримінальному провадженні як докази».

Список використаних джерел:

1. Венедіктов А.А. Використання результатів розвідувальних заходів оперативних підрозділів національної поліції. *Вісник кримінального судочинства.* 2015. № 4. С. 11–16.

2. Погорецький М.А. Співвідношення оперативно-розшукової, контррозвідувальної, розвідувальної та кримінально-розвідувальної діяльностей. *Кримінальна розвідка: методологія, законодавство, зарубіжний досвід* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції

(м. Одеса, 29 квітня 2016 року). Одеса : ОДУВС, 2016. С. 24–25.

3. Юрченко О.М., Скулиш Є.Д., Шамара О.В. Розвиток правової системи розвідувальної, контррозвідувальної та оперативно-розшукової діяльності в Україні. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 10. С. 129–138.

4. Вирок Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 27 жовтня 2017 року (справа № 221/2362/15-к). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69780471 (дата звернення: 14.04.2020).

5. Вирок Селидівського міського суду Донецької області від 7 лютого 2017 року (справа № 237/951/16-к). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/64564716 (дата звернення: 14.04.2020).

6. Вирок Красноармійського міськрайонного суду Донецької області від 9 червня 2017 року (справа № 235/7057/15-К). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67016852 (дата звернення: 14.04.2020).

7. Вирок Краматорського міського суду Донецької області від 10 червня 2016 року (справа № 234/16050/15-к) URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/58449826 (дата звернення: 16.04.2020).

8. Постанова Верховного Суду від 15 лютого 2018 року (справа № 239/621/15-к) URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72269232 (дата звернення: 14.04.2020).

9. Постанова Верховного Суду від 3 березня 2020 року (справа № 221/2901/15-к) URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88016662 (дата звернення: 14.04.2020).

10. Постанова Верховного Суду від 5 липня 2018 року (справа № 234/11703/15-к) URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75215506 (дата звернення: 14.04.2020).

11. Проєкт Закону про внесення змін до Закону України «Про Службу безпеки України» щодо удосконалення організаційно-правових засад діяльності Служби безпеки України. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68347 (дата звернення: 20.04.2020).

The article analyzes the use of counterintelligence materials as evidence in criminal proceedings at both the pre-trial and judicial stages.

In the course of the study it was found that investigators, prosecutors on the basis of Art. 99 of the CPC of Ukraine use counter-intelligence activities in their evidence. The other situation is with such evidence at the stage of trial, where some courts (first instance) admit such evidence admissible and others do not.

In support of its position, reference is made to the decisions of the courts of first instance and cassation. In doing so, the Supreme Court has formulated a legal position under which counter-intelligence activities can be used as evidence in criminal proceedings.

It has been proved that counterintelligence materials after their declassification (knowledge of secrecy mark) can be the basis for entering information in the Unified Register of Pre-trial Investigations according to Art. 214 of the CPC of Ukraine and the beginning of the pre-trial investigation. The investigator, the prosecutor may also require counter-intelligence activities in the relevant operational units in accordance with Art. 93 of the CPC of Ukraine and attach to the materials of criminal proceedings.

It is justified that the provisions of the CPC of Ukraine do not apply to the procedure of counter-intelligence activities, and therefore their identification with the unspoken investigative (search) actions is incorrect.

We believe that the requirements of Art. 253 of the CPC of Ukraine regarding the duty of the prosecutor to give notice of a person whose constitutional rights were restricted in connection with the implementation of the relevant measures.

In addition, the materials of counterintelligence do not require additional permission of the investigating judge to use them in criminal proceedings under the rules of Part 1 of Art. 257 of the CPC of Ukraine.

It is noted that counterintelligence activities fully meet the requirements of Art. 99 of the Criminal Procedure Code of Ukraine to the documents and subject to compliance with the law regulated by the relevant measures can be used as evidence in criminal proceedings.

Key words: adherence of evidence, unspoken investigators (investigative) actions, counter-intelligence activity, operative-search activity, documents in criminal proceedings.

УДК 341.44
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.56

Сергій Влад,
викладач відділу підготовки прокурорів з організації роботи органах прокуратури та викладання професійної етики Національної академії прокуратури України

ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЇ РОБОТИ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ У ГАЛУЗІ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА

У статті здійснюється дослідження особливостей організації роботи органів прокуратури України у галузі міжнародно-правового співробітництва, оскільки Україною, відповідно до міжнародних зобов'язань, взятих на себе перед іншими державами, здійснюються взаємна допомога в частині протидії, подолання злочинних проявів, притягнення осіб, які вчинили кримінально карані діяння, до відповідальності та боротьба із транснаціональними проявами злочинності, в ході якої забезпечуються невідворотність покарання осіб, які вчинили кримінально карані діяння. Важливу роль у цьому напрямі відіграє інститут міжнародного співробітництва у кримінальних провадженнях. У здійсненні зазначеної діяльності та досягненні позитивного результату зацікавлене і саме суспільство, оскільки органи прокуратури забезпечують гарантію прав та свобод людини. У свою чергу, досягнення позитивного результату у вказаному напрямі можливе шляхом активізації міжнародного співробітництва України з іншими державами в частині міжнародної боротьби зі злочинністю.

У статті з використанням раніше проведених досліджень і законів здійснено аналіз чинного законодавства України з метою висвітлення окремих питань, актуальних проблем та особливостей організації роботи органів прокуратури України у сфері міжнародно-правового співробітництва.

Автором статті визначаються основні завдання, які стоять перед інститутом міжнародно-правового співробітництва у кримінальних провадженнях на стадії досудового розслідування, в рамках надання Центральним органом України в частині міжнародно-правового співробітництва міжнародної правової допомоги, видачі особи (екстрадиція), перейняття кримінального провадження. Також у статті зазначається, що органи прокуратури України на стадії досудового розслідування одночасно виконують декілька різних за своєю природою повноважень, оскільки вони не тільки є безпосередньо суб'єктом міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні, а й виконують функцію нагляду.

Ключові слова: прокурор, організація роботи, міжнародно-правове співробітництво, правова допомога, нагляд, контроль, органи прокуратури України, екстрадиція, перейняття кримінального переслідування.

Постановка проблеми. Активізація міжнародного співробітництва держав у боротьбі зі злочинністю в умовах євроінтеграційних процесів, що відбуваються в Україні, активних процесів глобалізації у сучасному світі, зростання транснаціональної злочинності, які зумовлюють необхідність консолідації зусиль держав з метою протидії злочинним проявам та притягнення осіб, які вчинили кримінально карані діяння, до відповідальності, є одним із головних та дієвих способів подолання таких негативних явищ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам та особливостям організації роботи органів прокуратури у галузі міжнародного співробітництва присвячено чимало праць як провідних науковців, так і практиків, зокрема О. Бандурки, П. Біленчука, О. Виноградова, В. Гребенюка, В. Дзюби, М. Косюти, І. Марочкіна, В. Маляренко, М. Пашковського, Ю. Полянського, Г. Середи, М. Смирнова, В. Сухоноса та ін.

Мета статті – висвітлення окремих питань, актуальних проблем та особливостей здійснення організації роботи органів прокуратури України у сфері міжнародно-правового співробітництва.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи швидкоплинні процеси розвитку людства, слід зазначити, що інститут міжнародно-правового співробітництва у кримінальних провадженнях натепер є найбільш ефективною формою надання взаємної допомоги держав у боротьбі із транснаціональними проявами злочинності, в ході якої забезпечуються невідворотність покарання осіб, які вчинили кримінально карані діяння.

© С. Влад, 2020

Основними завданями, які стоять перед інститутом міжнародно-правового співробітництва у кримінальних провадженнях на стадії досудового розслідування, є надання міжнародної правової допомоги, видача особи (екстрадиція), перейняття кримінального провадження.

Міжнародна правова допомога здійснюється з метою проведення компетентними органами однієї держави процесуальних дій, виконання яких необхідне для досудового розслідування, судового розгляду або для виконання вироку, ухваленого судом іншої держави або міжнародною судовою установою [1, с. 232]. Міжнародна правова допомога є одним із важливих напрямів міжнародного співробітництва, це пов'язано насамперед із пріоритетом захисту прав і свобод людини, відкритістю кордонів та відкритістю держав для проживання у них іноземців.

М. Буремський визначає міжнародну правову допомогу як одну з форм міжнародного співробітництва Генеральної прокуратури України під час досудового розслідування, яка здійснюються на підставі міжнародних договорів, які у свою чергу забезпечують найбільш повне здійснення національної юрисдикції та уникнення конфлікту юрисдикцій [2, с. 226].

Так, нормами КПК України, а саме ст. 561 КПК України, закріплено, що на території України з метою виконання запиту про надання міжнародної правової допомоги можуть бути проведені будь-які процесуальні дії, передбачені КПК України або міжнародним договором. Проте ст. 562 КПК України визначено, що якщо для виконання запиту компетентного органу іноземної держави необхідно провести процесуальну дію, виконання якої в Україні можливе лише з дозволу прокурора або суду, така дія здійснюється лише за умови отримання відповідного дозволу в порядку, передбаченому цим КПК України, навіть якщо законодавство запитуючої сторони цього не передбачає. Підставою для вирішення питання щодо надання такого дозволу є матеріали звернення компетентного органу іноземної держави [1, с. 239]. Тобто чинними нормативно-правовими актами України законодавець поділив міжнародно-правову допомогу на процесуальні дії, які можуть бути проведені в порядку надання міжнародної правової допомоги, та дії, які потребують спеціального дозволу.

Також, розглядаючи питання міжнародної правової допомоги, ми хочемо звернути увагу на ще одну процесуальну дію, яка передбачена чинним законодавством України та явно виокремлюється від інших, – це контрольована поставка. Ця процесульна дія здійснюється слідчим органу досудового розслідування України у разі виявлення ним контрабандної поставки під час проведення процесуальних дій у тому числі за запитом про міжнародну правову допомогу. Органи досудового розслідування мають право не вилучати її з місця закладки або транспортування, а за домовленістю з компетентними органами держави, куди її адресовано, безперешкодно пропустити її через митний кордон України з метою виявлення, викриття та документування злочинної діяльності міжнародних злочинних організацій [1, с. 242].

Наступним видом міжнародного співробітництва є видача особи державі (екстрадиція), компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку. Екстрадиція включає: офіційне звернення про встановлення місця перебування на території запитуваної держави особи, яку необхідно видати, та видачу такої особи; перевірку обставин, що можуть перешкоджати видачі; прийняття рішення за запитом; фактичну передачу такої особи під юрисдикцію запитуючої держави [1, с. 232].

Як зазначає Ю. Чорноус, основним завданням екстрадиції під час досудового розслідування кримінального провадження є не лише сам факт видачі, але й комплекс процесуальних дій та організаційних заходів, спрямованих на попередження спроб особи ухилитися від органів досудового розслідування, продовжити займатися злочинною діяльністю, забезпечення збереження джерел доказової інформації, перевірку обставин, які можуть перешкоджати видачі, дотримання прав і свобод особи, що підлягає видачі та ін. [3, с. 149].

Розглядаючи питання міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні, необхідно наголосити, що процедура екстрадиції регулюється Конвенцією «Про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах» [4], у який чітко визначена категорія осіб, що підлягає видачі, а саме підозрювані під час провадження на стадії досудового розслідування; обвинувачені (засуджені) у провадженнях на стадії судового розгляду або виконання вироку, тільки лише за ті види діяння, які за законами запитуючої і запитуваної сторін тягнуть покарання у виді позбавлення волі на строк не менше одного року або інше більш тяжке покарання. Що стосується питань передачі особи для відбування покарання, необхідно зазначити, що така передача можлива, тільки якщо така особа, позбавлена волі на строк не

менше шести місяців або до неї застосоване інше більш тяжке покарання.

Ще одним видом міжнародного співробітництва на стадії досудового розслідування є перейняття кримінального провадження, основним завданням якого є здійснення компетентними органами однієї держави розслідування з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності за злочини, вчинені на території іншої держави, за її запитом [1, с. 232].

М. Красноборова, Н. Рибалка, Ф. Фрич зазначають, що своєчасність прийняття рішення про передання кримінального провадження для здійснення переслідування особи за кордон та належна підготовка його матеріалів є надзвичайно важливими для організації подальшого кримінального переслідування компетентними органами іноземної держави, прийняття ними законного й обґрунтованого рішення і забезпечення прав громадян та загальних засад кримінального провадження [5, с. 136]. Із цією думкою ми також погоджуємося, оскільки основний принцип кримінальної відповідальності особи – принцип невідворотності покарання за вчинений злочин.

Так, ч. 2 ст. 595 КПК України передбачено, що кримінальне провадження, в якому судовими органами іноземної держави не було ухвалено вирок, може бути перейняте Україною за таких умов: особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, є громадянином України і перебуває на її території; особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, є іноземцем або особою без громадянства і перебуває на території України, а її видача неможлива або у видачі відмовлено; запитуюча держава надала гарантії, що у разі ухвалення вироку в Україні особа, яка притягається до кримінальної відповідальності, не піддаватиметься у запитуючій державі державному обвинуваченню за те ж кримінальне правопорушення; діяння, якого стосується запит, є кримінальним правопорушенням за законом України про кримінальну відповідальність. У разі перейняття кримінального провадження Офіс Генерального прокурора в порядку, передбаченому КПК України, доручає здійснення досудового розслідування відповідному прокурору, про що повідомляє державу, яка надіслала запит [1, с. 255].

Натепер у світі сформувалося декілька систем з міжнародного співробітництва, в рамках цієї діяльності Україною укладено низку договорів: Європейську конвенцію про видачу правопорушників 1957 року з Додатковими протоколами до неї [6]; Європейську конвенцію про взаємну допомогу у кримінальних справах 1959 року з Додатковими протоколами до неї [7] тощо. Також необхідно зауважити, що хоча і світова практика інституту міжнародного співробітництва сформувалась доволі давно, проте в правовій системі Української держави, а саме національному законодавстві, вона закріплена тільки з прийняттям у 2012 році КПК України, у якому законодавець чітко визначив суб'єктів та перелік повноважень в частині міжнародного співробітництва під час досудового розслідування.

Законом України «Про прокуратуру» визначено, що пріоритетними напрямами прокурорського нагляду у процесі міжнародного співробітництва є дотримання законних прав і свобод громадян, а також законність рішень, що приймаються відповідними органами, попередження й припинення порушень прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, яких стосуються такі процеси, а також забезпечення встановлених законодавством умов і порядку міжнародної правової допомоги [8].

Чинним законодавством України, а саме ст. 545 КПК України, визначено повноваження двох Центральних органів України в частині міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні. Так, Офіс Генерального прокурора звертається із запитами про міжнародну правову допомогу у кримінальному провадженні під час досудового розслідування та розглядає відповідні запити іноземних компетентних органів, крім досудового розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України, яке у таких випадках здійснює функції центрального органу України. Міністерство юстиції України звертається із запитами судів про міжнародну правову допомогу у кримінальному провадженні під час судового провадження та розглядає відповідні запити судів іноземних держав [1, с. 233-234].

Що стосується стадії досудового розслідування, то слід акцентувати увагу на повноваженнях прокурора та органів прокуратури України в частині міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні. Так, згідно з п. 16-19 ч. 2 ст. 36 КПК України, прокурор наділений такими повноваженнями: погоджувати запит органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передання кримінального провадження або самостійно звертатися з таким клопотанням в порядку, встановленому КПК України; доручати органу досудового розслідування виконання запиту (доручення) компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу або перейняття

кримінального провадження, перевіряти повноту і законність проведення процесуальних дій, а також повноту, всебічність та об'єктивність розслідування у перейнятому кримінальному провадженні; перевіряти перед направленням прокуророві вищого рівня документи органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію), повертати їх відповідному органу з письмовими вказівками, якщо такі документи необґрунтовані або не відповідають вимогам міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, чи законам України; доручати органам досудового розслідування проведення розшуку і затримання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення за межами України, виконання окремих процесуальних дій з метою видачі особи (екстрадиції) за запитом компетентного органу іноземної держави [1, с. 21].

Розглядаючи повноваження органів прокуратури України в частині надання правової допомоги у сфері міжнародного співробітництва під час досудового розслідування, необхідно зазначити, що основним відомчим актом, який чітко б розмежовував повноваження прокурорів у частині організації роботи у даному напрямі, є наказ Генерального прокурора України № 223 «Про організацію роботи органів прокуратури України у галузі міжнародного співробітництва» від 18 вересня 2015 року (далі – Наказ) [9].

Як нами вже зазначалось у попередніх працях, метою даного наказу є забезпечення належної організації роботи органів прокуратури України у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження та здійснення ефективного нагляду на зазначеному напрямі. Слід зазначити, що даний наказ визначає, що органи прокуратури України під час надання правової допомоги повинні дотримуватися принципів взаємної поваги до національного суверенітету і прав людини, добросовісного виконання зобов'язань та невтручання у внутрішні справи іноземних держав [10, с. 116].

Так, Наказом визначається, що на органи прокуратури України покладено обов'язок виконання у межах компетенції зобов'язань України за міжнародними договорами про міжнародне співробітництво під час кримінального провадження, зокрема, щодо надання міжнародної правової допомоги, видачі осіб (екстрадиції), перейняття кримінального провадження та з інших передбачених такими договорами питань [9].

Що стосується основних питань з організації роботи та здійснення нагляду у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження необхідно зазначити, що в органах прокуратури України ці питання покладено на Департамент міжнародно-правового співробітництва та повернення активів Офісу Генерального прокурора, структурні підрозділи з міжнародно-правових доручень обласних прокуратур або спеціально визначених відповідними наказами працівників прокуратур, де такі підрозділи не створені.

Що стосується повноважень, то слід зауважити, що відповідно до Наказу на органи прокуратури України покладено такі основні завдання: забезпечення реалізації функцій органів прокуратури, виконання яких потребує застосування норм міжнародних договорів України у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження або взаємодії з компетентними установами іноземних держав та міжнародними організаціями; організація розгляду та безпосередній розгляд у межах компетенції запитів про міжнародну правову допомогу, на основі загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, а також підготовку рішень за такими запитами, у виняткових випадках безпосереднє виконання запитів про міжнародно-правову допомогу, проведення екстрадиційних перевірок; перевірка законності процесуальних рішень у кримінальному провадженні та наявність підстав для звернення із запитом про видачу особи, встановленої чи затриманої на території іноземної держави, або відмови від такого звернення; забезпечення нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у кримінальних провадженнях, перейнятих від компетентних органів інших держав; забезпечення додержання законних прав особи у процесі видачі (екстрадиції), а також при перейнятті кримінального провадження від іноземної держави; перевірка обґрунтованості оголошення особи в міжнародний розшук; вжиття заходів щодо запобігання порушенням українськими органами досудового розслідування конституційних прав громадян у разі оголошення особи у міжнародний розшук та вирішення питань, пов'язаних із її екстрадицією; забезпечення організації нагляду за додержанням правоохоронними органами України вимог статей 208, 582 КПК України під час затримання розшукуваної особи за умови наявності звернення компетентного органу іноземної держави; контроль стану, перевірка законності та обгрунтованості прийнятих процесуальних рішень досудового розслідування та судового розгляду кожного кримінального провадження стосовно особи, виданої в Україну для притягнення до кримінальної відповідальності; організація перевірки матеріалів, складених за результатами виконання іноземного запиту, щодо повноти, всебічності, законності

здійснення запитуваних процесуальних дій та їх належного оформлення, у тому числі наявності підпису уповноваженої службової особи та печатки органу, яким їх складено, а також у передбачених міжнародним договором випадках – перекладу цих документів [9].

Також Наказом визначені і основні критерії оцінки ефективності прокурорської діяльності у галузі міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, до них належать: дотримання встановлених процедур, строків, повноти, а також належної якості підготовки та виконання запитів про правову допомогу у кримінальному провадженні; забезпечення прав громадян та юридичних осіб, інтереси яких зачіпаються у процесі надання та отримання міжнародної правової допомоги під час кримінального провадження. У разі виявлення порушень законодавства з питань міжнародного співробітництва під час кримінального провадження на органи прокуратури України покладено обов'язок принципового реагування на порушення та вжиття заходів щодо відновлення порушених прав осіб та ініціювання питання про притягнення винних до відповідальності.

Висновки

Розглянувши особливості організації роботи органів прокуратури України у галузі міжнародно-правового співробітництва, ми дійшли таких висновків.

1. Сформований протягом століть інститут міжнародного співробітництва під час досудового розслідування є найбільш ефективною формою надання взаємної допомоги держав у боротьбі із транснаціональними проявами злочинності, в ході якої забезпечуються невідворотність покарання осіб.

2. Основними завданями, які стоять перед інститутом міжнародно-правового співробітництва у кримінальних провадженнях на стадії досудового розслідування, є надання міжнародної правової допомоги, видача особи (екстрадиція), перейняття кримінального провадження.

3. Органи прокуратури України, як Центральний орган України в частині міжнародно-правового співробітництва у кримінальному провадженні під час досудового розслідування, займають у зазначеній сфері діяльності монопольне становище, оскільки на них одночасно покладаються декілька різних за своєю природою повноважень, а саме: взаємодія з компетентними установами іноземних держав, розгляд, безпосереднє виконання, контроль, перевірка законності та обгрунтованості прийнятих процесуальних рішень та здійснення прокурорського нагляду за додержанням прав та свобод людини та громадянина під час прийняття таких рішень. Тобто органи прокуратури України в частині здійснення міжнародного правового співробітництва не тільки є безпосередньо суб'єктом міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні, а й виконують одночасно і наглядову функцію. Це, відповідно, вимагає дотримання суворого режиму дисципліни та законності в діяльності органів досудового розслідування, чіткого виконання ними своїх службових обов'язків.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 21.04.2020).

2. Міжнародне право : навчальний посібник / за ред. М.В. Буроменського. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 336 с.

3. Чорноус Ю. М. Видача особи (екстрадиція) у кримінальному провадженні щодо злочинів міжнародного характеру. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 143-150.

4. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах : Міжнародний документ від 22.01.1993. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009 (дата звернення: 21.04.2020).

5. Красноборова М., Рибалка Н., Фрич Ф. Кримінальне провадження у порядку перейняття. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1 (34). С. 132-137.

6. Про ратифікацію Європейської конвенції про видачу правопорушників, 1957 рік, Додаткового протоколу 1975 року та Другого додаткового протоколу 1978 року до Конвенції : Закон України від 16.01.1998 № 44/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 23. Ст. 129.

7. Про ратифікацію Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах, 1959 рік, та Додаткового протоколу 1978 року до Конвенції : Закон України від 16.01.1998 № 44/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 23. Ст. 130.

8. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2-3. Ст.12.

9. Про організацію роботи органів прокуратури України у галузі міжнародного співробітництва : наказ Генерального прокурора України від 18.09.2015 № 223. URL: https://old.gp.gov.ua/ua/gl.html?_m=publications&_t= rec&id=94102 (дата звернення: 21.04.2020).

10. Влад С. Ф. Міжнародна правова допомога, як форма міжнародного співробітництва під час досудового розслідування. *Правові реформи в Україні: реалії сьогодення* : матеріали Міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 17-18 квітня 2020 р.). Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2020. С. 114-117.

The article examines the peculiarities of the organization of work of the bodies of the Prosecutor's Office of Ukraine in the field of international legal cooperation, whereas Ukraine, in accordance with its international commitments to other states, provides mutual assistance in countering, committing criminal acts, bringing to justice those responsible for criminal offenses and combating transnational crime in which punishments are punishable. action, an inalienable role in this area is played by the institute of international cooperation in criminal proceedings. The society itself is interested in the implementation of these activities and the achievement of a positive result, since the prosecution bodies provide a guarantee of human rights and freedoms. In turn, the achievement of a positive result in this direction is carried out by intensifying the international cooperation of Ukraine with other countries in the part of the international fight against crime.

In the article, using the previously conducted researches and laws, the analysis of the current legislation of Ukraine is carried out in order to highlight some issues, topical problems and peculiarities of the organization of work of the bodies of the Prosecutor's Office of Ukraine in the field of international legal cooperation.

The author of the article defines the main tasks facing the institute of international legal cooperation in criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation, the scope of providing international legal assistance to the Central Authority in Ukraine in the part of international legal cooperation, extradition, and taking over criminal proceedings. The article also states that the prosecuting authorities of Ukraine, at the stage of pre-trial investigation, simultaneously execute several differently inherent powers, not only directly being the subject of international legal assistance in criminal proceedings, but also performing the function of oversight.

Key words: prosecutor, organization of work, international legal cooperation, legal assistance, supervision, control, bodies of the prosecutor's office of Ukraine, extradition, to prosecute.

УДК 341.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.57

Микола Вечеря,
аспірант кафедри права
ПВНЗ «Європейський університет»

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СВІДКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статі розглянуто проблемні аспекти захисту безпеки свідка як особи, що бере участь у кримінальному судочинстві. Висвітлено стан нормативного забезпечення безпеки свідка з використанням порівняльно-правового аналізу національного законодавства із законодавством окремих зарубіжних країн. З'ясовано перспективні можливості імплементації деяких аспектів зарубіжного законодавства до законодавчих актів національної правової системи. Визначено, що в законодавстві Республіки Австрія, а саме у Федеральному законі № 526, чітко визначене коло свідків, які можуть бути включені до програми захисту свідків. Згідно з цим законом свідками є особи, яким загрожує небезпека у зв'язку з тим, що вони володіють значною інформацією щодо справ про злочини, які пов'язані з організованою злочинністю, про злочини проти державного устрою, про злочини у сфері незаконного обігу наркотиків та деякі інші тяжкі злочини. Заходи безпеки Австрії подібні до заходів безпеки європейських держав: переміщення свідка на безпечну територію, переселення в інше місце проживання (інше місто, або навіть інша держава); створення нової «історії» життя особи (легенди), оформлення нових документів; особиста охорона; зміна документів особи; встановлення зв'язку нових документів з наявними базами даних; відстеження почтових та електронних повідомлень на основі паролів та логінів, які надала підзахисна особа; соціальна адаптація на новому місці проживання; психологічна допомога потерпілому (свідку) тощо. З'ясовано, що законодавство Франції, маючи на меті максимально можливий захист свідків, допускає навіть повну анонімність свідчень особи. Це є досить дієвим стимулом до дачі особою таких свідчень та надає можливість правоохоронним органам значно спростити процедуру захисту свідка. Зроблено висновок, що поняття захисту свідків та потерпілих повинно включати в себе забезпечення всіх трьох складників. Проте поняття забезпечення безпеки у законі та теорії кримінального процесу не тотожні, при цьому в теорії наразі немає загальноприйнятого визначення терміна «забезпечення безпеки».

Ключові слова: порівняльно-правове законодавство, кримінальне провадження, захист учасників кримінального судочинства, програма захисту свідка.

Постановка проблеми. Досить актуальним нині є питання захисту учасників кримінального судочинства від незаконного фізичного або психічного впливу. Одним з основних напрямів для виявлення, попередження, розкриття, розслідування та запобігання злочинності є належним чином проведене розслідування кримінального правопорушення. Беззаперечно, в процесі розслідування злочину правоохоронними органами важко переоцінити важливість показів свідків злочину.

Однак досить велика кількість свідків замовчують факти, що стосуються вчинення злочину, та не звертаються до відповідних правоохоронних органів або суду. Це призводить до зростання індексу латентності злочинів, безкарності злочинців, порушення нормального ритму життєдіяльності громадянського суспільства.

У більшості зарубіжних країн до осіб, що є носіями певної юридично значущої інформації, застосовується досить велика кількість різноманітних, гарантованих державою заходів із забезпечення їх перебування у якості свідка та подальшого безпечного існування. Здійснення такого захисту стало досить значною потребою і для українського суспільства.

Програми, що спрямовані на захист свідків у розвинених державах світу, надають не тільки фізичний захист, але й моральну та матеріальну допомогу потерпілим, свідкам й іншим учасникам кримінального судочинства. Такого роду програми ефективно працюють у Сполучених Штатах Америки, Німеччині, Республіці Австрія, Франції та багатьох інших державах світу.

У нашій державі щодо даної проблематики діє Закон України від 23.12.1993 р. № 3782-XII «Про забезпечення безпеки осіб, що беруть участь у кримінальному судочинстві». Спеціальної ж програми чи програм, що забезпечує захист осіб, що беруть участь у кримінальному процесі, немає.

Лише в розпорядженні КМУ від 15 листопада 2017 р. № 1023-р «Про схвалення

© М. Вечеря, 2020

Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року» [1] передбачено пункт щодо розроблення і впровадження разом з іншими державними органами оптимальної системи захисту свідків в Україні. Саме відсутністю всеохоплюючої належної національної нормативної бази із захисту прав свідка і вмотивовується актуальність даного дослідження.

Стан дослідження. Дослідженням вищевказаної проблеми в різний час займалися такі вчені, як: М.Ю. Азаров, А.Н. Ахпанов, В.П. Бахін, В.І. Бояров, Л.В. Брусніцин, В.К. Весельський, В.В. Войников, В.І. Галаган, В.В. Гевко, О.О. Гриньків, Ю.В. Гуцуляк, О.Ю. Єпіхін, Є.В. Жаріков, О.О. Зайцев, В.С. Зеленецький Н.С. Карпов, Є.Є. Кондратьєв, В.С. Кузьмічов, М.В. Куркін Є.Д. Лук'янчиков, А.О. Ляш, В.Т. Маляренко, М.В. Новикова, Т.І. Панасюк, Н.В. Пелипенко, М.А. Погорецький, К.О. Ромодановський, С.М. Стахівський, А.А. Тимошенко, Р.Р. Трагнюк, В.М. Тертишник, О.В. Усенко, Л.М. Шестопалова, С.П. Щерба, А.А. Юнусов, С.О. Янін та ін. Проте, незважаючи на масивний перелік дослідників, є потреба в подальшому опрацюванні зарубіжного досвіду з виробленням рекомендацій з удосконалення національного законодавства.

Метою даної роботи є аналіз законодавчої бази деяких зарубіжних країн з приводу належного забезпечення захисту прав свідка у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Ефективність кримінального судочинства багато в чому залежить від повноти та всебічного розслідування обставин справи, встановлення фактів та відомостей, що дозволяють правильно оцінити докази та прийняти рішення у конкретному провадженні. Найбільш важливим та «достовірним» джерелом таких фактів та відомостей завжди вважали показання свідків, потерпілих та інших учасників кримінального провадження, хоча й за такими доказами немає наперед встановленої сили. Правдиві показання свідків дозволяють перевірити отримані в ході досудового розслідування відомості, встановити належність доказів, виявити нові. Таким чином, забезпечення участі свідків та інших осіб у кримінальному судочинстві є одним із головних завдань органів досудового розслідування та суду. На жаль, на практиці трапляються ситуації, коли потерпілі чи свідки відмовляються давати показання чи ухиляються від вчинення процесуальних дій, змінюють свої попередні свідчення (що є вирішальним у дотриманні принципу безпосередньості дослідження доказів судом), надають неповні чи не досить чіткі показання з огляду на реальну чи потенційну загрозу застосування до них, їхніх родичів та членів сімей насильства, залякування, психічного примусу чи інших форм протиправного впливу [2].

Основним аргументом для свідка щодо надання правдивої та повної інформації з приводу вчиненого кримінального правопорушення, очевидцем якого він виявився, окрім бажання виконати свій громадський обов'язок, звісно, буде убезпечення його та його близьких від протиправного впливу з боку осіб, що вчинили даний злочин, або ж їх співучасників. Розглянемо на прикладі деяких зарубіжних країн можливості законодавчого та фінансово-організаційного аспекту захисту свідків.

Історично склалося, що найбільший досвід у встановлені та розвитку інституту захисту свідків серед зарубіжних країн мають США, де нині функціонує ефективна й надійна система підтримки жертв злочинів та громадян, які добровільно співпрацюють із правоохоронними органами та ризикують зазнати посягань злочинців [3].

На основі Програми захисту свідків, що функціонує в Сполучених Штатах були розроблені подібні програми в Словаччині, Австралії, Канаді, Південній Африці тощо. У рік прийняття Програми за її допомогою були захищені 92 свідки. У період з 1975 по 1977 рік в середньому 450 свідків щорічно залучалися в Програму, у першій половині 90-х років – близько 200 свідків на рік. До 1996 року кількість захищених становила близько 15 000 осіб. Однією з основних умов є те, що жоден свідок не може бути прийнятий в Програму, якщо він не є «дуже важливим свідком по справі, яка стосується значного злочину, вчиненого організованою злочинною групою, чи іншого тяжкого злочину, і якщо тільки цей свідок підлягає небезпеці в результаті дачі показань». На додаток до цього критерію рекомендується, щоб щорічно в Програму приймалось не більше 360 свідків, оскільки лише такій кількості свідків може бути забезпечений захист [4].

З моменту реалізації програми захисту свідків «WITSEC» в 1971 році її можливостями скористалися 18 400 осіб, з них 8 500 свідків і 9 900 членів їхніх сімей. У середньому через програму, таким чином, проходили 438 осіб за рік [5].

Окрім ефективних правових і практичних заходів забезпечення безпеки свідків, які застосовують у США, важливу роль відіграє створення ефективного механізму фінансування цих заходів та посилення кримінальної

відповідальності за посягання на життя, здоров'я чи майно учасників кримінального процесу [6].

Уряд Сполучених Штатів Америки щороку виділяє на програму захисту близько 60–100 млн. доларів, а на кожну особу, щодо якої застосовують заходи забезпечення безпеки, – 40 тис. доларів. За період 1970–2005 рр. у США до програми захисту жертв злочинів включено понад 7 500 свідків та 9 600 членів їхніх сімей [7].

У США свідок, життя і здоров'я якого піддається небезпеці, до початку судового розгляду, а також на період його проведення можуть бути поміщені в спеціально обладнане приміщення, на час розслідування їм можуть бути наданні кодові імена. Свідкам в особливо серйозних кримінальних справах після свідчень у суді отримують документи на нове ім'я, їм присвоюються нові номера в системі соціального забезпечення, відшкодовуються витрати на переїзд на нове місце проживання, їм допомагають знайти роботу, для них розробляється нова біографія тощо. Крім того, в США діє федеральне законодавство, спрямоване проти спроб «за допомогою хабарів, неправдивих повідомлень, залякування або сили чи за допомогою погроз створювати перешкоди, затримати або перешкодити іншій особі повідомити слідчому інформацію, яка стосується будь-якого порушення кримінального закону США». Закон передбачає також покарання за завдання особистої або майнової шкоди будь-якій особі, яка надала інформацію слідчому [8].

Зважаючи на вищевикладене, можливо зробити висновок про те, що Програма захисту свідків США є досконалим інструментом із недопущення різного роду впливу на особу, що дає свідчення у кримінальному проваджені в якості свідка, а також врегульовує питання відшкодування шкоди особам, що її зазнали в результаті надання показів, які викривають злочин.

Щодо законодавства Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН), то 18 грудня 1986 року був прийнятий Закон «Про захист потерпілих», яким у кримінальне законодавство цієї країни було введене поняття «відшкодування збитків» і «примирення потерпілих» у перелік обставин, що пом'якшують кримінальну відповідальність.

Законом же від 9 липня 1989 року була посилена відповідальність за викрадення людини з метою вимагання (§ 239а) і захоплення заручників (§ 239в). Ці склади злочинів можуть бути розглянуті як кримінально-правові заходи системи безпеки учасників кримінального процесу [9].

У ФРН діє федеральна програма захисту свідків, а також приймаються регіональні (місцеві) програми. У цій країні застосовуються дві системи забезпечення безпеки свідка: довготривалий захист, який забезпечується всіма доступними поліцейськими методами (охорона за місцем його проживання, роботи, в громадському місці та особливо в залі суду), і друга система заходів забезпечення безпеки, яка повністю ізолює свідка від зовнішнього світу та спрямована на сприяння підзахисній особі у виборі нового місця проживання, роботи, в занятті власним бізнесом, а також у наданні необхідної допомоги матеріального плану [10].

Міністерство внутрішніх справ ФРН щорічно витрачає на програми захисту понад 50 млн. євро, а за необхідності має можливість виділити вдвічі більше [11].

КК ФРН у розділі XXX «Карані діяння на службі» 353d «Незаконне розголошення відомостей про судовий розгляд» вказано: «1. Порушуючи заборони закону, публічно повідомляє про судовий розгляд, проведення якого є закритим, або про зміст службового документа, що стосується справи», «2. Порушуючи заборони розголошення відомостей, встановлених судом на основі Закону, неправомірно розголошує відомості, які стали йому відомі в ході закритого судового розгляду, або про зміст документа, що стосується справи», «3. Публічно оголошує повний текст або основні частини обвинувального вироку або інші службові документи кримінального процесу, провадження про відшкодування збитків або дисциплінарного провадження до оголошення цих документів в публічному розгляді або до закінчення процесу» [12].

У кримінально-процесуальному законі ФРН закріплено, що захиснику може бути відмовлено в розгляді та ознайомленні з матеріалами справи, які містять відомості про особу, яку взято під захист (ст. 147 КПК ФРН). У ст. 247 КПК ФРН дозволено на час допиту особи, яка перебуває під захистом, видалення із залу судового засідання підсудного [13].

Відповідно до § 54 КПК ФРН офіційні співробітники Відомства з охорони Конституції або поліції, будучи державними службовцями спеціальних служб, можуть давати свідчення про обставини, відомості про які становлять службову таємницю, тільки з дозволу вищого органу (за винятком відомостей по агентурній роботі). Такий дозвіл дає співробітнику право давати свідчення від свого імені на основі свідчень, отриманих від агентурного робітника, без розголошення відомостей про нього. Крім цього, у ФРН

практикується також допит самого секретного агента (інформатора). При цьому вони виступають у судовому засідання під псевдонімом, зберігаючи свою анонімність [12].

Розглянувши законодавчі акти ФРН з питання захисту свідків, можна зробити висновок, що ці законодавчі акти захищають не тільки свідка, але й агентів, що надають свідчення по матеріалах кримінальних проваджень. Це досить значна можливість у механізмі реалізації правосуддя та досягнення мети судового розгляду кримінальної справи – справедливого покарання злочинців.

Щодо законодавства Республіки Австрія, то у Федеральному законі № 526 цієї країни (згідно з яким були внесені зміни до КПК Австрії) чітко визначене коло свідків, які можуть бути включені до програми захисту свідків. Згідно з цим законом свідками є особи, яким загрожує небезпека у зв'язку з тим, що вони володіють значною інформацією щодо справ про злочини, які пов'язані з організованою злочинністю, про злочини проти державного устрою, про злочини у сфері незаконного обігу наркотиків та деякі інші тяжкі злочини. Заходи безпеки Австрії подібні до заходів безпеки європейських держав: переміщення свідка на безпечну територію, переселення в інше місце проживання (інше місто, або навіть інша держава); створення нової «історії» життя особи (легенди), оформлення нових документів; особиста охорона; зміна документів особи; встановлення зв'язку нових документів з наявними базами даних; відстеження почтових та електронних повідомлень на основі паролів та логінів, які надала підзахисна особа; соціальна адаптація на новому місці проживанні; психологічна допомога потерпілому (свідку) тощо [14].

Щодо законодавства Франції, то КК цієї країни (ст. 105, ст. 107, ст. 286) передбачено можливість звільнення від кримінальної відповідальності «учасника кримінального співтовариства, який заявив про його існування до порушення всякого кримінального переслідування і який сприяв затриманню співучасників (спільників). У ст. 62-1 КПК цієї країни, яка введена в дію на основі Закону від 21 січня 1995 року, допускається можливість анонімних свідчень (без вказування відомостей про місце проживання свідка, якщо він про це клопоче). Під час допиту в поліції дані про особу перевіряються, встановлюються, хоча в протоколі вказується тільки адреса комісаріату, де відбувається допит. Така адреса зберігається в наступних стадіях кримінального процесу. У кожному поліцейському відділку ведеться спеціальний банк даних, куди заносяться дані про реальне місце проживання свідка, який хочу зберегти це в таємниці. Така форма письмової фіксації цінної доказової інформації розцінюється як один із важливих способів забезпечення безпеки учасників процесу [15].

Тож можливо зробити висновок, що законодавство Франції, маючи на меті максимально можливий захист свідків, допускає навіть повну анонімність свідчень особи. Це є досить дієвим стимулом до дачі особою таких свідчень та надає можливість правоохоронним органам значно спростити процедуру захисту свідка.

Щодо стану речей з питання захисту свідків на території нашої держави можливо зазначити, що опитування прокурорів та слідчих дало такі результати: у 40 % проваджень по злочинах проти життя і здоров'я особи мав місце протиправний вплив на свідків. За формами впливу перше місце посідає насильство – 43 % випадків, на другому місці підкуп – 23 %. У результаті таких дій близько третини осіб, що брали участь у кримінальному судочинстві, змінювали свідчення, ще третина – ухилялися від кримінального провадження [16].

Потрібно зауважити, що така ситуація викликає недовіру осіб до органів правопорядку та правосуддя. Неможливість захистити своїх громадян призводить до того, що більшість осіб бояться заявляти про факти та відомості, що можуть бути використані для цілей кримінального провадження. Особливо гостро ця проблема відчувається на фоні вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів (резонансних та корупційних злочинів, військових злочинів), коли залякування свідків та потерпілих пов'язано з необмеженими можливостями організованої злочинності в Україні в тому числі.

В.Я. Шапакідзе виділяє процесуальну безпеку свідків як загальне поняття, складниками якої є фізична, психологічна та матеріальна безпека. Фізична безпека – це стан захищеності особи від будь-якого неправомірного посягання на її життя, здоров'я, тілесну недоторканність, свободу пересування та вибір місця перебування або проживання. Психологічна безпека – це стан захищеності особи від будь-якого вторгнення в її психічну діяльність у зв'язку з участю у кримінальному процесі, що штучно створює критичну життєву ситуацію у вигляді стресів, конфліктів, кризи і (або) спричинює супутню шкоду її здоров'ю. Матеріальна безпека – це стан захищеності особи від будь-якого неправомірного посягання на її майно, наявні або потенційні доходи та матеріальні гарантії повноцінного учасника кримінального судочинства [17].

Таким чином, поняття захисту свідків та потерпілих повинно включати в себе забезпечення всіх трьох складників. Проте поняття забезпечення безпеки у законі та теорії кримінального процесу не тотожні, при цьому в теорії наразі немає загальноприйнятого визначення «забезпечення безпеки».

А.А. Юнусов вважає, що забезпечення безпеки учасників кримінального процесу та інших осіб – це діяльність компетентних органів, що спрямована на створення умов, за яких життю та здоров'ю цих осіб не загрожує небезпека, або на усунення небезпеки. Дане визначення не розкриває всіх суттєвих ознак забезпечення безпеки свідків та потерпілих, є доволі загальним.

В.М. Тертишник використовує таке визначення: забезпечення безпеки учасників кримінального процесу – це здійснення правових, організаційно-технічних та інших заходів, спрямованих на захист життя, здоров'я, житла, майна, честі та гідності цих осіб від протиправних посягань з метою створення необхідних умов для належного здійснення правосуддя [18]. Це поняття є більш вдалим, оскільки вказує на характер заходів, що застосовуються, їх завдання, та, головне, мету – належне здійснення правосуддя. Законодавство України також оперує поняттям «забезпечення безпеки».

У ст. 1 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» [19] зазначено, що під забезпеченням безпеки слід розуміти здійснення правоохоронними органами правових, організаційно-технічних та інших заходів, спрямованих на захист життя, житла, здоров'я, майна осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, тобто у виявленні, попередженні, припиненні, розкритті або розслідуванні злочинів, а також у судовому розгляді кримінальних справ від протиправних посягань.

Важливо зауважити, що використовують саме термін «забезпечення безпеки», а не «захист», останнє вважається наданням правової допомоги захисником, відповідно до норм КПК. Однак, з огляду на зарубіжне законодавство у цій сфері, традиційно склалося, що захист свідків частіше пов'язують саме із забезпеченням їхньої безпеки в рамках відповідних програм захисту свідків – ПЗС. Такі програми, як ми переконались, діють у більшості країн світу, являють собою комплексний інститут, що передбачає систему процесуальних гарантій, засобів та заходів, що у сукупності перешкоджають будь-якому протиправному посяганню на життя та здоров'я, майно зазначених осіб та їхніх близьких [20].

Висновки

Зважаючи на наведену вище досить велику кількість законів та специфічних програм щодо захисту свідків, а також позитивну практику реалізації права особи на належний рівень судочинства за кордоном і натомість,досить незадовільний стан речей у національному судочинстві, вважаємо, що одним із шляхів вирішенням проблеми є забезпечення захисту свідкам та потерпілим у кримінальному судочинстві. Під захистом слід розуміти забезпечення стану безпеки таким особам в рамках їхнього статусу як учасників кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Про схвалення Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року : Розпорядження КМУ від 15 листопада 2017 р. № 1023-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/693-2019-%D1%80 (дата звернення: 22.03.2020).

2. Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства: порівняльно-правовий аналіз. URL : http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9754/98473.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 22.03.2020).

3. Гриньків О.О. Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства : становлення і розвиток в окремих зарубіжних країнах. *Право і суспільство*. 2007. № 4. С. 89-92.

4. Гончаров В. Б., Кожевников В. В. Проблемы безопасности участников уголовного процесса. *Государство и право*. 2000. № 2. С. 49–51.

5. Защита свидетелей против «коза ностры». URL: http://www.swissinfo.ch/rus (дата звернення: 23.03.2020).

6. Гриньків О. О., Ляш А. О. Заходи забезпечення безпеки у кримінальному судочинстві : монографія. Тернопіль: Астон, 2012. 260 с.

7. Гриньків О. О. Фінансування програм захисту свідків та інших учасників кримінального процесу. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 282–285.

8. Брит Г. В. Международный опыт обеспечения безопасности участников уголовного судопроизводства. *Вестник Краснодарского университета МВД России. Серия «Государство и право. Юридические науки»*. 2017. С. 61–64.

9. Брусницын Л. В. Обеспечение безопасности потерпевших и свидетелей. *Законность*. 1997. № 1. С. 38–39.

10. Краснова К. А. Защита свидетелей в государствах-членах ЕС. *Международное право*. 2015. № 4. С. 66–86.

11. Богонюк Г. І. Суб'єктивна сторона складів злочинів, які регламентують кримінальну відповідальність за невиконання судового рішення. *Право.ua*. 2015. № 2. С. 108–113.

12. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии от 13.11.1998. URL : http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1242733&subID=100102942,100102944,100103642,100104127#text (дата звернення: 24.03.2020).

13. Казакова В. А. Новый закон об обеспечении социальной и правовой защиты свидетелей в ФРГ. *Государство и право*. 2000. № 9. С. 75–76.

14. Краснова К. А. Защита свидетелей в государствах-членах ЕС. *Международное право*. 2015. № 4. С. 66–86.

15. Епихин А. Ю. Институт безопасности участников уголовного процесса: сравнительный анализ законодательства зарубежных стран. *Актуальные проблемы экономики и права*. 2008. № 1. С. 139–145.

16. Підтримання прокурором державного обвинувачення : підручник для студентів вищих юридичних навчальних закладів / Є. Блажівський, О. Якимчук, І. Козьяков, М. Туркот та ін. Київ : Національна академія прокуратури України, 2014. 512 с.

17. Шапакидзе В. Я. Обеспечение процессуальной безопасности частных лиц в досудебном уголовном производстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Волгоград, 2003. 28 с.

18. Гриньків О.О., Ляш А.О. Заходи забезпечення безпеки у кримінальному судочинстві : монографія. URL : irbis.library.te.ua/cgibin/irbis64r_15/cgiirbis_64.exe? (дата звернення: 24.03.2020).

19. Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві: Закон України від 23 грудня 1993 року № 3782-XII. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3782-12 (дата звернення: 24.03.2020).

20. Забезпечення безпеки учасників кримінального судочинства: порівняльно-правовий аналіз. URL : http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9754/98473.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 24.03.2020).

The article deals with the problematic aspects of the protection of the witness's safety as a person involved in criminal proceedings. The state of the normative security of the witness is examined using comparative legal analysis of national legislation with the legislation of some foreign countries. The prospects of implementation of some aspects of international law in the legislation of the national legal system have been clarified. It was determined that the legislation of the Republic of Austria, namely Federal Law No. 526, clearly defined the circle of witnesses that could be included in the witness protection program. According to this law, witnesses are persons who are at risk because they have significant information on organized crime, crimes against the government, crimes in the field of drug trafficking and some other serious crimes. Austria's security measures are similar to those of European states: moving a witness to a secure territory, relocating to another place of residence (another city, or even another state); creation of a new "history" of a person's life (legend), registration of new documents; bodyguard; change of identity documents; linking new documents to existing databases; Track email and email based on passwords and logins provided by the client; social adaptation to a new place of residence; psychological assistance to the victim (witness) and the like. It has been found that the French legislation, in order to maximize the protection of witnesses, allows even the complete anonymity of a person's testimony. This is a very effective incentive for the person to give such testimony and enables law enforcement agencies to significantly simplify the procedure for witness protection. It is concluded that the concept of witness and victim protection should include the provision of all three components. However, the concept of security in the law and the theory of criminal proceedings is inconsistent, with no generally accepted definition of "security" in theory.

Key words: comparative law, criminal proceedings, protection of criminal proceedings participants, witness protection program.

УДК 347.658.788
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.58

Вікторія Клинчук,
аспірантка кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ТРАНСПОРТУ У ДЕРЖАВАХ – ЧЛЕНАХ ЄС

У статті досліджено адміністративно-правові засади державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС. Автором здійснено аналіз діяльності регуляторів у сфері транспорту у державах – членах ЄС, а саме, визначено місце регуляторів у системі органів влади у державах – членах ЄС, їх склад, функції, порядок формування та джерела фінансування.

Автор зазначає, що регуляторні органи деяких держав – членів ЄС здійснюють державне регулювання лише у сфері транспорту або навіть однієї транспортної галузі, а інші держави – члени ЄС пішли шляхом створення єдиного регулятора, який здійснює державне регулювання у різних регульованих сферах. Автор наводить основні вимоги до членів та керівників регуляторних органів у сфері транспорту.

У статті зазначено, що регулятори є незалежними від органів державної влади. Така незалежність зумовлена адміністративною, фінансовою, управлінською автономією, а також наявністю власних активів. Проте автор зазначає, що у деяких країнах регуляторні органи не мають спеціального статусу і належать до системи органів виконавчої гілки влади.

Також у статті обґрунтовано порядок підзвітності регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС. А саме, автор зазначає, що питання підзвітності безпосередньо пов'язане з процесом формування регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС. Тобто регуляторні органи у сфері транспорту звітують перед тими органами державної влади, які брали участь у їх формуванні.

У статті зазначено, що найбільш ефективними джерелами фінансування регуляторних органів у сфері транспорту є збори з транспортних компаній, які діють на регульованих ринках. Саме такий механізм фінансування забезпечує належний рівень незалежності регуляторних органів від інших органів державної влади.

Також автор зазначає, що регуляторні органи у сфері транспорту у державах – членах ЄС тісно співпрацюють між собою й обмінюються власним досвідом роботи стосовно принципів своєї діяльності та практики прийняття рішень.

Автор сподівається, що характеристика адміністративно-правових засад державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС буде корисною для розробки законодавчої бази для національного регулятора в Україні.

Ключові слова: сфера транспорту, держави – члени ЄС, незалежні регуляторні органи, джерела фінансування.

Постановка проблеми. Сфера транспорту у державах – членах ЄС є однією з найважливіших галузей суспільного виробництва. Метою державного регулювання у сфері транспорту є своєчасне, повне і якісне задоволення потреб населення в перевезеннях та потреб оборони держав, захист прав населення під час транспортного обслуговування, а також безпечне функціонування сфери транспорту загалом.

Згідно з вимогами директив ЄС, держави – члени ЄС повинні забезпечити належне функціонування органів, які здійснюють державне регулювання у сфері транспорту. Зазначені регулятори мають бути відокремлені від загальних органів управління, щоб приймати незалежні рішення.

Що стосується нашої держави, то 27 грудня 2019 року Кабінет Міністрів України схвалив проект Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту». Цей законопроект був розроблений Міністерством інфраструктури України на виконання Указу Президента України № 837 від 8 листопада 2019 року.

Однак регуляторний орган у сфері транспорту поки не створено, тому вважаємо за доцільне проаналізувати досвід держав – членів ЄС, який має стати у нагоді у процесі розробки законодавчої бази для національного регулятора.

© В. Клинчук, 2020

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню державного регулювання у сфері транспорту деяких державах – членах ЄС приділяли увагу такі зарубіжні та вітчизняні вчені, як Д. Гочава, Д. Ордовер, Дж. Стіглер, М. Крю, В. Базилевич, Г. Филюк, О. Завада, В. Черняк та інші. Проте комплексного адміністративно-правового дослідження державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС поки немає.

Потребують дослідження адміністративно-правові засади державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС.

Метою статті є дослідження адміністративно-правових засад державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС для виокремлення кращих практик, що можуть бути використані у процесі удосконалення правових засад інституційного забезпечення державного регулювання у сфері транспорту в Україні. Для досягнення поставленої мети необхідно вирішити такі завдання: визначити місце регуляторів у системі органів влади держав – членів ЄС; з'ясувати склад регуляторних органів; розглянути вимоги до їх керівників та членів; дослідити порядок формування регуляторних органів; розглянути питання підзвітності регуляторів; визначити джерела фінансування регуляторів; охарактеризувати їхні основні функції.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до норм ст. 55 Директиви 2012/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради кожна держава – член ЄС повинна створити національний регуляторний орган у сфері залізничного транспорту. Цей орган повинен бути організаційно та функціонально незалежним від інших органів державної влади, мати власні джерела фінансування [2]. Основна мета створення незалежного регулятора полягала у забезпеченні недискримінаційного доступу до транспортної інфраструктури.

Кожна держава – член ЄС пішла власним шляхом формування регулятора у сфері транспорту. Так, наприклад, в Австрії, Болгарії, Греції, Ірландії, Латвії, Польщі, Румунії, Словаччині були створені регулятори, які здійснюють державне регулювання виключно у сфері залізничного транспорту. А у таких державах – членах ЄС, як Естонія, Іспанія, Хорватія, Литва, Люксембург, Нідерланди, були створені незалежні регуляторні органи з ширшою сферою регулювання. А саме, в межах одного регуляторного органу функціонують різні сектори, які здійснюють регулювання у сферах електронних комунікацій, електроенергетики та газу, поштового зв'язку, аудіовізуальних комунікацій, повітряного та залізничного секторів. У таких державах – членах ЄС, як Бельгія та Чехія, регулятори здійснюють державне регулювання у сфері залізничного та повітряного транспорту. У Великобританії та Франції до сфери повноважень регуляторних органів у сфері транспорту належать ринки залізничного та автомобільного транспорту. В Угорщині та Італії регуляторні органи здійснюють регулювання у сферах залізничного, повітряного, морського та автомобільного транспорту.

Таким чином, ми можемо зробити висновок, що регуляторні органи деяких держав – членів ЄС здійснюють державне регулювання лише у сфері транспорту або навіть однієї транспортної галузі (наприклад, у сфері залізничного транспорту), а інші держави – члени ЄС пішли шляхом створення єдиного регулятора, який здійснює державне регулювання у різних регульованих сферах.

Важливим питанням загальної характеристики регуляторних органів у сфері транспорту держав – членів ЄС є місце цих органів у механізмі держави. Досліджуючи це питання, ми можемо стверджувати, що ці органи є незалежними від органів державної влади. Така незалежність зумовлена адміністративною, фінансовою, управлінською автономією, а також наявністю власних активів.

Однак у деяких країнах регуляторні органи ще не виведені із системи органів виконавчої гілки влади. Так, наприклад, у Латвії функціонує Державна адміністрація залізниць – орган державного управління, який було створено з метою виконання функцій державного управління та регулювання у сфері залізничного транспорту [11].

Проте у липні 2008 р. Європейська Комісія звернулася до Латвії з вимогою про збільшення рівня фінансової та організаційної незалежності Державної адміністрації залізниць від Міністерства транспорту, однак цей процес ще не завершено [11].

Що стосується складу регуляторних органів держав – членів ЄС, то у Бельгії, Болгарії, Естонії, Литві, Латвії, Швеції, Словенії національні регуляторні органи у сфері транспорту очолюють директори, які мають заступників. Наприклад, у Бельгії Служба регулювання залізничного транспорту та експлуатації національного аеропорту Брюсселя складається з Директора, заступника директора, адміністративного експерта та радників [14]. Шведське транспортне агентство складається з Генерального директора, заступника генерального директора, відділу з регулювання цивільної авіації та морського транспорту, відділу

з регулювання залізничного і автомобільного транспорту, ліцензійного відділу, відділу інформації про транспортні засоби, відділу стратегічного розвитку й управління [15].

Щодо керівників регуляторних органів у сфері транспорту, то в Австрії, Великобританії, Чехії, Данії, Іспанії, Хорватії та Нідерландах національні регуляторні органи у сфері транспорту очолюють голови. У Хорватському регуляторному агентстві з мережевих операцій функціонує колегіальний орган управління – Рада, яка складається з п'яти членів, включаючи Голову та заступника голови Ради [7].

У Греції, Франції, Італії, Польщі, Португалії, Румунії незалежні регуляторні органи у сфері транспорту очолюють президенти. Так, наприклад, Орган регулювання залізничного транспорту у Греції складається з Президента, віце-президента та трьох регулярних членів, кожен із яких має заступника [12]. В Італії Адміністрація регулювання транспорту складається з Президента, двох уповноважених і штату працівників [10]. У Польщі Управління залізничного транспорту складається з Президента, двох віце-президентів, генерального директора та осіб, які керують організаційними підрозділами та відділами [8].

Варто зазначити, що структура органів державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС має спільні та відмінні риси. Це пов'язано з національними особливостями побудови органів у державах – членах ЄС.

Вимоги, які встановлені для керівників та членів регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС, також мають певні спільні і відмінні риси. Так, наприклад, у Чехії Головою Управління доступу до транспортної інфраструктури може бути дієздатна особа, яка має: бездоганну репутацію; повну вищу освіту (ступінь магістра); принаймні 7 років досвіду служби в державних органах, з яких щонайменше 3 роки обіймала керівні посади [1].

Також у Законі Чехії про Управління доступу до транспортної інфраструктури визначено низку вимог, за яких особа більше не може очолювати Управління, а саме: якщо особа більше не відповідає зазначеним вище вимогам; є будь-яка інша причина, що призвела до несумісності з виконанням функцій Голови Управління згідно із Законом про Управління доступу до транспортної інфраструктури або Законом про конфлікт інтересів; якщо особа своїми діями «підірвала» довіру до незалежності та неупередженості Управління; якщо особа вирішила піти з посади за власним бажанням.

Уряд Чехії може звільнити Голову Управління із займаної посади, якщо він не виконує свої обов'язки більше ніж 6 місяців [1].

Відповідно до вимог частини 4 статті 82 Федерального закону про залізниці Австрії, членство у Комісії з контролю залізниць припиняється у разі: смерті особи; закінчення терміну перебування на службі; наявності психічних або фізичних вад, що перешкоджають здійсненню діяльності; відмови у членстві [3].

Повертаючись до вимог, які висуваються до керівників та членів регуляторних органів у сфері транспорту, зазначимо, що у Законі про залізничний транспорт Польщі частиною 4 статтею 11 визначено, що претендент на посаду Президента Управління залізничного транспорту повинен: бути громадянином Польщі; мати вищу юридичну освіту (ступінь магістра); бути дієздатним; мати управлінські навички; мати щонайменше 6 років стажу роботи, включаючи 3 роки управлінського стажу; не бути засудженим та покараним за вчинення умисного злочину або фінансового правопорушення [9].

У Фінляндії [5] та Франції [13] основними вимогами до керівників регуляторних органів у сфері транспорту є: повна вища освіта; досвід роботи у сфері управління; знання сфери транспорту.

Щодо порядку формування регуляторних органів у сфері транспорту, то тут теж є свої особливості. Так, у Хорватії Голову, заступника голови та членів Ради Хорватського регуляторного агентства з мережевих операцій призначає на посади і звільняє з посад Парламент за поданням Уряду [7]. У Франції, Італії і Литві керівники регуляторних органів призначаються президентом. А в Чехії, Іспанії, Фінляндії, Латвії, Греції саме уряд призначає керівників регуляторних органів. Керівний склад регуляторного органу у сфері транспорту у Бельгії та Болгарії призначає Міністр транспорту. А в Австрії та Естонії голів регуляторних органів призначає Міністр юстиції.

Варто зауважити, що порядок формування регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС має свої особливості. Це пов'язано з формою правління та низкою функцій, якими наділені органи державної влади.

Також варто дослідити питання підзвітності регуляторів у сфері транспорту у державах – членах ЄС. Слід почати з того, що регуляторні органи звітують про свою діяльність перед органами виконавчої влади та громадськістю. Кожного року регуляторні органи готують та подають звіти про свою

діяльність. Так, в Австрії Комісія із залізниць підзвітна Федеральному уряду та Федеральному міністерству транспорту, інновацій та технологій [3]. У Бельгії, Болгарії, Греції, Угорщині, Латвії незалежні регуляторні органи подають щорічні звіти до Міністерства транспорту. Так, наприклад, Виконавчий директор регуляторного органу у сфері транспорту Болгарії щорічно подає до Міністра транспорту, інформаційних технологій та комунікацій звіт про свою діяльність [6]. А у Великобританії, Іспанії регуляторні органи у сфері транспорту звітують перед парламентом. Незалежні регуляторні органи у Чехії, Хорватії та Литві подають річні звіти до парламенту та до уряду.

Можемо зробити висновок, що питання підзвітності безпосередньо пов'язане з процесом формування регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС. Тобто регуляторні органи у сфері транспорту звітують перед тими органами державної влади, які брали участь у їх формуванні.

Що стосується питання джерел фінансування регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС, то тут теж є низка особливостей. Так, наприклад, регуляторні органи у сфері транспорту в Естонії, Греції, Литві фінансуються з державного бюджету. А у Болгарії регуляторний орган у сфері транспорту фінансується за рахунок бюджету Міністерства транспорту, інформаційних технологій та комунікацій [4]. У Великобританії, Данії, Франції, Італії регуляторні органи у сфері транспорту фінансуються за рахунок зборів з транспортних компаній, які функціонують на транспортному ринку.

На нашу думку, найбільш ефективними джерелами фінансування регуляторних органів у сфері транспорту є збори з транспортних компаній, які діють на регульованих ринках. Ми вважаємо, що такий механізм фінансування забезпечує належний рівень незалежності регуляторних органів від інших органів державної влади.

До основних повноважень регуляторних органів у сфері транспорту у державах – членах ЄС належить: нормативно-правове регулювання; ліцензування; регулювання тарифів та цін; контрольно-наглядові повноваження; накладення санкцій; захист прав споживачів; розгляд скарг; моніторинг ринку.

Також варто зазначити, що регуляторні органи у сфері транспорту у державах – членах ЄС тісно співпрацюють між собою й обмінюються власним досвідом роботи стосовно принципів своєї діяльності та практики прийняття рішень.

Висновки

Отже, на підставі аналізу державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС можемо дійти висновку, що у кожній державі діють регуляторні органи, які мають спільні та відмінні риси. Функціонування органів, які здійснюють державне регулювання у сфері транспорту, дозволяє обмежити монополію, сформувати конкурентні ринки перевезень та забезпечити захист прав споживачів транспортних послуг.

Вважаємо, що для України становить значний інтерес загальна характеристика регуляторних органів у сфері транспорту в державах – членах ЄС. Це пов'язано з тим, що наша держава теж прагне створити незалежний регуляторний орган, який буде здійснювати регулювання ринку, на якому функціонують суб'єкти природних монополій у сфері транспорту та суб'єкти господарювання, що провадять діяльність на суміжних ринках.

Проведені попередні дослідження показали, що є об'єктивна необхідність подальшого вивчення державного регулювання у сфері транспорту у державах – членах ЄС.

Список використаних джерел:

1. Act on the Office for Access to Transport Infrastructure Act No. 320/2016 Coll. URL: https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2016-320 (access date: 14.04.2020).

2. Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area Text with EEA relevance. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32012L0034 (access date: 14.04.2020).

3. Federal law consolidated: Entire legal provision for the Railway Act 1957, version of March 12, 2020. URL: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10011302 (access date: 14.04.2020).

4. Law on railway transport Ref. 97 of November 28, 2000, effective January 1, 2002. URL: http://www.iaja.government.bg/IAJI/ wwwFWRAEA.nsf/contents.htm?ReadForm&aa&cat=25965FD737362F16002573A8005389C5 (access date: 14.04.2020).

5. Railway Transport Act December 28, 2018. URL: https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2018/20181302 (access date: 14.04.2020).

6. Rules of regulations of the Executive Agency «Railway Administration». URL:http://www.iaja.government.bg/IAJI/wwwFWRAEA.nsf/contents.htm?ReadForm&aa&cat=25965FD737362F16002573A8005389C5 (access date: 14.04.2020).

7. Statut Hrvatske regulatorne agencije za mre ne djelatnosti NN 11/2019 (30.1.2019.).URL:https://www.hakom.hr/UserDocsImages/2019/propisi/

Statut%20HAKOM-a%20NN%2011_19.pdf (access date: 14.04.2020).

8. Statute of the Office of Rail Transport Annex to the Ordinance No. 159 of the Prime Minister of November 7, 2017 (MP item 1018). URL: https://www.utk.gov.pl/pl/urzad/statut-urzedu/13667,Statut-Urzedu-Transportu-Kolejowego.html (access date: 14.04.2020).

9. Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym. URL: http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20160001727/T/D20161727L.pdf (access date: 14.04.2020).

10. Веб-сайт Адміністрації регулювання транспорту Італійської Республіки. URL: https://www.autorita-trasporti.it/ (дата звернення: 14.04.2020).

11. Веб-сайт Державної адміністрації залізниць Латвійської Республіки. URL: http://www.vda.gov.lv/ (дата звернення: 14.04.2020).

12. Веб-сайт Органу регулювання залізничного транспорту Грецької Республіки. URL: http://www.ras-el.gr/ (дата звернення: 14.04.2020).

13. Веб-сайт Органу регулювання залізничної діяльності та доріг Французької Республіки. URL: http://www.arafer.fr/connaitre-laraf-2/ (дата звернення: 14.04.2020).

14. Веб-сайт Служби регулювання залізничного транспорту та експлуатації національного аеропорту Брюсселя Королівства Бельгія. URL: https://www.regul.be/nl/ (дата звернення: 14.04.2020).

15. Веб-сайт Шведського транспортного агентства Королівства Швеція. URL: https://www.transportstyrelsen.se/sv/vagtrafik/ (дата звернення: 14.04.2020).

This article explores the administrative and legal principles of state regulation in the field of transport in EU Member States. The author analyzed the activity of transport regulators in the EU Member States. Namely, the place of regulators in the system of authorities in the EU Member States, their composition, functions, procedure of formation and sources of financing were determined.

The author notes that the regulatory bodies of some EU Member States enforce state regulation only in the field of transport or even one transport sector, while other EU Member States have gone the way of creating a single regulator that implements state regulation in various regulated fields. The author outlines basic requirements for members and heads of regulatory bodies in the field of transport.

The article states that regulators are independent of public authorities. Such independence is conditioned by administrative, financial, managerial autonomy, as well as the availability of own assets. However, the author notes that in some countries, regulatory bodies have no special status and belong to the system of executive branch bodies.

The article also substantiates the accountability of transport regulators in the EU Member States. Namely, the author states that the issue of accountability is directly related to the process of formation of transport regulatory authorities in the EU Member States. That is, transport regulatory authorities report to those public authorities that have been involved in their formation.

The article states that the most effective sources of funding for regulators in the field of transport are financing through fees from transport companies operating in regulated markets. It is this funding mechanism that ensures that the regulatory bodies are independent from other public authorities.

The author also notes that the transport regulatory authorities in the EU Member States are closely cooperating with each other and sharing their own experience of working principles and decision-making practices.

The author hopes that the characterization of the administrative and legal framework of state regulation in the field of transport in the EU Member States will be useful for developing a legislative framework for the national regulator in Ukraine.

Key words: transport, EU Member States, independent regulatory authorities, sources of funding.

УДК 341.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.59

Аліна Левенець,
студентка магістратури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОЦЕДУРИ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Забезпечення та гарантування прав людини і громадянина не можливе без ефективного механізму розгляду справ у суді. При цьому є необхідність не лише захисту порушеного права, але і належного виконання судового рішення, що є важливим елементом контрольного механізму Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У разі порушених державою прав фізичних і юридичних осіб наявні гарантії їх відновлення та створення необхідних заходів для неможливості повторення таких порушень у майбутньому. Ця стаття присвячена проблемам виконання рішень Європейського суду з прав людини в Україні. Зокрема, загальній характеристиці процедури виконання та особливостям правового регулювання такого питання. Варто зазначити, що законодавчо виконання рішень Суду хоч і перебуває в тісній взаємодії органів Ради Європи та держав-учасниць, але не є досить досконалим та потребує модернізації, спираючись на зарубіжний досвід європейських країн. Виконання остаточних рішень Суду є досить тривалим та складним процесом не лише для стягувача, але й для органів державної влади, а тому необхідно приділяти значну увагу спрощенню такої процедури. Негативний вплив на виконання рішень Суду справляє відсутність чіткої взаємодії між органами, від яких залежить виконання судового рішення. Важливим складником виконання рішень Європейського суду з прав людини є обов'язковість визначення сум для щорічної реалізації ухвал Європейського суду з прав людини у державному бюджеті. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» не передбачає таких зобов'язань, саме тому виникають проблеми під час виконання рішень щодо питань виплати. Необхідно підкреслити, що останніми роками спостерігається тенденція зменшення сум державного боргу перед громадянами в частині виконання рішень Європейського суду з прав людини. Повною мірою проаналізовано законодавство України щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини та іноземних держав з цього питання, визначено основні напрями дослідження та запропоновано певні підходи та варіанти вирішення вищезазначеного питання.

Ключові слова: виконання рішень, процедура виконання, суд, права людини, виплата відшкодування, органи державної влади, державний бюджет, національне законодавство.

Постановка проблеми. Виконання рішень Європейського суду з прав людини є обов'язком України відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Важливим аспектом у гарантуванні цих прав є створення належної законодавчої основи, а також особливостей її упорядкування, яка б забезпечила швидке та дієве виконання рішень Суду.

Метою цієї статті є дослідження питання, що стосується процедури виконання рішень Європейського суду з прав людини у разі порушених прав фізичних та юридичних осіб в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Методологічним підґрунтям дослідження стали методичні напрацювання провідних українських учених, практика Європейського суду з прав людини, матеріали періодичних видань, ресурси Internet, нормативно-правові акти. Проблеми зазначеної тематики у своїх наукових працях висвітлювали О.О. Кочура, У.З. Коруц, Н.В. Камінська, Я.І. Півнев, Д.О. Фещенко та інші. Під час написання роботи використовувалися загальнофілософські методи дослідження.

Виклад основного матеріалу. Важливим етапом на шляху розбудови України як демократичної, правової держави стала ратифікація Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод від 17 липня 1997 р. (набула чинності 11 вересня того ж року) Відповідно до п. 1 ст. 46 Конвенції держава-учасниця зобов'язується виконувати остаточні рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд) у будь-яких справах, в яких вона є стороною [1]. У преамбулі Конвенції зазначається, що її мета полягає в колективному забезпеченні відповідних прав і свобод. Це зумовило необхідність заснування ЄСПЛ, покликаного контролю-

© А. Левенець, 2020

вати дотримання державами-учасницями прав і свобод людини та громадянина.

Україна визнала юрисдикцію ЄСПЛ з метою створення в схожих правовідносинах однорідної судової практики для забезпечення більш повної інтеграції до європейського правового простору [2, с. 49]. Зі змісту ст. 9 Конституції України випливає, що Конвенція є складником національного законодавства, оскільки Верховна Рада дала згоду на її обов'язковість. Важливою гарантією забезпечення права на справедливий судовий розгляд є виконання Україною судових рішень.

З огляду на особливості вітчизняного законодавства, слід зазначити, що виконання остаточних рішень Суду є тривалим та складним процесом не лише для стягувача, але й для органів державної влади. Практика виконання Україною рішень ЄСПЛ відрізняється від аналогічної практики інших держав-учасниць.

Процедура виконання остаточних рішень Суду має специфіку. Після вжиття всіх належних заходів індивідуального та загального характеру на виконання відповідного остаточного рішення ЄСПЛ держава надає інформацію, що в майбутньому слугує основою для ухвалення на засіданні Комітету міністрів Ради Європи (далі – КМ РЄ) резолюції. У такому разі рішення ЄСПЛ можна вважати виконаним.

У період з 2010 по 2019 роки було зареєстровано 2120 справ, що виявили структурні та/або системні проблеми на національному рівні. 2287 провідних справ було закрито (відповідно, ступінь закриття справ становив 108%). У період з 2000 по 2010 роки було зареєстровано 1470 нових провідних справ, 602 з яких було закрито (ступінь закриття провідних справ становив лише 41%). Станом на 31 грудня 2019 р. на розгляді в КМ РЄ перебували 5231 постанова і рішення на різних стадіях виконання. У щорічній доповіді КМ РЄ за 2019 р. зазначено, що 635 постанов з провідних справ очікують виконання не менше 5 років, тоді як у 2016 р. таких справ було 720 [3].

У своїй діяльності КМ РЄ керується Правилами щодо контролю за виконанням рішень ЄСПЛ та умов дружнього врегулювання від 10 травня 2006 року. У разі недодержання державою-учасницею своїх зобов'язань щодо виконання остаточного рішення суду Комітет Міністрів може порушити перед Судом це питання. У разі виявлення порушень Суд може застосувати санкції, а саме: позбавити державу права голосу, припинити членство тощо. Так, у рішенні Великої палати ЄСПЛ у справі «Скоццарі і Дж'юнта проти Італії» вказано на зобов'язання держав-учасниць стосовно здійснення необхідних заходів для виконання таких рішень: зі ст. 46 Конвенції випливає зобов'язання держав-учасниць виконувати остаточні рішення Суду в будь-якій справі, у якій вони є сторонами, тоді як нагляд за їх виконанням здійснює КМ РЄ [4]. У держави-учасниці виникає правовий обов'язок не лише виплатити суми справедливої сатисфакції, але й реалізувати у національній правовій системі загальні та/або індивідуальні заходи, спрямовані на усунення порушень, виявлених Судом, і їх наслідків.

Відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» виконання рішень ЄСПЛ здійснюється за рахунок коштів державного бюджету [5]. Сума державного боргу перед громадянами на початок 2019 р. становила понад 4 мільярди гривень. Якщо у 2015 році на виконання рішень ЄСПЛ по суті скарг з державного бюджету України було сплачено близько 640 млн грн, то у 2018 р. загальна сума зменшилась до 32 млн грн.

Отже, є позитивна динаміка не лише зменшення сум виплат, але й кількості скарг до ЄСПЛ. Таким чином, можна констатувати прогрес у реалізації судової реформи, що позитивно позначилося на забезпеченні прав людини у вітчизняних судах. Безумовно, було б помилково стверджувати, що в Україні відсутні проблеми у цьому питанні: для зменшення кількості скарг і, як наслідок, належного виконання рішень ЄСПЛ необхідно і надалі вносити зміни до законодавчих актів та вдосконалювати практику його застосування. Важливо також зберігати взаємодію між Радою Європи та державами-учасницями [3].

Відповідно до Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» виконанням рішень ЄСПЛ у справах щодо України є: виплата відшкодування, присудженого Судом; вжиття додаткових заходів індивідуального характеру, спрямованих на усунення конкретного порушення, визначеного в рішенні Суду; вжиття заходів загального характеру.

Виконання рішень ЄСПЛ у частині виплати відшкодування покладено на органи державної виконавчої служби. Відповідальними за здійснення виплат у зарубіжних країнах є: Федеральне міністерство фінансів (ФРН), Міністерство юстиції (Португалія, Литва), Міністерство фінансів (Естонія), Міністерство економіки (Італія) та аналогічні за компетенцією урядові органи інших держав-учасниць [7, с. 118].

Під відшкодуванням відповідно до ст. 1 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» розуміється:

а) сума справедливої сатисфакції, визначена рішенням ЄСПЛ відповідно до ст. 41 Конвенції;

б) визначена в рішенні ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання або в рішенні Суду про схвалення умов односторонньої декларації сума грошової виплати на користь стягувача.

Найменш проблематичним є виконання рішень ЄСПЛ щодо виплати сум справедливої сатисфакції. Зазвичай кошти сплачують вчасно. Державне казначейство України з метою виконання рішення ЄСПЛ здійснює списання коштів з відповідної бюджетної програми державного бюджету. Закон про виконання рішень ЄСПЛ не передбачає зобов'язань стосовно визначення сум для щорічної реалізації ухвал ЄСПЛ у державному бюджеті, саме тому виникають проблеми під час виконання рішень щодо виплати. На необхідність передбачення коштів на виконання рішень ЄСПЛ в окремій бюджетній програмі вказано лише в перехідних положеннях Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

У пілотному рішенні «Юрій Миколайович Іванов проти України» зазначається, що держава «має значну системну проблему, оскільки у ній не виконуються рішення національних судів, за виконання яких вона несе відповідальність» [8]. Якщо виконання рішення ускладнюється проблемою його тлумачення, то КМ РЄ може просити Суд дати відповідне роз'яснення. Рішення про таке звернення приймається 2/3 голосів Комітету Міністрів.

Необхідно зазначити, що ЄСПЛ не є судом четвертої інстанції в судовій системі України, оскільки він лише констатує порушення певного права людини та присуджує суму справедливої компенсації. ЄСПЛ не видає виконавчих листів, а тому особа не повинна самостійно пред'являти рішення до виконання або в будь-який спосіб його стимулювати. Держава зобов'язана виконувати рішення Суду на користь особи.

Слід підкреслити, що одним із шляхів вирішення, оптимізації та узагальнення актуальної інформації щодо сум грошових коштів, необхідних для виконання рішень ЄСПЛ, є важливість створення і ведення реєстру відповідних рішень та заборгованостей за ними, оскільки натепер фактично відсутня будь-яка достовірна інформація щодо необхідних для забезпечення виконання рішень судів коштів. Без такої інформації неможливо точно розрахувати та закласти у бюджеті відповідні асигнування [2, с. 53].

Важливим складником виконання рішень суду є застосування додаткових заходів індивідуального характеру. Відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» додатковими заходами індивідуального характеру, що застосовує держава, є такі:

а) відновлення настільки, наскільки це можливо, попереднього юридичного стану, який стягувач мав до порушення Конвенції (restitutio in integrum);

б) інші заходи, передбачені в рішенні.

Відновлення попереднього юридичного стану стягувача здійснюється шляхом повторного розгляду справи судом, включаючи відновлення провадження у справі або повторного розгляду справи адміністративним органом. У своїх рішеннях ЄСПЛ також може вказати на окремі заходи індивідуального характеру, яких держава має вжити для виконання рішення Суду.

Ще одним складником виконання рішень ЄСПЛ є застосування заходів загального характеру, що застосовуються з метою забезпечення додержання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді.

Відповідно до ч. 2 ст. 13 Закону «Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини» заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в рішенні системної проблеми та її першопричини, а саме: а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; б) внесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроєктів; г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також із триманням людей в умовах позбавлення свободи; ґ) інші заходи, які визначаються (за умови нагляду з боку КМ РЄ) державою-відповідачем відповідно до Рішення з метою забезпечення усунення недоліків системного характеру, припинення спричинених цими недоліками порушень Конвенції та забезпечення максимального відшкодування наслідків цих порушень.

Протягом десяти днів від дня отримання повідомлення про набуття рішенням ЄСПЛ статусу остаточного Орган представництва надсилає стягувачу повідомлення з роз'ясненням його права подати до Державної виконавчої служби заяву про виплату відшкодування, в якій мають бути зазначені реквізити банківського рахунка для перерахування коштів, а також надсилає до Державної виконавчої служби оригінальний текст і переклад резолютивної частини остаточного рішення ЄСПЛ щодо справедливої сатисфакції, дружнього врегулювання, про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України. Державна виконавча служба упродовж десяти днів з дня надходження відповідних документів відкриває виконавче провадження. Неподання стягувачем заяви про виплату відшкодування не є перешкодою для виконання рішення ЄСПЛ.

Як тільки остаточне рішення суду передано КМ РЄ, останній запрошує державу-відповідача проінформувати його про кроки, зроблені для виплати компенсації, призначеної Європейським судом з прав людини, і в разі необхідності про заходи індивідуального та загального характеру, прийняті для виконання рішення. Переконавшись, що держава прийняла всі необхідні заходи для виконання рішення, КМ РЄ приймає резолюцію про те, що його функції виконані.

Висновки

Можна впевнено сказати, що рішення ЄСПЛ мають слугувати для органів публічної влади, їх посадових осіб орієнтирами у сфері гарантування прав і свобод людини, що є запорукою дотримання європейських демократичних стандартів та цивілізаційного розвитку нашої держави. Одним із чинників, які негативно впливають на виконання рішень Суду, є відсутність чіткої взаємодії між органами, від яких залежить виконання судового рішення. Вирішення вищезазначеного питання потребує детального аналізу законодавства, зокрема податкового, та усунення його прогалин. Важливим є також підвищення кваліфікації посадових осіб, відповідальних за належне виконання рішень Суду, шляхом міжнародного співробітництва та запозичення досвіду провідних країн світу, встановлення покарання за їх бездіяльність, а також ведення Єдиного реєстру виконання рішень ЄСПЛ. Таким чином, виконання рішень ЄСПЛ є ключовим елементом у забезпеченні прав людини та їх дотриманні, принципів демократії і верховенства серед країн-членів.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 27.03.2020).

2. Коруц У.З. Окремі питання виконання рішень Європейського суду з прав людини. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип. 1. С. 49–53. URL: http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/6647/1/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D1%83%D1%86%20%D0%A3..pdf (дата звернення: 27.03.2020).

3. Supervising execution of ECHR judgments – 2019 report shows significant progress, but challenges remain. URL: https://www.coe.int/ru/web/portal/-/supervising-execution-of-echr-judgments-2019-report-shows-significant-progress-but-challenges-remain (дата звернення: 27.03.2020).

4. Рішення у справі «Скоццарі та Дж'юнта проти Італії» : Комюніке Секретаря Суду. *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2000. № 3. URL: http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=278.

5. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 (дата звернення: 29.03.2020).

6. Інформація щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини у справах проти України. URL: https://minjust.gov.ua/m/informatsiya-schodo-vikonannya-rishen-evropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravah-proti-ukraini (дата звернення: 03.04.2020).

7. Кочура О.О. Окремі аспекти виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 32(1). С. 116–121. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015_32%281%29__28 (дата звернення: 03.04.2020).

8. Справа «Юрій Миколайович Іванов проти України» (Заява № 40450/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479 (дата звернення: 04.04.2020).

Providing and guaranteeing human and citizen's rights are not possible without an effective court case mechanism. At the same time, exists a necessity not only for the protection of the violated right, but also for the proper enforcement of the judgment, which is an important element of the control mechanism of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the case of state violations of the rights of individuals and legal entities, there are guarantees for their restoration and the creation of the necessary measures to prevent such violations in the future. This article deals with the problems of the implementation of judgments of the European Court of Human Rights in Ukraine. In particular, the general characteristics

of the execution procedure and the specific legal regulation of the issue. It is worth noting that the legislative implementation of the Court's decisions, although closely coordinated by the Council of Europe bodies and the participating States, is not yet sufficiently advanced and needs to be modernized, drawing on foreign experience in European countries. Enforcement of the final decisions of the Court is a lengthy and complicated process not only for the claimant but also for the public authorities. Considerable attention should be paid to simplifying the procedure. The negative impact on the enforcement of the Court's decisions depends on the lack of clear interaction between the government agencies on which the enforcement of the judgment depends. An important component of the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights is the obligation to determine the amounts for the annual implementation of the European Court of Human Rights' decisions in the state budget. The law "On the enforcement of decisions and the application of the case law of the European Court of Human Rights" does not provide for such obligations, that is still the reason why problems arise while executing payment decisions. It should be emphasized that in recent years there has been a tendency to reduce the amount of public debt to citizens in the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights. The legislation of Ukraine on the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights and foreign states on this issue has been fully analyzed, the main directions of the research have been identified and some approaches and options for solving the above issue have been proposed.

Key words: enforcement of decisions, procedure of execution, court, human rights, payment of compensation, public authorities, state budget, national legislation.

УДК 341.64
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.60

Олена Поліванова,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри міжнародного права і порівняльного правознавства
Київського університету права Національної академії наук України

Дар'я Третьякова,
здобувачка вищої освіти
Київського університету права Національної академії наук України

ЕФЕКТИВНИЙ КОНТРОЛЬ ДЕРЖАВИ ПОЗА МЕЖАМИ ЇЇ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ: ПІДСТАВИ ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ У ПРАКТИЦІ ЄСПЛ

У статті досліджується практика Європейського суду з прав людини щодо притягнення до відповідальності держави за порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року поза її територіальними межами, а саме на території іншої держави-сторони Конвенції, шляхом встановлення для досягнення цілей ст. 1 Конвенції її юрисдикції внаслідок здійснення нею ефективного контролю над такою територією. Окрему увагу зосереджено на розглянутих Судом справах (ініційованих як у рамках ст. 33, так і в межах ст. 34 Конвенції), які стали наслідком створення (за військової, економічної та політичної підтримки держави-сторони Конвенції) на міжнародно визнаній території іншої держави-сторони (Кіпру, Молдови, Азербайджану) невизнаного міжнародним співтовариством суверенного державного утворення: щодо відповідальності Туреччини за порушення Конвенції на Північному Кіпрі, Росії за порушення, які відбулися в Придністров'ї, і Вірменії за порушення Конвенції у Нагірному Карабасі.

Аналіз практики Суду щодо притягнення до відповідальності держави-сторони Конвенції через встановлення для досягнення цілей ст. 1 Конвенції її юрисдикції на міжнародно визнаній території іншої держави-сторони Конвенції дав змогу виокремити низку підстав, за наявності яких перша може бути притягнена у Суді до відповідальності за порушення прав людини на цій території. Ключовою підставою встановлення юрисдикції держави за дії поза межами її територіальної юрисдикції є доведення факту здійснення нею ефективного контролю над іноземною територією – внаслідок військових (законних чи незаконних) дій: прямого ефективного контролю – через збройні сили такої держави, чи непрямого – через підпорядковану їй місцеву адміністрацію. Встановлення факту такого контролю над територією покладає на державу, яка його здійснює, відповідальність як за дії її солдатів чи посадових осіб у цій місцевості, так і за політику та дії місцевої адміністрації і виключає необхідність доведення у Суді факту здійснення детального контролю політики та дій останньої. У разі встановлення факту ефективного контролю Суд ураховує кількість військовослужбовців, розміщених державою на відповідній території, і ступінь, у якому військова, економічна чи політична підтримка підпорядкованих контролюючій державі місцевих адміністрацій надає їм вплив і контроль над регіоном.

Доведення факту окупації міжнародно визнаної території держави-сторони Конвенції збройними силами іншої держави-сторони Конвенції і перешкоджання ними реалізації прав і свобод, закріплених Конвенцією, може бути підставою для визнання юрисдикції в значенні ст. 1 Конвенції за останньою. Повний і виключний контроль окупованої території державою може бути підтверджений фактом диктування нею ходу подій у її межах. Якщо місцева адміністрація на такій території виживає внаслідок військової, політичної, фінансової чи іншої підтримки іноземної держави, «юрисдикція» цієї держави на цій території поширюється на забезпечення всього спектра матеріальних прав, викладених у Конвенції та тих її протоколах, які вона ратифікувала, і, відповідно, вона несе відповідальність за їх порушення. Тісні відносини держави-сторони Конвенції із не визнаним міжнародною спільнотою суб'єктом після факту надання нею підтримки щодо його створення можуть бути прирівняні до політичної, фінансової та економічної підтримки сепаратистського режиму. Залучення (шляхом військової присутності та надання військових матеріалів та порад) держави-сторони Конвенції до

© О. Поліванова, Д. Третьякова, 2020

ранніх стадій конфлікту у іншій державі-стороні Конвенції (виходячи з її доповідей та публічних заяв), що призвело до створення в її межах не визнаного міжнародною спільнотою суб'єкта у зв'язці із наданням істотної політичної, військової та фінансової підтримки місцевій адміністрації такого суб'єкта, за рахунок яких остання і виживала, вказують на наявність ефективного контролю такої держави над її територією.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, Конвенція, порушення прав людини, територія, юрисдикція, відповідальність, Лоізіду, Кіпр проти Туреччини, Гюзельюртлу, Ілашку, Івантош, Катан, Мозер, Чігаров.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) – міжнародний європейський судовий орган, покликаний забезпечувати дотримання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – ЄКПЛ, Конвенція) та протоколів до неї їхніми державами-сторонами [16]. Своєю чергою відповідно до ст. 1 держави-сторони Конвенції зобов'язуються гарантувати закріплені ними права і свободи кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією [16]. Саме здійснення юрисдикції є необхідною умовою притягнення держави-сторони Конвенції до відповідальності за вчинені нею дії чи бездіяльність, які породили твердження про порушення прав та свобод, викладених у Конвенції («Катан та інші проти Республіки Молдова та Росії», § 103) [10].

Практика ЄСПЛ підтвердила, що юрисдикція держави за змістом ст. 1 Конвенції є переважно територіальною («Серінг проти Сполученого Королівства» (§ 86) [30], «Банкович та інші проти Бельгії та інших» (§§ 61, 67) [7], «Ілашку та інші проти Молдови і Росії» (§ 312) [18], «Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства» (§ 131) [5]) і реалізується на всій території держави (§ 139 «Асанідзе проти Грузії» [6], § 312 «Ілашку та інші проти Молдови і Росії» [18]). Тому інші підстави здійснення державою-стороною Конвенції юрисдикції поза її територіальними межами (як-от дії органів держав-сторін Конвенції, вчинені (або які призводять до наслідків) поза їхньою територією) є винятковими і вимагають спеціального обґрунтування в конкретних обставинах кожної справи (§§ 61, 67, 71 рішення у справі Банкович [7], § 104 рішення у справі Катан [10] та § 131 рішення у справі Аль-Скейні [5]). Одна із таких виняткових підстав, за якої може виникнути питання щодо юрисдикції держави-сторони Конвенції поза її територіальними межами, – фактичне здійснення нею контролю над іноземною територією (*ratione loci*) [27, с. 12]. Що стосується принципу юрисдикції «ефективного контролю» над конкретною територією, то слід зазначити, що всі справи, які досі розглядав ЄСПЛ під цим кутом зору, стосувались контролю території держави-сторони Конвенції іншою державою-стороною в умовах збройного конфлікту (під час зазначеного конфлікту чи після припинення бойових дій) (§ 45) [27, с. 16]. У таких ситуаціях виникає питання «юрисдикції», коли держава втрачає ефективний контроль над усією або частиною своєї міжнародно визнаної території. При цьому можуть виникнути питання щодо юрисдикції і відповідальності держави двох видів. Якщо держава посягає на територіальну та політичну цілісність іншої держави, скарги, подані до Суду, можуть бути спрямовані як проти «активної» договірної держави, яка здійснює свої повноваження за межами власної території (у формах повної або часткової військової окупації іншої держави, підтримки повстання чи громадянської війни в іншій державі або встановлення (надання допомоги із встановлення) на території іншої держави сепаратистського режиму у формі суб'єкта, який не визнається суверенною державою міжнародною спільнотою), так і проти «пасивної» договірної держави, щодо якої здійснюється будь-яка із вищезазначених дій [27, с. 16] (у кожному з двох випадків держава-відповідач несе різну відповідальність). У цій статті розглядаються питання юрисдикції і відповідальності «активної» держави; при цьому увагу зосереджено на одній із категорій справ, розглянутих ЄСПЛ у цьому зв'язку, – справи, які стали наслідком створення (за військової, економічної та політичної підтримки держави-сторони Конвенції) на міжнародно визнаній території іншої держави-сторони ЄКПЛ (Кіпру, Молдови, Азербайджану) суб'єкта, який не визнається суверенною державою міжнародним співтовариством [27, с. 17–18]. Суд розглядав таку ситуацію у трьох різних історико-політичних контекстах [27, с. 20]: встановлюючи відповідальність Туреччини за порушення Конвенції на Північному Кіпрі [12; 17; 20; 21; 22], Росії за порушення, які відбулися в Придністров'ї [10; 18; 19; 26], і Вірменії за порушення Конвенції у Нагірному Карабасі [11]. Разом із тим, як показує практика ЄСПЛ, підстави притягнення держави до відповідальності за порушення прав людини, закріплених Конвенцією, через поширення її юрисдикції на дії, які мали місце на міжнародно визнаній території

іншої держави напряму залежать від фактів кожної конкретної справи, а тому нині потребують вивчення і узагальнення, зважаючи на гостроту обговорюваного питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремим питанням юрисдикції держав, встановлення приналежності їм дій чи бездіяльності, вчинених поза межами їхньої територіальної юрисдикції, відповідальності держав за порушення прав людини приділялася увага у працях як українських (Є. Герасименка [1], Т. Горбачевської [2], О. Плотнікова [3]), так і зарубіжних науковців (Т. Абдель-Момен [4], Д. Бадзяновська [8], М. Датвілер [14], Т. Ітвел [15], Л. Кафліш [9], Р. Лоусон [13], М. Міланович [23, 24], С. Міллер [25], М. Хеєр [13]). Однак аналізу практики ЄСПЛ щодо визначення підстав, за наявності яких держава-сторона Конвенції може бути притягнена до відповідальності за порушення Конвенції на території іншої держави-сторони Конвенції шляхом встановлення для досягнення цілей ст. 1 Конвенції юрисдикції першої внаслідок здійснення нею ефективного контролю над такою територією, належної уваги приділено не було. Саме тому це дослідження, зосереджуючи увагу на розглянутих ЄСПЛ справах у цьому зв'язку, ініційованих як у рамках ст. 33, так і в межах ст. 34 Конвенції, є спробою окреслити такі підстави і, таким чином, заповнити відповідну прогалину української науки європейського права.

Метою статті є аналіз практики ЄСПЛ щодо притягнення до відповідальності держави за порушення ЄКПЛ поза її територіальними межами, а саме на території іншої держави-сторони Конвенції шляхом встановлення для досягнення цілей ст. 1 Конвенції її юрисдикції внаслідок здійснення нею ефективного контролю над такою територією.

Виклад основного матеріалу дослідження. 24 серпня 1960 року Рада Безпеки ООН одностайно прийнятою резолюцією рекомендувала Кіпр до вступу в ООН [28], а 1 жовтня того ж року Кіпр набув статусу незалежної держави. Разом із тим перша серія справ, що розглянута ЄСПЛ і пов'язана зі створенням (за військової, економічної та політичної підтримки держави-сторони Конвенції) однією державою-стороною Конвенції на міжнародно визнаній території іншої держави-сторони ЄКПЛ суб'єкта, який не визнається суверенною державою міжнародним співтовариством, і визначенням держави, у юрисдикції якої (в значенні ст. 1 Конвенції) перебували оскаржувані дії, що призвели до порушення прав людини за ЄКПЛ, стосувалася ситуації, яка склалася саме на півночі Кіпру з моменту, коли Туреччина проводила там військові дії в липні та серпні 1974 року і триваючого поділу території Кіпру. Піком поділу Кіпру було проголошення у листопаді 1983 року «Турецької Республіки Північний Кіпр» (далі – «ТРПК») з подальшим прийняттям «Конституції ТРПК» у травні 1985 року (із рішення у справі «Кіпр проти Туреччини», § 14) [12]. Турецька військова присутність на півночі Кіпру у той самий час була описана у рішенні у справі «Лоізіду проти Туреччини» 1996 року (§§ 16–17) [21] (далі – Лоізіду), у якій заявниця, грецька кіпріотка, скаржилася на позбавлення її доступу до належної їй власності на півночі Кіпру. Пані Лоізіду жила та володіла землею на півночі Кіпру до турецької окупації місцевості. Вона подала позов проти Туреччини, стверджуючи, що все ще є законною власницею землі, незважаючи на законодавчі положення, встановлені конституцією «ТРПК». Вона заявила, що турецькі сили заважали і продовжували заважати їй повернутися у Кіренію (північний Кіпр) і мирно користуватися її власністю (§ 12) [21]. Вона стверджувала, що при цьому мали місце порушення ст. 1 Протоколу № 1 та статті 8 Конвенції (§ 28) [21].

Першим юридичним питанням на вирішенні Суду було заперечення *ratione temporis*, висловлене турецьким урядом. Оскільки декларація Туреччини 1990 року, подана відповідно до ст. 46 Конвенції, виключала юрисдикцію ЄСПЛ щодо фактів, які відбулися до дати здачі її на зберігання, заявниця мала довести, що передбачувані порушення не обмежувалися періодом до 1990 року, а продовжували тривати і після. Якщо вони продовжувалися, пані Лоізіду все ж залишалася законною власницею землі. Оскільки міжнародна спільнота оголосила «ТРПК» незаконним режимом, Суд вирішив, що не може визнати Конституцію «ТРПК» 1985 року юридично чинною. Отже, положення її ст. 159 про експропріацію майна, залишеного біженцем, не могли призвести до втрати заявницею права власності на її майно, і заперечення відповідача *ratione temporis* було відкинуте (§§ 39–47) [21].

Другим питанням, яке вирішив ЄСПЛ, було, чи могла Туреччина бути визнаною відповідальною за передбачувані порушення (§ 49) [21]. Суд постановив, що відповідно до ст. 1 Конвенції поняття «юрисдикція» не обмежується національною територією держави-сторони Конвенції (§ 52) [21]. Відповідно, відповідальність держав-сторін Конвенції може бути пов'язана з діями та бездіяльністю їхніх органів влади, які

спричинюють наслідки поза їхньою територією. Суд визнав, відповідно до принципів міжнародного права щодо відповідальності держав, що відповідальність держави може виникнути і тоді, коли внаслідок військових дій – законних чи незаконних – вона здійснює ефективний контроль над територією за межами своєї національної території. Зобов'язання забезпечити на такій території права та свободи, викладені в Конвенції, випливає з факту такого контролю, незалежно від того, здійснюватиметься він безпосередньо через збройні сили такої держави чи через підпорядковану їй місцеву адміністрацію (§ 62) [22, С. 23–24]. ЄСПЛ зазначив, що втрата заявницею контролю над її майном пов'язана з окупацією турецькими військами північної частини Кіпру та створенням там «ТРПК», а також із тим, що заявниця була позбавлена доступу до її власності турецькими військами. Таким чином, оскаржені дії могли підпадати під турецьку «юрисдикцію» у значенні ст. 1 Конвенції (§§ 63–64) [22, с. 24]. У рішенні по суті тієї самої справи Суд, розглядаючи «приналежність» передбачуваних порушень Туреччині, визнав, що не було необхідності встановлювати, чи ця держава здійснювала детальний контроль над політикою та діями влади «ТРПК», оскільки було очевидно з великої кількості військ (за весь період окупації у північному Кіпрі дислокувалося понад 30000 військових (§ 16) [21]), які виконували активні обов'язки на спірній території, що турецька армія здійснювала ефективний повний контроль над тією частиною острова; такий контроль поклав на Туреччину відповідальність за політику та дії «ТРПК». Отже, особи, які постраждали від цих політики та дій, потрапили під «юрисдикцію» Туреччини, і ймовірні порушення були, відповідно, «приналежні» цій державі (§§ 52–56) [21].

У міждержавній справі «Кіпр проти Туреччини», направленій до Суду відповідно до положень, що застосовувались до набуття чинності Протоколом № 11 до Конвенції, урядом Республіки Кіпр 30 серпня 1999 року та Європейською комісією з прав людини (далі – Комісія) 11 вересня 1999 року, Уряд-заявник просив Суд прийняти рішення, що держава-відповідач несе відповідальність за порушення ст.ст. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 17 та 18 Конвенції та ст.ст. 1 та 2 Протоколу № 1 (§ 18) [12]. Уряд-відповідач заперечував відповідальність Туреччини відповідно до Конвенції за звинувачення, викладені в заяві. У своїх поданнях до Комісії Уряд-відповідач стверджував, що оскаржувані дії та бездіяльність можуть бути приписані виключно «ТРПК» – незалежній державі, створеній турецько-кіпрською громадою, використовуючи її право на самовизначення та володіючи виключним контролем та повноваженнями над територією, що знаходиться на північ від буферної зони ООН. Уряд-відповідач у зв'язку з цим висловився з приводу того, що Суд у рішенні Лоізіду помилково зробив висновок, що «ТРПК» є підпорядкованою місцевою адміністрацією, за дії та бездіяльність якої за ст. 1 Конвенції несе відповідальність Туреччина (§ 69) [12].

Уряд-заявник стверджував перед Судом, що «ТРПК» є незаконним утворенням згідно з міжнародним правом, оскільки воно зобов'язане своїм існуванням незаконному акту вторгнення держави-відповідача у північну частину Кіпру в 1974 році та постійній незаконній окупації цієї частини Кіпру з тих пір. Спроба держави-респондента посилити поділ Кіпру шляхом проголошення створення «ТРПК» у 1983 році була рішуче засуджена міжнародною спільнотою, про що свідчить прийняття Радою Безпеки ООН резолюцій 541 (1983) та 550 (1984) і Комітетом міністрів Ради Європи резолюції від 24 листопада 1983 року (§ 70) [12]. Уряд заявника підкреслив, що навіть, якщо Туреччина не мала юридичного права на північний Кіпр за міжнародним правом, Туреччина несе юридичну відповідальність за цю територію в рамках Конвенції, враховуючи, що вона здійснювала повний військовий та економічний контроль над цією територією. Цей повний і виключний контроль окупованої території підтверджувався неспростовними доказами влади Туреччини диктувати хід подій у її межах. За твердженням уряду-заявника, держава-сторона Конвенції не може шляхом делегування повноважень підлеглому та незаконному управлінню уникнути своєї відповідальності за порушення Конвенції і міжнародного права взагалі. Проголосити протилежне в контексті ситуації північного Кіпру означало б породити велику прогалину в системі захисту прав людини і, справді, призвело б до непридатності системи Конвенції (§ 71) [12]. Отже, в «Кіпр проти Туреччини» Суд повторив свій загальний висновок у Лоізіду, що Туреччина на практиці здійснювала повний контроль на півночі Кіпру завдяки своїй військовій присутності на місцях; отже, за політику та дії органів «ТРПК» вона набула відповідальності за Конвенцією. Суд підкреслив, що відповідальність Туреччини відповідно до Конвенції не може обмежуватися діями її власних солдатів чи службових осіб на півночі Кіпру, але також повинна виникати виходячи із дій місцевої адміністрації, яка виживала внаслідок турецької військової

та іншої підтримки. Слід вважати, що «юрисдикція» Туреччини поширюється на забезпечення всього спектра матеріальних прав, викладених у Конвенції та тих додаткових протоколах, які вона ратифікувала, і порушення цих прав були належні їй (§§ 76–77).

У справі «Гюзельюртлу та інші проти Кіпру та Туреччини» стосовно вбивств кількох колишніх жителів «ТРПК» на території Республіки Кіпр та розслідувань, які проводилися щодо цих фактів владою «ТРПК», Суд зазначив, що міжнародна спільнота вважає Туреччину окупантом північної частини Кіпру і не визнає в рамках міжнародного права «ТРПК» державою. Для цілей Конвенції Північний Кіпр перебував під ефективним контролем Туреччини. Підозрювані у вбивствах втекли до «ТРПК», що, як наслідок, завадило Республіці Кіпр вести власне кримінальне розслідування стосовно цих підозрюваних, а отже, виконувати свої зобов'язання за Конвенцією (§ 193) [17].

Друга серія справ стосувалася відповідальності Росії за діяння, вчинені в «Молдавській Республіці Придністров'я», утвореній на молдавській території. У справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (далі – Ілашку) заявники, серед яких були особи, засуджені до страти та тяжких тюремних вироків «верховним судом» цього суб'єкта, скаржилися на низку порушень їхніх основних прав, які, на їхню думку, здійснювала Росія. Суд зазначив, що в 1991–1992 роках сили колишньої 14-ї армії (яка належала СРСР і тепер – Росії), що розміщувалися в Придністров'ї, воювали на стороні придністровських сепаратистських сил. Велика кількість зброї з арсеналу 14-ї армії була добровільно передана сепаратистам, які, більше того, змогли забезпечити подальше озброєння, не зустрівши опору з боку російських військових. Крім того, протягом протистоянь молдавської влади та придністровських сепаратистів російські лідери робили політичні заяви на підтримку сепаратистської влади. Навіть після угоди про припинення вогню Росія продовжувала надавати військову, політичну та економічну підтримку сепаратистському режиму, тим самим дозволяючи йому виживати шляхом зміцнення себе та набуття певної кількості автономії від Молдови. На думку Суду, всі дії, вчинені проти заявників російськими військовими органами, включаючи передачу їх сепаратистському режиму, не визнаному міжнародною спільнотою, в контексті співпраці між російською владою та цим неправомірним режимом, створили відповідальність за наслідки дій цього режиму. Усі матеріали справи свідчили про те, що Придністровський регіон залишався під ефективним контролем Росії або, принаймні, під його вирішальним впливом, і в будь-якому разі він виживав завдяки військовій, економічній, фінансовій та політичній підтримці з боку Росії як до, так і після ратифікації Конвенції. За таких обставин заявники перебували в межах «юрисдикції» Росії, внаслідок чого на неї покладається відповідальність стосовно оскаржуваних дій (§§ 377–394) [18].

Висновок щодо відповідальності Росії у Придністров'ї було підтверджено у справах «Івантош та інші проти Молдови та Росії» [19], «Катан та інші проти Республіки Молдова та Росії» [10] та «Мозер проти Республіки Молдова та Росії» [26]. Зокрема, у справі «Івантош та інші проти Молдови та Росії» (далі – Івантош) щодо тривалого затримання двох із чотирьох заявників у справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (після і попри винесення рішення Великою палатою Суду у цій справі) ЄСПЛ прагнув встановити, чи змінилася російська політика підтримки придністровського сепаратистського режиму між 2004 та 2007 роками, датою звільнення заявників. Він зазначав, що Росія продовжувала користуватися тісними стосунками з «Молдавською Республікою Придністров'я», що прирівнюється до політичної, фінансової та економічної підтримки сепаратистського режиму. Більше того, Суд встановив, що російська армія (війська, техніка та боєприпаси) на дату звільнення заявників все ще перебувала на території Молдови, порушуючи молдавське законодавство і взяті на себе Російською Федерацією зобов'язання щодо повного самоусунення. Тому заявники потрапили під «юрисдикцію» Росії для цілей ст. 1 Конвенції (§§ 116–120) [19].

У справі «Катан та інші проти Республіки Молдова та Росії» щодо скарги, поданої дітьми та батьками молдавської громади в Придністров'ї щодо наслідків мовної політики, прийнятої у 1992 та 1994 роках сепаратистським режимом, що забороняв використовувати латинський алфавіт у школах, а також наступні заходи щодо здійснення цієї політики. Повторивши свої висновки, попередньо вже викладені в Ілашку і Івантош, Суд зазначив, що Росія продовжувала надавати військову, економічну та політичну підтримку придністровським сепаратистам (поставки газу, виплати пенсій тощо). Оспорювані факти, таким чином, потрапляли під юрисдикцію Росії, навіть якщо жодні російські агенти не брали безпосередньої участі у заходах, прийнятих проти шкіл заявників (§§ 116–123) [10].

У справі «Мозер проти Республіки Молдова та Росії» (щодо утримання чоловіка,

підозрюваного в шахрайстві, за постановою судів «Молдавської Республіки Придністров'я»), ЄСПЛ, враховуючи відсутність будь-якої відповідної нової протилежної інформації, підтвердив, що його висновок, висловлений у всіх вищезазначених справах щодо юрисдикції Росії, залишився чинним і стосовно періоду, що розглядається у цій справі [26].

Третя ситуація, яку розглядав Суд, стосувалася відповідальності Вірменії за діяння, вчинені у «Нагірно-Карабаській Республіці» (далі – «НКР»), створеній у районі Азербайджану. На час розпаду Радянського Союзу в грудні 1991 року Нагірно-Карабаська автономна область (далі – НКАО) була автономною провінцією, що перебувала в складі Азербайджанської Радянської Соціалістичної Республіки (Азербайджанської РСР). У НКАО та Вірменської Радянської Соціалістичної Республіки (Вірменської РСР), розділеної територією Азербайджану, не було спільного кордону. У 1988 році в цьому регіоні спалахнули збройні бойові дії. У вересні 1991 року, невдовзі після того, як Азербайджан проголосив незалежність від Радянського Союзу, Рада НКАО оголосила про заснування «НКР», що включала НКАО та Шаумянівський район Азербайджану. Після референдуму, який відбувся в грудні 1991 року (і бойкотувався його азербайджанським населенням) і на якому 99,9% виборців виступили за відокремлення «НКР», остання підтвердила свою незалежність від Азербайджану в січні 1992 року. Після цього конфлікт поступово переріс у повномасштабну війну. До кінця 1993 року етнічні вірменські війська отримали контроль майже над усією територією колишнього НКАО та семи сусідніми азербайджанськими областями. У травні 1994 року воюючі підписали угоду про припинення вогню, яка діє і досі. Самопроголошена незалежність «НКР» не була визнана жодною державою чи міжнародною організацією (§§ 12–31 рішення у справі «Чігаров та інші проти Вірменії» [11], §§ 14–28 рішення у справі «Саргсян проти Азербайджану» [29]).

У справі «Чірагов та інші проти Вірменії» заявники, азербайджанські курди з району Лачин (який є частиною Азербайджану і відокремлює Нагірний Карабах від Вірменії), скаржилися на їхню неможливість мати доступ до своїх будинків та майна, оскільки були змушені залишити район через збройний конфлікт між двома державами. Відповідно до ст. 1 Конвенції Суд урахував цілу серію доповідей та публічних заяв, особливо тодішніх та колишніх членів уряду Вірменії, і дійшов висновку, що Вірменія завдяки своїй військовій присутності та наданню військових матеріалів та порад була залучена до конфлікту в Нагірному Карабасі на його ранніх стадіях. На думку Суду, така військова підтримка була вирішальною для контролю над територіями, про які йдеться; крім того, з фактів справи було очевидно, що Вірменія надавала істотну політичну та фінансову підтримку «НКР». Більше того, мешканці «НКР» повинні були отримати паспорт Вірменії для виїзду за кордон. Суд встановив, що Вірменія та «НКР» були дуже інтегровані практично у всіх важливих питаннях, а також те, що «НКР» та її адміністрація вижили завдяки військовій, політичній, фінансовій та іншій підтримці Вірменії, яка, відповідно, здійснювала ефективний контроль над Нагірним Карабахом та прилеглими територіями. Тому ймовірні факти мали місце під юрисдикцією Вірменії (§§ 169–186) [11].

Висновки

Аналіз практики ЄСПЛ щодо притягнення до відповідальності держави-сторони Конвенції через встановлення її юрисдикції над міжнародно визнаною територією іншої держави-сторони Конвенції дав змогу виокремити низку підстав, за наявності яких перша може бути притягнена у ЄСПЛ до відповідальності за порушення прав людини на цій території. Встановлюючи юрисдикцію і відповідальність «активної» держави, Суд насамперед має встановити, чи передбачувані факти підпадають під її «юрисдикцію» в цілях ст. 1 Конвенції. Ключовою ж підставою встановлення юрисдикції держави за дії поза межами її національної території є доведення факту здійснення нею ефективного контролю над іноземною територією – внаслідок військових (законних чи незаконних) дій: прямого ефективного контролю – через збройні сили такої держави, чи непрямого – через підпорядковану їй місцеву адміністрацію. Зобов'язання забезпечити на такій території права та свободи людини, включені у Конвенцію, випливає з факту такого контролю, незалежно від того, здійснюється він безпосередньо через власні збройні сили держави-сторони ЄКПЛ або через підпорядковану їй місцеву адміністрацію.

Там, де встановлено факт такого контролю над територією, не потрібно визначати, чи здійснює держава-сторона ЄКПЛ детальний контроль за політикою та діями підпорядкованої місцевої адміністрації. Той факт, що місцева адміністрація виживає внаслідок військової та іншої підтримки цієї держави, тягне за собою відповідальність цієї держави

за свою політику та дії. Контролююча держава несе відповідальність згідно зі ст. 1 Конвенції забезпечити в межах підконтрольної їй території весь спектр матеріальних прав, викладених у Конвенції та тих додаткових протоколах до неї, які вона ратифікувала. Така держава буде нести відповідальність за будь-які порушення цих прав. Більше того, якщо держава-сторона Конвенції здійснює повний контроль над територією поза її власними територіальними межами, її відповідальність не обмежується діями її солдатів чи посадових осіб у цій місцевості, але також поширюється на дії місцевої адміністрації, яка виживає там через військову чи іншу підтримку контролюючої держави.

Питання, чи справді держава-сторона ЄКПЛ здійснює ефективний контроль над територією за її власними територіальними межами, є питанням факту. Прагнучи відповісти на нього, Суд насамперед враховує такі два критерії: кількість військовослужбовців, розміщених державою на відповідній території (критерій, якому Суд надавав досі найбільшого значення), і ступінь, у якому військова, економічна чи політична підтримка підпорядкованих контролюючій державі місцевих адміністрацій надає їм вплив і контроль над регіоном.

Доведення факту окупації міжнародно визнаної території держави-сторони Конвенції збройними силами іншої держави-сторони Конвенції і перешкоджання ними реалізації прав і свобод, закріплених Конвенцією, може бути підставою для визнання юрисдикції в значенні ст. 1 Конвенції за останньою. Повний і виключний контроль окупованої території державою може бути підтверджений фактом диктування нею ходу подій у її межах. Якщо місцева адміністрація на такій території виживає внаслідок військової, політичної, фінансової чи іншої підтримки іноземної держави, «юрисдикція» цієї держави на цій території поширюється на забезпечення всього спектра матеріальних прав, викладених у Конвенції та тих додаткових протоколах, які вона ратифікувала, і, відповідно, вона несе відповідальність за їхнє порушення. Тісні відносини держави-сторони Конвенції із не визнаним міжнародною спільнотою суб'єктом після факту надання нею підтримки щодо його створення можуть бути прирівняні до політичної, фінансової та економічної підтримки сепаратистського режиму. Залучення (шляхом військової присутності та надання військових матеріалів та порад) держави-сторони Конвенції до ранніх стадій конфлікту у іншій державі-стороні Конвенції (виходячи з її доповідей та публічних заяв), що призвело до створення в її межах не визнаного міжнародною спільнотою суб'єкта у зв'язці із наданням істотної політичної, військової та фінансової підтримки місцевій адміністрації такого суб'єкта, за рахунок яких остання і виживала, вказують на наявність ефективного контролю такої держави над її територією.

Вагомий вплив на формування думки Суду під час прийняття рішення у таких справах, на наш погляд, також має ставлення міжнародного співтовариства до факту створення на міжнародно визнаній території держави-сторони Конвенції окремого суб'єкта, який не визнається суверенною державою, а також до факту причетності (прямої чи опосередкованої) до цього іншої держави-сторони Конвенції.

Список використаних джерел:

1. Герасименко Є. Щодо «ефективного контролю» і неефективної критики. *Українська правда*. 17 лютого 2017. URL: https://www.pravda.com.ua/columns/2017/02/17/7135511/ (дата звернення: 27.04.2020).

2. Горбачевська Т. Захист прав людини у збройному конфлікті між Україною та Росією: питання юрисдикції у світлі практики Європейського суду з прав людини. Зобов'язання, що випливають з фактичного або загального контролю держави-агресора (Частина I). *Human Rights in Ukraine. Website of the Kharkiv Human Rights Protection Group*. URL: http://khpg.org/en/index.php?id=1562658156 (дата звернення: 27.04.2020).

3. Плотніков О.В. Юрисдикція Європейського суду з прав людини щодо окупованих територій. *Academia*. URL: https://www.academia.edu/8403194/%D0%AE%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%B4%D0%B8%D0%BA%D1%86%D1% (дата звернення: 27.04.2020).

4. Abdel-Monem T. How Far Do the Lawless Areas of Europe Extend? Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. *Journal of Transnational Law & Policy*. Vol. 14.2, 2005. Pp. 159–215.

5. Al-Skeini and others v. The United Kingdom, No. 55721/07, para. 131, ECHR, 7 July 2011.

6. Assanidze v. Georgia [GC], No. 71503/01, § 139, ECHR 2004 II.

7. Banković and others v. Belgium and Others (Decision as to admissibility), No. 52207/99, paras. 61, 67, ECHR, 12 December 2001;

8. Budzianovska D.C. Some reflections on the extraterritorial application of the European Convention of Human Rights. *Wrozlav Review of Law Adminisration and Economics*. Vol. 2:1, 2012. Pp. 51–60. URL: file:///C:/Users/)/Downloads/[20841264%20-%20Wroclaw%20Review%20of%20Law,%20Administration%20&%20Economics].pdf (дата звернення: 27.04.2020).

9. Caflisch L. Attribution, Responsibility and Jurisdiction in International Human Rights Law. *Anuario Colombiano de Derecho*

Internacional. Vol. 10, 2017. URL: https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429552542006/index.html (дата звернення: 27.04.2020).

10. Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia [GC], No. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, ECHR, 19 October 2012.

11. Chiragov and Others v. Armenia [GC], No. 13216/05, ECHR, 16 June 2015.

12. Cyprus v. Turkey [GC], No. 25781/94, ECHR, 10 May 2001.

13. Den Heijer M., Lawson R. Extraterritorial Human Rights and the Concept of "Jurisdiction". *Global Justice, State Duties. The extraterritorial scope of economic, social and cultural rights in international law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. Pp. 153–191.

14. Duttwiler M. Authority, control and jurisdiction in the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 30/2, 2012. Pp. 137–162. URL: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28821.pdf (дата звернення: 27.04.2020).

15. Eatwell T. States responsibility for human rights violations committed in the states territory by armed non-state actors. *The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Academy Breifing 13*. URL: https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Academy%20Briefing%2013.pdf (дата звернення: 27.04.2020).

16. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14. Council of Europe, 4 November 1950, ETS 5. URL: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html (дата звернення: 26.04.2020).

17. Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey, No. 36925/07, ECHR, 29 January 2019.

18. Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, No. 48787/99, para. 312, ECHR, 8 July 2004.

19. Ivanţoc and Others v. Moldova and Russia, No. 23687/05, ECHR, 15 November 2011.

20. Loizidou v. Turkey (Article 50), No. 15318/89, ECHR, 28 July 1998.

21. Loizidou v. Turkey (merits), ECHR, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI.

22. Loizidou v. Turkey (preliminary objections), No. 15318/89, ECHR, March 1995.

23. Milanovic M. Does the European Court of Human Rights Have to Decide on Sovereignty over Crimea? Part I: Jurisdiction in Article 1 ECHR. *EJIL: TALK! Blog of the European Journal of International Law*. September 23, 2019. URL: https://www.ejiltalk.org/does-the-european-court-of-human-rights-have-to-decide-on-sovereignty-over-crimea-part-i-jurisdiction-in-article-1-echr/ (дата звернення: 27.04.2020).

24. Milanovic M. Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy. *Oxford University Press*, 2011. Vol. 11. 304 p.

25. Miller S. Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention. European Journal of International Law. Volume 20. Issue 4. November 2009. Pp. 1223–1246.

26. Mozer v. the Republic of Moldova and Russia [GC], No. 11138/10, ECHR, 31 March 2010.

27. Obligation to respect human rights. Concepts of "jurisdiction" and imputability. Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights. Updated on 31 December 2019. *Council of Europe/European Court of Human Rights*, 2020. P. 12, para. 30. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_ENG.pdf (дата звернення: 25.04.2020).

28. 155 (1960). Resolution of 24 August 1960. S/4469. URL: http://unscr.com/en/resolutions/doc/155 (дата звернення: 27.04.2020).

29. Sargsyan v. Azerbaijan [GC], No. 40167/06, paras. 14–28, ECHR, 14 December 2012.

30. Soering v. United Kingdom, No. 14038/88, para. 86, ECHR, 07 July 1989.

The article examines the practice of the European Court of Human Rights on the responsibility of the state for violations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 outside its national territory, namely – on the territory of another State Party to the Convention, by establishing, for the purposes of art. 1 of the Convention, such state's jurisdiction as a consequence of its effective control over this territory. Particular attention is focused on the cases (initiated both under Art. 33 and within the framework of Art. 34 of the Convention) concerning the creation (with military, economic or political support of a State Party to the Convention) on the internationally recognised territory of another State Party Convention (Cyprus, Moldova, Azerbaijan) of an entity, which is not recognized by the international community as a sovereign state: regarding Turkey's responsibility for breaches of the Convention in Northern Cyprus, Russia's responsibility for violations committed in Transdniestria, and Armenia's responsibility for violations in NagornoKarabakh.

An analysis of the Court's case-law on the responsibility of the state for the violation of the Convention by establishing, for the purposes of Art. 1 of the Convention, its jurisdiction over the internationally recognized territory of another State Party to the Convention has made it possible to identify a number of grounds on which the former may be held responsible in the Court for human rights violations in that territory. A key reason for establishing a state's jurisdiction for actions outside its national territory is to prove that it exercises effective control over a foreign territory – as a result of military (legal or illegal) actions: direct effective control – through the armed forces of that state, or indirectly – through its subordinate local administration. Establishing the fact of such a control over that territory puts on to the state, exercising it, the responsibility both for the actions of its soldiers or officials in the area and for the policies and actions

of the local administration and eliminates the need to prove in the Court the fact of detailed control exercising over the policies and actions of the latter. In establishing the existence of effective control, the Court takes into account the number of soldiers deployed by the State in the territory in question and the extent to which the State's military, economic and political support for the local subordinate administration provides it with influence and control over the region.

Proving the fact of occupation of an internationally recognized territory of a State Party to the Convention by the armed forces of another Convention state and preventing them from exercising the rights and freedoms enshrined in the Convention may be the ground for entailing the jurisdiction under Art. 1 of the Convention of the latter. The overall and exclusive control over the occupied territory by the state can be confirmed by the fact that it dictates the course of events within its borders. If a local administration in such a territory survives as a result of the military, political, financial or other support of a foreign state, the jurisdiction of that state in that territory shall extend to the full range of substantive rights set out in the Convention and the additional protocols ratified by it and, correspondingly, it shall be responsible for their violation. The close relations of a State party to the Convention with an entity unrecognized by the international community after supporting its creation may be equated with the political, financial and economic support of the separatist regime. Involvement (by military presence and provision of military material and advice) of a State Party to the Convention at the early stages of a conflict in another State Party (based on its reports and public statements), which led to the creation of an entity that is not recognized by the international community in connection with the provision of significant political and financial support to the local administration of such an entity, at the expense of which the latter did survive, indicate the existence of effective control of such a state over its territory.

Key words: European Court of Human Rights, Convention, human rights violations, territory, jurisdiction, responsibility, Loizidou, Cyprus v. Turkey, Güzelyurtlu, Ilaşcu, Ivanţoc, Catan, Mozer, Chigarov.

УДК 341.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.61

Інна Роянова,
аспірантка кафедри права Європейського Союзу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ НЕЙТРАЛІЗОВАНИХ ТЕРИТОРІЙ УПРОДОВЖ XIX – НА ПОЧАТКУ XX СТОЛІТТЯ

Статтю присвячено становленню інституту нейтралізованих територій упродовж XIX – на початку XX ст. Зазначено, що об'єкт дослідження має глибоке історичне коріння ще зі стародавніх часів. Однак цей період, як і Середньовіччя, не досить досліджений, у зв'язку з чим автором статті було обрано пізній період Нового часу (XIX – поч. XX ст.), впродовж якого були укладені найбільш значущі міжнародні договори, що вплинули на становлення інституту нейтралізованих територій. Звертається увага на те, що Віденський Конгрес 1815 р. став відправною точкою для розвитку і становлення інституту постійного нейтралітету. Як наслідок, у міжнародних договорах упродовж XIX ст. – на початку XX ст. (наприклад, Додатковий трактат про Краків 1815 р., Лондонський договір 1864 р., Карлстадська Конвенція 1905 р.) застосовували поняття «нейтралітет держави», наділяючи його ознаками, що притаманні інституту нейтралізованих територій. Водночас були такі угоди, аналіз яких указує на ознаки встановлення режиму нейтралізованих територій, втім у тексті безпосередньо не міститься вказівки ні на «нейтралітет держави», ні на «нейтралізовані території» (Конвенція щодо проток Дарданельської і Босфорської 1856 р., Конвенція щодо утримання в Чорному морі військових судів 1856 р., Константинопольська конвенція 1888 р., Договір про Шпіцберген 1920 р.). Звертається увага на те, що доктрина міжнародного права впродовж XIX – першої половини XX ст. мала негативне ставлення до ототожнення понять «нейтралітет держави» та «нейтралізовані території». Однак деякі вчені цього періоду (А.-В. Гефтер, Л.Ф.Л. Опенгейм) розглядали нейтралітет частини території як різновид постійного нейтралітету, що можна, мабуть, вважати за аналогією нейтралізованими територіями. Наприкінці автор статті робить висновок, що інститут нейтралізованих територій має певні властивості інституту постійного нейтралітету (наприклад, забороняється прохід уздовж цієї території іноземних військових формувань). Разом з тим це режим, який діє під час війни в межах визначеної за домовленістю держав території. Водночас постійний нейтралітет є особливим статусом держави як суб'єкта міжнародного права, що діє як у мирний, так і у воєнний час.

Ключові слова: постійний нейтралітет, нейтралізовані території, нейтралітет частини території, нейтралізація, демілітаризація.

Постановка проблеми. У вітчизняній науці міжнародного права останніх років відсутні комплексні дослідження таких інститутів, як демілітаризовані та нейтралізовані території. Водночас історія міжнародного права свідчить про те, що вони з'явилися ще у стародавні часи. Цей період поки що залишається не досить дослідженим, у зв'язку з чим важко навести конкретні приклади про встановлення демілітаризованих чи нейтралізованих зон і з'ясувати ключові ознаки таких територій. Так, у наукових джерелах можна знайти згадку про прориття тунелю в Стародавньому Китаї у 8 ст. до н.е., який заборонялося використовувати у воєнних цілях [1, с. 268]. Також подібна ситуація має місце щодо періоду Середньовіччя. Більшість прикладів, коли держави укладали між собою договори про створення окремих територій (зон), у межах яких заборонялися будь-які воєнні дії, пов'язують уже з Новим часом. Але і вони поки що розглядаються в загальноісторичному аспекті без виокремлення найголовніших ознак цих інститутів. Однак ці феномени потребують детального вивчення, оскільки практика багатьох сучасних держав, в яких встановлено режими демілітарізованих та (або) нейтралізованих територій, підтвердила свою ефективність.

Відомим прикладом є територія Аландських островів, які в 1856 р. були демілітаризовані після підписання Конвенції про демілітаризацію Аландських островів [2], а згодом нейтралізовані в 1921 році [3]. Статус цієї території було підтверджено Паризьким мирним договором з Італією, Болгарією, Угорщиною, Румунією та Фінляндією 1947 р. [4]. Після Другої світової війни

© І. Роянова, 2020

і дотепер Аландські острови залишаються територією, що має особливий статус за міжнародним правом (це передбачено Протоколом 2 до Угоди щодо приєднання Королівства Норвегія, Республіки Австрія, Республіки Фінляндія та Королівства Швеція до Європейського Союзу 1994 р. [5]). Незважаючи на те, що декілька разів їх намагалися ремілітаризувати під час Першої та Другої світових війн, вони зберегли свій статус і є прикладом історично сформованої демілітаризованої та нейтралізованої території. Таким чином, вживані заходи в межах цих зон сприяють примиренню держав у післявоєнний період і здатні гарантувати безпеку та збереження дружніх відносин між ними.

Ще слід звернути увагу на таку проблему, що в міжнародних договорах упродовж XIX ст. та на початку XX ст. ототожнювалися поняття «нейтралізовані території», «нейтралітет держави» або «нейтралітет частини території держави». Таким чином, ці поняття потребують уточнення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Як зазначено було раніше, натепер відсутні праці, присвячені міжнародно-правовому статусу як демілітаризованих, так і нейтралізованих територій. Дещо інша ситуація спостерігається щодо інституту постійного нейтралітету, зокрема, окремі праці таких сучасних учених, як А.І. Дмітрієва, А.В. Кондакова, присвячені історії його виникнення, становлення, розвитку. Вивченням цих інститутів у загальних рисах займалися відомі юристи-міжнародники XIX ст. – першої половини XX ст., а саме: А.-В. Гефтер, В.Е. Грабар, В.П. Даневський, Ф.Ф. Мартенс, Б.Е. Нольде, Л.Ф.Л. Оппенгейм, А.Н. Стоянов, О.О. Таубе, Ч.Ч. Хайд. Уже в XX ст. дослідженням демілітаризованих та нейтралізованих територій, а також інституту постійного нейтралітету займалися вчені Б.М. Кліменко, О.І. Тіунов, Г.І. Тункін. Окремі праці Н.В. Дінь, Б.Р. Тузмухамедова присвячені концепції «зон миру». Вагомим є внесок Л.Д. Тімченка, який займався дослідженням правового регулювання демілітаризації та нейтралізації Архіпелагу Шпіцберген. Однак у вітчизняній науці проблема залишається не вирішеною, оскільки відсутні комплексні дослідження, які б розглядали не лише в загальних рисах інститути демілітаризованих та нейтралізованих територій, а й розкривали б особливості їхнього міжнародно-правового статусу.

Мета статті – дослідити, як формувався інститут нейтралізованих територій упродовж XIX ст. і на початку XX ст. та виокремити його головні ознаки. Предмет дослідження – найбільш значущі міжнародні договори, укладені впродовж цього періоду, якими було передбачено створення нейтралізованих територій (зон).

Виклад основного матеріалу. Вагомою подією XIX ст. був Віденський конгрес 1815 року, який вплинув на подальший розвиток міжнародного права загалом і його інститутів зокрема. Ним було започатковано інститут постійного нейтралітету, що пов'язано з визнанням постійного нейтралітету Швейцарії. Однак свої наміри щодо такої політики вона висловлювала ще задовго до Віденського конгресу. Так, протягом тридцятирічної війни (1618–1648 рр.) Швейцарія підтримувала політику озброєного нейтралітету, тобто не брала участі у війні з іншими державами і займала неупереджене становище. Війна завершилась Вестфальським миром 1648 р., яким було визнано Швейцарію як незалежну державу (ст. 63 Мюнстерського договору 1648 р.) [1]. Уже на Віденському конгресі від 20 березня 1815 року було підписано Декларацію держав про справи Геветичного союзу, в якій визнавався постійний нейтралітет Швейцарії. Декларація була включена до Заключного акта Віденського конгресу від 9 червня 1815 р. у вигляді окремого додатка (Annex 11), а також її положення було продубльовано у ст. 74–84 цієї угоди [2].

Крім того, 8(20) листопада представники Австрії, Великобританії, Франції, Росії, Пруссії та Португалії підписали Акт про визнання та гарантії постійного нейтралітету Швейцарії і недоторканості її території [3]. Могутні держави того часу визнавали нейтралітет Швейцарії і гарантували його. Ця угода досі чинна, незважаючи на численні війни, які були після її підписання. Надалі постійний нейтралітет Швейцарії було підтверджено статтею 435 Версальського мирного договору від 28 червня 1919 року [4]. Тоді гарантії нейтралітету Швейцарії визнали 30 країн-учасниць договору. Протягом Другої світової війни ця країна також зберегла свій статус. Таким чином, з визнанням статусу постійного нейтралітету Швейцарії в науці міжнародного права з'явився новий інститут.

Отже, у царині міжнародного права паралельно стали розвиватися інститут нейтралізованих територій та інститут постійного нейтралітету. Це вплинуло на правове регулювання зазначених інститутів і спричинило виникнення неузгодженостей у їхній регламентації.

Що стосується позиції доктрини міжнародного права щодо особливостей

правового регулювання зазначених відносин упродовж XIX ст., то слід зазначити таке. Так, О.О. Таубе мав негативне ставлення до тотожного вживання понять «нейтралітет території» та «нейтралізовані території» у текстах міжнародних договорів. Вважав їх такими, що позначають різні правові інститути. Зокрема, на його думку, поняття «нейтралізація» потрібно розуміти як «вилучення зі сфери дії воєнного насилля, зі сфери війни загалом окремих осіб, предметів (матеріальних благ – рухомої чи нерухомої власності), відомих засобів боротьби, нарешті, місця боротьби, що поступово переходять у нейтралізацію самих суб'єктів права війни, незалежних держав. Усе це являє собою сучасне поняття «права війни» [10, с. 151–152].

Водночас «право нейтралітету являє собою сукупність норм, які визначають права і обов'язки держав – суб'єктів міжнародного права, що не беруть участь у війні» [10, с. 153–154]. Таким чином, учений розкриває суть нейтралізації як заходу, спрямованого на позбавлення можливості використовувати у воєнних цілях як окремих об'єктів, осіб, предметів, так і певних ділянок території держави. З цього можна зробити висновок, що нейтралізованими можуть бути лише певні частини території. Тоді видається неможливим, якщо режим нейтралізованої території стосується всієї держави, оскільки це ознака нейтралітету, який визначає її правовий статус на міжнародній арені. Отже, поняття «нейтралітет території» та «нейтралізовані території» мають різне значення.

Водночас потрібно звернути увагу на бачення іншими вченими XIX ст. інституту нейтралізованих територій через їхнє бачення інституту постійного нейтралітету. Так, професор А.-В. Гефтер розрізняв «повний або суворий нейтралітет» від «нейтралітету неповного», «нейтралітет цілої території» від «нейтралітету її частини» [11]. Можна припустити, що вчений під «нейтралітетом неповним» або «нейтралітетом частини території» мав на увазі нейтралізовані території. Таке бачення А.-В. Гефтера нагадує спробу ототожнити ці два поняття. Схожі погляди мав учений Л.Ф.Л. Опенгейм, який виокремлював частковий і загальний нейтралітет. Частковий, на його думку, полягає у можливості нейтралізації частини території держави (наприклад, нейтралізація островів Корфу і Паксос як територій, що належать Греції). Загальний нейтралітет є нейтралітетом держави загалом, «жодна частина території якої не оголошена нейтралізованою на підставі договору» [12, с. 194–195].

Водночас професор Ф.Ф. Мартенс мав негативне ставлення до таких видів нейтралітету, як «повний» або «неповний», і вважав, що він «може бути лише абсолютним» [13, с. 604].

Далі потрібно розглянути окремі приклади нейтралізованих територій упродовж XIX ст., щоб визначити головні ознаки, які відрізняють нейтралізовані зони від постійного нейтралітету.

Нейтралізована територія Кракова. Правове регулювання передбачено Додатковим трактатом про Краків, області його і конституції, що був укладений у Відні між Росією, Австрією і Пруссією 3 травня (21 квітня) 1815 р. (далі – Додатковий трактат про Краків) [14, с. 358]. Стаття 1 цього міжнародного договору встановлює таке: «Місто Краків з належною йому областю буде завжди шануватися містом вільним, незалежним і абсолютно нейтральним під заступництвом трьох Високих Договірних Сторін». Ця норма також була продубльована у ст. 6 Заключного акта Віденського конгресу, підписаного 28 травня (9 червня) 1815 року [15]. Крім того, Додатковий трактат про Краків у ч. 1 ст. 6 передбачив, що «Договірні Сторони зобов'язуються поважати повсякчас і вимагати, щоб всіма поважався нейтралітет вільного міста Кракова та його області. Жодні військові сили ні в якому разі не можуть бути введені».

Хоча в тексті було застосовано поняття «нейтралітет», фактично йшлося про встановлення нейтралізованої території. Пояснити це твердження можна таким чином. Суверенітет цього державоподібного утворення було певним чином обмежено з боку Високих Договірних Сторін (Росія, Австрія, Пруссія). Так, ст. 7 Додаткового трактату Конституція вільного міста Кракова була ухвалена і її дотримання гарантувалося ними. Крім того, в ст. 7 зазначається про призначення комісара у складі трьох представників від держав, які уповноважені були представляти Краків і втілювати положення його Конституції. Таким чином, вільне місто Краків було скоріше нейтралізованою територією.

Нейтралізація Іонічних островів. Правове регулювання здійснює Лондонський договір 1864 р. Ця територія перебувала під протекторатом Англії впродовж 1815–1864 років, але на підставі договору, що був підписаний на Лондонській конференції 1864 року (Лондонський договір) між Об'єднаним Королівством, Францією, Росією і Грецією, передбачено було передачу островів Корфу і Паксос Королівству Греція, яке на той момент уже мало статус нейтралітету. Ця угода в ст. 2 передбачала, що «острови Корфу і Паксос мають після свого об'єднання з Єлінським Королівством

користуватися перевагами нейтралітету... Його Величність Король гарантує підтримання такого нейтралітету». Крім того, ст. 9 Лондонського договору 1864 р. містила зобов'язання, яке покладала на себе Великобританія, відкликати з території Іонічних островів воєнні сили Її Величності впродовж трьох місяців [16]. Насправді, в контексті цієї угоди йшлося про встановлення режиму нейтралізованої території островів Корфу і Паксос, але в тексті Лондонського договору 1864 р. це визначено як «користуватися перевагами нейтралітету».

Нейтралізація Чорного моря. Правове регулювання передбачає Паризький договір 1856 р., який завершив Кримську війну 1853–1856 рр. і оголосив Чорне море нейтральним, що було передбачено статтями XI–XIII. Море було відкрито для торговельного мореплавства, але заборонявся вхід воєнним суднам у його води і в порти як прибережних держав, так і всіх інших (ст. XI) [17]. Крім того, Конвенція між Росією і Туреччиною щодо утримання в Чорному морі військових судів 18 (30) березня 1856 у ст. ст. 1 та 2 передбачила, що «Високі договірні сторони взаємно зобов'язуються не мати в Чорному морі інших військових судів, крім тих, яких число, сила і розміри визначені... Високі Договірні Сторони надають собі право утримувати кожна по шість у зазначеному морі парових судів 50 метрів довжини по ватерлінії, місткістю не більше 800 тонн, і по чотири легкі парові або вітрильні судна, місткість яких не повинна перевищувати 200 тонн у кожному» [18, с. 329–330]. Однак Конвенція між Росією і Туреччиною від 1 (13) березня 1871 року у ст. 1 встановила, що «Конвенція між Росією і Туреччиною щодо утримання в Чорному морі військових судів назавжди скасовується» [18, с. 505].

Нейтралізація проток Дарданельської і Босфорської. Правове регулювання здійснює Конвенція щодо проток Дарданельської і Босфорської від 18 (30) березня 1856, де в ст. 1 Конвенція передбачила «... завжди було заборонено військовим судам Держав іноземних входити в протоки Дарданелли і Босфор і, що доки Порта буде знаходитися в світі, Його Величність не допустить ніякого іноземного військового судна в зазначені протоки» [18, с. 327].

Проте у березні 1 (13) 1871 р. у Лондоні був підписаний Трактат про перегляд Паризького мирного трактату від 18 (30) березня 1856 року. Ним у ст. 1 було встановлено таке: «Статті XI, XIII XIV Паризького трактату від 30 березня 1856 року, так само спеціальна конвенція, укладена між Блискучою Портою і Росією...скасовуються і замінюються наступною статтею». Далі ст. 2 передбачає «закриття Дарданельської і Босфорської проток, як воно було встановлено конвенцією 30 березня 1856 р., зберігає свою силу, з правом відкривати вказані протоки в мирний час для військових судів дружніх і союзних держав у тому випадку, коли Блискуча Порта знайде це необхідним для забезпечення виконання постанов Паризького трактату від 30 березня 1856 року» [18, с. 499]. Таким чином, як Конвенція щодо проток Дарданельської і Босфорської від 18 (30) березня 1856, так і Трактат від 1 (13) березня 1871 р. про перегляд Паризького мирного трактату від 18 (30) березня 1856 року безпосередньо не вказують, що передбачені цими угодами та втілені заходи визначені поняттям «нейтралізовані території», однак зміст статей таких міжнародних договорів підтверджує встановлення режиму нейтралізованих територій у межах цих просторів.

Нейтралізація Суецького каналу була передбачена Константинопольською конвенцією 1888 року. Ця угода теж безпосередньо не містила вказівок про нейтралізацію цього каналу, проте з аналізу змісту статей Конвенції сторони погодилися вжити заходи, що за своєю суттю вважаються нейтралізацією Суецького каналу. Так, ст. 4 передбачено таку заборону: «...жодні дії, що дозволяються під час війни, ворожі чи такі, що мають на меті порушення вільного плавання вздовж Каналу, не будуть допущені в Каналі і в його вхідних портах, так само як і в межах трьох морських миль від цих портів...» [19].

Нейтралізована зона між Норвегією та Швецією. Конвенція щодо встановлення нейтральної зони і знищення фортифікаційних споруд (Карлстадська Конвенція) підписана у Стокгольмі 26 жовтня 1905 року. У ст. 1 зазначено, що: «Задля забезпечення мирних відносин між двома Державами повинна бути встановлена з обох сторін спільного кордону територія (нейтральна зона), яка користується перевагами постійного нейтралітету». Частина 4 ст. 1 роз'яснює, що нейтралітет цієї території передбачає «заборону жодних воєнних операцій у межах цієї зони, заборону використовувати її як базу для воєнних операцій і зосереджувати збройні військові сили, окрім тих, що необхідні для збереження публічного порядку і для забезпечення підтримки в разі настання надзвичайних ситуацій». У контексту цієї угоди застосування терміна «нейтралітет території» теж здійснюється у значенні поняття «нейтралізована територія» [20].

Нейтралізована територія архіпелагу Шпіцберген. Статус нейтралізованої території було передбачено у розробленому проєкті

конвенції в Християнії (Осло) у 1910 р. на конференції трьох держав (Норвегія, Росія, Швеція). Загалом цей проєкт складався з 15 глав і 77 статей та був заснований на Угоді 1872 р. [21], що включала вимогу мирного характеру діяльності підданих і компаній на території архіпелагу. Фактично це була дипломатична переписка у формі обміну нотами між Росією і Швецією-Норвегією 1871–1872 рр., яка отримала назву Угода 1872 р. [22, с. 19]. Її положення містили в собі ідею нейтралізації Шпіцбергену в майбутньому. Стаття 3 проєкту Конвенції 1910 р. передбачала, що «Шпіцберген буде завжди розглядатися як нейтральна територія» [22, с. 26–27]. Хоча йшлося про нейтралізацію території архіпелагу.

Термін «нейтральний», як зазначає вчений Л.Д. Тімченко, застосовувався в дипломатичній практиці щодо шпіцбергенського питання в двох значеннях: «1) для визначення приналежності архіпелагу будь-якій державі; 2) для позначення режиму демілітаризації та нейтралізації Шпіцбергену» [22, с. 27]. Вже після Першої світової війни було підписано на Паризькій конференції Договір про Шпіцберген (Свальбард) 9 лютого 1920 року, що передбачив у ст. 9 таке: «Норвегія бере на себе зобов'язання не створювати та не допускати створення жодних морських баз у місцевостях, вказаних у статті 1, і не будувати жодних укріплень у вказаних місцевостях, які ніколи не повинні бути використані у воєнних цілях» [23]. Таким чином, Договір 1920 р. регламентує режим нейтралізованої території архіпелагу Шпіцберген.

Таким чином, упродовж XIX ст. та на початку XX ст. поняття «нейтралітет» застосовувалося у текстах найбільш значущих міжнародних договорів у значенні поняття «нейтралізовані території». Це можна пояснити таким чином. У ці часи була загальноприйнятою і як доказ закріпленою на міжнародно-договірному рівні певна специфічна термінологія. Остання у післявоєнний період під впливом Паризької мирної конференції 1919 р. зазнала суттєвих змін, що, зрештою, вплинуло на подальше застосування цих понять у контексті міждержавних угод. Якщо до Першої світової війни поняття «нейтралізовані території» означало заходи, які зараз пов'язують з режимом демілітаризованих територій, то у післявоєнний період наука міжнародного права почала розглядати ці поняття як такі, що мають різне значення, хоча і схожі між собою.

Висновки

На підставі вищезазначеного можна сформулювати такі висновки:

1. Інститут нейтралізованих територій є одним із найдавніших у міжнародному праві. Однак період стародавніх часів залишається поки що не досить дослідженим, як і період Середньовіччя. Обрання в межах цієї статті періоду XIX ст. – початку XX ст. пояснюється тим, що впродовж цього часу були укладені найбільш значущі міжнародні договори, що вплинули на подальший розвиток інституту нейтралізованих територій. Їх аналіз дає змогу визначити головні ознаки нейтралізованих територій:

а) це певний простір, що має окреслені на місцевості межі, який заборонено використовувати як театр війни (воєнних дій);

б) цей інститут має певні властивості інституту постійного нейтралітету (наприклад, забороняється прохід уздовж цієї території іноземних військових формувань);

в) це режим, який діє під час війни в межах території, визначеної за домовленістю держав. Водночас постійний нейтралітет є особливим статусом держави як суб'єкта міжнародного права, що діє як у мирний, так і у воєнний час. Також він полягає у неучасті у всіх війнах, які можуть виникнути у майбутньому.

2. Практика держав упродовж XIX ст. та на початку XX ст. в укладенні міжнародних договорів щодо врегулювання цих відносин засвідчила той факт, що більшість з розглянутих угод застосовували поняття «нейтралітет» для позначення режиму нейтралізованих територій (зокрема, Додатковим трактатом про Краків 1815 р., Лондонським договором 1864 р., Карлстадською Конвенцією 1905 р. та ін.). Були й такі міжнародні договори, які безпосередньо не використовують ці поняття, однак їх зміст підтверджує встановлення такого режиму в межах цих просторів (Конвенція щодо проток Дарданельської і Босфорської 1856 р., Конвенція щодо утримання в Чорному морі військових судів 1856 р., Константинопольська конвенція 1888 р., Договір про Шпіцберген 1920 р.). Це можна охарактеризувати як притаманну цьому періоду міжнародну договірну практику щодо регламентації зазначених відносин.

Список використаних джерел:

1. Буткевич О.В. Міжнародне право Стародавнього Світу : підручник. Київ : Україна, 2004. 864 с. С. 268.

2. Convention on the demilitarization of the land Islands. Paris, 30 March 1856 (translation from the original french text). URL: http://www.kulturstiftelsen.ax/images/internationellaavtal/engelskaavtal.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

3. Convention relating to the Non-Fortification and Neutralisation of the Aaland Islands. Geneva, 20 October 1921. *Treaty Series, League*

of Nations. Vol. 9, p. 211–221. URL: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%209/v9.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

4. Treaties of Peace with Italy, Bulgaria, Hungary, Roumania and Finland. Paris, 10 February 1947. URL: https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=osu.32435066406612;view=1up;seq=231. (дата звернення: 11.04.2020).

5. Treaty concerning the accession of the Kingdom of Norway, the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the European Union, 1994. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/acc_1994/act_1/ pro_2/sign. (дата звернення: 11.04.2020).

6. Peace of Westphalia 1648 (Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies May 15, 1648). URL: https://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp. (дата звернення: 11.04.2020).

7. Acte du congrès de Vienne du 9 juin 1815 avec ses annexes. *British and foreign state papers*. 1815–1816, vol. 3 (compiled by the Librarian and Keeper of the papers, Foreign Office). URL: https://books.google.co.uk/books?id =UY8AAAAAYAAJ&pg=PA7&hl=ru#v=onepage&q&f=false. (дата звернення: 11.04.2020).

8. Акт относительно признания и гарантии постоянного нейтралитета Швейцарии и неприкосновенности ее территории от 8(20) ноября 1815 года. *Действующее международное право*. Москва : Московский независимый институт международного права. Т. 1. 1996.

9. The Versailles Treaty June 28, 1919: Part XV. URL: https://avalon.law.yale.edu/imt/partxv.asp. (дата звернення: 11.04.2020).

10. Таубе М.А. История зарождения современного международного права. (Средние века). Т. 2. Часть особенная. Принципы мира и права в международных столкновениях средних веков. Харьков : Паровая Тип. и Литогр. Зильберберг, 1899. 361 с.

11. Гефтер А.В. Европейское международное право : монография / пер. К. Таубе. Санкт-Петербург : Тип. В. Безобразова и Комп., 1880. 572 с.

12. Оппенгейм Л. Международное право. Том 2. Война. Нейтралитет. / Под ред. С.А. Голунский. Москва : Изд-во иностр. лит., 1950. 498 с.

13. Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 2. 5-е изд., испр. и доп. Санкт-Петербург : Тип. А. Бенке, 1905. 626 с.

14. Мартенс, Ф. Собрание Трактатов и Конвенций, заключенных Россиею с иностранными державами. Т. 3 : Трактаты с Австрией 1808–1815 г. Санкт-Петербург : Тип. А. Бенке, 1876. 550 с.

15. Acte du congrès de Vienne du 9 juin 1815 avec ses annexes British and foreign state papers. 1815–1816, vol. 3 (compiled by the Librarian and Keeper of the papers, Foreign Office). URL:https://books.google.co.uk/books?id= UY8AAAAAYAAJ&pg=PA7&hl=ru#v=onepage&q&f=false. (дата звернення: 11.04.2020).

16. Treaty of London March 29, 1864. URL: http://www.mfa.gr/images/docs/diethneis_symvaseis/1864_london_treaty.doc. (дата звернення: 11.04.2020).

17. Treaty of Paris March 30, 1856. URL: https://content.ecf.org.il/files/M00934_TreatyOfParis1856English.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

18. Мартенс Ф. Собрание Трактатов и Конвенций, заключенных Россией с иностранными державами Т. 15 : Трактаты с Францией 1822–1906. Санкт-Петербург : Тип. А. Бенке, 1909. 836 с.

19. Constantinople Convention October 29, 1888. URL: https://loveman.sdsu.edu/docs/1888ConstantinopleConventionon.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

20. Convention between Norway and Sweden relative to the establishment of a neutral zone October 26, 1905 (reproduced by the Secretariat for the Commission). UNCCP working paper (in French). URL: https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-211915/. (дата звернення: 11.04.2020).

21. Дипломатическая переписка. Шпицберген 1871–1912. Санкт-Петербург : Типография В.Ф. Киршбаума, 1912. 83 с. (Известия Министерства Иностранных Дел. Приложение к кн. III, 1912).

22. Тимченко Л.Д. Шпицберген: История и современность (международно-правовой аспект). Харьков : Основа, 1992. 128 с. С. 19

23. Svalbard Treaty February 9, 1920. URL: https://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19250717-011-eng.pdf. (дата звернення: 11.04.2020).

The article is devoted to the establishment of the institute of meutralized territories during the XIX – early XX century. It is established that the object of study has a deep historical roots since ancient times. However, this period, like the Middle Ages, remains under-researched, that is why the author of the article chose the second half of the New Age period (XIX – early XX centuries), during which the most significant international treaties were concluded that influenced the formation the institute of neutralized territories. Attention is drawn to the fact that the Congress of Vienna in 1815 became the starting point for its development and for the institution of permanent neutrality. As a consequence, in international treaties during the XIX – early XX century applied the concept of "neutrality of the state", giving it the features of the concept of "neutralized territories". Such international treaties are, for example, the Cracow Additional Treatise of 1815, the Treaty of London of 1864, the Karlstad Convention of 1905. At the same time, there were such agreements, the analysis of which indicates the signs of establishing a regime of neutralized territories, however, the text does not directly refer to either "state neutrality" or "neutralized territories" (Convention on the straits of the Dardanelles and the Bosphorus 1856, the Convention on the Detention of Military Courts in

the Black Sea 1856, the Constantinople Convention of 1888, the Svalbard Treaty of 1920). Attention is drawn to the fact that the doctrine of international law during the XIX – early XX century had a negative attitude towards the identification of the concepts of "state neutrality" and "neutralized territories". However, some scholars of this period (A.-V. Gefter, L.F.L. Oppenheim) considered the neutrality of part of the territory as a kind of permanent neutrality, which could probably be regarded by analogy as neutralized territories. In the end, the author concludes that the institute of neutralized territory has certain characteristics of the institute of permanent neutrality (for example, the passage along this territory of foreign military formations is prohibited). At the same time, it is a regime that operates during a war within the territory designated by agreement. Whereas permanent neutrality is a special status of the state as a subject of international law, which operates both in peacetime and in wartime.

Key words: permanent neutrality, neutralized territories, neutrality of part of the territory, neutralization, demilitarization.

УДК 341.645
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.62

Ольга Чепель,
канд. юрид. наук, адвокат,
доцент кафедри європейського права та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВА ПРИРОДА КОНСУЛЬТАТИВНОГО ВИСНОВКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У цій статті розкрито поняття та зміст консультативного висновку Європейського суду з прав людини як рекомендаційного акта Європейського суду з прав людини на запит вищого суду уповноваженого державою-членом Ради Європи з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією про захист прав та основоположних свобод людини 1950 року або протоколами до неї. Консультативний висновок є новим інструментом взаємодії між судовим органом Ради Європи та національними судами і судовими установами держав-членів Конвенції 1950 року, що передбачений у Протоколі № 16 до Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р. У статті досліджено правовий механізм звернення національного судового органу держави-члена Ради Європи із запитом до Європейського суду з прав людини для отримання консультативного висновку та його вплив на вітчизняну правову систему. Зокрема, уповноважені вищі суди можуть отримати консультативний висновок тільки після направлення відповідного запиту. Такий запит має відповідати певним умовам: запит має бути направлений виключно вищим судом, визначеним державою-учасницею Конвенції; запит має стосуватися виключно принципових питань щодо тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї; запит може бути надісланий виключно щодо судової справи, яка перебуває у провадженні вищого суду. Консультативний висновок ухвалюється Великою Палатою Європейського суду з прав людини, але не має обов'язкової юридичної сили. Однак можливість отримання консультативного висновку Європейського суду з прав людини дасть змогу державі-члену розширити можливості для діалогу із Судом стосовно чіткого розуміння змісту норм Конвенції 1950 р. та її протоколів для справедливого правосуддя на національному рівні, а також зменшить кількість звернень проти держави до Європейського суду з прав людини, що буде сприяти розвантаженню судового органу Ради Європи.

Ключові слова: права людини, правосуддя, Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини, Протокол № 16, принцип субсидіарності.

Постановка проблеми. В Україні нині є суспільний запит на справедливе правосуддя. Тому досить часто громадяни України звертаються до Європейського суду з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ, Страсбурзький суд, судовий орган Ради Європи) з останньою надією на справедливе правосуддя, інколи навіть, помилково сприймаючи Страсбурзький суд як четверту судову інстанцію поряд з трьома національними. Тому очевидним є той факт, що протягом останніх десятиліть виникла велика завантаженість справами Європейського суду з прав людини, де, як зазначає колишній голова Суду Гвідо Раймонді [1], майже 70% завантаженості Суду є скарги з п'яти держав-членів Ради Європи (Росії, Румунії, України, Туреччини, Італії). Отже, така ситуація вимагала реформування європейської системи правосуддя, тому 2 жовтня 2013 року в рамках Ради Європи був прийнятий Протокол № 16 до Конвенції про захист прав та основоположних свобод 1950 р. [2] (далі – Конвенції), який запровадив новий інструмент взаємодії між Судом та національними судами і судовими установами держав-членів Конвенції, згідно з яким вищим судовим установам надається можливість звернення за консультативним висновком до Європейського суду з прав людини з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї. Такий інструмент має на меті додатково сприяти посиленню взаємодії між Судом та національними органами влади і таким чином підтримуватиме виконання Конвенції у відповідності до принципу субсидіарності, однак, наскільки ефективний консультативний висновок ЄСПЛ як інструмент зниження звернень до ЄСПЛ та який його вплив на національну правозахисну систему, нині потребує комплексного аналізу.

© О. Чепель, 2020

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання діяльності Європейського суду з прав людини були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, серед них – В. Буткевич, М. Гнатовський, Д. Гудима, К. Дзехциару, Т. Дудаш, В. Капустинський Л. Липачова, В. Манукян, Н. О'Миара, В. Мицик, Т. Нешатаєва, Н. Севастьянова, Т. Хартлі, Г. Юдківська та ін. Однак, незважаючи на значний науковий доробок щодо правового статусу Європейського суду з прав людини, його взаємодії з державами – членами Ради Європи, третіми країнами, особливості консультативного висновку Страсбурзького суду, його значення для національних правових систем не досить висвітлені та потребують наукового дослідження.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі норм міжнародного права, практики Страсбурзького суду, українського законодавства розкрити правову природу консультативного висновку Європейського суду з прав людини, його місце та роль у вітчизняній системі правосуддя та на цій основі запропонувати рекомендації щодо удосконалення української правозахисної системи.

Виклад основного матеріалу дослідження. Набуття чинності 1 серпня 2018 року Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р. [3] (далі – Протокол № 16) розширило консультативну юрисдикцію Європейського суду з прав людини та демонструє динамічність розвитку європейської правозахисної системи. Адже це розширення консультативної юрисдикції ЄСПЛ спрямоване на досягнення двох цілей: скорочення надмірної завантаженості Страсбурзького суду і розширення діалогу між Судом і (вищими) національними судами.

Просування конструктивного діалогу між Європейським судом з прав людини та національними судами і судовими установами слугує інструментом впровадження норм Конвенції на національному рівні відповідно до принципу субсидіарності [4], який покладає «завдання забезпечення дотримання прав, закріплених у Конвенції, передусім на органи влади держав-учасниць, а не на Суд. Суд може та повинен втручатися тільки тоді, коли національні органи не можуть виконати це завдання» [5]. Саме тому у консультативному висновку Парламентської Асамблеї Ради Європи № 285 (2013 р.) зазначено, що Протокол № 16 покликаний зміцнити зв'язок між Європейським судом та найвищими судами держав-учасниць, створивши платформу для судового діалогу, таким чином сприяючи застосуванню національними судами практики Європейського суду; допомогти переходу з *ex post* (з лат. перед подією) на *ex ante* (з лат. після події) у вирішенні низки питань щодо тлумачення положень Конвенції на рівні держави, що у довготривалій перспективі дасть змогу зберегти «цінні ресурси» Європейського суду [6].

Очевидно, важливим нововведенням, запровадженим Протоколом № 16, стало надання можливості вищим судовим установам держав-учасниць звертатися до Європейського суду за консультативними висновками щодо принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї. При цьому кожна договірна держава визначає самостійно, у заяві на ім'я Генерального секретаря Ради Європи, ті вищі судові установи, які матимуть право звертатися до Суду за наданням консультативних висновків, а також держава має право змінити ці вищі суди в будь-який момент [6].

В Україні згідно з Протоколом № 16 вищим судом визначено Верховний Суд України, який уповноважений правом звернення до Суду. Тоді як наприклад, Франція визначила: Конституційну раду, Державну раду та Касаційний суд; Грузія – Верховний суд Грузії та Конституційний суд Грузії; Вірменія – Конституційний суд Республіки Вірменія та Касаційний суд Республіки Вірменія; а Румунія – Верховний Суд касації та юстиції, Конституційний Суд та 15 апеляційних судів [7].

Однак ми погоджуємось з думкою кандидата юридичних наук Дмитра Гудими, що Протокол № 16 не обмежує це право держав, а тому можливі випадки, коли держава закріпить право «замовляти» такі висновки за судами, що мають обмежену компетенцію з розгляду справ про порушення прав і свобод. Говорячи про Україну, такими судами можуть стати не тільки Верховний Суд України, але й Конституційний Суд України. Але наскільки кардинально вплине надання їм повноважень звертатися до Суду за консультативними висновками у конкретних справах на рівень завантаженості Суду зверненнями проти України та на стан виконання нашою державою зобов'язань за Конвенцією? Як видається, такий вплив з огляду на компетенцію вказаних національних судів буде обмеженим [9].

Варто зазначити, що уповноважені вищі суди можуть отримати консультативний висновок тільки після направлення відповідного запиту до Секретаріату ЄСПЛ. При цьому Протокол № 16 та Регламент ЄСПЛ [8] визначає умови прийнятності такого

запиту, зокрема: запит має бути направлений виключно вищим судом, визначеним державою-учасницею Конвенції; запит має стосуватися виключно принципових питань щодо тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї; запит може бути надісланий виключно щодо судової справи, яка перебуває у провадженні вищого суду [3].

При цьому варто звернути увагу, що національний суд, який звертається із запитом, або судова установа, ухвалює рішення щодо зупинення провадження у справі в національному суді до отримання консультативного висновку Європейського суду з прав людини. Однак тут є небезпека порушення права на доступ до правосуддя, оскільки, як слушно зазначає адвокат Артем Білоусов, важливо, щоб механізм звернення за консультативним висновком держава або учасники судового процесу не використовували для затягування вирішення справи [6].

Оскільки Страсбурзький суд чітко не окреслив перелік «принципових питань», стосовно яких можна отримати консультативний висновок, тому вважаємо, що це може бути ситуація, коли визначений суд або судова установа застосовують Конвенцію та прецедентне право Суду до спору, який вони розглядають з урахуванням доказів сторін з цього питання. Можливо, що відповідний суд або судова установа дійдуть висновку, що справа, на їхню думку, порушує нове питання права Конвенції, або факти справи не підпадають під пряме застосування прецедентного права Суду, або що існує непослідовність у прецедентному праві. За таких обставин відповідний суд або судова установа може скористатися можливістю подати запит щодо надання консультативного висновку. Важливим є той аспект, щоб під категорією «принципових питань» не маскувались політичні питання, що може негативно вплинути на концепцію консультативного висновку.

Однак щодо змісту запиту, то він має бути обґрунтованим і в ньому повинні бути викладені: (a) предмет справи в національному суді та її відповідні правові та фактичні обставини; (b) відповідні національні законодавчі положення; (c) відповідні питання Конвенції, зокрема, права або свободи, які є ключовими у справі; (d) якщо це є доречним, стислий виклад доказів сторін під час провадження в національному суді з цього питання; (e) якщо це можливо та доречно, власна думка суду або судової установи, які звертаються із запитом з цього питання, в тому числі будь-який аналіз, який він сам міг зробити з цього питання. Якщо суд, який подає запит, або судовий орган вважає, що запит вимагає термінового розгляду, він повинен повідомити про це Суд та вказати причини для подання запиту відповідно до прискореної процедури. Запит може бути поданий до Суду мовою провадження в національному суді, якщо вона є офіційною мовою Високої Договірної Сторони, якій належить суд, що подає запит, або судова установа. Проте, якщо мова не є офіційною мовою ЄСПЛ, переклад на англійську або французьку мову запиту повинен бути поданий у строк, встановлений Головою Суду [8].

Консультативний висновок щодо запиту, поданого відповідним судом або судовою установою, надається Великою Палатою Суду, створеною відповідно до правила 24 § 2 (h) Регламенту Суду. Проте важливо, щоб призначені суди або судові установи враховували, що запит щодо надання консультативного висновку спочатку розглядатиметься так званою «фільтраційною» колегією у складі п'яти суддів Великої Палати, яка визначає прийнятність запиту, тобто перевіряє, чи поданий до Суду запит стосується питання або принципових питань, пов'язаних з правами та свободами, визначеними Конвенцією та протоколами до неї, і чи відповідає він процедурним вимогам щодо його форми та змісту, тому колегія може підтвердити прийнятність запиту або відхилити такий запит, обґрунтувавши свою відмову [8].

Якщо колегія суддів приймає запит, Велика Палата Суду, загальний склад якої 17 суддів, більшістю голосів надає консультативний висновок, який повинен бути мотивованим та опублікованим. При цьому до складу колегії суддів та Великої Палати входить ex officio суддя, обраний від Високої Договірної Сторони, до якої належить суд чи судова установа, що звертається із запитом. У разі відсутності такого судді або якщо він не може брати участь у засіданнях, Голова Суду вибирає зі списку, поданого заздалегідь цією Стороною, особу, яка засідає як суддя. Також якщо консультативний висновок повністю або частково не виражає одностайної думки суддів, то кожний суддя має право викласти окрему думку [3].

Крім того, Комісар Ради Європи з прав людини і Висока Договірна Сторона, до якої належить судова установа, що звертається із запитом, мають право подавати свої письмові зауваження і брати участь у будь-якому слуханні. Голова Суду в інтересах належного здійснення правосуддя може запропонувати будь-якій іншій Високій Договірній Стороні або особі також подати свої письмові зауваження або взяти участь у будь-якому слуханні [8].

Слід підкреслити, що консультативний висновок Європейського суду з прав людини не має обов'язкової сили для вищого суду,

який направив запит, але він може бути врахований у разі реалізації особою (зокрема, стороною процесу) її права на подання індивідуальної заяви до Європейського суду в порядку, передбаченому ст. 34 Конвенції, а також міждержавних справ згідно зі ст. 33 Конвенції [2].

Тому К. Дзехциару та Н. О'Миара [10] не вважають прогресивним інструмент консультативного висновку ЄСПЛ, оскільки, на їхню думку, тягар, який ця процедура покладає на і без того перевантажений справами Страсбурзький суд, може привести до зволікання в розгляді наявних спірних справ та потенційно підірвати довіру національних судових органів до ЄСПЛ у разі відхилення запитів про надання консультативних висновків. Однак Янніка Яхн [11] вважає, що Протокол № 16 запровадив прогресивний інструмент (консультативний висновок – *О.Ч.*), що слугує механізмом для сприяння розвитку та узгодженості європейської судової практики з прав людини.

На наш погляд, консультативний висновок – це ще один інструмент загальноєвропейської системи захисту прав людини, який хоч і не має обов'язкової юридичної сили згідно з Протоколом № 16, однак буде мати значний вплив на національну систему правосуддя, якщо держави-члени Конвенції визнають його для себе як джерело права, це дасть можливість національним судам враховувати положення консультативного висновку під час здійснення правосуддя та не допустити порушення прав, передбачених Конвенцією про захист прав та основоположних свобод та протоколів до неї, що може зменшити кількість однопредметних заяв до Європейського суду з прав людини, наприклад як у справі ЄСПЛ «Бурмич та інші проти України» [12].

Крім того, ідея зменшити завантаженість Суду не була би реалізована, якщо би пропоновані зміни не мали значення для «долі» заяв, які надходитимуть до нього. Так, «якщо заява до Суду скерована після провадження у справі, в якій консультативний висновок Суду був ефективно застосований, то очікується, що ті частини заяви, які стосуються питань, розглянутих у консультативному висновку, будуть визнані неприйнятними чи вилучені» з реєстру. За якими критеріями Суд буде оцінювати ефективність застосування консультативного висновку для вирішення справи на національному рівні, поки що невідомо [9].

Оскільки нині на вебпорталі практики Європейського суду розміщений лише один консультативний висновок, складений 10.04.2019 р. за запитом Касаційного суду Франції в жовтні 2018 р. щодо застосування ст. 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя), в контексті права прийомної матері бути визнаною законною матір'ю своєї сурогатної дитини (номер запиту P16-2018-001). Суд дійшов висновку з цього питання, що «право дитини на повагу до приватного життя за змістом статті 8 Конвенції вимагає, щоб національне законодавство передбачало можливість визнання законних відносин між батьком і дитиною та з передбачуваною матір'ю, зазначеної під час народження» [13].

Також у 2019 році до ЄСПЛ був направлений другий запит від Конституційного суду Вірменії, який просив Європейський суд з прав людини надати консультативний висновок за статтею Кримінального кодексу країни, що передбачає покарання за повалення конституційного ладу. Зокрема, Конституційний суд Вірменії заявив, що його запит був зроблений у контексті двох справ щодо конституційності ст. 300.1 Кримінального кодексу, за якою порушено кримінальну справу проти колишнього Президента Вірменії Роберта Кочаряна [14]. Однак наразі консультативний висновок ще готується ЄСПЛ, а у запиті не було заявлено про застосування прискореної процедури.

Висновки

Таким чином, консультативний висновок Європейського суду з прав людини є рекомендаційним актом реагування Європейського суду з прав людини на запит вищого суду уповноваженого державою-членом Ради Європи щодо принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією про захист прав та основоположних свобод людини або протоколами до неї.

Україна, яка, ратифікувавши Протокол № 16 до Конвенції про захист прав та основоположних свобод, запровадила для Верховного Суду України ще один інструмент для справедливості правосуддя, тобто направлення запиту для отримання консультативного висновку, однак не окреслила юридичний статус консультативного висновку для вітчизняної системи правосуддя. Тобто не визначила, який вплив може чинити такий висновок на українську систему правосуддя, тому рекомендовано внести зміни до статті 17 Закону України «Про виконання та застосування практики Європейського суду з прав людини», де доповнити норму про юридичну силу консультативного висновку ЄСПЛ у системі джерел права України.

Крім того, варто окреслити процесуальні аспекти впливу консультативного висновку для національного законодавства, зокрема важливо, щоб інструмент звернення

за консультативним висновком держава або судові інстанції не використовували для затягування завершення розгляду справи. У зв'язку з цим варто внести зміни до чинних процесуальних кодексів України, де визначити механізми взаємодії національних судів з Верховним Судом України саме щодо подання запиту на отримання консультативного висновку.

Список використаних джерел:

1. Україна увійшла у першу трійку за кількістю скарг проти неї в Європейському суді з прав людини. URL: https://www.eurointegration.com.ua/news/2019/01/24/7091973/.

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.

3. Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 02.10.2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_002-13.

4. Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

5. Interlaken Follow-up: Principle of Subsidiarity. Note by the Jurisconsult. URL: http://echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf.

6. Білоусов А. Консультативні висновки ЄСПЛ: нові можливості у захисті прав і основоположних свобод? URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/konsultativni-visnovki-espl-novi-mozhlivosti-u-zahisti-prav-i-osnovopolozhnih-svobod.html.

7. Дроздов О., Дроздова О. Керівні принципи щодо впровадження процедури надання консультативного висновку, встановленої Протоколом № 16 Конвенції (затверджені на Пленарному засіданні Суду 18 вересня 2017 року). URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/08/Guidelines-P16.pdf.

8. Регламент Європейського суду з прав людини в редакції від 19 вересня 2016 р. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_RUS.pdf.

9. Гудима Д. Чи існує взаємозв'язок між підтриманням авторитету Страсбурзького суду та звуженням можливостей на звернення до нього? URL: http://www.c50.com.ua/article/chy-isnuye-vzayemozvyazok-mizh-pidtrymannyam-avtorytetu-strasburzkogo-sudu-ta-zvuzhennyam-mo.

10. Дзехциару К., О'Миара Н. Консультативная юрисдикция и Европейский суд по правам человека: волшебная пуля для диалога и контроля над документами? URL: https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/advisory-jurisdiction-and-the-european-court-of-human-rights-a-magic-bullet-for-dialogue-and-docketcontrol/E7BDA1704CCB5045CDB47F72C5DFBCB7.

11. Jannika Jahn. Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core? URL: https://www.zaoerv.de/74_2014/74_2014_4_a_821_846.pdf.

12. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Бурмич та інші проти України» №№ 46852/13, 47786/13, 54125/13, 2017 р. URL: https://minjust.gov.ua/m/4600.

13. Анализ: первое консультативное заключение Страсбургского суда по Протоколу № 16. URL: http://echrblog.blogspot.com/2019/05/the-european-courts-first-advisory.html.

14. ЄСПЛ отримав другий запит щодо надання консультативного висновку. URL: https://jurliga.ligazakon.net/news/188408_espch-poluchil-vtoroy-zapros-otnositelno-predostavleniya-konsultativnogo-zaklyucheniya.

This article describes the concept and content of the Advisory opinion of the European Court of Human Rights, as a recommendation act of the European Court of Human Rights to the request of the highest court authorized by a member state of the Council of Europe on fundamental issues relating to the interpretation or application of rights and freedoms defined by the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms or its protocols. The Advisory opinion is a new tool for interaction between the Strasbourg court and national courts and judicial institutions of the member States of the Convention, provided for in Protocol No. 16 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms of 1950. The article examines the legal mechanism of the national judicial authority of a member state of the Council of Europe requesting the European Court of Human Rights for an Advisory opinion and its impact on the domestic legal system. In particular, authorized higher courts can only obtain an Advisory opinion after a request has been made. Such a request must meet certain conditions: the request must be directed solely to the Supreme court, certain state-party to the Convention; the request must relate solely to fundamental issues of interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or its protocols; the request may be sent exclusively to the court case, which is pending before the Supreme court. The Advisory opinion is adopted by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, but is not legally binding.

However, the possibility of obtaining an Advisory opinion from the European Court of Human Rights will allow the member state to expand the opportunities for dialogue with the Court regarding a clear understanding of the content of the provisions of the Convention (1950) and its protocols for fair justice at the national level, as well as reduce the number of appeals against the state to the European court of human rights, which will help to unload the Court.

Key words: human rights, justice, Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 16, principle of subsidiarity.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.5.63

Наталія Гураленко,
докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри людських прав
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

СВОБОДА ЯК АКСІОМАТИЧНА ОСНОВА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

У статті свобода визначається як можливість суб'єкта діяти самостійно й незалежно, досягати своїх цілей та інтересів, не порушуючи при цьому прав інших, необхідність нести позитивну (перспективну) й негативну (ретроспективну) відповідальність за власні дії та вчинки. Аксіоматичною основою свободи є не вседозволеність чи безкарність, а відповідальне самовизначення. Відповідальність виявляє себе як двоєдиний феномен: з одного боку, вона передбачає усвідомлення наслідків самореалізації свободи, а з іншого – усвідомлення людиною обов'язків не тільки перед собою, а й перед суспільством за наслідки вільно вибраних дій. Відповідальність виступає тією соціальною вимогою, яку адресує суспільство своїм членам. Суть цієї вимоги – необхідність та обов'язковість оцінки суб'єктом власних дій з точки зору належного і неналежного.

Свобода – необхідний атрибут, істотна передумова відповідальності (як позитивної, так і негативної). Обґрунтовано тезу, що свобода – це вибір, нема вибору – нема й відповідальності. Взаємозв'язок свободи й відповідальності має соціальний і суб'єктивно-індивідуальний вимір, який проявляється у тому, що вибір правомірної чи протиправної моделі поведінки залежить не тільки від об'єктивної соціальної дійсності, а й від сумління, переконань, потреб, інтересів, розумових здібностей окремого суб'єкта. Усвідомлення особистістю своєї свободи, межі якої визначаються правом, виступає однією з найважливіших гарантій відповідальності людини і суспільства в цілому.

Зауважено, що оскільки всезагальної та повної свободи не існує (рівнозначна свавіллю), реалізувати свободу можливо лише за умови її правового обмеження. Сутність права полягає в регулюванні поведінки людей таким чином, щоб свобода одного суб'єкта узгоджувалась зі свободою інших на підставі взаємоповаги, взаємовідповідального ставлення, неухильного виконання своїх обов'язків. Акцентовано увагу на тому, що лише свобода, обмежена правовими нормами, може забезпечити цілісність і стабільність людських взаємовідносин, запобігти свавіллю, спрямованому на порушення прав і свобод інших.

Ключові слова: свобода, відповідальність, норма права, правозастосовна діяльність, цінності права, детермінізм, індетермінізм.

Постановка проблеми. У правовій доктрині панує позиція, згідно з якою категорія свободи характеризується нечіткістю, неоднозначністю та є одним із найскладніших об'єктів пізнання. «Необхідний елемент демократичного режиму» чи «пафосне гасло» – кожен інтерпретує свободу по-різному. Беззаперечною залишається тільки її провідна роль у визначенні природи людини, її сутності та існування. Адже створити простір для творчої самореалізації особистості у всіх сферах соціального життя – це передусім процес трансформації свободи як можливості в одну з життєво важливих цінностей цієї особистості. Її аксіоматичною основою виступає не вседозволеність чи безкарність, а відповідальне самовизначення. Останнє при цьому передбачає: по-перше, узгодженість автономної волі (внутрішньої властивості суб'єкта) і волевиявлення (її зовнішнього прояву); й по-друге, можливість відрізнити свободу від свавілля, безпосередніми наслідками якого є різного роду зловживання та порушення прав інших осіб.

Стан розробленості проблеми. Вагомий внесок у дослідження різноманітних юридичних і філософських проблем, які безпосередньо стосуються загальнотеоретичних характеристик категорії свободи, її місця в сучасній правовій дійсності, онтологічного змісту та взаємозумовленості із відповідальністю здійснили: С. Алексєєв, О. Ашибокова, Р. Байніязов, В. Баранов, М. Бердяєв, Є. Бурлай, Ф. Веніславський, О. Волков, Г. В. Ф. Гегель, О. Грищук, Ю. Дмитрієнко, О. Донченко, С. Зайцева, І. Кант, Б. Капустін, А. Козловський, О. Костенко, С. Максимов, А. Малиновський, М. Матузов, В. Нерсесянц, Ю. Оборотов, М. Олексюк, Л. Петрова, В. Селіванов, Л. Щеннікова, Т. Яценко та ін.

Метою дослідження є аналіз свободи як аксіоматичної основи відповідальності.

© Н. Гураленко, 2020

Виклад основного матеріалу. Враховуючи фактори дієвості свободи, останню можна охарактеризувати з позиції двох аспектів: по-перше, як зумовлену об'єктивними обставинами можливість діяти відповідно до вимог реальної дійсності (концепція детермінізму) й, по-друге, як сутнісну константу у визначенні індивіда як самостійно діючого суб'єкта, наділеного можливістю вибору відповідно до своїх потреб, бажань та цілей (концепція індетермінізму).

Свобода – можливість виражати свою волю, робити вибір, приймати рішення «власними силами», незалежно від якогось стороннього впливу чи дії. Водночас власний вибір немислимий, по-перше, без особливої вибірково-аналітичної активності свідомості, інтуїції, несвідомого й моральних сил, що в результаті внутрішнього протиборства мотивів мобілізуються на самостійне, відповідальне здійснення вибору, ухвалення рішення та його реалізацію, й, по-друге, насамперед без внутрішньої свободи. У такому випадку суть природного призначення свободи зводиться до того, що свобода постає як сам факт вибору. І чим більше вибору, тим більше свободи. Але тільки можливістю вибору свобода не визначається. Наявність вибору, яка є в суб'єкта в конкретній ситуації, стає об'єктивним фактом, який ще не означає свободу в повному розумінні слова. Це всього лише свобода потенційна, можливість свободи. Маючи свободу вибору, можна залишатися невільним, діючи проти необхідності, проти інтересів і розвитку суспільства.

Особистісний вибір переростає у свободу тільки за умови усвідомлення й розуміння всього комплексу інтересів спільноти. Водночас наявність вибору може і не зумовити досягнення свободи – у разі, коли він виявиться відкритим нехтуванням необхідністю, випадковістю, що суперечить внутрішньому розвитку дійсності. Аналізуючи вищесказане, можна констатувати той факт, що свобода та особистісний вибір – не одне й те саме, хоча вони і тісно взаємопов'язані й підтверджують один одного. Як зауважує з цього приводу С. Левицький, «філософська думка впродовж багатьох століть односторонньо зосереджувалася на свободі, яку розуміли як вибір, не враховуючи, що справжня свобода означає дещо більше, ніж тільки вибір. Вона означає творчий пошук нових шляхів і можливостей» [2, с. 24]. Аналогічної позиції дотримується й М. Бердяєв, на думку якого, «характеристика свободи як вибору є ще формальним визначенням свободи. Це лише один із моментів свободи. Справжня свобода виявляється не тоді, коли слід вибирати, а тоді, коли вже зроблено вибір. Тут ми приходимо до нового визначення свободи реальної як внутрішньо творчої енергії. Лише через неї можна творити цілком нові форми життя, нове життя суспільства й світу» [1]. Свобода не статична, а динамічна. Там, де вичерпується дух творчості й усвідомлення морального закону, там навіть за наявності формальних орієнтирів свобода може переростати у свій антипод – свавілля.

Будучи основою буття, свобода породжує нове, те, чого не було ще ніколи, що не зв'язане жодними нормами; вона постає як діяльність самовизначення, саме мислення [7, с. 69]. Такий контекст розуміння свободи можна інтерпретувати в правозастосовній діяльності як специфічну форму мислення, експлікацію гносеологічних, орієнтаційних, інтелектуальних та творчих операцій, важливий засіб самореалізації правника, що передбачає не тільки техніко-юридичне, логічне пристосування конкретної ситуації до наявних нормативних актів чи навпаки, але й визначення ним свого правового місця в загальній структурі відносин, усвідомлення характеру своєї відповідальності, свого обов'язку.

Взаємозв'язок свободи й відповідальності має соціальний й суб'єктивно-індивідуальний вимір, який проявляється у тому, що вибір правомірної чи протиправної моделі поведінки залежить не тільки від об'єктивної соціальної дійсності, а й від сумління, переконань, потреб, інтересів, розумових здібностей окремого суб'єкта.

Юридичний аспект проблеми означає з'ясування питання, за що, тобто за яку саме поведінку, може наставати відповідальність. У чинному вітчизняному законодавстві з приводу цього питання однозначно сформульовано, що підставою відповідальності є наявність складу правопорушення, елементами якого є: об'єкт злочину; об'єктивна сторона злочину; суб'єктивна сторона злочину; суб'єкт злочину. З точки зору філософії права до суб'єктивної сторони складу правопорушення слід віднести свободу волі. Адже психічні внутрішні процеси, які відбуваються у свідомості особи у зв'язку з вчиненням нею суспільно небезпечного діяння, за справедливим зауваженням О. Донченко, власне і свідчать про вільне спрямування її волі, ставлення до суспільно небезпечного діяння та його наслідків. Якщо людина наділена свободою волі, вона може і повинна не тільки приймати рішення про вчинення певних дій, але й нести відповідальність за свої дії. І це, на думку вченої, аргументується тим, що «світ постає перед нею не як хаотичне нагромадження людських дій, як система

еталонів, орієнтуючись на які вона повинна обрати власний варіант поведінки» [5, с. 36]. Відповідно, методологічною основою вирішення проблеми взаємозумовленості свободи і відповідальності слід вважати підхід, відповідно до якого соціальною передумовою притягнення людини до відповідальності за суспільно значиму поведінку є свобода волі, що розуміється як наявність можливості вільно вибирати спосіб поведінки.

Людина – вільна істота, їй притаманна свобода вибору, тобто вона здатна самостійно, осмислено, з урахуванням можливих наслідків вибирати свій життєвий шлях. Така свобода є відповідальною, тобто особа несе відповідальність за вибране або вчинене нею. Іншими словами, якщо людина користується свободою, складниками якої є не тільки спектр можливостей, але й цілеспрямована позиція по відношенню до оточуючого світу, то вона має відповідати за неї, за те, як вона її реалізує. Будь-яка ситуація не призводить сама собою (без рішення суб'єкта) до правопорушення. Вчиняти проступок чи ні – завжди вирішує, завдяки своїм вольовим та інтелектуальним здібностям, суб'єкт. Інакше, якщо б об'єктивні умови допускали можливість лише одного варіанту поведінки і виключали б участь свідомості у виборі вчинків, слід було би зняти питання про відповідальність людини за свою поведінку. З цього приводу Н. Лазорик резонно зауважує: «Поняття свободи та відповідальності тісно переплітаються між собою. І це очевидно, адже, не маючи свободи, людська особистість була би позбавлена можливостей відповідати за свої вчинки, тоді вони поставали б як вираження чужої волі, провідником і знаряддям якої виявилась дана особа, або ж як результат сліпого випадку, прояв байдужої гри природних сил» [6, с. 61].

Необхідним атрибутом, аксіоматичною основою та супроводжуючим змістовим елементом відповідальності є свобода. Філософсько-правова природа відповідальності зводиться до двох аспектів: перспективної (позитивної) відповідальності – внутрішнього усвідомлення особистістю своїх обов'язків перед суспільством, розуміння в цьому сенсі значення своїх дій, і ретроспективної (негативної) відповідальності – негативної реакції суспільства й держави на вчиненні дії, які суперечать загальнообов'язковим нормам.

Відповідальність є невіддільною від свободи. Вона фіксує зрілість свободи людини у виборі цінностей, цілей, засобів і способів їх досягнення, у розумінні наслідків своїх діянь не тільки для себе, але й для інших. Отологічний вимір відповідальності суб'єктів права повинен характеризуватися продуманістю, виваженістю, обґрунтованістю рішень, урахуванням всіх обставин і можливих наслідків – готовністю відповідати за свої вчинки. Розглядаючи свободу як аксіоматичну основу відповідальності, слід завжди враховувати пропорційність діапазону свободи суб'єкта із діапазоном його відповідальності. До свавілля призводить тільки необмежена свобода. Саме тому свобода суб'єкта права в процесі його діяльності також повинна мати межі. У зв'язку із цим виникає ряд запитань, на які сучасність змушена правильно відповісти, а саме: як визначити межі вільного правового розсуду, щоб уникнути сваволі? що може бути гарантією проти виникнення останньої?

Свобода не може бути реальною, якщо вона не має правової форми і не втілюється в життя через механізм правового регулювання. Останнє зумовлюється тим, що, по-перше, саме право за своєю вихідною суттю є формою, створеною людьми, логічно й історично призначеною бути інститутом, покликаним упорядковувати свободу, додавати їй визначеності і забезпечуваності, а звідси – і людського змісту, істинно людської цінності; й по-друге, якщо відсутній механізм практичного втілення, то йдеться тільки про свободу-можливість і людина буде не здатна реалізувати свою самобутність через відсутність визначеності, а головне, гарантованості.

Свобода – це можливості, межі яких окреслені правовими нормами права [9]. Свобода не характеризується статичністю, це соціальне динамічне явище, яке за своєю сутністю одночасно є й метою, й засобом, й умовою повноцінної людської діяльності як складової частини суспільного розвитку. Пошук свободи, її прагнення безмежні. Однак формальне закріплення її окреслено рамками права. Право, як регулятивний механізм, безперервно забезпечує діючий порядок та дисципліну у суспільстві, окреслює сферу індивідуальної автономії [3, с. 34]. Якщо немає права – немає й реальної можливості захистити свободу, надати їй форму, завдяки якій вона може перетворитися з можливості на дійсність.

Основна мета права – закріпити межі такого варіанту поведінки, який найбільше відповідає інтересам індивідів та оптимальному розвитку суспільства. Здатність регулювати суспільні відносини й спрямовувати суспільний розвиток у потрібному напрямі дозволяє визначити право як цивілізаційний механізм, що сприяє досягненню свободи учасниками правових відносин. Людина повинна не просто знати, що вона вільна, але й чітко уявляти ту міру свободи, яка є оптимальною в правовому

просторі цивілізованого суспільства. Свобода у такому контексті виступає не тільки як абстрактна соціальна цінність, а й як певний правовий порядок взаємодії прав, можливостей суб'єктів та обов'язків, зобов'язань і відповідальності перед іншими людьми, суспільством і державою.

Висновки

Свобода – це специфічний спосіб буття індивіда, можливість суб'єкта діяти самостійно й незалежно, досягати своїх цілей та інтересів, не порушуючи при цьому прав, свобод інших; це аксіоматична основа позитивної (перспективної) та негативної (ретроспективної) відповідальності за власні дії та вчинки. Оскільки всезагальної та повної свободи не існує (рівнозначна свавіллю), відповідально реалізувати свободу можливою лише за умови її правового обмеження. Сутність права полягає в регулюванні поведінки людей таким чином, щоб свобода одного суб'єкта узгоджувалась зі свободою інших на підставі взаємоповаги, взаємовідповідального ставлення, неухильного виконання своїх обов'язків. Правові межі, що окреслюють свободу, мають як об'єктивний характер (окреслюються чинним законодавством; позитивним, об'єктивним правом), так і суб'єктивний (визначаються самим суб'єктом права, його внутрішнім станом).

Список використаних джерел:

1. Бердяев Н. А. Царство духа и царство кесаря. Москва : Республика, 1995. URL : http://krotov.info/library/02_b/berdyaev/1947_40_00.html (дата звернення: 04.04.2020).

2. Богданов В. Логика становления и семантика понятия свободы. *Вестник Таганрогского государственного педагогического института*. 2006. № 2. С. 10–26.

3. Волков А. Юридико-философские пределы свободы в самосознании человека. *Философия права*. 2008. № 4 (29). С. 32–36.

4. Грищук О. Свобода як філософсько-правова цінність. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2007. Вип. 1. С. 193–204.

5. Донченко О. Свобода як передумова кримінально-правової відповідальності. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2006. Вип. 311. С. 34–38.

6. Лазорик Н. Свобода і відповідальність як філософські та соціологічні категорії. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 1998. Вип. 35. С. 61–64.

7. Разгильдиева М. Б. Правовое убеждение и принуждение: теоретические основы (на примере финансового законодательства) : монография. Москва : Юрлитинформ, 2012. 272 с.

8. Селіванов В. Свобода, відповідальність і моральність. *Юридический вестник*. 2001. № 2. С. 84–89.

9. Семенюта Н. Право – социально необходимый ограничитель свободы. *Право и политика*. 2003. № 2 (38). С. 4–15.

The article defines freedom as the ability of the subject to act individually and independently, to achieve their goals and interests, without an impact on the rights of others and the importance to take positive (active) and negative (retrospective) responsibility for their own actions and deeds. The axiomatic basis of freedom is not permissiveness or impunity, but responsible self-determination. Responsibility manifests itself as a dual phenomenon: on the one hand, it presupposes awareness of the consequences of the self-realization of freedom, and on the other - its responsibility not only to yourself, but also to society for the consequences of freely chosen actions. Responsibility is the social demand that society addresses to its members. The essence of this requirement is the necessity and obligation to the subject's assessment of his own actions from the dependent and independent views.

Freedom is a necessary attribute, an essential prerequisite for responsibility (both positive and negative). The thesis is that freedom is a choice, if there is no choice - there is no responsibility. The connection between freedom and responsibility has a social and subjective measures. It is manifested that the choice between legal and illegal model of behavior depends not only on the objective social reality, but also on the conscience, beliefs, needs, interests, mental abilities of the individual. Awareness of the individual of his freedom, the bounds of which are determined by law, is one of the most important guarantees of responsibility of a person and society in general.

It is noted that since there is no universal and complete freedom (equivalent to arbitrariness), the realization of freedom is possible only if it is legally restricted. The essence of law is to regulate the behavior of people so that the freedom of one subject is consistent with the freedom of others on the basis of mutual respect, mutual responsibility, strict performance of their duties. Emphasis are placed on the fact that only freedom limited by norms of law can ensure the integrity and stability of human relations, prevent arbitrariness aimed at affecting the rights and freedoms of others.

Key words: freedom, responsibility, norms of law, law enforcement activity, values of law, determinism, indeterminism.

НОТАТКИ

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.