1 2021 (299)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

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

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

Головний редактор
Калаур Іван Романович

Редакційна колегія:

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

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Оксана Грабовська, Максим Вілінський
Експерт у цивільному судочинстві 5

Андрій Жук
Відновлення становища, що існувало до порушення, у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав 11

Олена Захарова, Олексій Єпанчінцев
Поняття та сутність спрощеного позовного провадження 17

Любов Зубкова, Станіслав Клімовський
Щодо поняття та юридичної природи «розумних» договорів (з англ. smart contract) 22

Ольга Панченко
Розвиток інституту цивільно-правової відповідальності поліцейських в Україні 28

Роман Таш'ян
Доктрина «culpa in contrahendo» в ученні про недійсність правочинів 36

Віталій Чернега
Спеціалізовані норми сімейного права 41

Роман Чумак
Цивільно-правова відповідальність за невиконання та/або неналежне виконання договору про надання юридичних послуг 46

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Елла Деркач
Парадигма правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту у світлі концепції сталого розвитку 52

Олександр Івасин
Застосування принципу «jura novit curia» у судовій практиці Верховного суду під час розгляду господарських спорів 58

Андрій Мінченко, Анатолій Мазур
Міжнародні нормативні акти як джерела регулювання зовнішньоекономічних відносин та їх співвідношення з національним законодавством України 64

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

Наталія Петренко
Застосування процедури врегулювання спору за участю судді
в господарському судочинстві..... 69

Денис Сіюшов
Застосування судом Європейського Союзу законодавства
про державну допомогу у формі податкових пільг..... 73

Валентин Щербина, Тетяна Боднар
Договори в товаристві з обмеженою відповідальністю..... 81

ТРУДОВЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук
Поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення
як захід захисту трудових прав (частина 2)..... 88

Сергій Сільченко, Діана Сєрбіна
Дистанційна праця: сучасний стан і перспективи розвитку правового регулювання..... 93

АГРАРНЕ ПРАВО

Наталія Карпінська
Принцип наукового обґрунтування в разі застосування санітарних
і фітосанітарних заходів: вимоги СОТ та ЄС..... 100

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Алла Білякова
Можливості використання окремих форм державного управління
для виходу України з економічної кризи..... 108

Олексій Дніпров
Принципи належного урядування в сучасній системі адміністративного права України..... 114

Олексій Дрозд, Віктор Мотиль
Актуальні проблеми застосування поліцією статті 44-3 «Порушення правил
щодо карантину людей» Кодексу України про адміністративні правопорушення..... 119

Ангеліна Калайда
Міжнародне співробітництво органів та підрозділів Національної поліції України:
історико-правовий екскурс..... 126

Максим Калатур
Особливості функціонування правоохоронних систем держав Європейського Союзу..... 131

Євген Кобко
Інститут викривачів як інструмент запобігання та протидії корупції в Україні..... 136

Віктор Лещинський
Нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності
у сфері містобудування: сутність та сфери застосування..... 142

Олена Литвин, Катерина Грудєва
Актуальні питання правового регулювання сурогатного материнства
в сучасному законодавстві України..... 148

Сергій Родін
Права аб'юзера у провадженні у справах про домашнє насильство
(адміністративно-правовий аспект)..... 153

Євгіне Чернякович
Поняття й завдання нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України..... 158

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Іван Бернацький
Правові методи публічної фінансової діяльності фінансових установ.....163

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Veronika Horielova
Problems of the relationship between moral and legal in judgments of the European Court of human rights.....166

Богдана Довгань, Тетяна Міхайліна
Цифрові права людини четвертого покоління крізь призму трансгуманізму.....171

Ірина Зелена
Поняття інституту юридичної відповідальності у приватному праві.....176

Олена Козинець, Анастасія Лось
Напрями діяльності правоохоронних органів (міліції) в Радянській Україні в 1920–1930-х рр.....182

Анна Мхітарян
Загальнотеоретична характеристика електронної демократії.....188

Дмитро Очколяс
Природа та структура теоретичної юридичної науки.....193

Мар'яна Суходоля
Фактичний стан правової культури населення України як відображення деформованої правосвідомості.....200

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Віта Галушка, Григорій Тіхонов
Особливості правового регулювання захисту державної таємниці в Україні та за її межами.....205

Тетяна Дмитришина
Ювенальна юстиція: міжнародний досвід та перспективи його впровадження в Україні.....210

Олександр Марін
Родовий об'єкт та система кримінальних правопорушень проти правосуддя в результаті конституційної реформи.....220

Вадим Попко
Зближення кримінально-правових систем в умовах глобалізації злочинності.....227

Олена Тавлуй
Історико-правові витоки розголошення таємниці усиновлення.....238

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Мар'яна Каліновська
Межі кримінального процесуального доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування.....243

КРИМІНАЛІСТИКА

Михайло Борусовський
Обставини, що підлягають встановленню під час розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя.....249

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

СУДОУСТРІЙ

Сергій Єдаменко
Суд із захисту вільної конкуренції в Чилі……254

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Сюзанна Асірян, Марина Кахнова
Роль Євроомбудсмана в контролі за дотриманням прав і свобод громадян ЄС: аналітичний огляд…… 260

Анна Гурова, Марія Кірпачова
Правові засади застосування блокчейну в космічній діяльності: особливості регулювання технології на національному, регіональному та міжнародному рівнях……265

Ольга Заставна
Міграційна політика ЄС у контексті безпеки країн Європейського Союзу…… 276

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
ISSN 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)
На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (Додаток 1) журнал внесений до переліку фахових видань категорії "Б" у галузі юридичних наук (081 "Право", 293 "Міжнародне право")

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

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

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Протокол № 1 від 27.01.2021 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 28.01.2021. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 24,68. Обл.-вид. арк. 30,77.
Тираж – 255. Замовлення № 0221/45
Видавець: Видавничий дім «Гельветика»,
65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2021.
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 347.948.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.01

Оксана Грабовська,
докт. юрид. наук,
професор кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Максим Вілінський,
магістрант кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЕКСПЕРТ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті виокремлено та досліджено основні концепції та підходи до визначення поняття «експерт» у цивільному судочинстві на основі аналізу тлумачних словників української мови, словників юридичних термінів, позицій науковців та положень нормативно-правових актів. Вказано основні недоліки зазначених визначень відповідно до змін у правовій регламентації становища експерта під час розгляду цивільної справи, які відбулися у національному законодавстві. Порівняно дефініції поняття «експерт» у чинному Цивільному процесуальному кодексі України та редакціях 1963, 2004 років. Висвітлено основні тенденції законодавчих змін у правовому регулюванні вказаного поняття.

На основі ґрунтовного аналізу положень нормативно-правових актів, зокрема Цивільного процесуального кодексу України, Закону України «Про судову експертизу» тощо, встановлено та охарактеризовано основні складники поняття «експерт», такі як: наявність спеціальних знань, проходження атестації, включення до Реєстру атестованих судових експертів та інші.

Для розкриття поняття «спеціальні знання» досліджено ключові підходи вчених до виокремлення їх специфічних ознак, а також нормативно-правові акти, з яких можливо такі встановити, зокрема Інструкцію про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень.

Авторами виокремлено обов'язкову вимогу проходження атестації та підготовки для набуття особою статусу експерта та включення до Реєстру атестованих судових експертів задля участі в цивільній справі та надання висновку на підтвердження чи спростування певних фактів (обставин). На основі практики національних судів здійснено аналіз причинно-наслідкового зв'язку між недійсністю свідоцтва експерта та неврахуванням судом його висновку під час судового розгляду.

Вказано основне завдання експерта в цивільному судочинстві – надання висновку, який слугуватиме засобом доказування певних фактів (обставин), що мають значення для правильного вирішення цивільної справи.

Ключові слова: експерт, експертиза, висновок експерта, спеціальні знання, судовий експерт, дослідження, реєстр, кваліфікація, атестація.

Постановка проблеми. Проблематика, пов'язана із судовою експертизою у цивільних справах, а отже, й розумінням дефініції «експерт», його становища в системі суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, місця експертного висновку в масиві видів засобів доказування тощо, була і лишається предметом наукової дискусії протягом усього часу реформування цивільного процесуального законодавства України, яке розпочалося у 1996 р. внаслідок прийняття Закону України «Про внесення змін і доповнень до Цивільного процесуального кодексу України» від 02.02.1996. Закріплення в у ст. 15 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) 1963 р. змагальних засад цивільного судочинства надало нового поштовху для дослідження питань, пов'язаних з участю експертів у цивільному судочинстві та використанням експертних висновків, адже серед усієї сукупності доказів вони посідають окреме місце, оскільки містять відповіді на питання, які можуть дати виключно особи, що мають спеціальні знання.

Аналіз наукових джерел, підготовлених вченими в різні часи розвитку інституту експертизи в цивільному судочинстві, засвідчує, що наукова дискусія здебільшого зумовлена суперечливістю законодавчої регламентації поняття «експерт», підготовки, використання висновків експертів, сприйняття їх судом

© О. Грабовська, М. Вілінський, 2021

під час оцінки доказів тощо. ЦПК України, Закон України «Про судову експертизу», Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичні рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджені наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5, містять положення, які не відповідають чи суперечать одне одному або ж змістовно по-різному сприймаються правозастосовувачами. Це, безумовно, впливає на їх практичну реалізацію безпосередньо під час розгляду цивільних справ у суді.

Розробники нової редакції ЦПК України, яка була прийнята у 2017 р., радикально змінили як зміст окремих інститутів та положень, так і структуру цивільного судочинства загалом. Значно змінився й інститут судової експертизи у цивільних справах. Усталені положення, які вже стали своєрідною аксіомою у регламентації судової експертизи, а також новації потребують глибокого аналізу насамперед з погляду їх обґрунтованості, взаємодії, впливу на підвищення ефективності захисту прав, свобод чи інтересів.

Стан досліджень. Проблеми інституту експертизи в тому чи іншому контексті розкривалися багатьма вітчизняними вченими. Зокрема, визначенню правового статусу експерта в цивільному судочинстві та його місця серед усіх інших учасників судового процесу були присвячені праці А. Штефан, Д. Горбатенка, А. Солонар, О. Верби-Сидор, Т. Баглай, О. Несімка, Ж. Васильєвої-Шаламової, О. Заяць, Р. Скриньковського, А. Кравченка, І. Зеленкової, В. Ходановича, Т. Кучер та інших.

Постановка завдання. Завданням даного дослідження є виявлення складників поняття «експерт» у цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Видається логічним будь-яке явище, в тому числі й правове, розкривати цілісно та всебічно, з урахуванням не лише законодавства та фахових наукових висновків, а й філологічного тлумачення.

У тлумачних та юридичних словниках поняття «експерт» розкривається досить неоднозначно. Так, у Великому тлумачному словнику української мови поняття «експерт» визначено так: «експерт – це фахівець у будь-якій галузі, що проводить експертизу та здатний на підставі своїх знань та досвіду надавати кваліфіковану консультацію» [2, с. 340]. Незважаючи на те, що наведене визначення підготовлено не юристами, цілком очевидно, що автор звертався до відповідних положень Закону України «Про судову експертизу», адже складники поняття «експерт» в основному відповідають ст. 10. Водночас звертає на себе увагу та обставина, що, окрім інших складників, у наведеному прикладі зазначається такий результат діяльності експерта, як «кваліфікована консультація». Таке доповнення до складників поняття «експерт» є логічним з точки зору загального уявлення про експерта, але не відповідає законодавчій регламентації поняття «експерт», оскільки Закон України «Про судову експертизу» не містить такої функції експерта, як «кваліфікована консультація». Стаття 12 зазначеного закону передбачає такі обов'язки експерта: підготовку висновку та його роз'яснення. Проте й окремо, й у взаємодії підготовку експертом висновку та його роз'яснення можна сприймати як надання кваліфікованої консультації.

У юридичних словниках поняття «експерт» тлумачиться як компетентна людина, яка має відповідну освіту, кваліфікацію, науковий або практичний досвід, володіє спеціальними знаннями тощо [4, с. 133]; як особа, що володіє спеціальними знаннями й залучається в установленому порядку для проведення експертизи [5, с. 91]. Таким чином, принаймні у наведених визначеннях автори здебільшого акцентують увагу на наявності в експерта відповідної освіти, кваліфікації, існуванні визначеної законом процедури його залучення в процес, меті такого залучення.

Загалом складники поняття «експерт», що наведені в юридичних словниках, відповідають загальній ідеології положень про експерта у чинному ЦПК України, Законі України «Про судову експертизу», Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендаціях з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень.

Категорія «експерт» як правова розкривається в багатьох наукових працях вітчизняних вчених. Зокрема, Ж. Васильєва-Шаламова у своїй роботі, безпосередньо присвяченій судовій експертизі в цивільному процесі, поділяє та додатково обґрунтовує думку науковців, які вважають, що експерт – це фізична особа, яка володіє спеціальними знаннями, має незалежний і самостійний процесуальний статус, є компетентною в проведенні необхідного дослідження за дорученням суду, результати якого повинні бути сформульовані у висновку експерта [3, с. 9]. Видається, що даний висновок заслуговує на увагу, проте з часу написання цієї роботи у 2009 р. відбулись системні зміни у регулюванні цивільного процесуального

доказування й участі у ньому експерта, тому наведене визначення потребує переосмислення з урахуванням наявних змін.

В одній зі своїх праць Т. Баглай зробила висновок, що експерт – це особа, яка має необхідні знання, якій в порядку, встановленому Цивільним процесуальним кодексом, доручається дати висновок з питань, що виникають під час розгляду справи і стосуються спеціальних знань цієї особи, шляхом дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини у справі [1, с. 16]. Автор слушно вказує на результат практичної діяльності експерта – надання відповідного висновку, а також шляхи отримання відповідей на питання, що виникають під час розгляду справи, – дослідження об'єктів, явищ і процесів. Водночас, з точки зору новацій у регулюванні ЦПК України процесуального порядку підготовки експертного висновку, наведене визначення також потребує коригування, адже сьогодні експертиза може бути підготовлена не лише за ухвалою суду, а й за власною ініціативою юридично заінтересованої особи – учасника справи, а отже, й без будь-яких «доручень суду» може бути подана до суду як доказ самим учасником справи.

Відмінним від багатьох визначень є визначення поняття «експерт», наведене у роботі А Кравченка та І. Зеленкової. Ними висловлено думку, що судовий експерт – це особа, яка має необхідні знання у формі вищої освіти і має право на проведення конкретної судової експертизи, висновок щодо якої є самостійним джерелом доказів [8, с. 44]. У наведеній дефініції вчені насамперед звертають увагу на наявність у експерта вищої освіти, з чого, власне, й розпочинається визначення. Таке розставлення акцентів загалом відповідає ч. 2 та 3 ст. 10 Закону України «Про судову експертизу», відповідно до яких судовими експертами державних спеціалізованих установ, а також експертами, що не є працівниками таких установ, можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту [11]. Водночас ці положення, окрім наявності у експерта вищої освіти, передбачають і проходження ним відповідної підготовки в державних спеціалізованих установах Міністерства юстиції України, а також вимогу бути атестованим та отримати кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності у порядку, передбаченому цим законом. Таким чином, остання обставина також заслуговує на увагу, якщо зосереджувати її на фахових якостях експерта.

Серед масиву наукових визначень змісту поняття «експерт» заслуговує на особливу увагу позиція О. Заяць та Р. Скриньковського, які у спільній праці навели визначення судового експерта як особи, яка володіє спеціальними (професійними) знаннями, необхідними для з'ясування відповідних (конкретних) обставин справи, а також має право на проведення судової експертизи, яка має особливе значення для матеріалів конкретної (визначеної) справи у суді і письмовий висновок (висновок експерта) щодо якої (на стадії розгляду справи) є самостійним (окремим) джерелом доказів поряд (нарівні) з іншими існуючими (наявними) доказами (письмовими, речовими і електронними) [6, с. 3001]. Наведене визначення поняття «експерт» досить влучно враховує багатоаспектність участі експерта в цивільному судочинстві та місця експертного висновку, водночас привертає увагу теза автора про «особливе значення для матеріалів конкретної (визначеної) справи», оскільки може сприяти необґрунтованим висновкам про те, що експертний висновок має переважне значення у співвідношенні з іншими доказами. Висновок експерта згідно з ч. 1 ст. 110 ЦПК України не має заздалегідь встановленої сили і оцінюється судом разом з іншими доказами. Виняток становлять окремі категорії справ, наприклад справи про визнання недійсним заповіту після смерті заповідача з підстав відсутності його вільного волевиявлення (ч. 1 ст. 1257 Цивільного кодексу України), у яких вирішальне значення для справи має висновок посмертної судово-психіатричної експертизи, призначеної відповідно до положень Порядку проведення судово-психіатричної експертизи, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 08 травня 2018 року № 865.

Розкриваючи питання про зміст поняття «експерт», не можна оминути законодавчі дефініції та їх ґенезу. Так, звертає на себе увагу та обставина, що ч. 5 ст. 57 ЦПК 1963 року в редакції від 11.03.1996 містила кардинально іншу дефініцію поняття «експерт», ніж наявну в чинному законодавстві: експертом може бути призначена будь-яка особа, яка володіє необхідними знаннями для дачі висновку [13].

У ЦПК України в редакції від 18.03.2004 було закріплено імперативне положення про те, що експертиза в цивільному судочинстві призначається виключно за ухвалою суду (ч. 1 ст. 143 ЦПК України 2004 року). Тому й ч. 1 ст. 53 цього кодексу встановлювала, що експертом є особа, якій доручено провести дослідження матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини справи, і дати висновок з питань, які виникають під час розгляду справи і стосуються сфери її спеціальних знань [14].

Відповідно до ч. 1 ст. 72 чинного ЦПК України експертом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями, необхідними для з'ясування відповідних обставин справи [15]. Зазначене положення-дефініція відповідає за змістовим навантаженням ч. 1 ст. 10 Закону України «Про судову експертизу», відповідно до якої судовими експертами можуть бути особи, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань. Таким чином, очевидно, що розробники нової редакції ЦПК України у 2017 році запозичили визначення поняття «експерт» із Закону України «Про судову експертизу».

Дефініція поняття «експерт», що закріплена у ч. 1 ст. 72 чинного ЦПК України, є своєрідною «відправною» у розумінні та сприйнятті інституту експертизи в цивільному судочинстві загалом, тому видається обґрунтованим глибокий аналіз усіх її складників.

Першим із кваліфікуючих складників поняття «експерт», закріплених у ч. 1 ст. 72 ЦПК України, є «спеціальні знання».

ЦПК України не розкриває змісту «спеціальних знань» експерта та не містить положень відсильного характеру на відповідний нормативний акт.

Дещо не узгодженими у даному сенсі є положення Закону України «Про судову експертизу». У ст. 1, якою урегульовано поняття «судова експертиза», йдеться про те, що судова експертиза – це дослідження на основі спеціальних знань, а ст. 10, яка встановлює вимоги до експерта, оперує поняттям «необхідні знання». При цьому визначення судової експертизи, яке міститься в ст. 1 згадуваного закону, закріплює, що це дослідження на основі «спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла» тощо. Таким чином, поняття «спеціальні» і «необхідні» знання використовуються як рівнозначні.

Аналіз переліку видів (підвидів) експертиз, передбаченого п. 1.2. Розділу І Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, а також змісту Науково-методичних рекомендацій дозволяє виділити такі узагальнені ознаки спеціальних знань експерта: вони не є загальнопоширеними та загальновідомими більшості людей. Ці знання не можуть за своєю природою виходити із певних узагальнень, вироблених повсякденним досвідом, а є результатом проходження спеціальної підготовки та здобуття кваліфікації, а також набуття певного професійного досвіду. До прикладу, проведення експертом судово-ветеринарної експертизи (Розділ Х Науково-методичних рекомендацій) потребує ґрунтовних знань і досвіду у сфері не тільки ветеринарної медицини, а й біології та природничих наук.

Науковцями, зокрема А. Штефан, на підставі аналізу широкого кола джерел також зазначається, що, коли розкривається сутність спеціальних знань, зазвичай вказуються дві ознаки, першою з яких є відсутність широкого поширення таких знань. Вона наголошує, що це не побутові повсякденні висновки і підсумки, які може зробити будь-яка людина, а знання, що здобуваються в процесі теоретичної підготовки і практичної діяльності у певній сфері науки, техніки, мистецтва, ремесла. Другою ознакою спеціальних знань традиційно називають їх відмежування від знань у сфері права [16, с. 17].

А. Штефан підтримує думку, висловлену свого часу М. Треушніковим, про те, що не належать до спеціальних знань знання, вироблені людьми на основі загальновідомих узагальнень людського досвіду, правил співжиття, норм моралі. З огляду на судову діяльність він також писав, що в узагальненому вигляді можна визначити, що під спеціальними знаннями в цивільному і арбітражному процесах розуміються такі знання, які знаходяться за межами правових знань, загальновідомих узагальнень, що випливають із досвіду людей [12, с. 193].

Представники кримінально-процесуальної науки, зокрема О. Кочура так само як і М. Треушніков, зазначає, що спеціальними вважають знання, що не є загальнопоширеними, загальновідомими, а лише ті, яких набули спеціалісти-професіонали в тій чи іншій галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо [7, с. 285].

Отже, і в наведених, і в інших висновках науковців про зміст спеціальних знань експерта виділяються два специфічних усталених складника категорії явища: 1) спеціальні знання не мають характеру загальновідомості; 2) спеціальні знання здобуті внаслідок наукової та (або) практичної діяльності.

Водночас, переводячи таке уявлення про спеціальні знання в площину цивільної процесуальної діяльності, треба враховувати положення, закріплене у ч. 2 ст. 102 ЦПК України: предметом висновку експерта не можуть бути питання права. Окрім того, ЦПК України окремо закріплює у складі учасників судового процесу й експертів з питань права (ст. 73 ЦПК України). Таким чином, спеціальні знання у питаннях права, набуті внаслідок наукової та (або) практичної діяльності, виключаються з кола питань, що належать експертному висновку.

Відповідно до ст. 8 Закону України «Про судову експертизу» методики проведення

судових експертиз (крім судово-медичних та судово-психіатричних) підлягають атестації. У зв'язку із цим ст. 9 цього закону оперує поняттям «атестовані судові експерти». Цей термін також використовується фахівцями.

Атестація є своєрідною сходинкою для реєстрації експерта у Державному Реєстрі атестованих судових експертів (наказ Міністерства юстиції України № 492/5 від 29.03.2012 р.). Реєстр – це офіційна електронна база даних, що ведеться з метою створення інформаційного фонду про осіб, які отримали в порядку, передбаченому Законом України «Про судову експертизу», кваліфікацію експерта [9]. Окрім прізвища, ім'я, по батькові експерта, до Реєстру вносяться такі відомості, як: найменування Експертно-кваліфікаційної комісії, дата і номер її рішення; номер та строк дії свідоцтва або документа, що підтверджує наявність кваліфікації судового експерта (якщо видачу свідоцтва не передбачено, вноситься відповідний запис); вид експертизи, експертна спеціальність тощо.

Аналізуючи зміст положень ЦПК України, які дають уявлення про поняття «експерт», варто звернути увагу на ту обставину, що в законі не йдеться про такі фахові складники судового експерта, як атестація та перебування у Реєстрі, як обов'язкові умови дійсності експертного висновку. Однак Реєстр сприяє з'ясуванню питання про право експертів готувати експертні висновки, тобто їх легітимність. Так, в одній із постанов Київський апеляційний суд встановив, що свідоцтво експерта, яке було видане ЕКК КНЕДІСЕ МЮ України, є недійсним. Таким чином, експерт не мала повноважень на здійснення експертного дослідження та, відповідно, проводити почеркознавчу експертизу. Саме це стало однією з підстав відхилення колегією суддів висновку почеркознавчого дослідження, який визнано неналежним доказом на підтвердження обставин, на які посилається позивач. Судом був також відхилений легалізований Посольством України в Японії примірник Звіту про ідентифікацію почерку з перекладом на українську мову, проведеного Інститутом Технічних Наук і Технології Тайванської Академії розвитку і Досліджень Економіки і Технології, оскільки доказів на підтвердження того, що вказана установа має право та повноваження на проведення дослідження ідентифікації почерку, матеріали справи не містять, що позбавляє суд можливості встановити належність вказаного доказу та надати йому правову оцінку [10].

Міркування про складники змісту поняття «експерт» призвели до думки, що діяльність будь-якого суб'єкта цивільних процесуальних правовідносин зумовлена певними постулатами, принципами тощо, які є своєрідним фундаментом діяльності. Судово-експертна діяльність відповідно до ст. 3 Закону України «Про судову експертизу» здійснюється на принципах законності, незалежності, об'єктивності і повноти дослідження. Таким чином, якщо до складників поняття «експерт» включати діяльнісний аспект, видається правильним враховувати і фундаментальні засади цієї діяльності.

Висновки

Прагнення зробити висновок про зміст поняття «експерт» у контексті цивільної процесуальної діяльності призвели до думки, що дати цілісне визначення поняття «експерт» проблематично. Очевидно, для такого висновку необхідним є комплексне дослідження становища експерта в складі суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, його прав та обов'язків тощо. Водночас аналіз основних законодавчих актів, якими урегульовано експертну діяльність, наукових висновків та поглядів сприяє формуванню таких висновків:

1. Дефініція «експерт» у цивільному процесуальному законодавстві України 1963, 2004 рр. не мала відмінностей від дефініцій, які були закріплені у спеціальних актах, що урегульовували діяльність експертів та підготовку ними експертиз. Така тенденція зберігається й сьогодні.

2. Експерт у цивільному судочинстві – це особа, яка: а) володіє спеціальними знаннями у певній галузі, які є необхідними для встановлення обставин (фактів), що мають значення для правильного вирішення справи; б) має відповідну освіту та атестацію, включена до Реєстру атестованих судових експертів; в) керуючись принципами законності, незалежності, об'єктивності і повноти дослідження, покликана підготувати висновок та у разі необхідності роз'яснити його у судовому засіданні.

3. Ознаки спеціальних знань експерта: 1) спеціальні знання не мають характеру загальновідомості; 2) спеціальні знання здобуті внаслідок наукової та (або) практичної діяльності.

Список використаних джерел:

1. Баглай Т.О. Правовий статус експерта та спеціаліста в цивільному процесі. *Проблеми законотворчого процесу в Україні : шляхи вирішення та перспективи розвитку* : зб. пр. Всеукр. наук.-практ. конф. молодих учених та юристів (25 квітня 2014 р., м. Дніпропетровськ). Дніпропетровськ, 2014. С. 15-20.

2. Бусел В.Т. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.). Ірпінь : ВТФ "Перун", 2005. 1728 с. URL: https://archive.org/details/velykyislovnyk/page/n347/mode/2up (дата звернення: 04.11.2020).

3. Васильєва-Шаламова Ж.В. Судова експертиза в цивільному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. 15 с.

4. Голубовська І.О. та ін. Багатомовний юридичний словник-довідник. Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2012. 543 с.

5. Гончаренко В.Г. та ін. Юридичні терміни. Тлумачний словник / за ред. В.Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. Либідь, 2004. 320 с.

6. Заяць О., Скриньковський Р. Проблемні аспекти участі експерта у цивільному судочинстві України. *Traektoriâ Nauki = Path of Science*. 2019. Vol. 5. № 9. С. 3001-3011.

7. Кочура О.О. Визначення поняття "спеціальні знання" та їх використання у кримінальному провадженні. *Сучасні тенденції розвитку криміналістики та кримінального процесу*. Харків, 2017. С. 284-286.

8. Кравченко А.В., Зеленкова І.І. Проблемні питання участі експерта в цивільному судочинстві. *Адвокат. Наука і практика*. 2011. № 12 (135). С. 43-45.

9. Порядок ведення державного Реєстру атестованих судових експертів : наказ Міністерства юстиції України від 29.03.2012. № 492/5 // *База даних «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0484-12#Text (дата звернення: 04.11.2020).

10. Постанова Київського апеляційного суду від 21.01.2020 у справі № 760/17626/18. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/87114614 (дата звернення: 04.11.2020).

11. Про судову експертизу : Закон України від 25.02.1994 у редакції від 03.07.2020. № 4038-XII // *База даних «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text (дата звернення: 04.11.2020).

12. Треушников М.К. Судебные доказательства. Москва : ОАО "Издательский дом "Городец". 2004. 272 с.

13. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.07.1963 у редакції від 11.03.1996. № 1501-06 // *База даних «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1501-06/ed19960311#Text (дата звернення: 04.11.2020).

14. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 у редакції від 18.03.2004. № 1618-IV // *База даних «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/ed20040318#Text (дата звернення: 04.11.2020).

15. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 у редакції від 13.08.2020. № 1618-IV // *База даних «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (дата звернення: 04.11.2020).

16. Штефан А.С. Висновок експерта у цивільному судочинстві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 2/2018. С. 16-28.

Oksana Hrabovska, Maksym Vilinskyi. Expert in civil proceeding

The article identifies and explores the basic concepts and approaches to the definition of "expert" in civil proceeding based on the analysis of explanatory dictionaries of the Ukrainian language, dictionaries of legal terms, positions of scholars and the provisions of legislation. The main shortcomings of these definitions are indicated in accordance with the changes in the legal regulation of the position of the expert during the consideration of a civil case, which took place in the national legislation. The definitions of the "expert" term in the current Civil Procedure Code of Ukraine and the redactions of 1963 and 2004 are compared. The main trends of legislative changes in the legal regulation of this term are highlighted.

Based on a thorough analysis of the regulations provisions, in particular the Civil Procedure Code of Ukraine, the Law of Ukraine "On Forensic examination", etc., the main components of the term "expert", such as: special knowledge, certification, inclusion in the Register of Certified Judicial experts and others are established and characterized.

In disclosing the "special knowledge" term the key approaches of scientists to identify their specific features, as well as regulations from which it is possible to establish such ones, in particular the Instruction on the appointment and conduct of forensic examinations and expert research as well as Scientific and methodological recommendations concerning appointment and performing of forensic examinations and expert studies are explored.

The authors emphasize the mandatory requirement to pass certification and preparation for a person to acquire the status of an expert and inclusion in the Register of Certified Judicial experts to participate in a civil case and provide an opinion to confirm or refute certain facts (circumstances). Based on the practice of national courts, an analysis of the causal link between the invalidity of the expert's certificate and the court's disregard for his opinion during the trial has been carried out.

The main task of the expert in civil proceeding to provide an opinion that will serve as a means of proving certain facts (circumstances) that are important for the proper resolution of a civil case was indicated.

Key words: expert, examination, expert opinion, special knowledge, forensic expert, research, register, qualification, certification.

УДК 347.122
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.02

Андрій Жук,
аспірант
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ВІДНОВЛЕННЯ СТАНОВИЩА, ЩО ІСНУВАЛО ДО ПОРУШЕННЯ, У СИСТЕМІ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ СУБ'ЄКТИВНИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

У статті акцентовано увагу на визначенні місця відновлення становища, що існувало до порушення, у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав, виокремленні юридичних ознак та виробленні авторського визначення цього поняття. Наголошується, що будь-яка класифікація способів захисту суб'єктивних цивільних прав має у своїй основі цільову спрямованість способу захисту. Встановлено обставини ефективності та належності застосування відновлення становища, що існувало до порушення, як способу захисту цивільних прав. Зроблено висновок про належність відновлення становища, яке існувало до порушення, до групи відновлювальних способів захисту цивільних прав з огляду на його спрямованість не лише на припинення порушення суб'єктивного цивільного права і на відновлення права, а й на усунення негативних наслідків такого порушення шляхом відновлення тих фактичного і юридичного станів правовідносин, які існували до порушення права.

Встановлено нетотожність понять «відновлення права» та «відновлення становища, яке існувало до порушення». У найбільш загальному баченні відновлення права слід сприймати як повернення його носію можливості реалізовувати правомочності, що входять до його змісту, які були відібрані від нього внаслідок порушення чи невизнання цього права. Відновлення ж становища, яке існувало до порушення, є поверненням особи у ті фактичний і юридичний стани правовідносин, які існували до порушення, чи невизнання суб'єктивного права, ніби цього порушення чи невизнання не відбувалось взагалі, що своєю чергою призводить до повернення особі можливості здійснювати своє право. Тому відновлення права та відновлення становища, яке існувало до порушення, слід сприймати як мету та засіб її досягнення.

Обґрунтовано самостійне місце відновлення становища, що існувало до порушення у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав, з огляду на: а) специфічність правових результатів, яких намагається досягнути особа у процесі здійснення захисту свого порушеного права шляхом відновлення фактичних і юридичних станів правовідносин, що існували до порушення; б) неодноразову вказівку у положеннях цивільного законодавства на відновлення становища, що існувало до порушення, у контексті здійснення особами захисту своїх порушених прав; в) широке застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, як способу захисту прав у найрізноманітніших категоріях справ.

Ключові слова: суб'єктивне право, відновлення становища, що існувало до порушення, способи захисту, припинення порушення, відновлення права, фактичний стан правовідносин, юридичний стан правовідносин.

Постановка проблеми. Не вдаючись детально до дослідження обґрунтованості можливих класифікацій способів захисту суб'єктивних цивільних прав, одразу ж зазначимо, що всі вони мають у своїй основі цільову спрямованість способу захисту, що дозволяє встановити ту визначальну ознаку, яка об'єднує способи захисту, виходячи із конкретного правового результату, тобто бажаний для особи результат є метою захисту суб'єктивного цивільного права, якою може бути: відновлення порушеного права; компенсація збитків, завданих порушенням чи невизнанням права; запобігання порушенню права. Така класифікація способів захисту, на нашу думку, має велике теоретичне значення з огляду на те, що вона здатна розкрити основні особливості способів захисту цивільних прав, об'єднаних у тій чи іншій класифікаційній групі на підставі спільності мети. Практична ж значущість цієї класифікації, на нашу думку, полягає у сприянні формування в носіїв суб'єктивних цивільних прав уявлення про напрями правоохоронного впливу закріплених у законі способів захисту. Інакше кажучи, групування способів

© А. Жук, 2021

захисту за критерієм мети слугує орієнтиром для суб'єктів цивільно-правових відносин у процесі вибору оптимального та ефективного способу захисту їх порушеного чи невизнаного цивільного права залежно від того правового результату, якого вони бажають досягти.

Метою цього дослідження є визначення місця відновлення становища, що існувало до порушення, у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав.

Виклад основного матеріалу. Для правильного визначення місця відновлення становища, що існувало до порушення, у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав на основі критерію цільової направленості, на нашу думку, слід встановити обставини, за яких застосування цього способу захисту цивільних прав буде ефективним та належним. Відповідно, відновлення становища, що існувало до порушення права, як спосіб захисту застосовується в тих випадках, коли порушене суб'єктивне право внаслідок цього не припиняє свого існування і може бути реально відновлене шляхом усунення наслідків правопорушення [1].

Для найбільш повного розуміння механізму здійснення захисту порушеного цивільного права шляхом відновлення становища, що існувало до порушення, варто розглянути застосування цього способу захисту у площині судової практики. Одним із прикладів цього може слугувати справа № 758/2645/15-ц за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про зобов'язання знесення самовільно спорудженої будівлі та відновлення становища, що існувало до порушення, яка розглядалася Подільським районним судом м. Києва. Позовні вимоги обґрунтовані посиланням на те, що позивачу на праві власності належить 1/2 садибного житлового будинку, інша частина належить ОСОБІ_2. Будинок розділений на дві квартири з окремими входами. ОСОБА_2 зніс тамбур та самовільно, без погодження з позивачем, розпочав будівельні роботи з реконструкції свого житла шляхом збільшення площі в усі боки. За порушення будівельних норм, державних стандартів і правил під час будівництва відповідача притягнуто до адміністративної відповідальності за ч. 7 ст. 96 КУпАП, однак вимог припису Інспекції державного архітектурно-будівельного контролю у м. Києві він не виконав. А тому позивач звернулася до суду з цим позовом і просила зобов'язати відповідача знести самовільно споруджену будівлю на місці тамбуру та відновити димохід та димову трубу. У ході розгляду справи суд прийняв рішення позов ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про зобов'язання знесення самовільно спорудженої будівлі та відновлення становища, яке існувало до порушення, задовольнити повністю, зобов'язати ОСОБА_2 за свій рахунок знести самовільно споруджену будівлю на місці тамбуру квартири АДРЕСА_1, а також зобов'язати ОСОБА_2 відновити димохід та димову трубу садибного житлового будинку [2].

З аналізу зазначеної судової справи видається, що змістом матеріально-правової вимоги, вираженої у позові, було не відшкодування збитків, завданих суб'єкту права спільної власності внаслідок його порушення, чи застосування інших видів цивільно-правової відповідальності, не на запобігання порушення права, а саме повернення сторін правовідносин у їх первинне становище, у чому власне і полягає мета цього способу захисту цивільних прав. Отже, робимо висновок про належність відновлення становища, яке існувало до порушення, до групи відновлювальних способів захисту цивільних прав з огляду на його спрямованість не лише на припинення порушення суб'єктивного цивільного права і на відновлення права, а й на усунення негативних наслідків такого порушення шляхом відновлення тих фактичного і юридичного станів правовідносин, які існували до порушення права.

У контексті цього хотілося б окремо зупинитися на питанні необхідності відмежування понять «відновлення права» та «відновлення становища». Значення зіставлення цих цивільно-правових категорій зумовлюється близькістю їх словесних формулювань, що призводить до необґрунтованого висновку вчених про їх абсолютну ідентичність [3]. Загалом у юридичній літературі висловлюються позиції щодо сприйняття відновлення права як однієї з цілей інституту захисту цивільних прав. Так, на думку М.К. Сулейменова, захист цивільних прав є передбаченою законом системою заходів, спрямованих на забезпечення недоторканості права, відновлення порушеного права і припинення дій, що порушують право [4]. Схожої позиції дотримувався й С.С. Алєксєєв, на думку якого поняття захисту традиційно визначається як державно-примусова діяльність, спрямована на здійснення «відновлювальних» завдань – відновлення порушеного права, забезпечення юридичного обов'язку [5, с. 181].

Загалом погоджуючись із вказаним, вважаємо, що відновлення цивільних прав слід сприймати саме як мету захисту цивільних прав у розумінні протидії особи у відповідь на їх порушення чи невизнання для забезпечення безперешкодної реалізації

суб'єктивного права її носієм. На нашу думку, загальна мета відновлення права є тією ланкою, що пов'язує всі передбачені у ч. 2 ст. 16 ЦК України способи захисту цивільних прав, адже кожен із них має своїм проявом направленість на відновлення можливості повноцінно реалізувати правомочності, що лежать у змісті кожного суб'єктивного цивільного права.

Разом із тим у науковій літературі зустрічаємо й думку про те, що загальною метою захисту цивільних прав є не відновлення суб'єктивного права, а відновлення становища, яке існувало до порушення права [6, с. 17]. І.О. Назімов з цього приводу доходить висновку, що за своєю правовою природою відновлення становища, яке існувало до порушення права, ідентичне відновленню порушеного права, тобто виступає принципом цивільного законодавства. Тим самим автор заперечує віднесення відновлення становища до способів захисту цивільних прав. Як наслідок цього сформульовано пропозицію про виключення відновлення становища, яке існувало до порушення права, із законодавчого переліку способів захисту цивільних прав і закріплення за ним статусу принципу цивільного законодавства [7, с. 62]. На переконання Д.М. Латипова та В.В. Акінфієвої, які знову ж таки ототожнюють поняття «відновлення права» та «відновлення становища, що існувало до порушення», недоцільно закріплювати відновлення первинного становища поряд з іншими способами захисту прав, адже будь-який з перелічених у законі способів повинен приводити до відновлення порушеного права [8, с. 195].

На нашу думку, слушність указаних висновків викликає певні сумніви, адже далеко не всі способи захисту спрямовані на відновлення становища, що існувало до порушення. Так, наприклад, такий спосіб захисту, як визнання права, характеризується цільовою спрямованістю не на усунення негативних наслідків, спричинених порушенням права, а на відновлення суб'єктивного права шляхом повернення особі можливості реалізувати правомочності, що становлять його зміст. Про відновлення становища, яке існувало до порушення, не йдеться й у разі знищення речі, яка належала особі на праві власності. Так, особа може застосувати закріплений у п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України такий спосіб захисту, як відшкодування шкоди, та отримати грошовий еквівалент належної їй знищеної речі, однак у цьому разі відновлення фактичного стану абсолютних правовідносин щодо реалізації свого права власності буде неможливим, адже у зв'язку зі знищенням речі право власності на неї припинилось. З урахуванням указаного, на нашу думку, сприйняття відновлення становища, яке існувало до порушення, як одного з основоположних принципів цивільного законодавства, а також ототожнення цього поняття із відновленням права не видається коректним.

Досить цікаве визначення поняття «відновлення права» знаходимо в Енциклопедичному словнику Ф.А. Брокгауза та І.А. Ефрона, де під ним розуміється такий акт правосуддя, через який юридичне відношення, яке існувало і яке припинилося, відновлюється в якості колишнього, з тим же юридичним характером і наслідками, як нібито воно зовсім не припинялося. Іншими словами, відновлення права в цьому разі є ніби поверненням зацікавленій особі втраченого нею права, заради чого скасовуються юридичні наслідки тієї події, яка припинила собою існування цього права. Під ім'ям restitutio in integrum інститут відновлення права відігравав велику роль у стародавньому Римі; він служив там засобом перетворення старого (квіритського) права в дусі нових ідей [9].

Із вказаного робимо висновок про ототожнення відновлення права та відновлення становища, яке існувало до порушення, зокрема, у розумінні restitutio in integrum – інституту класичного римського права. При цьому зазначимо, що такий підхід загалом відповідав стану тогочасного правового регулювання відносин із захисту цивільних прав (кін. XIX – поч. XX ст.), що характеризувався відсутністю закріплення способів захисту цивільних прав, їх систематизації та механізму реалізації. Крім того, на нашу думку, ототожнення вказаних вище понять було також зумовлене близькістю їх лексичного формулювання і відсутністю теоретичних напрацювань, присвячених дослідженню їх правової природи.

Вважаємо, що у поданому вище визначенні за допомогою поняття «відновлення права» здійснюється підміна поняття «відновлення становища, яке існувало до порушення», які за своєю сутністю не є тотожними та синонімічними. У найбільш загальному баченні відновлення права слід сприймати як повернення його носію можливості реалізовувати правомочності, що входять до його змісту, які були відібрані від нього внаслідок порушення чи невизнання цього права. Відновлення ж становища, яке існувало до порушення, є поверненням особи у ті фактичний і юридичний стани правовідносин, які існували до порушення чи невизнання суб'єктивного права, ніби цього порушення чи невизнання не відбувалось взагалі,

що своєю чергою призводить до повернення особі можливості здійснювати своє право.

Отже, функціональний зв'язок між категоріями відновлення права та відновлення становища полягає у тому, що відновлення становища, яке існувало до порушення, є інструментом повернення особі можливості здійснювати своє суб'єктивне право. Тому, на нашу думку, відновлення права та відновлення становища, яке існувало до порушення, слід сприймати як мету та засіб її досягнення, що загалом відповідає загальноприйнятій у цивілістиці концепції розуміння відновлення права як однієї з цілей інституту захисту цивільних прав, а також класифікації способів захисту за критерієм цільової спрямованості. При цьому зауважимо, що відновлення становища, що існувало до порушення, є інструментом для відновлення права як досягнення загальної мети захисту цивільних прав та способом захисту як сукупністю дій уповноваженої особи, що визначають особливий порядок реалізації заходів державно-примусового характеру із захисту цивільних прав та інтересів.

Разом із тим деякі вчені піддають критиці законодавчий підхід щодо закріплення відновлення становища, яке існувало до порушення, як одного зі способів захисту цивільних прав та взагалі заперечують його самостійне місце у системі цих способів. Так, К.І. Скловський зазначає, що відновлення первинного становища не є саме по собі певним способом захисту права, а навпаки, може бути ототожнене, мабуть, з будь-яким іншим способом. У всякому разі одна лише вказівка на цей спосіб у законі, без деталізації і конкретизації, не дає підґрунтя для застосування захисту [10, с. 280].

На нашу думку, зазначений висновок потребує переосмислення у сучасних умовах. Недарма з цього приводу висловлено низку контраргументів. Переконливішою з цього приводу є позиція О.О. Кота, що якщо сприйняти вказане вище твердження за істинне, то всі способи захисту, передбачені у ч. 2 ст. 16 ЦК України, можуть бути визнані лише окремими проявами відновлення становища, яке існувало до порушення. Цю позицію навряд чи можна визнати обґрунтованою. На переконання дослідника, у межах цього способу слід розглядати саме відновлення фактичного (майнового) стану, який існував до порушення [11, с. 272].

Отже, самостійність відновлення становища, що існувало до порушення, по-перше, зумовлюється специфічністю правових результатів, яких намагається досягнути особа у процесі здійснення захисту свого порушеного права шляхом відновлення того стану правовідносин, що існував до порушення. По-друге, про самостійний характер досліджуваного способу захисту цивільних прав свідчить неодноразова вказівка на нього у положеннях цивільного законодавства у контексті здійснення особами захисту своїх порушених прав. Це, зокрема, ч. 1 ст. 216 ЦК України, ч. 2 ст. 393 ЦК України, ч. 2 ст. 779 ЦК України та ін. По-третє, незважаючи на високий рівень абстрактності у законодавчому формулюванні цього способу захисту цивільних прав, відновлення становища, яке існувало до порушення, знаходить свій яскравий прояв у площині правозастосовчої діяльності.

Так, аналіз судової практики свідчить про існування численної кількості справ, які вирішувались шляхом зобов'язання відповідача саме відновити становище, що існувало до порушення суб'єктивних цивільних прав позивача. При цьому варто наголосити, що цей спосіб захисту застосовується у найрізноманітніших категоріях справ. Вказане підтверджується позицією Верховного Суду України, який, аналізуючи практику застосування судами ст. 16 ЦК України, зазначає, що відновлення становища, яке існувало до порушення, як спосіб захисту цивільного права та інтересу, застосовується у тому разі, якщо покладення обов'язку на особу, яка його порушила, припинити дії не відновлює повністю суб'єктивне право, а цього можна досягти вчиненням інших заходів, передбачених законом. Відновлення становища, яке існувало до порушення, досить часто в позовних вимогах поєднується з припиненням дії, яка порушує право, та може знаходити свій прояв у вимогах про виселення особи з незаконно зайнятого нею приміщення; про усунення перешкод у здійсненні права власності, про повернення власнику його майна із чужого незаконного володіння; про застосування наслідків недійсного правочину, про заборону використання твору без дозволу автора [12]. На нашу думку, з огляду на широке застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, як способу захисту прав у найрізноманітніших категоріях справ, не може не свідчити про його самостійне місце у закріпленій у ч. 2 ст. 16 ЦК України системі способів захисту цивільних прав.

Висновки

З урахуванням вищевказаного відновлення становища, що існувало до порушення, може бути визначене як сукупність дій, які вчиняються заінтересованою особою або компетентними органами, визначають особливий порядок реалізації заходів протидії порушенню цивільного права та спрямовані

на відновлення тих фактичного та юридичного станів цивільних правовідносин, що існували до його порушення.

Доведено хибність сприйняття відновлення становища, яке існувало до порушення, як одного з основоположних принципів цивільного законодавства, а також ототожнення цього поняття із відновленням права. Встановлено функціональний зв'язок між категоріями відновлення права та відновлення становища, який полягає у тому, що відновлення становища, яке існувало до порушення, є інструментом повернення особі можливості здійснювати своє суб'єктивне право. Тому відновлення права та відновлення становища, яке існувало до порушення, слід сприймати як мету та засіб її досягнення, що загалом відповідає загальноприйнятій у цивілістиці концепції розуміння відновлення права як однієї з цілей інституту захисту цивільних прав, а також класифікації способів захисту за критерієм цільової спрямованості.

Обґрунтовано самостійне місце відновлення становища, що існувало до порушення у системі способів захисту суб'єктивних цивільних прав, з огляду на: а) специфічність правових результатів, яких намагається досягнути особа у процесі здійснення захисту свого порушеного права шляхом відновлення фактичних і юридичних станів правовідносин, що існували до порушення; б) неодноразову вказівку у положеннях цивільного законодавства на відновлення становища, що існувало до порушення, у контексті здійснення особами захисту своїх порушених прав; в) широке застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, як способу захисту прав у найрізноманітніших категоріях справ.

Список використаних джерел:

1. Жук А. Відновлення становища, яке існувало до порушення права, як ефективний спосіб захисту: розмежування адміністративної юрисдикції від цивільної і господарської. *Актуальні проблеми правознавства*. Випуск 3 (15). 2018 р. URL: http://dspace.wunu.edu.ua /bitstream/316497/31240/1/%D0%96%D1%83%D0%BA.pdf (дата звернення: 12.12.2020).

2. Рішення Подільського районного суду м. Києва від 27 липня 2015 року у справі № 758/2645/15-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/47757930 (дата звернення: 12.12.2020).

3. Назимов И.А. Восстановление положения, существовавшего до нарушения права, как принцип гражданского законодательства. *Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики*. 2014. № 4 (42). URL: https://www.gramota.net/articles/issn_1997-292X_2014_4-1_35.pdf (дата звернення: 12.12.2020).

4. Сулейменов М.К. Понятие и способы защиты гражданских прав. 2014. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33100058#pos=5;-112 (дата звернення: 19.12.2020).

5. Алексеев С.С. Общая теория права. Москва, 1981. Т. 1. С. 181.

6. Притика Ю.Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія Юридичні науки*. 2004. Вип. 60–62. С. 17.

7. Назимов И.А. Восстановление положения, существовавшего до нарушения прав участников юридических лиц корпоративного типа : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2014. С. 62.

8. Латыпов Д.Н., Акинфиева В.В. Соотношение способов и целей защиты прав. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2013. № 4 (22). С. 195.

9. Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. Санкт-Петербург : Брокгауз-Ефрон. 1890–1907. URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf /brokgauz_efron/24313/%D0%92%D0%BE%D1%81%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5 (дата звернення: 21.12.2020).

10. Проблемы развития частного права: Сб. ст. к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Под ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. Москва : Статут, 2011. С. 280.

11. Кот О.О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. С. 272.

12. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України. Лист Верховного Суду України від 01.04.2014. URL: https://ips.ligazakon.net/document/VSS00073 (дата звернення: 22.12.2020).

Andriy Zhuk. Restoration of the situation that existed before the violation in the system of the ways of protection of subjective civil rights

The article focuses on determining the place of restoration of the situation that existed before the violation, in the system of ways of protection of subjective civil rights, highlighting the legal features and developing an author's definition of this concept. It is emphasized that any classification of the ways of protection of subjective civil rights is based on the purpose of the method of protection. The circumstances of the effectiveness and appropriateness of the application of the restoration of the situation that existed before the violation as a way of protection of civil rights have been established. It is concluded that the restoration of the situation that existed before the violation belongs to the group of restorative ways of protection of civil

rights, given its focus not only on stopping the violation of subjective civil law and restoring the law, but also to eliminate the negative consequences of such violation by restoration of factual and legal status of legal relations that existed before the violation.

The concepts of "restoration of the right" and "restoration of the situation that existed before the violation" are not identical. In the most general vision, the restoration of the right should be seen as the return to its holder the opportunity to exercise the powers included in its content, which were taken away from him as a result of violation or non-recognition of this right. Restoration of the situation that existed before the violation is the return of the person to the factual and legal state of legal relations that existed before the violation or non-recognition of subjective rights, as if this violation or non-recognition did not occur at all, which in turn leads to the opportunity to realize the subjective right. Therefore, the restoration of the right and the restoration of the situation that existed before the violation should be seen as a goal and a means to achieve it. The independent place of restoration of the situation that existed before the violation in the system of the ways of protection of subjective civil rights is substantiated, taking into account: a) specificity of legal results that a person tries to achieve in the process of protection of his violated right by the restoration of the factual and legal status of the relations that existed before the violation; b) repeated reference in the provisions of civil legislation to the restoration of the situation that existed before the violation, in the context of the exercise by persons of protection of their violated rights; c) the widespread use of the restoration of the situation that existed before the violation, as a way to protect rights in a variety of categories of cases.

Key words: subjective right, restoration of the situation that existed before the violation, ways of protection, termination of the violation, restoration of a right, factual status of legal relations, legal status of legal relations.

УДК 347.92
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.03

Олена Захарова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Олексій Єпанчінцев,
аспірант кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ СПРОЩЕНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті розглядаються питання визначення поняття та сутності спрощеного позовного провадження. Автори досліджують поняття та сутність спрощеного позовного провадження, які покладені законодавцем в основу нормативного регулювання цього процесуального інституту. Автори досліджують поняття та сутність спрощеного позовного провадження з урахуванням наукових дискусій, які присвячені як загальним питанням теорії цивільного процесу щодо позовного провадження, так і особливостям спрощеного позовного провадження.

Здійснено аналіз чинного ЦПК України і зроблено висновок, що ним передбачено як прискорені процедури, так і спрощені процедури. Прискорені процедури можуть стосуватися деяких категорій цивільних справ, наприклад справ окремого провадження. Спрощені процедури також визначаються за предметною ознакою спору (малозначні справи, трудові справи та інші). Спрощення процедури в цих категоріях цивільних справ означає, що не проводиться підготовче засідання та не проводяться судові дебати.

Зроблено висновок, що запровадження такої форми позовного провадження, як спрощене позовне провадження, має створити умови для захисту порушених, невизнаних прав свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави у короткі строки.

Зроблено висновок, що спрощене позовне провадження є різновидом позовного провадження і спрямоване на виконання завдань та досягнення мети цивільного судочинства щодо розгляду та вирішення цивільних справ, визначених цивільним процесуальним законодавством за особливою процедурою. Ефективність захисту прав особи має досягатися навіть у разі розгляду та вирішення справи за відсутності сторін на підставі аналізу наявних в справі матеріалів. Зроблено висновок, що це буде призводити до розвантаження судів та суддів та покращить ситуацію щодо строків розгляду справ у цілому. З урахуванням всіх цих факторів відмінність позовного провадження та спрощеного полягає у таких елементах, як складність справи і, як виняток, категорія справи.

Ключові слова: цивільний процес, цивільне процесуальне законодавство, позовне провадження, спрощене позовне провадження, суд, сторони.

Постановка проблеми. Актуальність цієї проблематики зумовлена тим, що є нагальна потреба аналізу та напрацювання науково обґрунтованих пропозицій щодо застосування у практичній площині тих змін, які відбулися у цивільному процесуальному законодавстві у жовтні 2017 року [1], відповідно до яких було запроваджено таку форму розгляду і вирішення цивільних справ, як спрощене позовне провадження. Останнім часом реформа процесуального законодавства в цілому та спрощене позовне провадження, його характерні ознаки, процедура розгляду справ активно дискутуються у науковому середовищі. Слід зазначити, що серед науковців немає єдності у поглядах з багатьох питань, крім того, питання поняття та сутності спрощеного позовного провадження залишаються найбільш відкритими для дослідження.

Наші висновки щодо поняття та сутності спрощеного позовного провадження базуються на тих основах, які покладені законодавцем у нормативне регулювання цього процесуального інституту, тих наявних наукових дискусіях, які присвячені як загальним питанням теорії цивільного процесу щодо позовного провадження, так і спрощеному позовному провадженню зокрема, та враховують загальне теоретико-філософське розу-

© О. Захарова, О. Єпанчінцев, 2021

міння змісту категорій «поняття» та «сутність». Слід зазначити, що у науці цивільного процесу науковці-процесуалісти приділяли увагу проблемам, які пов'язані з процедурами спрощеного судового розгляду. Такі науковці, як В. І. Бобрик, С. В. Васильєв, О. Зуб, В. В. Комаров, С.О. Короєд, Д. Д. Луспеник, Ю. В. Навроцька О.С. Ткачук, О. Угриновська, С.Я. Фурса, М.Й. Штефан., О. О. Штефан та багато інших, у своїх роботах розглядали питання спрощених процедур, але дискусія триває й досі.

Метою статті є дослідження питання поняття та сутності спрощеного позовного провадження.

Виклад основного матеріалу. У філософії категорія «поняття» розкривається, по-перше, як спосіб розуміння та абстрактного уявлення результатів пізнання певної предметної галузі через усвідомлення істотних характеристик її об'єктів; по-друге, як форма мислення, що характеризується відображенням закономірних відношень та властивостей об'єктів у вигляді думки про їхні загальні та спеціальні ознаки [2, с. 497]. У новому тлумачному словнику української мови з лексичної точки зору слово «поняття» також тлумачиться в кількох аспектах. Зокрема, в одному значенні, як і у загально філософському розумінні, воно означає одну з форм мислення, результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності. В іншому – означає розуміння кимсь чого-небудь, що склалося на основі якихось відомостей, власного досвіду; думка про що-небудь, погляд на щось; уявлення, гадка або сукупність поглядів на що-небудь, рівень розуміння чогось [3, с. 566]. Отже, в нашому визначенні спрощеного позовного провадження мають бути відображені найсуттєвіші ознаки цього процесуального інституту.

У визначенні спрощеного позовного провадження насамперед нас цікавить співвідношення загального позовного та спрощеного позовного проваджень. Якщо проаналізувати структуру цивільного процесуального кодексу в редакції 03.10.2017 року, то можна побачити, що Глава 10, якою регулюється процедура, що є предметом нашого дослідження, включена до Розділу III, який має назву «Позовне провадження». Не важко зрозуміти, що за своєю структурою цивільний процес побудований за системою проваджень. Такою ж структура процесу була і до реформування 2017 р. Аналізуючи структуру цивільного процесу за ЦПК України 2004 р., В. В. Комаров звертає увагу, що цивільне судочинство є системою проваджень – позовного, наказного та окремого, провадження у справі до судового розгляду. Далі він вказує, що з урахуванням інстанційної судової системи і процесуальних функцій судів різних інстанцій структурно цивільне судочинство як система складається з апеляційного, касаційного провадження та провадження справ у Верховному Суді України [4, с. 36]. Автор переконливо доводить (і ми в цьому повністю підтримуємо його точку зору), що позовне провадження є основою цивільного судочинства та правосуддя у цивільних справах. В. В. Комаров визначає провадження цивільного процесу як специфічну конструкцію, морфологічну модель розгляду цивільної справи, що відбиває предметну характеристику цивільного судочинства з точки зору матеріально-правової природи справ, що розглядаються, специфіку доказування фактів як юридико-фактологічну основу справи та результатів розгляду справи, які відбиваються у процесуальних актах – документах [4, с. 44].

Як основне провадженням цивільного судочинства, правова природа якого визначається особливостями відповідних матеріальних правовідносин, що характеризуються рівністю суб'єктів, визначають позовне провадження і автори підручника Цивільний процес за редакцією Є. О. Харитонова [5, с. 11]. С. В. Васильєва стверджує, що позовне провадження являє собою провадження по вирішенню спорів про «суб'єктивне право цивільне» і спрямоване на захист порушеного або оспорюваного суб'єктивного цивільного права громадян та організацій [6, с. 117]. На думку С. С. Бичкової, позовне провадження є основним і найпоширенішим видом цивільного судочинства [7, с. 9].

Динамічність життя людини, стрімке зростання кількості справ, які розглядалися у порядку цивільного судочинства, спричинили необхідність запровадження прискорених процедур захисту прав особи. С. В. Васильєв визначає прискорене судочинство як форму відправлення правосуддя по окремих категоріях цивільних справ, за якої для ухвалення рішення достатньою є наявність скороченого складу юридичних фактів і обов'язкових процесуальних дій [6, с. 212].

До прийняття ЦПК України 18 березня 2004 року у теорії цивільного процесу існували підходи, згідно з якими структура цивільного судочинства складалася зі стадій. Як зазначав М. Й. Штефан, стадії характеризувалися сукупністю процесуальних правовідносин і дій, об'єднаних найближчою метою [8, с. 30]. В. В. Комаров також звертав увагу на те, що під стадією слід розуміти сукупність процесуальних

дій суду, учасників процесу, спрямованих на певну процесуальну мету (порушення справи, підготовка справи до судового розгляду та ін.) [4, с. 44].

О. О. Захарова вказувала на те, що стадії як елемент правозастосовного процесу являють собою взаємопов'язані та послідовні етапи процесуальної діяльності, які розкривають зміст кожного з етапів провадження. Стадійність цивільного процесу відображає внутрішній взаємозв'язок, проходження одного етапу процесу та здійснення при цьому необхідних і допустимих процесуальних дій.

Далі автор констатує, що кожне провадження, як правило, незалежно від виду судочинства, має такі стадії 1) аналіз фактичних обставин випадку, що розглядається, до якого слід застосувати норму; 2) вибір правової норми; 3) тлумачення норми права стосовно випадку, що розглядається; 4) видання акта застосування вибраної норми; 5) здійснення фактичних дій щодо забезпечення реалізації акта застосування норми; 6) перевірка та контроль за фактичним виконанням акта застосування норми права [9, с. 120]. У цьому сенсі можна зробити попередній висновок, що спрощене позовне провадження є похідним від загального позовного провадження і йому притаманні більшість стадій, які є обов'язковими у загальному позовному провадженні.

Якщо звернутись до сутнісної характеристики спрощеного позовного провадження, то передусім звертає на себе увагу загальне філософське розуміння категорії «сутність», спрямованої на позначення внутрішньої сукупності істотних властивостей предмета [2, с. 623], тобто головне, визначальне в предметі, що зумовлене глибинними зв'язками й тенденціями розвитку і пізнається на рівні теоретичного мислення. Лексичне значення слова «сутність» тлумачиться як найголовніше, основне, істотне в кому-, чому-небудь; зміст [3, с. 462].

Ще напередодні змін до цивільного процесуального законодавства, розмірковуючи про сутність спрощеного цивільного судочинства, О. С. Ткачук вказував на те, чому виникають складності у визначенні поняття «спрощене провадження». Він звертав увагу на хибність ототожнення «спрощення процедури» із «прискоренням процедури» і виокремлював два чинники, які ускладнюють підходи до визначення: 1) наявність значної кількості різнорідних процедур у цивільному судочинстві, що мають автентичну специфіку в національних процедурах; 2) неоднозначність термінології, що застосовується для дослідження цього феномена. В основу його висновків покладені підходи, що застосовуються у рамках Ради Європи, відповідно до яких одним зі способів покращення здійснення правосуддя у розумні строки зі збереженням якості рішень є прискорені провадження, спрямовані на кращу відповідність потребам осіб, які звертаються до суду, і спрощені, або примирні, процедури, розраховані на розгляд простих або безспірних справ. Прискорені провадження стосуються невідкладних питань і пов'язані із: запобіганням безпосередній небезпеці або непоправній шкоді заявнику; забезпеченням доказів; трудовими спорами; справами щодо шлюбних відносин, аліментних зобов'язань; справами, пов'язаними із захистом прав дітей, та ін. Спрощені ж процедури є менш витратними, а процес ухвалення рішень щодо них коротший [10]. Далі науковець зазначає, що за даними CEPEJ, спрощені провадження бувають різних видів (ухвалення рішення одноособово суддею або без проведення судового засідання, або проведення судового засідання у кабінеті судді та ін.).

В іншій своїй роботі науковець вказує на напрями спрощення судових процедур. Він, зокрема, називає удосконалення цивільного судочинства шляхом оптимізації етапів, строків судового провадження у цивільних справах, порядку залучення учасників цивільного процесу до розгляду конкретної справи та зменшення кількості процесуальних дій у межах такого розгляду, а також спрощені судові процедури як форму цивільного судового процесу, яка характеризується визначеним ЦПК України особливим порядком розгляду цивільних справ та прийняттям по них рішення [11, с. 21].

Якщо проаналізувати чинний ЦПК України щодо позовного провадження та процедуру спрощеного позовного провадження, окремого провадження, то ми побачимо, що ним передбачено як прискорені процедури, так і спрощені процедури. Прискорені процедури можуть стосуватися деяких категорій цивільних справ, наприклад справ окремого провадження (про примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу, про розкриття банком інформації, яка містить банківську таємницю, про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку). Спрощені процедури також визначаються за предметною ознакою спору (малозначні справи, трудові справи та будь-які інші, за винятком справ, зазначених у ч. 4 ст. 274 ЦПК України). Спрощення процедури в цих категоріях цивільних справ означає, що не проводиться підготовче засідання та не проводяться судові дебати (ч. 3, 8 ст. 279 ЦПК

України). Ми знов доходимо висновку, що беззаперечним є той факт, що позовне провадження є першоосновою для спрощеного позовного провадження.

Спрощене позовне провадження – це різновид позовного провадження, спрямований на виконання завдань та досягнення мети цивільного судочинства щодо розгляду та вирішення цивільних справ, визначених цивільним процесуальним законодавством за особливою процедурою. Особливість процедури полягає у зменшенні етапів (стадій) справи у суді та оптимізації самого судового розгляду. Так у спрощеному позовному провадженні, як ми вже зазначали, не проводиться підготовче засідання та не проводяться судові дебати (ч. 3, 8 ст. 279 ЦПК України).

За даними судової статистики, майже третина цивільних справ розглядається за правилами спрощеного позовного провадження. Так, тільки згідно з даними, наданими місцевими судами м. Харкова і Харківської області за період з 15.12.2017 року по 01.07.2018 року, у судах першої інстанції м. Харкова і Харківської області розглянуто 6 237 справ у порядку спрощеного позовного провадження, що становить 27,09 % від загальної кількості розглянутих справ (23 023 справи). Також розглянуто 6 100 малозначних справ, 137 справ у трудових правовідносинах. У 1 172 справах про спрощену процедуру розгляду заявлено клопотання позивачем [12]. Така інформація свідчить про затребуваність цих процедур. Виникає тільки питання: чи є вони ефективними щодо виконання завдань та особливо мети цивільного судочинства стосовно захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Незважаючи на наявність наукової дискусії стосовно сутності, характерних ознак, процедури розгляду та вирішення справ спрощеного позовного провадження, науковці дуже обережно висловлюються стосовно саме визначення поняття цього процесуального інституту. О. Ю. Зуб визначив спрощене провадження як специфічну, додаткову форму розгляду й вирішення цивільних справ, яка ґрунтується на добровільному підході в його застосуванні, характеризується усіченим складом процесуальних правил у порівнянні із загальним порядком розгляду цивільних справ та закінчується постановленням особливого судового рішення [13, с. 66].

Майже однаковий підхід до визначення спрощеного позовного провадження запропоновано А. Колос. Але вона додатково вказує на те, що ця форма розгляду цивільних справ має певні процесуальні правила, відмінні від загального порядку розгляду цивільних справ. Загальними підставами застосування спрощених проваджень слід вважати безспірність вимог чи малозначність справ, що і породжують їхні особливості, такі як: 1) відсутність потреби у присутності сторін, оскільки документи, що подаються як підтвердження заявлених вимог, є строго у письмовій формі; 2) відсутність потреби у проведенні судового засідання, в тому числі підготовчого; 3) незначна вартість. Усі ці особливості спрощених форм проваджень сприяють оптимізації цивільного судочинства. Вона виділяє такі основні ознаки спрощеного судового провадження у цивільному процесі: 1) особлива процесуальна форма, що зумовлена потребами оптимізації цивільного судочинства; 2) добровільність застосування зацікавленими особами; 3) передбачені процесуальним законодавством два особливі критерії допуску даних спорів до розгляду в спрощеному провадженні: безспірність вимог або малозначність справи; 4) спеціальний режим застосування доказів (документарне провадження, неможливість застосування інституту забезпечення доказів тощо); 5) особливий порядок перегляду судових рішень, що приймаються за результатами розгляду справи за спрощеною процедурою [14, 35].

Висновки

Запровадження такої форми позовного провадження, як спрощене позовне провадження, має створити умови для захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави у коротші строки. Ефективність захисту має досягатися навіть у разі розгляду та вирішення справи за відсутності сторін на підставі аналізу наявних у справі матеріалів, що буде призводити до розвантаження судів та суддів і створювати позитивну динаміку щодо строків розгляду справ в цілому. З урахуванням всіх цих факторів відмінність позовного провадження та спрощеного полягає у таких елементах, як складність справи і, як виняток, категорія справи. На підставі всього вище наведеного ми можемо зробити висновок, що спрощене позовне провадження – це така форма позовного провадження, яка спрямована на виконання завдань та досягнення мети цивільного судочинства щодо розгляду та вирішення окремих категорій цивільних справ, визначених цивільним процесуальним законодавством за скороченою процедурою у розумні строки.

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13 (дата звернення: 02.01.2021).
2. Філософський енциклопедичний словник. Київ: Абрис, 2002. 744 с.
3. Новий тлумачний словник української мови : у 4-х томах. Т. 3. Київ.: Видавництво «Аконіт», 1999. 928 с.
4. Комаров В.В. Курс цивільного процесу : підручник/ за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. 1352 с.
5. Цивільний процес України : підручник / за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. Київ : Істина, 2011. 536 с.
6. Васильев С.В. Гражданский процесс: курс лекций. Харьков: Эспада, 2010. 866 с.
7. Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : монографія. Київ : Атіка, 2011. 420 с.
8. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс : підручник. Київ: Ін Юре, 2005. 624 с.
9. Захарова О.С. Відновлення втраченого провадження: порівняльний огляд процесуального законодавства. *National law journal: theory and practice*. 2016. № 6. С. 116-122.
10. Ткачук О.С. Спрощене провадження: правова природа, ознаки, процедура URL: https://zib.com.ua/ua/129257-sproschene_provadzhennya_pravova_priroda_oznaki_procedura.html (дата звернення: 02.01.2021).
11. Ткачук О. Сучасні проблеми і напрямки спрощення судових процедур у цивільному судочинстві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 5. С. 19-24.
12. Узагальнення судової практики по спрощеному позовному провадженню в судах першої інстанції та Апеляційному суді Харківської області URL: https://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag18c11 (дата звернення: 02.01.2021).
13. Зуб О.Ю. Спрощене провадження як модель цивільного судочинства. *Проблеми законності*: 2015. Вип. 131. С. 62-70.
14. Колос А. Теоретичні проблеми спрощеного провадження у цивільному процесі. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 4. С. 32-35.

Olena Zakharova, Oleksiy Epanchintsev. The concept and essence of simplified litigation

The article considers the definition of the concept and essence of simplified litigation. The authors explores the concept and essence of simplified litigation on the basis laid down by the legislator in the regulatory regulation of this procedural institution. The authors explores the concept and essence of simplified litigation, taking into account scientific discussions, which are devoted to both general issues of the theory of civil procedure for litigation and the features of simplified litigation.

An analysis of the current CPC of Ukraine was made and it was concluded that it provides for both accelerated and simplified procedures. Expedited procedures may apply to certain categories of civil cases, such as separate proceedings. Simplified procedures are also determined by the subject matter of the dispute (minor cases, labor cases, etc.). Simplification of the procedure in these categories of civil cases means that there is no preparatory hearing and no court debate.

It is concluded that the introduction of such a form of litigation as simplified litigation should create conditions for the protection of violated, unrecognized rights, freedoms or interests of individuals, rights and interests of legal entities, the interests of the state in the short term.

It is concluded that the simplified claim proceedings are a kind of claim proceedings and are aimed at fulfilling the tasks and achieving the goal of civil proceedings in considering and resolving civil cases defined by civil procedural law under a special procedure. The effectiveness of the protection of individual rights should be achieved even when considering and resolving the case in the absence of the parties on the basis of analysis of the materials available in the case. It is concluded that this will lead to the unloading of courts and judges and will improve the situation regarding the terms of consideration of cases as a whole. Taking into account all these factors, the difference between litigation and summary proceedings lies in such elements as the complexity of the case and, as an exception, the category of the case.

Key words: civil process, civil procedural legislation, claim proceedings, simplified claim proceedings, court, parties.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.04

Любов Зубкова,
канд. юрид. наук,
Національна академія внутрішніх справ

Станіслав Клімовський,
канд. юрид. наук,
віце-президент
Асоціації з підтримки науки та інновацій

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНОЇ ПРИРОДИ «РОЗУМНИХ» ДОГОВОРІВ (З АНГЛ. SMART CONTRACT)

Метою статті є формулювання поняття розумних договорів як специфічної форми договорів на підставі аналізу їх юридичної природи та специфіки використання. У статті авторами проведено дослідження юридичної природи «розумних договорів» (з анг. «smart contract») як новітнього інструменту договірних відносин з використання криптовалют. Загальна тенденція щодо роботизації та автоматизації все більшої сфери суспільного життя, а також безпечність та надійність цього виду договорів, точність визначення умов, незалежність та беззастережність виконання (самовиконання та контролю за виконанням умов сторонами), актуалізує питання все більшого застосування розумних контрактів в електронному банкінгу, а також розширення сфери договірних відносин, де він може застосовуватись. За допомогою методів юридичного аналізу, синтезу та дедукції авторами було запропоновано понятійне визначення розумних договорів як криптографічного протоколу трансакцій, який містить та виконує умови договору, тобто укладений (створений та (або) підписаний сторонами) з метою настання визначених у ньому правових наслідків та самостійно виконує та (або) здійснює контроль за таким виконанням в електронному середовищі. Сферами використання розумних договорів визначено: абонентські договори; договори страхування; договори про використання об'єктів права інтелектуальної власності та суміжних прав; договори про надання фінансових послуг; договори парі та інші ризикові правочини; договори спільної діяльності; договори оренди нерухомого майна і транспортних засобів та інші правочини, виконання яких може бути забезпечене електронними засобами, пов'язаними з програмою самого розумного контракту. Авторами визначено перспективні напрями досліджень із розглянутої тематики, зокрема: теоретико-практичний аналіз використання розумних договорів у різних формах договірних відносин; теоретичне дослідження співвідношення розумних договорів із суміжними формами договорів; дослідження розумних договорів, створених на основі різних форм програмного забезпечення; дослідження виконання (самовиконання) розумних договорів та форм і технічних засобів такого здійснення та інші аспекти їх застосування.

Ключові слова: криптовалюта, електронний договір, автоматизоване виконання договору, самовиконання договору.

Постановка проблеми. У середині 70-х років минулого сторіччя з'явилися концепція щодо автоматизації певних ринкових відносин (зокрема, аукціонів) за допомогою обчислювальних машин (Bernardo, 988) [1], разом із тим втілення та подальший розвиток цієї концепції відбулися з впровадженням новітніх інформаційних технологій, а саме появою та поширенням мережі Інтернет та удосконаленням мов програмування.

Саме поняття «розумний контракт» було запропоновано американським вченим Ніком Сабо у 1994 році як комп'ютеризований протокол транзакцій, який виконує умови контракту. Як зазначив вчений, загальні цілі такого протоколу мають задовольняти загальні договірні умови (наприклад, умови оплати, забезпечення, конфіденційності і навіть примусу), звести до мінімуму винятки як шкідливі і випадкові і звести до мінімуму потребу в надійних посередниках. Пов'язані економічні цілі включають зниження втрат від шахрайства, арбітражів і витрат органів, а також інші операційні витрати щодо укладання та виконання договору (Tuesta & other, 2015) (Sabo, 1996) [2; 3].

Безпосередньою передумовою виникнення розумних контрактів стало створення криптовалют, які дозволили запровадити електронні платежі та безпосередньо переда-

© Л. Зубкова, С. Клімовський, 2021

вати значення вартості в розумних контрактах. Відповідно, платформи, які застосовують криптовалюти на основі системі бітчейну, є рушійною силою розвитку та подальшого поширення розумних контрактів та ринку криптовалют у цілому.

Коротко розглядаючи питання криптовалют, які необхідні для функціонування розумних контрактів, слід зазначити, що натепер найбільш поширеною є біткойн, створений у 2009 році анонімним програмістом з Австралії [4]. Враховуючи практичність криптовалют та запит на них з боку як електронної комерції, так і фінансових інститутів, натепер наявна ціла низка криптовалют, створених на загальній технології функціонування біткойну та інфраструктура з їх використання (зокрема, електронні майданчики з обміну криптовалют на національні грошові одиниці, сфера фінансових послуг (надання кредитів у криптовалюті, депозитні рахунки тощо), електронні майданчики з аукціонного продажу криптовалют тощо). Однак, незважаючи на надзвичайну капіталізацію ринку криптовалюти та прогресивне розширення сфери її використання, ця сфера лишається мало регульованою, або, якщо бути точним, не регульованою нормами права. Зокрема, в Україні щодо регулювання крипто валюти є тільки одне роз'яснення НБУ від 10.11.2014, в якому НБУ прирівняв біткойн до грошових сурогатів та не рекомендував його використовувати [5]. Водночас позиція НБУ викликала численну критику з боку юридичної спільноти як щодо самого прирівняння (позаяк криптовалюти не є грошовим сурогатом за суттю поняття, викладеного у ЗУ «Про Національний Банк», оскільки не є документом у вигляді грошового знаку (ст. 1), так і практики у розвинених країнах (Норвегія, Німеччина, США, Франція, Швейцарія, Канада тощо), де криптовалюта визначається здебільшого як фінансовий інструмент, хоча в певних країнах, зокрема Японії, – як грошова одиниця [6]. Разом із тим позиція НБУ не припинила використання та поширення криптовалют в Україні [7; 8], окрім того, участь представників у конференціях з розвитку криптовалют вказує на подальшу зміну позиції регулятора [9].

Тому розумні контракти, як новітній інструмент договірних відносин з використання криптовалют, перебуває на стадії активного розвитку. До того ж загальна тенденція щодо роботизації та автоматизації все більшої сфери суспільного життя актуалізує питання застосування розумних контрактів в електронному банкінгу, а також розширення сфери договірних відносин, де він може застосовуватись.

Розгляд досліджень із розглянутої тематики. Теоретичне обґрунтування розумних договорів почалося з праць Девіда Чаума та більш характеризовано Ніком Сабо як формалізації договірних відносин у цифровому форматі на підставі чіткої логіки та використання штучного інтелекту. Новим етапом розвитку концепції розумних договорів став період створення та використання криптовалют. Цікавими є дослідження таких вчених, як Max Raskin, Satoshi Nakamoto, Christopher D. Clack, Josh Stark, Anthony D'Amato, David Yermack, David Wu, Don Tapscott, Alex Tapscott та інші. В Україні питання розумних договорів не досліджені, але їх розглядав у своїй праці О. А. Баранов, а в російськомовних країнах – А. І. Савельєв, Д. М. Ромашевська, Е. Е. Шарзалієва, І. О. Полешкіна та інші, зокрема, доволі багато досліджень щодо розумних договорів проведені в аспекті аналізу ролі, форм та способів використання криптовалют, зокрема біткоїну.

Метою дослідження є формулювання поняття розумних договорів як специфічної форми договорів на підставі аналізу їх юридичної природи та специфіки використання.

Методологія даного дослідження базується на методах теоретичного аналізу та синтезу, порівняння наявних досліджень щодо юридичної природи розумних договорів. На підставі аналізу та спостереження авторами охарактеризовано сфери застосування розумних договорів та на базі моделювання і прогнозування визначено перспективи розвитку нормативного регулювання цієї договірної форми.

Виклад основного матеріалу. Принцип та механізм роботи розумних контрактів викликають надзвичайний юридичний інтерес, і, хоча певними програмістами висловлюється ідея, що розумний контракт є програмним забезпеченням та не є правовим терміном [10], з цим погодитися не можна, оскільки розумний контракт підпадає під загальноприйняте визначення договору, сприяє грошово-товарному обороту і має реальні матеріальні наслідки для сторін. При цьому слід зробити застереження, що розумний контракт необхідно прирівнювати до договору в класичному юридичному розумінні, якщо він використовується як інструмент договірних відносин, однак, якщо розумний контракт використовується як інструмент організації платежів (наприклад, для сплати податків) та не містить

ознак договору в класичному розумінні, його слід вважати виключно як об'єкт авторського права – програмне забезпечення.

Тому слід не тільки погодитися з думкою, що до розробки протоколів розумних контрактів слід залучати юристів [11], але й віднести розумні контракти до класичного поняття договорів за умови відповідності загальним ознакам договору.

При цьому розумні контракти мають низку переваг перед звичайними договорами, запропонованими договірним правом, зокрема, слід зазначити такі:

1) надійність, яка полягає в створенні розумного контракту криптографічною мовою програмування та кодуванням підписів сторін; можливості зберігання на кількох серверах тощо;

2) зменшення витрат на зберігання порівняно з класичними контрактами;

3) збільшення рівня довіри між сторонами, що переважно полягає в зменшенні людського фактору під час виконання договорів;

4) оптимізація часу на укладення сторонами – фактично розумні контракти можуть бути вже написаними кодами, доступними на персональних комп'ютерах сторін;

5) гнучкість – розумні контракти можна підлаштовувати під широке коло відносин, при цьому сторони можуть індивідуалізувати умови, закладені в протокол розумного контракту, та підлаштовувати під конкретні умови;

6) мінімізація ризику виникнення спорів – враховуючи чітку логічність мови контрактів та відсутність людського фактору під час виконання розумного контракту, зменшується вірогідність виникнення спорів;

7) чіткість контролю за виконанням, що полягає передусім у відсутності людського фактору у виконанні розумного договору та автоматичному контролі за здійсненням такого виконання (зокрема, визначаючи місцезнаходження вантажу при GPS контролі тощо.)

Хоча розумний контракт викладено в електронній формі, він має низку особливостей, що виділяють його в окрему групу, якщо не специфічну форму договірних відносин.

Так, можна визначити такі особливості:

1) форма електронного контракту: електронний контракт – це протокол транзакцій, тобто програма, створена однією або кількома мовами програмування та кодування з можливим виведенням умов контракту на спеціальний інтерфейс (для зручності підписантів);

2) специфічність умов електронного контракту, які мають виражатися в математичних знаках, що можуть зчитуватися обчислювальними машинами. Окрім того, характерною є сама мова викладення розумного контракту, яка базується на виключній логічності та причинно-наслідковому зв'язку;

3) специфічність середовища розумного контракту, яке має бути виключно в електронній формі, достовірність вихідних кодів інформації та досяжність розумного контракту.

4) специфічність виконання розумного контракту – розумний контракт самостійно виконує свої умови, повністю або частково, причому таке виконання здійснюється без участі людини. Разом із тим умови виконання розумних договорів мають бути детально прописані в програмі договору у вигляді інструкції з послідовних логічних зав'язків;

5) сторони електронного контракту – сторони електронного контракту повинні мати обов'язкову електронну ідентифікацію – електронний підпис, водночас електронний підпис сторін розумного контракт, може бути і в іншій формі, ніж визначено Законом України «Про електронний підпис»;

6) специфічність предмета розумного контракту – предметом розумного контракту має бути об'єкт, який знаходиться в середовищі існування вказаного контракту або доступ до якого має бути забезпечено для розумного контракту без участі людини; як зазначається, вказаний аспект розумного контракту був найбільш складний у реалізації концепції розумного контракту до 2009 року, коли були вперше застосовані криптовалюти [12].

Тому, узагальнюючи особливості розумних договорів, їх можна визначити як криптографічний протокол трансакцій, який містить та виконує умови договору, тобто укладений (створений та (або) підписаний сторонами) з метою настання визначених у ньому правових наслідків та самостійно виконує та (або) здійснює контроль за таким виконанням в електронному середовищі.

Зосереджуючи увагу на формі розумного контракту, слід зазначити, що специфіка укладення розумних контрактів та виконання транзакції через криптографічні протоколи та інші механізми цифрової безпеки можуть бути чинниками значного поліпшення порівняно з традиційними формами договорів, визначеними договірним правом.

Зокрема, група дослідників, представником якої є Марк Міллер, висунула на перший план питання захисту і безпеки під

час укладення та програмування розумних договорів, що підкреслює інтерес до криптографічних протоколів для захисту конфіденційності криптовалют, ідентифікативної інформації про сторін та електронного підпису договорів [13].

Мова викладення розумного контракту характеризується чіткою послідовністю та логічністю, яка повинна мати, окрім зазначеного. і математичне вираження. Так, розумний контракт має передусім зчитуватись обчислювальними машинами. Слід звернути увагу на дослідження Ніко Само «Формальна мова для аналізу контрактів», опубліковане у 2002 році, де автор на прикладі ф'ючерсних контрактів, договору страхування та інших описує можливість використання логічної формальної мови, яка зчитується обчислювальними машинами, для укладання контрактів.

Протокол, який являє собою розумний контракт, в інформатиці є послідовністю повідомлень щонайменше між двома комп'ютерами. На більш високому рівні узагальнення протокол складається з алгоритмів, сполучених за допомогою повідомлень. Протоколи розумних контрактів складаються різноманітними мовами програмування, при цьому, як правило, безпосередні користувачі не можуть читати сам протокол розумного контракту, тому для зручності фізичних осіб-користувачів інформація про умови договору, яка міститься у протоколі контракту, може виводитися на спеціальний інтерфейс або надаватися у вигляді інструкції тощо. Разом із тим мова протоколу має мати логічний послідовний характер, викладатися повною мірою та не мати подвійного тлумачення [14].

Сфера застосування розумних контрактів. Нині сфери застосування розумних контрактів визначаються передусім специфікою середовища, в якому вони існують, тому сьогодні надзвичайно актуальними є проекти створення децентралізованого електронного середовища, як приклад варто відзначити проект Ethereum [15]. Також варто зазначити технологічні рішення, зокрема sidechain [16], здатні працювати з будь-якою цифровою валютою, що використовує технологію блокчейн та дозволяє використовувати розумні контракти. Поява даних середовищ створила умови для розширення сфери застосування розумних контрактів та привертає увагу не тільки наукової спільноти, а й фінансових інституцій, які здійснюють мільйонні інвестиції для розвитку цих платформ.

Створені електронні середовища дозволяють використовувати розумні договори в таких напрямах, як:

1. Абонентські договори. Так, розумний контракт може самостійно списувати кошти з рахунку абонента для погашення абонентських платежів, при цьому дозволить уникнути додаткових витрат на здійснення транзакцій за таймером, збільшить безпеку завдяки відсутності необхідності зберігати дані платіжного рахунку абонента на сторонніх серверах, а також дасть можливість значно поліпшити умови надання абонентських послуг, наприклад, розумний контракт може самостійно здійснювати контроль за якістю надання деяких абонентських послуг (контролювати якість інтернет-трафіку, телевізійного зв'язку тощо).

2. Договори страхування. Даний вид розумного контракту вимагає деталізації усіх умов договору страхування у протоколі. Укладений між страховиком та страхувальником розумний контракт має самостійно контролювати час сплати страхувальником стразових внесків та їх розмір, при цьому страховик може автоматизувати таку сплату – розумний контракт може самостійно списувати кошти з рахунку страховика для сплати страхових платежів. Більш складна ситуація відбудеться у разі настання страхового випадку, оскільки інформацію щодо нього та розмірів страхової шкоди необхідно подати у вигляді, який може зчитуватись розумним договором, при цьому медичні установи тощо можуть бути залучені як треті особи у розумному контракті та надавати інформацію щодо страхових випадків до загальної бази даних. Відповідно, розумний договір може самостійно здійснювати страхові відшкодування особам. Отже, використання розумних договорів у страхуванні є важливим перспективним напрямом та дозволить спростити порядок надання страхових послуг, як і підвищити рівень довіри між сторонами.

3. Договори про використання об'єктів права інтелектуальної власності та суміжних прав. Так, розумні договори можуть самостійно, відповідно до передбачених умов, здійснювати підрахунок необхідного для сплати виконавцеві роялті чи авторської винагороди та, відповідно, сплачувати такі платежі у визначений договором час тощо.

4. Договори про надання фінансових послуг. Враховуючи надзвичайний інтерес до криптовалют з боку фінансових інституцій, саме цей тип договорів найшвидше розвивається у формі розумних договорів, у вигляді яких можна укладати кредитні договори, договори депозитного розміщення коштів (у вигляді криптовалюти), обміну коштів тощо.

5. Договори парі та інші ризикові правочини. Найбільш класичним прикладом

розумного договору є саме договір парі, за яким дві сторони прогнозують результати певної спортивної події та, відповідно, укладають розумний договір. При цьому договір самостійно перевіряє результати спортивної події через бази даних, які містяться в Інтернеті та за результатом такого аналізу самостійно робить розрахунок між сторонами. Використання розумних договорів для реалізації договірних відносин з парі дозволить підвищити рівень довіри між учасниками таких відносин та зменшити вірогідність шахрайства.

6. Договори спільної діяльності. Реалізація цього типу договірних відносин на базі розумного контракту дозволить відповідно до закладених у розумному договорі умов здійснювати автоматичні розрахунки прибутку від спільної діяльності та безпосередньо перераховувати кошти учасникам такої діяльності.

7. Договори оренди нерухомого майна та транспортних засобів. Можливість укладення таких договорів за допомогою розумних контрактів наводиться у низці статей. Однак для повної реалізації контролю за виконанням такого договору необхідна низка умов, зокрема, об'єкт нерухомості (або автомобіль) має бути оснащений електронними замками (блокуванням). Так, розумний контракт, відповідно до закладених у протокол умов, забезпечуватиме своєчасність надходження орендної плати (або самостійно списуватиме кошти з рахунку орендаря), при цьому у разі порушення умов оплати чи інших умов, передбачених договором, розумний контракт може самостійно блокувати об'єкт нерухомості (автомобіль).

Безперечно, враховуючи новизну втілення концепції розумного контракту в життя та важкість сприйняття юридичною думкою, що зумовлюється необхідністю володіння, окрім юридичних знань, навичками та розумінням програмування, ця проблематика лишається надзвичайно актуальною та недослідженою, потребує спільного дослідження як фахівців з правових наук, так і вчених у галузі інформаційних технологій.

Водночас необхідність юридичного аналізу розумних контрактів як нової форми договірних відносин є важливою для розуміння еволюції договірного права та створення науково обґрунтованих пропозицій з нормативного регулювання договірних відносин, які здійснюються у їх формі.

Висновки

Розумний договір (інтелектуальний договір) – криптографічний протокол трансакцій, який містить та виконує умови договору, тобто укладений (створений та (або) підписаний сторонами) з метою настання визначених у ньому правових наслідків та самостійно виконує та (або) здійснює контроль за таким виконанням в електронному середовищі.

Сферами використання розумних договорів є: абонентські договори; договори страхування; договори про використання об'єктів права інтелектуальної власності та суміжних прав; договори про надання фінансових послуг; договори парі та інші ризикові правочини; договори спільної діяльності; договори оренди нерухомого майна і транспортних засобів та інші правочини, виконання яких може бути забезпечене електронними засобами, пов'язаними з програмою самого розумного контракту.

Можна визначити такі напрями подальшого дослідження: наукове опрацювання нормативних пропозицій щодо регулювання укладення розумних договорів; теоретико-практичний аналіз використання розумних договорів у різних формах договірних відносин; теоретичне дослідження співвідношення розумних договорів із суміжними формами договорів; дослідження розумних договорів, створених на основі різних форм програмного забезпечення; дослідження виконання (самовиконання) розумних договорів та форм і технічних засобів такого здійснення та інші аспекти.

Список використаних джерел:

1. Bernardo, A. Huberman, The Ecology of computation, 1988.

2. Tuesta, D. & others. Smart contract : the ultimate automation of trust, October 2015. URL: https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2015/10/Digital_Economy_Outlook_Oct15_Cap1.pdf. (дата звернення: 02.12.2020).

3. Nick Szabo, The Idea of Smart Contracts. URL: http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html. (дата звернення: 02.12.2020).

4. Bitcoin Virtual Currency: Unique Features Present Distinct Challenges for Deterring Illicit Activity – звіт ФБР США щодо криптовалюти Біткоїн. URL: http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/05/Bitcoin-FBI.pdf. (дата звернення: 03.12.2020).

5. Роз'яснення щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin від 10.11.2014. / Національний банк України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0435500-14#Text (дата звернення: 12.12.2020).

6. Legality of bitcoin by country. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Legality_of_bitcoin_by_country (дата звернення: 12.12.2020).

7. Bitcoin по Украине: где можно рассчитаться криптовалютой. URL: http://biz.liga.

net/all/all/stati/3046543-bitcoin-i-ukraina-gde-mozhno-rasschitatsya-kriptovalyutoy.htm. (дата звернення: 02.12.2020).

8. Bitcoin в Украине: кто заработает на мировом скачке криптовалюты. URL: http://biz.liga.net/all/it/stati/3412100-bitcoin-v-ukraine-kto-zarabotaet-na-mirovom-skachke-kriptovalyuty.htm. (дата звернення: 02.12.2020).

9. НБУ дає зелене світло розвитку Bitcoin в Україні. URL: http://news.finance.ua/ua/news/-/359616/nbu-daye-zelene-svitlo-rozvytku-bitcoin-v-ukrayini. (дата звернення: 08.12.2020).

10. Buterin Vitalik, A next generation smart contracts and decentralized application platform. URL: https://www.weusecoins.com/assets/pdf/library/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf. (дата звернення: 02.12.2020).

11. Richard Howlett, A Lawyer's Perspective: Can Smart Contracts Exist Outside the Legal Structure? 11.07.2016. URL: https://bitcoinmagazine.com/articles/a-lawyer-s-perspective-can-smart-contracts-exist-outside-the-legal-structure-1468263134. (дата звернення: 12.12.2020).

12. Сергей Ноншаков. Умные контракты помогут государствам принять криптовалюты. URL: http://bitfork-develop.com/ru/умные-контракты-помогут-государства.

13. Mark S. Miller, Tom Van Cutsem, Bill Tulloh, Distributed Electronic Rights in JavaScript, ESOP'13 22nd European Symposium on Programming, Springer (2013). URL: https://research.google.com/pubs/pub40673.html. (дата звернення: 02.12.2020).

14. Nick Szabo. A Formal Language for Analyzing Contracts, 2002. URL: http://szabo.best.vwh.net/contractlanguage.html (дата звернення: 02.12.2020).

15. Buterin Vitalik, A next generation smart contracts and decentralized application platform. URL: https://www.weusecoins.com/assets/pdf/library/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf (дата звернення: 02.12.2020).

16. Blockchain et sidechains, 09.11.2014. URL: https://bitcoin.fr/blockchain-et-sidechains/ (дата звернення: 02.12.2020).

17. Max Raskin (2017) THE LAW AND LEGALITY OF SMART CONTRACTS CITE AS: 1 GEO. L. TECH. REV. 305 (2017). URL: https://perma.cc/673G-3ANE (дата звернення: 02.12.2020).

18. Максимов К.В. (2020) Правовые аспекты реализации алгоритма смарт-контракта. *Российская наука: актуальные исследования и разработки* : сборник научных статей IX Всероссийской научно-практической конференции. Самара: Издательство Самарского государственного экономического университета, 2020. С. 640-643.

19. Баранов О.А. Інтернет речей (IoT): правові проблеми застосування розумних контрактів. *Інформація і право*. 2017. № 4(23). Ст. 26-40.

20. Камалян В.М. Понятие и правовые особенности смарт-контрактов. *Юрист*. 2019. № 4. С. 20-27.

21. Шайдуллина В.К. К вопросу о правовой природе смарт-контракта. *Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право»*. 2020. № 6. С. 206-210.

Liubov Zubkova, Stanislav Klimovskyi. To the concept of the study of the legal nature of "smart contracts"

The purpose of the article is to formulate the concept of reasonable contracts as a specific form of contracts based on an analysis of their legal nature and specifics of use. In the article, the authors conducted a study of the legal nature of "smart contracts", as the latest tool of contractual relations for the use of cryptocurrencies. The general trend of robotization and automation of a growing sphere of public life, as well as the safe reliability of this type of contract, the accuracy of conditions, independence and unconditional execution (self-execution and control over the parties), raises the issue of increasing the use of smart contracts in e-banking. also expanding the scope of contractual relations, where it can be applied. On the new use of methods of legal analysis, synthesis and deduction, the authors proposed a conceptual definition of reasonable contracts as a cryptographic transaction protocol that contains and fulfills the terms of the contract, ie concluded (created and (or) signed by the parties) in order to have legal consequences. and independently performs and (or) monitors such performance in the electronic environment. Areas of use of smart contracts are defined: subscriber contracts; insurance contracts; agreements on the use of objects of intellectual property rights and related rights; financial services agreements; betting agreements and other risky transactions; joint activity agreements; leases of real estate and transport and other transactions, the performance of which can be secured by electronic means related to the program of the most reasonable contract. The authors identify promising areas of research on the subject, in particular, theoretical and practical analysis of the use of reasonable contracts in various forms of contractual relations; theoretical study of the relationship of reasonable contracts with related forms of contracts; research of smart contracts created on the basis of various forms of software; study of the implementation (self-implementation) of reasonable agreements and forms and technical means of such implementation and other aspects of their application.

Key words: cryptocurrency, electronic contract, automated contract execution, contract self-fulfillment.

УДК 347.511
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.05

Ольга Панченко,
канд. юрид. наук,
фахівець відділу докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ В УКРАЇНІ

Актуальність статті полягає в тому, що еволюція розвитку інституту відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами, також має глибоке історичне коріння. Він пройшов тривалий шлях, починаючи з давньоримських «Законів XII таблиць», де передбачена відповідальність посадових осіб (тобто представників правоохоронних органів), які виносили завідомо незаконний вирок, до чіткого й унормованого законодавства, що регулює це питання, яке ми маємо нині. У його основу покладені дослідження багатьох філософів, учених і науковців, які спільними зусиллями створювали ті основоположні принципи, що проголошують право людини на життя, свободу, особисту недоторканність, судовий захист своїх прав, на відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади та їх посадових і службових осіб. Досліджено еволюцію розвитку інституту відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами, починаючи з давньоримських «Законів XII таблиць», де передбачена відповідальність посадових осіб представникам правоохоронних органів, до унормованого законодавства, яке ми маємо наразі. Розглянуто низку нормативно-правових актів, які регламентували це питання на різних історичних етапах, а саме: «Закони XII таблиць», «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р., «Зібрання малоросійських прав» 1807 р., «Загальне цивільне уложення Австрійської імперії» 1811 р., «Звід законів Російської імперії» 1833 р., Проект цивільного уложення 1905 р., а також відповідні законодавчі акти, які прийняті в Українській СРСР і на теренах незалежної України. На основі проведеного аналізу запропоновано виокремлювати шість основних етапів становлення й розвитку інституту цивільно-правової відповідальності поліцейських в Україні: перший – «Передреволюційний» (1832–1917 рр.); другий – «Нігілістичний» (1917–1922 рр.); третій – «Активне напрацювання нормативно-правової бази» (1922–1961 рр.); четвертий – «Закріплення принципу відповідальності» (1963–1982 рр.); п'ятий – «Розвиток вітчизняного законодавства» (199 –2003 рр.); шостий – «Сучасний» (2003 р. – теперішній час).

Ключові слова: еволюція, відповідальність правоохоронних органів, законодавство, делікт, історичні етапи.

Постановка проблеми. Питання відповідальності за завдану шкоду в цивільних правовідносинах не втрачає своєї актуальності протягом усього періоду розвитку права. Еволюція розвитку інституту відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами, також має глибоке історичне коріння. Він пройшов тривалий шлях, починаючи з давньоримських «Законів XII таблиць», де передбачена відповідальність посадових осіб (тобто представникам правоохоронних органів), які виносили завідомо незаконний вирок, до чіткого й унормованого законодавства, що регулює це питання, яке ми маємо нині. У його основу покладені дослідження багатьох філософів, учених і науковців, які спільними зусиллями створювали ті основоположні принципи, що проголошують право людини на життя, свободу, особисту недоторканність, судовий захист своїх прав, на відшкодування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади та їх посадових і службових осіб.

Питанню деліктної відповідальності загалом та інституту відшкодування шкоди, завданої правоохоронними органами, зокрема присвятили увагу такі вчені, як, наприклад, Л.М. Баранова, А.М. Бєлякова, О.С. Йоффе, О.А. Красавчіков, О.О. Лов'як, І.Б. Протас, Є.О. Суханов, Є.О. Харитонов, М.М. Фролов та інші. Однак окремо історичних етапів становлення й розвитку інституту цивільно-правової відповідальності правоохоронців у роботах науковців не виділено, що й зумовило проведення дослідження.

Відповідно, **метою статті** є визначення історичних етапів становлення та розвитку інституту цивільно-правової відповідальності поліцейських в Україні.

© О. Панченко, 2021

Виклад основного матеріалу. Інститут деліктної відповідальності відомий ще римському праву, де вже існувала ідея про відшкодування шкоди, завданої майновим і немайновим благам, хоча й у дуже загальному вигляді. Зокрема, у «Законах XII таблиць» (збірнику законів, який був важливою кодифікацією римського цивільного права) уже була передбачена відповідальність посадовим особам, які виносили завідомо незаконний вирок. «Невже ти вважатимеш суворим ухвалу закону, що карає стратою того суддю або посередника, які були призначені при судоговоренні (для розгляду справи) і були викриті в тому, що прийняли грошову винагороду у справі?» [1, с. 93]. У нашій державі інститут відповідальності за шкоду, завдану незаконними діями органів дізнання та досудового слідства, також має глибоке історичне коріння. Так, на початку VIII ст. на території Лівобережної України, яка на той час перебувала в складі Російської імперії, діяли норми феодально-кріпосницького права, які знайшли своє відображення у збірнику під назвою «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. (далі – Права) [2]. У пункті 1 арт. 14 гл. 20 цього нормативно-правового акта передбачалася відповідальність за незаконний арешт. Так, особа будь-якого чину та звання, яка сама або з допомогою своїх підданих чи служителів утримувала шляхтича, військового, іншу особу чоловічої або жіночої статі під арештом, морила її голодом, завдавала побоїв чи інших мук, мала сплатити потерпілому 14 руб. 40 коп. за вироком суду, якщо вина такої особи буде доведена. Також мали бути відшкодовані всі збитки, завдані ув'язненому за час його неправомірного утримання.

Якщо за час незаконного ув'язнення винний шляхом завдання побоїв зробив арештанта сліпим, кульгавим або покалічив його, то він мав додатково нести відповідальність відповідно до положень арт. 46, тобто сплатити 60 руб. за пошкоджено око, або подвійну суму за обидва, і такий самий розмір відшкодування за втрачену або пошкоджену руку чи ногу (п. 5 арт. 14 гл. 20).

У разі смерті неправомірно утримуваної особи винний мав сплатити його спадкоємцям подвійну суму, розмір якої залежав від соціального статусу померлого (п. 6 арт. 14 гл. 20).

Кодифікація права на Україні мала свої особливості, які пояснювалися різною історичною долею окремих територій. Так, під керівництвом Ф. Давидовича групою вчених упорядковані цивільно-правові норми Чернігівської та Полтавської губерній у збірнику під назвою «Зібрання малоросійських прав» 1807 р. (далі – Зібрання), який пізніше був включений до «Зводу законів Російської імперії» (1833 р.) [3, с. 343–344].

Система зобов'язального права, за Зібранням 1807 р., охоплює собою договірні й позадоговірні зобов'язання. Важливою новацією було об'єднання норм про зобов'язання з відшкодування шкоди в одну главу XII «Про недозволені діяння, і про права та обов'язки, що слідують із них». На окрему увагу заслуговують § 170–192 Зібрання, які регулюють питання цивільно-правової відповідальності за вчинення насилля проти особи чи незаконне позбавлення її волі. У них сказано, що якби хто-небудь явно чи таємно сам чи з допомогою своїх служителів і підданих узяв під арешт невинну й не обвинувачену за вироком суду особу або таємно чи явно її утримував, виснажував цим утриманням, побоями, голодом чи іншим тиранічним способом і про це донесли государю чи суду діти, дружина або інші родичі потерпілого, то така особа має бути відразу ж визволена з-під незаконного арешту, їй повинні бути відшкодовані всі збитки за відповідним вироком суду. Але якщо той, хто ув'язнює потерпілого, є посланим від государя, суду чи управителя, то він має стати перед судом разом зі своїм ув'язненим і, якщо провина першого буде доведена, сплатити 40 коп. грошей до державної казни. Коли ж потерпілий сам зміг утекти з-під незаконного арешту, то він має звернутися до найближчого суду й довести факт учиненого над ним самоправства шляхом присяги про це його дружини, дітей, родичів чи інших людей, гідних довіри. У разі постановлення обвинувального вироку той, хто тримав особу під ув'язненням, повинен сплатити 20 коп. грошей потерпілому й відшкодувати всі збитки, яких останній зазнав за час свого арешту, у двократному розмірі.

Норми, що стосуються питання цивільно-правової відповідальності за незаконний арешт, містило й «Загальне цивільне уложення Австрійської імперії» 1811 р. (далі – Уложення), що діяло також у Галичині та на Буковині [4]. Залежно від об'єкта посягання в Уложенні виокремлено такі види шкоди: 1) завданої внаслідок тілесних пошкоджень; 2) завданої внаслідок позбавлення волі; 3) завданої внаслідок образи; 4) завданої внаслідок пошкодження майна (ст. ст. 1325–1332 Уложення).

У разі позбавлення волі внаслідок насильницького викрадення, ув'язнення чи незаконного арешту потерпілий підлягав негайному звільненню, після цього йому відшкодовувалися майнові збитки, яких він зазнав у результаті неправомірного утри-

манням. Якщо внаслідок такого ув'язнення потерпілий помирає, то винна особа повинна була надати таке відшкодування його дружині та/або дітям (ст. 1329 Уложення).

У 1832 р. у світ вийшло перше видання «Зведення законів Російської імперії» [5]. Оскільки більшість українських земель перебувала в цей час у складі Російської держави, норми цього кодифікованого акта поширювалися, відповідно, і на їх територію. Х том «Зведення» регулював питання цивільного права. У статтях 574–689 містилися приписи, що закріплювали право особи на отримання винагороди за шкоду та збитки, яких вона зазнала.

В окремих статтях «Зведення» вже прямо передбачалася цивільна відповідальність судових і правоохоронних органів за незаконні діяння. Наприклад, судді, які умисно або через неуважність до справи, що вони розглядали, постановили вирок, через який до відповідальності була притягнута невинна особа, не лише підлягали покаранню, установленого законом, а й повинні були за власний рахунок повернути потерпілого із заслання або ув'язнення та заплатити йому від 100 до 600 рублів, а якщо покарання мало виправний характер – від 10 до 60 рублів, залежно від суворості покарання, його тривалості та інших обставин, які обтяжували ув'язненого. Більш того, за позовом потерпілого судді мали відшкодувати всі збитки, які завдані його майну, а якщо була завдана шкода його здоров'ю – оплатити лікування й утримання на час хвороби. Коли внаслідок такої хвороби потерпілий буде позбавлений можливості утримувати себе і свою родину, винні зобов'язані забезпечити йому і його сім'ї гідне утримання (ст. 678).

Однак це правило мало й деякі винятки. Так, якщо при перегляді справи між суддями не було одноголосності стосовно винності засудженого, виправданий лише звільнявся від відбування покарання. Завдані таким правопорушенням збитки не відшкодовувалися (ст. 679).

Особі, яка внаслідок неправильного вироку була піддана покаранню понад ту міру, що встановлює закон, за рахунок суддів повинно бути виплачене грошове відшкодування, але лише в тому випадку, коли несправедливе посилення покарання стало причиною будь-яких збитків у майні потерпілого або якщо доведено, що саме це посилення стало причиною хвороби засудженого, яка позбавила його засобів до існування (ст. 680).

На основі цих правил цивільно-правовій відповідальності підлягали й чиновники поліції, які при виконанні вироку умисно або з необережності покарали не ту особу, яка засуджена, а іншу або ж покарали винну особу понад ту міру, яка їй присуджена судом (ст. 681).

У «Зведенні» передбачено, що положення ст. ст. 678, 680, 681 регулюють питання матеріальної відповідальності й інших чиновників, які винні в неправильному виконанні вироку або через неправомірні дії яких покарані невинні особи чи понад міру покарані винні. Так, до введення в дію судових Статутів 1864 р. вироки й рішення, що виносилися судом, підлягали затвердженню царською адміністрацією (губернаторами, міністрами юстиції). За законністю дій цих посадових осіб здійснювали нагляд губернські прокурори. Тож, відповідно до положень ст. 681 «Зведення», губернатори, губернські прокурори та їхні заступники, що пропустили без заперечення неправильні вироки або ж віддали розпорядження, унаслідок яких покарано невинних чи обтяження надміру участі винного, відшкодовували збитки потерпілому, але лише в тому випадку, якщо судді й інші особи, винні в обтяженні участі підсудного, були неплатоспроможними.

На межі XIX–XX ст. ст. у Російській імперії виникла необхідність у кодифікації цивільного законодавства. У лютому 1904 р. Редакційній комісії було доручено завершити всі роботи з підготовки цивільного уложення, уже 29 грудня 1905 р. вона представила міністру юстиції цивільне уложення в п'яти книгах [6].

Проект цивільного уложення 1905 р., між іншим, регулював і питання відповідальності службових осіб. Дійсно, посадові особи, які перебували на державній чи громадській службі, відповідали за шкоду, завдану ними з умислом чи з необережності при виконанні своїх обов'язків. Якщо така особа завдала кому-небудь збитків через необережність, унаслідок якої хто-небудь інший отримав прибуток, вона підлягала відповідальності лише в тому разі, коли потерпілий був позбавлений можливості отримати винагороду від особи, яка незаконно збагатилася. Потерпілий унаслідок необережності посадової особи позбавлявся права на винагороду, якщо він, маючи можливість запобігти шкоді оскарженням такого діяння, не скористався цим способом захисту.

Судді, які постановили неправильне рішення в цивільній або кримінальній справі, відповідали за шкоду, яка сталася внаслідок такого рішення, якщо вони діяли з умислом або явною недбалістю.

Позов про відшкодування шкоди, завданої недозволеним діянням, міг бути пред'явлений лише протягом трьох років

із того часу, коли потерпілий дізнався про шкоду та її винуватця, у всякому разі не пізніше десяти років з дня вчинення діяння. Якщо в результаті події, унаслідок якої сталася шкода, винний був підданий кримінальному переслідуванню, то трирічний строк давності обчислювався з дня припинення кримінального переслідування або набрання чинності вироком кримінального суду.

Розмір винагороди за шкоду визначався на розсуд суду згідно з обставинами справи (ст. 1657). Якщо потерпілий сам був частково винен у завданні йому шкоди через власну необережність, то суд міг зменшити розмір винагороди.

Аналіз дореволюційного російського законодавства свідчить про те, що, по-перше, законами охоплювалися не всі можливі випадки завдання шкоди, по-друге, наявність багатьох застережень, які звільняють посадових осіб від відповідальності, позбавляла можливості потерпілого отримати відшкодування за завдану шкоду, по-третє, далеко не в усіх випадках мало місце повне відшкодування шкоди, яка, наприклад, не відшкодовувалася в разі неплатоспроможності її завдавача.

Політична ситуація після революції 1917 р. внесла істотні зміни в державну та правову систему. Для нормативного забезпечення умов здійснення нової економічної політики з 1922 р. починає діяти ЦК УРСР. Положення, що регулювали питання відшкодування шкоди, містилися в розділі XIII цього нормативного акта. Відповідно до ст. 403, «той, хто заподіяв шкоду особі або майну іншого, зобов'язаний відшкодувати заподіяну шкоду. Він звільняється від цього обов'язку, коли доведе, що він не міг запобігти шкоді, або що був уповноважений на заподіяння шкоди, або що шкода виникла внаслідок умислу або грубої необережності самого потерпілого» [7].

У статті 407 цього нормативно-правового акта закріплені приписи, що вирішували проблему відповідальності службових осіб. Так, установа відповідала за шкоду, завдану незаконними діями службової особи, тільки у випадках, окремо зазначених у законі, коли при тому неправильність дій службової особи визнає належний суд або адміністративний орган. Державна установа звільнялася від відповідальності, якщо потерпілий вчасно не оскаржив неправильної дії. Державна установа мала право, у свою чергу, зробити нарахування на службову особу в розмірі виплаченої потерпілому винагороди. Державна установа відповідала за шкоду, завдану незаконними діями службової особи, учиненими під час здійснення цією особою функцій влади, тільки у випадках, окремо зазначених у законі, якщо при тому неправильність дій службової особи визнає належний суд або адміністративний орган. Державна установа звільнялася від відповідальності, якщо потерпілий вчасно не оскаржив неправильної дії. Державна установа мала право, у свою чергу, зробити нарахування на службову особу в розмірі виплаченої потерпілому винагороди [7].

У грудні 1961 р. затверджено «Основи цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік», змінена порівнянні з попереднім цивільним законодавством відповідальність державних установ за шкоду, завдану діями їх посадових осіб. Так, у ст. 89 Закону СРСР «Про затвердження Основ цивільного законодавства Союзу РСР та союзних республік» (далі – Основи 1961 р.) [8] уже окремо розрізнено шкоду, завдану громадянинові незаконними діями державних і громадських організацій, а також посадових осіб при виконанні ними службових обов'язків у галузі адміністративного управління, а також шкоду, завдану громадянинові в результаті незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу взяття під варту, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт.

У першому випадку така шкода відшкодовувалася на загальних підставах за правилами ст. 88 Основ, де сказано, що шкода, завдана особистості або майну громадянина, а також шкода, завдана організації, підлягає відшкодуванню особою, яка завдала шкоду, у повному обсязі, за винятком випадків, передбачених законодавством Союзу РСР. Організація зобов'язана відшкодувати шкоду, завдану з вини її працівників при виконанні ними своїх трудових (службових) обов'язків. Шкода, завдана правомірними діями, підлягала відшкодуванню лише у випадках, передбачених законом [8].

За обставин, які зазначені в другому варіанті, шкода відшкодовувалася державою в повному обсязі незалежно від вини посадових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури й суду в порядку, установленому законом.

К.Б. Ярошенко при цьому зауважує, що Основи 1961 р. встановили різний правовий режим відповідальності державних органів за дії службових осіб. Усе залежало від того, у якій сфері здійснювалися дії службової особи, що потягнули за собою настання шкоди в громадянина: адміністративного управління чи судово-прокурорської діяльності [9, с. 135].

18 липня 1963 р. затверджений ЦК УРСР, який уводився в дію з 1 січня 1964 р. та базувався на Основах 1961 р. За ЦК УРСР 1963 р. [10], шкода, завдана особі або майну громадянина, а також шкода, завдана організації, підлягає відшкодуванню особою, яка завдала шкоду, у повному обсязі, за винятком випадків, передбачених законодавством Союзу РСР. Шкода, завдана громадянинові незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб при виконанні ними службових обов'язків у галузі адміністративного управління, відшкодовується на загальних підставах, тобто за правилами ст. 440, відповідно до якої організація відшкодовує збитки, завдані з вини її працівників під час виконання ними своїх трудових (службових) обов'язків, якщо інше не передбачено законом.

Уперше в ЦК УРСР 1963 р. відповідальність за шкоду, завдану незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб передбачена окремою статтею – 442. Згідно з нею, шкода, завдана громадянинові внаслідок незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу взяття під варту, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт, відшкодовується державою в повному обсязі незалежно від вини службових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури й суду в порядку, установленому законом.

Проте приписи ст. 443 ЦК УРСР 1963 р., так само як і ч. 2 ст. 89 Основ 1961 р., фактично залишалися «мертвими» через брак нормативно-правового акта, у якому були б сформульовані умови та порядок відшкодування шкоди, завданої судовими та правоохоронними органами. Реалізація цього права стала можливою лише в 1981 р. після прийняття спеціальних законодавчих актів.

Оскільки вищеозначені статті містили норми відсильного характеру, то основні приписи, які регулювали питання щодо цього виду відшкодування, відображено в Указі Президії Верховної Ради СРСР «Про відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями державних і громадських організацій, а також посадових осіб при виконанні ними службових обов'язків» від 18 травня 1981 р. (далі – Указ 1981 р.) [11] і в Положенні «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» від 18 травня 1981 р., яке затверджено цим Указом (далі – Положення 1981 р.) [12].

У Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 1 грудня 1994 р. № 266/94-ВР [13] (далі – Закон) і Положенні «Про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» від 4 березня 1996 р. № 6/5/3/41 [14], які вже були прийняті на теренах незалежної України, розширено перелік незаконних дій відповідних службових осіб, у результаті яких настає цивільно-правова відповідальність. До вже наявного списку протиправних діянь, передбачених ст. 443 ЦК УРСР 1963 р. та Указом 1981 р., таких як: 1) незаконне засудження; 2) незаконне притягнення до кримінальної відповідальності; 3) незаконне застосування як запобіжного заходу взяття під варту; 4) незаконний адміністративний арешт; 5) незаконне накладення адміністративного стягнення у вигляді виправних робіт, були додані такі: 1) незаконне проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; 2) незаконна конфіскація майна, незаконне накладення штрафу; 3) незаконне проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України «Про оперативно-розшукову діяльність» та «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю». Якщо наявна одна з вищерозглянутих неправомірних дій, а також інші підстави відповідальності (шкода, причинний зв'язок), то виникають зобов'язальні відносини між винною особою і потерпілим.

Також у Законі, порівняно з Указом 1981 р., у ст. 2 якого прописувалося, що право на відшкодування шкоди виникає за умови постановлення виправдувального вироку; припинення кримінальної справи за відсутністю події злочину, за відсутністю в діянні складу злочину або за недоведеністю участі громадянина у вчиненні злочину; припинення справи про адміністративне правопорушення, передбачена ще одна підстава, яка надає особі право на відшкодування шкоди, – відмова в порушенні кримінальної справи або закриття кримінальної справи з підстав, зазначених у п. 2 ч. 1 ст. 2 Закону, тобто з підстав закриття кримінальної справи за відсутністю події злочину, відсутністю в діянні

складу злочину або недоведеністю участі обвинуваченого в учиненні злочину.

Якщо відповідно до положень ст. 2 Положення 1981 р. відшкодуванню підлягала лише завдана майнова шкода, то, згідно з нормами Закону, громадянин має право на відшкодування й завданої моральної шкоди.

Вагоме значення для розвитку інституту відшкодування шкоди в роки незалежної України мало прийняття 28 червня 1996 р. КУ й, зокрема, ст. 56 цього нормативного акта, де сказано, що кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень [15].

Новий Цивільний кодекс України 2003 р. [16] містить низку новел, що стосуються питання відшкодування шкоди, завданої правоохоронними та судовими органами. Зокрема, у ч. 1 ст. 1176 закріплено, що шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується державою в повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду. При цьому право на відшкодування шкоди в потерпілого виникає у випадках, передбачених у ч. 2 Закону.

До переліку неправомірних актів, закріплених у ч. 1 ст. 1176 Цивільного кодексу України, не увійшли обшук, незаконне застосування примусових заходів медичного характеру та деякі інші. Шкода, завдана внаслідок таких дій, відшкодовується на загальних підставах.

Варто також зазначити, що нормативна база України, яка регламентує питання відповідальності правоохоронців, є результатом не лише розвитку вітчизняної правової думки, а й міжнародного досвіду, адже частиною законодавства, відповідно до Основного Закону України, є такі фундаментальні міжнародно-правові акти у сфері захисту прав і свобод, як Загальна декларація прав людини 1948 р., Європейська Конвенція про захист прав людини і основних свобод 1950 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. та Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р.

Висновки

На основі вищевикладеного пропонуємо виокремлювати шість основних етапів становлення та розвитку інституту цивільно-правової відповідальності поліцейських в Україні: ***перший*** – «Передреволюційний» (1832–1917 рр.). У цей період уперше приймаються норми цивільного права, які регулюють питання відшкодування шкоди, завданої правоохоронними та судовими органами; ***другий*** – «Нігілістичний» (1917–1922 рр.). Нігілістичне ставлення до особистих прав громадян призвело до припинення дослідження проблеми відповідальності держави за неправомірні дії своїх службових (посадових) осіб; ***третій*** – «Активне напрацювання нормативно-правової бази» (1922–1961 рр.). Характеризується прийняттям низки законів і підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання питання відшкодування шкоди, завданої неправомірними діями правоохоронних і судових органів. Утім варто зазначити, що спеціальними нормативними актами передбачалася відповідальність не за всі види шкоди, завданої громадянину неправомірними діями посадових осіб органів державної влади, і не в повному розмірі; ***четвертий*** – «Закріплення принципу відповідальності» (1963–1982 рр.). У цей період уперше в Цивільному кодексі УРСР 1963 р. відповідальність за шкоду, завдану незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб, була передбачена окремою статтею – 442. Згідно з нею шкода, завдана громадянинові внаслідок незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу взяття під варту, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт, відшкодовується державою в повному обсязі незалежно від вини службових осіб органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури й суду в порядку, установленому законом; ***п'ятий*** – «Розвиток вітчизняного законодавства» (1994–2003 рр.). На цьому етапі Верховною Радою та Урядом уже незалежної України приймаються відповідні нормативно-правові акти, які регулюють питання цивільно-правової відповідальності органів дізнання, досудового слідства, прокуратури та суду; ***шостий*** – «Сучасний» (2003 р. – теперішній час). Характеризується удосконаленням чинної нормативної бази з питання, що розглядається, шляхом унесення змін до законодавства, а також прийняттям нових актів.

Список використаних джерел:

1. Бартошек М. Римское право. Понятие, термины, определения. Москва : Юрид. лит., 1989. 448 с.
2. Права, по которым судится Малороссийский народ : в 3 кн. / под ред. А.Ф. Кистяковского. Киев : Унив. тип., 1879. 1063 с.
3. Іванов В.М. Історія держави і права України : підручник. Київ : КУП НАНУ, 2013. 892 с.
4. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie Nr. 946/1811. URL: http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622 (дата звернення: 29.08.2020).
5. Свод законов Российской Империи. Санкт-Петербург : Изд. тов-ва «Общественная польза», 1900. Т. X. Ч. 1 : Свод Законов Гражданских. Кн. 1 : О правах и обязанностях семейственных. Ст. 45. *Консультант Плюс*. URL: http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/1.html (дата звернення: 29.08.2020).
6. Гражданское уложение : проект высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Санкт-Петербург, 1905. *Российский правовой портал: библиотека Пашкова*. URL: https://constitutions.ru/?p=4930 (дата звернення: 24.09.2020).
7. Про надання чинності Цивільному кодексу УРСР : Постан. від 16 груд. 1922 р. *Збірник постанов та розпоряджень робітниче-селянського уряду України*. 1922. № 55. Ст. 780. URL: https://yurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrr_1922.pdf (дата звернення: 29.08.2020).
8. Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик : Закон СССР от 8 декабря 1961 г. *Гарант : информ.-правовое обеспечение*: URL: https://base.garant.ru/70808374/ (дата звернення: 29.08.2020).
9. Ярошенко К.Б. Возмещение вреда, причиненного гражданам действиями должностных лиц. *Советское государство и право*. 1982. № 8. С. 135–142.
10. Цивільний кодекс Української РСР : Закон УРСР від 18 лип. 1963 р. № 1540-VI. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06 (дата звернення: 29.08.2020).
11. Про відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями державних і громадських організацій, а також посадових осіб при виконанні ними службових обов'язків : Указ Президії Верховної Ради СРСР від 18 трав. 1981 р. *Бібліограф: електрон. бібліотека*. URL: http://bibliograph.com.ua/ugolovnoe-pravo-7/86.htm (дата звернення: 29.08.2020).
12. Положення про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду, затв. Указом Президії Верховної Ради СРСР від 18 трав. 1981 р. *Бібліограф: електрон. Бібліотека*. URL: http://bibliograph.com.ua/ugolovnoe-pravo-7/87.htm (дата звернення: 29.08.2020).
13. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду : Закон України від 1 груд. 1994 р. № 266/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 1. С. 1.
14. Про затвердження Положення про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» : Наказ Міністерства юстиції України, Генеральної прокуратури України, Міністерства фінансів України від 4 берез. 1996 р. № 6/5/3/41 / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0106-96 (дата звернення: 05.09.2020).
15. Конституція України: станом на 17 верес. 2018 р. Харків : Право, 2018. 76 с.
16. Цивільний кодекс України: станом на 30 верес. 2018 р. Харків : Право, 2018. 448 с.

Olha Panchenko. Development of the institution of civil law responsibility of police officers in Ukraine

The relevance of the article is that the evolution of the institution of compensation for damage caused by law enforcement agencies also has deep historical roots. It has come a long way, from the ancient Roman "Laws of the XII Tables", which provided for the responsibility of officials (ie law enforcement officials) who passed a deliberately illegal sentence, to clear and standardized legislation governing this issue, which we have today. It is based on the research of many philosophers, scientists and scholars who have worked together to create the fundamental principles that proclaim the human right to life, liberty, security of person, judicial protection of their rights, compensation for material and moral damage caused by illegal decisions, actions or inaction of public authorities and their officials and officials. The evolution of the institution of compensation for damage caused by law enforcement agencies has been studied, starting with the ancient Roman "Laws

of Tables XII", which provided for the liability of officials to law enforcement officials, to the standardized legislation that we have today. A number of normative legal acts that regulated this issue at different historical stages are considered, namely: "Laws of 12 Tables", "The laws, under which Little Russian people are tried" of 1743, "Collection of Little Russian rights" of 1807, "General Civil Code of the Austrian Empire" of 1811, "Code of Laws of the Russian Empire" of 1833, Draft Civil Code of 1905, as well as relevant legislative acts adopted in the Ukrainian USSR and in the territory of independent Ukraine. Based on the analysis, it is proposed to single out six main stages of formation and development of the institution of civil law liability of police officers in Ukraine, namely: 1) "Pre-revolutionary" (1832–1917); 2) "Nihilistic" (191 –1922); 3) "Active formation of the legislation" (1922–1961); 4) "Enshrinement of the principle of responsibility" (1963–1982); 5) "Development of domestic legislation" (1994–2003); 6) "Modern" (2003 – present time).

Key words: evolution, responsibility of law enforcement agencies, legislation, tort, historical stages.

УДК 347.441.832
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.06

Роман Таш'ян,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДОКТРИНА «CULPA IN CONTRAHENDO» В УЧЕННІ ПРО НЕДІЙСНІСТЬ ПРАВОЧИНІВ

У статті розглядається доктрина «culpa in contrahendo» в контексті співвідношення з ученням про недійсність правочинів. Автор досліджує історію виникнення доктрини «culpa in contrahendo», її ґенезу та сучасний стан утілення в законодавстві країн Європи. Доктрина «culpa in contrahendo» розглядає питання, коли одна зі сторін майбутнього договору застосовує обман, приховує перешкоди до укладення договору, інші вади, які є підставами недійсності договору. У науці цивільного права поняття «Culpa in contrahendo» вперше з'явилося в роботі Рудольфа фон Ієрінга, який вивчав його в контексті переддоговірної відповідальності за недобросовісну поведінку однієї зі сторін, яка призвела до недійсності укладеного договору. Прикладами цієї доктрини є норми, що зобов'язують особу, яка виявила волю, відшкодувати збитки особі, яка покладалася на дійсність договору, якщо договір виявиться незначним у зв'язку з відсутністю серйозного наміру або буде оскаржений у зв'язку з помилкою або з помилкою в передачі волевиявлення; зобов'язують представника, який не знав про відсутність у нього повноважень, відшкодувати збитки, які інша сторона понесла внаслідок упевненості в наявності таких повноважень. Згодом під впливом судової практики інститут переддоговірної відповідальності розширив межі застосування інституту «culpa in contrahendo», тобто вийшов за рамки недійсності правочинів. Зокрема, наявність видимості дійсного договору перестала вважатися обов'язковою умовою застосування переддоговірної відповідальності, а така відповідальність стала застосовуватися й у разі явної відсутності договору, коли переговори не привели до його укладення. У подальшому доктрина «culpa in contrahendo» знайшла своє закріплення в законодавстві Німеччини, Австрії, Швейцарії та інших європейських країн. Останнім часом у вітчизняній науці спостерігається зростання інтересу до інституту переддоговірної відповідальності, тому вивчення доктрини «culpa in contrahendo» має надзвичайно вагоме значення.

Ключові слова: доктрина «culpa in contrahendo», недійсність правочинів, переддоговірна відповідальність, відшкодування шкоди, помилка й обман як підстави недійсності правочинів.

Постановка проблеми. Рекодифікація цивільного законодавства ставить перед наукою завдання – ще раз розглянути базові категорії й поняття, до яких належить і недійсність правочинів. Одним із таких напрямів є дослідження недобросовісної поведінки однієї зі сторін договору на стадії його укладення, що в майбутньому стає підставою його недійсності.

Розгляд цього питання тісно пов'язаний із дослідженням інституту переддоговірної відповідальності, який уже більше ніж століття відомий праву практично всіх європейський держав. Цей інститут сьогодні об'єднує всі випадки заподіяння шкоди на стадії переговорів безвідносно як до дійсності укладеного згодом договору, так і до самого факту його укладення.

Доктрина «culpa in contrahendo» була в центрі уваги багатьох українських і зарубіжних учених, зокрема К.В. Гницевича, Н.М. Квіт, Н.І. Майданик, Є.О. Трубакова. Проте в силу своєї невичерпуваності «culpa in contrahendo» може бути предметом подальших наукових пошуків, у тому числі в контексті вчення про недійсність правочинів.

Метою статті є дослідження доктрини «culpa in contrahendo» в контексті недійсності правочинів.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до доктрини «culpa in contrahendo», основна увага приділяється не факту неукладення договору, а характеру поведінки (зокрема недобросовісній поведінці) особи, з вини якої відбулося переривання процесу укладення договору [1, с. 169].

Фактично весь процес укладення договору має значення для недійсності правочинів. Так, доктрина «culpa in contrahendo» розглядає в тому числі питання, коли одна зі сторін майбутнього договору застосовує обман, приховує перешкоди до укладення договору, інші вади, які є підставами недійсності договору.

© Р. Таш'ян, 2021

«Culpa in contrahendo» – це латинський вираз, що означає «вада в укладанні договору». Це поняття має вагоме значення в цивільному праві багатьох європейських країн, означає обов'язок вести переговори з обережністю, а не приводити партнера по переговорах до дій, які можуть заподіяти йому шкоду ще до укладення договору.

У науці цивільного права поняття «Culpa in contrahendo» вперше з'явилося в роботі Рудольфа фон Ієрінга [2]. Варто підкреслити, що історично переддоговірну відповідальність розглядали тільки в контексті недійсності правочинів, якщо така недійсність була спричинена поведінкою однієї зі сторін. Доктрина Culpa in contrahendo була спрямована на захист інтересів добросовісно сторони при укладенні договору. Така сторона могла подати позов про відшкодування збитків, виходячи з «негативного інтересу», тобто збитків, які вона понесла, покладаючись на видимість дійсності правочину (що виключає можливість стягнення упущеної вигоди, яка могла б бути отримана, якби був би укладений дійсний договір) [3]. Р. Ієрінг обґрунтовував це тим, що з початку переговорів сторони вступають у квазідоговірні відносини. Ієрінг зазначав, що єдиним самостійним наслідком недійсності договору є договірне домагання про відшкодування винною в недійсності правочину стороною збитків контрагенту.

Отже, за допомогою фрагментів Дигест Ієрінг створив самостійний правовий інститут відповідальності за вину в переговорах, що призвела до укладення недійсного договору, причому правовим засобом, до допомоги якого в подібній ситуації може вдатися потерпіла сторона, є договірний позов, незважаючи на те що договір з вини однієї зі сторін не відбувся. Отже, з теорії Ієрінга випливає досить важливий висновок, що ***недійсний договір набуває часткову дію*** (курсив наш – *Р. Т.*), а сам автор створює, отже, поєднання договірної й водночас переддоговірної відповідальності.

Ієрінг виділяв три підстави недійсності правочину, які дають змогу вести мову про відповідальність за culpa in contrahendo: нездатність суб'єкта здійснити операцію в силу прямої заборони його участі в правочинах цього виду (наприклад, унаслідок недосягнення повноліття); нездатність об'єкта (первинна неможливість виконання); недостовірність волі або її відсутність (як волевиявлення, так і самої волі). Відповідальність сторони за договором обмежується в концепції Р. Ієрінга «негативним інтересом», тобто відшкодуванням збитків, що виникли внаслідок недійсності договору, який, однак, не може перевищувати межі позитивного інтересу, тобто інтересу сторони в належному виконанні договору [4].

Реакція науки пандектного права, породжена концепцією Ієрінга, не була однозначною: тоді як одні дослідники висловлювали свою незгоду як із догматичним обґрунтуванням такої відповідальності, так і з практичною необхідністю запропонованої Ієрінгом теорії, інші визнавали принаймні ті вигоди, які вона несла для цивільного обороту. Загалом же спільна думка пандектистів зводилася до того, що відповідальність за недійсність укладеного договору є органічним елементом системи німецького цивільного права XIX століття. Подібної думки дотримувалися й німецькі суди, якими в період до введення в дію BGB (Німецького цивільного уложення) винесено низку рішень, що покладали обов'язок відшкодування збитків контрагента на сторону, яка допустила провину під час укладення договору [4].

Законодавчим підґрунтям розроблення доктрини Culpa in contrahendo став § 307 BGB (в редакції 1900 р.), який установлював обов'язок сторони, яка при укладанні договору знала або повинна була знати про неможливість його виконання, відшкодувати збиток, понесений іншою стороною через довіри до дії договору. Іншими прикладами є норми § 122, 179 BGB, що зобов'язують особу, яка виявила волю, відшкодувати збитки особі, яка покладалася на дійсність договору, якщо договір виявиться незначним у зв'язку з відсутністю серйозного наміру або буде оскаржений у зв'язку з помилкою або з помилкою в передачі волевиявлення; зобов'язують представника, який не знав про відсутність у нього повноважень, відшкодувати збитки, що інша сторона понесла внаслідок упевненості в наявності таких повноважень [3].

Отже, початковий обсяг culpa in contrahendo фактично збігся саме з недійсністю правочинів.

Згодом під впливом судової практики інститут переддоговірної відповідальності просунувся далі меж застосування інституту culpa in contrahendo, окреслених Ієрінгом, тобто вийшов за рамки недійсності правочинів. Зокрема, наявність видимості дійсного договору перестала вважатися обов'язковою умовою застосування переддоговірної відповідальності, а така відповідальність стала застосовуватися й у разі явної відсутності договору, коли переговори не привели до його укладення [3].

Важливим критерієм недобросовісності є надання стороні неповної або недостовірної інформації, у тому числі замовчування

про обставини, які в силу характеру договору повинні бути доведені до відома іншої сторони.

Ідея culpa in contrahendo має місце й у законодавчих актах інших європейських держав. Так, § 871 Загального цивільного кодексу Австрії встановлює обов'язок сторони договору відшкодувати шкоду іншій його стороні, якщо остання уклала договір у стані омани щодо обставин, які перша сторона мала роз'яснити (зокрема такою оманою вважається омана щодо змісту договору, його мотивів або кінцевої мети). Відповідно до § 874 Загального цивільного кодексу Австрії, шкода й упущена вигода відшкодовуються й тим, хто домігся укладення договору наслідком обману або несправедливого страху. Також, відповідно до § 878 Загального цивільного кодексу Австрії, той, хто при укладенні договору знав чи повинен був знати про неможливість предмета договору, повинен відшкодувати другій стороні, яка не знала про це, шкоду, яку вона зазнала внаслідок довіри до дійсності договору. Отже, у всіх трьох згаданих випадках австрійське право пов'язує інститут переддоговірної відповідальності з недійсністю договору і ставить першу в залежність від другого.

Розвиток переддоговірної відповідальності в австрійській юриспруденції початку XX століття пояснювався популярністю подібних концепцій у Німеччині й відбувався в результаті творчої інтерпретації норм законодавства, що вживаються як доктриною, так і практикою австрійських судів. Сьогодні відповідальність за culpa in contrahendo визнається в Австрії в тих же випадках, що й у Німеччині, за винятком відповідальності за безпосереднє заподіяння шкоди здоров'ю та майну, що пояснюється наявністю принципу генерального делікту в австрійському праві [3].

За правилами ст. 1338 Цивільного кодексу Італії, сторона, яка знає або повинна знати про наявність перешкод до укладення дійсного договору, але не повідомляє про це контрагента, зобов'язана відшкодувати шкоду, що виник унаслідок довіри до дійсності правочину.

Отже, culpa in contrahendo охоплює випадки недійсності правочинів, учинених під впливом обману, насилля, погрози, зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, під впливом тяжкої обставини й на вкрай невигідних умовах.

Історія права показує, що «culpa in contrahendo» варто відрізняти від «dolus in contrahendo», є істотні відмінності як за часом виникнення відповідних видів цивільно-правової відповідальності, підстав відповідальності в кожному із цих випадків, так і за їх правовими наслідками, у тому числі для дійсності укладеного сторонами договору. Тоді як збитки, завдані внаслідок «dolus in contrahendo», можуть бути компенсовані за допомогою звичайних делікатних позовів, відшкодування збитку, що виник унаслідок «culpa in contrahendo», вимагає створення спеціального засобу правового захисту.

Крім того, опоненти загального принципу відповідальності за culpa in contrahendo прагнуть зарахувати до її проявів положення про недійсність правочинів, укладених особами, які не володіли необхідним обсягом дієздатності або не розуміли значення своїх дій. Приписи Господарського кодексу РФ покладають на дієздатну сторону обов'язок відшкодування реальних збитків, завданих їх контрагентам унаслідок недійсності правочину, якщо дієздатна особа знала або мала знати про відсутність у його контрагента якостей, необхідних для укладення договору цього виду. Звичайно, такі випадки мають багато спільного із ситуаціями відповідальності за culpa in contrahendo, однак істотна відмінність між ними полягає в такому: тоді як culpa in contrahendo є відповідальністю за неналежне виконання переддоговірних обов'язків з передачі контрагенту необхідної інформації, що має значення для прийняття ним рішення про укладення договору, компенсація реального збитку неповністю дієздатній особі не передбачає існування такого переддоговірного обов'язку та її порушення як підстави виникнення відповідальності, є самостійним наслідком із загальної ідеї добросовісності [4].

Останнім часом у вітчизняній науці спостерігається зростання інтересу до інституту переддоговірної відповідальності. Так, Н.І. Майданик зазначає, що якщо винна поведінка однієї сторони призвела до того, що передбачуваний договір не відбувся, то друга сторона вправі вимагати, щоб вона була повернута до становища, у якому вона перебувала б, якщо б договір був дійсно укладений. Зрозуміло, вона не може вимагати поставити її в краще становище, ніж те, у якому вона б перебувала, якщо б договір мав місце [5; с. 108].

Н.М. Квіт зазначає, що вживання у вітчизняних наукових працях термінів «зв'язаність між сторонами», «квазіправочин» та інших подібних означень свідчить про те, що між сторонами майбутнього договору існує певний правовий зв'язок, який, однак, зобов'язанням поки ще називати рано, проте й ігнорувати його теж не можна. Такий правовий зв'язок усе ще не можна вважати договірним, оскільки не є укладеним договір, але він усе ж створює певні обов'язки для майбутніх сторін одна

перед одною. Такий зв'язок існує й у випадках, здавалось би, учинення договору, однак який у результаті не укладений або визнаний недійсним [6, с. 82].

У літературі зазначається, що підставою переддоговірної відповідальності є порушення обов'язку, що виникає під час вступу до переговорів, добросовісного їх ведення, зокрема не приховувати відомі обставини, які можуть бути підставами недійсності договору. Вступ до переговорів стосовно укладення договору викликає особливого роду переддоговірне організаційне правовідношення [7, с. 10].

Наслідки необережної вини, виявленої при укладенні договору, можуть залежно від обставин полягати або в збитках, викликаних укладенням недійсного договору, або в збитках, що виникають унаслідок укладення дійсного, але невигідного для добросовісної сторони договору. Крім того, збитки потерпілої сторони можуть виникнути внаслідок неправомірного припинення переговорів контрагентом. У цьому випадку збитки потерпілої сторони зумовлюються її витратами, які вона, розраховуючи на благополучне завершення переговорів, зробила на виконання договору [4].

На думку К.В. Гницевича, у сучасному праві переддоговірна відповідальність настає за наявності умислу або грубої необережності, тобто за необхідності поновлення негативного договірного інтересу [7, с. 11]. У такому випадку обсяг culpa in contrahendo охоплюватиме не всі вищеназвані вади правочинів, адже, наприклад, для застосування положень про недійсність правочину, який учинено під впливом помилки, достатньо будь-якої форми необережності особи, яка помилилася.

У вітчизняному Цивільному кодексі (далі – ЦК) до норм, що встановлюють переддоговірну відповідальність, можна зарахувати положення ст. 229 (Правові наслідки правочину, який учинено під впливом помилки) та ст. 241 (Вчинення правочинів з перевищенням повноважень). Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 229 ЦК України, у разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Загальним правовим підґрунтям цього є положення ч. 2 ст. 216 ЦК України, які закріплюють, якщо у зв'язку з учиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків і моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною.

Заслуговує на окреме обговорення питання, до якого виду цивільно-правової відповідальності належить відповідальність позадоговірна. З одного боку, ст. 1166 ЦК України закріплює принцип генерального делікту, а отже, culpa in contrahendo повинна розглядатися в контексті позадоговірної відповідальності; з іншого – переддоговірна відповідальність (як і проблематика недійсності правочинів) у силу свого розташування в системі цивільного права явно тяжіє до відповідальності договірної. Однак це питання в перспективі заслуговує на окреме наукове дослідження.

Висновки

Отже, доктрина culpa in contrahendo може слугувати засобом дослідження низки проблем, що виникають під час укладення договору, у тому числі обставин, які в подальшому можуть призвести до його недійсності.

Список використаних джерел:

1. Трубаков Є.О. Неукладені цивільно-правові договори: поняття, правова природа, правові наслідки : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 169 с. С. 20.

2. Jhering R. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertragen. *Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts.* Bd. 4. Jena, 1861. URL: https://wiselawyer.ru/poleznoe/68704-culpa-contrahendo-vozmeshhenie-ubytkov-nedejstvitelnosti-nezaklyuchennosti-dogovorov (дата звернення: 12.01.2021).

3. Попов Ю.Ю. Преддоговорная ответственность: culpa in contrahendo, promissory estoppel, деликт. URL: http://popov-yuyu.narod.ru/culpa-in-contrahendo-promissory-estoppel.htm (дата звернення: 12.01.2021).

4. Гницевич К.В. Доктрина culpa in contrahendo в гражданском праве России. URL: http://www.dirittoestoria.it/8/Contributi/Gnitsevich-Culpa-contrahendo-russ.htm (дата звернення: 12.01.2021).

5. Майданик Н.И. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Украины. *Альманах цивилистики :* сборник статей / под ред. Р.А. Майданика. Вып. 1. Киев : Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. С. 93–117. С. 108.

6. Квіт Н.М. Переддоговірна відповідальність або «culpa in contrahendo» як перспектива для України. *Право і суспільство.* 2015. № 1. С. 80–85. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2015_1_16 (дата звернення: 12.01.2021).

7. Гницевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право». Санкт-Петербург, 2009. С. 10.

Roman Tashian. Concept "culpa in contrahendo" in the doctrine of invalidity of transactions

The article considers the concept of "culpa in contrahendo" in the context of the relationship with the doctrine of the invalidity of transactions. The author researches the history of the doctrine of "culpa in contrahendo", its genesis and the current state of its implementation in European law. The doctrine of "culpa in contrahendo" considers the issue when one of the parties of the future contract uses deception, hides obstacles to the conclusion of the contract, other defects that can be grounds for invalidity of the contract. In the science of civil law the concept of "Culpa in contrahendo" first appeared in the work of Rudolf von Jhering who researched it in the context of pre-contractual liability for unfair conduct of one of the parties, which led to the invalidity of the contract. For example, this doctrine rules that oblige a person who has expressed a will to indemnify the person who relied on the validity of the contract if the contract proves to be insignificant due to lack of serious intent or is challenged due to an error or mistake of the transfer of expression of will; and oblige a representative who was unaware of his lack of authority to reimburse the other party for the loss of confidence in the existence of such authority. Subsequently, under the influence of practice, the institution of pre-contractual liability was expanded from the scope of the institution of "culpa in contrahendo" and is not limited by issues of invalidity of transactions. In particular, the visibility of a valid contract is no longer considered a prerequisite for the application of pre-contractual liability, and such liability began to apply in the absence of a contract, when negotiations did not lead to its conclusion. Later, the doctrine of "culpa in contrahendo" was implemented in the legislation of Germany, Austria, Switzerland and other European countries. Recently, there has been a growing interest in domestic science in the institution of pre-contractual liability, and therefore the study of the doctrine of "culpa in contrahendo" is extremely important now.

Key words: doctrine "culpa in contrahendo", invalidity of transactions, pre-contractual liability, damages, error and deception as grounds for invalidity of transactions.

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.07

Віталій Чернега,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри підприємницького та корпоративного права
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

СПЕЦІАЛІЗОВАНІ НОРМИ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Статтю присвячено спеціалізованим нормам сімейного права. Підтримано підхід, відповідно до якого такі своєрідні правила посідають нішу в системі норм сімейного права, які найкраще позначати як спеціалізовані. Розглянуто прагнення українських і зарубіжних представників юридичної науки трактувати сутність спеціалізованих норм права. Поняття спеціалізованих норм сімейного права сформульовано як утілені в сімейному законодавстві своєрідні правила (норми-цілі сімейного права, норми-принципи сімейного права, норми-дефініції сімейного права, норми-строки сімейного права, оперативні та колізійні норми сімейного права), що мають двоелементну структуру (гіпотезу й диспозицію) і не встановлюють конкретних правових моделей поведінки учасників сімейних відносин, функціональний потенціал яких у механізмі правового регулювання сімейних відносин надає визначально-забезпечувальний ефект і залежить від певного виду таких норм сімейного права. Визначено такі ознаки спеціалізованих норм сімейного права: по-перше, вони являють собою втілені в сімейному законодавстві своєрідні правила, що мають розгалужену систему; по-друге, до їх структури належать лише гіпотеза та диспозиція; по-третє, вони не встановлюють правила поведінки учасників сімейних правовідносин; по-четверте, кожний вид спеціалізованих норм сімейного права має власний функціональний потенціал у механізмі правового регулювання сімейних відносин, спрямований на визначально-забезпечувальний ефект. З'ясовано, що такі норми сімейного права мають двоелементну структуру (гіпотезу й диспозицію). Задля формування цілісного наукового уявлення про види аналізованих норм права побіжно здійснено дайджест системи спеціалізованих норм права й системи спеціалізованих норм цивільного права. Автором сформовано систему спеціалізованих норм сімейного права, до якої зараховано, по-перше, норми-цілі сімейного права; по-друге, норми-принципи сімейного права; по-третє, норми-дефініції сімейного права; по-четверте, норми-строки сімейного права; по-п'яте, оперативні норми сімейного права; по-шосте, колізійні норми сімейного права. Зосереджено науковий інтерес на нормах-строках сімейного права. На прикладних ілюстраціях розглянуто оперативні та колізійні норми сімейного права.

Ключові слова: спеціалізовані норми сімейного права, норми-цілі сімейного права, норми-принципи сімейного права, норми-дефініції сімейного права, норми-строки сімейного права, оперативні норми сімейного права, колізійні норми сімейного права, норми сімейного права, механізм правового регулювання сімейних відносин.

Постановка проблеми. Нині є низка передумов до системного осмислення спеціалізованих норм сімейного права, які відрізняються від регулятивних та охоронних норм сімейного права за власним функціональним призначенням у механізмі правового регулювання сімейних відносин. Коло проблем, що потребують пильної уваги наукової громадськості, висвітлюватиметься в дослідженні.

Спеціалізовані норми права в механізмі правового регулювання є об'єктом уваги представників як загальної теорії права, так і різногалузевих юридичних наук. У новітніх наукових публікаціях розкрито сутність норм-цілей сімейного права та їх значення в механізмі правового регулювання сімейних відносин [15, с. 133–136]; визначено поняття, систему і структуру норм-дефініцій сімейного права [16, с. 149–152]; удосконалено норму-дефініцію «сім'я» [17, с. 143–146]. Проте ні в навчальній літературі, ні в науковій думці спеціалізовані норми сімейного права досі комплексно не розглядалися.

Метою статті є визначення поняття, ознак, структури, системи спеціалізованих норм сімейного права, їх місця в системі норм сімейного права, а також розкриття значення в механізмі правового регулювання сімейних відносин.

Виклад основного матеріалу. У юридичній літературі не сформовано єдиного найменування спеціалізованих норм права. Їх розглядають як нетипові нормативні приписи [3, с. 113–118; 11, с. 24]; аномалії в праві [8, с. 130]; нормативно-правові приписи, що не виражають норм права [4, с. 13]; вихідні норми права [9, с. 230]; нормативні узагальнення високого ступеня абстрактності [18, с. 159–160]; спеціалізовані (нетипові)

© В. Чернега, 2021

норми права [13, с. 281–282]; спеціалізовані норми права [1, с. 70–72; 2, с. 22–30; 6, с. 1–260; 10, с. 159]. Найприйнятнішою видається остання з варіацій.

Оскільки в науці сімейного права відсутні прагнення трактування поняття спеціалізованих норм права, доцільно звернутися хоча б до кількох набутків у царині загальної теорії українського та зарубіжного права, а також наявних досягнень спорідненої доктрини цивільного права. Так, О.Ф. Скакун окреслює їх як «нетипові розпорядження, у яких відсутні ті чи інші властивості, ознаки, об'єктивно притаманні класичній моделі норми права» [13, с. 281].

За визначенням Ю.В. Кривицького, спеціалізованими нормами права є «обов'язкові формально визначені, цілісні, логічно завершені правила підвищеного рівня загальності, що відповідають визнаній у суспільстві мірі свободи, рівності та справедливості, установлені чи санкціоновані та гарантовані державою або іншим уповноваженим суб'єктом правотворчості з метою субсидіарного впорядкування суспільних відносин і забезпечення єдності (інтегративності) та одноманітності (уніфікованості) дії механізму правового регулювання» [6, с. 103].

А.В. Баранов спеціалізовану норму права трактує як «особливо сформульоване загальнообов'язкове, формально визначене правило загального характеру, яке виконує в механізмі правового регулювання специфічні функції, що виражаються в тому, що ці норми мають визначально-забезпечувальний вплив на систему праву» [2, с. 29].

За визначенням О.А. Кузнєцової, цивільно-правові спеціалізовані норми являють собою «норми-приписи, що мають двочленну структуру (гіпотезу та диспозицію), не містить конкретні моделі поведінку й виконують специфічні функції в системі цивільного права» [7, с. 5–6].

Зважаючи на викладене вище, а також з огляду на своєрідність сімейно-правової сфери, поняття спеціалізованих норм сімейного права резонно визначити як утілені в сімейному законодавстві своєрідні правила (норми-цілі сімейного права, норми-принципи сімейного права, норми-дефініції сімейного права, норми-строки сімейного права, оперативні та колізійні норми сімейного права), що мають двоелементну структуру (гіпотезу та диспозицію) і не встановлюють конкретних правових моделей поведінки учасників сімейних відносин, а функціональний потенціал яких у механізмі правового регулювання сімейних відносин надає визначально-забезпечувальний ефект і залежить від певного виду таких норм сімейного права.

Зважаючи на те що в літературі раніше не зверталася увага на ознаки спеціалізованих норм сімейного права, доцільно представити науковій громадськості власне бачення. Тому до «каталогу» ознак таких норм сімейного права варто зарахувати: а) вони являють собою втілені в сімейному законодавстві своєрідні правила, що мають розгалужену систему; б) до їх структури належать лише гіпотеза та диспозиція; в) вони не встановлюють правила поведінки учасників сімейних правовідносин; г) кожний вид спеціалізованих норм сімейного права має власний функціональний потенціал у механізмі правового регулювання сімейних відносин, спрямований на визначально-забезпечувальний ефект.

У навчальних і наукових виданнях через відсутність комплексного вивчення спеціалізованих норм сімейного права донині не порушувалося питання про їх систему, тоді як, наприклад, теоретики права не можуть дійти згоди в питанні про систему (види) спеціалізованих норм права. Так, розглядаючи «номенклатуру» спеціалізованих норм права, автори до неї зараховують дефінітивні норми; норми-принципи; оперативні норми; колізійні норми; норми-строки (темпоральні норми); норми-презумпції; норми-преюдиції; норми-фікції; норми-конструкції. Окремо виокремлено прогностичні та декларативні норми. Водночас наголошується, що як спеціалізовані норми права недоцільно вважати установчі норми та норми-засади [14, с. 180–181].

Інший перелік міститься в одному з підручників із теорії права, згідно з яким до спеціалізованих норм права зараховано: норми-завдання; норми-принципи; норми-принципи; колізійні норми; оперативні норми; норми-дефініції; норми-строки; норми-презумпції; норми-преюдиції; норми-фікції [5, с. 240–242].

Вужчий каталог «похідних (що забезпечують)» норм права пропонує О.Ф. Скакун, зараховуючи до них загальнозакріпні норми (норми-начала); установчі норми (норми-принципи); прогностичні норми (норми-цілі); декларативні норми (норми-оголошення); дефінітивні норми (норми-дефініції); оперативні норми (норми-інструменти); колізійні (норми-арбітри) [13, с. 282–284].

Дослідник спеціалізованих норм права в механізмі правового регулювання Ю.В. Кривицький до них зараховує норми-дефініції; норми-принципи; норми-декларації. Водночас згаданий автор заперечує належність норм-презумпцій, норм-преюдицій, норм-строків, оперативних і колізійних норм, юри-

дичних конструкцій до спеціалізованих норм права [6, с. 111–136].

У зарубіжній загальнотеоретичній юриспруденції деякі автори прагнуть представити систему спеціалізованих норм права. Наприклад, А.В. Баранов до них зараховує системовизначальні норми права (установчі норми права, норми-цілі права та норми-завдання права, норми-принципи права, дефінітивні норми права); системоспрощувальні норми права (норми-фікції права та норми-презумпції права); системозабезпечувальні норми права (колізійні й оперативні норми права) [2, с. 27–29].

У спорідненій галузевій юридичній науці теж є прагнення з'ясувати систему спеціалізованих норм. Наприклад, представник цивільно-правової науки та судової практики Я.М. Романюк, розглядаючи спеціалізовані норми, до них зараховує, по-перше, відправні цивільно-правові норми (норми-засади цивільного права, норми-принципи цивільного права, визначально-установчі норми цивільного права, норми-дефініції цивільного права); по-друге, системоспрощувальні норми цивільного права; по-третє, системозберігаючі норми цивільного права [12, с. 15].

Отже, до системи спеціалізованих норм сімейного права варто зарахувати: а) норми-цілі сімейного права; б) норми-принципи сімейного права; в) норми-дефініції сімейного права; г) норми-строки сімейного права; ґ) оперативні норми сімейного права; д) колізійні норми сімейного права.

Доцільно зупинитися на спеціалізованих нормах сімейного права, увага до яких до яких не була пильно прикута з боку наукової спільноти. Норми-строки сімейного права – це правила обчислення строків у сімейно-правовій сфері. Строки, установлені у Сімейному кодексі України (далі – СКУ), обчислюються згідно із Цивільним кодексом України (далі – ЦКУ) (ч. 1 ст. 12 СКУ). У механізмі правового регулювання сімейних відносин важливо з'ясувати початок перебігу строку (ч. 1 ст. 253 ЦКУ), його закінчення (ст. 254 ЦКУ), а також порядок учинення дій в останній день строку (ч. 1 ст. 255 ЦКУ).

У СКУ закріплено також оперативні норми сімейного права. Ідеться про «норми про норми», які зазвичай розуміють як «норми, роль яких виражається в установленні дати вступу (зміни, припинення) нормативно-правового акта в силу, в його поширенні на нове коло суспільних відносин, на новий строк» [13, с. 283].

Прикладними ілюстраціями оперативних норм сімейного права є положення розділу 7 СКУ «Прикінцеві положення». Насамперед є підстави констатувати, що в п. 1 Прикінцевих положень СКУ в редакції Закону від 10 січня 2002 р. передбачалося, що Кодекс набирає чинності з 1 січня 2003 р. Проте затримка з ухваленням нового ЦКУ, з окремими положеннями якого тісно пов'язаний масив норм СКУ, стала причиною зміни терміну набрання чинності останнім. Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України» від 26 грудня 2002 р. встановлено, що Кодекс набирає чинності водночас із набранням чинності ЦКУ. Отже, СКУ набрав чинності водночас із ЦКУ 1 січня 2004 р.

Як приклади доцільно також розглядати положення п. 2 Прикінцевих положень СКУ. Зі вступом у дію СКУ втратив чинність Кодекс про шлюб і сім'ю України, крім розділу 5 «Акти цивільного стану», який зберігав чинність у частині, що не суперечила СКУ, до ухвалення спеціального закону (абз. 1 п. 2 Прикінцевих положень СКУ), тобто до ухваленого парламентом Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 р.

Разом із Кодексом про шлюб і сім'ю України визнані такими, що втрачають чинність зі вступом у дію СКУ, Закон Української РСР «Про затвердження Кодексу про шлюб і сім'ю Української РСР» від 20 червня 1969 р. (абз. 2 п. 2 Прикінцевих положень СКУ) та Указ Президії Верховної Ради України Української РСР «Про порядок введення в дію Кодексу про шлюб і сім'ю Української РСР» від 29 грудня 1969 р. (абз. 3 п. 2 Прикінцевих положень СКУ).

Ще однією з прикладних ілюстрацій оперативних норм сімейного права є положення пункту 2-1 Прикінцевих положень СКУ, відповідно до якого під час карантину, установленого Кабінетом Міністрів України задля запобігання поширенню коронавірусної хвороби, строки, визначені статтями 72, 128, 129, 139 СКУ, продовжуються на строк дії такого карантину. Його доповнено згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням короно вірусної хвороби (COVID-19)» від 30 березня 2020 р.

Резонно також розглянути колізійні норми сімейного права. Для розуміння їх сутності логічно навести класичне загальнотеоретичне трактування колізійних норми права, якими є норми, які за наявності суперечностей між окремими нормативними актами з того самого предмета регулювання мають застосовуватися в певному випадку, тобто це «норми, що регулюють вибір

норми» [13, с. 284]. Яскравим прикладом колізійної норми сімейного права є положення ч. 2 ст. 13 СКУ: якщо в міжнародному договорі України, укладеному в установленому порядку, містяться інші правила, ніж ті, що встановлені відповідним актом сімейного законодавства, застосовуються правила відповідного міжнародного договору України. До міжнародних договорів, які є частиною національного законодавства України, належать: а) Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (набрала чинності для України 11 травня 1997 р.), ст. 8 якої гарантує право на повагу до приватного й сімейного життя. Таке положення відтворено в ст. 32 Конституції нашої держави та в ч. 4 ст. 7 СКУ. У статті 12 згаданої Конвенції йдеться про те, що чоловік і жінка, які досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національним законодавством, що регулює здійснення такого права; б) Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 18 грудня 1979 р., а набрала чинності для України 24 грудня 1980 р.); в) Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. (набрала чинності для України 27 вересня 1991 р.). Її положення віддзеркалено в статтях 51, 52 Конституції нашої держави, а також у ч. 7 ст. 7, низці інших статей СКУ; г) Конвенція країн-учасниць СНД «Про правову допомогу і правові відносини з цивільних, сімейних і кримінальних справ» від 22 січня 1993 р. (набрала чинності для України 14 квітня 1995 р.). Згадана Конвенція застосовується у відносинах України з Азербайджанською Республікою, Грузією, Киргизькою Республікою, Республікою Білорусь, Республікою Вірменія, Республікою Молдова, Республікою Таджикистан, Республікою Узбекистан, Російською Федерацією, Туркменістаном; ґ) Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р. (набрала чинності для України 1 квітня 2007 р.); д) Конвенція про стягнення аліментів за кордоном від 20 червня 1956 р. (набрала чинність для України 19 жовтня 2006 р.); е) Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р. (набрала чинності для України 1 січня 2007 р.); є) Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом, від 15 жовтня 1975 р. (набрала чинності для України 27 червня 2009 р.); ж) Європейська Конвенція про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми від 28 травня 1980 р. (набрала чинності для України 1 листопада 2008 р.).

Висновки

Отже, спеціалізованими нормами сімейного права є втілені в сімейному законодавстві своєрідні правила (норми-цілі сімейного права, норми-принципи сімейного права, норми-дефініції сімейного права, норми-строки сімейного права, операційні та колізійні норми сімейного права), що мають двоелементну структуру (гіпотезу й диспозицію) і не встановлюють конкретних правових моделей поведінки учасників сімейних відносин, функціональний потенціал яких у механізмі правового регулювання сімейних відносин надає визначально-забезпечувальний ефект і залежить від певного виду таких норм сімейного права. До ознак таких норм сімейного права варто зарахувати: а) вони являють собою втілені в сімейному законодавстві своєрідні правила, що мають розгалужену систему; б) до їх структури належать лише гіпотеза та диспозиція; в) вони не встановлюють правила поведінки учасників сімейних правовідносин; г) кожний вид спеціалізованих норм сімейного права має власний функціональний потенціал у механізмі правового регулювання сімейних відносин, спрямований на визначально-забезпечувальний ефект.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. Москва : Юрид. лит., 1982. Т. 2. 300 с.

2. Баранов А.В. К вопросу о понятии и месте специализированных норм в системе российского права. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2017. № 1 (50). С. 22–30.

3. Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве. *Советское государство и право*. 1978. № 3. С. 113–118.

4. Давыдова М.Л. Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве : учебное пособие. Волгоград : Изд-во Волгогр. ун-та, 2001. 92 с.

5. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. ; за ред. докт. юрид. наук, проф., акад. АПрН України М.В. Цвіка, докт. юрид. наук, проф., акад. АПрН України О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.

6. Кривицький Ю.В. Спеціалізовані норми права в механізмі правового регулювання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2010. 260 с.

7. Кузнецова О.А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Екатеринбург, 2007. 43 с.

8. Мирошниченко Т.Н. Диалектика соотношения типичного, нетипичного и нетрадиционного в праве. *Проблемы социалистической законности* : республик. межвуз. сб. Харьков, 1985. Вып. 5. С. 128–132.

9. Морозова Л.А. Теория государства и права : учебник. 5-е изд., перераб. и доп. Москва : Норма : ИНФА-М, 2014. 464 с.

10. Нормы советского права: проблемы теории / под ред. В.К. Бабаева, М.И. Байтина. Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1987. 248 с.

11. Рыбаков А.В. Нетипичные нормы права. *Вестник Омского университета. Серия «Право»*. 2013. № 3. С. 24–29.

12. Романюк Я.М. Проблеми застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 518 с.

13. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник / пер. з рос. С.О. Бураковського. Харків : Консум, 2006. 656 с.

14. Теорія держави і права : підручник / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведєрніков. 3-є вид., перероб. і доп. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016. 480 с.

15. Чернега В.М. Норми-цілі сімейного права в механізмі правового регулювання сімейних відносин. *Проблеми вдосконалення приватно-правових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав* : матер. Наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті проф. Ч.Н. Азімова та 20-річчю з дня створення кафедри цивільного права № 2 (м. Харків, 29 листопада 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 133–136.

16. Чернега В.М. Поняття, система та структура норм-дефініцій сімейного права. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 4. С. 149–152.

17. Чернега В.М. Удосконалення норми-дефініції «сім'я». *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 6. С. 143–146. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2019/34.pdf (дата звернення: 20.12.2020).

18. Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию : монография. Красноярск : ИЦ КрасГУ, 2004. 260 с.

Vitalii Cherneha. Specialized norms of family law

The article is devoted to specialized norms of family law. The approach according to which such peculiar rules occupy a niche in the system of rules of family law, which are best marked as specialized, is supported. The desire of Ukrainian and foreign representatives of legal science to interpret the essence of specialized legal norms is considered. The concept of specialized norms of family law is formulated as embodied in family legislation peculiar rules (norm-purposes of family law, norm-principles of family law, norm-definitions of family law, norm-terms of family law, operational and contentious norms of family law), which have a two-element structure (hypothesis and disposition) and not establish specific legal models of behavior of participants in family relations, and the functional potential of which in the mechanism of legal regulation of family relations has a determining and supporting effect and depends on a certain type of such rules of family law. Signs of specialized norms of family law are determined. It was found that such rules of family law have a two-element structure (hypothesis and disposition). In order to form a holistic scientific idea of the types of analyzed norms of law, a digest of the system of specialized norms of law and the system of specialized norms of civil law was briefly implemented. The author has formed a system of specialized norms of family law, which includes: first, the norm-purposes of family law; secondly, norm-principles of family law; thirdly, norm-definitions of family law; fourth, the norm-terms of family law; fifth, the operational norms of family law; sixth, contentious norms of family law. The scientific interest is focused on the norm-terms of family law. The applied illustrations consider operational and contentious norms of family law.

Key words: specialized norms of family law, norm-purposes of family law, norm-principles of family law, norm-definitions of family law, norm-terms of family law, operational norms of family law, contentious norms of family law, rules of family law, mechanism of legal regulation of family relations.

УДК 347.965.43
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.08

Роман Чумак,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕВИКОНАННЯ ТА/АБО НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ

Питанню цивільно-правової відповідальності вчені-цивілісти завжди приділяли окрему увагу, а особливо актуальним це дослідження є зараз за умови модернізації цивільного законодавства. Цивільний кодекс України не регулює окремо відносини за договором про надання юридичних послуг, а тому в разі правозастосування сторони керуються загальними положеннями, що регулюють правовідносини за укладеними договорами про надання послуг. Відповідно, відсутні окремі норми в Цивільному кодексі України, які регулюють відповідальність за невиконання чи неналежне виконання саме договору про надання юридичних послуг.

У вітчизняній науковій літературі існує низка досліджень, присвячених питанням укладення договорів про надання юридичних послуг і відповідальність за їх невиконання. Але тема статті залишається актуальною, оскільки договірні взаємовідносини, ґрунтуючись на принципі свободи договору, постійно трансформуються й потребують більш детального дослідження.

Сторони договорів дедалі частіше застосовують нові форми забезпечення зобов'язань за договорами про надання юридичних послуг, а судова практика доповнюється новими й цікавими з наукового погляду судовими рішеннями.

Розвиток цивільно-правових відносин відбувається через тлумачення умов договорів про надання юридичних послуг через призму судових рішень. Суд, розглядаючи спір, надає оцінку конкретним правовідносинам і шляхом прийняття рішення аналізує наявність складу цивільно-правового правопорушення. До складу правопорушення традиційно зараховують: а) настання шкоди, б) протиправну поведінку особи, в) причинний зв'язок між двома першими елементами, г) вина особи, що завдавала шкоди. Відсутність хоч одного з елементів складу правопорушення виключає можливість притягнення винної особи до цивільно-правової відповідальності.

У положеннях Цивільного кодексу України чітко визначено, що підставою для відшкодування збитків за невиконання або неналежне виконання договору про надання будь-яких послуг є наявність вини виконавця, якщо інше не встановлено укладеним договором. Більш цікавим із погляду правозастосування є питання вини й аналізу механізму доведення вини.

Ключові слова: протиправна поведінка, шкода, правова допомога, вина, збитки.

Постановка проблеми. Договір про надання юридичних послуг стосується непойменованих договорів, тому належить до групи договорів про надання послуг. Цивільним кодексом України (далі – ЦК України) визначено відповідальність виконавця послуг за невиконання або неналежне виконання договору про надання послуг. Зокрема, однією з підстав для відшкодування збитків є наявність вини виконавця, якщо інше не передбачене договором.

Окремим видом договору про надання юридичних послуг є договір про надання правової допомоги. Указаний вид договору додатково регулюється Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2] і Правилами адвокатської етики [3]. Виконавець, що має статус адвоката, також несе дисциплінарну відповідальність за вчинення дисциплінарного проступку. Однією з підстав притягнення адвоката до відповідальності є невиконання або неналежне виконання ним своїх професійних обов'язків. Установлення факту вчинення дисциплінарного проступку дає право стороні договору про надання правової допомоги стягнути збитки, оскільки немає необхідності додатково доводи вину виконавця.

Проаналізувавши різні види правовідносин за договорами про надання послуг, варто зазначити, що саме юридичні послуги найменш стандартизовані та врегульовані на рівні законодавства. Як наслідок, під час дослідження питання про відповідаль-

© Р. Чумак, 2021

ність на практиці складно визначити вину виконавця, довести збитки та їх розмір і встановити причинно-наслідковий зв'язок. Зокрема, у разі дослідження питання вини виконавця за договором про надання медичних послуг завжди можна звернутися до медичних стандартів (уніфікованих клінічних протоколів) медичної допомоги на засадах доказової медицини.

Загалом відсутні стандарти надання юридичних послуг, тому в разі дослідження питання цивільно-правової відповідальності стороні договору завжди потрібно доводити вину та розмір збитків. З огляду навіть на періодичні законодавчі зміни в цьому аспекті, ця проблема не втрачає актуальності.

Багато провідних українських учених присвятили дослідження питанням цивільно-правової відповідальності, а саме: А. Загорулько, І. Канзафарова, Т. Ківалова, В. Кройтор, Н. Кузнєцова, Р. Майданик, М. Никифорак, Н. Оніщенко, О. Харитонова, Є. Харитонов та інші.

Указані автори розглядали питання щодо загальних засад цивільно-правової відповідальності, але динаміка розвитку ринкових відносин має свій вплив на трансформацію відносин між виконавцем і замовником юридичних послуг, що зумовлює необхідність подальших наукових досліджень.

Метою статті є аналіз і дослідження окремих аспектів підстав цивільно-правової відповідальності за договором про надання юридичних послуг.

Виклад основного матеріалу. Договір про надання юридичних послуг не має окремого правового регулювання, тому до нього застосовують загальні положення цивільного законодавства, які регулюють договори про надання послуг. За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник, у свою чергу, зобов'язується оплатити виконавцю зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Різновидом договору про надання юридичних послуг є договір про надання правової допомоги. За договором про надання правової допомоги виконавець повинен мати спеціальний статус – адвоката, що може здійснювати свою діяльність у формі адвокатського об'єднання, адвокатського бюро або у формі самозайнятої особи.

У всіх видах договору про надання юридичних послуг предметом такого договору є не сам результат, а дії, які до нього призвели. Тому предметом договору про надання юридичних послуг є надання послуг, які споживаються в процесі певної дії та в результаті отримання яких замовник отримує бажаний результат. Наприклад, за договором про надання послуг з підготовки документів для реєстрації юридичної особи замовник отримує послуги з підготовки необхідних документів для проведення державної реєстрації юридичної особи. При цьому результатом таких послуг є державна реєстрація юридичної особи, хоча безпосередню реєстрацію юридичної особи в державному реєстрі здійснює не виконавець, а акредитований суб'єкт державної реєстрації, що має відповідні повноваження.

Під час укладання відповідного договору сторони між собою повинні досягти домовленостей щодо всіх суттєвих умов такого договору. Сторони повинні визначити повною мірою предмет договору, етапи надання послуг і підстави притягнення до відповідальності, що визначені законом за невиконання чи неналежне виконання умов такого договору.

Порушення договірного зобов'язання має наслідком застосування заходів цивільно-правової відповідальності. Уперше поняття цивільно-правової відповідальності дослідив у 1940 році М. Агарков. Учений проаналізував такі правові категорії, як борг і відповідальність, і дійшов висновку, що нормальне виконання боржником своїх зобов'язань є його обов'язком. Наслідком порушення виконання зобов'язання є не лише обов'язок виконати свій обов'язок, а й відшкодувати заподіяні збитки. Тому М. Агарков зазначає, що «борг і відповідальність є не різними й незалежними один від одного елементами зобов'язання, а лише двома аспектами тих самих відносин», «отже, те, що ми зазвичай називаємо словами «обов'язок» і «відповідальність за зобов'язанням», є загалом нічим іншим, як обов'язком боржника в зобов'язальних правовідносинах» [4, с. 44].

У подальшому вчені-цивілісти продовжували активно досліджували питання цивільно-правової відповідальності. Зокрема, науковець О. Лейст відзначав: «Між санкцією та відповідальністю існує визначальна пряма (без санкції немає відповідальності; нормативна конструкція останньої зумовлена видом санкції) і жорсткий зворотний зв'язок: якщо правопорушники не несуть відповідальності, санкція стає декларативною, суто абстрактною загрозою» [5, с. 97]. Автор дійшов висновку, що «поняття відповідальності щодо свого обсягу ширше за поняття «застосування санкцій». Учений розмежовує визначення

санкції та визначення поняття відповідальності, що, у свою чергу, визначає напрям розвитку цивільно-правової відповідальності як окремого інституту відповідальності в подальшому.

Ці питання активно досліджували й у сучасній науці цивільного права. Фокусом уваги вчених стало дослідження підстав для притягнення до цивільно-правової відповідальності. Так, І. Канзафарова в роботі дійшла висновку, що необхідно розмежовувати поняття «цивільно-правова відповідальність» і «відповідальність за цивільним законодавством» як такі, що охоплюють два види відповідальності: 1) відповідальність перед державою, що має публічно-правовий характер; 2) відповідальність одного контрагента перед іншим, правопорушника перед потерпілим і має цивільно-правовий характер [6, с. 36]. На думку Р. Шишка, відмінність між указаними видами полягає в особливостях санкцій і їх спрямуванні, у меті й порядку застосування. Ці види поєднує те, що першоосновою їх виникнення є порушення зобов'язання – його невиконання чи неналежне виконання (ст. 610 ЦК України) [7, с. 209–210].

Н. Кузнєцова в роботах не лише узагальнила всі відомі підходи до цивільно-правової відповідальності, а й сформулювала момент виникнення охоронного зобов'язання, настання цивільно-правової відповідальності й механізм цивільно-правової відповідальності, який органічно поєднує елементи матеріально-правового та процесуально-правового характеру й проходить у розвитку три рівні існування (законодавчий, правозастосовний і функціональний) [8, с. 30–48]. Як точно зауважила Н. Кузнєцова, обов'язковим елементом цивільно-правової відповідальності є наявність рішення суду про притягнення до цивільно-правової відповідальності, а не просто про «обов'язок відшкодування шкоди».

Цивільно-правова відповідальність є способом захисту цивільних прав. Цивільно-правова відповідальність – це міра впливу, що застосовується до правопорушника і спричиняє для нього певні економічні наслідки. Сутність цивільно-правової відповідальності коротко може бути визначена як установлена законом невідворотна, негативна реакція держави на цивільні правопорушення, що виражаються в позбавленні певних цивільних прав чи покладенні еквівалентних обов'язків майнового характеру [9, с. 135].

Стаття 16 ЦК України визначає такі заходи відповідальності, як примусове виконання обов'язку в натурі, відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, відшкодування моральної (немайнової) шкоди зараховує до способів захисту цивільних прав.

Підставами виникнення цивільно-правової відповідальності є сукупність умов, необхідних для притягнення до цивільно-правової відповідальності. Сукупність таких умов становить склад цивільного правопорушення [10, с. 70–71]. У юридичній літературі правильно відмічається, що більшість учених до елементів складу правопорушення зараховує протиправну дію чи бездіяльність; шкоду, шкідливий результат цієї дії (бездіяльності); причинний зв'язок між дією (бездіяльністю) і шкодою; вину правопорушника [11, с. 72].

Варто зауважити, що під час аналізу протиправної поведінки особи доцільно враховувати, що обов'язковим елементом такої поведінки є вина особи. Г. Матвєєв відзначав: «Без вини немає відповідальності» [12, с. 9]. На його думку, відповідальність виникає завжди як результат правопорушення – протиправного винного заподіяння шкоди. Він уважає, що якщо аналізувати всі перелічені в законі відносини стосовно відшкодування шкоди, які законодавець визначає як відповідальність, більш правильно говорити не про відповідальність, а про обов'язок відшкодувати шкоду або сплатити штраф.

Згідно зі ст. 611 ЦК України, у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, установлені договором або законом: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків і моральної шкоди. Відсутність хоч одного з елементів складу правопорушення виключає можливість притягнення винної особи до цивільно-правової відповідальності. Як уже зазначалося, одним із елементів є протиправна поведінка особи. Тільки дії суб'єктів цивільного права, що виходять за межі, передбачені законом, необхідно вважати протиправними [13, с. 13]. Це положення доречно продемонструвати прикладом із судової практики. Зокрема, Рішенням Верховного Суду від 7 серпня 2018 року у справі № 5006/35/148/2012 розглянуто спір між Публічним акціонерним товариством «ФАРМСТАНДАРТ-БІОЛІК» (Замовник) і фізичною особою-підприємцем Дмитром Віталійовичем Бойком (Виконавець), предметом якого було відшкодування шкоди та стягнення попередньої оплати за договором про надання юридичних послуг [14].

Відповідно до п. 1.1 укладеного між сторонами договору, виконавець за завданням і на користь замовника зобов'язався виконати юридичні роботи й надати юридичні послуги, передбачені цим договором, а замовник зобов'язався оплатити виконані роботи та надані послуги. Сторони погодили основні умови договору, а саме: замовник надає всі документи, необхідні для виконання робіт за цим договором; замовник передає виконавцеві оригінали необхідних документів або їх належним чином засвідчені копії; виконавець надає послуги й виконує роботи в терміни, визначені в календарному плані, який є Додатком № 1 до договору.

Судами встановлено, що на виконання умов договору позивачем перераховано відповідачу суму передоплати в розмірі 35 200,00 грн, що підтверджено платіжним дорученням від 26 серпня 2011 року № 3784.

20 липня 2012 року позивач направив відповідачу претензію № 281015, у якій повідомив, що, з огляду на отримання від ФОП Д.В. Бойка документів листом від 16 березня 2012 року, ПАТ «ФАРМСТАНДАРТ-БІОЛІК» через пропущення строків для висування позовів утратило інтерес до виконання зобов'язань за договором, у зв'язку з чим з посиланням на ст. 612 ЦК України просить виконавця відшкодувати збитки в сумі 35 200,00 грн, які дорівнюють розміру попередньої оплати за договором.

Переглядаючи справу в касаційному порядку, Верховний Суд дійшов висновку, що судові рішення мотивовані тим, що позивач не вчинив усіх дій з виконання своїх зобов'язань за договором, відтак у діях відповідача відсутня протиправна поведінка, що унеможливлює стягнення з нього спірної суми збитків на підставі ст. 220 Господарського кодексу України, ст. ст. 22, 612 ЦК України.

Відповідно до частин 1-2 ст. 614 ЦК України, особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

Наявність вини не завжди є підставою для розірвання договору та застосування цивільно-правової відповідальності у вигляді припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання. Цікавим прикладом є Рішення Верховного Суду від 30 січня 2020 року у справі № 910/16579/18, у якому розглянуто спір між Компанією «Transcargo Services Limited» і Товариством з обмеженою відповідальністю «АЙ ДІ Лекс» [15].

Предметом цього спору було питання розірвання договору № IDL/10-2016 про надання юридичних і консультаційних послуг, який укладений між сторонами 25.10.2016, і стягнення з відповідача на користь позивача 75 000 доларів США попередньої оплати.

Позов мотивовано тим, що відповідач порушив договірні зобов'язання та не надав передбачені договором послуги, що є суттєвим порушенням його умов і підставою для розірвання договору й стягнення сплаченої суми попередньої оплати. Сторони попередньо домовилися, що, відповідно до цього договору, виконавець надає замовнику юридичні та консультаційні послуги із супроводження врегулювання спору, який виник між замовником і Публічним акціонерним товариством (далі – ПАТ) «Укрзалізниця» за договором № 421-0647/08-ЦЮ. Пунктом 8.3 договору встановлено, що в разі невиконання або неналежного виконання виконавцем своїх обов'язків, передбачених цим договором, замовник має право в односторонньому порядку розірвати цей договір і вимагати повернення і 10 (десяти)-денний термін фактично сплачених х коштів за цим договором за вирахуванням оплати за фактично надані послуги.

Замовник уважав, що предметом спору в цій справі є розірвання договору у зв'язку з істотним порушенням його умов і повернення суми попередньої оплати, тому посилання виконавця на порушення ст. 614 ЦК України є безпідставним.

Ухвалюючи рішення, суд дійшов висновку, що мети договору у зв'язку з припиненням відповідачем дій, спрямованих на врегулювання спору позивача з ПАТ «Укрзалізниця» за договором № 421-0647/08-ЦЮ, не досягнуто; відповідачем істотно порушене зобов'язання за договором, що є підставою для його розірвання відповідно до п. 8.3 договору. Суд також прийняв рішення про наявність підстав для стягнення з відповідача на користь позивача 75 000,00 доларів США, оскільки виконавець неналежним чином виконав свої зобов'язання за договором.

Однією з функцій цивільно-правової відповідальності є компенсаторна функція. Головне завдання цивільно-правової відповідальності – не лише отримати відшкодування за невиконане або неналежно виконане зобов'язання, а й поновити становище сторін договору про надання послуг. Традиційно варто погодитися, що форми й розмір цивільно-правової відповідальності визна-

чені компенсаторною функцією цивільного права загалом і цивільно-правовою відповідальністю зокрема [16, с. 194; 17, с. 31], а також презумпціями повноти такого відшкодування.

У Рішенні Верховного Суду від 28 січня 2019 року у справі № 756/3565/16-ц суд установив відсутність вини виконавця за неналежне виконання зобов'язань за договором про надання правової допомоги. Позивач звернувся до суду з позовом про захист прав споживачів, розірвання договору про надання юридичних послуг, стягнення коштів і відшкодування моральної шкоди [18]. Між ним і ТОВ «ПК «ЛІОН» було укладено договір про надання юридичних послуг щодо розподілу особового рахунку й оформлення права власності на квартиру.

На підставі укладеного договору позивач сплатив ТОВ «ПК «ЛІОН» 9 200 грн. 30 грудня 2014 року ТОВ «ПК «ЛІОН» від імені позивача подало до Оболонського районного суду м. Києва позовну заяву про визнання права власності на 1/2 частину квартири АДРЕСА_1 за набувальною давністю. Ухвалою Оболонського районного суду м. Києва позовну заяву залишено без розгляду на підставі заяви його представника.

Позивач просив суд розірвати договір від 12 грудня 2014 року № 12/12 про надання юридичних послуг; зобов'язати ТОВ «ПК «ЛІОН» повернути йому всі надані за договором документи; зобов'язати ТОВ «ПК «ЛІОН» відшкодувати матеріальні збитки в розмірі 9 200 грн, матеріальні збитки у вигляді неустойки за кожен день прострочення виконання на підставі ч. 5 ст. 10 Закону України «Про захист прав споживачів» у розмірі 117 852 грн і моральну (немайнову) шкоду в розмірі 51 704 грн.

Суд під час прийняття рішення по суті зазначив, що ТОВ «ПК «ЛІОН» не вчинило порушень договору від 12 грудня 2014 року, а юридичні послуги надані позивачу не в повному обсязі не з вини товариства, урахувавши, що п. 3.5 указаного договору визначено, що в разі дострокового розірвання договору замовником або виконавцем виконане доручення підлягає оплаті з боку замовника пропорційно виконаній роботі, а ТОВ «ПК «ЛІОН» не заперечувало проти розірвання договору та повернення коштів у сумі 4 571,60 грн.

Відмовляючи в стягненні неустойки, суд зазначив, що, згідно з ч. 5 ст. 10 Закону України «Про захист прав споживачів», неустойка може бути стягнута, якщо договір є чинним, за прострочення виконання роботи (надання послуги), коли замовник очікує виконання роботи (надання послуг), а в цьому випадку ОСОБА_4 заявив вимоги про розірвання договору та застосування наслідків його розірвання, що виключає можливість стягнення неустойки відповідно до наведеної норми права. Крім того, спірним договором не встановлено строку виконання робіт (надання послуг), а в п. 5.1 договору вказано, що замовник попереджений, що виконавець не гарантує розгляду справи державними, судовими та іншими органами заздалегідь на користь замовника, оскільки вирішення цього питання не перебуває в його компетенції, у тому числі й у частині термінів розгляду справи в суді.

Отже, під час розгляду справи суди мають ретельно досліджувати наявність усіх необхідних підстав для цивільно-правової відповідальності сторони договору.

Висновки

Підставами для відшкодування шкоди за невиконання або неналежне виконання договору про надання правової допомоги є встановлення факту порушення стороною договору своїх зобов'язань. Таке відшкодування можливе або в добровільному порядку, або через судове рішення.

Виконавець договору зобов'язаний доводити факт виконання договору про надання юридичних послуг. Вагоме значення має формулювання предмета договору про надання послуг і визначення підстав для його розірвання.

Наявність вини є визначальною, але не єдиним фактором для розірвання раніше укладеного договору. Сторони можуть визнати інший, відмінний порядок розірвання договору.

Дослідження питань цивільно-правової відповідальності в подальшому сприятиме розвитку цивільно-правових відносин.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 142.

2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 10.09.2020).

3. Правила адвокатської етики. Затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 року. *Сайт Національної асоціації адвокатів України*. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf (дата звернення: 10.09.2019).

4. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. *Ученые труды ВИЮН*.

Вып. 3. Москва : Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 192 с.

5. Лейст О.Э Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). Москва : Изд-во МГУ, 1981. 240 с.

6. Канзафарова І.С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2007. 453 с.

7. Шишка Р.Б. Цивільно-правова відповідальність і деліктне зобов'язання. *Збірник наукових праць Ірпінської фінансово-юридичної академії. Серія «Право»*. 2013. Вип. 2. С. 205–216.

8. Кузнецова Н.С. Гражданско-правовая ответственность: понятие, условия и механизм применения. *Альманах цивилистики: сборник статей* / под ред. Р.А. Майданика. Киев : Алерта ; КНТ ; Центр учебной литературы, 2010. Вып. 3. 332 с.

9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.). Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. 3-є вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2008. Т. II. 1088 с.

10. Цивільне право України. Частина II : навчальний посібник / під редакцією С.А. Сліпченко, В.А. Кройтора. Харків : Ескада, 2000. 399 с.

11. Сліпченко О.І., Кройтор В.А. Докази та доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : монографія. Київ : ПАЛИВОДА А.В., 2012. 244 с.

12. Матвєєв Г.К. Вибране / упоряд. В.І. Кисіль. Київ : Україна, 2008. 600 с.

13. Загорулько А.І., Кройтор В.А., Загорулько О.А. Зобов'язання, що виникають унаслідок заподіяння шкоди : навчальний посібник. Харків : Вид-во Університету, 2000. 68 с.

14. Постанова Верховного Суду від 7 серпня 2018 року, судова справа № 5006/35/148/2012. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75770411 (дата звернення: 12.10.2020).

15. Постанова Верховного Суду від 30 січня 2020 року у справі № 910/16579/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87273084 (дата звернення: 12.10.2020).

16. Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / Р.Б. Шишка, Л.В. Красицька, В.В. Сергієнко, О.І. Смотров, Є.О. Мічурін, О.Р. Шишка ; за ред. Р.Б. Шишки. Харків : Еспада. 2005. Т. 5. Кн. 1 : Загальні положення зобов'язального права. 224 с.

17. Цивільне право України : курс лекцій : у 6 т. / Р.Б. Шишка (кер. авт. кол.), О.Л. Зайцев, Є.О. Мічурін та ін. ; за ред. Р.Б. Шишки та В.А. Кройтора. 2-е вид., виправ. та доп. Харків : Еспада, 2008. Т. 1. 680 с.

18. Постанова Верховного Суду від 28 січня 2019 року, судова справа № 756/3565/16-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79878869 (дата звернення: 12.10.2020).

Roman Chumak. Civil liability for non-performance and/or improper performance of the contract for the provision of legal services

The author argued the important topic of liability for non-performance by the parties of the agreement on the provision of legal services in Ukraine. The topic of the article is relevant in connection with the development of the legal services market in Ukraine. Economic relations in Ukraine are developing and, as a result, relations between the parties under agreements on the provision of legal services develop.

In general, the definition of legal services is given and it is stated that the purpose of providing services is not to achieve results.

The author analyzed the work of scientists who studied this issue. The analysis of scientific research on the topic of the article is of great importance since it makes it possible to show the dynamics of the development of legal relations under an agreement on the provision of legal services. The author emphasizes that in Ukraine there are no standards for the provision of legal services, so the court each time examines the guilt of the party to the contract at its discretion.

The grounds for civil liability are the occurrence of the damage, the wrongful conduct of the person, the causal link between the first two elements and the fault of the person who caused the damage. The absence of one of the elements excludes the responsibility of the person. The author separately analyzed the concept of guilt under a contract for the provision of legal services. The mechanism of proving guilt under the contract is important.

It should be noted that this topic is revealed through the analysis of judicial practice. When considering a specific case, the court applies the law. Parties to a legal services contract should analyze their behavior through the practice of considering cases by courts.

The author of the article analyzed three court decisions. In one court decision, the court, considering the dispute over the concluded contract for the provision of legal services, came to the conclusion that the executor did not commit illegal behavior. In the other two court decisions, the court found that the lawyers were not at fault for improper performance of the terms of the contract for the provision of legal services.

Key words: contract, legal services, civil liability, faults, losses.

УДК 346.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.09

Елла Деркач,
канд. юрид. наук, доцент,
докторант
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ПАРАДИГМА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ТРАНСПОРТУ У СВІТЛІ КОНЦЕПЦІЇ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

У статті висвітлюються основні проблеми правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту, визначено напрями розвитку відповідного законодавства у світлі концепції сталого розвитку. У статті зазначається, що пандемія, викликана COVID-19, стала справжнім випробуванням для світової економіки, вплинувши на глобальні ланцюги поставок, трансформацію традиційних підходів щодо організації та здійснення господарської діяльності у сфері транспорту на користь цифрових. У сучасних умовах транспортна система України має відповідати глобальним викликам, зокрема, в частині застосування збалансованого підходу до оптимізації мобільності з урахуванням нових моделей торгівлі, діджиталізації, розвитку екологічних видів транспорту, у зв'язку з чим актуалізується питання визначення вектору розвитку транспортної системи держави. Для досягнення цілей сталого розвитку ООН (зокрема, створення сталої інфраструктури, стимулювання інновацій, боротьба зі зміною клімату та його наслідками, глобальне партнерство з метою сталого розвитку) транспорт має стати екологічно відповідальним, інклюзивним, ефективним та економічно стійким. Досягнення кліматичних цілей також вимагає переходу до більш екологічних видів транспорту, таких як залізничний та внутрішній водний транспорт, поєднання різних видів транспорту для мультимодальних перевезень. В умовах цифрової економіки інструментом сталого розвитку транспортної системи України стають інновації. Авторка робить висновок, що актуальними залишаються питання модернізації норм Господарського кодексу України щодо перевезення вантажів з урахуванням діджиталізації перевізного процесу, розширення кола учасників господарської діяльності у сфері транспорту, транспортних договорів; прийняття законів про мультимодальні перевезення, про залізничний транспорт, про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, та ін. У зв'язку із зазначеним необхідна виважена державна політика, що дозволить створити необхідне правове підґрунтя для забезпечення сталого розвитку транспортної системи в умовах пандемії, інтеграції до міжнародного простору.

Ключові слова: цифрова економіка, транспорт, інфраструктура, інновації, діджиталізація, логістика, транспортне законодавство.

Постановка проблеми. Наслідки світової економічної кризи через пандемію, зумовлену поширенням COVID-19, актуалізують проблему відновлення та модернізації вітчизняного економічного потенціалу нашої держави, що має позитивно вплинути на поліпшення торговельного балансу; реіндустріалізацію та інноваційний розвиток економіки; забезпечення сталого розвитку виробничо-експортного потенціалу промислового сектору національної економіки тощо [1].

Передумовами економічного зростання і конкурентоспроможності країни є ефективна транспортна система [2]. Розташування України на перехресті основних транспортних шляхів з Європи до Азії та від скандинавських держав до регіону Середземномор'я дає унікальну можливість реалізувати експортний і транзитний потенціал України як логістичного та виробничого хабу, що забезпечує потреби економіки [3].

Пандемія, спричинена COVID-19, стала справжнім випробуванням для світової економіки, вплинувши на глобальні ланцюги поставок, трансформацію традиційних підходів щодо організації та здійснення господарської діяльності у сфері транспорту на користь цифрових. У сучасних умовах транспортна система України має відповідати глобальним викликам, зокрема, в частині застосування збалансованого підходу до оптимізації мобільності з урахуванням нових моделей торгівлі, діджиталізації, розвитку

© Е. Деркач, 2021

екологічних видів транспорту, у зв'язку з чим актуалізується питання визначення вектору розвитку транспортної системи держави та винайдення ефективних економіко-правових методів забезпечення її сталого розвитку.

За результатами досліджень Європейської бізнес-асоціації стану розвитку транспортної інфраструктури в Україні, Інфраструктурний індекс України у 2020 році становить 2,58 балів з 5-ти можливих (що включає *оцінку загального стану інфраструктури України; середню оцінку загального стану розвитку п'яти транспортних галузей; оцінку* рівня інвестиційної привабливості України для реалізації інфраструктурних проєктів та оцінку рівня виконання державою стратегій розвитку транспортної галузі). Найгіршу оцінку серед складників індексу отримав рівень виконання державою стратегій розвитку транспортної галузі (53 % суб'єктів господарювання у сфері транспорту та логістики оцінили низько, 40 % – задовільно, і 7 % схвально оцінили рівень виконання державою транспортних стратегій) [4].

В умовах євроінтеграції відбувається структурно-галузеве реформування транспортної системи України, яке потребує вдосконалення правового регулювання [5, с. 60]. Як зазначає О. В. Клепікова, розвиток транспортної системи нині є одним із найважливіших напрямів економічної політики держави, з чим пов'язано повноцінне функціонування економічної системи, визначення рівня соціально-економічної стабільності держави [5, с. 75-76]. При цьому транспортна система має бути клієнтоорієнтованою, інтегрованою, інтернаціональною, інтермодальною, надійною, інтелектуальною, інноваційною та екологоорієнтованою [6, с. 32, 209].

Питанням удосконалення правового регулювання транспортної діяльності приділили увагу деякі вітчизняні вчені, зокрема І. В. Булгакова, Є. В. Довженко, О. В. Клепікова, Т. А. Колянковська, В. Й. Развадовський та інші. Ооднак у сучасних умовах господарювання правові питання розвитку правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту з метою забезпечення сталого розвитку транспортної системи України потребують переосмислення та відповідного дослідження.

Метою наукової статті є виявлення проблемних питань правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту у світлі концепції сталого розвитку транспортної системи України та визначення напрямів удосконалення відповідного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Пріоритетними напрямами чинної Національної транспортної стратегії України на період до 2030 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 травня 2018 р. № 430-р, є: забезпечення формування конкурентної та ефективної транспортної системи; інноваційний розвиток транспортного сектору та стратегічні інвестиційні проекти; забезпечення безпечного для суспільства, екологічно чистого та енергоефективного транспорту; та досягнення безперешкодної мобільності та міжрегіональної інтеграції. Зазначені пріоритети знаходять розвиток у проекті Стратегії забезпечення стабільного функціонування логістичної системи України, розробленої за підтримки Світового банку [2].

З метою посилення можливостей транспортної політики України щодо розвитку стійкого, безпечного, доступного, інклюзивного, швидкого та технологічно інноваційного транспортного сектору та транспортної інфраструктури в рамках проєкту технічної допомоги ЄС розроблена «Національна транспортна модель та Майстер-план», що передбачає здійснення транспортної діяльності відповідно до екологічних вимог та зміни клімату [8].

Відповідно до Рамкової конвенції ООН з питань зміни клімату (UNFCCC) та Паризької кліматичної угоди 2015 року та досягнення цілей сталого розвитку ООН (зокрема, створення сталої інфраструктури, стимулювання інновацій, боротьба зі зміною клімату та його наслідками, глобальне партнерство з метою сталого розвитку тощо) транспорт має стати екологічно відповідальним, інклюзивним, ефективним та економічно стійким [9].

На саміті Міжнародного транспортного форуму 22 травня 2019 року підтримано об'єднання глобальних зусиль задля досягнення низьких викидів та посилення інноваційних транспортних послуг та технологій, які сприяють декарбонізації транспортної діяльності; забезпеченню ефективних, безпечних та конкурентоспроможних транспортних систем, що зменшують викиди діоксиду вуглецю [10]. На зменшення діоксину вуглецю у транспортному секторі, вибір найбільш ефективних політичних заходів щодо декарбонізації транспорту до 2050 року спрямовано проєкт Міжнародного транспортного форуму «Декарбонізація транспорту в Європі» [11].

У зв'язку з тим, що нині на транспорт припадає чверть викидів парникових газів у ЄС, у 2019 році Європейська Комісія представила Європейський зелений курс, спря-

мований на зменшення викидів на 90 % до 2050 року шляхом надання більш чистих альтернатив [12]. Досягнення кліматичних цілей також вимагає переходу до більш екологічних видів транспорту, таких як залізничний та внутрішній водний транспорт, поєднання різних видів транспорту у мультимодальних перевезеннях [13].

З метою використання екологічних видів транспорту Міністерством інфраструктури України розроблено законопроєкт «Про внесення змін до Закону України "Про автомобільний транспорт», що спрямовано на використання електричного транспорту (зокрема, визначення в законодавстві України термінів «електричний транспортний засіб», «вантажний електромобіль», «гібридний електромобіль», «плагін-гібридний електромобіль» тощо) [14]. Урядом України також схвалено законопроєкт «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання ринку послуг автомобільного транспорту в Україні з метою приведення їх у відповідність до акту Європейського Союзу», що визначає особливості ліцензування на автомобільному транспорті відповідно до положень Регламенту (ЄС) № 1071/2009. Законопроєкт передбачає систему отримання свідоцтв професійної компетентності менеджерів (управителів) з перевезень; передбачає механізм підтвердження бездоганної ділової репутації автоперевізників [15].

Важливість зазначених стратегічних документів важко переоцінити, оскільки заявлені державою галузеві політики втілюють фундаментальні підходи, напрямки розвитку та є основою для планування і подальшого впровадження реформ.

Зазначені проблеми мають стати пріоритетом держави у формуванні власної транспортної політики, вирішити які можливо за допомогою господарського законодавства. Як зазначає Н. Б. Пацурія, одним із основних завдань господарського права є всебічне правове забезпечення економічних процесів, які відбуваються в державі, з метою укріплення правового господарського порядку, який є похідною категорією від конституційного правопорядку. Відповідно до ч. 1 статті 5 Господарського кодексу України правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів. Віднайдення балансу між приватними і публічні інтересами учасників господарських правовідносин є одвічною науковою дискусією, адже йдеться про «баланс» як ідеально можливу модель «партнерства» різних за статусом суб'єктів, що вступають у господарські відносини певного виду і є рівними у своїх правах [1].

Враховуючи те, що суб'єкти господарювання, які забезпечують споживачів послугами залізничного та інших видів транспорту, несуть публічні зобов'язання, забезпечення балансу, моделі «партнерства» між приватними і публічними інтересами учасників транспортних правовідносин і є завданням господарсько-правової політики як необхідної умови ефективності модернізації господарського законодавства. Правове підґрунтя господарської діяльності у сфері транспорту передбачено в главі 32 Господарського кодексу України, а також главах 64, 65 Цивільного кодексу України, транспортних законах, кодексах та статутах, правилах перевезення. Нині у Верховній Раді України зареєстровано проєкт Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України (щодо узгодження з положеннями Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів) (№ 4164 від 29 вересня 2020 р.), у якому передбачено, серед іншого, внесення змін щодо публічних зобов'язань суб'єктів господарювання (ст. 178), пропонується законодавче визначення господарського договору (ст. 179), змін щодо істотних умов господарського договору (ч. 3 ст. 180); змін у визначенні перевезення вантажів як виду господарської діяльності та суб'єктів відносин перевезення вантажів (ст. 306) [16]. Зазначені пропозиції є позитивними, спрямовані на оновлення Господарського кодексу України з метою забезпечення ефективного правового регулювання господарських відносин. Водночас з метою подальшого розвитку правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту у главі 32 Господарського кодексу України доцільно передбачити норми щодо договору мультимодального перевезення, особливостей укладення транспортних договорів в електронній формі, доповнення учасників перевезення іншими суб'єктами господарювання, що беруть участь у перевезенні, зокрема транспортного експедитора, транспортного оператора, транспортного агента (або відповідних транспортних організацій).

Слід також зазначити, що важливим кроком для розвитку правового регулювання транспортної діяльності стало прийняття Верховною Радою України Закону України «Про внутрішній водний транспорт» від 3 грудня 2020 р., що створює правове підґрунтя для розвитку цього виду транспорту, сприятиме створенню річкового шляху від Чорного до Балтійського моря в рамках міжнародного

проєкту Е40, у якому беруть участь Польща, Білорусь та Україна), оновленню Стратегії розвитку морських портів до 2038 року, Державної цільової програми розвитку аеропортів до 2023 року з метою забезпечення стабільного розвитку української авіації.

У сфері залізничного транспорту започатковано експериментальний проєкт із допуску приватних локомотивів на залізничні колії загального користування, в рамках якого укладено перший договір із допуску приватних локомотивів на 9 визначених дільницях залізниці з ТОВ «Українська локомотивобудівна компанія» [17], що сприятиме створенню конкурентного ринку залізничних перевезень, забезпеченню рівноправного доступу до залізничної інфраструктури відповідно до зобов'язань України в рамках Угоди про асоціацію з ЄС. Запровадження нової моделі ринку залізничних перевезень, аналогічної європейським залізничним системам, потребує ухвалення нового Закону України «Про залізничний транспорт» (наразі законопроєкт, розроблений в рамках гармонізації законодавства України та ЄС № 1196-1 від 06.09.2019 р.).

Гостра потреба у залученні інвестиційних ресурсів залишається актуальною проблемою вітчизняної транспортної галузі сучасного періоду, тому важливим напрямом розвитку транспортної системи стала реалізація проєктів державно-приватного партнерства. Так, у 2020 році укладено перші концесійні договори (зокрема, ДП «Херсонський морський торговий порт» та ДП «Стивідорна компанія «Ольвія»), прийнято Закон України «Про державну підтримку інвестиційних проектів зі значними інвестиціями» від 17 грудня 2020 р. (інвестиційний проект зі значними інвестиціями може реалізуватися на території України, серед іншого, у сфері транспорту та логістики). Відповідно до затвердженого Урядом України переліку пріоритетних для держави інвестиційних проєктів на 2020-2023 роки, 40 % цього списку становлять масштабні проєкти у галузі інфраструктури та транспорту. Пріоритетні інвестиційні проєкти охоплюють практично всі галузі транспорту (у залізничній галузі – концесія вокзалів і станцій; у морських портах – концесії залізнично-поромного комплексу, термінала у ДП «Морський торговий порт «Чорноморськ», пасажирського комплексу в ДП «Одеський морський торговельний порт», концесія причалів ДП «Бердянський морський торговельний порт» тощо) [18].

З метою підтримки діджиталізації транспортної галузі в Україні здійснено низку заходів, зокрема впроваджено електронну товарно-транспорту накладну (e-TTN) для міжнародних перевезень вантажів автомобільним транспортом у рамках експериментального проекту [19] відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 16.09.2020 р. № 1122-р «Про реалізацію експерименту щодо впровадження електронного документообігу електронної ТТН»; Україна приєдналася до Конвенції CMR у червні 2020 р. З метою розвитку транспортного коридору Європа-Кавказ-Азія обговорюються перспективи подальшого співробітництва України з Республікою Казахстан у галузі залізничного сполучення та інфраструктури за програмою міжнародного співробітництва ТРАСЕКА, зокрема розвиток мультимодальних перевезень і створення нових цифрових транспортних коридорів; з Урядом Республіки Казахстан здійснюється співпраця щодо впровадження електронних разових дозволів на здійснення міжнародних вантажних автоперевезень; розроблена Концепція створення регіональної логістичної платформи GUAM-NET країнами-членами ГУАМ (*Грузія, України, Азербайджанська Республіка та Республіка Молдова),* створено електронну платформу для здійснення мультимодальних контейнерних перевезень [20].

Крім цього, Україна приєдналася до Угоди про розвиток мультимодальних перевезень ТРАСЕКА відповідно до Закону України від 2 грудня 2020 року (міжнародної транспортної програми за участю Європейського Союзу та 14 держав-членів Східноєвропейського, Кавказького та Центральноазіатського регіонів). Важливим кроком для створення правового підґрунтя мультимодальних перевезень має стати прийняття закону про мультимодальні перевезення (відповідний законопроєкт зареєстровано в Верховній Раді України № 4258 від 23.10.2020), що спрямований на захист навколишнього середовища шляхом переорієнтації значної частини перевезень з автомобільного транспорту на внутрішній водний транспорт та інші екологічні види транспорту.

Втім, низка проблем у галузі транспорту потребують розв'язання, зокрема створення незалежного регулятора – Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту (законопроект № 3927 від 22.07.2020). У сфері залізничного транспорту пріоритетними питаннями залишаються реорганізація Укрзалізниці, лібералізація ринку приватної тяги, зміна тарифної політики. Проведення реформ у сфері залізничного транспорту пов'язане з прийняттям нового закону про залізничний транспорт та закону про незалежного регулятора у сфері транспорту. У сфері авіаційного тран-

спорту, який у зв'язку з пандемією опинився в ризиковому становищі, найбільш очікувані реформи – розвиток аеропорту «Бориспіль» як міжнародного хабу, запровадження державної допомоги українським авіаперевізникам, державно-приватне партнерство для передачі аеропортів приватному сектору на умовах концесії. Пріоритетні напрями портової реформи передбачають вирішення питань щодо зниження портових зборів, корпоратизацію Адміністрації морських портів України до державного бюджету. У сфері автомобільного транспорту передбачається запровадження ліцензій для перевізників відповідно до Угоди про асоціацію з ЄС, розширення доступу до отримання багатосторонніх та двосторонніх транспортних дозволів (щороку у сфері автомобільного транспорту недостатня кількість автодозволів, зокрема, з боку Республіки Польща, що призводить до негативних наслідків, включаючи призупинення виробництва, затримки або скорочення поставок готової продукції до ЄС, порушення термінів доставки вантажів до компаній-партнерів за межами України створює перешкоди для належного виконання договірних зобов'язань українськими підприємствами) [20].

Крім цього, невід'ємним складником транспортної системи у майбутньому стануть дрони, які застосовуватимуться для перевезення вантажів, продуктів населенню, в логістиці тощо, що потребує належної уваги з боку законодавця [21].

Вказана проблематика та необхідність її нагального вирішення на законодавчому рівні актуалізується з метою запобігання кризовим явищам та забезпечення сталого розвитку національної економіки.

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна зробити такі висновки. В умовах цифрової економіки інструментом сталого розвитку транспортної системи України стають інновації. В умовах невизначеності місією держави у сфері транспорту як системоутворючої галузі, «каталізатора» розвитку промисловості є створення умов для забезпечення потреб економіки та населення через доступ до безпечних, якісних, екологічних транспортних послуг, створення правового підґрунтя для збалансованого розвитку транспортної інфраструктури, інтеграції до міжнародного простору. Забезпечення сталого розвитку транспортної системи потребує правового забезпечення партнерства учасників транспортних відносин, збалансованого поєднання приватних та публічних інтересів, формування транспортної політики держави з метою сталого розвитку в умовах пандемії. Актуальними залишаються питання модернізації норм Господарського кодексу України щодо перевезення вантажів з урахуванням діджиталізації перевізного процесу, розширення кола учасників господарської діяльності у сфері транспорту, транспортних договорів; прийняття законів про мультимодальні перевезення, про залізничний транспорт, про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, та ін. Досліджувані проблеми правового регулювання господарської діяльності у сфері транспорту у світлі концепції сталого розвитку не є вичерпними, тому запропоновані варіанти їх вирішення залишаються відкритими для наукової дискусії та можуть бути основою для подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Пацурія Н.Б. Економічна політика держави : правовий аналіз сучасного стану. *Платформа стратегічної та законотворчої аналітики*. 2020. 9 листопада. URL: https://coordynata.com.ua/ekonomicna-politika-derzavi-pravovij-analiz-sucasnogo-stanu (дата звернення: 03.12.2020).

2. Стратегія сталої логістики та План дій для України (проект для розгляду) / Міністерство інфраструктури України, World Bank Group. *Офіційний веб-портал Міністерства інфраструктури України*. URL: https://mtu.gov.ua/news/29401.html (дата звернення: 03.12.2020).

3. Національна економічна стратегія України 2030. *Платформа Центру економічного відновлення*. URL: https://nes2030.org.ua/. (дата звернення: 03.12.2020).

4. Бізнес оцінив стан розвитку транспортної інфраструктури в Україні. *Веб-портал Європейської Бізнес Асоціації*. 2020. 4 грудня. URL: https://eba.com.ua/biznes-otsinyv-stan-rozvytku-transportnoyi-infrastruktury-v-ukrayini/ (дата звернення: 03.12.2020).

5. Клепікова О. В. Теоретичні проблеми правової організації транспортної системи України : дис... докт. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2019. 502 с.

6. Ильченко С. В. Украина в мировой транспортной системе: перспективы функционирования и развития : монография. Одесса, 2012. 455 с.

7. Довгань В. Ефективна логістика – основа розвитку транспортної галузі України. *ЛІГА. net*. 2020. 3 липня. URL: https://blog.liga.net/user/vdovhan/article/37362 (дата звернення: 03.12.2020).

8. 19 травня 2020 року відбулося онлайн обговорення проекту Національної транспортної моделі України. *Офіційний веб-портал Міністерства інфраструктури України*. URL: https://mtu.gov.ua/news/31865.html (дата звернення: 03.12.2020).

9. United Nations Sustainable Development Goals. *United Nations website*. URL: https://sdgs.un.org/ru/goals (дата звернення: 03.12.2020).

10. Ministers' Roundtable Transport and Climate: Moving forward from COP 24 JOINT STATEMENT. Summit 2019. International Transport Forum website. URL: https://2019.itf-oecd.org/sites/default/files/Joint%20Statement_TransportandClimate_0.pdf (дата звернення: 03.12.2020).

11. Decarbonising Transport in Europe. *European Commission website*. URL: https://cordis.europa.eu/project/id/831743/results (дата звернення: 03.12.2020).

12. The European Green Deal sets out how to make Europe the first climate-neutral continent by 2050, boosting the economy, improving people's health and quality of life, caring for nature, and leaving no one behind. Press Release. 2019. December, 11. *European Commission website*. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6691 (дата звернення: 07.12.2020).

13. Sustainable transport. What do we want to achieve? *United Nations website*. URL: https://ec.europa.eu/transport/themes/sustainable_en (дата звернення: 05.12.2020).

14. Уряд підтримав законопроект, необхідний для розвитку електромобільності в Україні. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/uryad-pidtrimav-zakonoproekt-neobhidnij-dlya-rozvitku-elektromobilnosti-v-ukrayini-vladislav-kriklij (дата звернення: 13.12.2020).

15. Уряд підтримав ліцензування на автомобільному транспорту відповідно до норм ЄС. 2020. 23 грудня. *Офіційний веб-портал Міністерства інфраструктури України*. URL: https://mtu.gov.ua/news/32495.html (дата звернення: 07.12.2020).

16. Проєкт Закону України «Про внесення змін до Господарського кодексу України (щодо узгодження з положеннями Цивільного кодексу України та деяких інших законодавчих актів) від 29 вересня 2020 р. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70074 (дата звернення: 05.12.2020).

17. УЗ уклала перший договір у рамках експерименту із допуску приватних локомотивів на залізницю. 2020. 17 грудня. *Офіційний веб-портал Міністерства інфраструктури України*. URL: https://mtu.gov.ua/news/32474.html (дата звернення: 03.12.2020).

18. 40% пріоритетних для держави інвестпроєктів складають проєкти у галузі інфраструктури та транспорту. 2020. 20 листопада. *Офіційний веб-портал Міністерства інфраструктури України*. URL: https://mtu.gov.ua/news/32396.html (дата звернення: 05.12.2020).

19. Порядок реалізації експериментального проекту щодо забезпечення впровадження замовлення бланків дозволів на поїздку по територіях іноземних держав при виконанні перевезень вантажів автомобільним транспортом у міжнародному сполученні в електронній формі через Транспортний портал електронних послуг: постанова Кабінету Міністрів України від 3 червня 2020 № 473. *Офіційний вісник України*. 2020. № 49. Ст. 1535.

20. Січкар Д. Транспортна галузь у 2020 році. *Веб-портал Європейської Бізнес Асоціації*. 2020. 22 грудня. URL: https://eba.com.ua/transportna-galuz-u-2020-rotsi/ (дата звернення: 01.12.2020).

21. Drones in the Transport System: Acceptability and Integration. *International Transport Forum*. URL: https://www.itf-oecd.org/drones-transport-system-acceptability-integration (дата звернення: 01.12.2020).

Ella Derkach. The paradigm of legal regulation of economic activity in the field of transport in terms of the concept of sustainable development

The article highlights the current issues of legal regulation of economic activity in the field of transport, as well as identifies areas for development of relevant legislation in terms of the sustainable development concept. It is noted that the pandemic caused by COVID-19 has become a real test for the world economy, affecting global supply chains, the transformation of traditional approaches to the organization and implementation of economic activities in the field of transport in favor of digital ones. Currently, the transport system of Ukraine faces global challenges, in particular application of a balanced approach to optimizing mobility, taking into account new trade models, digitalization, development of environmentally friendly modes of transport. To achieve the UN's Sustainable Development goals (including sustainable infrastructure, stimulating innovation, combating climate change and its effects, and a global partnership for sustainable development), transport is expected to become environmentally responsible, inclusive, efficient and economically sustainable. Achieving climate goals also requires a shift to more environmentally friendly modes of transport, such as rail and inland waterway transport, a combination of different modes of transport in multimodal transportation. In terms of digital economy innovations become the tool of sustainable development of the Ukrainian transport system. The author concludes that the Charter on freight transportation of the Commercial Code of Ukraine should be developed due to the digitalization in transportion process, increasing the number of participants of economic activities in the field of transport, developing transport contracts. In addition, the priority state task is adoption of laws on multimodal transportation, on railway transport, on the National Commission for State Regulation of Transport, etc. In this regard, a balanced state policy is needed in order to formate the adequate legal basis for sustainable development of the transport system in a pandemic,as well as its international integration.

Key words: digital economy, transport, infrastructure, innovations, digitalization, logistics, transport legislation.

УДК 342.531.41:346.91
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.10

Олександр Івасин,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного, цивільного та комерційного права
Київського національного торговельно-економічного університету

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ «JURA NOVIT CURIA» У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ ВЕРХОВНОГО СУДУ ПІД ЧАС РОЗГЛЯДУ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ

У статті автор розкриває особливості застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») господарськими судами, в тому числі умови застосування такого принципу задля уникнення ситуації порушення принципу диспозитивності.

Завданням господарського судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності, та розгляд інших справ, віднесених до юрисдикції господарського суду, з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, держави (частина 1 статті 2 ГПК України).

Аналіз судової практики Верховного суду дає підстави виділити тенденцію застосування судом правової презумпції, що означає посилення ролі суду у тлумаченні норм права. Обов'язок суду першої та апеляційної інстанції застосовувати правові висновки Верховного суду під час ухвалення судового рішення посилює роль касаційної інстанції у формуванні єдиного підходу до застосування права.

У свою чергу, на Верховний суд покладений обов'язок перевірки правильного застосування сторонами та судами першої та апеляційної інстанцій норм права, тобто саме касаційна інстанція перевіряє вибір законодавства та способу захисту. Такий обов'язок і передбачає здійснення судочинства на підставі принципу «jura novit curia» («суд знає закони») під час розгляду господарських спорів.

Дослідження судової практики Верховного суду дасть можливість узагальнити порядок та умови застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») в господарському судочинстві.

Метою статті є виявлення особливостей застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») господарськими судами України на основі сформованої Верховним судом судової практики.

Завданням національних судів є забезпечення належного вивчення документів, аргументів і доказів, представлених сторонами

Застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») свідчить про виконання обов'язку Верховного суду, введеного в ч. 2 ст. 2 ГПК України, керуватися завданням господарського судочинства, який превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі.

Ключові слова: «jura novit curia», «суд знає закони», принцип диспозитивності, судова практика, господарський спір.

Постановка проблеми. Дослідженню принципів права, зокрема, в судочинстві присвячені праці українських дослідників у всіх галузях права, зокрема О.А. Беляневич, О. В. Дзери, Л. Є. Зуєва, А. М. Колодій, Н. С. Кузнєцової, М. П. Курило, Д. М. Притики, О. Ф. Скакун, О. В. Старчук, О. О. Уварова, В. С. Щербини та інших.

Водночас принцип «jura novit curia» («суд знає закони») не входить до класичного переліку принципів, які досліджуються науковцями, оскільки перебуває на межі теорії та практики.

На основі теоретико-правових висновків зазначених авторів ми спробуємо дослідити судову практику Касаційного господарського суду та проаналізуємо застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони»), що зацікавить науковців та створить ґрунт для подальших наукових дискусій.

Метою статті є виявлення особливостей застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») господарськими судами України на основі сформованої Верховним судом судової практики.

Виклад основного матеріалу. В українському цивільному процесуальному законодавстві відсутність вимоги вказувати у позовній заяві норми, які підлягають засто-

© О. Івасин, 2021

суванню, та встановлювати їх зміст є проявом дії принципу «iura novit curia» [1].

Суть «Jura novit curia» (з лат. «суд знає закони») полягала в тому, що судді були вільні самі вибирати, які закони слід застосувати для вирішення розглянутого спору [2].

«Jura novit curia» – це латинський афоризм, який втілює принцип «суд знає закон». Іншими словами, це означає, що сторонам у спорі не потрібно відстоювати або доводити норми права, які необхідно застосувати у справі. Тоді як в арбітражі діє принцип, згідно з яким сторони повинні наводити у свої доводах правові аргументи, які дозволяють арбітру встановити те право, яке потрібно застосувати та застосувати його [3].

В Енциклопедичному словнику Брокгауза і Ефрона вислів «Jura novit curia» трактується так, що суду відомі закони, основи римського права, які враховані і всіма новітніми законодавствами, за якими сторони не повинні доводити перед судом існування і дію конкретної правової норми; виняток становлять норми звичаєвого права і положення іноземного права, оскільки останні мають вплив на процес [4].

Г. Ф. Шершеневич у праці із загальної теорії права зазначав, що зміст принципу «jura novit curia», окрім знання судом норм діючого права, включає і самостійний пошук тієї норми, яка найбільше підходить до даного випадку, хоча зацікавлені особи і намагаються спростити завдання зазначенням норм, на підставі яких вони звертаються до судового захисту [5].

Л. В. Терентьєва зазначає, що римська максима «jura novit curia» фактично містить у собі декілька тезисів: 1) суд знає право; 2) суд здійснює самостійне дослідження норм права незалежно від посилань сторін на них; 3) суд самостійно застосовує право до фактичних обставин, як вони подані суду сторонами, що є відображенням максими «da mihi factum, dabo tibi jus» – сторони мають надавати виключно фактичні обставини, а правову оцінку їм надає суд. У зв'язку із зазначеним, виходячи з широкого тлумачення, «jura novit curia» включає в себе не тільки факт того, що суду відоме право, але й самостійний пошук права для правильної оцінки фактичних обставин і застосування права судом [6].

Положення зазначеного принципу в господарському процесуальному праві знаходить своє відображення в статтях ГПК України й описане частково за певними характеристиками. Зокрема, в частині 1 статті 236 ГПК України зазначено, що судове рішення повинно ґрунтуватися на засадах верховенства права, бути законним і обґрунтованим.

При цьому в частині 4 статті 236 ГПК України на суд покладено обов'язок, вибираючи і застосовуючи норму права до спірних правовідносин, враховувати висновки щодо застосування норм права, викладені в постановах Верховного Суду.

Процесуальне законодавство також містить певні обмеження в діяльності суду під час вирішення справи по суті і в частині 2 статті 237 ГПК України забороняє виходити у рішенні за межі позовних вимог.

Відповідно до пунктів 7, 8 частини 4 статті 238 ГПК України у мотивувальній частині рішення зазначаються: норми права, які застосував суд, та мотиви їх застосування; норми права, на які посилалися сторони, які суд не застосував, та мотиви їх незастосування.

Тобто, як бачимо, законодавець передбачив застосування принципу «jura novit curia» в певній сукупності під час ухвалення судового рішення:

– відповідно до норм матеріального права при дотриманні норм процесуального права;

– з урахуванням висновків щодо застосування норм права, викладених у постановах Верховного Суду;

– без виходу за межі позовних вимог;

– з обов'язковим мотивуванням застосування одних норм та незастосуванням інших норм права.

На Верховний Суд покладено обов'язок вирішувати особливо складні питання у застосуванні норм права.

Так, відповідно до частини 1 статті 300 ГПК України, переглядаючи у касаційному порядку судові рішення, суд касаційної інстанції в межах доводів та вимог касаційної скарги, які стали підставою для відкриття касаційного провадження, та на підставі встановлених фактичних обставин справи перевіряє правильність застосування судом першої чи апеляційної інстанції норм матеріального і процесуального права.

Європейський суд з прав людини у справі «Гаріб (Garib) проти Нідерландів» (Скарга № 43494/09) у складі Великої палати зазначив (§ 98 постанови), що дійсно Європейський суд відповідальний за юридичну кваліфікацію обставин справи, внаслідок чого суд не повинен себе обмежувати правову кваліфікацію, яку можуть запропонувати заявник або влада держави-відповідача (див. серед багатьох інших прикладів Постанову Великої Палати Європейського суду у справі «Скоппола проти Італії (№ 2)» (Scoppola v. Italy) (№ 2) від 17 вересня 2009 р., скарга № 10249/03, § 54, Рішення Великої Палати Європейського Суду у справі «Гергина проти Румунії» від 09 липня 2015 р., скарга

№ 42219/07, § 59). Проте Європейський Суд не може вільно розглядати скаргу без урахування процесуального контексту, в якому формувалася дана скарга [7].

Тобто Європейський Суд акцентував увагу на тому, що не можна застосовувати вказаний принцип без повного та всебічного дослідження справи, в тому числі ігнорувати ті посилання та зміст заяви, яку надавав скаржник.

Яким же чином Верховний Суд, приймаючи постанови, застосовує вказаний принцип та при цьому не порушує інші принципи господарського процесуального законодавства?

Так, Верховний суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у своїй постанові від 04 березня 2020 року у справі № 917/32/17 зазначив, що апеляційний суд у даній справі правомірно визнав, що немає підстав для застосування до спірних правовідносин приписів чинного законодавства України про відшкодування шкоди (збитків) власникам земельних ділянок, оскільки 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.

Аналогічний правовий висновок викладено в постановах Великої Палати Верховного Суду від 04.12.2019 у справі № 917/1739/17, від 20.11.2018 у справі № 922/3412/ 17, від 23.05.2018 у справі 629/4628/16-ц.

Разом із цим суд касаційної інстанції не може погодитися з висновками суду апеляційної інстанції про відмову у позові про стягнення заборгованості лише через те, що спірні правовідносини кваліфіковані помилково – як такі, що виникли із завдання збитків у зв'язку з використанням земельної ділянки без правовстановлюючих документів, виходячи з такого.

Предметом позову є матеріально-правова вимога позивача до відповідача, а підставою позову є факти, які обґрунтовують вимогу про захист права чи законного інтересу.

На відміну від викладеного, правові 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 вважав суд апеляційної інстанції у цій справі.

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.

При цьому 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 і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини. Зазначення позивачем конкретної правової норми на обґрунтування позову не є визначальним у вирішенні судом питання про те, яким законом слід керуватися для вирішення спору (аналогічну правову позицію викладено у постанові Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 23.10.2019 у справі № 761/6144/15-ц (провадження № 61-18064св18)).

Саме на суд покладено обов'язок надати правову кваліфікацію відносинам сторін, виходячи із фактів, установлених 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 призводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту.

Проте суд апеляційної інстанції зазначеного не врахував та дійшов передчасного висновку про відмову у задоволенні позову, не застосувавши до спірних правовідносин правову норму, яка підлягає застосуванню [8].

Суд згідно з принципом jura novit curia («суд знає закони») під час розгляду справи має самостійно перевірити доводи сторін (аналогічну правову позицію викладено у постанові Великої Палати Верховного Суду від 12.06.2019 у справі № 487/10128/14-ц (провадження № 14-473цс18) та від 26.06.2019 у справі № 587/430/16-ц (провадження № 14-104цс19)).

Велика Палата Верховного Суду у постанові від 04.12.2019 у справі № 917/1739/17 наголосила, що саме на суд покладено обов'язок надати правову кваліфікацію відносинам сторін, виходячи із фактів, установлених під час розгляду справи, та визначити, яку правову норму необхідно застосувати для вирішення спору. Самостійне застосу-

вання судом для прийняття рішення саме тих норм матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, не призводить до зміни предмета позову та/або обраного позивачем способу захисту.

Аналогічна правова позиція представлена у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 30 січня 2020 року у справі № 904/1093/19, де у пункті 8.31 постанови зазначено, що, оскільки самостійне застосування судом для прийняття рішення саме тих норм матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, не призводить до зміни предмета позову та/або обраного позивачем способу захисту, Суд відхиляє доводи Скаржника (підпункт 4.3 цієї постанови), що суд апеляційної інстанції змінив предмет позову [9].

Суддя Касаційного господарського суду Верховного суду Л. Й. Катеринчук в своїй окремій думці від 15.05.2020 року у справі № 904/897/19 зазначила, що, застосовуючи конкретні норми права, суд має встановити об'єктивну істину і застосувати ту норму права, яка має бути застосована у даних правовідносинах [10].

В іншій справі Верховний суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у своїй постанові від 28.05.2020 року у справі № 914/2300/18 зазначив, що суд апеляційної інстанції з посиланням на принцип «jura novit curia» – «суд знає закони» – застосував у вирішенні спору приписи юридичних норм, які вважав належними, незважаючи на обставини, наведені в апеляційній скарзі.

Виходячи з принципу судочинства «jura novit curia» – «суд знає закони», неправильна юридична кваліфікація позивачем спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення спору належні приписи юридичних норм, у зв'язку з чим суди мають самостійно перевіряти доводи сторін щодо застосування закону, який регулює спірні правовідносини, та надати правильну правову кваліфікацію цим відносинам і зобов'язанням сторін. Аналогічна правова позиція викладена у постановах Великої Палати Верховного Суду від 12.06.2019 у справі № 487/10128/14-ц, від 26.06.2019 у справі № 587/430/16-ц та у постановах Верховного Суду від 06.11.2019 у справі № 905/2419/18 та від 13.02.2020 у справі № 921/109/19.

Отже, застосування принципу судочинства «jura novit curia» – «суд знає закони» – саме по собі є правильним та не порушує приписів процесуального законодавства, водночас таке застосування повинно бути обґрунтованим та доцільним, проте у вирішенні спору зі справи № 914/2300/18 суд апеляційної інстанції у застосуванні норм права не врахував суб'єктно-об'єктний склад спірних правовідносин та специфіку їх правового регулювання, відповідно, зазначаючи застосування принципу судочинства «jura novit curia» – «суд знає закони», не застосував його [11].

В іншій справі Колегія суддів об'єднаної палати Касаційного господарського суду у справі № 910/10191/17 від 25 жовтня 2019 року відмовилася застосувати вказаний принцип, оскільки, на думку суду, застосування принципу судочинства «jura novit curia» буде порушувати принцип диспозитивності.

В ухвалі Верховного Суду зазначено, що саме на позивача покладено обовязок у позовній заяві викласти обставини, якими він обґрунтовує свої вимоги, зазначити докази, що підтверджують вказані обставини, а також вказати правові підстави позову, а суд, зберігаючи обєктивність та неупередженість, під час розгляду справи повинен надати правильну правову кваліфікацію відносинам сторін, виходячи з фактів, установлених під час розгляду справи, і не застосовує самостійно для прийняття рішення ті норми матеріального і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, якщо позивач не обґрунтовує ними свої вимоги з наданням відповідних доказів і застосування цих норм призводить до зміни предмета позову або вибраного способу захисту прав та інтересів.

Тобто, на думку Суду, 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 відповідного клопотання 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, заперечуючи проти позову, наводить доводи саме щодо тих підстав та обґрунтувань, які наводяться позивачем у справі).

З огляду на викладене, Суд погодився з правовою позицією, викладеною Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду у постанові від 03.06.2019 у справі № 712/3273/18. Так, залишаючи без змін оскаржувану постанову апеляційного господарського суду, касаційний суд зазначив, що, встановивши відсутність підстав для застосування до спірних правовідносин при-

писів чинного законодавства України про відшкодування шкоди (збитків) власнику земельної ділянки та обрання позивачем неправильного способу захисту порушеного права (у вигляді відшкодування збитків, а не стягнення коштів у зв'язку з їх збереженням без достатньої правової підстави), апеляційний суд дійшов обґрунтованого висновку про скасування рішення суду першої інстанції та відмову у позові [12].

Аналогічна правова позиція зазначена у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 25 листопада 2019 року у справі № 910/1806/19 [13].

Велика Палата Верховного суду у своїй постанові від 04 грудня 2019 року у справі № 917/1739/17 розставила акценти щодо правових підстав позову та предмета позову.

У пунктах 83, 86 Постанови Велика Палата ВС зазначила, що, на відміну від викладеного, правові 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. Велика Палата Верховного Суду зазначає, що саме на суд покладено обов`язок надати правову кваліфікацію відносинам сторін виходячи із фактів, установлених 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 призводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту [14].

Аналогічна позиція зазначена у постанові Верховного суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 915/940/18 від 16.06.2020 року [15].

Завданням національних судів є забезпечення належного вивчення документів, аргументів і доказів, представлених сторонами (рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ван де Гурк проти Нідерландів»).

У своїй постанові від 25 лютого 2020 року у справі № 920/503/19 колегія суддів Касаційного господарського суду зазначала, що згідно з принципом jura novit curia («суд знає закони») неправильна юридична кваліфікація позивачем і відповідачами спірних правовідносин не звільняє суд від обов'язку застосувати для вирішення спору належні приписи юридичних норм. На необхідність дотримання судами вказаного принципу неодноразово звертала увагу Велика Палата Верховного Суду, зокрема, у постановах від 04.09.2019 у справі № 265/6582/16-ц, від 12.06.2019 у справі № 487/10128/14-ц тощо [16].

Аналогічна правова позиція викладена у постановах Великої Палати Верховного Суду від 12.06.2019 у справі № 487/10128/14-ц та від 26.06.2019 у справі № 587/430/16-ц, у постанові Верховного Суду від 06.11.2019 у справі № 905/2419/18).

Таким чином, застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») свідчить про виконання обов'язку Верховного суду, введеного в ч. 2 ст. 2 ГПК України, керуватися завданням господарського судочинства, який превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі. При цьому таке застосування принципу «jura novit curia» («суд знає закони») передбачає, що суд:

1) не може виходити за межі позовних вимог;

2) має здійснювати юридичну кваліфікацію правовідносин та належним чином визначати норми права, які слід застосувати до спірних правовідносин;

3) повинен застосовувати такий принцип незалежно від заяв чи клопотань сторін;

4) повинен не порушувати принцип диспозитивності;

5) враховувати встановлені судами обставини у справі.

Список використаних джерел:

1. Пільков К.М. Особливості предмету доказування в міжнародному комерційному арбітражі. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2013. № 4(69). URL: http://zt.knute.edu.ua/files/2013/4(69)/uazt_2013_4_23.pdf (дата звернення: 10.12.2020).

2. Кодекс Юстиниана. Большая советская энциклопедия : в 30 томах / под ред. А. М. Прохоров. 3-е издание. Москва : Советская энциклопедия, 1969-1978.

3. Marièle Coulet Diaz. Jura Novit Curia and Ethics in International Arbitration. *Le Petit Juriste*. URL: https://www.lepetitjuriste.fr/jura-novit-curia-and-ethics-in-international-arbitration/ (дата звернення: 05.12.2020).

4. Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона (ЭСБЭ). URL: http://klassikaknigi.info/entsiklopedicheskij-slovar-brokgauza-i-efrona/ (дата звернення: 05.12.2020).

5. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Тома I-II. Москва, издание Братьев

Башмаковых, 1910 г. URL: http://base.garant.ru/3943993/#ixzz6inaRQXCJ (дата звернення: 05.12.2020).

6. Терентьева Л.В. Общеправовая презумпция jura novit curia и отраслевая презумпция jura aliena novit curia международного гражданского процесса. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2018. № 3. С. 195–213. URL: https://law-journal.hse.ru/2018--3/226960078.html (дата звернення: 05.12.2020).

7. Бюллетень Европейского суда по правам человека. URL: https://echr.today/upload/iblock/7d8/7d88e7abd105a5538c6067f10f18c1e7.pdf (дата звернення: 05.12.2020).

8. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87995516 (дата звернення: 01.12.2020).

9. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87329888 (дата звернення: 01.12.2020).

10. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89966501 (дата звернення: 01.12.2020).

11. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89485053 (дата звернення: 01.12.2020).

12. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85297186 (дата звернення: 01.12.2020).

13. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85933416 (дата звернення: 01.12.2020).

14. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86310237 (дата звернення: 01.12.2020).

15. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90083648 (дата звернення: 01.12.2020).

16. Реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87929190 (дата звернення: 01.12.2020).

Oleksandr Ivasyn. Application of the principle "jura novit curia" in the judicial practice of the Supreme Court in commercial disputes

Commercial courts in carrying out tasks, carry out proceedings on the general principles enshrined in the Codex of Commercial Procedure of Ukraine. Thus competition of principles is not allowed, but quite often such situation can be created by the parties artificially.

The purpose of the article is to identify the peculiarities of the application of the principle of "jura novit curia" ("the court knows the laws") by the commercial courts of Ukraine on the basis of the judicial practice formed by the Commercial Cassation Court.

Based on the principle of "jura novit curia" – "the court knows the law", the incorrect legal qualification of the plaintiff in the disputed legal relationship does not release the court from liability for revocation of the dispute, the provisions of legal norms, due to the fact that they do not have to check page information on the application of the law governing the disputed legal relationship and provides the correct legal qualification of this relationship and the obligation of the page. A similar legal position is set out in the decisions of the Grand Chamber of the Supreme Court in the case № 487/10128/14-ts, in the case № 587/430/16-ts and in the decisions of the Supreme Court of 06.11.2019 in cases № 905/2419/18, in case № 921/109/19.

The article examines the judicial practice of the Supreme Court on the application of the principle of "jura novit curia". The application of this principle provides comprehensive protection of the participants in the case and creates conditions for the uniform application of substantive law.

The task of national courts is to ensure that the documents, arguments and evidence submitted by the parties are properly examined.

The application of the principle of "jura novit curia" ("the court knows the laws") testifies to the fulfillment of the duty of the Supreme Court under Part 2 of Art. 2 Codex of Commercial Procedure of Ukraine, be guided by the task of commercial litigation, which prevails over any other considerations in the trial.

It is the court's duty to provide a legal qualification to the relationship between the parties based on the facts established during the proceedings, and to determine which legal norm is to be applied to resolve the dispute.

Key words: "jura novit curia", "the court knows the laws", the principle of dispositiveness, case law, commercial dispute.

УДК 341.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.11

Андрій Мінченко,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного, господарського та екологічного права
Університету митної справи та фінансів

Анатолій Мазур,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного та митного права
Університету митної справи та фінансів

МІЖНАРОДНІ НОРМАТИВНІ АКТИ ЯК ДЖЕРЕЛА РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН ТА ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ З НАЦІОНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Статтю присвячено дослідженню актів міжнародного права, які регулюють зовнішньоекономічні відносини, їх співвідношенню з актами національного законодавства, у тому числі з Основним законом держави – Конституцією України.

У роботі встановлено, що в юридичній науці питання системи міжнародних нормативних актів як джерел регулювання зовнішньоекономічних відносин та їх групування за принципом міжнародних організацій, у структурі яких вони виникають, а також їх співвідношення з національним законодавством України становить актуальну, недостатньо охоплену дослідженнями сферу наукового пошуку.

З огляду на сучасні тенденції до формування системи міжнародно-правових норм у сфері зовнішньоекономічної діяльності, обґрунтовується теза про необхідність згрупувати їх відповідно до видів міжнародних організацій, в межах яких вони утворюються, та встановити їхній вплив на структуру національного законодавства України.

Стверджується, що в системі правових джерел, які регулюють зовнішньоекономічні відносини, міжнародні правові акти відіграють особливу роль. Одним зі способів їх систематизації є групування за міжнародними організаціями, в рамках яких досягається міждержавний консенсус щодо унормування тих чи інших видів зовнішньоекономічної діяльності у різних сферах: експорту й імпорту, надання послуг, кооперації, фінансів, товарообміну, інших.

Таким чином, запропоновано систематизацію міжнародно-правових актів, предметом регулювання яких є зовнішньоекономічна діяльність, із розподілом їх на міжнародні договори під егідою ООН, міжнародні договори в межах ГАТТ/СОТ, міжнародні договори в рамках РМС/ВМО, міжнародні багатосторонні договори в межах економіко-політичних союзів та інших подібних утворень.

Також встановлено що практичне застосування правил міжнародних договорів, які слугують моделлю для провадження зовнішньоекономічної діяльності, може викликати деякі складнощі, адже законодавство України не позбавлене певних прогалин у застосуванні правових норм чи звичаїв, що стосуються зовнішньоекономічної діяльності.

Зроблено висновок про те, що зовнішньоекономічна діяльність є особливою сферою міждержавних відносин, правове регулювання якої відбувається на декількох рівнях: національному та міжнародному, приватному та публічному. Наголошено на важливості пошуку оптимального співвідношення усіх зазначених форм права, а коректне групування міжнародних договірних норм у сфері зовнішньоекономічної діяльності потенційно слугуватиме правильному структуруванню національного законодавства у цій сфері.

Ключові слова: система міжнародних договорів, міжнародні нормативні акти, міжнародні організації, зовнішньоекономічна діяльність, структурування національного законодавства.

Постановка проблеми. Зовнішньоекономічні відносини становлять предмет зовнішньоекономічної діяльності, яка, відповідно до положень ст. 18 Конституції України, спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання

© А. Мінченко, А. Мазур, 2021

мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права. Ці відносини, як і будь-які інші, потребують врегулювання, що здійснюється за допомогою комплексу передбачених заходів та методів.

Міжнародний рівень правового регулювання зовнішньоекономічних відносин формують норми різних напрямів, які охоплюють торговельні, трудові, виробничі, фінансові та інші правовідносини. Ці норми віднаходять своє формування в межах функціональної діяльності міжнародних організацій і отримують відповідну потенційну перспективу інтегрування до норм національних правових систем. Взаємозумовленість таких процесів створює необхідність теоретичного дослідження окремих груп норм, що формуються в межах міжнародних організацій, та їх співвідношення з національним законодавством України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти, пов'язані з предметом цього дослідження, відображені у працях як національних, так і іноземних представників наукової спільноти. Зокрема, серед останніх, Н. В. Атамановою у науковій статті «Роль та значення міжнародних договорів у національній правовій системі України» [1] проаналізовано полеміку щодо складових частин процесу тлумачення міжнародних договорів як у загальнотеоретичному, так і в спеціально юридичному вимірі. Окремі праці присвячено тим чи іншим договорам в окремих сферах міжнародних відносин. Так, А. Ромашко, І. Верба, Я. Лемберг присвятили свою роботу класифікації основних міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності [9]; І. Ф. Колонтаєвська – правовому регулюванню зовнішньоекономічних відносин [5]. Разом із тим розгляд системи міжнародних нормативних актів як джерел регулювання зовнішньоекономічних відносин та їх групування за принципом міжнародних організацій, у структурі яких вони виникають, а також їх співвідношення із національним законодавством України становить актуальну, недостатньо охоплену дослідженнями частину наукового поля.

Формулювання цілей статті. З огляду на сучасні тенденції до формування системи міжнародно-правових норм у сфері зовнішньоекономічної діяльності, сформувати їх групи відповідно до видів міжнародних організацій, в межах яких вони утворюються, та встановити їх вплив на структурування національного законодавства України – **мета цієї статті.**

Виклад основного матеріалу. Міжнародні договори є основним джерелом правового регулювання відносин, що виникають у зовнішньоекономічній сфері. У них закріплюються норми й принципи, що регулюють міжнародні відносини в зовнішньоекономічній сфері; у конкретній формі фіксуються домовленості сторін про створення обов'язкових для них правил поведінки; регламентуються встановлення, зміна чи припинення взаємних прав та обов'язків. Одним із принципів ЗЕД згідно зі ст. 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [7] є принцип суверенітету народу України у здійсненні зовнішньоекономічної діяльності, що, зокрема, полягає в обов'язку України неухильно виконувати всі договори і зобов'язання держави в галузі міжнародних економічних відносин. Інший важливий принцип – принцип захисту інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, який полягає в тому, що Україна, як держава, захищає державні інтереси як на її території, так і за її межами лише відповідно до законів України, умов підписаних нею міжнародних договорів та норм міжнародного права.

У міжнародних угодах і договорах, норми яких впливають на регулювання ЗЕД, уніфікуються і стандартизуються правила міжнародної торгівлі, що сприяє прискоренню, полегшенню і здешевленню комерційних переговорів, веденню операцій з купівлі-продажу, закріплюються принципи-режими, що застосовуються у зовнішньоекономічній діяльності конкретної держави (принцип найбільшого сприяння, національний режим), обумовлюються особливі випадки дії тих чи інших торгових правил [2, с. 27].

Як правова форма зовнішньоекономічної діяльності, зовнішньоекономічні операції регулюються нормами міжнародного приватного права. Разом із цим у науковій літературі наголошується, що «відмінними рисами правового регулювання зовнішньоекономічних угод є: взаємодія (найчастіше колізійна) норм міжнародного та національного права; застосування норм різної галузевої приналежності національного права; широке поширення форм недержавного регулювання (контрактних умов, звичаїв міжнародної торгівлі, судової та арбітражної практики)» [5, с. 215–216]. У системі правових джерел, які регулюють зовнішньоекономічні відносини, міжнародні правові акти відіграють особливу роль. Одним зі способів їх групування є розподіл останніх в межах міжнародних організацій, що дозволяє їх об'єднати за предметом правового регулювання.

Міжнародні договори в межах ООН – міжнародні договори, які містять уніфіковані норми права, між урядами двох, кількох або багатьох країн, що передбачають дотримання загальних узгоджених правил у певній сфері. До цієї групи міжнародних договорів належить ціла низка конвенцій, особливе місце серед яких займають Конвенція про порядок розв'язання інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (1965 р.); Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (1974 р.); Конвенція ООН про договір міжнародної купівлі-продажу товарів (1980 р.); Конвенція ООН з боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів та психотропних речовин (1988 р.); Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг (1988 р.); Конвенція про міжнародний факторинг (1988 р.).

Міжнародні договори в межах ГАТТ/СОТ – міжнародні договори, які містять уніфіковані норми щодо торговельно-економічного співробітництва між урядами двох, кількох або багатьох країн, що передбачають дотримання загальних узгоджених правил у цій сфері. Міжнародні багатосторонні угоди ГАТТ/СОТ передбачають узгодження країнами-членами СОТ свого законодавства з положеннями ГАТТ; подальше зниження тарифів на 40 % п'ятьма рівномірними річними частками (країни, що розвиваються, і країни з перехідною економікою можуть мати нижчі темпи зниження тарифів). Головними угодами в рамках ГАТТ/СОТ є: Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ), Генеральна угода з торгівлі послугами (ГАТС), Угода про торговельні аспекти прав на інтелектуальну власність (ТРІПС). Ці та інші угоди розміщено в додатках до Угоди про заснування Світової організації торгівлі (набрала чинність для України 16.05.2008 р.).

Міжнародні договори в межах РМС/ВМО – конвенції, які спрямовані на встановлення основних принципів митного режиму для країн, які приєдналися до цих конвенцій, а також загальних правил здійснення митного контролю і стягнення митних тарифів, співробітництва між країнами світової спільноти в цій сфері. Цю групу конвенцій представляють: Конвенція про створення Ради митного співробітництва (1950 р.), чинна для України з 1992 р.; Митна конвенція про карнет А.Т.А. для тимчасового ввезення товарів (1957 р.); Міжнародна конвенція про спрощення та гармонізацію митних процедур (19073 р.); Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) (1975 р.); Міжнародна конвенція про узгодження умов проведення контролю вантажів на кордонах (1982 р.); Конвенція про контроль за транскордонним перевезенням небезпечних відходів та їх видаленням (1989 р.); Конвенція про тимчасове ввезення (1990 р.).

Міжнародні багатосторонні договори в межах економічних союзів – міжнародні договори, які містять уніфіковані норми щодо зовнішньоекономічної діяльності між урядами кількох країн-членів відповідного економічного блоку, що передбачають дотримання загальних узгоджених правил у даній сфері. До них належать: *міжнародні багатосторонні договори в межах ЄС* (добровільно узгоджені країнами-членами Європейського союзу загальні правила поведінки, що укладені у формі угод); *міжнародні багатосторонні договори в межах СНД* (добровільно узгоджені країнами-членами Співдружності Незалежних Держав загальні правила поведінки в цій сфері, що укладені у формі угод, конвенцій, протоколів тощо); *міжнародні багатосторонні договори в рамках інших економічних блоків* (створюються міжурядовими комісіями відповідних держав, які зацікавлені у вирішенні конкретних питань).

Україна визнає для себе примат міжнародного права, але в обмеженому обсязі. Особливості застосування в Україні суб'єктами внутрішнього права норм міжнародного права встановлені Конституцією та законами України.

Відповідно до Закону України «Про міжнародні договори України» [8] чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства (ст. 19). Тобто очікувати, поки положення договору будуть трансформовані в акти внутрішнього законодавства, як зауважує М. І. Козюбра, правозастосовним органам України не потрібно. Вони повинні застосовуватися після набрання ратифікованим міжнародним договором чинності. Ратифікований міжнародний договір набуває подвійного характеру. З одного боку, він залишається джерелом міжнародного права, що регламентує зовнішні зобов'язання України, а з іншого – стає джерелом внутрішнього, національного права України [4, с. 5].

Конституція України у ст. 9 закріпила, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, а Укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України [6].

Іншими словами, норми таких міжнародних договорів України повинні мати силу не меншу, ніж закони України, але не силу Конституції України. Отже, у внутрішньому правопорядку міжнародний договір, обов'язковий для України, не може суперечити Конституції України. Якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж передбачені законом України, повинні застосовуватися правила міжнародного договору. Це твердження ґрунтується на ст. 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., учасницею якої є Україна: «...учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору» [3]. Відповідно, державні органи й органи місцевого самоврядування не мають права звузити чи скасувати своїми нормативно-правовими актами будь-які зобов'язання, що містяться в чинному міжнародному договорі. Тому, якщо нормативно-правовий акт, прийнятий після надання Верховною Радою України згоди на обов'язковість міжнародного договору, встановлює інші правила, ніж передбачені в міжнародному договорі, слід застосовувати правила, передбачені цим договором. З дати надання Верховною Радою України згоди на обов'язковість міжнародного договору не можуть застосовуватися норми внутрішньодержавних нормативно-правових актів (за винятком норм конституційних актів), що суперечать нормам цього договору.

Застосування міжнародних договорів, що слугують моделлю для провадження зовнішньоекономічної діяльності, може викликати деякі складнощі, адже законодавство України не позбавлене певних прогалин у застосуванні правових норм чи звичаїв, що стосуються зовнішньоекономічної діяльності. Так, у науковій літературі звертається увага й на те, що «в нашій країні може існувати міжнародний договір, який не є частиною українського законодавства, адже ст. 9 Конституції України досить чітко визначила, що частиною українського законодавства є тільки той чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого буде надана Верховною Радою України. Ця згода надається згідно зі ст. 9 Закону «Про міжнародні договори України» [8] у вигляді закону щодо ратифікації окремих міжнародних договорів» [1, с. 11]. Н. В. Атаманова, стоячи на позиціях більш крайнього формалізму, доходить висновку, що насамперед укладені від імені України міжвідомчі угоди, які не вимагають ратифікації згідно зі ст. 9 Закону «Про міжнародні договори України», не можуть застосовуватись, адже не визнаються частиною українського законодавства ст. 9 Конституції України» [1, с. 11].

Висновки

Зовнішньоекономічна діяльність є особливою сферою суспільних міждержавних відносин. Її правове регулювання знаходиться на декількох рівнях: національному та міжнародному, приватному та публічному – і, у свою чергу, не позбавлене відповідних прогалин. У такій системі відносин публічний рівень часто змішується із приватним, що хоча й не є непритаманним для зовнішньоекономічних відносин, однак потребує додаткової уваги під час правозастосування. А тому під час провадження зовнішньоекономічних операцій важливо віднаходити оптимальне співвідношення усіх форм права. Крім того, коректне групування міжнародних договірних норм у сфері зовнішньоекономічної діяльності потенційно слугує правильному структуруванню національного законодавства у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Атаманова Н. В. Роль та значення міжнародних договорів у національній правовій системі України. *Право і суспільство*. 2020. № 2-1. С. 7–13.

2. Вельяминов Г. М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. Москва: Волтерс Клувер, 2004. 478 с.

3. Віденська конвенція про право міжнародних договорів : Конвенція ООН від 23.05.1969. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#top (дата звернення: 03.01.2021).

4. Козюбра М. І. Співвідношення національних і міжнародних правових систем. *Наукові записки НаУКМА*. Юридичні науки. 2016. Т. 181. С. 5

5. Колонтаевская И. Ф. Правовое регулирование внешнеэкономических отношений. *Современные тенденции в экономике и управлении: новый взгляд*. 2013. № 22. С. 213–216. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoe-regulirovanie-vneshneekonomicheskih-otnosheniy (дата звернення: 03.01.2021).

6. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

7. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 року № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 29. Ст. 377.

8. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 № 1906-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

9. Ромашко А., Верба І., Лемберг Я. Класифікація основних міжнародних договорів у сфері інтелектуальної власності. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2014. № 2. С. 30–37.

Andrii Minchenko, Anatolii Mazur. International regulations as sources of regulation of foreign economic relations and their relationship with the national legislation of Ukraine

The article is devoted to the study of acts of international law that regulate foreign economic relations, their relationship with acts of national legislation, including the Basic Law of the state – the Constitution of Ukraine.

It is established that in jurisprudence the consideration of the system of international normative acts as sources of regulation of foreign economic relations and their grouping according to the principle of international organizations in the structure of which they arise, as well as their relation to the national legislation of Ukraine is relevant, insufficiently covered by research.

Given the current trends in the formation of a system of international law in the field of foreign economic activity, substantiates the thesis of the need to group them according to the types of international organizations within which they are formed and establish their impact on the structure of national legislation of Ukraine.

It is argued that in the system of legal sources that regulate foreign economic relations, international legal acts play a special role. One of the ways to systematize them is grouping by international organizations, within which an interstate consensus is reached on the normalization of certain types of foreign economic activity in various fields: exports and imports, services, cooperation, finance, trade, and others.

Thus, it is proposed to systematize international legal acts, the subject of regulation of which is foreign economic activity, with their division into international treaties under the auspices of the UN, international treaties within GATT / WTO, international treaties within the ICC / WMO, international multilateral treaties within economic political unions and other similar entities.

It is also established that the practical application of the rules of international treaties, which serve as a model for foreign economic activity, may cause some difficulties, because the legislation of Ukraine is not without certain gaps in the application of legal norms or customs relating to foreign economic activity.

It is concluded that foreign economic activity is a special area of interstate relations, the legal regulation of which takes place at several levels: national and international, private and public. The importance of finding the optimal ratio of all these forms of law is emphasized, and the correct grouping of international treaty norms in the field of foreign economic activity will serve the potentially correct structuring of national legislation in this area.

Key words: system of international agreements, international normative acts, international organizations, foreign economic activity, structuring of national legislation.

УДК 346.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.12

Наталія Петренко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри професійних та спеціальних дисциплін
Херсонського факультету
Одеського державного університету внутрішніх справ

ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Статтю присвячено інституту врегулювання спору за участю судді. Так, норми, які регламентують цю процедуру, запроваджено до Господарського процесуального кодексу України у 2017 році. Проте, незважаючи на те що вони вже діють майже три роки, широкого застосування вони не отримали. Отже, станом на сьогодні в судовій системі та суспільстві виникли певні труднощі щодо реалізації цієї процедури. Убачається, що не здобула прихильності ні серед суддівського корпусу, ні серед адвокатів та було піддана критиці з боку науковців. Однак зростання кількості спорів, у тому числі тих, які передаються на вирішення суду, відсутність культури ведення ділових переговорів і загалом вирішення конфліктів шляхом ведення переговорів зумовлюють необхідність детального дослідження цього інституту. Так, однією з найвагоміших проблем, які виявлені при дослідженні цього інституту, є загроза зловживання процесуальними правами та застосування цього інституту з метою заміни складу суду, який розглядає справу. При цьому науковці зауважують, що цей інститут буде застосовуватися за відсутності підстав для появи відводу. У статті запропоновано шляхи вирішення окресленої проблеми. Окремою формою зловживання правом при зверненні до цієї процедури є бажання однієї зі сторін затягнути розгляд справи по суті. Проте з аналізу норм господарського процесуального законодавства вбачається, що наявні дієві механізми, які дають змогу цього уникнути. Отже, у результаті аналізу чинного законодавства, наукової доктрини та судової практики зроблено висновок щодо необхідності вдосконалення норм господарського процесуального законодавства з метою підвищення ефективності цього інституту. Отже, процедура врегулювання спору за участю судді має можливість успішно бути інтегрованою в судовий процес як один із видів альтернативного вирішення спорів.

Ключові слова: урегулювання спору за участю судді, спільні наради, закриті наради, господарське судочинство.

Постановка проблеми. Стан судової системи й процесуального законодавства є показником дотримання демократичного та правового вектору розвитку держави. Але тривала криза судової системи призводить до необхідності її реформування. Так, у результаті чергової реформи та прийняття нових редакцій процесуальних кодексів запровадженні нові процесуальні інституту. Новелою Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) України стало інтегрування інституту врегулювання спору за участю судді в господарське судочинство, який належить до альтернативних способів вирішення спорів.

Урегулювання спору за участю судді мало стати альтернативою вирішення спору судом і дати можливість сторонам самостійно вирішити конфлікт, який виник між ним, керуючись власними інтересами. Проте станом на сьогодні запроваджена новела не стала реальною альтернативою завершенню судового процесу шляхом отримання судового рішення по справі. З метою подальшого розвитку цього процесуального інституту необхідно його детальне дослідження та запровадження певних змін, які створять умови для його повноцінного функціонування.

Проблемі врегулювання спору за участю судді приділяли увагу такі науковці, як І. Бутирська, Н. Бондаренко-Зелінська, О.С. Можайкіна, В.Є. Прущак та інші.

Метою статті є аналіз результатів запровадження процедури врегулювання спору за участю судді в господарське судочинство через дослідження проблем, які виникли в ході реалізації норм процесуального законодавства, і виявлення шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Так, розвиток альтернативних способів вирішення

© Н. Петренко, 2021

спорів в Україні має дуже нетривалу історію. Говорячи про історичну ретроспективу, необхідно погодитися з висновком Н. Бондаренко-Зелінської, яка стверджує, що фактично в Україні процес розвитку способів урегулювання спорів, альтернативних судовому, активізувався лише після переорієнтування державотворчих процесів на створення незалежної, демократичної, правової держави (кілька останніх десятиліть) [1, с. 64]. Повертаючись безпосередньо до врегулювання спору за участю судді, убачається, що надання можливості сторонам мирно врегулювати спір, який уже перебуває на розгляді в суді, за безпосередньою за участю судді є інтегруванням одного з видів альтернативного врегулювання спору в судову систему.

Проте й у науковій літературі, і серед практиків виникає багато нарікань на недосконалість цієї процедури та наявні в ній недоліки, які фактично унеможливлюють її ефективне використання в судовій практиці.

Зокрема, одним із найістотніших недоліків, які вбачають у досліджуваній процедурі й науковці, і правники-практики, є можливість застосування процедури врегулювання спору за участю судді з метою зміни складу суду, який розглядає справу. Чинним ГПК України закріплено, що врегулювання спору за участю судді проводиться суддею-доповідачем одноособово незалежно від того, у якому складі розглядається справа (ч. 1 ст. 188 ГПК України). Зокрема, А. Бобкова, досліджуючи перспективи впровадження цієї процедури та вивчаючи ще Проект ГПК України, зробила висновок, що ймовірне також використання зазначеної процедури суддями з метою подальшого перерозподілу справи іншому складу суду й усунення від прийняття рішення у справі (квазісамовідвід від розгляду справи тощо) [2, с. 49]. На думку В. Мамницького та М. Кахнова, указана процедура може бути використана стороною (сторонами) з метою заміни судді в разі відсутності підстав для його відводу [3, с. 117]. Аналогічної точки зору дотримуються Т. Бережна [4, с. 20], А. Михайлов [5, с. 20] та інші. Обговорення цієї проблеми та наявності такої можливості призводить до того, що до сторони, яка пропонує застосувати досліджувану процедуру, у протилежної сторони виникає недовіра, яка обґрунтовується можливою наявністю бажання передати спір на вирішення іншого судді. Отже, ще більше поглиблюється конфлікт між сторонами та зростає рівень недовіри один до одного, що не тільки не призводить до примирення сторін, а й, навпаки, може змінити вектор взаємовідносин від налагодження діалогу до поглиблення суперечностей.

Так, для подолання зазначеної проблеми вбачається за можливе змінити порядок визначення судді, який бере участь у цій примирювальній процедурі. Відповідно до норм чинного ГПК України, суддею, який безпосередньо проводить процедуру врегулювання спору, є суддя по цій самій справі. З метою уникнення зазначеної вище проблеми необхідно закріпити, що врегулювання справи за участю судді проводиться іншим суддею, якого буде визначено в порядку, установленому ст. 32 ГПК України. При цьому влучним є зауваження Л. Романадзе, яка зазначає, що для ефективного функціонування досліджуваного інституту суддям необхідно опанувати спеціальні навички [6]. Тобто доцільним є запровадження порядку передачі справи з метою врегулювання спору іншому судді, який не приймає участі в розгляді справи (не є головуючим по справі чи членом колегії). При цьому в розподілі мають брати участь лише судді, які пройшли спеціальне навчання та мають відповідні навички проведення такої процедури. Уважаємо, що такі зміни не тільки підвищать довіру до процедури врегулювання спору за участю судді, а й зроблять її ефективною та корисною для сторін.

Д. Луспеник зараховує до випадків зловживання сторонами правом можливість скористатися зазначеною процедурою, коли одна зі сторін прагне врегулювати спір мирним шляхом, а інша дає згоду на проведення процедури лише з метою затягування розгляду справи [7]. Проте вірогідність існування таких ризиків є незначною та при їх виникненні й суд, і сторони по справі можуть ініціювати припинення цієї процедури. Позитивним прикладом вирішення аналогічної ситуації є ухвала господарського суду Херсонської області від 18 червня 2019 року у справі № 923/279/19. Так, ухвалою у справі від 13 червня 2019 р. розпочато процедуру врегулювання спору за участю судді, яка ініційована відповідачем. Спільна нарада за участю сторін призначена на 12 годину 00 хвилин 14 червня 2019 р. Представник відповідача не прибув на вказану спільну нараду, у зв'язку з чим позивачем 14 червня 2019 р. подано заяву про припинення врегулювання спору за участю судді [8].

Однак у цьому разі необхідно зауважити, що природа досліджуваної процедуру ґрунтується на добровільності й суддя в цій процедурі виконує роль посередника. Отже, дати спільних і закритих нарад, які проводяться судом, мають бути узгоджені зі сторонами.

У світлі запропонованих змін трансформації зазнає й принцип добровільності

процедури врегулювання спору за участю судді. Так, станом на сьогодні зазначений принцип поширює свою дію виключно на сторін по справі, які виявили бажання взяти участь у цій процедурі. Суддя, у свою чергу, не може відмовитися проводити цю процедуру та брати в ній участь [9, с. 75]. У разі обрання судді, який буде виступати посередником між сторонами серед суддів, які пройшли відповідне навчання та виявили бажання брати участь у переговорах сторін, добровільність участі в зазначеній процедурі буде стосуватися й суддю. Проте, на відміну від сторін переговорів, він не зможе добровільно вийти з них.

Отже, принцип добровільності участі в процедурі врегулювання спору за участі судді є двоєдиним. Перше – він включає добровільність участі в процедурі безпосередньо сторін по справі – позивача та відповідача. Зокрема, вона полягає в їхній активній позиції та виявленні наміру вирішити спір мирно, шляхом погодження участі в ній. Друге – це добровільність участі в процедурі судді, яка буде виражатися в їхній участі в автоматичному розподілі, до якого будуть включені судді які пройшли відповідне навчання, отримали навички ведення переговорів і виявили бажання брати участь у процедурі врегулювання спорів за участю судді.

Зміна механізму визначення судді-перемовника і трансформація змісту принципу добровільності буде мати ще один позитивний наслідок, окрім підвищення довіри до досліджуваної процедури, у зв'язку з відсутністю навичок ведення переговорів як посередника, нерозумінням природи примирювальних процедур, укоріненням у суспільстві та самій судовій системі ролі судді як носія однієї гілок державної влади, який одноособово приймає рішення по справі виключно в межах чинного законодавства та за власним переконанням.

Висновки

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що процедура врегулювання спору за участю судді інтегрована в національне законодавства в ході реформування судової системи та має на меті надання сторонам конфлікту самостійно, керуючись власними інтересами, вирішити спір. Проте в ході реалізації цієї процедури виникли труднощі, зумовлені її недосконалістю, що, у свою чергу, зумовило поглиблення недовіри до цього альтернативного способу вирішення конфліктів. З метою подолання виявленого недоліку пропонується змінити процедуру визначення судді, який буде брати участь у переговорах між сторонами, а саме передавати спір для його врегулювання іншому судді, який буде мати спеціальні навички ведення перемовин.

Список використаних джерел:

1. Бондаренко-Зелінська Н.Л. Врегулювання спору за участю судді: проблеми та перспективи застосування. *Університетські наукові записки*. 2018, № 67–68. С. 62–70.

2. Бобкова А. Новели проекту Господарського процесуального кодексу України. *Право України*. 2017. № 9. С. 45–50.

3. Мамницький, В.Ю., Кахнова, М.Г. Врегулювання спору за участю судді: проблемні аспекти правозастосовчої практики. *Журнал східноєвропейського права*. 2019. № 64. С. 112–123.

4. Бережна Т. Процесуальне хуліганство та адвокатська творчість: де межа? *Юридична газета*. 2018. № 32–33 (634–635). С. 20.

5. Михайлов О.М. Процесуальна диверсія VS врегулювання спору за участю судді, 2018. С. 37–41. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/10961/Mykhailov%20O%20M.pdf?sequence=1.

6. Романадзе Л.Д. Врегулювання спору за участю судді та інші процесуальні новели: вплив на розвиток медіації. URL: http://mediation.ua/wpcontent/uploads/2017/05/Stattya-pro-Mediatsiyu-v-proektah-protses-kodeksiv-2.pdf.

7. Луспеник Д. Новелізація цивільного процесу позитивно вплинула на судову практику. *Судебно-юридическая газета*. 2018. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/125882-novelizatsiya-tsivilnogo-protsesupozitivno-vplinula-na-sudovu-praktiku-f6c2df.

8. Ухвала господарського суду Херсонської області від 18 червня 2019 року у справі № 923/279/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82460925.

9. Петренко Н.О. Врегулювання спору за участі судді в господарському судочинстві. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 73–77.

Nataliia Petrenko. Application of the dispute resolution procedure with the participation of a judge in economic litigation

The article is devoted to the institute of dispute settlement with the participation of a judge. Thus, the norms regulating this procedure were introduced in the Commercial Procedural Code of Ukraine in 2017. However, despite the fact that they have been in force for almost three years, they have not been widely used. Thus, as of today, the judicial system and society have encountered certain difficulties in implementing this procedure. It seems that it has not received affection either among the judiciary or among lawyers and has been criticized by scholars. However, the growth of the number of disputes, including those referred to the court,

the lack of a culture of business negotiations and in general the resolution of conflicts by negotiation make it necessary to study this institution in detail. Thus, one of the important problems that were revealed in the study of this institute is the threat of abuse of procedural rights and application of this institute in order to replace the composition of the court considering the case. At the same time, scholars note that this institution will be applied in the absence of grounds for recusal. The article proposes ways to solve the indicated problem. A separate form of abuse of the right of recourse to this procedure is the desire of one of the parties to delay consideration of the case on the merits. However, according to the analysis of the norms of economic procedural legislation, there are effective mechanisms that allow avoiding this. So as a result of the analysis of the current legislation, scientific doctrine and judicial practice the conclusion is made about the need to improve the norms of economic procedural legislation in order to increase the effectiveness of this institution. Thus, the procedure for settling a dispute with the participation of a judge has the possibility to be successfully integrated into the judicial process, as one of the types of alternative dispute resolution.

Key words: settlement of a dispute with the participation of a judge, joint meetings, closed meetings, economic litigation.

УДК 346.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.13

Денис Сіюшов,
здобувач кафедри цивільного та господарського права
ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна академія управління персоналом»

ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ДЕРЖАВНУ ДОПОМОГУ У ФОРМІ ПОДАТКОВИХ ПІЛЬГ

Стаття присвячена дослідженню практики Суду Європейського Союзу під час вирішення справ стосовно державної допомоги при наданні податкових пільг. На підставі Угоди асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, Україна взяла на себе зобов'язання впровадити в Україні законодавство про державну допомогу, а також при застосуванні такого законодавства використовувати як джерела тлумачення критерії, що випливають із застосування статей 106, 107 і 93 ДФЄС, зокрема відповідну судову практику СЄС, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти ЄС. У зв'язку із зазначеним у статті здійснено детальний аналіз такого критерію для встановлення державної допомоги, як надання переваг окремим підприємствам чи виробництву окремих товарів при наданні податкових пільг. Робиться висновок, що дослідження ознаки «наявність переваги» має відбуватися окремо від дослідження ознаки «вибірковість». Перевага та вибірковість, якщо застосувати до податкових правовідносин, співвідносяться як загальне правило оподаткування й податкова пільга. Наявність переваги ще не означає, що існує державна допомога. Установлення же вибірковості такої переваги може означати, що існує державна допомога. Також досліджується такий проблемний аспект застосування законодавства про державну допомогу, як класифікація підприємств. Зокрема, робиться висновок, що єдиним важливим критерієм є здійснення особою підприємницької діяльності, що полягає в продажі товарів чи наданні послуг. Серед іншого в статті наводяться рішення Суду Європейського Союзу, у яких аналізуються такі концепції, як «тест приватного інвестора», «пряма та непряма державна допомога», аналізуються проблемні питання оцінювання наявності переваги.

Ключові слова: державна допомога в ЄС, податкова пільга, надання переваги при наданні податкових пільг, тест приватного інвестора, пряма державна допомога, непряма державна допомога.

Постановка проблеми. За останні роки в Україні введено в дію низку спеціальних нормативно-правових актів у сфері державної допомоги, найважливішим з яких є Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» (далі – Закон 1555-VII). Відповідно до статті 4 цього Закону, державна допомога може існувати, зокрема, у формі «надання податкових пільг, відстрочення або розстрочення сплати податків, зборів чи інших обов'язкових платежів».

Закон 1555-VII прийнятий на виконання статті 267 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію). Зазначеною статтею, окрім прийняття національного законодавства про державну допомогу та створення уповноваженого органу, Україна повинна забезпечити, щоб будь-яка нова допомога, яка надається в Україні, відповідала положенням статей 262 та 264 Угоди про асоціацію протягом одного року з дати створення такого органу (іншими словами, протягом одного року з дня набрання чинності Закону 1555-VII, яким АМКУ визначений уповноваженим органом, тобто з 2 серпня 2017 року).

Статтею 264 Угоди про асоціацію визначено зобов'язання України при застосуванні законодавства про державну допомогу використовувати як джерела тлумачення критерії, що випливають із застосування статей 106, 107 та 93 ДФЄС, зокрема відповідну судову практику СЄС, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи й інші чинні адміністративні акти ЄС.

Це зумовлює актуальність дослідження судової практики Суду Європейського союзу під час розгляду справ щодо державної допомоги при наданні податкових пільг. Зокрема, важливим є дослідження такого критерію, як «надання переваги окремим підприємствам чи виробництву окремих товарів» і різних

© Д. Сіюшов, 2021

концепцій і поглядів, які в різні часи застосовувалися Європейською комісією та Судом Європейського Союзу.

Теоретичним і практичним питанням дослідження проблемних питань застосування законодавства України про державну допомогу в контексті податкового стимулювання через призму законодавства ЄС майже не присвячено праць учених і юристів, оскільки відповідне спеціальне законодавство про державну допомогу в Україні набрало чинності декілька років тому. Здебільшого вітчизняні вчені досліджували питання саме податкових пільг і податкового стимулювання. Існують дослідження у сфері економіко-правових аспектів надання державної допомоги через призму положень статей 25, 26, 31 Господарського кодексу України. Зокрема, можна виділити праці таких учених: Н. Бугаєнко, Д. Лічак, Я. Петруненко, Г. Знаменського, О. Колосової, А. Болотової, В. Вишневського, Л. Воронової, Л. Гацької, А. Гринкевича, О. Зельдіної, Е. Золт (E. Zolt), А. Іісон (A. Easson), Л. Капаєвої, О. Качура й інших. Водночас саме в контексті аналізу законодавства ЄС, роз'яснень Європейської комісії та практики Суду Європейського Союзу для подальшого формулювання можливих законодавчих змін в Україні та формування напрацювань для українських судів наукові праці відсутні.

Мета статті – дослідити практику Суду Європейського Союзу під час вирішення справ стосовно державної допомоги при наданні податкових пільг; здійснити детальний аналіз такого критерію для встановлення державної допомоги, як надання переваг окремим підприємствам чи виробництву окремих товарів при наданні податкових пільг, аналіз таких концепцій, як «тест приватного інвестора», «пряма та непряма державна допомога», дослідити проблемні питання оцінювання наявності переваги, різницю між концепціями переваги та вибірковості.

Виклад основного матеріалу. Статтею 264 Угоди про асоціацію встановлено, що Україна повинна використовувати як джерело тлумачення, зокрема, практику Суду Європейського Союзу (далі – СЄС).

Висновки СЄС, що складається з Європейського Загального Суду (далі – ЄЗС) і Європейського Суду Справедливості (далі – ЄСС), використовуються при застосуванні законодавства про державну допомогу й на рівні ЄС.

Найбільші спори викликає тлумачення поняття допомоги, наведене в статті 107 ДФЄС. Так, з урахуванням положень статті 107 ДФЄС можна виділити такі ознаки: (1) допомога, що надана державою-членом ЄС або з використанням ресурсів держави-члена ЄС; (2) допомога в будь-якій формі; (3) допомога спотворює або загрожує спотворенням конкуренції та впливає на торгівлю між державами-членами ЄС; (4) існує надання переваг окремим підприємствам чи виробництву певних товарів.

У зв'язку з цим видається за доцільне в межах статті здійснити аналіз такого важливого критерію, як надання переваг окремим підприємствам чи виробництву певних товарів. Аналіз інших критеріїв, так само як й аналіз такого аспекту, як вибірковість при наданні переваг, мають бути здійснені в окремих статтях у зв'язку з обсягом матеріалу для такого аналізу.

Підставою для дослідження ознаки «існування переваги» є формулювання, що міститься в статті 107 ДФЄС, а саме: «допомога ... що надається у будь-якій формі ... шляхом надання переваг».

Важливо відзначити, що дослідження цієї ознаки має відбуватися окремо від дослідження ознаки «вибірковості» («переваг окремим підприємствам чи виробництву певних товарів»). Перевага та вибірковість, якщо застосувати до податкових правовідносин, співвідносяться як загальне правило оподаткування та податкова пільга [27]. Наявність переваги ще не означає, що існує державна допомога [10, пар. 73]. Установлення вибірковості такої переваги може означати, що існує державна допомога.

Можна погодитися з висновками Європейської комісії (далі – ЄК), викладеними в Рішенні від 04.10.2017: «Варто розрізняти умови переваги та умови вибірковості для забезпечення того, щоб не всі державні заходи, що надають переваги (наприклад, покращують фінансове становище підприємства), визнавалися державною допомогою; але варто визнавати державною допомогою ті державні заходи, що надають переваги у вибірковій манері ... отже, ключовим аспектом під час оцінювання вибірковості є визначення того, досліджуваний захід є заходом загального застосування чи, навпаки, застосовний виключно до окремих підприємств чи окремих секторів економіки» [1, пар. 581].

Утім практикою СЄС визначено ще один критерій, що може свідчити про те, що перевага (навіть якщо вибіркова) є законною: обґрунтування за характером або загальною схемою системи (цей критерій має бути розглянутий в окремій статті). Відповідно, варто розпочати з визначення «переваги» та дослідження практики ЄК та СЄС у податкових правовідносинах.

Відповідно до встановленої практики СЄС, перевагою визнається будь-яка економічна вигода, яку підприємство не могло б отримати за нормальних економічних умов [7]. Перевага існує не лише в разі отримання позитивних вигід, а й у разі реалізації заходів, що зменшують витрати, які зазвичай включаються до бюджету підприємства, які, хоча й не є субсидіями в прямому значенні слова, мають аналогічний характер і досягають аналогічного економічного ефекту [7, пар. 61].

Водночас не всі субсидії підлягають контролю на підставі законодавства про державну допомогу. Наприклад, можна сказати, що податки на доходи субсидують фірми з витратами (не оподатковуючи їх), але цього недостатньо, щоб оподаткування доходів було незаконним [10, пар. 83]. Аналогічно, хоча загальноприйняті низькі податкові ставки можуть спричиняти неефективні географічні викривлення, вони можуть бути сприйняті як податкові субсидії, якщо вони не є дискримінаційними, вони не є державною допомогою [18, с. 17].

Не мають значення мета й підстави для надання переваги: оцінювання наявності чи відсутності переваги здійснюється лише на підставі досягнутого ефекту [22, с. 13]. Зокрема, фіскальний характер чи соціальна мета певного заходу не є достатніми підставами для незастосування законодавства про державну допомогу [12, пар. 13]. Хоча, наприклад, Генеральний адвокат Менгоссі у Висновках до справи C-487/06 досить логічно підсумовує, що серед факторів, властивих характеру допомоги, необхідно також ураховувати наслідки, які національні органи прагнуть досягти, уживши цей захід, незалежно від галузевого характеру таких наслідків» [19, пар. 65]. Отже, Генеральний адвокат має на увазі, що оцінювання заходів має здійснюватися на підставі досягнутого ефекту, але при здійсненні такої оцінки необхідно враховувати наміри національних органів, які впровадили такий захід.

Як зазначає ЄК, оскільки єдиним критерієм оцінювання є ефект від упровадження певного заходу, немає значення, обов'язковим було отримання переваги підприємством чи підприємство мало можливість уникнути або відмовитися від отримання переваги [6, пар. 67]. Наприклад, прогресивна ставка податку (залежно від розміру підприємства та рівня доходів) визнається ЄК перевагою для малих підприємств порівняно з великими [2, пар. 39]; звільнення від податку на нерухомість (незалежно від мети й кола отримувачів) також визнається перевагою [20, пар. 267, 271, 276]. Можна також навести Рішення ЄСС у справі C-6/97, у якому зазначено «той факт, що Держава-член прагне наблизити шляхом односторонніх заходів умови конкуренції в певному секторі економіки з тими, що переважають в інших державах-членах, не може позбавити відповідні заходи класифікації їх характеру як допомоги» [14, пар. 21]. Тому українським судам варто оцінювати наявність переваги за результатом застосування податкового заходу, але при цьому враховувати наміри законотворця.

Перевага може надаватися підприємствам, що не є прямими отримувачами (у випадку субсидій) чи користувачами (наприклад, у випадку податкових пільг). У такому випадку потрібно говорити про надання непрямої переваги. При цьому прямими отримувачами чи користувачами переваги можуть бути навіть фізичні особи чи юридичні особи, що не займаються підприємницькою діяльністю [6, пар. 115]. Такі ситуації можуть створювати складнощі при дослідженні питання застосовності законодавства про державну допомогу до відповідних заходів. Це вкотре підтверджує правильність позиції щодо оцінювання наявності допомоги, виходячи з наявності ефекту (переваги) для бенефіціара допомоги (а не тільки для прямого отримувача чи користувача).

Одним зі способів визначення наявності переваги є тест приватного інвестора (або принцип інвестора в ринковій економіці). Уперше цей тест застосував СЄС у справі Meura (C-234/84). Цей тест передбачає, що перевага існує в тому випадку, якщо здійснені публічні інвестиції в підприємство, які ринковий оператор (приватний інвестор) не здійснив би при звичайних умовах ринкової економіки [13, пар. 14].

У справі SFEI (C-39/94) СЄС дійшов висновку, що для оцінювання існування переваги необхідно «здійснити економічний аналіз з урахуванням усіх факторів, які підприємство, що діє при нормальних ринкових умовах, має враховувати при встановленні гонорару за надані послуги» [7, пар. 60–61].

У справі EDF (C-124/10 P) СЄС вперше встановив, що тест приватного інвестора повинен застосуватися й до заходів фіскального характеру. Зокрема, суд зазначив, що, «з огляду на цілі, що лежать в основі статті 87 (1) Договору[1] й тесту приватного інвестора, економічна перевага повинна, навіть якщо вона була надана за допомогою фіскальних засобів, оцінюватися, зокрема, у світлі тесту приватного інвестора, якщо після завершення глобальної оцінки, яка

[1] Сьогодні, замість указаної статті, діє стаття 107 (1) ДФЄС.

може бути необхідною, виявляється, що, незважаючи на те що використовувані засоби були інструментами здійснення державної влади, зацікавлена держава-член надала цю перевагу як акціонер належного їй підприємства» [15, пар. 92]. Отже, СЄС дійшов висновку, що застосування цього тесту дає змогу встановити, чи здійснив би приватний інвестор при звичайних ринкових умовах інвестицію в розмірі податкової пільги, наданої державою. Якщо не здійснив би, існує перевага. Тим не менше слушною є думка, що застосування принципу приватного інвестора (а точніше, одного лише принципу без урахування інших обставин) створює значні складності при визначенні переваг, що є наслідком надання податкових пільг [22, с. 10].

ЄК у Рішенні від 20.06.2018, оцінюючи наслідки видання податковими органами Люксембургу індивідуальних податкових консультацій, зазначила, що «всякий раз, коли застосування одного або більше положень закону до конкретної справи призводить до винятку із загального правила, викладеного в базовій системі (у цьому разі оподаткування прибутку всіх компаній, що підлягають оподаткуванню в Люксембурзі), цей податковий режим повинен розглядатися як виняток» [3, пар. 195]. Отже, ЄК дійшла висновку, що певним компаніям надано перевагу шляхом трактування (у формі податкових консультацій) законодавства про оподаткування корпоративним податком, що відрізнялося від загальних правил і практики застосування цього законодавства.

Загалом визначення базової системи для подальшого встановлення наявності винятку (тобто переваги) має свої особливості. Як влучно зазначає Генеральний адвокат Джаскінен у Висновках щодо об'єднаних справ C-78/08 і C-80/08, «щоб мати можливість визначитися, чи існує перевага, необхідно визначити загальну систему оподаткування для юридичних осіб відповідно до національної податкової системи. Оскільки це є особливо складним завданням, доцільно вивчити становище підприємства-бенефіціара порівняно з іншими підприємствами, які перебувають у правовій і фактичній ситуації, що є порівнянною, з огляду на мету, яку переслідує цей захід» [21, пар. 72]. Генеральний адвокат у подальшому наполягає, що не будь-який захід, що формально створює перевагу, повинен трактуватися як перевага з економічного погляду.

Як приклад Генеральний адвокат наводить ситуацію, при якій надання переваги є інструментом виключення застосування одного положення податкового законодавства проти іншого. Зокрема, на його думку, «податкові пільги можуть бути компенсовані або виправдані зобов'язаннями, що випливають із правової структури певної форми юридичної особи, що зводить нанівець будь-яку перевагу в економічному сенсі» [21, пар. 73]. Отже, Генеральний адвокат доходить висновку, що «не передбачається застосування загальної системи оподаткування, окрім певних випадків, до підприємств, що застосовують принцип взаємності[2]... отже, загальний режим буде застосований у повному обсязі до кооперативу тільки в тому випадку, коли такий кооператив не відповідатиме критеріям, установленим суворими положеннями, що стосуються його характеру, іншими словами, якщо він не виконував умови, установлені для кооперативів» [21, пар. 78]. Відповідно, у Висновках Генеральний адвокат Джаскінен обґрунтував позицію, що існування фактичної переваги не має завжди братися до уваги; значення має лише економічна перевага. Окрім цього, Генеральний адвокат дійшов висновку, що «базова система» для встановлення наявності винятків повинна визначатися з урахуванням особливих характеристик підприємства-бенефіціара.

Варто зазначити, що існування переваги не може оскаржуватися на тій підставі, що існують інші заходи, які фактично зводять ефект переваги нанівець або навіть роблять ефект від застосування переваги негативним для підприємства, крім випадку, якщо можна продемонструвати прямий зв'язок між заходами, що надають перевагу, і заходами, що, навпаки, є менш сприятливими для платника податків. Наприклад, ЄК в рішенні стосовно державної допомоги, наданої Герцогством Люксембург на користь Fiat, доходить таких висновків: «Один лише факт, що конкретне звільнення [податкова пільга] компенсується збільшенням спеціального збору, який відрізняється від попереднього заходу та не пов'язаний із ним, не врятовує цей захід від категоризації як державної допомоги. Іншими словами, переваги на рівні однієї компанії, отримані від держав-членів, не можуть бути компенсовані наявністю невигоди на рівні іншої компанії, навіть якщо ці компанії є частиною однієї корпоративної групи» [4, пар. 314].

З урахуванням положень інформаційних повідомлень ЄК «Про поняття державної допомоги, як зазначено в статті 107 (1) Договору про функціонування Європейського Союзу» (2016/C 262/01) [6] можна зазначити таке.

[2] Маються на увазі кооперативи.

Класифікація підприємств повинна здійснюватися незалежно від організаційно-правового статусу особи та порядку її фінансування, а лише на підставі природи її діяльності [16, пар. 107]. Отже, єдиним важливим критерієм є здійснення особою підприємницької діяльності, що полягає в продажі товарів чи наданні послуг [8, пар. 36]. Будь-яка особа, створена для інших цілей (наприклад, неприбуткова організація чи державне підприємство), яка, тим не менше, здійснює надання послуг чи поставки товарів, є підприємством для цілей законодавства про державну допомогу. Як зазначив ЄСС у справі C-222/04, «той факт, що продаж товарів чи послуг здійснюється без мети отримання прибутку, не є підставою, щоб не визнавати особу, що здійснює такі операції на ринку, такою, що здійснює підприємницьку діяльність, оскільки такий продаж відбувається в конкуренції з іншими особами, що мають на меті отримання прибутку» [16, пар. 122, 123]

При цьому, якщо особа здійснює як підприємницьку, так і непідприємницьку діяльність, при застосуванні законодавства про державну допомогу буде враховуватися лише та частина діяльності, що є підприємницькою. Відповідно до висновків ЄЗС у справі T-128/98 (Aéroports de Paris проти Комісії), «ADP є публічною корпорацією, що перебуває під керівництвом міністра, відповідального за цивільну авіацію, вона керує об'єктами, що знаходяться в державній власності, що, однак, саме по собі не означає, що вона не може розглядатися в цій справі як підприємство для цілей статті 86 Договору[3] ... потрібно розрізняти, з одного боку, суто адміністративну діяльність ADP, зокрема наглядову діяльність, і, з іншого боку, управління й експлуатацію паризьких аеропортів, за що одержується винагорода ...» [9, пар. 109, 112].

Декілька осіб, якщо вони *де-факто* діють як одна особа, визнаються єдиним підприємством при розгляді справ щодо державної допомоги. ЄСС при цьому, зокрема, зазначає, що «виявити, що існує можливість виконання функцій контролю, управління та фінансової підтримки – що виходить за межі простого розміщення капіталу інвестором – і продемонструвати наявність органічних і функціональних зв'язків між компанією, що володіє контрольною часткою іншої компанії, та самою контрольованою компанією дає змогу той факт, що члени керуючого комітету й контролюючого органу такої компанії призначаються до еквівалентних органів контрольованої компанії» [17, пар. 51].

[3] Сьогодні діє стаття 107 ДФЄС.

Варто також зазначити, що для цілей подальшого відшкодування незаконної державної допомоги бенефіціаром допомоги визнається не лише підприємство, що є фактичним бенефіціаром, а й, якщо підприємство є частиною групи, уся група підприємств. Наприклад, у Рішенні стосовно державної допомоги, наданої Ірландією на користь Apple, ЄК зазначила таке: «ASI та AOE[4] є частиною багатонаціональної корпоративної групи, а саме групи Apple, яка складається з численних компаній, які, у кінцевому підсумку, контролюються компанією Apple Inc. Окремі юридичні особи можуть розглядатися як такі, що формують єдину економічну одиницю з метою застосування правил державної допомоги. Ця економічна одиниця потім уважається відповідним підприємством-бенефіціаром допомоги. Як раніше вказував Суд Європейського Союзу» [i], у законодавстві про захист конкуренції, термін «підприємство» повинен розумітися як позначення економічної одиниці [...], навіть якщо в законодавстві ця економічна одиниця складається з кількох осіб, фізичних або юридичних» [11, пар. 11]. Щоб визначити, чи є декілька суб'єктів економічною одиницею, Суд Європейського Союзу розглядає наявність контрольного пакета або функціональних, економічних чи органічних зв'язків [17, пар. 47–55]. У цьому випадку ASI й AOE, у кінцевому підсумку, повністю належать компанії Apple Inc., а більшість членів палати ASI й AOE є працівниками Apple Inc., так що можна вважати, що Apple Inc. контролює ASI й AOE через функціональні, економічні та органічні зв'язки. Більш того, саме група Apple прийняла рішення про реєстрацію ASI та AOE в Ірландії ... отже, саме група Apple загалом є бенефіціаром державної допомоги, яку Ірландія надала ASI та AOE за допомогою оскаржуваних індивідуальних податкових рішень, оскільки будь-який сприятливий податковий режим, наданий ASI та AOE, у кінцевому підсумку, приносить користь групі Apple загалом шляхом звільнення додаткових фінансових ресурсів, які можуть бути використані на користь усієї корпоративної групи [5, пар. 416–418].

Отже, основним висновком є те, що законодавство про державну допомогу розповсюджується лише на осіб, що здійснюють підприємницьку діяльність. Загалом це є логічним наслідком, оскільки основною метою цього законодавства є захист конкуренції (а конкуренція передбачає існування

[4] Скорочені назви підприємств групи Apple в Ірландії, які, за рішенням ЄК, одержали незаконну державну допомогу.

певного ринку товарів чи послуг). Конкуренція між суб'єктами, що здійснюють непідприємницькі види діяльності, не підлягає захисту в порядку законодавства про державну допомогу. При цьому, якщо підприємство-фактичний отримувач допомоги є частиною групи, бенефіціаром визнається вся група підприємств.

Висновки

Ознаки переваги та вибірковості, якщо застосувати до податкових правовідносин за практикою ЄС, співвідносяться так само, як і загальне правило оподаткування та податкова пільга. Наявність переваги ще не означає, що існує державна допомога. Установлення же вибірковості такої переваги може означати, що існує державна допомога.

Перевагою визнається будь-яка економічна вигода, яку підприємство не могло б отримати за нормальних економічних умов. Перевага існує не лише в разі отримання позитивних вигід, а й у разі реалізації заходів, що зменшують витрати, які зазвичай включаються до бюджету підприємства, які хоча й не є субсидіями в прямому значенні слова, але мають аналогічний характер і досягають аналогічного економічного ефекту.

Оцінювання наявності переваги має здійснюватися на підставі досягнутого ефекту, але при здійсненні такої оцінки необхідно враховувати наміри національних органів, які впровадили такий захід. Не має значення, обов'язковим було отримання переваги підприємством чи підприємство мало можливість уникнути або відмовитися від отримання переваги.

Перевага може надаватися підприємствам, що не є прямими отримувачами (у разі субсидій) чи користувачами (наприклад, у разі податкових пільг). У такому випадку потрібно говорити про надання непрямої переваги.

Одним із способів визначення наявності переваги є тест приватного інвестора (принцип інвестора в ринковій економіці). Цей тест передбачає, що перевага існує в тому випадку, якщо здійснені публічні інвестиції в підприємство, які ринковий оператор (приватний інвестор) не здійснив би при звичайних умовах ринкової економіки. Тест приватного інвестора повинен застосуватися й до заходів фіскального характеру.

Існування фактичної переваги не має завжди братися до уваги; значення має лише економічна перевага. Базова система для встановлення наявності винятків повинна визначатися з урахуванням особливих характеристик підприємства-бенефіціара.

Існування переваги не може оскаржуватися на підставі, що існують інші заходи, які фактично зводять ефект переваги нанівець або навіть роблять ефект від застосування переваги негативним для підприємства, крім випадку, якщо можна продемонструвати прямий зв'язок між заходами, що надають перевагу, і заходами, що є несприятливими для платника податків.

Класифікація підприємств повинна здійснюватися незалежно від організаційно-правового статусу особи та порядку її фінансування, а лише на підставі природи її діяльності. Єдиним важливим критерієм є здійснення особою підприємницької діяльності, що полягає в продажу товарів чи наданні послуг (навіть безоплатно). Це є логічним наслідком, оскільки основною метою законодавства про державну допомогу є захист конкуренції (а конкуренція передбачає існування певного ринку товарів чи послуг). Конкуренція між суб'єктами, що здійснюють непідприємницькі види діяльності, не підлягає захисту в порядку законодавства про державну допомогу. Якщо особа здійснює як підприємницьку, так і непідприємницьку діяльність, то при застосуванні законодавства про державну допомогу буде враховуватися лише та частина діяльності, що є підприємницькою.

Декілька осіб, якщо вони де-факто діють як одна особа, визнаються єдиним підприємством при розгляді справ щодо державної допомоги. Факторами, що можуть свідчити про це, є наявність органічних і функціональних зв'язків між компанією, що володіє контрольною часткою іншої компанії, і самою контрольованою компанією. Для цілей відшкодування незаконної державної допомоги бенефіціаром допомоги визнається не лише підприємство, що є фактичним бенефіціаром, а й, якщо підприємство є частиною групи, уся група підприємств.

Вищенаведені висновки повинні застосовуватися судами України під час розгляду справ щодо державної допомоги, виходячи з положень статті 264 Угоди про асоціацію.

Список використаних джерел:

1. Commission Decision of 4.10.2017 On State Aid SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Luxembourg to Amazon. URL: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1966181_892_2.pdf.

2. Commission Decision (EU) 2018/160 of 30.06.2018 on the State aid SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) implemented by Poland for the tax on the retail sector. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0160&from=ES.

3. Commission Decision of 20.06.2018 On State Aid SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) implemented

by Luxembourg in favour of ENGIE. URL: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/266094/266094_2009354_271_2.pdf.

4. Commission Decision of 21.10.2015 On State Aid SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) which Luxembourg granted to Fiat. URL: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253203/253203_1757564_318_2.pdf.

5. Commission Decision (EU) 2017/1283 of 30 August 2016 on State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/2017/1283/oj.

6. Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (2016/C 262/01) of 19.07.2016. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&%20from=EN.

7. Judgment of the Court of 11 July 1996. Syndicat français de l'Express international (SFEI) and others v La Poste and others. – Reference for a preliminary ruling. State aid. Case C-39/94. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1996:285.

8. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 18 June 1998. Commission of the European Communities v Italian Republic. Action for failure to fulfil obligations. – Agreements, decisions and concerted practices. Fixing of business tariffs. Case C-35/96. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43942&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4670331.

9. Judgment of the Court of First Instance (Third Chamber) of 12 December 2000. Aéroports de Paris v Commission of the European Communities. Competition. Air transport. Case T-128/98. URL: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61998TJ0128&lang1=en&type=TXT&ancre=.

10. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011. European Commission (C-106/09 P) and Kingdom of Spain (C-107/09 P) v Government of Gibraltar and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. State aid. Joined cases C-106/09 P and C-107/09 P. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0106.

11. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 12 July 1984. Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas. Reference for a preliminary ruling: Bundesgerichtshof Germany. Case 170/83. URL: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61983CJ0170&lang1=en&type=TXT&ancre=.

12. Judgment of the Court of 2 July 1974. Italian Republic v Commission of the European Communities. Family allowances in the textile industry. Case 173-73. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61973CJ0173.

13. Judgment of the Court of 10 July 1986. Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities. State aid. Case 234/84. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0234.

14. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 19 May 1999. – Italy v Commission. State aid. Case C-6/97. URL: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44598&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9082724.

15. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 June 2012. European Commission v Électricité de France (EDF), French Republic, Iberdrola SA. State aid. Case C-124/10 P. URL: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0124&lang1=en&type=TXT&ancre=.

16. Judgment of the Court (Second Chamber) of 10 January 2006. Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA. State aid. – Banking foundations. Meaning of 'undertaking'. Case C-222/04. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0222.

17. Judgment of the Court (Second Chamber) of 16 December 2010. AceaElectrabel Produzione SpA v European Commission. State aid. Condition requiring prior repayment by the beneficiary of earlier aid declared unlawful. Concept of 'economic unit'. Case C-480/09 P. URL: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CJ0480&lang1=en&type=TXT&ancre=.

18. Mason, Ruth. When Are Tax Subsidies Illegal? (June 5, 2018). American University Law Review. Vol. 69. № 1. 2019. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191417.

19. Opinion of Advocate General Mengozzi delivered on 17 July 2008. Case C-487/06. P British Aggregates Association v Commission of the European Communities. State aid. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67949&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9074625.

20. Opinion of Mr Advocate General Léger delivered on 9 February 2006. Joined cases C-182/03 and C-217/03. Kingdom of Belgium (C-182/03) and Forum 187 ASBL (C-217/03) v Commission of the European Communities. State Aid. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003CC0182.

21. Opinion of Mr Advocate General Jääskinen delivered on 8 July 2010. Joined cases C-78/08 to C-80/08. Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08), Adige Carni Soc. coop. arl, in liquidation v Agenzia delle Entrate and Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08) and Ministero delle Finanze v Michele Franchetto (C-80/08). State aid. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62008CC0078.

22. Tax benefits and EU state aid control: the problem of and approaches to resolving the conflict of jurisdiction with fiscal autonomy. Report of the Advisory Board to the Federal Ministry of Finance.

2017. URL: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Ministry/Advisory_Board/2018-02-07-tax-benefits-and-eu-state-aid-control-download.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

23. Про державну допомогу субєктам господарювання : Закон України від 28.12.2014 № 71-VIII / Верховна Рада України. *Офіційний вісник України*. 2015. № 3. С. 18. Ст. 46.

24. Колосова О.Е. Поняття державної допомоги суб'єктам господарювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 27 (2). С. 7–10.

25. Лічак Д.В. Проблеми визначення поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання». *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 403–411.

26. Петруненко Я.В. Поняття державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання коштів. *Господарське право і процес*. 2018. № 6. С. 110–115.

27. Сиюшов Д. О понятии налоговой льготы и экономико-правовой оценке ее эффективности. *Legea si viata*. 2017. № 3/2. С. 117–121

28. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Т. 1. С. 83. Ст. 2125.

Denys Siiushov. Application of the legislation on the government aid in the form of tax relief by the Court of Justice of the European Union

The article is dedicated to research of judgments of the Court of Justice of the European Union in resolving cases concerning state aid in the provision of tax incentives. Based on the provisions of the Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, Ukraine has committed itself to implementing state aid laws in Ukraine, and, when applying such legislation, to use as sources of interpretation the criteria arising from the application of Articles 106, 107 and 93 TFEU as well as relevant secondary legislation, framework provisions, guidelines and other applicable EU administrative acts. The article provides a detailed analysis of such a criterion for the establishment of state aid as granting advantages to certain enterprises or to production of certain goods when granting tax incentives. In the article conclusion is made that such criterion as "presence of an advantage" should be assessed separately from the criterion of "selectivity". Advantage and selectivity when applied to tax relations, are correlated as a general rule of taxation and a tax incentive. Presence of an advantage does not immediately mean existence of a state aid. But establishing that an advantage is selective may mean that there is a state aid. The article also examines such a problematic aspect of the application of state aid laws as the classification of undertakings. In particular, it is concluded that the only important criterion is the conduction of business activity by a person, which consists in the sale of goods or provision of services. Among other things, in the article the decisions of the Court of Justice of the European Union are presented, analyzing such concepts as "private investor test", "direct and indirect state aid", analyzing the problematic issues of assessing the presence of an advantage, the difference between the concepts of advantage and selectivity.

Key words: state aid in the EU, tax incentive, providing advantage when granting tax incentive, private investor test, direct state aid, indirect state aid.

УДК 346.34
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.14

Валентин Щербина,
докт. юрид. наук, професор, заслужений юрист України,
академік
Національної академії правових наук України,
професор кафедри господарського права та господарського процесу
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Тетяна Боднар,
докт. юрид. наук, професор,
член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
професор кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОГОВОРИ В ТОВАРИСТВІ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

У статті досліджуються договори, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві з обмеженою відповідальністю відповідно до Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Здійснено порівняльно-правовий аналіз норм Закону з положеннями Цивільного та Господарського кодексів України, а також Кодексу законів про працю України на предмет відповідності положень Закону приписам зазначених кодексів. Виявлено деякі суперечності, недоліки та прогалини в правовому регулюванні договірних відносин у товаристві з обмеженою відповідальністю, на цій основі сформульовано пропозиції, спрямовані на вдосконалення чинного Закону. Зокрема, більш чіткого врегулювання потребують положення частини 1 статті 7 Закону щодо нікчемності корпоративного договору, положення частини 4 статті 20 Закону щодо визначення предмета позову та частини 7 статті 22 Закону щодо розірвання договору. У Законі варто також провести більш чітке розмежування договорів, що укладаються з посадовими особами товариства.

Запропоновано залежно від їх змісту поділяти договори, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві, на три групи: 1) договори, що опосередковують організаційно-майнові відносини в товаристві; 2) договори, що опосередковують майнові відносини в товаристві; 3) договори (контракти), що опосередковують відносини з посадовими особами товариства. Останні поділяються на цивільно-правові договори і трудові договори (контракти). Залежно від обов'язковості укладення договори в товаристві поділяються на ті, що підлягають обов'язковому укладенню, і ті, що можуть укладатися.

Проведено розмежування договорів, що укладаються в товаристві, і господарських договорів, що укладаються товариством з іншими суб'єктами господарювання, для опосередкування їхньої господарської діяльності.

Ключові слова: договір про створення товариства, корпоративний договір, договір про внесення додаткового вкладу, договір купівлі-продажу частки, договір про набуття товариством частки у власному статутному капіталі, договори й контракти з посадовими особами.

Постановка проблеми. Прийнятий 6 лютого 2018 р. Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» [1] (далі – Закон) установив низку новел, що стосуються порядку створення, діяльності й припинення цих товариств, а також прав та обов'язків їх учасників. Серед них – норми, що стосуються договорів, які укладаються (можуть укладатися) в товаристві з обмеженою та додатковою відповідальністю (далі – товариство). Окремі види договорів, що укладаються в господарських товариствах, досліджувалися вітчизняними науковцями-представниками науки цивільного права та господарського права. Однак переважно ці дослідження стосувалися акціонерних угод (роботи В. Васильєвої, О. Вінник, Ю. Жорнокуя, О. Паплик, К. Рябової, С. Сліпченка, І. Спасибо-Фатєєвої, Т. Штим та ін.), а стосовно договорів у товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю за деякими винятками (роботи Л. Сіщук, Т. Пожоджук) – ґрунтувалися в основному на дослідженнях ст. 53-1 Закону України «Про господарські товариства».

© В. Щербина, Т. Боднар, 2021

Разом із тим комплексного дослідження договорів, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві з обмеженою відповідальністю, нині не проводилося.

Актуальність теми зумовлена потребою дослідження видів договорів, що укладаються (можуть укладатися) в товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю, включаючи цивільно-правові договори і трудові договори (контракти) з посадовими особами товариства. У свою чергу, ця потреба викликана недосконалим, на нашу думку, правовим регулюванням договірних відносин у господарських зазначених товариствах, що може створювати для них серйозні проблеми. Так, за даними Державної служби статистики, на 1 серпня 2020 р. в Україні (без урахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим і м. Севастополя) зареєстровано 701102 товариства з обмеженою відповідальністю і 1512 товариств з додатковою відповідальністю [2], у кожному з них укладаються передбачені чинним законодавством договори.

Мета статті полягає в з'ясуванні видів договорів, що укладаються в товаристві з обмеженою відповідальністю, виявленні проблем правового регулювання відповідних договірних відносин і розробленні пропозицій, спрямованих на їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Цілком логічно, що розгляд договорів, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві, доцільно розпочати з *договору про створення товариства*. Згідно з ч. 2 ст. 10 Закону, якщо товариство створюється кількома особами, такі особи в разі необхідності визначення взаємовідносин між ними щодо створення товариства можуть укласти договір про створення товариства в письмові формі. Отже, укладення такого договору згідно із Законом не є обов'язковим.

Разом із тим у зазначеній статті Закону нічого не говориться про можливість заснування товариства однією особою, як це передбачено, зокрема, ч. 2 ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 р. [3], і про те, як саме оформляється рішення про створення товариства одним засновником, що матиме одного учасника (можливість створення та існування такого товариства випливає з абз. 2 ч. 2 ст. 87 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [4] і ст. 37 Закону). У підпункті а) п. 3 ч. 5 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15 травня 2003 р. [5] ідеться про «рішення єдиного учасника».

При цьому договір про створення товариства, на відміну від Закону України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 р. [6] (утратив чинність у частині, що стосується товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю на підставі Закону України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII) і Закону України «Про акціонерні товариства», у Законі не називається засновницьким, хоч ч. 1 ст. 10 Закону встановлено, що створення товариства відбувається за рішенням його засновників.

Договір про створення товариства може встановлювати: а) порядок заснування товариства; б) умови здійснення спільної діяльності щодо створення товариства; в) розмір статутного капіталу та частку в статутному капіталі кожного з учасників; г) строки та порядок унесення вкладів; ґ) інші умови. Зокрема, однією з умов може бути строк дії договору, оскільки договір про створення товариства, за загальним правилом, діє до дня державної реєстрації товариства, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті зобов'язання.

Відносно новим видом договорів у товаристві є *корпоративний договір* – договір, за яким, згідно з ч. 1 ст. 7 Закону, учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації. На відміну від ст. 51-1 Закону України «Про господарські товариства», положення якої досить докладно визначали зміст договору про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю, його форму, порядок укладання, межі дії, підстави та порядок визнання договору недійсним тощо, у чинному Законі корпоративному договору присвячено значно меншу за обсягом статтю, яка разом із тим містить цікаві новели, що викликають низку запитань.

Передусім, оскільки сторонами корпоративного договору можуть бути учасники товариства, які наділені правами й обов'язками, постає запитання: про реалізацію яких повноважень або утримання від їх реалізації може йтися в корпоративному договорі? Очевидно, що термін «повноваження» стосується органів товариства – загальних зборів, наглядової ради та виконавчого органу, а також посадових осіб товариства – членів наглядової ради, виконавчого органу, а також інших осіб, передбачених статутом товариства. Проте навіть якщо ці посадові особи є учасниками товариства, вони підписують корпоративний договір не як посадові особи, наділені певними повноваженнями (як правило, для здійснення владно-розпорядчих функцій), а саме як учасники товариства, що

мають певні права й обов'язки, установлені законом і статутом товариства.

Корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку в статутному капіталі (її частину), а також визначити випадки, коли таке право або обов'язок виникає (ч. 3 ст. 7 Закону). Крім того, корпоративним договором, стороною якого є учасник товариства, може бути передбачено, що переважне право такого учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі, не застосовується (ч. 8 ст. 20 Закону).

Як установлено ч. 1 ст. 7 Закону, корпоративний договір є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі. Корпоративний договір, який не відповідає цим вимогам, є нікчемним. Постає запитання: чи варто кваліфікувати як вимоги до договору його предмет – зобов'язання щодо реалізації своїх прав і повноважень певним чином або утримання від їх реалізації? Редакція першого речення ч. 1 ст. 7 Закону чіткої відповіді на це запитання не дає, хоч зміст ч. 2 ст. 7 Закону, у якій ідеться про дату укладення і строк дії договору, дає підстави для висновку, що недотримання цих умов договору не тягне за собою нікчемність договору.

Тому можна стверджувати, що в ч. 1 ст. 7 Закону йдеться лише про недотримання вимог щодо безвідплатності й письмової форми договору. Такий висновок, на нашу думку, підтверджується спеціальним застереженням щодо змісту договору, установленим положеннями ч. 4 ст. 7 Закону, відповідно до якої нікчемним є корпоративний договір, яким установлюється обов'язок учасників забезпечити голосування згідно з указівками органів управління товариства.

Разом із тим для більш чіткого врегулювання положення щодо нікчемності корпоративного договору вважаємо за доцільне викласти ч. 1 ст. 7 Закону в такій редакції:

«1. За корпоративним договором учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та обов'язки певним чином або утримуватися від їх реалізації.

Корпоративний договір є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі. Корпоративний договір, який не відповідає цим вимогам, є нікчемним».

Нікчемним, відповідно до ч. 6 ст. 7 Закону, є також договір, укладений стороною корпоративного договору на порушення такого корпоративного договору, якщо інша сторона за договором знала або мала знати про таке порушення. А якщо інша сторона не знала й не мала знати про порушення стороною корпоративного договору його умов? Очевидно, що такий договір може бути визнаний недійсним у судовому порядку за наявності відповідних підстав.

Частиною 5 ст. 7 Закону встановлено, що зміст корпоративного договору не підлягає розкриттю і є конфіденційним, якщо інше не встановлено законом або договором. Зокрема, корпоративний договір, стороною якого є держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство чи юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків прямо або опосередковано належить державі або територіальній громаді, оприлюднюється протягом 10 днів з моменту його укладення шляхом розміщення на сайті відповідного органу державної влади, органу місцевого самоврядування.

Розглянуті договори можна зарахувати до *договорів, що опосередковують організаційно-майнові відносини в товаристві.*

Новим видом договорів, що можуть укладатися в товаристві, є договір між товариством та учасником товариства й/або третьою особою *про внесення додаткового вкладу.* (ч. 8 ст. 18 Закону). За цим договором учасник товариства та/або третя особа зобов'язується зробити додатковий вклад у грошовій чи негрошовій формі, а товариство – збільшити розмір його частки в статутному капіталі чи прийняти до товариства з відповідною часткою в статутному капіталі.

Особливістю цього договору є те, що в разі, якщо додаткові вклади не внесені учасником товариства та/або третьою особою, з яким (якою) укладено договір про внесення додаткового вкладу, у повному обсязі та своєчасно, такий договір уважається розірваним, якщо рішенням загальних зборів учасників не затверджено розмір частки такого учасника та/або третьої особи виходячи з фактично внесеного ним додаткового вкладу (ч. 10 ст. 18 Закону).

Чинним Законом набагато повніше й чіткіше, ніж це передбачено Законом України «Про господарські товариства», урегульовано відносини, що складаються при реалізації учасником товариства переважного права на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі. Зокрема, це стосується й урегулювання договірних відносин, що виникають при цьому. Ідеться *про договір купівлі-продажу частки (частини частки).*

Згідно з абз. 1 ч. 4 ст. 20 Закону, якщо учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, отримав від іншого учасника письмову заяву про намір скористатися своїм переважним правом, такі учасники зобов'язані протягом

одного місяця укласти договір купівлі-продажу пропонованої до продажу частки (частини частки). Цією нормою впорядковано відносини, щодо оформлення яких навіть у судовій практиці не було одностайності. Як приклад наведемо правову позицію Верховного Суду, викладену в Постанові від 1 жовтня року 2019 у справі № 909/1294/15.

Так, колегія суддів Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду передала справу № 909/1294/15 на розгляд Великої Палати ВС, оскільки вважала за необхідне відступити від висновку, викладеного в Постанові Верховного Суду України від 22 грудня 2009 року у справі № 33/45-09-1388.

Зокрема, у Постанові Верховного Суду України зазначено, що спосіб відступлення учасником товариства своєї частки іншим учасникам обирається її власником, закон допускає відступлення як шляхом укладення угод, так й іншим чином.

Аналогічний правовий висновок містився в постановах Верховного Суду від 17 липня 2018 року у справі № 916/2386/17, від 31 жовтня 2018 року у справі № 904/9835/17, від 28 листопада 2018 року у справі № 903/568/17.

Велика Палата Верховного Суду вирішила відступити від цих висновків і вказала, що відступлення учасником ТОВ частки в статутному капіталі товариства, передбачене ст. 147 Цивільного кодексу України та ст. 53 Закону України «Про господарські товариства», є відчуженням частки й потребує волевиявлення особи, яка її відчужує, й особи, яка приймає її у власність. Відступлення (відчуження) частки не є самостійним непойменованим видом договору, оскільки відбувається шляхом укладання договору купівлі-продажу, міни, дарування тощо [7].

Як відомо, статті, на які зроблено посилання в Постанові Верховного Суду, сьогодні вже не діють, Закон по-різному регулює придбання частки, що продається, і відчуження її іншим чином, проте наведений приклад, з одного боку, ілюструє різні підходи в судовій практиці, а з іншого – свідчить про недосконалість чинних на той час норм ЦК України та Закону України «Про господарські товариства»

Хоч Закон і не передбачає обов'язку продавця запропонувати умови договору купівлі-продажу, проте такий обов'язок, на нашу думку, випливає з установленого ч. 3 ст. 20 Закону обов'язку учасника товариства, який має намір продати свою частку (частину частки), письмово повідомити про це інших учасників товариства та поінформувати про ціну й розмір частки, що відчужується, інші умови такого продажу.

Як установлено абз. 2 ч. 4 ст. 20 Закону, у разі ухилення продавця від укладення договору купівлі-продажу покупець має право звернутися до суду з позовом про визнання договору купівлі-продажу частки (її частини) укладеним на запропонованих продавцем умовах.

Відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України [8] (далі – ГПК України), справи у спорах, що виникають із правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав у юридичній особі, крім правочинів у сімейних і спадкових правовідносинах, належить до юрисдикції господарських судів.

Здійснюючи правосуддя, господарський суд захищає права й інтереси фізичних і юридичних осіб, державні та суспільні інтереси в спосіб, визначений законом або договором (ч. 1 ст. 5 ГПК України). Як випливає з абз. 2 ч. 4 ст. 20 Закону, таким способом визначено «визнання договору купівлі-продажу частки (її частини) укладеним на запропонованих продавцем умовах».

Частина 9 ст. 238 ГПК України кваліфікує спір, про який іде мова, спором про спонукання укласти договір. Така категорія спорів давно відома господарському (арбітражному) судочинству, з позицій ч. 2 ст. 20 Господарського кодексу (далі – ГК) України [9] відповідає такому способу захисту прав суб'єктів господарювання, як установлення господарських правовідносин.

Очевидно, що спори, які виникають із правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав у юридичній особі, не можна беззастережно визнати господарськими. Проте, з іншого боку, ЦК України не передбачає такого способу захисту порушеного права, як визнання договору укладеним.

На нашу думку, вихід із цієї суперечливої ситуації полягає в застосуванні (до внесення змін до ст. 20 Закону – за аналогією закону) способу захисту, визначеного ч. 2 ст. 20 ГК України з формулюванням предмета позову «про спонукання укласти договір купівлі продажу». У такому разі в резолютивній частині рішення господарського суду будуть указані умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору.

Абзац 2 ч. 4 ст. 20 Закону доцільно викласти в такій редакції: «У разі ухилення продавця від укладення договору купівлі-продажу покупець має право звернутися до суду із позовом про спонукання укласти договір купівлі-продажу частки (її частини) на запропонованих продавцем умовах,

викладених у поданому покупцем проекті договору».

Тим самим буде також заповнено прогалину абз. 2 ч. 4 ст. 20 Закону щодо визначення особи, яка має надати суду проект договору купівлі-продажу частки (частини частки) та щодо форми договору.

Абзац 3 ч. 4 ст. 20 Закону встановлює наслідки ухилення покупця від укладення договору купівлі-продажу. У такому випадку продавець має право реалізувати свою частку третій особі на раніше повідомлених учасникам товариства умовах.

Визначивши в ст. 22 Закону особливості звернення стягнення на частку учасника товариства, законодавець, зокрема, поширив окремі положення процедури переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) на випадки придбання частки учасника товариства (боржника), на яку звертається стягнення. Так, виконавець після здійснення розрахунку вартості частки боржника пропонує іншим учасникам товариства (крім тих, які письмово відмовилися від свого переважного права щодо частки) придбати частку відповідно до ст. 20 Закону. Це означає, обов'язок виконавця, який отримав від іншого учасника (учасників) письмову заяву про намір скористатися своїм переважним правом, та учасника (учасників) товариства протягом місяця укласти *договір купівлі-продажу частки боржника*.

Разом із тим у ч. 6 ст. 22 Закону йдеться не про покупців, а про покупця, що у зв'язку з іншими положеннями ст. 22 дає підстави для висновку, що предметом договору купівлі-продажу, відповідно до ст. 22 Закону, може бути лише частка, яка продається одному покупцеві, а це суперечить порядку, установленому ст. 20 Закону.

Відповідно до ч. 6 ст. 22 Закону, покупець повинен сплатити вартість частки протягом 10 днів з дня укладення договору купівлі-продажу. Виконавець передає частку покупцю протягом 10 днів з дня надходження оплати. А як бути з реалізацією в цьому випадку положення ч. 2 ст. 20 Закону щодо переважного права кількох учасників?

Частиною 7 ст. 22 Закону встановлено нову конструкцію щодо розірвання договору, невідому ЦК України. Ідеться про те, що якщо оплата вартості зазначеної частки не буде здійснена в установлений строк, договір купівлі-продажу вважається розірваним. Звернувшись до ст. 651 ЦК України, побачимо, що вона встановлює три підстави для розірвання договору: 1) лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом; 2) за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною й в інших випадках, установлених договором або законом; 3) у разі односторонньої відмови від договору в повному обсязі, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом.

У частині 7 ст. 22 Закону, по суті, ідеться про констатацію факту розірвання договору лише з тієї підстави, що стороною договору не виконано обов'язку щодо оплати вартості частки в установлений Законом строк.

Очевидно, що ч. 7 ст. 22 Закону мала б установлювати право продавця за наведених у ній обставин *на односторонню відмову від договору* в повному обсязі, що мало б своїм наслідком визнання договору розірваним. При цьому, на нашу думку, мають бути дотримані вимоги ст. 654 ЦК України щодо форми розірвання договору та прописаний механізм реалізації продавцем (виконавцем) права на односторонню відмову (зокрема щодо повідомлення покупця про намір продавця відмовитися в односторонньому порядку від договору). Це дало б змогу пом'якшити занадто «жорсткий» порядок продажу частки боржника. Видається, що придбання частки учасника (боржника) товариства іншим учасником цього товариства – варіант кращий, ніж продаж непридбаної частки на аукціоні, учасники якого не мають інформації ні про товариство, ні про реальну вартість частки в його статутному капіталі.

Унісши істотні (порівняно із Законом України «Про господарські товариства») зміни до порядку набуття товариством частки у власному статутному капіталі, ст. 25 Закону передбачила, що таке набуття здійснюється відповідно до відплатного *договору про набуття товариством частки у власному статутному капіталі*, який укладається лише за одностайним рішенням загальних зборів учасників, у яких узяли участь усі учасники товариства.

У разі придбання частки (частини частки) учасника самим товариством без зменшення статутного капіталу товариства воно зобов'язане здійснити відчуження такої частки відплатно не пізніше ніж через один рік з дня придбання частки (частини частки).

Договори про внесення додаткового внеску, про купівлю-продаж частки (частини частки), відчуження частки (частини частки), купівлю-продаж частки боржника та про набуття товариством частки у власному капіталі можуть бути об'єднані в групу *договорів, що опосередковують майнові відносини в товаристві.*

Ще одну групу договорів у товаристві становлять *договори (контракти), що опосе-*

редковують відносини з посадовими особами товариства.

Відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону, посадовими особами товариства є члени виконавчого органу, наглядової ради, а також інші особи, передбачені статутом товариства.

Регулюючи відносини між товариством і його посадовими особами, законодавець, на жаль, виявив непослідовність у визначенні (у тому числі застосуванні термінології) видів договорів, що при цьому укладаються.

Так, у ч. 5 ст. 38 Закону вжито терміни «цивільно-правовий договір» і «трудовий контракт». При цьому не взято до уваги, що такого поняття, як «трудовий контракт», у трудовому законодавстві не існує; натомість у ньому вжито термін «контракт». Згідно з ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України (далі – КзПП України) [10], особливою формою трудового договору є контракт, у якому строк його дії, права, обов'язки й відповідальність сторін (у тому числі матеріальна), умови матеріального забезпечення та організації праці працівника, умови розірвання договору, у тому числі дострокового, можуть установлюватися угодою сторін. Сфера застосування контракту визначається законами.

У частині 7 ст. 39 Закону йдеться про цивільно-правовий або трудовий договір (контракт), але в ч. ч. 12, 13 цієї ж статті вживається узагальнений термін «договір». Натомість у ч. 6. ст. 40 Закону застосовано терміни «договір (контракт)».

Проте «перевершила» всі попередні статті ст. 42 Закону, у ч. ч. 2, 7 якої вжито термін «договір», а в ч. 8 – «договір (контракт)».

Зрозуміло, що таке вживання в Законі різних за змістом і галузевою належністю договорів, якими, з одного боку, є цивільно-правовий договір (як правило, це або договір підряду, або договір про надання послуг), а з іншого – трудовий договір або його особлива форма – контракт, повинно було б мати якесь пояснення, проте зі змісту Закону зробити якийсь висновок щодо вживання в окремих його статтях тих чи інших договорів неможливо.

Отже, оскільки третя група договорів поділяється на цивільно-правові договори і трудові договори (контракти), завдання законодавця полягає в приведенні термінології Закону в цій частині у відповідність до положень цивільного і трудового законодавства. Від цього, зокрема, залежатиме розв'язання іншої проблеми: що насправді мають відшкодовувати посадові особи товариства, які працюють за трудовим договором (контрактом), – збитки чи шкоду (матеріальну шкоду відповідно до приписів КзПП України).

Висновки

Проведене дослідження договорів у товаристві дає змогу зробити певні висновки:

1. Залежно від обов'язку їх укладання договори в товаристві поділяються на ті, що обов'язково укладаються, і договори, що можуть укладатися.

2. Залежно від змісту зазначених договорів їх умовно можна поділити на 3 групи: 1) договори, що опосередковують організаційно-майнові відносини в товаристві; 2) договори, що опосередковують майнові відносини в товаристві; 3) договори (контракти), що опосередковують відносини з посадовими особами товариства. Останні поділяються на цивільно-правові договори і трудові договори (контракти).

3. Сторонами договорів, які укладаються (можуть укладатися) в товаристві, залежно від їх виду можуть бути учасники (засновники) товариства, його посадові особи, треті особи, саме товариство.

4. Договори, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві, відрізняються від згадуваних у Законі договорів, що опосередковують звичайну господарську та пов'язану з нею діяльність товариства. Це, зокрема, договори забезпечення й інші договори (ч. 4 ст. 19 Закону), договори про проведення аудиту фінансової звітності товариства (ч. 2 ст. 41 Закону), договори про припинення товариства (ст. 53 Закону), значні правочини (ст. 44 Закону) та правочини, щодо яких є заінтересованість (ст. 45 Закону).

5. Норми щодо окремих договорів, що укладаються (можуть укладатися) в товаристві, потребують удосконалення з метою приведення їх змісту до положень ЦК, ГК та ГПК України, а також трудового законодавства.

Список використаних джерел:

1. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275–VIII. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text (дата звернення: 07.12.2020).

2. Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoy/ukr/EDRPU_2020/ks_opfg/ks_opfg_1120.htm (дата звернення: 07.12.2020).

3. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text (дата звернення: 07.12.2020).

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 07.12.2020).

5. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громад-

ських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text (дата звернення: 07.12.2020).

6. Про господарські товариства : Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text (дата звернення: 07.12.2020).

7. Постанова Верховного Суду від 1 жовтня 2019 р. у справі № 909/1294/15. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/802602/ (дата звернення: 07.12.2020).

8. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1992 р. № 1798-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12 (дата звернення: 07.12.2020).

9. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 07.12.2020).

10. Кодекс законів про працю України від 10 січня 1971 р. № 322-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text (дата звернення: 07.12.2020).

Valentyn Shcherbyna, Tetiana Bodnar. Contracts at limited liability company

The article examines the agreements concluded (may be concluded) in a limited liability company in accordance with the Law of Ukraine "On Limited and Additional Liability Companies" (hereinafter – the Law). A comparative legal analysis of the provisions of the Law with the provisions of the Civil and Commercial Codes of Ukraine, as well as the Labor Code of Ukraine for compliance of the provisions of the Law with the requirements of these codes. Some contradictions, shortcomings and gaps in the legal regulation of contractual relations in a limited liability company have been identified and on this basis proposals aimed at improving the current Law have been formulated. In particular, the provisions of Part 1 of Article 7 of the Law on the invalidity of a corporate agreement, the provisions of Part 4 of Article 20 of the Law on determining the subject of a claim and Part 7 of Article 22 of the Law on Termination of a Contract need to be clarified. The Law should also make a clearer distinction between agreements concluded with company officials.

It is proposed, depending on their content, to divide the agreements concluded (may be concluded) in the company into three groups: 1) agreements that mediate organizational and property relations in the company; 2) agreements that mediate property relations in the company; 3) agreements (contracts) that mediate relations with officials of the company. The latter are divided into civil law agreements and employment agreements (contracts). Depending on the obligation to conclude contracts in the company are divided into those that are subject to mandatory conclusion and those that can be concluded.

A distinction is made between agreements concluded in the company and business agreements concluded by the company with other business entities to mediate their business activities.

Key words: agreement on establishment of the company, corporate agreement, agreement on making an additional contribution, agreement on purchase and sale of shares, agreement on acquisition of shares in the company's authorized capital, agreements and contracts with officials.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.15

Сергій Вавженчук,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: 0000-0002-6968-6720

ПОНОВЛЕННЯ НА РОБОТІ В РАЗІ НЕЗАКОННОГО ЗВІЛЬНЕННЯ АБО ПЕРЕВЕДЕННЯ ЯК ЗАХІД ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ (ЧАСТИНА 2)

У статті з урахуванням чинного законодавства України, судової практики та наукової доктрини досліджуються питання, пов'язані із визначенням правової природи поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, реалізацією такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення. Автор підкреслює, що його популярність призвела до того, що він часто застосовується не лише у цивільній, а й в господарській та адміністративній юрисдикціях. Однак, як показує контент-аналіз судової практики, сторони не завжди розуміють правову природу такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення. Ускладнюється ситуація із застосуванням розглядуваного заходу захисту й тим, що у низці випадків суди застосовують концепцію неефективного способу захисту до розглядуваних правовідносин та відмовляють працівнику у позові на цій підставі. Така ситуація призводить до конкуренції права суду на застосування концепції неефективного способу захисту та конституційної гарантії, за якою громадянам гарантується захист від незаконного звільнення (ст. 43 Конституції України). Автор звертає увагу й на те, що проблеми, пов'язані з розумінням правової природи та реалізацією такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, залишаються у вузькому фокусі наукової уваги. У статті виявлені та окреслені ключові проблеми застосування такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення.

Ключові слова: захід захисту трудових прав, захист трудових прав, поновлення на роботі, незаконне звільнення, механізм захисту.

Постановка проблеми. Такий захід захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, належить до «несучих» конструкцій не лише трудо-правової науки, але й трудового права в цілому. При цьому не можна заперечити, що зазначений захід захисту трудових прав через розпорошеність трудового законодавства застосовується судами різних юрисдикцій. Зокрема, поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення застосовується цивільною, адміністративною, господарською юрисдикціями. Безумовно, таке неприродне розгалуження призводить до проблем у правозастосовній практиці.

Як наслідок, постає необхідність доповнити правову картину застосування такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, через призму контент-аналізу судової практики зазначених юрисдикцій.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблеми, пов'язані із розумінням правової природи та реалізацією такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, залишаються у вузькому фокусі наукової уваги. При цьому не можна не відзначити того, що окремим проблемам поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення, як одному із складних напрямів наукового дослідження трудового права, присвячено праці М. Алєксандрова, І. Ваганової, С. Венедіктова, М. Іншина, В. Лєбєдєва, О. Смірнова, П. Стависського, А. Юрьєвої та інших учених [1, с. 61-65].

Мета статті. З огляду на судову практику метою даної публікації є виявлення та окреслення основних проблем застосування такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення.

Виклад основного матеріалу. Такий захід захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення, застосовується часто судами у значній кількості справ та не лише в одній юрисдикції. Сьогодні поновлення на роботі як захід захисту успішно застосо-

© С. Вавженчук, 2021

вується судами у цивільній, господарській, адміністративній юрисдикціях. Так, поновлення на роботі як захід захисту реалізується в цивільній юрисдикції [2; 3; 5]. Однак постають питання розмежування цивільної та адміністративної юрисдикції у разі застосування зазначеного заходу захисту. У Постанові Великої палати Верховного Суду зазначено, що після укладення контракту між Волочиською райрадою та головним лікарем виникли трудові відносини, тобто фактично позовні вимоги стосуються підстав та умов звільнення ОСОБА_3 з посади головного лікаря Волочиського РЦПМСД, який перебуває у комунальній власності Волочиської райради. Велика Палата Верховного Суду правильно дійшла висновку про те, що спір не є публічно-правовим і не належить до юрисдикції адміністративних судів, а стосується трудових відносин і має вирішуватись судами за правилами ЦПК України [2]. Зокрема, розглядуваний захід захисту застосовувався у спорі у справі за позовом працівника до Мукачівського центру позашкільної освіти Мукачівської міської ради Закарпатської області, Управління освіти, молоді та спорту виконавчого комітету Мукачівської міської ради Закарпатської області про визнання незаконним і скасування наказу про звільнення, поновлення на роботі та стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу [3; 6, с. 316–322].

Також заслуговує на увагу й Постанова Великої Палати Верховного Суду від 27 лютого 2019 року у справі про поновлення на роботі завідувачки Одеської обласної психолого-медико-педагогічної консультації Управління освіти та науки Одеської обласної державної адміністрації. Варто підтримати Верховний Суд у його висновку, що така посада не належить до публічної служби, оскільки не пов'язана з діяльністю на державних політичних посадах, професійною діяльністю суддів, прокурорів, військовою службою, альтернативною (невійськовою) службою, дипломатичною службою, іншою державною службою, службою в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування. Велика Палата Верховного Суду окремо наголосила на тому, що для надання спору статусу публічно-правового з приводу прийняття громадян на публічну службу, проходження, звільнення з публічної служби необхідно обов'язково встановити наявність трьох підстав: 1) чи проходила особа конкурс на заняття вакантної посади; 2) чи складала така особа присягу посадової особи; 3) чи присвоювався їй ранг у межах відповідної категорії посад [5]. Як наслідок, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що у цій справі відсутній спір із приводу прийняття громадян на публічну службу та її проходження, а є виключно трудовий спір, у зв'язку з чим повинен вирішуватись за правилами цивільного судочинства [5; 6, с. 316–322]. Отже, щоб відповідний захід захисту (поновлення на роботі в разі незаконного звільнення) застосовувався у межах не цивільної, а адміністративної юрисдикції, потрібна наявність таких підстав: 1) факт проходження працівником конкурсу на заняття вакантної посади; 2) факт складення працівником присяги посадової особи; 3) наявність рангу у межах відповідної категорії посад. Відсутність вказаних трьох підстав у їх сукупності буде свідчити про наявність приватно-правового спору з приводу прийняття, здійснення, звільнення з роботи, що підпадає під цивільну юрисдикцію.

Поновлення на роботі як захід захисту суб'єктивного прав застосовується *в адміністративній юрисдикції*. Визначення адміністративної або цивільної юрисдикції, в межах якої буде застосовуватися такий захід захисту, часто залежить від правового статусу працівників державних органів. Тобто суди неоднозначно підходять до питання співвідношення термінів «працівник державного органу» та «державний службовець». Велика Палата Верховного Суду з цього приводу дійшла таких висновків. У справі № 752/2922/17 про поновлення на посаді головного спеціаліста відділу технічної експлуатації Управління справами НКРЕКП Верховний Суд зазначив, що працівники державних органів, посади яких визначені у переліку посад працівників державних органів, які виконують функції з обслуговування, зберігали статус державного службовця після дати набрання чинності Законом № 889-VIII (1 травня 2016 року) до завершення визначеного цим Законом строку попередження про зміну істотних умов державної служби [6, с. 316–322]. Ускладнює застосування розглядуваного заходу захисту й неоднозначність розуміння судами таких термінів, як «публічна служба» та «державна служба». Із цього приводу Велика Палата Верховного Суду підкреслила, що зміст поняття «публічна служба» охоплює поняття державної служби [7]. Тобто, на думку Великої Палати Верховного Суду, поняття державної служби є родовим по відношенню до поняття публічної служби. Відповідно до п. 15 ч. п. 1 ст. 3 КАС України публічна служба – це діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипло-

матична служба, інша державна служба, служба в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування (п. 15 ч. п. 1 ст. 3 КАС України у редакції, чинній на час постановлення судом апеляційної інстанції оскарженої ухвали). КАС України у редакції, чинній на час розгляду справи Великою Палатою Верховного Суду, включив у зміст поняття «публічна служба» також службу у державних колегіальних органах і патронатну службу в державних органах (п. 17 ч. 1 ст. 4) [7]. Таким чином, висновок щодо співвідношення понять «публічна служба» та «державна служба» зроблено виходячи лише зі змісту п. 15 ч. 1 ст. 3 КАС України (яка не дає прямої відповіді на це питання), без урахування критерію класифікації (він відсутній у Постанові Великої палати Верховного Суду), доктринальних підходів щодо побудови класифікації. З огляду на вказане Велика Палата Верховного Суду вважає, що на момент виникнення спірних правовідносин – звільнення з посади – позивач мала статус державного службовця. Підсумовуючи, Велика Палата Верховного Суду підкреслила, що на вимоги про визнання незаконним наказу про звільнення з посади, віднесеної до посад державної служби, та про поновлення на такій посаді, тобто на вимоги з приводу звільнення з публічної служби, поширюється юрисдикція адміністративних судів. А тому такі вимоги слід розглядати за правилами адміністративного судочинства [7; 6, с. 316–322]. Отже, у фокус адміністративної юрисдикції потрапляє поновлення на роботі в разі незаконного звільнення як захід захисту трудових прав за умови, що таке звільнення відбулося з посади публічної служби, у тому числі державної служби.

У цьому розрізі варто звернути увагу й на Постанову Верховного Суду від 01 липня 2020 р. Цією Постановою Верховний Суд підтримав позицію, викладену у Постанові Сумського окружного адміністративного суду від 25 жовтня 2016 року та ухвалі Харківського апеляційного адміністративного суду від 13 грудня 2016 року у справі № 818/1266/16 щодо правомірності поновлення ОСОБА_1 на службі в поліції на посаді інспектора Білопільського відділення поліції (м. Білопілля) Головного управління Національної поліції в Сумській області [8; 6, с. 316–322].

У господарській юрисдикції також застосовується поновлення на роботі як захід захисту трудових прав. У даній юрисдикції увага приділяється конкуренції ст. 36 КЗпП України та ст. 99 ЦК Україні. У справі № 562/304/17 судом першої інстанції поновлено особу на роботі. Рішення суду першої інстанції мотивовано тим, що наказ директора ТОВ «ЮТ-АГРО ЗЕРНО» № 23 від 30 грудня 2016 року про звільнення ОСОБА_3 з посади генерального директора є незаконним, оскільки підстави для припинення трудового договору визначені статтею 36 КЗпП України, а частина третя статті 99 ЦК України не підлягає застосуванню до трудових правовідносин. Крім того, загальні збори учасників ТОВ «ЮТ-АГРО ЗЕРНО», які оформлені протоколом № 7 від 30 грудня 2016 року, відбулись без участі позивача, який не був належним чином повідомлений про час і місце їх проведення і до якого упереджено ставиться інший засновник цього товариства [9]. Верховний Суд із цього приводу зауважив, що оскільки підставою поданого позову ОСОБА_3 вказує *недотримання вимог законодавства та установчих документів під час скликання та проведення загальних зборів товариства*, що є порушенням прав учасника на *управління товариством*, а не трудових прав керівника товариства, то спір *в цій частині* за своєю правовою природою та правовими наслідками, як правильно зазначив апеляційний суд, належить до корпоративних спорів і підлягає вирішенню господарськими судами (виділено автором – *В. С.*) [9]. Тобто, якби позивачем було зазначено недотримання вимог трудового законодавства, тоді мову можна було б вести про застосування трудо-правових заходів захисту в межах трудового законодавства. Разом із цим Верховний Суд підкреслив, що апеляційний суд правильно виходив із того, що рішення зборів є самостійною підставою для розірвання трудовою договору з генеральним директором товариства ОСОБА_3 [9]. По суті, йдеться про тонку межу між трудоправовими та цивільно-правовим заходами захисту та застосування ст. 99 ЦК України, навколо чого точаться наукові та судові дискусії. Як правило, у таких випадках у судових рішеннях посилаються на рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Міжнародний фінансово-правовий консалтинг» про офіційне тлумачення частини третьої статті 99 Цивільного кодексу України від 12 січня 2010 року. Конституційний Суду України у своєму рішенні відзначив, що реалізація учасниками товариства корпоративних прав на участь у його управлінні шляхом прийняття компетентним органом рішень про обрання (призначення), усунення, відсторонення, відкликання членів виконавчого органу цього об'єднання стосується також наділення або позбавлення

їх повноважень на управління товариством. Такі рішення уповноваженого на це органу мають розглядатися в межах не трудових, а корпоративних правовідносин, що виникають між товариством і особами, яким довірено повноваження з управління ним [10]. Тобто, з огляду на наведене, слід констатувати, що Конституційний Суд України «виводить» із дії трудового законодавства такий захід захисту, як поновлення на посаді посадових осіб товариства [6, с. 316–322].

Справи про визнання наказу незаконним, поновлення на роботі, стягнення заборгованості із заробітної плати, середнього заробітку за час вимушеного прогулу можуть розглядатися господарським судом за *умови, що у його провадженні перебуває справа про банкрутство* (виділено автором – *В. С.*). Варто звернути увагу у цій справі на таке. Верховний Суд підтримав висновок апеляційного суду про те, що останній не погодився з висновками суду першої інстанції про закриття провадження у справі в частині позовних вимог про визнання наказу (розпорядження) про припинення трудового договору незаконним та поновлення на роботі з тих підстав, що оскільки ОСОБА_1 є посадовою особою, то спір має розглядатися в господарському суді, в якому перебуває справа про банкрутство боржника. Адже у зв'язку з цим апеляційний суд вважав помилковим висновок суду першої інстанції про те, що позивачка, як інженер, була посадовою особою у розумінні пункту 7 частини першої статті 12 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) та частини четвертої статті 10 Закону України від 14 травня 1992 року № 2343-XII «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон № 2343-XII). Верховний Суд із цього приводу зазначив, що, вирішуючи питання про визначення юрисдикції (предметної підсудності) справи у спорах фізичної особи з майновими вимогами до боржника, в тому числі і за позовом про стягнення заробітної плати з роботодавця, суди повинні враховувати положення пункту 1-1 розділу X «Прикінцеві та перехідні положення» Закону № 2343-XII, вимоги статті 15 ЦПК України, статті 12 ГПК України та брати до уваги дату порушення господарським судом провадження у справі про банкрутство боржника [11]. Верховний Суд у постанові Великої Палати Верховного Суду від 31 жовтня 2018 року підкреслив, що справи про банкрутство боржника, порушені господарськими судами до 19 січня 2013 року, не впливають на визначення юрисдикції цих спорів і їх слід розглядати в порядку цивільного судочинства [12]. По суті, вказана позиція підтверджує висновок Великої Палати Верховного Суду, що мав місце раніше, зокрема, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 31 жовтня 2018 року (справа № 541/459/17) [12] та постанові Великої Палати Верховного Суду від 30 січня 2019 року (справа № 265/536/17) [13; 6, с. 316–322].

Висновки

З огляду на широку судову практику різнорідного застосування такого заходу захисту, як поновлення на роботі в разі незаконного звільнення, слід констатувати ознаки еклектики у його нормативно-правовій регламентації. Як наслідок, виникає потреба в обговоренні механізму уніфікації нормативної регламентації застосування такого заходу захисту трудових прав.

Список використаних джерел:

1. Вавженчук С.Я. Поновлення на роботі в разі незаконного звільнення або переведення як захід захисту трудових прав. Частина 1. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 11. С. 61-65.

2. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 січня 2019 р. Справа № 822/160/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79439706 (дата звернення: 18.12.2020).

3. Постанова Верховного Суду від 30 червня 2020 р. Справа № 303/6036/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90169157 (дата звернення: 18.12.2020).

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. Справа № 192/1855/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79250508 (дата звернення: 18.12.2020).

5. Постанова Великої палати Верховного Суду від 27 лютого 2019 року. Справа № 815/6096/17 (К/9901/49528/18). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80364173 (дата звернення: 18.12.2020).

6. Вавженчук С.Я. Охорона та захист трудових прав працівників : підручник. 3-тє вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2021. С. 316–322.

7. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 січня 2019 р. Справа № 752/2922/17). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79516775 (дата звернення: 18.12.2020).

8. Постанова Верховного Суду 01 липня 2020 р. Справа № 818/1266/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90127066 (дата звернення: 11.12.2020).

9. Постанова Верховного Суду від 28 листопада 2018 р. Справа № 562/304/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/78977586 (дата звернення: 11.12.2020).

10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю «Міжнародний фінансово-правовий консалтинг» про офіційне тлумачення частини третьої статті 99 Цивільного

кодексу України від 12 січня 2010 року. Справа № 1-2/2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-10#Text (дата звернення: 18.12.2020).

11. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 жовтня 2019 р. Справа № 263/3949/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85415069 (дата звернення: 10.12.2020).

12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 31 жовтня 2018 року. Справа № 541/459/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77586972 (дата звернення: 10.12.2020).

13. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 січня 2019 р. Справа № 265/536/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79834953 (дата звернення: 10.12.2020).

Sergii Vavzhenchuk. Reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position as a measure of labor rights protection (part 2)

The article, taking into account the current legislation of Ukraine, case law and legal doctrine, examines issues related to determining the legal nature of reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position, the implementation of such protection measure as reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position. The author emphasizes that the popularity of aforementioned protection measure has led to the fact that it is often used not only in civil but also in commercial and administrative jurisdictions. However, by analyzing case law, we can say that parties do not always understand the legal nature of such a protection measure as a reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position. The application of the protection measure in question is complicated by the fact that, in some cases, courts apply the concept of an ineffective protection measure to mentioned legal relationships and deny employee`s claim on this basis. This situation leads to competition between the court's right to apply the concept of an ineffective protection measure and the constitutional guarantee that citizens are guaranteed protection from illegal dismissal (Article 43 of the Constitution of Ukraine). The author also draws attention to the fact that the problems related to the understanding of the legal nature and implementation of such a protection measure as reinstatement in case of illegal dismissal or movement to another position remain in the narrow focus of the scientific field. The article identifies and outlines the key issues of the application of such a protection measure as reinstatement in the event of illegal dismissal or movement to another position.

Key words: labor rights protection measure, labor rights protection, reinstatement, illegal dismissal, protection mechanism.

УДК 331.5;349.245
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.16

Сергій Сільченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Діана Сєрбіна,
студентка господарсько-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДИСТАНЦІЙНА ПРАЦЯ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Статтю присвячено дослідженню становлення й сучасного стану правового регулювання дистанційної праці як різновиду нетипової зайнятості в умовах розвитку цифрових (інформаційних) технологій. В умовах формування й розвитку постіндустріального інформаційного суспільства відбувається зменшення обсягів використання традиційної праці на промислових та інших підприємства, що здійснюється під контролем роботодавця з наданням робочого місця, нормуванням роботи й обліком робочого часу. Натомість поширення нетипових видів трудових відносин стає важливим фактором розширення можливостей реалізації права на працю. Проаналізовано переваги та недоліки дистанційної праці як для працівника, так і для роботодавця. Досліджено найбільш суттєві ознаки, що притаманні трудовим відносинам на підставі договору про дистанційну працю. Як правило, її використовують у межах трудових правовідносин. При цьому місце виконання трудової функції не співпадає з місцем знаходження роботодавця. Працівник більш вільно й автономно використовує свій робочий час, ніж працюючи в офісі. Роботодавець здійснює управління процесом праці дистанційних працівників з використанням інформаційних і телекомунікаційних технологій.

Визначено ключові питання використання дистанційної праці в Україні, які потребують нормативно-правового регулювання. Таке регулювання має спиратися на загальновизнані міжнародно-правові стандарти, зокрема акти Міжнародної організації праці. Також воно має враховувати накопичений в Україні досвід регламентації надомної праці, досвід регулювання дистанційної праці в умовах поширення пандемії COVID-19 і запровадженого в Україні карантину. Піддано критиці законодавчі пропозиції, спрямовані внормувати дистанційну працю, зокрема визнання дистанційної праці особливим режимом роботи. Невирішеними залишаються питання дотримання прав дистанційних працівників у сфері охорони праці, а також гарантій під час притягнення до дисциплінарної та матеріальної відповідальності

За результатами дослідження зроблено висновки, що необхідно забезпечити дотримання балансу єдності правового регулювання праці щодо гарантування основних трудових прав дистанційних працівників у поєднанні з можливостями для диференціації правового регулювання дистанційної праці. При цьому важливо спиратися як на позитивний досвід інших країн, що вже мають досвід такого регулювання, так і на визнані міжнародні стандарти.

Ключові слова: нетипова зайнятість, дистанційна праця, телеробота, дистанційний працівник, єдність, диференціація.

Постановка проблеми. Розвиток світу у XXI столітті характеризується активним упровадженням у різні сфери життя цифрових технологій, електронних мереж, що є важливим чинником існування постіндустріального суспільства. Це зумовило появу нових можливостей для реалізації прав людини у сфері соціально-трудових відносин. По суті, створюються передумови для віртуалізації економічного простору, поєднаного з реальною соціальною взаємодією учасників суспільно-правових відносин.

Збільшення масштабів використання мережі Інтернет, мобільного й електронного зв'язку, відеоконференцій зумовлене й новими неочікуваними причинами, зокрема поширенням у світі пандемії COVID-19, потребою дотримання людьми соціальної дистанції тощо. Цілком очікувано, що все більше працівників і роботодавців надають пріоритет нетиповим формам організації праці. Це дає змогу більш гнучко планувати й організовувати свій робочий час, використовувати творчі зді-

© С. Сільченко, Д. Сєрбіна, 2021

бності та навички самоорганізації, розширювати можливості для додаткового заробітку. Наслідком розвитку цифрових технологій є поширення нестандартних форм зайнятості, серед яких – дистанційна, віддалена робота, що постійно збільшується за масштабами використання [1, с. 234].

Дослідження теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із використанням нетрадиційних форм зайнятості, зокрема дистанційної праці, у науці трудового права набуло актуальності наприкінці XX століття. Наукові здобутки в цій сфері відображені в працях таких учених, як Н.М. Вапнярчук, Л.П. Гаращенко, О.В. Демченко, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, І.Я. Кисельов, П.Є. Морозов, Я.В. Свічкарьова, О.М. Ярошенко та ін. Не применшуючи ролі наукових праць цих авторів, варто зазначити, що розвиток інформаційних технологій і наукових знань в умовах розширення мобільності працівників, а також сучасні виклики, що постали перед суспільством в умовах поширення пандемії COVID-19, вимагають комплексного дослідження природи та значення дистанційної праці як особливої форми зайнятості.

Метою статті є здійснення комплексного наукового аналізу сучасних проблем правового регулювання дистанційної праці в Україні, виклад авторського бачення шляхів їх розв'язання й формування пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання такої праці.

Виклад основного матеріалу. Становлення ринкових відносин на пострадянському просторі спричинило суттєву трансформацію концепції стабільних трудових відносин. Зміни в економіці та суспільстві, зокрема зменшення питомої ваги великих промислових підприємств, що практикували використання традиційно організованої праці з наданням робочого місця, суворим обліком і контролем робочого часу та необхідністю щоденного відвідування роботи, розвиток малого й середнього бізнесу, спрямованого на створення інноваційних і технологічних продуктів, призводить до зміни форм і методів залучення громадян на ринок праці.

У правовому регулюванні трудових відносин посилюється гнучкість, для характеристики якої використовується термін «флексибілізація» [2, с. 24]. Формами її прояву називають поширення атипових трудових договорів, зокрема, на умовах неповного робочого часу з працівниками агентств тимчасової зайнятості (роботи), економічно залежними, самозайнятими, домашніми працівниками, телепрацівниками тощо.

Серед цих форм зайнятості дистанційна праця набула поширення. Для її позначення використовуються різні терміни, зокрема телеробота, тобто різновид трудової діяльності, що виконується поза межами центрального офісу, що виключає можливість безпосереднього контакту працівника з його керівниками та колегами по службі [3, с. 113]. Утім як правовий феномен дистанційна праця в Україні перебуває на стадії становлення, хоча в багатьох країнах світу вона набула поширення й становить серйозну конкуренцію усталеним формам зайнятості [4, с. 101; 5, с. 466].

Легальне визначення дистанційної праці законодавець спробував надати, уносячи зміни до Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 № 540-IX (далі – Закон № 540-IX). Так, відповідно до ч. 10 ст. 60 КЗпП, дистанційна (надомна) робота – це форма організації праці, при якій робота виконується працівником за місцем його проживання чи в іншому місці за його вибором, у тому числі за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, але поза приміщенням роботодавця.

На перший погляд недоліком цієї дефініції є змішування категорій «дистанційна» й «надомна» праця, які за своєю сутністю та характеристиками суттєво різняться [1, с. 235–238]. Варто зауважити, що в літературі відсутня єдність поглядів на дистанційну працю.

Серед ознак дистанційної зайнятості А.М. Колот найважливішими називає віддаленість робочого місця, ненормований робочий час, віртуальність середовища, у якому протікає трудова діяльність, використання інформаційних і комунікаційних технологій, гнучкість соціально-трудових відносин. Дистанційна зайнятість – це нестандартна форма зайнятості, яка заснована на гнучких соціально-трудових відносинах між працівником і роботодавцем і відбувається у віртуальному середовищі з використанням інформаційних і комунікаційних технологій [6, с. 6].

На переконання О.О. Герасименко, дистанційну зайнятість правомірно розглядати не лише з позицій нестандартності, а й під кутом зору інноваційності, оскільки така форма соціально-трудових відносин передбачає комплекс нововведень щодо взаємодії держави, найманих працівників, роботодавців, яка на практиці породжує низку соці-

ально-економічних зисків і загострює організаційно-правову визначеність [7, с. 229].

Як зазначають О.О. Герасименко, Л.В. Щетініна, С.Г. Рудакова, дистанційна зайнятість – це форма зайнятості, яка передбачає укладення трудового договору між роботодавцем і найманим працівником для виконання роботи, що потребує високої кваліфікації, на власному обладнанні або обладнанні роботодавця, із залученням до бізнес-процесів організації, з використанням сучасних інформаційних і комунікаційних технологій і за умови відсутності очних контактів між суб'єктами договорів з метою забезпечення процесу та створення продукту (результату) праці [1, с. 235].

Піддаючи критиці нормативне регулювання дистанційної роботи, запроваджене Законом № 540-IX, Д.О. Новіков та О.М. Лук'янчиков справедливо наголошують, що дистанційна робота не може визнаватися особливою формою організації праці в межах гнучкого режиму робочого часу. Вона є самостійним комплексом взаємопов'язаної трудової діяльності, що об'єднує працівників зі специфічним характером праці. У цьому аспекті законодавцем явно порушується принцип єдності й диференціації правового регулювання трудових відносин [8, с. 101].

О.Г. Середа, наголошуючи на необхідності нормативного регулювання дистанційної роботи, визначає дистанційного працівника як такого, що виконує роботу без укладення довгострокового договору з роботодавцем, найманого тільки для виконання певного переліку робіт [9, с. 245].

Дистанційною, на думку О.В. Демченко, є робота, яка здійснюється працівником на регулярній основі з дотриманням вимог трудового законодавства й інших актів, що містять норми трудового права. Характерною особливістю цієї форми організації правових відносин з роботодавцем є місце розташування працівника при виконанні своїх трудових функцій, а саме поза межами розташування роботодавця та стаціонарного робочого місця, й умова підтримання взаємодії між роботодавцем і працівником за допомогою використання способів електронного зв'язку [10, с. 43].

Суттєвими ознаками, притаманними дистанційній праці, є такі. Вона застосовується в межах трудових правовідносин. Місце виконання трудової функції не співпадає з місцем знаходження роботодавця (виконання роботи поза межами офісу). У питаннях використання робочого часу працівник має більшу автономію, ніж працюючи в межах офісу. Процес управління найманою працею здійснюється за допомогою інформаційних і телекомунікаційних технологій.

Треба зазначити, що правове регулювання дистанційної праці на Заході та в Україні започатковувалося в принципово різних умовах. Під впливом глобалізації та послаблення колективних трудових прав у багатьох західних країнах набула поширення ідея індивідуального трудового регулювання за угодою між працівником і роботодавцем. Крім того, історично в економічно розвинених країнах телепрацівники користувалися меншим обсягом прав, аніж працівники, які мали традиційні трудові договори, укладені на невизначений строк. Поступово намітилася тенденція усунення дискримінації стосовно цієї категорії працівників шляхом розширення їхнього правового статусу або поширення на них норм трудового права [11, с. 173].

Натомість в Україні відбуваються діаметрально протилежні процеси, коли задля посилення інвестиційної привабливості національної економіки держава намагається здійснювати дерегуляцію трудових відносин, перевести акценти із централізованого нормативного на індивідуальне договірне регулювання. Це є об'єктивною потребою суспільства, адже базові підходи до регулювання використання найманої праці залишаються незмінними ще з радянських часів. Закон забезпечує існування традиційної моделі трудових відносин, що передбачають організаційну підпорядкованість найманого працівника в межах внутрішнього трудового розпорядку своєму роботодавцеві, який водночас забезпечує працівника знаряддями праці й гарантує систематичну виплату заробітної плати, розрахованої на підставі тарифної системи оплати праці. Наявна багатоукладна економіка, що включає підприємців і компанії різного масштабу, потребує більш гнучких засобів регулювання трудових відносин.

З іншого боку, відсутність належної правової культури, поєднаної з правовим нігілізмом і намаганням протидіяти надмірному податковому навантаженню, підштовхують роботодавців до використання нелегальної зайнятості й цивільно-правових договорів для маскування трудових відносин. Це посилює негативні процеси, пов'язані з ігноруванням трудових прав працівників.

Беззаперечно, дистанційна праця має як позитивні, так і негативні наслідки для учасників трудових правовідносин. Застосування дистанційної зайнятості, як показав досвід запровадження карантину в Україні навесні 2020 року, дає можливість суттєво зменшити виробничі витрати роботодавців на організацію праці, оренду й утримання офісних

приміщень. На працівників частково були перекладені витрати на ресурси, зокрема електроенергію, зв'язок, воду. Менше обов'язків мають роботодавці в питаннях охорони праці, оскільки ними фактично перекладено на самих працівників обов'язки з організації охорони праці, забезпечення здорових і нешкідливих умов праці. Та й навряд чи можливо забезпечити в помешканні працівника, що має інше цільове призначення, рівень виробничої безпеки, призначений для промислових чи офісних будівель.

Водночас роботодавці можуть повноцінно використовувати здатність особи до праці, установлюючи виробничі завдання й підтримуючи ефективну комунікацію всередині колективу. З'являється можливість розширити межі підбору персоналу за рахунок осіб, зацікавлених у неповному робочому дні й частковій зайнятості, зокрема з частковою зайнятістю. Крім того, фактично в безкоштовне користування отримані сучасні канали комунікації, наприклад, соціальні мережі або месенджери.

Поширення дистанційної зайнятості має позитивні сторони й для працівників. Зокрема, це запобігає звільненню тих, хто з певних причин не може надовго полишати помешкання, опікуючись непрацездатними членами сім'ї або дітьми. За певних умов, виключаючи безпосередній контакт між працівниками, дистанційна робота може запобігати проявам мобінгу та іншим проявам дискримінаційних дій. Позитивним моментом є доступність цієї форми зайнятості для різних категорій населення, передусім для осіб з обмеженими можливостями, людей, які не можуть відлучитися з дому на тривалий час. Важливу роль дистанційна праця може відігравати й у розширенні транскордонної мобільності робочої сили, коли можливість працювати на іноземного працедавця не пов'язана з вимушеною еміграцією та отриманням дозволів на працевлаштування в іншій країні.

Як справедливо наголошує Я.В. Свічкарьова, застосування нестандартних форм зайнятості дає змогу посилювати гнучкість ринку праці, але це відбувається переважно за рахунок зменшення соціальної захищеності працівників, оскільки правова база для регулювання нетипових трудових відносин у нашій країні практично відсутня.

Вітчизняна практика регулювання дистанційної праці ґрунтується переважно на досвіді регулювання надомної роботи. Сьогодні, окрім ст. 60 КЗпП України та норми про письмову форму трудового договору (п. 6-1 ч. 1 ст. 24 КЗпП України), зберігає чинність Положення про умови праці надомників, затвердженого Постановою Держкомпраці СРСР і ВЦРПС від 29.09.1981 № 27517-99. Відповідно до п. 1 цього Положення, надомниками вважаються особи, які уклали трудовий договір з об'єднанням, комбінатом, підприємством, установою, організацією, колгоспом про виконання роботи вдома особистою працею з матеріалів і з використанням знаряддя й засобів праці, що виділяються підприємством або придбані за рахунок цього підприємства. Адміністрація може дозволити надомникам виготовлення виробів для підприємства з власних матеріалів і з використанням особистих механізмів та інструментів.

Робочим місцем надомника є належне йому житлове приміщення, натомість дистанційний працівник може здійснювати свою діяльність не лише вдома, а й в іншому місці за власним вибором.

Утім дистанційна та надомна робота суттєво різняться, що переконливо доведено протягом 2020 року під час запровадження карантину. На відміну від праці надомників, пов'язаної з виробництвом товарів чи наданням побутових послуг, виконання дистанційної роботи можливо практично всюди, де використовується інтелектуальна праця або комунікація між людьми. І, звичайно, така робота неможлива без використання інформаційно-комунікаційних технологій і відповідної техніки.

Вочевидь, дистанційна форма роботи супроводжується появою нових ознак трудових правовідносин, не притаманних традиційним. У такому разі правовідносини перебувають «на стику» цивільного і трудового права й мають, так би мовити, «прикордонний» характер [13, с. 340].

Тому, на нашу думку, нормативно-правове регулювання використання праці дистанційних працівників має вирішити такі питання:

1. Особливості правового становища дистанційного працівника в контексті принципу єдності й диференціації правового регулювання праці, а також розмежування цивільного і трудоправового способів використання здатності особи до праці.

2. Виключно добровільний характер установлення дистанційної праці, можливість у будь-який час повернутися до традиційної форми роботи.

3. Необхідність забезпечення рівності трудових прав дистанційних працівників та осіб, які виконують роботу за місцем знаходження роботодавця.

4. Особливий порядок укладення, зміни й припинення трудового договору з дистанційним працівником, особливо в контексті

використання електронних довірчих послуг та електронного цифрового підпису.

5. Забезпечення використання й захисту персональних даних дистанційних працівників.

6. Облік робочого часу під час дистанційної праці.

7. Особливості оплати праці дистанційних працівників, нормування їхньої праці.

8. Організація робочого місця, забезпечення засобами праці, створення безпечних і нешкідливих умов праці з урахуванням установлених державою вимог до охорони праці, вентиляції, опалення, освітлення, інших нормативів.

9. Регламентація процесу комунікації між керівником і підлеглим, забезпечення спілкування з іншими співробітниками з використанням телекомунікаційних технологій, необхідність відвідування офісу.

10. Забезпечення професійного розвитку, підвищення кваліфікації, просування працівника в межах службової кар'єри.

11. Здійснення роботодавцем контрольно-дисциплінарних функцій, особливості контролю діяльності працівника та застосування до нього заходів примусу й дисциплінарної відповідальності.

12. Збереження майна, наданого працівнику для використання під час виконання трудових обов'язків за місцем фактичного їх виконання.

13. Право дистанційного працівника на об'єднання з метою захисту своїх інтересів.

Розробка національного законодавства про дистанційну працю має враховувати положення Конвенцій Міжнародної організації праці «Про надомну працю» від 1996 року № 177, «Про достойну працю домашніх працівників» від 2011 року № 189, Рекомендації МОП «Щодо надомної праці» від 1996 року № 184, «Про трудове правовідношення» від 2006 року № 198.

Важливо не лише ратифікувати відповідні Конвенції МОП, а й адекватно відобразити в трудовому законодавстві найважливіші їх положення, урахувавши відповідні рекомендації. Мова передусім іде про забезпечення рівності трудових прав надомних і дистанційних працівників порівняно з традиційними працівниками, а також захисту їх від дискримінації. Важливо реально впровадити письмову форму трудового договору з такими працівниками (ст. 7 Конвенції МОП № 189). Для них має бути забезпечено можливість об'єднуватися з метою захисту своїх інтересів у профспілки та інші організації, а також гарантоване право на участь у колективних переговорах. Також варто розробити адекватний механізм контролю за дотриманням трудового законодавства під час використання дистанційної та надомної праці.

Зазнавши невдачі з прийняттям Проєкту Закону України про працю (реєстраційний № 2708), Кабінет Міністрів ініціював низку змін до КЗпП з метою посилення дерегуляції трудових відносин і посилення ролі трудового договору як відповідного регулятора. Проте нормативна регламентація дистанційної роботи, запроваджена Законом № 540-IX, не може вважатися вдалою спробою такого регулювання. Норми права, закріплені в ст. 60 КЗпП, не враховують сутності такої праці, не створюють надійного механізму захисту інтересів обох сторін трудових правовідносин. Приведення розуміння дистанційної праці лише до особливого режиму роботи створює безліч проблем під час її застосування.

Верховна Рада України 3 листопада 2020 року схвалила в першому читанні Проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи» № 4051 [14]. Не вдаючись до ґрунтовного аналізу всіх положень цього Законопроєкту, варто зазначити, що відповідні пропозиції щодо регулювання дистанційної праці враховують деякі положення актів Міжнародної організації праці, присвячених надомній і дистанційній праці. І хоча ці міжнародно-правові акти ще не ратифіковані нашою країною, їх норми можуть слугувати орієнтиром для законодавця.

Дистанційну робота пропонується визнати формою організації трудових відносин між працівником і роботодавцем і/або виконання роботи, коли робота виконується працівником поза приміщеннями роботодавця в будь-якому місці за його вибором і з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Ця дефініція цілком ураховує суттєві особливості такої форми зайнятості.

Пропонується укладати трудові договори про дистанційну роботу в письмовій формі на підставі типової форми, затвердженої центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері трудових відносин. На нашу думку, ухвалення саме типової форми договору є неприйнятним. По суті, вона є нормативно-правовим актом і сторони не зможуть її змінювати, а лише доповнювати. Це суттєво скорочує можливості індивідуалізації змісту трудових відносин у кожному конкретному випадку.

При виконанні дистанційної роботи працівник самостійно обиратиме власне робоче

місце та персонально відповідатиме за забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці на ньому. При цьому на роботодавця покладається обов'язок проводити інструктажі з охорони праці та протипожежної безпеки, пов'язані з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Проте багато питань залишає запропонована форма підтвердження факту проведення інструктажів шляхом обміну електронними документами, адже відсутність широкого поширення електронних довірчих послуг не забезпечує достовірності спілкування.

Перенесення акцентів регулювання відносин між працівником і роботодавцем на трудовий договір є цілком логічним і прийнятним. Проте викликає заперечення непоширення за загальним правилом на дистанційних працівників правил внутрішнього трудового розпорядку. На відміну від надомників, дистанційні працівники, як правило, інтегровані у виробничі й управлінські процеси роботодавця, виконують свою роботу під час загального робочого дня, установленого для інших працівників. Тож цінність такої роботи часто полягає саме в її виконанні в потрібний роботодавцеві проміжок доби.

Варто підтримати запровадження правила про можливість поєднання дистанційної роботи та праці в приміщеннях і на території роботодавця.

Порядок і строки забезпечення працівників, які виконують роботу дистанційно, необхідними для виконання ними своїх обов'язків обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації й іншими засобами, порядок і строки подання такими працівниками звітів про виконану роботу, розмір, порядок і строки виплати компенсації за використання належних працівникам або орендованих ними обладнання, програмно-технічних засобів, засобів захисту інформації та інших засобів, порядок відшкодування інших пов'язаних з виконанням дистанційної роботи витрат мають визначатися трудовим договором про дистанційну роботу.

За умов жорсткої централізованої регламентації правил дисциплінарної відповідальності, звільнення працівників з роботи ці питання щодо дистанційних працівників залишаються невирішеними, що об'єктивно створюватиме умови для виникнення трудових спорів через складність для роботодавців дотримуватися чинного законодавства.

Також викликає заперечення пропозиція про примусове запровадження дистанційної праці на час загрози поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, установлених законодавством і/або на час загрози військового, техногенного, природного чи іншого характеру. Примусове запровадження дистанційної праці в такому разі не варто вважати виправданим, адже це суперечитиме ст. 43 Конституції України стосовно заборони примусової праці.

Висновки

Цілком очевидно, що подальший розвиток трудового права України в умовах відсутності кодифікованого нормативного акта, що забезпечує комплексне регулювання трудових відносин, є досить ускладненим. Тому нагальним завданням, яке буде вирішуватися під час кодифікації трудового законодавства, є забезпечення єдності правового регулювання праці в частині гарантування основних трудових прав працівників, у т. ч. дистанційних, із широкими можливостями для диференціації правового регулювання дистанційної праці. При цьому важливо спиратися як на позитивний досвід інших країн, що вже мають досвід такого регулювання, так і на визнані міжнародні стандарти.

Нагальним же є посилення договірних засад щодо регламентації дистанційної праці за допомогою впровадження примірної форми трудового договору з дистанційним працівником, яка може прийматися за основу під час укладення відповідних трудових договорів.

Список використаних джерел:

1. Герасименко О.О., Щетініна Л.В., Рудакова С.Г. Дистанційна зайнятість: сучасні тренди в організації та оплаті праці. *БізнесІнформ*. 2017. № 11. С. 233–239.

2. Морозов П.Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации : монография. Москва : Проспект, 2016. 256 с.

3. Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). Москва : ЗАО «Бизнес-школа «Интел-Синтез», 2003. 160 с.

4. Вапнярчук Н.М. Дистанційна зайнятість: проблеми правового регулювання. *Право та інновації*. 2016. № 1. С. 101–106.

5. Іншин М.І. Дистанційна зайнятість працівників в умовах ринкової економіки. *Форум права*. 2014. № 3. С. 466–469. URL: http://center-social-law.com/bitstream/123456789/93/1/259.pdf (дата звернення: 10.12.2020).

6. Колот А. Трансформація інституту зайнятості як складова глобальних змін у соціально-трудовій сфері. *Україна: аспекти праці*. 2009. № 8. С. 3–14.

7. Герасименко О.О. Дистанційна зайнятість як тренд цифрової економіки: нові можливості, нові соціальні ризики. *Сфера зайнятості і доходів*

в умовах цифрової економіки: механізми регулювання, виклики та домінанти розвитку : збірник тез доп. учасників Міжнар. наук.-практ. конф., (Київ, 23–24 жовт. 2019 р.). Київ : КНЕУ, 2019. С. 228–231.

8. Новіков Д.О., Лук'янчиков О.М. Цивілістичний характер змін у Кодексі законів про працю України, пов'язаних із впровадженням правового регулювання дистанційної роботи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 4. С. 100–103.

9. Середа О.Г. Деякі аспекти впровадження регулювання дистанційної роботи в сучасному законодавстві. *Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (Суми, 5–7 черв. 2014 р.). Суми : СумДУ, 2014. С. 245–248.

10. Демченко О.В. Механізм правового регулювання дистанційної зайнятості за трудоправовою регламентацією. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2019. Вип. 2. С. 42–45.

11. Морозов П.Е. Телеработа как форма флексибилизации трудового права зарубежных стран в условиях глобализации. *Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал*. 2011. Вып. 4. С. 173–177.

12. Свічкарьова Я.В. Дистанційна робота як одна із форм атипової зайнятості. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2013. № 1. С. 129–134.

13. Engels C. Subordinate Employees or Self-Employed Workers? *Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. R. Blanpain* (ed.). Wolters Kluwer, X ed., 2010. P. 339–360.

14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи : Проєкт Закону України від 04.09.2020 р. № 4051. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69838 (дата звернення: 10.12.2020).

Serhii Silchenko, Diana Serbina. Remote working: current state and prospects of legal regulation

The paper is dedicated to the study of the establishment process and current state of legal regulation of remote working as a kind of unconventional employment in the developing environment of digital (information) technologies. In the conditions of molding and development of the post-industrial information society, there is reducing of the use of traditional labor with work space provided from employer, jobs standardization, and working time tracking in industrial and other enterprises. Instead, the expansion of unconventional types of labor relations is becoming an important factor of extending opportunities of the right to work to be implemented. There are analyzed advantages and disadvantages of remote work for employee as well as for employer. It is studied the most significant features inherent in labor relations grounded in a contract of remote work. Most commonly, they are used within labor relationship. However, work space the labor function is executed does not coincide with the location of employer. Employee uses its working time more freely and independently than while working in the office. Employer manages the work process of remote employees using information and telecommunications technologies.

It is presented the key issues of remote working in Ukraine which require legal regulation. Such regulations are posited to be based on generally accepted international legal standards, such as provisions of the International Labour Organization. It needs also to be taken into account the experience gained in Ukraine in the field of home-based work regulation, as well as the experience in regulating of remote work in the context of the COVID-19 pandemic and the quarantine measures introduced in Ukraine. The paper contains a critical analysis of legislative proposals aimed to standardize remote working, in particular, defining the remote work as a special working arrangement. Such issues as related to the compliance with the rights of labor protection for remote employees and with guarantees during discipline and material liability remain unresolved.

According to the results of the study, the conclusion drawn that it is necessary to ensure compliance with the balance of unity of labor legal regulation in order to guarantee the basic labor rights of remote working and opportunities for differentiation of legal regulation of remote working. This being said, it is important to rely on the positive experience of other countries that already have experience in such regulation, as well as on endorsed international standards.

Key words: atypical kind of employment, remote working, telework, remote worker, unity, differentiation.

УДК 349
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.17

Наталія Карпінська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Волинського національного університету імені Лесі Українки

ПРИНЦИП НАУКОВОГО ОБҐРУНТУВАННЯ В РАЗІ ЗАСТОСУВАННЯ САНІТАРНИХ І ФІТОСАНІТАРНИХ ЗАХОДІВ: ВИМОГИ СОТ ТА ЄС

Стаття присвячена характеристиці принципу наукового обґрунтування у разі застосування санітарних та фітосанітарних заходів у світлі вимог СОТ та ЄС.

Всебічний аналіз наукової літератури дає змогу зробити висновок про те, що у теорії аграрного права не проводились дослідження щодо з'ясування змісту принципу наукового обґрунтування у разі застосування санітарних та фітосанітарних заходів у світлі вимог СОТ та ЄС, як і питань, пов'язаних із практичною реалізацією цього принципу, зокрема, чи можуть члени СОТ покладатися на наукову думку меншості чи дотримуватися того, що вважається науковою думкою більшості; чи можуть відігравати роль ненаукові фактори і, що важливо, якою мірою можуть бути враховані наукові питання, які не вивчені повністю або де існують лише попередні наукові докази.

Виходячи з міркування, що правові принципи застосування санітарних та фітосанітарних заходів, які передбачені правом СОТ, є обов'язковими для України та ЄС і на них базується вітчизняне та європейське законодавство у цій сфері, а також зазначаючи, що за своїм спрямуванням та змістовим наповненням ці принципи неоднорідні, автор поділяє їх на дві групи: принцип самостійності (принцип суверенітету) та антипротекціоністські принципи.

У системі антипротекціоністських принципів права СОТ автор виокремлює базову компоненту (принцип недискримінації), режимну компоненту (принципи національного режиму та режиму найбільшого сприяння), інформаційну компоненту (принцип транспарентності) та змістову компоненту (принципи наукового обґрунтування та гармонізації) та робить акцент на тому, що економічно розвинені та політично сильні країни (на кшталт ЄС), зважуючи власні економічні, соціальні, екологічні та інші ризики, вибирають різні стратегії захисту власних інтересів, серед яких найбільш популярною є стратегія підвищення вимог щодо санітарних та фітосанітарних засходів на підставі науково обґрунтованих даних.

Окрему увагу приділено характеристиці позиції органу вирішення суперечок СОТ з огляду на те, що на практиці значна кількість міждержавних суперечок детермінована різним тлумаченням положень Угоди про застосування санітарних та фітосантарних заходів, а саме, щодо наукового обґрунтування і доказів необхідності їх застосування.

Також обґрунтовано висновок про те, що рішення, засновані на наукових доказах, можуть розглядатися не тільки як більш якісні, а й ширші, адже вони прийняті на основі твердження про те, що наука є об'єктивною, нейтральною та універсальною. Більше того, вирішення суперечок на основі науково обґрунтованих критеріїв дозволяє органам врегулювання суперечок деполітизувати (принаймні на перший погляд) конкретні торгові суперечки.

Ключові слова: принципи, наукове обґрунтування, санітарні та фітосанітарні заходи, СОТ, ЄС.

Постановка проблеми. Велика система норм СОТ та ЄС, що регулюють відносини у сфері застосування санітарних та фітосанітарних заходів (далі – СФЗ), підкорені певним принципам – керівним основам, які визначають основну сутність вимог, їх спрямування та кінцеву мету.

Правові принципи застосування СФЗ, які передбачені правом СОТ, є обов'язковими для України та ЄС, і на них базується вітчизняне та європейське законодавство у цій сфері. За своїм спрямуванням та змістовим наповненням ці принципи неоднорідні та поділяються на дві групи: принцип самостійності (принцип суверенітету) та антипротекціоністські принципи.

У системі антипротекціоністських принципів права СОТ виокремлюємо базову компоненту (принцип недискримінації), режимну компоненту (принципи національного режиму та режиму найбільшого сприяння), інформаційну компоненту (принцип транспарентності) та змістову компоненту (принципи наукового обґрунтування та гармонізації).

© Н. Карпінська, 2021

Наукові знання постійно оновлюються, доповнюються, спростовуються – цей процес безпосередньо впливає на вимоги щодо застосування СФЗ. Водночас Угода про застосування СФЗ надає країнам-членам необмежене право впроваджувати норми, які спрямовані на підвищення рівня захисту, якщо для цього є наукове обґрунтування та країна вважає, що вона потребує вищого рівня захисту в даному конкретному випадку. Застосування СФЗ, не обґрунтованих науково, сприймається як штучний бар'єр у міжнародній торгівлі між країнами – членами СОТ і може оспорюватися у відповідних органах даної організації. Хоча на перший погляд може здатися, що науково обґрунтований підхід призведе до зменшення суперечок та до зменшення довільних рішень на внутрішньому рівні, досвід роботи з 1995 року у кращому випадку – неоднозначний.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Фундаментальною базою для дослідження слугували праці таких науковців: В. Носіка, А. Статівки, А. Духневича, Х. Григор'євої, Г. Мамишова, С. Комендатнтова, Н. Чуйко, Т. Гуляєвої, М. Попова, А. Попової та ін. Водночас потребують вивчення питання щодо самої суті цих принципів: чи можуть члени СОТ покладатися на наукову думку меншості чи дотримуватися того, що вважається науковою думкою більшості, чи можуть відігравати роль ненаукові фактори і, що важливо, якою мірою можуть бути враховані наукові питання, які не вивчені повністю, або ті, де існують лише попередні наукові докази.

Позаяк існують певні особливості розуміння та застосування цих принципів у ЄС, то актуальним та затребуваним є також дослідження такої специфіки у контексті відмінностей від базового змісту принципів СОТ.

Постановка завдання. Метою цієї статті є характеристика принципу наукового обґрунтування застосування санітарних та фітосанітарних заходів у світлі вимог СОТ та ЄС.

Виклад основного матеріалу. Вибір рівня захисту фактично пов'язаний зі ст. 2, 3, 5, 7 Угоди про застосування СФЗ [1] (далі – Угоди), в яких рекомендується цей рівень базувати на наукових доказах, вимогах міжнародних стандартів, у разі якщо немає наукового обґрунтування, за ст. 5 – базувати на оцінці ступеня ризику.

Визначення адекватного рівня захисту врегульовується ст. 5.5 Угоди. Країна-імпортер має право встановити для себе прийнятний рівень захисту, не порушуючи при цьому своїх зобов'язань за Угодою. Орган з регулювання суперечок під час розгляду справи «Європейський союз – гормони» визначив, що порушенням ст. 5.5 буде вважатися одночасна наявність у діях країни-імпортера таких трьох елементів:

а) країна-імпортер встановлює різні прийнятні рівні захисту в декількох порівнянних різних ситуаціях. У розумінні ст. 5.5 різні ситуації є порівнянними, якщо вони включають або ризик проникнення, закріплення або поширення одного і того ж чи схожих захворювань, або ризик настання однакових або схожих біологічних чи економічних наслідків;

б) такі рівні захисту містять необґрунтовані («arbitrary or unjustifiable») відмінності;

в) заходи, що включають такі відмінності, в результаті дискримінують або прихованим чином обмежують міжнародну торгівлю [2, с. 36-40].

Окрім того, було визначено кілька додаткових «застережних» сигналів, що свідчать про наявність можливого порушення ст. 5.5: а) необґрунтований характер відмінностей в рівнях захисту; б) ступінь відмінностей або величина невідповідностей в рівнях захисту; в) невідповідність СФЗ ст. 5.1 і 2.2 Угоди.

Відповідно до положень ст. 5 Угоди про застосування СФЗ для введення захисних заходів країні-імпортерові необхідно оцінити ризик проникнення, закріплення або поширення відповідної загрози. Об'єктивне розуміння ризику має на увазі наявність невизначеної можливості несприятливого результату події.

Імовірнісні поняття ризику і невизначеності досить близькі один до одного. За класифікацією наявності або відсутності ймовірного розподілу під терміном «ризик» розуміється «вимірна невизначеність», коли відомий розподіл випадкової величини, за допомогою якої моделюється ризикова ситуація. Під терміном «невизначеність» розуміється «незмірна невизначеність», коли розподіл випадкової величини є невідомим і результат не визначений.

Дослідження ризикової ситуації полягає у вивченні джерел ризику і отриманні максимальної інформації про поведінку системи. Тобто ризик – це можлива небезпека несприятливого результату, що має імовірнісний характер і визначається на основі статистичних даних [3, с. 54-58]. У додатку А4 Угоди про застосування СФЗ визначені два типи ризиків у сфері загрози життю і здоров'ю людини, тварин і рослин. Виходячи з цих двох типів ризику, для країни-члена СОТ у кожному конкретному випадку важливо

визначити, який тип ризику стосується даної ситуації, і використовувати релевантні вимоги.

Незважаючи на те, що зазначена норма містить досить чіткі вимоги до наукового обґрунтування і доказів необхідності застосування СФЗ, на практиці значна кількість міждержавних суперечок детермінована саме різним тлумаченням положень цієї статті. Частина цих суперечок була і є предметом розгляду Органу з вирішення спорів (ОРС) СОТ [4, с. 38-40]. Значна частина цих суперечок була врегульована сторонами до прийняття Звіту ОРС або на стадії його затвердження. Разом із тим у деяких випадках сторони вдалися до всіх можливостей процедури вирішення спорів СОТ, включаючи звернення до Апеляційного органу і розгляд питання про компенсацію за невиконання відповідного звіту [4, с. 38-40].

Оскільки використана в Угоді термінологія на практиці викликала багато питань, позиція органу вирішення суперечок СОТ має велике значення. Так, під час розгляду суперечок проблемні моменти були вирішені в такий спосіб:

1) не потрібно проводити повну оцінку ризику для введення мінімального кількісно вимірюваного значення величини ризику [4, с. 38-40];

2) встановлення мінімальної величини ризику (кількісного визначення ризику) не є обов'язковим, але може бути вироблено за бажанням країни-імпортера, яка проводить оцінку ризику [4, с. 38-40];

3) в обсяг оцінки ризику можуть входити фактори, що не піддаються кількісному аналізу, проведеному досвідченими або експериментальними лабораторними методами. Деякі види факторів, перераховані в ст. 5.2 як «відповідні процеси або виробничі методи» і «відповідні методи спостереження, відбору зразків і тестування», необов'язково або повністю піддаються вивченню лабораторними методами, наприклад, біохімії або фармакології [4, с. 38-40];

4) перелік даних, які можуть бути використані для проведення оцінки ризику, зазначений в ст. 5.2 Угоди, не є закритим [4, с. 38-40];

5) загальне обговорення загрози, від якої країна-імпортер намагається захиститися шляхом введення СФЗ, не є оцінкою ризику за змістом Угоди [5]. У справі «Японія – яблука» зазначено, що оцінка ризику зараження червоною гниллю була заснована на загальній оцінці можливих способів зараження, тоді як яблука є тільки одним з можливих переносників хвороби. У доповіді по справі зазначається, що науково доведеним є факт про те, що ризик проникнення і розповсюдження хвороби істотно залежить від переносника (рослини). Оскільки оспорюваний захід належить до ризику передачі червоної гнилі через яблука, під час розгляду питання про те, чи досить конкретна оцінка ризику проведена, основним фактором, який необхідно враховувати, є природа ризику, від настання якого захищає оспорюваний захід. З урахуванням цього Апеляційний орган визнав оцінку ризиків, проведену щодо всіх можливих переносників хвороби разом, не досить конкретною [5];

6) оцінка ризику повинна проводитися щодо того СФЗ, який може бути застосований [6];

7) проведена країною-імпортером оцінка ризику за змістом ст. 5.1 Угоди повинна: а) включати оцінку ймовірності проникнення, закріплення або розповсюдження захворювання; б) бути проведена стосовно тих СФЗ, які можуть бути застосовані в такому випадку; в) визначати захворювання, проникненню, закріпленню або поширенню якого на своїй території країна-імпортер хоче запобігти, а також можливі біологічні і економічні наслідки, пов'язані з проникненням, закріпленням або поширенням такого захворювання; г) включати оцінку ймовірності проникнення, закріплення або поширення захворювання, а також пов'язані з цим біологічні та економічні наслідки; д) включати оцінку ймовірності проникнення, закріплення або розповсюдження захворювання відповідно до тих СФЗ, які можуть бути застосовані. Оцінка ризику, яка не відповідає указаним вимогам, не є оцінкою ризику за змістом Угоди, і, як наслідок, застосований захід не базується на оцінці ризику [5];

8) результати оцінки ризику повинні достатнім чином обґрунтовувати застосовані СФЗ [6];

9) оцінці підлягає саме ризик – теоретичні можливості («theoretical uncertainty») не можуть бути предметом оцінки [6]. У справі «ЄС – гормони» Апеляційний орган вирішив, що достатня кількість доказів не може ґрунтуватися на теоретичній науці, тоді як у тому самому абзаці вказується, що наука ніколи не є абсолютною і втілює певний ступінь теоретичної невизначеності. Теоретична наука прогнозує майбутні результати на основі доказів, отриманих з моделей або гіпотез. Ця специфіка, на думку деяких зарубіжних учених, знижує здатність держав застосовувати запобіжні заходи щодо управління погрозами шкоди для життя людей, тварин, рослин або здоров'я та є ключовим положенням Угоди про застосування СФЗ [7];

10) країна-імпортер має право встановити «нульовий ризик» як прийнятний [6].

Висновок про те, що введення заходів не ґрунтується на оцінці ризиків для життя і здоров'я людини, тварин або рослин (через відсутність оцінки ризику як такої або недостатньої оцінки), сигналізує про те, що введення заходів не пов'язано із захистом життя і здоров'я людини, тварин або рослин, але є способом обмеження міжнародної торгівлі, застосованим під виглядом СФЗ, тобто приховане обмеження міжнародної торгівлі [6]. Наприклад, у справі DS18 «Австралія – імпорт лосося» таким додатковим сигналом був той факт, що в якості санітарного заходу був заборонений імпорт лосося. Однак був допустимим імпорт тріски і ряду інших товарів, притому що такі дії створювали аналогічні ризики [6].

Наявні наукові докази не завжди є достатніми для об'єктивної оцінки ризику для життя або здоров'я людей, тварин або рослин. У цьому випадку Угода СФЗ дозволяє вживати тимчасових заходів на основі доступної необхідної інформації про ризик для здоров'я продукції або процесу [8]. Однак для застосування такого тимчасового заходу держава-член має знайти додаткову інформацію, необхідну для об'єктивної оцінки ризику, і переглянути СФЗ протягом розумного періоду часу. Тимчасові заходи можуть бути вжиті, наприклад, як екстрена відповідь на раптовий спалах хвороби тварин, якщо є підозри, що вона може бути пов'язана з імпортованою продукцією [9, с. 79-83].

Для вжиття тимчасових заходів необхідне одночасне дотримання чотирьох умов, встановлених в ст. 5.7 і роз'яснених пізніше Апеляційним органом у справі «Японія – сільгосппродукти II»: 1) заходи вживаються щодо ситуацій, коли немає відповідних наукових доказів у достатньому обсязі; 2) заходи вживаються на підставі доступної інформації, яка стосується ситуації, що розглядається; 3) країна-імпортер, що вживає заходи, прагне отримати додаткову інформацію, необхідну для більш об'єктивної оцінки ризику; 4) країна-імпортер, яка вжила тимчасові заходи, переглядає такі заходи через певний розумний проміжок часу з урахуванням нової отриманої інформації відповідно до положення. Якщо будь-яка із зазначених вище вимог не дотримана, спірний захід буде вважатися застосованим із порушенням ст. 5.7.

Достатність або недостатність наукових доказів визначається не абстрактно, а «у світлі конкретного питання». Апеляційний орган у своїй доповіді вказує, що «наукові докази, які стосуються справи» будуть вважатися недостатніми для цілей ст. 5.7, якщо основна частина доступних наукових доказів не дозволяє ні кількісно, ні якісно здійснити адекватну оцінку ризику, як того вимагає ст. 5.1 і як визначено в додатку А до Угоди 6. Важливо, щоб доказ – загального або спеціального характеру – був достатнім для того, щоб оцінити ймовірність проникнення, закріплення або поширення відповідної загрози в країні-імпортері [5].

Судячи з висновків Апеляційного органу у справі «Японія – яблука», факти, досліджені панеллю СОТ, вказують на те, що наукове обґрунтування, яке можна отримати для застосування тимчасових чи умовних СФЗ, не дозволяє здійснити оцінку ризику в рамках ст. 5.1 Угоди про СФЗ, і тому в рамках ст. 5.7 Угоди відповідне наукове обґрунтування вважається неприйнятним. У справі «Японія – яблука» такий аналіз першого елемента ст. 5.7 Угоди вважається новелою. Аналіз першого елемента Угоди в такій формі визначає свою роль у разі відсутності чи недостатності наукового обґрунтування ризику, що обговорюється у ст. 5.7. Так чи інакше, недостатність наукових обґрунтувань не дозволяє проводити адекватну оцінку ризику з боку країн-членів. Таким чином, ст. 5.7 Угоди не може бути використана для обґрунтування застосованих заходів без належного наукового обґрунтування [10, с. 288-298].

Перша вимога ст. 5.7 Угоди про застосування СФЗ знову виноситься на обговорення з боку ЄС у справі «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products». ЄС оспорював питання тимчасовості чи умовності заходів захисту, що застосовувалися у низці своїх країн-членів, і заявляв, що заходи безпеки мають бути оцінені. У ході оспорювання ЄС спирався на ст. 5.7 Угоди, водночас він не приймав як обґрунтування жодний зв'язок між цією статтею та ст. 5.1. Угоди. По суті, панель СОТ у цій справі перевіряла аргумент ЄС у рамках першого речення ст. 5.7 Угоди та встановила, що: ст. 5.7 Угоди використовує класичну логіку «якщо. то», тобто якщо які-небудь з умов виконані (недостатність наукового обґрунтування), то забезпечується відповідний закон (на основі відповідної інформації можуть бути застосовані якісь СФЗ). У результаті зрозуміло, що за час виконання відповідної умови ст. 5.7 Угоди застосовується у кожному конкретному випадку, коли немає достатнього наукового обґрунтування.

Розгляд СФЗ як умовних чи тимчасових не є необхідним для застосування ст. 5.7. Угоди. Скоріше, прийняття СФЗ як умовних стає можливим завдяки першому реченню

ст. 5.7. Угоди. Тому для застосування ст. 5.7. Угоди основною вимогою є не тимчасовість чи умовність СФЗ, а недостатність їх наукових обґрунтувань. У розглядуваних справах наукове обґрунтування країни-члена є достатнім і, як того вимагає ст. 5.1 Угоди, дозволяє провести оцінку ризику. Тому це не є ситуацією, що дозволяє застосовувати тимчасові чи умовні СФЗ з боку країн-членів.

У СОТ немає практики судової справи стосовно застосування другого елемента ст. 5.7 Угоди. Другий елемент ст. 5.7. Угоди стосується прийняття тимчасових чи умовних СФЗ на основі асоційованої інформації. Панель СОТ у справах «Японія – сільськогосподарські товари 2», «Японія – яблука» і «ЄС-Approval and Marketing of Biotech Products», експериментуючи з економічним оборотом країн-членів, встановила, що немає необхідності приймати рішення з цього приводу. Однак у справі «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products» панель СОТ, вивчаючи зв'язок між ст. 5.1 та 5.7 Угоди, проаналізувала другу вимогу ст. 5.7. У цій справі панель СОТ зазначила, що у спрямованій на більш об'єктивну оцінку ризику третій вимозі ст. 5.7 Угоди говориться, що тимчасові чи умовні СФЗ мають ґрунтуватися на оцінці ризику, тобто під час оцінки ризику повинна братися до уваги вуся асоційована інформація, що наявна у країн-членів.

На думку панелі СОТ, оцінка ризику з метою застосування тимчасових заходів може відрізнятися за своєю природою, і такі відмінності перераховані у параграфі 4 Додатку «А» до Угоди. Іншими словами, оцінка будь-якого ризику, що вимагається першою вимогою ст. 5.7 Угоди, може не відповідати вимогам сфери визначення параграфа 4 Додатку «А» до Угоди.

Параграф 4 Додатку «А» визначає: «Оцінка ризику – оцінка ймовірності проникнення, укорінення чи розповсюдження шкідника або захворювання у межах території імпортуючого члена щодо СФЗ, котрі могли би бути застосовані, і пов'язаних із цим потенційних біологічних та економічних наслідків; або оцінка можливості несприятливого впливу на здоров'я людей чи тварин, що виникає від наявності добавок, забруднюючих речовин, токсинів чи хвороботворних організмів, у харчових продуктах, напоях чи кормах».

Можливість, визначена ст. 5.7 Угоди для країн-членів, втілюється у життя у разі недостатності наукового обґрунтування для оцінки ризику, вказаного у ст. 5.1 Угоди. Для більш об'єктивної оцінки ризику третій елемент ст. 5.7 Угоди встановлює обов'язок країн-членів отримувати додаткову необхідну інформацію. У справі «Японія – сільськогосподарські продукти 2» Апеляційний орган цей елемент уточнює таким чином.

Ні положення ст. 5.7, ні будь-яке інше положення Угоди не розглядає питання щодо збору додаткових даних чи вимоги та нормативні питання, пов'язані з процедурою збору таких даних. Окрім того, ст. 5.7 Угоди не визначає, які результати можуть бути досягнуті відповідно до фактів. Єдине питання, що підкреслюється у ст. 5.7 Угоди, – це визначення обов'язку країн-членів шукати та отримувати додаткову інформацію. Однак водночас ст. 5.7. Угоди встановлює вимогу, що додаткова інформація має бути отримана з метою здійснення більш об'єктивної оцінки ризику з боку сторін – членів. І тому запитувана інформація має відповідати та бути актуальною для оцінки ризику.

Як приклад можна вказати, що оцінка проникнення носія шкоди на територію країн-членів, його поява та розповсюдження на цій території прокладає шлях до застосування СФЗ з боку країн-членів. Інформація, зібрана Японією, не перевіряє адекватності та доцільності оспорюваних СФЗ. У рамках цього факту ми погоджуємося з панеллю СОТ, що для більш об'єктивної оцінки ризику Японія не здійснює пошуки необхідної додаткової інформації.

Панель СОТ у справі «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products» [11] відзначила таке: «Якщо країна – член СОТ приймає СФЗ у ситуації, коли згідно ст. 5.1 і параграфу 4 Додатку «А» для оцінки адекватного ризику немає достатнього наукового обґрунтування, то, як цього вимагає друге положення ст. 5.7 Угоди, країна-член повинна збирати додаткову необхідну інформацію. Згідно з вимогами параграфу 4 у разі, якщо країна – член збере додаткову необхідну інформацію, то СФЗ країни-члена будуть застосовані на основі оцінки ризику відповідно до ст. 5.1 Угоди».

Четверта вимога ст. 5.7 Угоди виходить з обмеженого часом характеру застосовуваних з боку країн-членів тимчасових чи умовних СФЗ. Ця вимога статті полягає у перегляді тимчасових чи умовних санітарних заходів у розумні часові строки. Однак, з наукової точки зору, невизначеність створює можливість переривати встановлений ліміт часу. Угода рішуче відмовляє у ліміті часу, замість цього ст. 5.7 визнає встановлений країнами-членами розумний строк для застосування тимчасових чи умовних СФЗ. Отже, не допускається штучне продовження часу, витраченого країною-членом на пошуки наукових обґрунтувань оцінки наявності чи відсутності ризику на своїй території.

Апеляційний орган СОТ у справі «Японія – сільськогосподарські товари 2» коментує розгляд тимчасових чи умовних СФЗ, що встановлюються країною-членом у розумні строки, таким чином: «На нашу думку, питання розумного строку повинно вирішуватися, виходячи з особливостей кожної справи і включаючи характеристику тимчасових чи умовних заходів та необхідність збору додаткової наукової інформації. Специфічна особливість кожної справи обов'язково має враховуватися для вирішення питання розумного строку. У цій судовій справі панель СОТ встановлює, що збір додаткової необхідної інформації – питання нескладне. Незважаючи на те, що з 1 січня 1995 року було встановлено обов'язок перегляду різних вимог інспекції, Японія не виконала цих вимог у розумні строки».

Отже, відстоювання тимчасових чи умовних заходів залежить від стану наукових знань, безпосередньо пов'язаних з проблемою збору необхідної інформації для перегляду СФЗ. Таке положення створює умови для маневрування часового характеру тимчасових та умовних СФЗ [10, с. 288 – 298].

Як помітно з результатів судових матеріалів із цих питань, правомірність СФЗ визначається кумулятивними вимогами та недостатність наукових підстав не завжди виключає легітимність таких заходів. У тому числі було встановлено, що ст. 5.7 Угоди про застосування СФЗ приступає до регулятивної функції скоріше у разі відсутності достатньої інформації в інформаційній базі країн-членів, аніж у разі невизначеності наукових підстав, і дана стаття не може бути застосована для обґрунтування застосованих заходів без урахування достовірних наукових підстав. У ході дослідження на аналогічних підставах було виявлено, що СФЗ, визначені у ст. 5.7 Угоди про СФЗ, спрямовані на більш об'єктивну оцінку ризику, повинні ґрунтуватися на оцінці ризику, тобто під час оцінки ризику має бути врахована уся асоційована інформація, що є у розпорядженні країн – членів [10, с. 288-298].

Згідно з Угодою СФЗ випадки, не врегульовані наукою, перераховані нижче: відсутність достатньої інформації про існування і ступінь відповідних ризиків на території країн-членів; необхідність вжиття країнами-членами термінових заходів для уникнення вірогідної шкоди, поряд із визначенням існування та ступеня відповідних ризиків. У перерахованих випадках країни-члени, не очікуючи збору наукової інформації, з дотриманням «принципу перестороги» можуть здійснити заходи у напрямі оцінки ризику [10, с. 288-298].

Розуміння і застосування принципу перестороги має значний регіональний аспект. Наприклад, поведінка США відрізняється тим, що будується на аналізі величин цінності та прибутку, нових правил у сфері праці та розвитку, а також значенням, що приділяється випробуванням будь-яких ризиків. США виходять із того, що продукція (технологія, речовина тощо) вважається безпечною, поки не доведено інше. Компанії отримують вигоду з принципу презумпції невинності своїх продуктів. На противагу такому підходу модель ЄС більше користується принципом перестороги. Цей принцип визначається нормативно-правовими актами, пов'язаними зі здоров'ям та навколишнім природним середовищем. У силу пріоритету принципу перестороги вчені оцінюють достовірність загрози, перш ніж оцінювати ступінь ризику. Радикальна відмінність цих моделей призводить до частих трансатлантичних розбіжностей між цими державами у сфері ГМО або кліматичних змін [10, с. 288-298].

З приводу зв'язку між принципом перестороги та вимогами Угоди про застосування СФЗ Апеляційний орган СОТ у справі «ЄС – гормони»[12, с. 496-497] акцентує увагу на тому, що принцип перестороги, незважаючи на свій статус у міжнародному праві, не може відкрито заперечувати вимоги ст. 5.1 та 5.2 Угоди про застосування СФЗ. Це обмежує принцип перестороги у ситуації, що охоплюється ст. 5.7 Угоди. Принцип перестороги не може додавати можливості щодо маневрування стосовно наукових принципів Угоди про застосування СФЗ. Такий підхід продемонстровано у справі «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products 2» [13]. Панель СОТ відповідає таким чином на позицію ЄС щодо віднесення принципу перестороги до принципів міжнародного права: «Із наданих країнами-членами, які є сторонами спору, доказів та інших матеріалів нам відомо, що дебати про зарахування принципу перестороги до відомих та прийнятих принципів міжнародного публічного права та міжнародного правового звичая все ще продовжуються. Слід враховувати, що до сьогодні жоден міжнародний суд чи трибунал не визнавав принцип перестороги шляхом прийняття адміністративного рішення і завжди уникав цього». Питання про поняття та зміст принципу перестороги все ще залишаються відкритими. Так, з одного боку, низка вчених приймає принцип перестороги як один із принципів міжнародного права, а з іншого боку, інша група вчених стверджує про нездатність принципу пере-

стороги набути статус принципу міжнародного права [10, с. 288 – 298].

Проте сучасна практика розгляду спорів у рамках СОТ демонструє, що зростаюча стурбованість держав питаннями екології та охорони здоров'я населення не завжди дістає розуміння і підтримку третейських груп під час розгляду спорів у СОТ.

Найбільш яскравим прикладом залишається діаметрально протилежне ставлення до вищезазначених заборон ЄС на імпорт яловичини і продуктів з ГМО. Тоді як практика СОТ заснована на тому, що самі держави повинні представити достатні наукові докази можливості настання шкідливих наслідків, ЄС виходить з кардинально іншого підходу. В основі цього підходу лежить переконання в тому, що до тих пір, поки не будуть представлені переконливі наукові докази безпеки того чи іншого продукту, одних лише обґрунтованих сумнівів у цьому має бути досить для введення заборон або обмежень.

На наш погляд, позиція ЄС є більш виправданою в сучасних умовах. Реалізація на практиці девізу ЄС «краще безпека сьогодні, ніж вибачення завтра» перекладає тягар доведення небезпеки для населення або навколишнього середовища того чи іншого продукту з держав, які вводять обмеження таких продуктів (а саме на них сьогодні лежить такий обов'язок під час розгляду спорів у СОТ), на корпорації, що виробляють ці товари.

Висновки

Аналіз принципів застосування СФЗ за правом СОТ та ЄС дає змогу дійти певних висновків. По-перше, усі вказані принципи поділяються на дві нерівномірні групи: 1) принцип суверенітету (принцип самостійності); 2) антипротекціоністські принципи (усі інші). Принципи другої групи спрямовані на єдину мету – обмеження суверенної свободи держави приймати рішення щодо СФЗ на своїй території або СФЗ щодо продукції, яка потрапляє (імпортується) на її територію. Система антипротекціоністських принципів права СОТ складається із 1) базової компоненти (принцип недискримінації); 2) режимної компоненти (принципи національного режиму та режиму найбільшого сприяння); 3) інформаційної компоненти (принцип транспарентності); 4) змістової компоненти (принципи наукової обґрунтованості та гармонізації).

По-друге, економічно розвинені та політично сильні країни (на кшталт ЄС), зважуючи власні економічні, соціальні, екологічні та інші ризики, вибирають різні стратегії захисту власних інтересів, серед яких найбільш популярною є: стратегія підвищення вимог щодо СФЗ на підставі науково обґрунтованих даних.

По-третє, рішення, засновані на наукових доказах, можуть розглядатися як не тільки більш якісні, а й ширші, адже вони прийняті на основі твердження про те, що наука є об'єктивною, нейтральною та універсальною. Більше того, вирішення суперечок на основі науково обґрунтованих критеріїв дозволяє органам врегулювання суперечок деполітизувати (принаймні на перший погляд) конкретні торгові суперечки.

Список використаних джерел:

1. Угода про застосування санітарних та фітосанітарних заходів СОТ. *Офіційний вісник України*. 2010. № 84. С. 330.

2. Попов М. С., Попова А. Ю. Основания и принципы применения санитарных и фитосанитарных мер в практике Всемирной торговой организации. *Анализ риска здоровью*. Москва, 2013. С. 36–40.

3. Еделев Д. А., Матисон В. А., Майорова Н. В., Прокопова М. А., Будагова Е. А. Оценка степени риска – базовая методика многостороннего соглашения по санитарным и фитосанитарным мерам ВТО. *Пищевая промышленность*. 2014. № 2. С. 54–58.

4. Попов М. С. Право на применение санитарных и фитосанитарных мер государствами-членами ВТО и последствия их применения. *Здравоохранение Российской Федерации*. 2013. № 4. С. 38–40.

5. Дело DS245 Япония – импорт яблок (заявитель США). URL: http://rovnov.com/ru/spsagreement/science (дата звернення: 01.12.2020).

6. Report of the Panel Australia – Measures Affecting The Importation Of Apples From New Zealand. URL: docsonline.wto.org › FormerScriptedSearch › directdoc.

7. The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. By Joanne Scott, New York City: Oxford University Press, 2007. Pp. 340.Reviewed by David J. Hornsby & Markus W. Gehring

8. Совместная программа ФАО/ВОЗ по стандартам на пищевые продукты. Сводные тексты. ФАО/ВОЗ. Рим, 1999.

9. Азходжаева Р. А. Международно-правовое регулирование безопасности пищевых продуктов во Всемирной торговой организации. Право и государство: теория и практика. 2007. № 12 (36). С. 79–83.

10. Мамишов Г. Г. Временные или условные санитарные или фитосанитарные меры, применяемые странами-членами ВТО. *Наука і правоохорона*. 2016. № 4 (34). С. 288–298.

11. Справа «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products». URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm (дата звернення: 01.12.2020).

12. Право ВТО: теория и практика применения : монография / под ред. Л. П. Ануфриевой. Москва : Норма : ИНФРА-М, 2016. 528 с.

13. Справа «ЄС – Approval and Marketing of Biotech Products 2». URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds293_e.htm (дата звернення: 01.12.2020).

Nataliia Karpinska. Principle of scientific justification in application of sanitary and phytosanitary measures: WTO and EU requirements

The article is devoted to the characteristics of the principle of scientific substantiation in the application of sanitary and phytosanitary measures in the light of WTO and EU requirements.

A comprehensive analysis of the scientific literature allows us to conclude that in the theory of agrarian law no research has been conducted to clarify the content of the principle of scientific justification in the application of sanitary and phytosanitary measures in light of WTO and EU requirements and issues related to its implementation. principle, in particular whether WTO members can rely on the scientific opinion of a minority or adhere to what is considered the scientific opinion of the majority, whether non-scientific factors can play a role and, importantly, the extent to which scientific issues,which are not fully studied, can be taken into account, or where only preliminary scientific evidence exists.

Considering that the legal principles of application of sanitary and phytosanitary measures, which are provided by WTO law, are binding on Ukraine and the EU, and they are based on domestic and European legislation in this area, as well as noting that in its direction and content these principles are heterogeneous – the author divides them into two groups: the principle of independence (the principle of sovereignty) and anti-protectionist principles.

In the system of anti-protectionist principles of WTO law, the author distinguishes the basic component (principle of non-discrimination), regime component (principles of national regime and most-favored-nation regime), information component (principle of transparency) and substantive component (principles of scientific justification and harmonization). economically developed and politically strong countries (such as the EU), taking into account their own economic, social, environmental and other risks, choose different strategies to protect their own interests, among which the most popular is the strategy of increasing sanitary and phytosanitary measures on the basis of scientifically sound data.

Particular attention is paid to the characteristics of the position of the WTO Dispute Settlement Body, given that in practice a significant number of interstate disputes is determined by different interpretations of the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, namely, scientific justification and evidence of their application.

Also, it is reasonable to conclude that decisions based on scientific evidence can be considered not only better, but also broader, because they are acceptable on the basis of the statement that science is objective, neutral and universal. Moreover, dispute resolution based on scientifically sound criteria allows dispute settlement bodies to depoliticize (at least at first glance) specific trade disputes.

Key words: principles, scientific substantiation, sanitary and phytosanitary measures, WTO, EU.

УДК 342 951:351,711](477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.18

Алла Білякова,
аспірантка кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»

МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ОКРЕМИХ ФОРМ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ ДЛЯ ВИХОДУ УКРАЇНИ З ЕКОНОМІЧНОЇ КРИЗИ

У статті зазначено, що відхід від усталених форм і методів державного управління в демократичному суспільстві і в умовах ринкової економіки є закономірним. Держава більший акцент робить на забезпечення фізичних і юридичних осіб приватного права публічними послугами, а вчені вважають таку державу «сервісною» та пропонують обмежитися цим, визначаючи предмет регулювання адміністративного права як галузі українського права. Однак у статті аргументується, що на макрорівні державне (публічне) управління є необхідним і поряд з іншими видами виконавчо-розпорядчої діяльності є частиною предмета адміністративно-правового регулювання. Автором наводяться визначення предмета регулювання адміністративного права, які подавалися в юридичній літературі радянського періоду і в роки незалежності української держави, і показується, що державне та муніципальне управління є невід'ємною частиною предмета адміністративного права. Автор також посилається на деякі праці останніх п'яти років, в яких допускається, що до предмета адміністративно-правового регулювання належить адміністрування. Доведено, що публічне управління і публічне адміністрування є назвами одного й того самого явища – виконавчо-розпорядчої діяльності органів виконавчої влади. Термін «адміністрування» з'явився в літературі останніх років через неточність перекладу з німецької на українську мову, адже навіть носії німецької мови вживають у наукових роботах термін «управління». У нашій державі спостерігається занепад економіки, відтік за кордон, передусім у держави-члени Європейського Союзу, робітничих кадрів, оголення української промисловості та не вирішення завдань щодо залучення кращих спеціалістів у вітчизняне виробництво. Поряд із використанням інших форм управління у статті пропонується реанімувати та удосконалити і пристосувати до ринкової економіки планування розвитку галузей, розроблення та затвердження програм розвитку населених пунктів і об'єднаних територіальних громад. Планування потребують відносини між державними органами, органами місцевого самоврядування у процесі відбору й експлуатації об'єктів у межах державно-приватного партнерства, передачі державного майна на умовах концесії, управління об'єктами державної власності, контролю за використанням об'єктів приватизованого майна тощо. Контрольні функції держави та органів місцевого самоврядування мають плануватися і здійснюватися з метою забезпечення ефективності використання майна, яке перебувало в державній власності до його приватизації та яке передавалося на якийсь термін на умовах концесії.

Ключові слова: адміністративне право, управління, програма, концепція розвитку міста, Угода про асоціацію.

Постановка проблеми. У сучасний період розвитку українського суспільства і держави часто ігноруються форми і функції державного управління, які раніше вважалися предметом адміністративно-правового регулювання. В Україні спостерігається занепад економіки, відтік за кордон, передусім у держави-члени Європейського Союзу, робітничих кадрів, оголення української промисловості та не вирішення завдань щодо залучення кращих спеціалістів у вітчизняне виробництво. Поряд із використанням інших форм управління пропонується реанімувати та удосконалити і пристосувати до ринкової економіки планування розвитку галузей, розроблення та затвердження програм розвитку населених пунктів і об'єднаних територіальних громад.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання використання форм державного управління економікою вивчалося в роботах І. П. Голосніченка, С. І. Бевз, О. О. Кравчука, О. І. Харитонової та інших авторів. Однак аналіз предмета адміністративно-правового регулювання в сучасних умовах здійснено неглибоко і форми та методи управління, особливо планування, вивчено недостатньо.

Метою дослідження є уточнення предмета адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, наголошення на необхідності використання удосконаленого планування для виходу України з економічної кризи.

© А. Білякова, 2021

Виклад основного матеріалу. Адміністративне право України має досить широкий предмет регулювання. До кола відносин, які воно регулює, належить цілий ряд конкретних дій, які можна було б об'єднати у певні види і підвиди. Безумовно, всі відносини, які регулюються цією галуззю права, мають управлінське походження.

Аналізуючи визначення предмета регулювання адміністративного права, можемо підкреслити, що до 2015 року майже всі автори підручників констатували, що до предмета адміністративного права належать відносини державного управління та адміністративної відповідальності, а також захист прав і свобод людини та громадянина у цих відносинах від свавілля адміністрації. У підручниках, рекомендованих Київським університетом імені Тараса Шевченка, з 2015 року з'явилися інші підходи до визначення предмета адміністративного права, а термін «державне управління» було замінено термінами «публічне управління» та «публічне адміністрування».

Порівнюючи сучасні визначення адміністративного права України з визначеннями цього феномена в радянській адміністративно-правовій науці, ми зможемо знайти певну кількість ознак, характерних для цього визначення, яке дається в різні періоди нашої історії державотворення. У російськомовному підручнику з адміністративного права харківської наукової школи із залученням вчених-адміністративістів з м. Києва було визначено, що адміністративне право є самостійною галуззю радянського соціалістичного права, за допомогою якого держава регулює однорідні суспільні відносини у сфері державного управління, розвиває та укріплює його демократичні засади. Адміністративному праву належить особлива роль у механізмі правового впливу. Воно виступає необхідним і важливим інструментом управління різноманітними соціальними процесами у суспільстві. Іншими словами, це – управлінське право, яке відрізняється від других галузей права специфікою предмета регулювання, юридичною своєрідністю (особливим методом регулювання) і структурними особливостями (системою розташування нормативного матеріалу) [1, с. 3]. Приблизно так само характеризується адміністративне право у юридичних літературних джерелах російських видавництв цього ж періоду. Наприклад, у підручнику з адміністративного права під редакцією П. Т. Василенкова, виданому в 1990 році, відзначається, що адміністративне право у найзагальнішій формі може бути визначено як галузь права, норми якої регулюють суспільні відносини у сфері державного управління, цебто суспільні відносини, які виникають у процесі організації та здійснення органами держави виконавчої і розпорядчої діяльності [2, с. 42].

Наведемо визначення, які подаються у підручниках та посібниках, виданих українськими вченими за роки незалежності. У підручнику «Адміністративне право України» під редакцією С. В. Кивалова робиться висновок, що «предмет адміністративного права – це сукупність суспільних відносин, що виникають у процесі організації й функціонування органів державного управління і здійснення ними заходів адміністративно-правового примусу і притягнення до адміністративної відповідальності» [3, с. 8].

У посібнику з адміністративного права під редакцією І. П. Голосніченка відзначається, що «адміністративне право України – це галузь права (система правових норм), яка з метою забезпечення прав і свобод громадян та реалізації завдань і функцій держави регулює суспільні відносини управлінського характеру та відповідальності, що формуються у сфері виконавчої влади, у внутрішній організаційній діяльності деяких державних органів інших гілок влади, а також в процесі здійснення органами місцевого самоврядування зовнішніх делегованих державою юридично-владних повноважень» [4, с. 9].

Як зазначають автори підручника «Адміністративне право України» під редакцією Ю. П. Битяка, «адміністративне право є самостійною галуззю права, за допомогою якої держава регулює однорідні суспільні відносини в сфері державного управління, розвиває й зміцнює його демократичні основи. Адміністративному праву належить особлива роль у механізмі правового регулювання – воно виступає необхідним і важливим інструментом управління соціальними процесами в суспільстві. Інакше кажучи, адміністративне право – це управлінське право, що відрізняється від інших галузей права специфікою предмета, методу регулювання й структурних особливостей (системою розміщення нормативного матеріалу). *Предмет адміністративного права становить* широкий комплекс суспільних відносин, що виникають у процесі реалізації функцій державного управління, у зв'язку зі здійсненням широкої й різноманітної виконавчої й розпорядницької діяльності» [5, с. 22].

Досить широко визначає предмет адміністративного права професор С. Т. Гончарук, який пише: предметом адміністративного права України «виступають суспільні відносини управлінського характеру, що складаються у сфері державного управління в про-

цесі здійснення завдань і функцій виконавчої влади, а також пов'язаних з внутрішньою організацією діяльності державних органів, інших державних організацій та органів місцевого самоврядування, застосування заходів адміністративного примусу, реалізацією і захистом прав і свобод громадян у сфері виконавчої влади та здійсненням окремими недержавними формуваннями делегованих їм повноважень і функцій виконавчої влади» [6, с. 7-8]. Це досить насичене визначення також пріоритетом встановило «державне управління», однак захист прав і свобод у ньому стосується тільки громадян України, не охоплюючи інших людей.

Широким колом управлінських відносин представлений предмет адміністративного права у навчальному посібнику З. С. Гладуна [7, с. 10-11].

Дещо з іншого боку до визначення адміністративного права підходять В. К. Колпаков і О. В. Кузьменко, які зазначають, що «предметом адміністративного права є сукупність правових відносин, що складаються у сфері публічного (державного і громадського) управління. Як зазначалося раніше, провідна роль у цій системі належить державному управлінню, а значить і державно-управлінським відносинам» [8, с. 34].

В останні роки (після затвердження програми ЗНО для подальшого навчання в магістратурі) вийшли підручники за загальною редакцією І. С. Гриценка та за авторством В. Галунько, Н. Армаш, В. Басс та інших, в яких змістом виконавчої влади визначено публічне адміністрування (замість державного управління). Наприклад, у підручнику авторства вказаних учених навіть підрозділ названо «Публічне адміністрування як форма реалізації публічної влади», у якому зроблено висновок, що зовнішньою формою реалізації публічної влади для виконавчої влади є публічне адміністрування [9, с. 12-14].

Автори вказаних вище підручників представили публічне адміністрування хоч і не прямо, але опосередковано як предмет адміністративного права, і це вимагає від нас провести короткий аналіз даної категорії у її значенні в українській мові. Як правило, автори, що застосовують термін «адміністрування», посилаються на праці німецького вченого Отто Майєра, який дійсно застосовував термін «Verwaltung» у своїх працях з адміністративного права. Однак цей термін можна перевести українською у двох значеннях як «управління» і як «адміністрування» [10, с. 494]. Власне, у цих підручниках невиправдано відбулася підміна понять – «управління» на «адміністрування». Навіть носіями німецької мови, вченими з адміністративного права було здійснено переклад «Verwaltung» як «управління» [11, с. 288]. Польські адміністративісти розглядають «administracji» як відповідну структуру і як діяльність і вважають, що адміністративне право регулює відносини публічної administracji [12, с. 14]. У перекладі з польської на українську мову термін «administracji» означає «управління» або «керування» [13, с. 12], отже, польське адміністративне право регулює відносини публічного управління.

Доцільно відзначити, що історично термін «управління» належить до української словесності з давніх-давен. Цей термін застосовувався в рукописах на зорі становлення державності на території України. Наприклад, у давньоруському літописі «Повесті временніх лєт» зазначалося, що «поляни жили в ті часи окремо і **управлялись** своїми родами; адже і до тієї братії (про яку мова піде у подальшому) були вже поляни, і жили вони всі своїми родами на своїх місцях, і кожен **управлявся** самостійно» [14]. Звідси можна зробити висновок, що термін «управління» – це термін української словесності і може розглядатись як досить важливий складник творчості українського народу.

Найбільшим надбанням української адміністративно-правової науки став підготовлений колективом учених двохтомний підручник з адміністративного права (академічний курс) під редакцією В. Б. Авер'янова. У ньому детально проаналізовано предмет адміністративного права та зроблено висновок, що до предмета адміністративного права входять п'ять груп суспільних відносин: відносини, що формуються у ході державного управління економікою, соціально-культурним та адміністративно-політичним будівництвом; надання приватним особам адміністративних (управлінських послуг); управління процесом внутрішньої організації державних органів, адміністрацій державних підприємств; у зв'язку з реалізацією юрисдикції адміністративних судів; у ході застосування заходів адміністративного примусу, у тому числі адміністративної відповідальності [15, с. 71].

Отже, немає сенсу вводити термін «адміністрування» ні в підручники з адміністративного права, ні в законодавство, адже натомість є усталений український термін «управління» і саме управлінські відносини є найбільшою частиною предмета адміністративно-правового регулювання.

Безумовно, економічні процеси в Україні в основному мають провадитись шляхом саморегуляції на основі ринку. Однак у всіх державах, у тому числі в державах-членах

Європейського Союзу, глобальні проблеми вирішуються на основі державно-управлінських відносин. Україна є асоційованим членом ЄС і має відповідати стандартам, запровадженим цим Союзом. Ст. 168 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, передбачила існування співробітництва у сфері колективного управління правами. «Сторони визнають необхідність укладання угод між своїми відповідними організаціями колективного управління з метою взаємного забезпечення більш простого доступу і обміну інформацією між територіями Сторін, а також забезпечення взаємної передачі авторської винагороди за використання творів Сторін або інших об'єктів, що охороняються. Сторони визнають необхідність того, щоб їхні відповідні організації колективного управління досягли високого рівня ефективності та прозорості при виконанні своїх завдань» [16, ст. 168]. Отже, і на національному рівні, і на рівні Угоди про асоціацію Україна здійснює функції управління, які передбачені національним законодавством і угодою. Управлінські відносини регулюються адміністративним правом, як національним, так і міжнародним.

Українська економіка перебуває у кризовому стані, і ситуація ускладняється пандемією COVID-19. Яким чином виходити з економічної кризи? Якщо в майбутньому в основу державної політики покласти тільки іноземні запозичення, то це призведе до ще більшого поглиблення економічної кризи. Тому необхідно шукати інші шляхи, і, на нашу думку, цей шлях лежить через поєднання ринкової економіки з плануванням основних загальнодержавних економічних заходів управління. Нині, коли в Кабінеті Міністрів України йде підготовка Стратегії реформування державного управління, досить важливо усвідомлювати, в якому стані знаходиться Україна, які сьогодні залишились інструменти виходу з кризи і які є можливості їх застосовувати.

Не варто жахатися тих методів управління, які існували за часів радянської влади і залишки яких ми ще спостерігаємо у здійсненні виконавчої влади. Особливу увагу необхідно приділити плануванню напрямів розвитку різних секторів економіки. Десятки років тому приймалися Державні програми розвитку різних галузей економіки. Так, 29 вересня 2001 року Кабінетом Міністрів України прийнята Програма «Українське вугілля», у якій вугільна промисловість названа стратегічною галуззю країни, визнано, що «вугілля – це єдина енергетична сировина, запасів якої потенційно достатньо для забезпечення енергетичної безпеки держави, сприяння розвитку металургійної промисловості». У цьому документі показаний стан вугільної галузі та визначена мета вугільної промисловості, її реформування та удосконалення державного управління нею, а також заходи, які намічено здійснити і строки їх виконання [17]. Так само Кабінетом Міністрів України прийнята Державна програма розвитку та реформування гірничо-металургійного комплексу на період до 2011 року. У Державній програмі, затвердженій постановою Кабінету Міністрів України від 28 липня 2004 року № 967, проаналізовано сучасний стан гірничо-металургійного комплексу та заплановані заходи за такими основними напрямами, як-то: розвиток основних видів виробництва чорної металургії, розвиток сировинних та взаємозв'язаних видів виробництва, розвиток основних видів виробництва кольорової металургії, забезпечення транспортом, обладнанням, засобами автоматизації, енергозбереження та екологія, соціальні, кадрові проблеми. оплата праці, охорона праці [18]. Державні програми розроблялися та затверджувалися також і щодо інших галузей промисловості та сільського господарства. Безумовно, що відтоді багато що змінилося. Більшість об'єктів різних галузей набули інших форм власності. Однак це не заважає планувати заходи щодо виведення певних галузей із кризового стану.

Планування потребують відносини між державними органами, органами місцевого самоврядування щодо відбору й експлуатації об'єктів у межах державно-приватного партнерства, передачі державного майна на умовах концесії, управління об'єктами державної власності, контролю за використанням об'єктів приватизованого майна тощо.

Контрольні функції держави та органів місцевого самоврядування мають плануватися і здійснюватися з метою забезпечення ефективності використання майна, яке перебувало в державній власності до його приватизації або яке передавалося на якийсь термін на умовах концесії. Наприклад, за даними вчених, «за всі роки незалежності в Україні не реалізовано жодного масштабного проєкту, де б приватний інвестор вклав свої кошти в розвиток інфраструктурного об'єкта на умовах концесії. Водночас в інших державах концесіонер залучається до розбудови медичної інфраструктури: держава отримує сучасні лікарні, а інвестор (концесіонер) має переважне право на надання супутніх послуг у цих медзакладах. У світі на основах концесії будують дороги, аеропорти, навчальні заклади тощо» [19].

Україна потребує масштабного макроекономічного планування, в якому б відображалися детально розписані обсяги виробництва товарів, послуг для всіх суб'єктів господарювання, централізоване встановлення обсягів споживання основних матеріальних, фінансових, людських ресурсів країни, розробка моделі бажаного майбутнього стану економіки з одночасним визначенням шляхів, способів, засобів і строків досягнення цього стану [20, с. 20-21].

На місцевому рівні необхідно створити інтегровану концепцію розвитку міста або територіальної громади, особливо це важливо в умовах реформованого місцевого самоврядування, яке дозволило об'єднати територіальні громади навколо визначених мешканцями громади центрів. Саме в межах територіальних громад має відбуватися вироблення стратегії розвитку населених пунктів, визначення пріоритетності їх розвитку, планування розвитку територій і т. п.

Висновки

Для виходу України з економічної кризи необхідно використовувати поряд із менеджментом, що застосовується в умовах ринкових відносин, на макрорівні такі засоби управління, як-то: планування розвитку різних галузей економіки; споживання і розподіл матеріальних, передовсім природних, ресурсів, людського потенціалу; на місцевому рівні необхідне створення інтегрованої концепції розвитку міст або територіальних громад. Безумовно, що це тільки окремі форми виконавчо-розпорядчої діяльності, які необхідно передбачати в адміністративно-правовому регулюванні.

Список використаних джерел:

1. Советское административное право : учебник / под ред. Р. С. Павлоского. Киев: «Выща школа», 1988. 416 с.

2. Советское административное право : учебник / под ред. П. Т. Василенкова. Москва: «Юридическая литература», 1988. 576 с.

3. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. академіка С. В. Кивалова. Одеса : «Юридична література», 2003. 894 с.

4. Адміністративне право України: основні поняття : навчальний посібник / за заг. ред. доктора юридичних наук, професора І. П. Голосніченка. Київ: Г.А.М., 2005. 230 с.

5. Административное право Украины : учебник / Ю.П. Битяк, В.В. Богуцкий, В.Н. Гаращук и др.; под ред. проф. Ю.П. Битяка. 2-е изд., перераб. и доп. Харьков: Право, 2003. 576 с.

6. Гончарук С.Т. Адміністративне право України. Загальна та особлива частини. Київ: 2000. 240 с.

7. Гладун З.С. Адміністративне право України. Академічний курс. Тернопіль: Карт-бланш, 2004. 579 с.

8. Колпаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України : підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 544 с.

9. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О. та ін. Київ: НДІПП, 2018. 452 с.

10. Немецко-русский словарь / под ред. И.В. Рахманова. Москва: Госиздат словарей, 1962. 574 с.

11. Шлоер Б., Сойко І. Німецько-українсько-російський коментований словник з адміністративного права / заг. ред. Б. Шлоера та Ю. Зайцева. Київ: Український центр правничих студій, 2003. 464 с.

12. Prawo administracyjne. Część ogólna. Redaktor naukowy – Marek Chmaj. Oficyna Wydawnica Wyższej Skoly Handłu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego. Warszawa, 2007. 312 s.

13. Житар У.В., Пікуль С.А., Попов Є.Ф., Слободян Д.В. Пльсько-український словник. Київ: Видавничий дім «Чумацький шлях», 2010. 670 с.

14. Повесть временніх лет. URL: http://lib.ru/HISTORY/RUSSIA/povest.txt (дата звернення: 12.11.2020).

15. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник: у 2 т. / ред. колегія: В.Б. Авер'янов. Київ: Юридична думка, 2004. Т. 1. Загальна частина. 584 с.

16. Про затвердження Програми «Українське вугілля» : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 вересня 2001 року № 1205. *Офіційний вісник України*. 2001. № 38. Ст. 1731.

17. Державна програма розвитку та реформування гірничо-металургійного комплексу на період до 2011 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 липня 2004 року № 1731. *Офіційний вісник України*. 2004. № 38. Ст. 1731. № 31. Ст. 2064.

18. Селіванова І. Нова концесія: як один закон реанімує державно-приватне партнерство. URL: https://mind.ua/openmind/20202924-nova-koncesiya-yak-odin-zakon-reanimue-derzhavno-privatne-partnerstvo (дата звернення: 12.11.2020).

19. Перелік тестових питань із сучасних проблем управління підприємницькою діяльністю і розвитком суспільства. Одеса: НАДУпПУ, Одеський регіональний інститут державного управління, 2011. 66 с.

Alla Bilyakova. Feasibility of using certain forms of public administration for Ukraine's overcoming the economic crisis

The article notes that the departure made from established forms and methods of public administration in a democratic society and a market economy is natural. The state places more emphasis on providing individuals and legal entities of private law with public services. Also scholars consider such a state to be a "service" state. They propose to limit it by defining the subject of regulation of administrative law as a branch of Ukrainian law. However, the article proves that at the macro level public administration is necessary and, along with other types of executive and administrative activities, is part of the subject of administrative and legal regulation. The author gives definitions of the subject of regulation of administrative law, which were given in the legal literature of the Soviet period and during the years of independence of the Ukrainian state, and shows that state and municipal administration is an integral part of the subject of administrative law. Reference is also made to some works of the last five years in which it is assumed that the subject of administrative and legal regulation is administration. It is proved that public administration and public administration are identical names of the same phenomenon – executive-administrative activity of executive bodies. The term "administration" has appeared in the literature in recent years due to the inaccuracy of the translation from German into Ukrainian, as even German speakers use the term "management" in their scientific work. Nowadays in our country there are: a decline in the economy, the outflow of foreign countries, especially to the member states of the European Union of workers, the exposure of Ukrainian industry and failure to solve problems to attract the best professionals in domestic production. Along with the use of other forms of management, the article proposes: to revive, improve and adapt development of industries to the market economy; creating and approval of development programs for settlements and united territorial communities. Planning requires relations between state bodies, local governments in the selection and operation of facilities within the public-private partnership, the transfer of state property under concession, management of state property, control over the use of privatized property, etc. Control functions of the state and local self-government bodies should be planned and carried out in order to ensure the efficient use of state-owned property before its privatization, or when it was transferred for a certain period on the terms of a concession.

Key words: administrative law, management, program, concept of city development, Association agreement.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.19

Олексій Дніпров,
докт. юрид. наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

ПРИНЦИПИ НАЛЕЖНОГО УРЯДУВАННЯ В СУЧАСНІЙ СИСТЕМІ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Актуальність статті полягає в тому, що важливого значення та поширення в Україні набуває європейська концепція належного урядування, яка фактично відображає якісно-кількісті показники правовідносин між суб'єктами публічної адміністрації та приватними особами (фізичними та юридичними). При цьому особливої уваги потребують принципи даної концепції, які лягають у її основу та становлять фундамент. Окрім того, триваюча адміністративна реформа та відповідні трансформації також потребують оновленого погляду в контексті впровадження зазначених принципів на території України. Усе це в сукупності потребує відповідного наукового дослідження й аналізу. У статті здійснено аналіз європейських принципів належного урядування шляхом визначення їх змісту. З'ясовано, що концепція належного урядування включає в себе дванадцять фундаментальних принципів, до яких належать такі: чесне проведення виборів, представництво та участь; чуйність; ефективність та результативність; відкритість та прозорість; верховенство права; етична поведінка; компетентність та ємність; інновації та відкритість до змін; стійкість та довгострокова орієнтація; правильний фінансовий менеджмент; права людини, культурне різноманіття та соціальна згуртованість; підзвітність. Вказано, що сутність принципів належного урядування полягає в тому, що в межах Європейського Союзу вони реально та ефективно реалізуються не лише на місцевому рівні, а й на інших рівнях (центральному та вищому) публічного адміністрування. Зроблено висновок, що така результативність зумовлена наявністю, перш за все, якісного громадського контролю, а також контролю з боку органів судової та законодавчої влади. Зазначено, що процес формування зазначених принципів є досить тривалим та динамічним, адже передбачає врахування сучасних потреб та становища людства. При цьому подальше використання принципів належного урядування на території України має бути тісно пов'язане з триваючою адміністративною реформою та відповідним реформуванням публічного адміністрування та системи його органів.

Ключові слова: адміністративне право, публічне адміністрування, принципи належного урядування, концепція належного урядування, Європейський Союз, євроінтеграція.

Постановка проблеми. Україна, будучи демократичною, соціальною, правовою державою та обравши європейський вектор руху, має здійснювати впровадження європейських стандартів, адаптацію національного законодавства до норм Європейського Союзу та низку інших заходів, що пов'язані зі зближенням сторін, визначених Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014. За таких умов важливого значення та поширення в Україні набуває європейська концепція належного урядування (в оригіналі –«good governance»), яка фактично відображає якісно-кількісті показники правовідносин між суб'єктами публічної адміністрації та приватними особами (фізичними та юридичними). При цьому особливої уваги потребують принципи даної концепції, які лягають у її основу та становлять фундамент.

Окрім того, триваюча адміністративна реформа та відповідні трансформації також потребують оновленого погляду в контексті впровадження зазначених принципів на території України. Усе це в сукупності потребує відповідного наукового дослідження й аналізу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Насамперед треба зазначити, що принципи належного урядування не дістали легітимного закріплення на законодавчому рівні в Україні, тому основою наших наукових досліджень стануть розробки сучасних вчених-адміністративістів, серед яких варто виділити таких, як В. Авер'янов, О. Амосов,

© О. Дніпров, 2021

Ю. Битяк, Т. Вовк, В. Галунько, В. Гаращук, Ю. Гридасов, О. Дьяченко, В. Олефір, В. Солових, Г. Шаульська, Б. Шевчук, та інших. Проте концепція належного урядування та відповідні принципи в умовах євроінтеграційних процесів потребують подальшого дослідження.

Формулювання цілей статті. Основною метою даного дослідження є аналіз європейських принципів належного урядування шляхом визначення їх змісту.

Виклад основного матеріалу. Визначення чітких принципів належного урядування є довготривалим процесом. Зокрема, Програмою розвитку ООН «Управління та Сталий розвиток людини» від 1997 року було визначено набір принципів, які надалі мали отримати загальне визнання. Так, зазначена Програма визначала лише п'ять принципів належного урядування. Зокрема:

1. Легітимність і голос (Legitimacy and Voice). Цей принцип мав два напрями – участь та консенсус. Зміст напряму «участь» зводився до того, що усі чоловіки та жінки повинні брати участь у прийнятті рішень безпосередньо або через легітимні проміжні установи, що представляють їхні наміри. Другий напрям «орієнтація консенсусу» передбачає належне управління шляхом опосередкування різних інтересів для досягнення широкого консенсусу з приводу того, що відповідає найкращим інтересам групи, і, де це можливо, щодо політики та відповідних адміністративних процедур [1].

2. Напрям (Direction), тобто стратегічне бачення, – лідери та громадськість мають масштабну довгострокову перспективу належного управління та людського розвитку, а також відчуття того, що такий розвиток є потрібним та обґрунтовано необхідним.

3. Продуктивність (Performance). Цей принцип має два вектори – чуйність та ефективність. Під вектором чуйності розуміється те, що установи та організації намагаються служити всім зацікавленим сторонам. Своєю чергою ефективність передбачає, що процеси та інституції дають результати, які відповідають потребам суспільства при максимальному використанні ресурсів [2].

4. Підзвітність (Accountability). Особи, які відповідно до покладених на них повноважень приймають управлінські рішення, підзвітні громадськості, а також зацікавленим сторонам. Принцип підзвітності базується на прозорості (Transparency), яка виступає основою даного принципу. Своєю чергою прозорість будується на вільному вибору шляхів надходження інформації [2].

5. Справедливість, або ж чесність (Fairness). Цей принцип реалізується у двох напрямах: капітальність та верховенство права. Капітальність означає, що усі чоловіки та жінки мають однакові та рівні можливості покращити чи підтримати своє самопочуття. Верховенство права – законодавчі рамки повинні бути справедливими та неупередженими, насамперед це стосується законів, які тим або іншим чином визначають права людини [1].

Таким чином, в основу концепції належного урядування спочатку було закладено п'ять фундаментальних принципів, згідно з якими і мало здійснюватися відповідне врядування.

Однак у 2008 році зазначені принципи були розширені та дещо трансформовані. Зокрема, Стратегією щодо інновацій та належного врядування на місцевому рівні (Strategy on Innovation and Good Governance at local level), затвердженою рішенням Комітету міністрів Ради Європи у 2008 році, було визначено вже дванадцять принципів належного урядування, відповідно до яких мало здійснюватися ведення державних справ та управління державними ресурсами.

У свою чергу, Центр експертиз розробив набори інструментів, щоб допомогти місцевим органам влади, а в деяких випадках і центральним органам влади, виконувати ці принципи і, таким чином, надавати більш якісні послуги громадянам. Так, Європейська марка досконалості врядування (The European Label of Governance Excellence) присуджується місцевим органам влади, які досягли високого загального рівня належного врядування, що вимірюється згідно з чітко визначеними показниками відповідно до вказаних принципів [3].

До принципів належного урядування (12 Principles of Good Governance) належать:

Принцип 1. Чесне проведення виборів, представництво та участь (Fair Conduct of Elections, Representation and Participation);

Принцип 2. Чуйність (Responsiveness);

Принцип 3. Ефективність та результативність (Efficiency and Effectiveness);

Принцип 4. Відкритість та прозорість (Openness and Transparency);

Принцип 5. Верховенство права (Rule of Law);

Принцип 6. Етична поведінка (Ethical conduct);

Принцип 7. Компетентність та ємність (Competence and Capacity);

Принцип 8. Інновації та відкритість до змін (Innovation and Openness to Change);

Принцип 9. Стійкість та довгострокова орієнтація (Sustainability and Long-term Orientation);

Принцип 10. Правильний фінансовий менеджмент (Sound Financial Management);

Принцип 11. Права людини, культурне різноманіття та соціальна згуртованість (Human rights, Cultural Diversity and Social Cohesion);

Принцип 12. Підзвітність (Accountability) [4].

Тобто зарубіжні джерела визначають дванадцять основних принципів належного врядування. За таких обставин необхідно звернути увагу на той факт, що у національних розробках відсутнє єдине бачення стосовно кількості зазначених принципів. Так, окремі науковці виділяють дев'ять принципів належного урядування (зокрема, принципи участі, верховенства права, прозорості, відповідальності, орієнтації на консенсус, справедливості, ефективності та результативності, підзвітності та стратегічного бачення). Інші – вісім: принцип забезпечення участі в ухваленні рішень і належного реагування; принцип відкритості і прозорості; принцип доброчесності й етичної поведінки; принцип ефективності, компетентності і спроможності; принцип інноваційності та відкритості до змін; принцип сталості та довгострокової орієнтованості; принцип поваги до прав людини та культурної різноманітності; принцип забезпечення соціальної згуртованості і підзвітності [5, с. 39]. Із огляду на зазначене можна зробити висновок про те, що необхідно виходити з фундаментальних основ концептуального складника сутності належного урядування, не відкидаючи будь-які принципи, а досліджуючи їх у всій сукупності та взаємозалежності. Адже лише за таких обставин можливо вести мову про дійсно якісне та ефективне управління, здійснюване передусім урядом, а вже потім всіма іншими суб'єктами публічного адміністрування, до повноважень яких віднесено реалізацію відповідних прав та обов'язків.

Таким чином, розглянемо кожен із принципів належного урядування та визначимо його основну сутність, а також певні особливості при трансферації зазначеного принципу на національну адміністративну діяльність.

1. Чесне проведення виборів, представництво та участь. Сутність вказаного принципу зводиться до таких тверджень:

– по-перше, вибори мають бути проведені чесно та вільно, безпосередньо або опосередковано відповідно до європейських стандартів і національного законодавства;

– по-друге, громадськість посідає центральне місце та реально залучена до реалізації влади й суспільного життя на регіональному (локальному, місцевому) рівні;

– по-третє, усі люди незалежно від статі можуть брати участь у прийняті управлінських рішень як безпосередньо, так і опосередковано (через легітимні публічні органи, діяльність яких спрямована на захист прав та свобод людини і громадянина);

– по-четверте, кожен фактичний голос (незалежно від наявності будь-яких привілейованих ознак) має однакову цінність та вагу у прийнятті рішень управлінського характеру;

– по-п'яте, управлінські рішення приймаються більшістю голосів або з урахуванням інтересів більшості громадян, водночас права та законні інтересі меншості не ігноруються, а також поважаються.

2. Чуйність. Зміст даного принципу полягає в тому, що визначені публічною владою мета, цілі певної діяльності, правила, відповідно до яких вона має бути реалізована, а також процедури, які фактично втілюють таку діяльність у життя, мають бути адаптованими та пристосованими до потреб та вимог суспільства. Основною гарантією забезпечення даного принципу є можливість звернення громадян із запитами та скаргами на діяльність певного державного органу та обов'язковість реагування на скарги громадян у чітко визначений законодавством строк.

3. Принцип ефективності та результативності спрямований на те, що отримані кінцеві результати мають відповідати попередньо поставленим меті та цілям. Тобто урядування має бути сформовано таким чином, щоб максимально ефективно використовувати ресурси для задоволення потреб як суспільства загалом, так і громадян зокрема.

У свою чергу, дієва система управління ефективністю у європейських країнах дозволяє оцінити та, як наслідок, підвищити ефективність і результативність державних (в тому числі й адміністративних) послуг. Окрім того, невід'ємною умовою системи управляння ефективністю є проведення планових контрольних заходів (перевірок, аудитів тощо).

4. Відкритість та прозорість передбачає відкритість публічної адміністрації для зовнішніх перевірок; прозорість характеризує доступність інформації про внутрішню діяльність органів влади. Відкритість і прозорість дозволяє кожному дізнатися про механізми ухвалення управлінських рішень та створює умови органам нагляду для проведення зовнішніх перевірок [6, с. 60]. При цьому інформація щодо прийнятих рішень або з приводу реалізації державної політики, а також їх результати мають бути опубліковані на доступних платформах (зокрема,

в друкованих виданнях або веб-порталах) з метою інформування громадськості, яка має право здійснювати моніторинг та контроль за діяльністю влади на регіональному рівні, а також у разі потреби сприяти їй.

5. Верховенство права визначає, що усі рішення, прийняті під час реалізації урядування, мають прийматися відповідно до встановлених правових норм. Окрім того, принцип верховенства права має такі складники: є своєрідним запобіжником від свавілля держави, її органів чи посадових осіб стосовно громадянина; передбачає рівність усіх громадян перед законом; означає, що свободи людини не є наслідком ухвалених у нормативних актах гарантій [5, с. 35]. Реалізація зазначеного принципу на місцевому рівні передбачає вимогу до місцевої влади у своїй діяльності дотримуватися положень чинного законодавства.

6. Принцип етичної поведінки означає, що суспільне благо та інтереси мають ставитися вище за індивідуальні інтереси певної особи. Цей принцип спрямований на нівелювання конфлікту інтересів, а також запровадження ефективних заходів протидії корупції незалежно від її форми та виду.

7. Компетентність та ємність (або ж у вітчизняних наукових колах – спроможність). Принцип компетентності й спроможності полягає в тому, що суб'єкти публічної адміністрації мають володіти достатнім рівнем комплексу професійних знань, умінь, властивостей і якостей та бути здатними до здійснення оптимального й ефективного публічного адміністрування у сфері своєї компетенції [6, с. 61].

8. Принцип інновації та відкритості до змін передбачає пошук нових та ефективних шляхів вирішення проблем. Відкритість до змін фактично означає готовність до запровадження експериментів із новими програмами та вивчення інноваційного досвіду в різноманітних сферах під час здійснення урядування.

Трансферуючи зазначене на національну правову систему, треба вказати, що українська публічна адміністрація має працювати більш відкрито, активно обмінюватися інформацією з державами-членами ЄС, прищеплювати високі європейські цінності та застосовувати формальні процедури публічного управління й технічного забезпечення публічного адміністрування [5, с. 42].

9. Стійкість та довгострокова орієнтація. Цей принцип передбачає, що потреби майбутніх поколінь мають враховуватись у поточній державній політиці. Тобто під час здійснення відповідного урядування уповноважені органи мають таким чином використовувати екологічні, фінансові, економічні чи соціальні ресурси, щоб ними могли користуватися й наступні покоління. Під час формування довгострокової орієнтації необхідне чітке бачення й розуміння історичних, культурних та соціальних проблем, на яких базується майбутня перспектива, з метою більш якісного та дієвого здійснення управління.

10. Правильний фінансовий менеджмент. Плата має, з одного боку, не перевищувати вартості послуг, що надаються, а з іншого – не зменшувати попит на таку послугу, особливо у разі важливих державних послуг. Підготовка багаторічних бюджетних проєктів та планів має здійснюватися за участю громадськості шляхом надання від них консультацій. Місцева влада бере участь у заходах щодо міжмуніципальної солідарності, справедливого розподілу фінансових зобов'язань і вигод та зменшення ризиків (системи вирівнювання, міжмуніципальна співпраця, взаємозв'язок ризиків тощо) [4].

11. Права людини, культурне різноманіття та соціальна згуртованість. У процесі урядування має бути належним чином забезпечена повага, захист та реалізація прав та свобод людини і громадянина. Заборонені будь-які прояви дискримінації (статевої, вікової, расової, сексуальної тощо).

Окрім того, Конвенція про охорону та заохочення розмаїття форм культурного самовираження від 20.10.2005 серед керівних принципів визначає принцип поваги до прав людини та основоположних свобод (зокрема, ч. 1 ст. 2 наголошує, що охорона та заохочення культурного розмаїття можливі тільки тоді, коли гарантовано права людини та основоположні свободи, як-от: свободу вираження думок, інформації та комунікації, а також можливість для окремих осіб вибирати форми культурного самовираження) та принцип рівної гідності й поваги до всіх культур (так, ч. 3 ст. 2 регламентує, що охорона й поширення розмаїття форм культурного самовираження передбачають визнання рівної гідності й поваги до всіх культур, у тому числі культури осіб, які належать до меншин і корінних народів) [7].

12. Підзвітність вказує, що всі органи та посадові особи, до повноважень яких належить прийняття управлінських рішень, несуть відповідальність за свої рішення. Тобто уряд та інші уповноважені суб'єкти підзвітні громадськості та інституційним носіям прав (стейкхолдерам).

Висновки

Таким чином, на основі вищевикладеного можна зробити висновок, що концепція належного урядування включає в себе

дванадцять фундаментальних принципів, до яких належать такі: чесне проведення виборів, представництво та участь; чуйність; ефективність та результативність; відкритість та прозорість; верховенство права; етична поведінка; компетентність та ємність; інновації та відкритість до змін; стійкість та довгострокова орієнтація; правильний фінансовий менеджмент; права людини, культурне різноманіття та соціальна згуртованість; підзвітність.

Як показав аналіз вказаних принципів, їх сутність полягає в тому, що в межах Європейського Союзу вони реально та ефективно реалізуються не лише на місцевому рівні, а й на інших рівнях (центральному та вищому) публічного адміністрування. На нашу думку, така результативність зумовлена наявністю, перш за все, якісного громадського контролю, а також контролю з боку органів судової та законодавчої влади.

На додаток до вказаного зазначимо, що процес формування вказаних принципів є досить тривалим та динамічним, адже передбачає врахування сучасних потреб та становища людства. При цьому подальше використання принципів належного урядування на території України має бути тісно пов'язане з триваючою адміністративною реформою та відповідним реформуванням публічного адміністрування та системи його органів.

Список використаних джерел:

1. Principles of good governance. URL: http://msulocalgov.org/technicalassistance/Principles%20of%20Good%20Governance.pdf (дата звернення: 03.12.2020).
2. Principles for Good Governance in the 21st Century. Policy Brief No.15. By John Graham, Bruce Amos and Tim Plumptre. 2003 Institute on Governance. URL: https://iog.ca/docs/2003_August_policybrief15.pdf (дата звернення: 03.12.2020).
3. 12 Principles of Good Governance and European Label of Governance Excellence (ELoGE). Council of Europe. URL: https://primo-europe.eu/12-principles-of-good-governance-and-european-label-of-governance-excellence-eloge/ (дата звернення: 03.12.2020).
4. 12 Principles of Good Governance. Council of Europe – official web-portal. URL: https://www.coe.int/en/web/good-governance/12-principles (дата звернення: 03.12.2020).
5. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / за ред. В. Галунька, О. Правоторової. 3-тє вид. Київ: Академія адміністративно-правових наук, 2020. 466 с.
6. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. 2-ге вид. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2019. 584 с.
7. Конвенція про охорону та заохочення розмаїття форм культурного самовираження : прийнята на 33-й сесії Генеральної конференції ООН від 20.10.2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/952_008#Text (дата звернення: 03.12.2020).

Oleksii Dniprov. Principles of good governance in the modern system of Ukrainian administrative law

The relevance of the article is that the European concept of good governance, which in fact reflects the qualitative and quantitative indicators of legal relations between public administration entities and individuals (individuals and legal entities), is becoming important and widespread in Ukraine. At the same time, special attention needs to be paid to the principles of this concept, which form its basis and form the foundation. In addition, the ongoing administrative reform and its corresponding transformations also need a renewed look in the context of the implementation of these principles in Ukraine. All this together requires appropriate research and analysis. The aim of the article is to analyze the European principles of good governance by determining their content. The article analyzes the European principles of good governance by determining their content. It was found that the concept of good governance includes twelve fundamental principles, which include the following principles: fair conduct of elections, representation and participation responsiveness; efficiency and effectiveness; openness and transparency; rule of law; ethical conduct; competence and capacity; innovation and openness to change; sustainability and long-term orientation; sound financial management; human rights, cultural diversity and social cohesion; accountability. It is pointed out that the essence of the principles of good governance is that within the European Union they are actually and effectively implemented not only at the local level, but also at other levels (central and higher) of public administration. It is concluded that such effectiveness is due primarily to the presence of, above all, quality public control, as well as control by the judiciary and the legislature. It is noted that the process of formation of these principles is quite long and dynamic, because it involves taking into account modern needs and the situation of mankind. At the same time, the further use of the principles of good governance on the territory of Ukraine should be closely linked to the ongoing administrative reform and the corresponding reform of the public administration and the system of its bodies.

Key words: administrative law, public administration, principles of good governance, concept of good governance, European Union, European integration.

УДК 342.951:351.773:614.46
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.20

Олексій Дрозд,
докт. юрид. наук, професор,
начальник відділу докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

Віктор Мотиль,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник наукової лабораторії з проблем протидії злочинності
Навчально-наукового інституту № 1
Національної академії внутрішніх справ

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛІЦІЄЮ СТАТТІ 44-3 «ПОРУШЕННЯ ПРАВИЛ ЩОДО КАРАНТИНУ ЛЮДЕЙ» КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

У зв'язку з поширенням на території України коронавірусної інфекції всі органи державної влади та місцевого самоврядування були залучені до протидії її поширенню та захисту систем життєзабезпечення країни від її негативного впливу. На органи Національної поліції також була покладена низка завдань, спрямованих на боротьбу з хворобою та контроль за виконанням протиепідемічних заходів підприємствами, організаціями та окремими громадянами. Зокрема, у статті досліджено актуальні проблеми застосування поліцією статті 44-3 КУпАП «Порушення правил щодо карантину людей» з метою окреслення напрямів їх розв'язання. Встановлено, що застосування поліцією статті 44-3 КУпАП «Порушення правил щодо карантину людей» на практиці ускладнене певними її вадами, до яких можна віднести: 1) труднощі відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 325 КК України, від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 44-3 КУпАП; 2) бланкетність диспозиції ст. 44-3 КУпАП; 3) надмірно суворі санкції ч. 1 ст. 44-3 КУпАП; 4) невідповідність назви ст. 44-3 КУпАП її змісту тощо. Як результат має місце неоднозначна, а в певних випадках і суперечлива практика притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил щодо карантину людей тощо.

Заборонна адміністративно-правова норма, передбачена у ст. 44-3 КУпАП, потребує удосконалення в контексті відмежування її від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 325 КК України, встановлення науково обґрунтованих санкцій у ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, корекції назви цієї статті, а також чіткості визначення її диспозиції.

Необхідно також підвищувати рівень правової свідомості, правової культури та кваліфікації працівників Національної поліції України з метою оптимального ефективного забезпечення дотримання правил карантину, а також забезпечення невідворотності заходів адміністративної відповідальності у випадках вчинення адміністративних проступків, передбачених ст. 44-3 КУпАП.

Ключові слова: поліція, адміністративна відповідальність, провадження, карантин, коронавірус, адміністративне правопорушення, інфекційні хвороби, правила карантину людей.

Постановка проблеми. В умовах поширення в Україні гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, держава вимушена була вживати різного роду заходів, спрямованих на нейтралізацію цієї хвороби, усунення причин і умов її поширення. На різні органи державної влади покладено обов'язок протидіяти поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) та здійснювати захист усіх систем життєдіяльності країни від негативних наслідків пандемії та нових біологічних загроз. У країні неодноразово вводився карантин, зокрема КМУ приймав такі постанови, що стосувалися встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19» від 11 березня 2020 р. № 211 [1]; «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення

© О. Дрозд, В. Мотиль, 2021

протиепідемічних заходів» від 20 травня 2020 р. № 392 [2]; «Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території зі значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 22 липня 2020 р. № 641 [3]; «Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 9 грудня 2020 р. № 1236 [4]. Зазначеними нормативно-правовими актами запроваджено низку обмежень, спрямованих на запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2. Водночас на працівників Національної поліції покладено обов'язки здійснювати поточний контроль за перебуванням особи в місці самоізоляції, забезпечити контроль виконання протиепідемічних вимог під час здійснення пасажирських перевезень, а також вживати заходів щодо притягнення до кримінальної чи адміністративної відповідальності у разі інших порушень правил карантину. Перші провадження у справах про порушення правил щодо карантину людей продемонстрували низку проблем, які виникають на практиці під час виконання поліцейськими своїх функціональних обов'язків щодо протидії на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемним питанням порушення правил щодо карантину людей присвятили свої праці А.А. Вознюк, В.В. Крикун, С.С. Ковальова, Є.В. Курінний, О.С. Кузембаєв, М.А. Самбор, С.С. Чернявський та ін. Однак у зазначених публікаціях не досить уваги звернено на актуальні проблеми застосування поліцією статті 44-3 КУпАП «Порушення правил щодо карантину людей», що зумовлює потребу в подальших наукових розробках цієї тематики.

Формулювання цілей. З огляду на викладене метою цієї статті є дослідження актуальних проблем застосування працівниками Національної поліції заходів щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил карантину людей та розроблення шляхів їх розв'язання.

Виклад основного матеріалу. З метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, Кодекс України про адміністративні правопорушення доповнено ст. 44-3 «Порушення правил щодо карантину людей» [5]. Так, було встановлено адміністративну відповідальність за порушення правил щодо карантину людей, санітарно-гігієнічних, санітарно-протиепідемічних правил і норм, передбачених Законом України «Про захист населення від інфекційних хвороб», іншими актами законодавства, а також рішень органів місцевого самоврядування з питань боротьби з інфекційними хворобами.

Перші результати реалізації ст. 44-3 КУпАП під час карантину засвідчили неефективність її застосування з огляду на неякісні законодавчі положення та неоднозначне їх тлумачення правозастосовними органами [6, с. 21].

Тому й не дивно, що надалі Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 6 листопада 2020 р. статтю 44-3 КУпАП доповнено частиною другою такого змісту: «Перебування в громадських будинках, спорудах, громадському транспорті під час дії карантину без вдягнутих засобів індивідуального захисту, зокрема респіраторів або захисних масок, що закривають ніс та рот, у тому числі виготовлених самостійно, – тягне за собою накладення штрафу від десяти до п'ятнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» [7].

Очевидно, що внесення змін до КУпАП щодо встановлення адміністративно-правової заборони на перебування в громадських будинках, спорудах, громадському транспорті під час дії карантину без вдягнутих засобів індивідуального захисту зумовлене насамперед тим фактом, що носіння масок у місцях, де є висока небезпека зараження і важко дотримуватись соціальної дистанції, сприятиме зменшенню фактів зараження гострою респіраторною хворобою COVID-19, спричиненою коронавірусом SARS-CoV-2.

Зазначені заходи є вимушеними і необхідними задля зменшення випадків зараження цією хворобою населення не лише України, але й усього світового співтовариства. Вчені слушно звертають увагу на те, що правила, норми та заходи, спрямовані на протидію поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, здатні суттєво мінімізувати ріст та наслідки пандемії, відновити здоров'я населення [8–11].

Однак, незважаючи на удосконалення конструкції ст. 44-3 КУпАП, зазначена норма містить певні вади, які перешкоджають її

ефективному застосуванню на практиці працівниками Національної поліції України. До них можна віднести: 1) труднощі відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 325 КК України, від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 44-3 КУпАП; 2) бланкетність диспозиції ст. 44-3 КУпАП; 3) надмірно суворі санкції ч. 1 ст. 44-3 КУпАП; 4) невідповідність назви ст. 44-3 КУпАП її змісту тощо; 5) неоднозначність практики притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил щодо карантину людей тощо.

Незважаючи на те, що диспозиції ст. 325 КК України та ст. 44-3 КУпАП на перший погляд суттєво відрізняються, насправді ***порушення правил карантину можна кваліфікувати як кримінальне, так і адміністративне правопорушення.*** Усе залежить від наслідків. Для притягнення до кримінальної відповідальності вимагаються наслідки у формі спричинення або загрози спричинення поширення інфекційних хвороб. Водночас для притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил карантину таких наслідків не потрібно.

Мають рацію вчені в тому, що теоретично існує межа між правопорушеннями, передбаченими ст. 44-3 КУпАП та ст. 325 КК України, яка пов'язана з наявністю чи відсутністю відповідних наслідків. Водночас такий наслідок, як створення загрози поширення інфекційних хвороб, масових неінфекційних захворювань (отруєнь), фактично розмиває межі між відповідним злочином і адміністративним правопорушенням. Потенційна можливість поширення захворювань характерна низці порушень санітарних правил і норм щодо запобігання інфекційним хворобам та масовим отруєнням, а також порушень правил щодо карантину людей. Більшість порушень правил щодо карантину людей (ст. 44-3 КУпАП) потенційно може сприяти поширенню вірусних інфекцій [11, с. 12].

Чимало труднощів викликає бланкетність диспозиції ст. 44-3 КУпАП. Такий спосіб конструювання диспозиції у вказаній нормі неодноразово піддавався критиці вчених. С.С. Ковальова слушно звертає увагу на той факт, що санітарно-гігієнічні, санітарно-протиепідемічні правила і норми, про порушення яких зазначається у ст. 44-3 КУпАП, відсутні у тексті Закону «Про захист населення від інфекційних хвороб». Ці правила і норми – нормативно-правові акти (накази, інструкції, правила, положення тощо) центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, вимоги яких спрямовані на запобігання виникненню та поширенню інфекційних хвороб. Множинність та розпорошеність цих норм у чисельних нормативно-правових актах разом з необхідністю спеціальних знань для тлумачення їх змісту призвело до значних труднощів у реалізації правової конструкції ст. 44-3 КУпАП на практиці [12, с. 162]. Є.В. Курінний у контексті цього слушно зауважує, що бланкетний характер змісту диспозиції ст. 44-3 КУпАП значно ускладнює самостійне ознайомлення більшості громадян із чинними заборонами, які містяться у кількох нормативно-правових актах, зокрема й підзаконного рівня [13, с. 149].

Не лише громадянам, але й правоохоронцям у певних випадках складно розібратися у положеннях зазначеної заборонної адміністративно-правової норми, а тому вони допускають помилки під час кваліфікації.

Наприклад, до Дружківського міського суду Донецької області надійшов протокол про адміністративне правопорушення, згідно з яким 10 грудня 2020 року об 11:33 ОСОБА_3 на території ринку «Гаврилівський» здійснював продаж продуктів харчування без засобів особистого захисту (захисної маски, гумових рукавичок), а ОСОБА_1 не здійснила належний контроль, чим порушила вимоги п.п. 1, п. 10. Постанови КМУ № 641 від 22 липня 2020 року. Суд, дослідивши матеріали справи про адміністративне правопорушення, встановив, що відповідно до протоколу ОСОБА_1 у провину ставиться порушення п.п. 1 п. 10 Постанови Кабінету Міністрів України № 641 від 22.07.2020 року, згідно з яким на території України на період дії карантину забороняється, зокрема, перебування в громадських будинках і спорудах, громадському транспорті без вдягнутих засобів індивідуального захисту, зокрема респіраторів або захисних масок, що закривають ніс та рот, у тому числі виготовлених самостійно.

Проте вказана постанова КМУ не передбачає прописаних у протоколі обов'язків суб'єктів господарювання щодо здійснення контролю за працівниками, які працюють у фізичних осіб-підприємців у частині дотримання карантинних норм. Отже, посилання автора протоколу на порушення ОСОБА_1 Постанови Кабінету Міністрів України № 641 від 22.07.2020 року є неправильним, а тому не може ставитися останній у провину [14].

На практиці мають місце проблеми, пов'язані з ***недотриманням поліцейськими вимог, які висувають до складання протоколів про адміністративне правопорушення за ст. 44-3 КУпАП.***

За таких обставин указані протоколи повертають для доопрацювання та належного оформлення. Однак поліцейські не завжди усувають наявні недоліки, а тому провадження в справах про адміністративне правопорушення щодо притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, закривають у зв'язку з відсутністю події та складу адміністративного правопорушення.

Наприклад, до Солом'янського районного суду м. Києва надійшов на розгляд протокол про адміністративне правопорушення від 19.03.2020 року № АПР18 № 143090, складений щодо ОСОБА_1 за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 44-3 КУпАП. Постановою судді Солом'янського районного суду м. Києва така адміністративна справа була повернута до Солом'янського управління поліції ГУНП у м. Києві для доопрацювання та належного оформлення. Так, протокол про адміністративне правопорушення складений недбало, нерозбірливим почерком, що позбавляє суддю можливості встановити його зміст, зокрема суть адміністративного правопорушення. Таким чином, зазначений протокол про адміністративне правопорушення складений із порушенням вимог ч. 1 ст. 256 КУпАП: з нього неможливо встановити суть адміністративного правопорушення, що інкримінується ОСОБА_1. Всупереч цій постанові недоліки протоколу про адміністративне правопорушення усунуті не були. Солом'янське УП ГУНП м. Києва обмежилося надісланням до суду листа про необхідність розгляду справи. Разом із тим зміст протоколу про адміністративне правопорушення, що не відповідає вимогам закону, залишився без змін. Тому провадження у справі закрите у зв'язку з відсутністю події та складу адміністративного правопорушення [14].

Водночас окремі допущені поліцейськими помилки виправити неможливо. Наприклад, у рапорті помічника ДОП Кальміуського ВП Центрального ВП ГУНП у Донецькій області йдеться, що зазначити частину ст. 44-3 КУпАП у протоколі про адміністративне правопорушення не виявляється можливим у зв'язку із тим, що згідно з п. 7 Розділу II Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції, затвердженої Наказом МВС України від 06.11.2015 року № 1376, не допускається закреслення чи виправлення відомостей, що заносяться до протоколу про адміністративне правопорушення, а також внесення додаткових записів після того, як цей протокол підписано особою, стосовно якої його складено [15].

Законом України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 6 листопада 2020 р. внесено зміни до ст. 219, 221, 222, 236, 255 КУпАП, у результаті яких:

1) виконавчі комітети (а в населених пунктах, де не створено виконавчих комітетів, – виконавчі органи, що виконують їх повноваження) сільських, селищних, міських рад уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 44-3 КУпАП;

2) справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, уповноважені розглядати судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів;

3) органи Національної поліції уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 44-3 КУпАП;

4) органи державної санітарно-епідеміологічної служби уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 44-3 КУпАП;

5) протоколи про правопорушення, передбачені ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, мають право складати уповноважені на те посадові особи органів внутрішніх справ (Національної поліції), органів охорони здоров'я, органів державної санітарно-епідеміологічної служби [7].

Водночас протоколи про правопорушення, передбачені ст. 44-3 КУпАП, мають право складати посадові особи, уповноважені на те виконавчими комітетами (а у населених пунктах, де не створено виконавчих комітетів, – виконавчими органами, що виконують їх повноваження) сільських, селищних, міських рад.

У зв'язку з цим на практиці мають місце випадки, коли провадження у справі про притягнення до адміністративної відповідальності за ст. 44-3 КУпАП закривають, посилаючись на те, що відповідно до ст. 221 КУпАП судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів розглядають справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, тобто справи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 44-3 КУпАП, не належать до компетенції судів. Аналізуючи внесені зміни до КУпАП, з огляду на те, що суд позбавлений можливості самостійно кваліфікувати дії особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, внаслідок чого провадження у справі підлягає закриттю за від-

сутністю події та складу адміністративного правопорушення [16].

Заслуговує на увагу і той факт, що санкція ч. 1 ст. 44-3 КУпАП (тягне за собою накладення штрафу на громадян від однієї до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і на посадових осіб – від двох до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) є надмірно суворою, особливо порівняно із санкцією ч. 2 ст. 44-3 КУпАП (тягне за собою накладення штрафу від десяти до п'ятнадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). З цього приводу Є.В. Курінний зауважує наявний розмір штрафу несправедливим, якщо згадати про те, скільки наших громадян живе за межею бідності та розміри прожиткових мінімумів на цей час. Для порівняння він зазначає, що сума мінімального штрафу за подібне правопорушення є меншою у Франції у 4 рази, Великій Британії – у 6 разів, РФ – 11 разів [13, с. 150]. На думку А.А. Вознюка і С.С. Чернявського, необґрунтованим видається той факт, що за вчинення адміністративного правопорушення максимальна межа штрафу є значно суворішою, ніж для злочину [11, с. 13]. Водночас є вчені, які вважають таку міру примусу загалом обґрунтованою [17; 18, с. 165].

Однак, незважаючи на занадто суворі санкції ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, що очевидно б мало свідчити про значну небезпеку цих правопорушень для здоров'я населення, суди в певних випадках звільняють правопорушників від адміністративної відповідальності у зв'язку з малозначністю вчиненого адміністративного правопорушення, обмежуючись усним зауваженням.

Наприклад, відповідно до протоколу про адміністративне правопорушення від 15 грудня 2020 року, складеним стосовно ОСОБА_1, який 15 грудня 2020 року у м. Києві перевозив пасажирів, кількість яких перевищує сидячі місця, чим порушив п.п. 9 п. 10 Постанови КМУ від 22 липня 2020 року № 641, чим вчинив адміністративне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 44-3 КУпАП. ОСОБА_1 визнано винним у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 44-3 КУпАП. На підставі ст. 22 КУпАП звільнено від адміністративної відповідальності у зв'язку з малозначністю вчиненого адміністративного правопорушення [19].

Співставлення назви статті 44-3 КУпАП «Порушення правил щодо карантину людей» з диспозицією цієї статті свідчить про те, що назва ст. 44-3 КУпАП не відповідає її змісту. Адже в ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, окрім порушення правил щодо карантину людей, ідеться також про порушення санітарно-гігієнічних, санітарно-протиепідемічних правил і норм, передбачених Законом України «Про захист населення від інфекційних хвороб», іншими актами законодавства, а також рішень органів місцевого самоврядування з питань боротьби з інфекційними хворобами.

Висновки

Підбиваючи підсумки здійсненого дослідження, слід сформулювати низку висновків:

1. Застосування поліцією статті 44-3 КУпАП «Порушення правил щодо карантину людей» на практиці ускладнене певними її вадами, до яких можна віднести: 1) труднощі відмежування кримінального правопорушення, передбаченого ст. 325 КК України, від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 44-3 КУпАП; 2) бланкетність диспозиції ст. 44-3 КУпАП; 3) надмірно суворі санкції ч. 1 ст. 44-3 КУпАП; 4) невідповідність назви ст. 44-3 КУпАП її змісту тощо. Як результат має місце неоднозначна, а в певних випадках і суперечлива практика притягнення до адміністративної відповідальності за порушення правил щодо карантину людей тощо.

2. Заборонна адміністративно-правова норма, передбачена у ст. 44-3 КУпАП, потребує удосконалення в контексті відмежування її від кримінального правопорушення, передбаченого ст. 325 КК України, встановлення науково обґрунтованих санкцій у ч. 1 ст. 44-3 КУпАП, корекції назви цієї статті, а також чіткості визначення її диспозиції.

3. Необхідно також підвищувати рівень правової свідомості, правової культури та кваліфікації працівників Національної поліції України з метою оптимального ефективного забезпечення дотримання правил карантину, а також забезпечення невідворотності заходів адміністративної відповідальності у випадках вчинення адміністративних проступків, передбачених ст. 44-3 КУпАП.

Список використаних джерел:

1. Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 р. № 211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-%D0%BF#Text.

2. Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.05.2020 р. № 392. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392-2020-%D0%BF#Text.

3. Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : Постанова Кабінету Міністрів України від 22.07.2020 р. № 641. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/641-2020-%D0%BF#Text.

4. Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : Постанова Кабінету Міністрів України від 09.12.2020 р. № 1236. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1236-2020-%D0%BF#Text.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 17.03.2020 р. № 530-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-20#n22.

6. Чернявський С.С., Вознюк А.А. Проблеми відповідальності за порушення правил і норм щодо запобігання поширенню COVID-19. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення* : матеріали міжвузів. наук.-практ. круглого столу (Київ, 28 трав. 2020 р.). у 2-х ч. / редкол.: В.В. Чернєй, С.Д. Гусарєв, С.С. Чернявський та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2020. Ч. 1. С. 20–26.

7. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 06.11.2020 р. № 1000-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1000-20#n6.

8. Giubilini A., Douglas T., Maslen H., Savulescu J. Quarantine, isolation and the duty of easy rescue in public health. *Developing world bioethics*. 2018. No. 18 (2). P. 182–189. DOI: 10.1111/dewb.12165.

9. Musinguzi Geofrey, Asamoah Bennedict Oppong. The Science of Social Distancing and Total Lock Down: Does it Work? Whom does it Benefit? *Electronic Journal of General Medicine*. 2020. No. 17 (6). URL: https://ssrn.com/abstract=3571947. doi: 10.29333/ejgm/7895.

10. Masood S. What We Do Not Know about COVID-19 and Social Distancing. *Preprints : site*. 2020. DOI: 10.20944/preprints202005.0045.v2.

11. Вознюк А., Чернявський С. Порушення правил і норм щодо запобігання COVID-19: актуальні проблеми кримінальної та адміністративної відповідальності. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2020. № 19 (1). С. 8–19. DOI: https://doi.org/10.33270/04201901.8.

12. Ковальова С.С. Відповідальність за порушення карантину та санітарних правил і норм щодо запобігання поширенню коронавірусної інфекції (COVID-19) в Україні. *Науково-практичний журнал «Право. Людина. Довкілля»*. 2020. № 11(2). С. 158–168. DOI: https://doi.org/10.31548/law2020.02.019.

13. Курінний Є.В. Про аксіологічну сутність адміністративних штрафів. *Вісник Запорізького національного університету*. Вип. № 1. 2020. С. 144–150. DOI: https://doi.org/10.26661/2616-9444-2020-1-22.

14. Постанова Солом'янського районного суду м. Києва від 13.01.2021 р. Провадження № 3/760/39/21. Справа № 760/7667/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94107126 (дата звернення: 18.01.2021).

15. Постанова Іллічівського районного суду м. Маріуполя Донецької області від 13.01.2021 р. Провадження № 3/264/331/2021. Справа № 264/7547/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94108789 (дата звернення: 18.01.2021).

16. Постанова Жовтневого районного суду м. Маріуполя Донецької області від 13.01.2021 р. Провадження № 3/760/39/21. Справа № 760/7667/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94108740 (дата звернення: 18.01.2021).

17. Кузембаєв О.С. Кримінальна відповідальність за зараження коронавірусом SARS-CoV-2 (COVID-19) в Україні та деяких зарубіжних країнах у ракурсі економічного паритету. *Вісник асоціації кримінального права України*. 2020. № 1(13). С. 75–91. DOI: https://doi.org/10.21564/2311-9640.2020.13.2028.

18. Пилипів Р., Тимчишин А. Адміністративна відповідальність за порушення правил щодо карантину людей: проблеми та перспективи. *Юридичний вісник*, 2020. № (3). С. 163–169. DOI: https://doi.org/10.32837/yuv.v0i3.1937.

19. Постанова Дарницького районного суду м. Києва від 13.01.2021 р. Провадження № 3/753/683/21. Справа № 753/22045/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94106144 (дата звернення: 18.01.2021).

Oleksii Drozd, Viktor Motyl. Current problems of application of the Article 44-3 "Violation of the rules of the quarantine" of the Code of Administrative Offenses of Ukraine by the police

Due to the spread of coronavirus infection in Ukraine, all public authorities and local governments were involved in counteracting its spread and protecting the country's life support systems from its negative impact. The National Police has also been entrusted with a number of tasks, aimed at combating the disease and monitoring the implementation of anti-epidemic measures by enterprises, organizations and individuals. In particular, the article examines the current problems of the application of the Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine "Violation of the rules of the quarantine" by the Police in order to outline the directions of their solution. It is established that the practical application of the Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses

of Ukraine "Violation of the rules of the quarantine" by the Police is somewhat complicated by certain of its shortcomings, to which the following can be attributed: 1) the difficulties in distinguishing the criminal offense under the Article 325 of the Criminal Code of Ukraine from the administrative offense under Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine; 2) blanket disposition of the Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine; 3) excessively severe sanctions under Part 1, Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine; 4) inconsistency of the name of Art. 44-3 of the Code of Administrative Offenses with its content, etc. As a result, there is an ambiguous and, in some cases, contradictory practice of bringing the individuals to administrative responsibility for violating the rules on quarantine. Prohibition of administrative law enshrined in the Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine, needs to be improved in the context of distinguishing it from the criminal offense under the Article 325 of the Criminal Code of Ukraine, the enshrinement of scientifically sound sanctions in Part 1, Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine, amending the title of this article, as well as the clarifying its disposition. It is also necessary to increase the level of legal awareness, legal culture and qualifications of employees of the National Police of Ukraine in order to optimize effective quarantine enforcement and to ensure the inevitability of administrative liability in cases of administrative offenses under the Article 44-3 of the Code of Administrative Offenses of Ukraine.

Key words: police, administrative liability, proceedings, quarantine, coronavirus, administrative offense, infectious diseases, rules of quarantine.

УДК [351.74:341.4](091)(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.21

Ангеліна Калайда,
ад'юнкт кафедри адміністративної діяльності
Національної академії внутрішніх справ

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ОРГАНІВ ТА ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ЕКСКУРС

У статті досліджено історико-правовий аспект міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України. Наголошено, що міжнародна співпраця є ключовим елементом механізму реалізації державної політики у сфері боротьби зі злочинністю та забезпечення правопорядку в країні. Окремі напрями міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України становлять основу для успішного виконання ними спеціальних завдань та функцій, що в цілому сприяє забезпеченню не лише національної безпеки України, а й міжнародної безпеки. Зроблено висновок, що з урахуванням сучасного стану адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва поліції України можна виділити такі види міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України: 1) міжнародне співробітництво у боротьбі з міжнародною (транснаціональною) злочинністю; 2) міжнародне співробітництво під час кримінального провадження; 3) міжнародне наукове співробітництво; 4) міжнародне співробітництво з питань поліцейської підготовки, перепідготовки, підвищення кваліфікації, участі в міжнародних місіях. Таким чином, історія розвитку адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України є важливим складником ефективного здійснення поліцією України завдань та функцій, покладених на неї державою. Стан правопорядку в країні в цілому та рівень довіри громадськості до поліції зокрема залежать від правильного та чіткого визначення історичних передумов формування правового поля міжнародної співпраці української поліції. Водночас слід підкреслити, що складність цих питань, безумовно, свідчить про необхідність подальшого ретельного та всебічного вивчення правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, нормативно-правові акти, Інтерпол, взаємодія, міжнародні організації.

Постановка проблеми. Створення нової Національної поліції України у 2015 році дало потужний поштовх до новітніх перетворень у системі її діяльності, що зумовлено в тому числі євроінтеграційним курсом. Одним із важливих складників функціонування та діяльності органів та підрозділів Національної поліції України є їх співробітництво з іншими органами державної влади, органами місцевого самоврядування, громадськими інституціями чи окремими громадянами. При цьому не менш важливим для належного здійснення покладених на органи та підрозділи Національної поліції України завдань та функцій є створення належного та дієвого механізму міжнародного співробітництва з європейськими організаціями та міжнародними установами.

Міжнародне співробітництво є ключовим елементом у механізмі реалізації державної політики у сфері протидії злочинності та забезпечення правопорядку в державі. Окремі напрями міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України становлять основу для успішного виконання ними своїх спеціальних завдань та функцій, що в цілому сприяють забезпеченню не лише національної безпеки України, але й міжнародної в тому числі.

А тому, враховуючи викладене, нині активізуються питання щодо вивчення історико-правового аспекту міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Метою статті є дослідження історико-правового аспекту міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання історичного розвитку та правових засад міжнародної взаємодії міліції (поліції) досліджувалися у працях таких адміністративістів, як: О. М. Бандурка, О. І. Виноградова, В. І. Гаврилюк, Т. С. Гавриш, С. М. Гусаров, В. С. Гуславський, О. Ю. Дрозд, Є. В. Зозуля,

© А. Калайда, 2021

М. І. Іншин, В. С. Ковальський, А. Т. Комзюк, В. С. Кузьмічов, М. Н. Курко, О. В. Легка, О. В. Негодченко, С. М. Перепьолкін, Ю. М. Рашевський, О. Ю. Салманова, О. Ю. Синявська, М. М. Сірант, В. В. Сокуренко, А. В. Солонар, В. М. Тертишник, Ю. О. Толстенко, В. В. Чернєй, В. В. Чумак та інші.

Виклад основного матеріалу. Слід наголосити, що новому розвитку адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України передує історичний розвиток адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва міліції (органів внутрішніх справ) України, що заклало своєрідний фундамент сучасних адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва новоствореної Національної поліції України. Таким чином, вважаємо, що насамперед треба дослідити етапи розвитку адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва міліції (органів внутрішніх справ) України.

Так, можна виокремити два етапи формування адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України: перший – формування адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва міліції України (органів внутрішніх справ) (з 1950 р. до 2015 р.); та другий – формування адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва Національної поліції України (з моменту створення Національної поліції 2015 року по теперішній час).

Перший етап формування адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва міліції України (органів внутрішніх справ) розпочався з моменту проголошення Незалежності України 1950 р. та тривав до 2015 р.

Міліція була національною поліцейською службою України з 1950-х рр. до 2015 р. Міліція формувалася в період правління Української Радянської Соціалістичної Республіки, яка входила до складу Радянського Союзу, і продовжувала функціонувати як Національна поліцейська служба в незалежній Україні до 7 листопада 2015 р., коли вона була замінена Національною поліцією України.

Відповідно до Закону України «Про міліцію» від 20 грудня 1990 р. [1], основними завданнями міліції було визначено:

– забезпечення особистої безпеки громадян, захист їхніх прав і свобод, законних інтересів;

– запобігання правопорушенням та їх припинення;

– охорона і забезпечення громадського порядку;

– виявлення кримінальних правопорушень;

– участь у розкритті кримінальних правопорушень та розшуку осіб, які їх вчинили, у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством;

– забезпечення безпеки дорожнього руху;

– захист власності від злочинних та кримінально протиправних посягань;

– виконання адміністративних стягнень;

– участь у поданні соціальної та правової допомоги громадянам, сприяння у межах своєї компетенції державним органам, підприємствам, установам і організаціям у виконанні покладених на них законом обов'язків.

Зазначений нормативно-правовий акт визначав також й інститут співробітництва міліції, проте досить розмитим залишалося питання саме міжнародного співробітництва міліції України з міжнародними (іноземними) поліцейськими (правоохоронними) органами. Так, у ст. 8 згаданого закону було зазначено, що співробітництво у сфері діяльності міліції між Міністерством внутрішніх справ України та відповідними органами інших держав і міжнародними організаціями поліції здійснюється відповідно до законодавства України, міжнародних договорів України, а також установчих актів та правил міжнародних організацій поліції, членом яких є Україна [1].

Можливість міжнародного співробітництва міліції знайшла своє відображення в одному з пунктів, що визначає обов'язок міліції, а саме: виконувати в межах своєї компетенції запити правоохоронних органів інших держав або міжнародних організацій поліції відповідно до законодавства України, міжнародних договорів України, а також установчих актів та правил міжнародних організацій поліції, членом яких є Україна (п. 31 ч. 1 ст. 10) [1]. Як бачимо, такий стан речей говорить про відсутність на законодавчому рівні дієвих та чітких механізмів міжнародного співробітництва, а про практичне його втілення майже не йшлося, що свідчить також про той факт, що Україна свого часу ще перебувала на етапі свого становлення та розвитку.

Таким чином, необхідно констатувати, що перший період формування адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва міліції характеризувався, перш за все, відсутністю належного адміністративно-правового регулювання міжнародної взаємодії міліції у питаннях напрямів її діяльності. Проте досить потужним виявився інститут міжнародних місій, де

Україна зарекомендувала себе як надійний партнер міжнародних відносин у сфері забезпечення миру на території інших країн.

Формування адміністративно-правових засад міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції являє собою досить довготривалий та складний процес, що складається з декількох самостійних елементів. У цьому разі йдеться про два виокремлені нами періоди формування адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Другий етап формування адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України пов'язаний із суттєвим оновленням органів внутрішніх справ (реформою міліції 2014-2015 рр.), що зазначено вище. При цьому етап формування адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції поставив перед собою такі завдання: 1) налагодження міжнародного співробітництва у різних сферах діяльності поліції: від боротьби із злочинністю та підвищення фахового рівня поліцейських за кордоном; 2) розвиток міжнародних відносин з поліцейськими відомствами провідних зарубіжних країн та країн Європейського Союзу; 3) активізація взаємодії між поліцією України та Європейського Союзу щодо проведення спільних заходів на міждержавному рівні; 4) створення сприятливих умов для ефективної міжнародної взаємодії (співпраці) шляхом укладання міжнародних договорів та угод; 5) інтеграція Національної поліції України у європейську поліцейську систему та зростання авторитету поліції України у світовій спільноті тощо.

Відповідно, з метою реалізації окреслених вище завдань на нормативно-правовому рівні визначено ряд положень, що стосуються реалізації міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Створення у 2015 році Національної поліції України ознаменувало для її органів та підрозділів новий етап становлення та подальшого розвитку. Підтвердженням цього є запровадження у Законі України «Про Національну поліцію» [2] загальних положень, що визначають міжнародне співробітництво поліції (ст. 4). Зазначена стаття, що має назву «Міжнародне співробітництво поліції», визначає загальні засади щодо здійснення органами та підрозділами Національної поліції України міжнародного співробітництва. Зокрема, вказується, що взаємовідносини у сферах діяльності поліції з відповідними органами інших держав та міжнародними організаціями базуються на міжнародних договорах, а також на установчих актах та правилах міжнародних організацій, членом яких є Україна. Визначається, що поліцейські можуть направлятися до міжнародних організацій, іноземних держав як представники поліції з метою забезпечення координації співробітництва з питань, що належать до повноважень поліції. Також зазначається, що поліцейські можуть залучатися до участі в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки [2].

Окрім вказаних законодавчих положень про загальні засади міжнародного співробітництва поліції, вказаний нормативно-правовий акт містить положення, що визначає основні повноваження поліції у сфері міжнародного співробітництва, а саме: поліція відповідно до покладених на неї завдань виконує в межах компетенції запити органів правопорядку (правоохоронних органів) інших держав або міжнародних організацій поліції відповідно до закону та міжнародних договорів України [2].

Серед відомчих нормативно-правових актів, що визначають адміністративно-правові засади міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, слід назвати такі:

1) Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні, що затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 7 липня 2017 року № 575 [3]. Зазначений нормативно-правовий акт закріпив основні принципи взаємодії, серед яких: 1) швидке, повне та неупереджене розслідування кримінальних правопорушень; 2) самостійність слідчого в процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється; 3) оптимальне використання наявних можливостей органів досудового розслідування та оперативних підрозділів Національної поліції України у запобіганні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень; 4) дотримання загальних засад кримінального провадження; 5) забезпечення нерозголошення даних досудового розслідування [3];

2) Інструкція про порядок направлення представників Національного центрального бюро Інтерполу до Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 29 листопада 2018 року

№ 968 [4]. У цьому акті законодавства визначені адміністративно-правові засади порядку направлення працівників органів та підрозділів Національної поліції України до Генерального секретаріату Міжнародної організації кримінальної поліції Інтерпол. Затвердження вказаної інструкції про порядок направлення представників Національного центрального бюро Інтерполу до Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол пов'язано із виконанням завдання – налагодження координації взаємодії правоохоронних органів України з компетентними органами іноземних держав з питань, що належать до компетенції МОКП Інтерпол;

3) Інструкція з організації проходження служби у складі міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки національним персоналом із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України, затверджена наказом МВС України від 31 липня 2019 року № 639 [5];

4) Порядок направлення офіцерів зв'язку до Європейського поліцейського офісу, затверджений наказом МВС України від 29 жовтня 2019 року № 905 [6] та деякі інші.

Тобто можна констатувати, що правове регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України здійснюється національними та міжнародними нормативно-правовими актами, а також відомчими договорами та угодами. Проте, незважаючи на численні міжнародно-правові документи, подекуди окремі питання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України залишаються неврегульованими на національному рівні, що нині потребує свого вдосконалення.

Таким чином, з огляду на вищевикладене, слід зазначити, що другий етап розвитку адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України характеризується стрімким розвитком інституту міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України, що зумовлено євроінтеграційними процесами та прагненням керівництва МВС України та Національної поліції України налагодити дієві механізми міжнародної взаємодії.

Висновки

Враховуючи викладене, з огляду на сучасний стан адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва поліції України, можна виокремити такі види міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України:

1) міжнародне співробітництво у сфері протидії (боротьби) міжнародній (транснаціональній) злочинності;

2) міжнародне співробітництво під час кримінального провадження;

3) міжнародне наукове співробітництво;

4) міжнародне співробітництво з питань підготовки поліцейських кадрів, перепідготовки, підвищення кваліфікації, участі у міжнародних місіях.

Отже, історія розвитку адміністративно-правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України є важливим складником ефективної реалізації поліцією України покладених на неї державою завдань та функцій. Від правильного та чіткого визначення історичних передумов становлення правового поля міжнародного співробітництва поліції України залежить стан правопорядку в державі в цілому та рівень довіри населення до поліції зокрема. Водночас варто наголосити, що складність зазначеної проблематики, безумовно, свідчить про необхідність подальшого ретельного та всебічного дослідження правового регулювання міжнародного співробітництва органів та підрозділів Національної поліції України.

Список використаних джерел:

1. Про міліцію : Закон України від 20.12.1990 № 565-XII // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-12#Text (дата звернення: 20.02.2020).

2. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 р. № 580 –VIII // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19 (дата звернення: 20.05.2020).

3. Інструкція з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 07.07.2017 р. № 575 // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17 (дата звернення: 20.05.2020).

4. Інструкція про порядок направлення представників Національного центрального бюро Інтерполу до Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерпол: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 29.11.2018 р. № 96 // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1447-18 (дата звернення: 20.05.2020).

5. Інструкція з організації проходження служби у складі міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки національним персоналом із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України : наказ Міністерства внутрішніх справ України від

31.07.2019 р. № 639 // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1089-19#Text (дата звернення: 20.05.2020).

6. Про затвердження Порядку направлення офіцерів зв'язку до Європейського поліцейського офісу : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 29.10.2019 р. № 905 // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1158-19#Text (дата звернення: 20.05.2020).

Anhelina Kalaida. International cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine: historical and legal insight

The article examines the historical and legal aspect of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine. It was emphasized that international cooperation is a key element in the mechanism of implementation of state policy in the field of combating crime and ensuring law and order in the country. Certain areas of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine form the basis for their successful performance of their special tasks and functions, which in general contribute to ensuring not only the national security of Ukraine, but also international security. It is concluded that taking into account the current state of administrative and legal regulation of international cooperation of the police of Ukraine, the following types of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine can be distinguished: 1) international cooperation in combating international (transnational) crime; 2) international cooperation during criminal proceedings; 3) international scientific cooperation; 4) international cooperation on police training, retraining, advanced training, participation in international missions. Thus, the history of the development of administrative and legal regulation of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine is an important component of the effective implementation by the police of Ukraine of the tasks and functions assigned to it by the state. The state of law and order in the country as a whole, and the level of public confidence in the police in particular depend on the correct and clear definition of the historical preconditions for the formation of the legal field of international cooperation of the Ukrainian police. At the same time, it should be emphasized that the complexity of these issues, of course, indicates the need for further careful and comprehensive study of the legal regulation of international cooperation of bodies and units of the National Police of Ukraine.

Key words: administrative and legal regulation, normative legal acts, Interpol, interaction, international organizations.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.22

Максим Калатур,
докт. юрид. наук, доцент,
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права

ОСОБЛИВОСТІ ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВООХОРОННИХ СИСТЕМ ДЕРЖАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У статті з'ясовано, що функцію розслідування злочинів у Франції здійснюють слідчий суддя, поліція і жандармерія. Французька прокуратура керує діяльністю поліції та підтримує обвинувачення в суді. Незважаючи на свою назву, слідчий суддя по суті виконуваних ним у процесі функцій – слідчий. Перевагою наявної у Франції організації слідчого апарату є самостійність слідчих суддів, їх підпорядкування лише закону, відсутність стороннього втручання в розслідування кримінальних справ. Певними повноваженнями у розслідуванні злочинів наділений суддя по свободах і ув'язненнях. Контролює діяльність слідчих суддів слідчий орган, у роботі якого беруть участь судді апеляційного суду. Основними напрямами в роботі поліції є адміністративна і судова діяльність. Визначено, що основною судовою ланкою судової системи ФРН є дільничний суд. Він складається з одного або декількох дільничних суддів. Дільничні суди розглядають як цивільні, так і кримінальні справи. У дільничних судах прийнята спеціалізація суддів. Апеляційні скарги на рішення дільничних судів розглядає суд землі. Для цього в структурі суду землі функціонує мала палата. Суди землі розглядають цивільні та кримінальні справи і по першій інстанції. З цією метою в суді землі утворені палата у цивільних справах і палата у кримінальних справах, а також велика кримінальна палата. Велика палата у кримінальних справах, що складається з трьох суддів і двох шеффенов, розглядає по першій інстанції більшу частину кримінальних справ, підсудних судам землі. Наголошено, що нині поліція Хорватії має три рівня управління: дирекція (моніторинг, аналітика, синхронізація діяльності, виконання міжнародних угод, здійснення криміналістичних експертиз, ухвалення стандартів для обладнання й умов розвитку) на чолі з директором –помічником міністра; поліцейська адміністрація округів; поліцейська дільниця. Судову систему Хорватії становлять: трибунали з розгляду нетяжких злочинів; Вищий трибунал Республіки Хорватії з розгляду нетяжких злочинів; муніципальні суди; окружні суди; комерційні суди; Вищий комерційний суд Республіки Хорватія; адміністративні суди на чолі з Вищим адміністративним судом Республіки Хорватія.

Ключові слова: поліція, ефективність, реформування, процесуальні обов'язки, злочин.

Постановка проблеми. Після підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом та в процесі її безпосередньої реалізації особливої актуальності набуває питання обміну та запозичення досвіду країн-членів Європейського Союзу в різних сферах державного управління в Україні.

Не винятком є також система досудового слідства, функціонування якої в державах-членах Європейського Союзу характеризується вищим рівнем ефективності порівняно з Україною, де дана система наразі знаходиться на стадії реформування й завершення створення нових інституцій з урахуванням визнаних світових стандартів і тенденцій.

Стан дослідження. Окремі аспекти даної проблематики вивчали О. М. Бандурка, А. І. Білас, В. І. Борисов, З. С. Галаван, В. М. Галунько, В. О. Заросило, В. С. Зеленецький, М. С. Кельман, А. Т. Комзюк, А. М. Куліш, Н. П. Матюхіна, О. М. Музичук, О. В. Петришин, О. С. Проневич, М. В. Руденко, Р. Д. Свон, Є. Ю. Соболь, О. Ю. Татаров, М. М. Тищенко, В. Г. Фатхутдінов, М. І. Хавронюк, М. С. Цуцкірідзе, С. С. Чернявський, О. І. Шевченко, А. В. Шевчишен, О. Н. Ярмиш та інші науковці. Проте комплексні дослідження у вітчизняній науці з функціонування системи досудового слідства у державах-членах Європейського Союзу, які враховували б останні новели законодавчої та інституціональної перебудови в даній сфері, практично відсутні, що зумовлює необхідність подальших теоретичних досліджень функціонування системи досудового слідства у державах-членах Європейського Союзу.

Мета статті – дослідження функціонування системи досудового слідства у країнах Європейського Союзу.

© М. Калатур, 2021

Виклад основного матеріалу. У державах-членах ЄС діють правові акти, які прийняті ЄС та регламентують діяльність із розслідування злочинів, що посягають на правовий порядок кількох країн – учасниць Союзу. Одним із найважливіших напрямів єдиної загальноєвропейської політики виступає співпраця з питань боротьби зі злочинністю. Зазначений напрям регулюється установчими актами ЄС, а саме: Договором про ЄС 1992 р., Амстердамським договором 1997 р., Ніццьким договором 2001 р., Конвенцією про створення Європейського поліцейського відомства й актами третичного права. Пріоритетними завданнями співпраці поліції та судових органів держав – учасниць ЄС у кримінально-правовій сфері є протидія тяжким і особливо тяжким злочинам, що становлять надзвичайну небезпеку країнам-членам Союзу. Для виконання вказаного завдання в ЄС було створено Європейське поліцейське відомство – Європол [1].

Функцію розслідування злочинів у Франції здійснюють слідчий суддя, поліція і жандармерія. Французька прокуратура керує діяльністю поліції та підтримує обвинувачення в суді. Незважаючи на свою назву, слідчий суддя по суті виконуваних ним у процесі функцій – слідчий. Перевагою наявної у Франції організації слідчого апарату є самостійність слідчих суддів, їх підкорення лише закону, відсутність стороннього втручання в розслідування кримінальних справ. Певними повноваженнями у розслідуванні злочинів наділений суддя по свободах і ув'язненнях. Контролює діяльність слідчих суддів слідчий орган, в роботі якого беруть участь судді апеляційного суду.

Основними напрямами в роботі поліції є адміністративна і судова діяльність. Судова діяльність полягає у сприянні слідчому судді під час встановлення порушень норм кримінального законодавства, збору необхідних доказів за його дорученнями, розшуку осіб, які вчинили злочини, і передачі їх судовому слідчому.

Слідчий суддя відповідно до закону здійснює всі слідчі дії, які вважає необхідними для встановлення істини. Також слідчий суддя забезпечує обвинуваченому реалізацію його права на захист. Слідчий суддя може дати доручення посадовим особам судової поліції провести необхідні слідчі дії, проте вони не можуть проводити допити обвинуваченого та очні ставки [2].

У Франції службовою особою, наділеною правом проведення досудового слідства, є слідчий суддя, процесуальний статус якого характеризується такими основними суттєвими ознаками: суддя діє в складі суду та призначається і звільняється з посади Президентом Французької республіки за поданням Міністра юстиції. Рішення слідчий суддя приймає самостійно, крім взяття під варту. Він провадить слідчі дії, але позбавлений права порушувати кримінальну справу, пред'являти особі обвинувачення, складати обвинувальний акт після закінчення розслідування. Усі дії слідчого судді можуть бути оскаржені виключно до слідчої камери. Прокурор не наділений правом дачі слідчому судді вказівок, обов'язкових для виконання, скасування його рішень. Слідчий суддя має право самостійно накладати значні штрафи на осіб, які неналежним чином виконують процесуальні обов'язки.

На відміну від КПК Франції, у законодавстві ФРН відсутня процесуальна фігура слідчого, а розслідування провадиться у формі прокурорського дізнання, завданням якого є встановлення події злочину і причетності до нього конкретної особи. Обов'язок доказування факту злочину і вчинення його конкретною особою покладається на суд.

Основним органом розслідування в англосаксонському кримінальному процесі є поліція, на яку покладено обов'язок проведення розшукових дій за отриманим сигналом про злочин. Вона виконує виключно функцію кримінального переслідування. Органом попереднього провадження є місцевий суд, який здійснює контроль за органами розслідування. Крім цього, суду надано право визнавати доказами подані поліцією матеріали. Поліція наділена повноваженнями збирати докази тільки за наказом судді [1].

Судами першої інстанції у Франції є трибунали малої інстанції і трибунали великої інстанції. Одні й другі розглядають цивільні та кримінальні справи відповідно до правил підсудності, суть яких зводиться до того, що трибуналам великої інстанції підсудні складніші справи. Суди малої інстанції створюються в такій адміністративно-територіальної одиниці, як округ, а суди великої інстанції – у більшій адміністративно-територіальної одиниці – департаменті.

У Франції як суди першої інстанції діють і суди прилеглої юрисдикції (або місцеві суди), в яких суддя одноособово розглядає спори з ціною позову, що не перевищує 4000 євро. Рішення за такими справами не підлягають апеляційному оскарженню. У разі виявлення в ході розгляду справи правового питання, що становить труднощі, суддя місцевого суду вправі передати справу на розгляд трибуналу малої інстанції.

Судами другої інстанції у Франції є апеляційні суди. Вони розглядають апеляційні

скарги на постанови нижчестоящих судів. Суд апеляційної інстанції складається з окремих палат, які спеціалізуються на розгляді цивільних і кримінальних справ.

На чолі системи загальних судів Франції стоїть Касаційний суд, який включає в себе палату у цивільних справах і палату у кримінальних справах. Касаційний суд розглядає касаційні скарги на рішення нижчих судів з питань права (тобто перевіряє судові рішення з правових, а не фактичних підстав).

Своєрідне місце в судовій системі Франції займають суди Ассізі, які розглядають кримінальні справи про найбільш тяжкі злочини і складаються з професійних суддів (зі складу апеляційних судів) і журі, що формується з громадян [3].

До органів розслідування злочинів Федеративної республіки Німеччина входять поліція, прокуратура і слідчий суддя. Основна роль належить прокуратурі, яка наділена функцією дізнання. Як тільки прокуратурі стало відомо із заяв або інших джерел про підозру у вчиненні злочинів, вона повинна досліджувати обставини справи для вирішення питання про порушення кримінальної справи публічного обвинувачення.

Органи поліції в ФРН створюються на трьох адміністративних рівнях: у великих містах – поліцейські президії, в інших територіальних одиницях, які об'єднують невеликі міста, села і сільські райони, – поліцейські дирекції та інспекції. У межах поліцейської системи є внутрішній поділ на загальну та кримінальну поліцію. Загальна поліція займається розслідуванням дрібних (малозначних) злочинів, кримінальна – тяжких злочинів.

На федеральному рівні існує федеральне управління кримінальної поліції. Воно виконує в основному координуючу функцію і функцію підтримки місцевих підрозділів.

У проведенні дізнання може брати участь і слідчий суддя. Якщо прокурор вважає за необхідне здійснення слідчих дій, то він подає клопотання дільничному судді за територіальністю. Основним завданням слідчого судді є реалізація судових доказів шляхом проведення за клопотанням сторін, насамперед прокурора і поліції, судових процесуальних дій, вирішення питання про арешт [4].

Особливостями відзначається структура поліції у Німеччині, де правоохоронна система включає два рівня: федеральний та суб'єктів федерації (земель). В одних землях (Нижня Саксонія, Північна Рейн-Вестфалія, Саарланд, Шлезвінг-Гольштейн) поліція – державний орган, в інших (Баварія, Гессен) – це фактично муніципальна установа. Взаємодія поліцейських сил першого та другого рівнів здійснюється шляхом розроблення й укладення угод між МВС Німеччини і МВС земель, а також через постійно функціонуючу раду міністрів внутрішніх справ земель [5].

Система загальних судів ФРН має такі характеристики. Основною судовою ланкою судової системи ФРН є дільничний суд. Він складається з одного або декількох дільничних суддів. Дільничні суди розглядають як цивільні, так і кримінальні справи. У дільничних судах прийнята спеціалізація суддів. Апеляційні скарги па рішення дільничних судів розглядає суд землі [1]. Для цього в структурі суду землі функціонує мала палата. Суди землі розглядають цивільні та кримінальні справи і по першій інстанції. З цією метою в суді землі утворені палата у цивільних справах і палата у кримінальних справах, а також велика кримінальна палата. Велика палата у кримінальних справах, що складається з трьох суддів і двох шеффенов, розглядає по першій інстанції більшу частину кримінальних справ, підсудних судам землі. Вищою інстанцією по відношенню до судів землі виступає Вищий суд землі, який функціонує і як суд першої інстанції, і як суд апеляційної та касаційної інстанцій. Вищий суд землі складається із сенатів із цивільних і кримінальних справах.

Очолює систему загальних судів ФРН Верховний федеральний суд, що складається з 11 сенатів з цивільних справ, 5 сенатів у кримінальних справах та 7 сенатів для розгляду спеціальних питань (про нотаріусів, про адвокатів і т. д.). Верховний федеральний суд ФРН розглядає касаційні скарги на вироки вищих судів земель, винесені ними у першій інстанції, на вироки судів присяжних і великих палат судів земель, якщо вони не підлягають касаційному оскарженню до вищого суду землі. Але по першій інстанції кримінальні справи Верховний федеральний суд ФРН не розглядає.

У ФРН існують і спеціалізовані суди, до яких слід віднести: суди по трудових справах; суди із соціальних питань; фінансові суди; адміністративні суди.

Функцію конституційного контролю у ФРН виконує Федеральний Конституційний суд. У більшості земель ФРН також функціонують Конституційні суди земель, які здійснюють тлумачення конституцій земель [2].

Нині поліція Хорватії має три рівня управління: дирекція (моніторинг, аналітика, синхронізація діяльності, виконання міжнародних угод, здійснення криміналістичних експертиз, ухвалення стандартів для обладнання й умов розвитку) на чолі з директором – помічником міністра; поліцейська адміністрація округів; поліцейська дільниця.

Поліцейську діяльність у країні організовує Головне управління поліції МВС на чолі з генеральним директором, якому підпорядковані 20 територіальних управлінь, 187 відділків і органи охорони кордону. У складі МВС Хорватії також існують спеціальні антитерористичні сили поліції, які починаючи з 2008 р. значно модернізовані. Цікавою є юрисдикція та управління поліцією Хорватії, що підпорядковується двом відомствам – МВС і Міністерству зі створення умов праці. Останнє відповідає за якість поліцейського персоналу, його потреби у сфері підготовки, діяльності, розвитку; складає плани використання матеріально-фінансових ресурсів, створення інформаційних, комунікаційних і охоронних систем; визначає потреби в техніці, координує діяльність Вищої поліцейської школи й організовує міжнародну співпрацю. Таким чином, МВС відповідає суто за поліцейську діяльність, а «забезпечувальну» функцію щодо нормальної діяльності поліції виконують спеціально уповноважені на це органи. У Міністерстві юстиції Хорватії з 2001 р. як спеціальний підрозділ функціонує офіс із питань боротьби з корупцією та організованою злочинністю Хорватії (USKOK). Його компетенція поширюється на всю територію Хорватії та охоплює усі справи, що стосуються корупції й організованої злочинності. Діяльність підрозділу спрямована на запобігання корупції, а також реалізацію репресивної (каральної) функції [6].

Цікавим, на нашу думку є те, що в Хорватії у 2001 році у структурі Державної прокуратури Хорватії було створено Управління з боротьби з корупцією і організованою злочинністю (Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala – USKOK). Начальник Управління є одночасно Заступником Генерального прокурора і призначається на посаду Генеральним прокурором на чотири роки за погодженням Міністра юстиції та Ради державних прокурорів. Спеціальні прокурори Управління призначаються Генеральним прокурором за поданням начальника Управління. Управління здійснює керівництво і нагляд за розслідуванням злочинів, пов'язаних з корупцією і організованою злочинністю, та підтримання обвинувачення. Управління не проводить розслідування правопорушень. Воно лише здійснює нагляд і керівництво офіцерами поліції, які в основному працюють у Департаменті поліції з боротьби з економічними злочинами і корупцією. Отже, хорватський спеціалізований орган із запобігання організованій злочинності існує лише на рівні прокуратури, яка в даному випадку є лише наглядовою інстанцією [7].

Судову систему Хорватії становлять: трибунали з розгляду нетяжких злочинів; Вищий трибунал Республіки Хорватії з розгляду нетяжких злочинів; муніципальні суди; окружні суди; комерційні суди; Вищий комерційний суд Республіки Хорватія; адміністративні суди на чолі з Вищим адміністративним судом Республіки Хорватія. Муніципальні суди є судами першої інстанції й слухають всі кримінальні справи, у яких передбачена можливість покарання у вигляді позбавлення волі не більше ніж на 10 років. До їхньої юрисдикції віднесений також розгляд усіх цивільних спорів, не віднесених до компетенції комерційних або інших судів. Окружні суди передусім є судами апеляційними, які переглядають в апеляційному порядку рішення муніципальних судів. Але вони можуть також виступати і як суди першої інстанції. Верховний суд Республіки Хорватія, відповідно до законодавства країни, повинен: забезпечити однакове застосування закону й рівний захист усіх громадян перед законом; розглядати всі важливі правові проблеми, що виникають у ході судової практики; у якості екстраординарного заходу судового захисту переглядати судові рішення всіх судів Республіки; відповідати за професійне зростання суддів [8].

Отже, досвід функціонування правоохоронних систем держав досить різноманітний та потребує детального вивчення перед запозиченням та запровадженням в Україні. Поряд із цим досвід функціонування правоохоронної системи Хорватії заслуговує на вивчення, зокрема побудова системи поліції та її функціонування.

Список використаних джерел:

1. Галаван З. С. Функціонування системи досудового слідства у державах – членах Європейського Союзу. URL: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/soc_gum/Pubpr/2012_3/Galavan.pdf. (дата звернення: 02.12.2020).

2. Правоохранительные органы России : учебник / под ред. В.П. Божьева. URL: https://stud.com.ua/53925/pravo/pravoohoronni_organi_rosiyi (дата звернення: 02.12.2020).

3. Dammer H., Albanese J. Comparative criminal justice systems. Cengage Learning, 2013.

4. Code de procédure pénale (Code of criminal procedure of France). Act No. 2005–1550. 12 December 2005. Available. URL: http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code_34.pdf (дата звернення: 02.12.2020).

5. Проневич О. С. Організаційно-правові засади діяльності поліції (міліції) Німеч-

чини, Польщі та України : порівняльно-правовий аналіз : монографія. Харків : НікаНова, 2011. 509 с.

6. Основні напрями реформування органів внутрішніх справ України в контексті досвіду зарубіжних країн та європейських стандартів діяльності поліції: аналітичний огляд / С. Д. Гусарєв, Т. А. Авакян, С. С. Чернявський та ін. Київ : НАВС, 2015. 168 с.

7. Шостко О.Ю. Аналіз ефективної діяльності системи кримінальної юстиції у сфері протидії організованій злочинності в окремих європейських країнах. *Проблеми законності*. 2009. № 1. С. 176-185.

8. Law of the Republic of Croatia On Courts. URL: https://www.legislationline.org/documents/id/16473 (дата звернення: 02.12.2020).

Maksym Kalatur. Features of the functioning of law enforcement systems of the European Union

The article clarifies that the function of investigating crimes in France is performed by the investigating judge, the police and the gendarmerie. The French prosecutor's office manages the police and upholds the charges in court. Despite its name, the investigating judge is essentially the investigator he performs in the process. The advantage of the existing organization of the investigative apparatus in France is the independence of investigating judges, their obedience only to the law, the absence of outside interference in the investigation of criminal cases. The judge for liberties and imprisonment has certain powers in the investigation of crimes. The activity of investigative judges is supervised by the investigative body, in the work of which the judges of the appellate court take part. The main areas of police work are administrative and judicial activities. It is determined that the main judicial link of the judicial system of Germany is the district court. It consists of one or more precinct judges. District courts hear both civil and criminal cases. The specialization of judges is accepted in the district courts. Appeals against decisions of district courts are considered by the land court. To do this, there is a small chamber in the structure of the land court. Land courts also hear civil and criminal cases at first instance. To this end, a chamber in civil cases and a chamber in criminal cases, as well as a large criminal chamber have been established in the land court. The Grand Chamber of Criminal Cases, consisting of three judges and two sheffen, hears most of the criminal cases before the courts of the land at first instance. It is emphasized that the Croatian police currently has three levels of management: directorate (monitoring, analytics, synchronization, implementation of international agreements, forensic examinations, adoption of standards for equipment and development conditions) headed by an assistant director; district police administration; police station. The judicial system of Croatia consists of: tribunals for the consideration of minor crimes; Supreme Tribunal of the Republic of Croatia for Serious Crimes; municipal courts; district courts; commercial courts; Supreme Commercial Court of the Republic of Croatia; administrative courts headed by the Supreme Administrative Court of the Republic of Croatia.

Key words: police, efficiency, reform, procedural responsibilities, commitments.

УДК 343.85:343.352:343.973
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.23

Євген Кобко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри публічного управління та адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

ІНСТИТУТ ВИКРИВАЧІВ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ В УКРАЇНІ

У статті досліджено сучасні інструменти запобігання та протидії корупції. Наголошено, що корупція є складним, багатовекторним явищем і таким, що охопила всі сфери функціонування держави та місцевого самоврядування. Враховуючи сучасні українські реалії, неможливо досліджувати всебічно та ґрунтовно питання корупції без вивчення інституту викривачів. Підкреслено, що для багатьох держав світу наявність інституту викривачів є одним із результативних засобів виявлення і подолання корупції та перспективних способів демократичного розвитку суспільства. Адже саме через таку форму взаємодії можливо залучити громадськість до антикорупційної політики та ефективно співпрацювати з громадянським суспільством, забезпечуючи таким чином поступальний розвиток відкритої сучасної держави.

Зазначається, що відсутність бажаного результату після створення низки антикорупційних органів в Україні надала ще більш чітке розуміння необхідності активного залучення приватного сектору. Тому сучасна антикорупційна інфраструктура в Україні включає як суб'єктів державного характеру, так і різних суб'єктів з неурядового сектору. Зарубіжний досвід свідчить, що саме залучення до антикорупційної діяльності приватних осіб є найбільш ефективним інструментом у боротьбі з корупцією.

Акцентовано, що сучасний розвиток антикорупційного законодавства має багато позитивних здобутків, але разом із цим залишається низка проблемних питань, які мають як юридичний зміст, так і соціально-культурний. Щодо юридичних механізмів, то існує потреба у подальшому розвитку законодавства щодо захисту прав та інтересів викривачів; соціально-культурний чинник розвитку інституту викривачів також вимагає активних дій від держави та громадських організацій відповідного напряму діяльності. Головним вектором змін у цьому напрямі має стати усвідомленість громадян щодо їхнього можливого впливу на корупційний стан у державі.

Ключові слова: корупція, викривач, антикорупційна політика, антикорупційне законодавство, антикорупційна інфраструктура.

Сьогодні всі держави світу перебувають у стані трансформації своїх економік, зумовленої низкою чинників. Якщо пандемія, викликана коронавірусною хворобою (COVID-19), – це ситуаційна причина світової економічної кризи, то корупція, насамперед у діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, – постійна причина того, чому, особливо в Україні, наприклад, державний бюджет регулярно недоотримує значні кошти, економіка перебуває на низькому рівні та є багато інших негативних наслідків від корупційних діянь.

Корупція є складним, багатовекторним явищем і таким, що охопило всі сфери функціонування держави та місцевого самоврядування. Тому закономірним є наявність низки наукових досліджень у цій сфері, проведених, зокрема, такими вітчизняними та зарубіжними вченими, як: Є. Бараш, М. Бурак, О. Бусол, Ф. Галтунг, Л. Герасименко, Я. Гончарук, М. Гребенюк, О. Дрозд, З. Загиней, В. Зарубей, В. Ільков, Л. Кемпбелл, В. Киричко, Д.-Е. Лейн, В. Ліщенко, М. Мельник, Л. Наливайко, О. Стрільцов, О. Терещук, М. Флейчук, П. Хейвуд, С. Чернявський та багато ін. Науковці вивчали питання щодо змістового наповнення поняття «корупція», причин її виникнення, шляхів подолання тощо. Однак у сучасних українських реаліях неможливо досліджувати всебічно та ґрунтовно питання корупції без вивчення інституту викривачів – розкриття ролі та місця осіб, які інформують про порушення норм законодавства, у тому числі щодо корупції, у механізмі антикорупційної державної політики.

Для багатьох держав світу наявність інституту викривачів є одним із результатив-

© Є. Кобко, 2021

них засобів виявлення і подолання корупції та перспективних способів демократичного розвитку суспільства. Адже саме через таку форму взаємодії можливо залучити громадськість до антикорупційної політики та ефективно співпрацювати з громадянським суспільством, забезпечуючи таким чином поступальний розвиток відкритої сучасної держави.

Проблематиці інституту викривачів корупції як засобу запобігання їй та подолання поки що приділено не так багато уваги в українській правовій науці: серед авторів, які розглядали цей напрям, – В. Бенедик, М. Буроменський, В. Василинчук, В. Гвоздецький, О. Грибовський, З. Загиней, О. Костенко, О. Мезеря, О. Нестеренко, В. Плиска, О. Сердюк, Г. Татаренко, І. Татаренко, Н. Чудик, О. Шостко, І. Яцків та ін. Перспективним та провідним напрямом дослідження у цій сфері є захист прав викривачів в Україні. Так, на дисертаційному рівні проблематику правового механізму забезпечення прав викривачів з позицій адміністративного права досліджувала О. Косиця [1; 2]. Незважаючи на теоретико-прикладну значимість проведених досліджень, все ж існує значна необхідність у подальших ґрунтовних розвідках з метою ефективності функціонування інституту викривачів в Україні.

Корупція є універсальним явищем для усього світу [3, с. 102]. Ефективна протидія корупції – одна із найактуальніших проблем сучасності. З моменту проголошення Україною незалежності ця проблема стала предметом підвищеної уваги як українських науковців, так і політичних діячів та керівників держави. Цінною підтримкою для вирішення складних завдань боротьби з корупцією в українських реаліях став досвід інших країн і та теоретична й методологічна база, яка вже напрацьована європейськими вченими. Дослідники наголошують, що вирішення даної проблеми неможливе без системного вивчення сутнісних ознак, проявів, детермінуючих факторів цього негативного суспільного явища [4, с. 34]. Навряд чи можна сперечатися з таким твердженням.

У звітах авторитетних міжнародних організацій протягом багатьох років традиційно відзначається, що Україна з часу набуття незалежності перебуває під значним впливом корупції. При цьому окремо наголошується на особливому поширенні корупційних проявів у сфері дозвільної та контролюючої діяльності органів державної влади щодо підприємців, під час судового розгляду спорів та діяльності правоохоронних органів, державного адміністрування та контролю за сплатою податків і митного оформлення товарів, у сфері державних закупівель, енергетичному секторі, розподілі землі та інших природних ресурсів. Проведення виборів також характеризується, як правило, корупційними зловживаннями, підкупом виборців тощо [5]. Усе це свідчить про необхідність розвитку та впровадження нових механізмів подолання корупції.

Одна з найвідоміших у світі спеціалізованих інституцій з боротьби проти корупції – Незалежна комісія проти корупції, заснована в Гонконзі у 1974 р., своєю діяльністю зробила значний внесок в успіх Гонконгу в зниженні рівня корупції. Натхненні цим успіхом багато держав у світі, у тому числі країни Східної Європи, прийняли рішення про створення власних інституцій із запобігання корупції і боротьби проти неї. Цей крок часто розглядався як єдиний можливий шлях до зниження рівня корупції, тому що наявні інституції із цим завданням не могли впоратися. Укладені останнім часом міжнародні договори вимагають від держав-учасниць створити спеціалізовані органи для боротьби і запобігання корупції. Так, Конвенція ООН проти корупції вимагає наявності двох типів антикорупційних інституцій: органу або органів, що запобігають корупції; органу, органів або осіб, які спеціалізуються на боротьбі проти корупції за допомогою правоохоронних заходів [6]. Україна не стала винятком та забезпечила утворення цілісної системи органів державної влади у цьому напрямі. Події 2013-2014 рр. сприяли посиленню законодавчої бази, а також створенню спеціалізованих органів для реалізації антикорупційної функції: Національне антикорупційне бюро, Національне агентство з питань запобігання корупції, Спеціалізована антикорупційна прокуратура й, нарешті, початок роботи Вищого антикорупційного суду у 2019 р.

У звіті 2018 р. за результатами опитування підприємців, експертів та населення у цілому наголошено, що в Україні створена завершена антикорупційна інфраструктура, що неодноразово визнавали міжнародні організації в межах спеціальних контрольних та моніторингових процедур. Зокрема, такі оцінки містяться у висновках ГРЕКО (Група країн проти корупції), Стамбульського протоколу, ОЕСР, Ради Європи, спеціальних органів ЄС тощо [7, с. 34]. Усе вищезазначене стало важливою історичною віхою у викоріненні корупції в Україні та дало підстави вважати, що ситуація щодо рівня корупції в Україні якщо не зміниться кардинально, то хоча б помітно поліпшиться, проте світові показники рейтингу корупції в Україні свідчать про необхідність подальшого вдоскона-

лення наявних механізмів та розвитку нових. Підтвердженням цього є світовий рейтинг щодо корупції у державах світу.

Україна розпочала антикорупційну реформу з показниками CPI-2014 у 26 балів зі 100 можливих. У глобальному рейтингу країна посіла 142 місце серед 175 країн. Ухвалення антикорупційних законів наприкінці 2014 р., збільшення кількості викривачів корупції та зростання кількості публікацій на антикорупційну тематику в ЗМІ отримали позитивну оцінку міжнародних експертів. Однак у підсумку CPI-2015 України зріс до 27 – посіла 130 місце серед 168 країн. За показниками CPI-2016 – 131 місце серед 176 країн. CPI-2017 – 130 місце серед 180 країн. Зростання показника індексу CPI на 2 бали – до 32 та 120 місце в глобальному рейтингу серед 180 країн – у 2018 р. За показниками CPI-2019 Україна отримала 30 балів – на 2 бали менше, ніж минулого року, і посіла 126 місце в глобальному рейтингу [8]. Отже, у період з 2014 по 2019 рр. індекс сприйняття корупції в Україні зріс із 26 до 30 балів; корупція продовжує залишатися однією із найскладніших проблем.

Світова практика боротьби з корупцією показує, що найбільш ефективним заходом протидії є своєчасна поінформованість правоохоронних органів про факти корупції. Тому законодавче закріплення інституту «викривачів корупції», які надають відповідну інформацію уповноваженим суб'єктам з протидій корупції, є доцільним для кожної держави [9, с. 129]. Особливо це актуально для української правової системи. Зважаючи на розвиток антикорупційного законодавства, все більше залучення громадськості до антикорупційної діяльності, важливим є системне та всебічне вивчення інституту викривачів, враховуючи позитивний досвід багатьох держав світу у впровадженні інституту викривачів корупції (США, Канада, Велика Британія, Нова Зеландія, Австралія, Японія, Румунія та ін.).

Сучасна антикорупційна інфраструктура в Україні включає не лише спеціалізовані антикорупційні органи, але й інші політичні та соціальні інститути, антикорупційна активність яких не лише дозволена, але й прямо передбачена у національному антикорупційному законодавстві. Такий підхід є логічним і базується на принципі необхідності об'єднання зусиль всіх інститутів для подолання корупції як суспільної проблеми, що паразитує на системних недоліках українського суспільства [7, с. 34]. Зростання кількості громадян, готових повідомляти про факти корупційних проявів, а також громадян, які заявили про факти корупції, що мали стосовно них місце, компетентним органам, є одним із індикаторів ефективності реалізації проєкту Антикорупційної стратегії на 2020-2024 роки, який нині перебуває на розгляді у Верховній Раді України (проєкт готується до другого читання), а захист викривачів корупції – способом підвищення ефективності системи запобігання і протидії корупції [10]. Хоча лише у 2020 р. було офіційно введено поняття «викривач» (Закон України «Про внесення змін до закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції»), однак таке явище, як «інститут викривачів злочинних дій та правопорушень», з'явилось в українському правовому просторі ще в середині 90-х рр. XX ст. та пов'язано з прийняттям Конституції України, ратифікацією Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також подальшим розвитком законодавства (Закони України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 1994 р., «Про доступ до публічної інформації» від 2011 р., «Про засади запобігання та протидії корупції» від 2009 р., «Про засади запобігання і протидії корупції» від 2011 р. (два останніх акта втратили чинність), «Про запобігання корупції» від 2014 р. та ін.).

Додатковим чинником у необхідності розвитку інституту викривачів стало набрання чинності у 2017 р. Угодою про асоціацію України з Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами [11], адже однією із умов Угоди стала боротьба з корупцією та з різними формами транснаціональної організованої злочинності й тероризмом. Сьогодні частиною національного законодавства щодо викривачів корупції є також міжнародні договори: Конвенція ООН проти корупції, Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією, Цивільна конвенція про боротьбу з корупцією тощо.

Багато країн узяли на себе зобов'язання у межах реалізації вимог міжнародних конвенцій увести в дію закони про захист інформаторів. Дедалі більше урядів, корпорацій і некомерційних організацій визначають процедури повідомлення та захисту для інформаторів. Така політика сприяє наявності доступних каналів для інформаторів, захищає їх від усіх форм помсти, гарантуючи, що інформація, яку вони надають, може бути використана для проведення необхідних реформ у країні [12, с. 227]. Безумовним лідером щодо кількості викривачів, а отже, першою країною у світі, яка ухвалила закони у сфері їх захисту, є США. Викриття 1966 р. і 1978 р. у США створили позитивний образ

викривачів, а також спричинили сильний резонанс у суспільстві, який змусив Конгрес почати реформи у сфері державного управління, зокрема розпочати створення правових гарантій для викривачів. Ідеться про справу офіцера поліції Нью-Йорка Ф. Серпико, який виступив із показаннями щодо випадків корупції, а також про загальновідомий Вотергейтський скандал [14, с. 107; 15, с. 143]. Хоча українська влада протягом багатьох років системно працює у цьому напрямі, постійно вдосконалює антикорупційне законодавство, але у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції» від 17.10.2019 р. дискусійність цієї проблематики стала лише актуальнішою. Оскільки, з одного боку, вдосконалення законодавства у врегулюванні правового інституту викривачів корупції (передбачено винагороду для викривачів, розширено перелік заходів захисту прав викривачів, регламентовано можливі канали інформування про корупцію та ін.) – позитивний крок, з іншого – з'явились нові або ж залишились раніше не вирішені проблеми.

Серед невирішених проблем вчені називають такі. У попередньому законодавстві особою, яка надає допомогу у запобіганні та протидії корупції вважалася особа, яка повідомила про порушення антикорупційного законодавства іншою особою. Тому у кримінальному провадженні лише заявник міг отримати статус особи, яка надає допомогу в запобіганні та протидії корупції, а отже, й отримати державний захист. Зміни, внесені Законом «Про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» щодо викривачів корупції», навпаки, закарбували зазначену проблему в п. 25 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу, яка тепер прямо відносить викривачів корупції до категорії заявників. Але такий підхід є вкрай помилковим, адже за змістом викривач – це той, хто надає інформацію, яка дозволяє розкрити корупційні правопорушення третіх осіб. Звичайно, що таку інформацію може надати не лише заявник, а й свідок у кримінальному провадженні. Так, особи, які володіють даними про корупційні кримінальні правопорушення, які вже розслідуються, заслуговують державного захисту та стимулювання не менше, ніж ті, хто вперше повідомляють про корупцію [9, с. 129].

На критичну оцінку заслуговує й задекларований комплекс заходів захисту викривача, який за умов чіткої визначеності щодо ознак викривача та поданої ним інформації, його процесуального статусу та існування відповідальності за неправдиве повідомлення, навпаки, міг би слугувати доцільним та достатнім комплексом гарантій для особи, яка добросовісно повідомила про достовірно відому їй інформацію про порушення законодавства. Зазначене ж у теперішньому вигляді, з високим ступенем імовірності, відкриває можливості реалізації сценаріїв, здійснюваних спеціально уповноваженими органами СРСР 1937 р. Адже, на превеликий жаль, історії вже відомі факти, коли завдяки доносам «небайдужих анонімів» мільйони невинних в інкримінованих їм злочинах позбувалися життя за гратами [15]. Наведене є лише декількома прикладами серед багатьох наявних проблем у цій сфері.

Фахівцями також взагалі висловлюються сумніви щодо життєздатності такого інструменту, як викривач. Серед аргументів – складність доведення факту надання чи одержання неправомірної вигоди; щодо виплати викривачу винагороди у вигляді 10 % від грошового розміру предмета корупційного злочину або від завданого державі збитку після ухвалення обвинувального вироку суду, але не більше ніж 3 тис. мінімальних заробітних плат: по-перше, саме суд встановлює розмір винагороди, яка підлягає виплаті викривачу, та конкретні критерії, які при цьому повинен також визначити суд; по-друге, межа виплати все ж таки існує – 3 тис. мінімальних заробітних плат; по-третє, грошовий розмір предмета злочину або завдані державі збитки від такого злочину в 5 тис. і більше разів повинні перевищувати розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб [16].

Також важливо відзначити, що проблеми функціонування інституту викривачів корупції мають не лише юридичний (матеріальний та процесуальний) характер, а й, зокрема, соціально-культурний, психологічний тощо.

Наприклад, чекати змін у сфері запобігання корупції можна лише після того, як громадяни усвідомлять, що можуть насправді впливати на стан корупції, та повідомлятимуть про корупційні дії чиновників до антикорупційних органів. Важливо, що Законом України «Про запобігання корупції» закріплено обов'язок державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування забезпечувати «внутрішні канали» для повідомлення їхніми працівниками про порушення вимог Закону України «Про запобігання корупції» іншою особою (спеціальні телефонні лінії, веб-сайти, засоби електронного зв'язку) [17]. Проте для того, аби громадськість усвідомила свою роль і значення у запобіганні та протидії корупції через інститут викривачів, держава має сама всебічно сприяти

цьому, наприклад, проводити рекламні кампанії (через телебачення, радіомовлення, інтернет-простір), заходи в освітніх закладах всіх рівнів, пояснюючи важливість інформації від викривачів для відповідних органів державної влади.

Висновки

Таким чином, підводячи підсумки, варто зазначити таке.

1. Питання запобігання корупції та її подолання в Україні є таким же актуальним, як і на початку становлення країни як незалежної держави. Корупція є складним, багатовекторним явищем і таким, що охопило всі сфери діяльності органів державної влади, різних державних установ та підприємств, органів місцевого самоврядування. Незважаючи на створення цілісної системи спеціалізованих органів для реалізації антикорупційної функції (Національне антикорупційне бюро, Національне агентство з питань запобігання корупції, Спеціалізована антикорупційна прокуратура, Вищий антикорупційний суд), що відповідає сучасним міжнародним стандартам, недоліки у їхній діяльності та загалом у реалізації антикорупційної політики продовжують виступати суттєвим чинником відсутності розвитку економіки України, що своєю чергою впливає на функціонування інших систем суспільства, відсутність бажання в іноземних інвесторів залучати інвестиції в Україну, визнання України рівнозначним суб'єктом на міжнародній арені.

2. Відсутність бажаного результату після створення низки антикорупційних органів в Україні надала ще більш чітке розуміння необхідності активного залучення приватного сектору. Тому сучасна антикорупційна інфраструктура включає як суб'єктів державного характеру, так і різних суб'єктів з неурядового сектору. Проведений аналіз вітчизняної антикорупційної політики та зарубіжний досвід (США, Канада, Велика Британія, Нова Зеландія, Австралія, Японія, Румунія та ін.) свідчать, що саме залучення до антикорупційної діяльності приватних осіб є найбільш ефективним інструментом у боротьбі з корупцією. Злагоджена та системна антикорупційна діяльність всіх суб'єктів спроможна вивести Україну зі складного економічного становища.

3. Сучасний розвиток антикорупційного законодавства має багато позитивних здобутків, але разом із тим залишається низка проблемних питань, які мають як юридичний зміст, так і соціально-культурний. Щодо юридичних механізмів, то існує потреба у подальшому розвитку законодавства щодо захисту прав та інтересів викривачів; захист прав викривачів сьогодні є невіддільним компонентом протидії корупції як негативному суспільному явищу й, до речі, необхідним та перспективним напрямом досліджень вітчизняних вчених; соціально-культурний чинник розвитку інституту викривачів також вимагає активних дій від держави та громадських організацій відповідного напряму діяльності, наприклад, через проведення просвітницьких заходів: флешмобів, рекламних кампаній, заходів в освітніх установах різних рівнів щодо порядку та каналів подання повідомлень щодо корупції. Однак головним вектором змін у цьому напрямі має стати усвідомленість громадян щодо їхнього можливого впливу на корупційне становище у державі; складність вирішення цього завдання полягає в тому, що українське суспільство здебільшого негативно ставиться до осіб, які здійснюють «донос» інформації до відповідних органів державної влади. Формування поваги у суспільстві до викривачів корупції та розуміння їх неоціненної ролі для розвитку Української держави, особливо економіки, є провідним напрямом просвітницької та іншої діяльності з метою інтегрування такого ставлення до національної правової культури громадян.

Список використаних джерел:

1. Косиця О. О. Адміністративно-правовий механізм забезпечення прав викривачів в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Суми, 2019. 36 с.

2. Косиця О. О. Інститут викривачів в Україні: адміністративно-правовий аспект : монографія. Київ: Людмила, 2019. 355 с.

3. Naziru S., Zaleha O. Corruption Typology: A Review of Literature. *Chinese Business Review*. Feb. 2017. Vol. 16, №. 2. P. 102-108.

4. Nalyvaiko L., Marhenko O., Ilkov V. The phenomenon of corruption conceptualization: international practices and Ukrainian experience. *Economic Annals-XXI*. 2018. № 127 (7-8). P. 32-37.

5. Аналітичний звіт про виконання Антикорупційної стратегії на 2014-2017 роки та Державної програми щодо реалізації засад Антикорупційної стратегії. URL: https://old.nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/2017/міжнародні%20програми/Аналіз%20виконання%20антикорупційної%20стратегії%202014-2017%20роки%20(1).pdf (дата звернення: 12.12.2020).

6. Спеціалізовані інституції з боротьби проти корупції: огляд моделей. URL: https://old.nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk_files/антикордослідження/22.pdf (дата звернення: 12.12.2020).

7. Корупція в Україні: розуміння, сприйняття, поширеність. Звіт за результатами опитування підприємців, експертів та населення в цілому / кол. авт. Київ: Ваіте, 2018. 42 с.

8. Індекс сприйняття корупції (CPI): динаміка останніх 5 років. URL: https://nabu.gov.ua/open-office/biblio/sociologiya/indeks-spriynyattya-korupciyi-sri-dinamika-ostannih-5-rokiv (дата звернення: 12.12.2020).

9. Татаренко Г. В., Мезеря О. А., Татаренко І. В. Реформа інституту викривачів корупції в Україні: довгоочікувані зміни чи імітація прогресу. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2020. № 1. С. 127-142.

10. Проект Закону про засади державної антикорупційної політики на 2020-2024 роки. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70007 (дата звернення: 02.12.2020).

11. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Т. 1. С. 83. Ст. 2125.

12. Василинчук В. І., Грибовський О. В. Міжнародні принципи захисту осіб, які надають допомогу із запобігання та протидії корупції. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 223-232. URL: http//elar.naiau,kiev.ua/bitstream/123456789/677/1/21.pdf (дата звернення: 02.12.2020).

13. Нестеренко О. Правовий захист викривальників (whistleblowers): теоретичні аспекти та конституційна необхідність. *Право України*. 2014. № 12. С. 104-111.

14. Чудик Н. О., Антоник Є. А. Інститут викривачів у запобіганні та протидії корупції в Україні. *Актуальні проблеми правознавства*. 2019. Вип. 4. С. 141-146.

15. Інститут «викривачів корупції» в сучасних умовах або «благими намірами вимощена дорога до пекла». URL: https://uifuture.org/publications/25056-instytut-vykryvachiv-koruptsii/ (дата звернення: 11.12.2020).

16. Викривачі корупції: де є ризики та як зробити цей інструмент життєздатним? *Юридична Газета online*. 28 квітня 2020. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/vikrivachi-korupciyi-de-e-rizikita-yak-zrobiti-cey-instrument-zhittezdatnim.html (дата звернення: 11.12.2020).

17. Інститут викривачів – важливий запобіжник виникнення та поширення корупції в суспільстві. URL: http://ivaadm.gov.ua/pravova-dopomoha/item/12726-instytut-vykryvachiv-vazhlyvyi-zapobizhnyk-vynyknennia-ta-poshyrennia-koruptsii-v-suspilstvi (дата звернення: 12.12.2020).

Yevhen Kobko. The institute of whistleblowers as a tool to prevent and combat corruption in Ukraine

The article examines modern tools for preventing and combating corruption. It is emphasised that corruption is a complex, multi-vector phenomenon and one that has covered all spheres of state and local self-government. Given the current Ukrainian realities, it is impossible to fully and thoroughly investigate the issue of corruption without studying the institution of whistleblowers. It is highlighted that for many countries of the world the presence of the institution of whistleblowers is one of the effective means of detecting and overcoming corruption and promising ways of democratic development of society. After all, it is through this form of interaction that it is possible to involve the public in anti-corruption policy and effectively cooperate with civil society, thus ensuring the progressive development of an open modern state.

It is noted that the lack of the desired result after the establishment of a number of anti-corruption bodies in Ukraine has provided an even clearer understanding of the need for active involvement of the private sector. Therefore, the modern anti-corruption infrastructure in Ukraine includes various entities of both state and various entities from the non-governmental sector. Foreign experience shows that the involvement of individuals in anti-corruption activities is the most effective tool in the fight against corruption.

It is emphasised that the current development of anti-corruption legislation has many positive achievements, but at the same time there are a number of problematic issues that have both legal and socio-cultural content. Regarding legal mechanisms, there is a need for further development of legislation to protect the rights and interests of whistleblowers; the socio-cultural factor in the development of the institution of whistleblowers also requires active action by the state and public organizations in the relevant field of activity. The main vector of changes in this direction should be the awareness of citizens about their possible impact on the state of corruption in the country.

Key words: corruption, whistleblower, anti-corruption policy, anti-corruption legislation, anti-corruption infrastructure.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.24

Віктор Лещинський,
канд. наук з держ. упр.,
Київський національний університет будівництва та архітектури

НАГЛЯД ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ ДОЗВІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ МІСТОБУДУВАННЯ: СУТНІСТЬ ТА СФЕРИ ЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена наданню характеристики нагляду як способу забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування, виокремленню його специфіки, визначенню сфер його застосування за чинним адміністративним законодавством, визначенню напрямів подальшого вдосконалення теоретичних засад організації та здійснення нагляду як адміністративно-правового способу забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування.

Обґрунтовано, що нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування доцільно розглядати у широкому та вузькому сенсах. У широкому сенсі він являє собою державний архітектурно-будівельний нагляд (ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»), здійснення якого передбачає реалізацію не тільки наглядових, але й повноважень контрольного характеру (видавати обов'язкові для виконання приписи, притягувати до юридичної відповідальності, втручатись у діяльність піднаглядних суб'єктів, систематичний характер здійснення). Тому сутність державного архітектурно-будівельного нагляду може бути визначена як контрольно-наглядова діяльність. У вузькому сенсі нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування визначено як передбачену законом діяльність спеціалізованого суб'єкта публічної влади (Державної інспекції містобудування), спрямовану на спостереження за дотриманням законності суб'єктами здійснення дозвільної діяльності у сфері містобудування, що не є підпорядкованими їй.

З метою приведення підпункту 6 пункту 5 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду у відповідність до положень абзацу 6 частини 4 статті 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» обґрунтовано необхідність внесення змін до зазначеного підпункту.

Перспективним напрямом удосконалення адміністративно-правового регулювання контрольної та наглядової діяльності у сфері містобудування визначено їх уніфікацію, передусім уніфікацію положень ст. 41 та 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». При цьому запропоновано загальну назву відповідної діяльності – «державний архітектурно-будівельний нагляд (контроль)».

Ключові слова: нагляд, контрольно-наглядова діяльність, нагляд (контроль), забезпечення законності, дозвільна діяльність, містобудування.

Постановка проблеми. Попри певну увагу науковців до проблематики забезпечення законності дозвільної діяльності у містобудуванні та суміжних до неї категорій (насамперед надання адміністративних послуг у цій сфері), окремі центральні категорії, такі як нагляд, наразі є практично не дослідженими. З урахуванням істотних змін, які сьогодні відбуваються як у сфері адміністративно-правового забезпечення здійснення містобудування зокрема, так і у сфері адміністративного права загалом, актуальним видається дослідження сучасного стану адміністративно-правового забезпечення нагляду як способу забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування. При цьому окремим показником такої актуальності може слугувати принципове оновлення схеми державного управління у сфері містобудівної діяльності, що виявилось у: створенні Порталу електронних послуг у містобудуванні [1], принциповому оновленні суб'єктів публічної влади у цій сфері [2], що передбачає оновлення також взаємодії як між ними, так і з іншими суб'єктами публічної влади, що мають повноваження щодо здійснення дозвільної діяльності у досліджуваній сфері. При цьому визначальною специфікою контрольно-наглядових відносин можна визначити те, що певні суб'єкти дозвільної діяльності у цій сфері мають свою основну компетенцію в інших сферах суспільних відносин, наприклад Державне агентство автомобільних доріг України. Оновлення теоретичних засад здійснення нагляду у державному управлінні, зокрема здійснення нагляду щодо законності дозвільної діяльності у містобу-

© В. Лещинський, 2021

дуванні, відповідає Стратегії реформування державного управління України на період до 2021 року, що схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України «Деякі питання реформування державного управління України» від 24.06.2016 р. № 474-р [3], у перспективних завданнях якої вказано необхідність, зокрема: усунення дублювання повноважень у системі суб'єктів виконавчої влади; вдосконалення організаційного забезпечення державного стратегічного планування, що безпосередньо зачіпає й питання організації та здійснення нагляду.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Найближчою за тематикою та отриманими науковими результатами роботою є монографічне дослідження, присвячене проблематиці адміністративно-правового забезпечення здійснення містобудування (О.В. Стукаленко, 2017 р.) [4, с. 3]. Інші дослідження стосуються дотичних категорій адміністративного права: контролю та нагляду як способів забезпечення законності здійснення дозвільної діяльності (Т.І. Шапочка, 2011 р.); забезпечення законності надання публічних послуг (О.В. Бойко, 2020 р.); забезпечення законності надання адміністративних послуг (П.В. П'ятков, 2017 р.; О.Г. Юшкевич, 2014 р.); адміністративно-правових засобів забезпечення законності (Р.В. Ленівський, 2018 р.). Попри певну увагу науковців до дослідження адміністративно-правових способів забезпечення законності, тематика саме нагляду як одного з таких способів залишилась розкритою недостатньою мірою. Так, Т.І. Шапочка за результатами свого дослідження не розмежовує контроль та нагляд, розглядає їх разом [5, с. 15], що ускладнює виокремлення специфіки нагляду як способу. О.В. Бойко та Р.В. Ленівський теж не приділяють достатньої уваги нагляду як способу забезпечення законності. Так, Р.В. Ленівський виокремлює адміністративний нагляд та нагляд прокуратури як способи забезпечення законності [6, с. 12]. Однак обидва способи мають свій специфічний зміст, сферу та суб'єктів застосування, а тому їх дослідження в межах цієї роботи виходитиме за межі її предмета.

Метою статті є надання характеристики нагляду як способу забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування, виокремлення його специфіки, визначення сфер його застосування за чинним адміністративним законодавством, визначення напрямів подальшого вдосконалення теоретичних засад організації та здійснення нагляду як адміністративно-правового способу забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування.

Виклад основного матеріалу. Нормативною основою здійснення нагляду в тому числі й у сфері містобудування є Закони України: «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 р. № 3038-VI (далі – Закон «Про регулювання містобудівної діяльності») [7], «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. № 877-V (далі – Закон «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності») [8]. Так, відповідно до положень ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» виділяється державний архітектурно-будівельний нагляд, об'єктом якого є, зокрема, дотримання суб'єктами діяльності у сфері містобудування, в тому числі суб'єктами дозвільної діяльності у цій сфері, вимог, встановлених законом. У юридичній літературі окремо зазначається відмінність державного архітектурно-будівельного нагляду від державного архітектурно-будівельного контролю саме за об'єктом його здійснення. На відміну від нагляду об'єктом контролю виступає діяльність не суб'єктів публічної влади у сфері містобудування, а діяльність суб'єктів власне містобудування [9, с. 217]. Визначення такої діяльності саме як нагляду тільки на підставі його специфічного об'єкта піддавалося критиці на сторінках юридичної літератури, де вказувалось на, скоріш за все, фактичне ототожнення законодавцем понять контролю та нагляду у цій сфері [4, с. 138].

Визначення понять контролю та нагляду є надбанням теорії державного управління. В.Я. Малиновський виходить із розуміння нагляду як вужчого поняття, що охоплюється контролем. На відміну від контролю нагляд не передбачає втручання у діяльність об'єкта нагляду. Крім того, нагляд спрямований не стільки на реагування щодо вже вчинених правопорушень, скільки на запобігання вчиненню правопорушень у майбутньому. Стосовно нагляду також не виділяють таку вимогу, як системний характер здійснення [10, с. 292, 294]. Цей підхід значною мірою актуальний і сьогодні. Так, С.С. Вітвіцький на основі ґрунтовного дослідження співвідношення понять контролю і нагляду в теорії адміністративного права виділяє такі критерії їх розмежування: наявність повноважень щодо втручання у діяльність підконтрольного (піднаглядного) об'єкта; наявність відносин підпорядкування між суб'єктом та об'єктом (для нагляду не є характерним); для нагляду не є характерними повноваження щодо скасування, зміни рішень, актів об'єкта нагляду. Призначенням нагляду є спостереження, а контролю – коригування. Тому діяльність

щодо нагляду та діяльність щодо здійснення контролю часто об'єднується в єдину контрольно-наглядову діяльність [11, с. 13-14, 22].

Відповідний науковий підхід знаходить своє застосування у нормотворчій діяльності. Так, у Законі «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» не вживаються окремо поняття нагляду та контролю, натомість застосовується термін «державний нагляд (контроль)».

У Законі «Про регулювання містобудівної діяльності» відповідні поняття розрізняються (ст.ст. 41, 41-1 вказаного Закону). Порівняння положень зазначених статей свідчить, що основним критерієм розмежування законодавцем контролю та нагляду виступають насамперед не його доктринальні ознаки, а функції, виконувані підконтрольними (піднаглядними) об'єктами: у разі виконання функцій безпосередньо у сфері містобудування йдеться про контроль, а у разі діяльності органів публічної влади – про нагляд (ч. 1 ст. 41, ч. 1 ст. 41-1 вказаного Закону). Втім, зазначені положення свідчать про виділення законодавцем категорій державного архітектурно-будівельного контролю та архітектурно-будівельного нагляду виключно у вузькому сенсі. Таким чином, ми не погоджуємося з наведеною вище позицією О.В. Стукаленко щодо ототожнення законодавцем понять контролю та нагляду у сфері містобудування.

Поняття як форма мислення відображає як загальні, так і специфічні ознаки явищ, об'єктів, процесів що мисляться [12, с. 497]. Саме зазначене положення зумовило поширений сьогодні підхід щодо виділення широкого (що виділяє загальні ознаки відповідних понять) та вузького (що виділяє основні ознаки саме конкретного явища, предмета, процесу) сенсів поняття.

У юридичній літературі та законодавстві сьогодні отримав поширення термін «контрольно-наглядова діяльність». Так, у статті 1 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. № № 877-V діяльність передбачених законом суб'єктів публічної влади щодо забезпечення законності діяльності суб'єктів господарювання отримала назву «державний нагляд (контроль)». С.С. Вітвіцький, наводячи відповідні специфічні ознаки нагляду (відсутність підпорядкованості між суб'єктом та об'єктом нагляду; відсутність систематичності здійснення нагляду; відсутність у суб'єкта нагляду повноважень щодо втручання у діяльність піднаглядного об'єкта) і зазначаючи необхідність його розмежування із поняттям контролю у теоретичному аспекті, вказує на доцільність окреслення єдиної контрольно-наглядової діяльності у практичному відношенні [11, с. 13-14]. З такою тезою варто погодитись. Адже інформація, що отримується в ході здійснення заходів нагляду, може бути використана під час прийняття рішень у порядку контролю. З огляду на це, з позиції виділення наведених вище вузького та широкого сенсу понять контрольно-наглядова діяльність постає поняттям у широкому сенсі, а застосування вузького сенсу цього поняття дозволяє виділити окремо контрольну, а окремо – наглядову діяльність.

Таким чином, на відміну від стверджуваного О.В. Стукаленко ототожнення законодавцем понять контролю та нагляду варто говорити про виокремлення законодавцем двох площин єдиного поняття контрольно-наглядової діяльності у сфері містобудування.

Схвалюючи окреме врегулювання законодавцем таких аспектів контрольно-наглядової діяльності, як державний архітектурно-будівельний контроль та державний архітектурно-будівельний нагляд, необхідно вказати, що у практичній площині неможливо виокремити чисті категорії нагляду чи контролю у цій сфері. Наприклад, сукупність заходів, що спрямовані на забезпечення законності діяльності суб'єктів містобудування, отримала назву державного архітектурно-будівельного контролю (ч. 1 ст. 41 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»). Водночас суб'єкти містобудування (експертні організації, підрядники, проектувальники, замовники) не є підпорядкованими суб'єктам публічної влади, що здійснюють такий контроль. Це зближує його з наглядом. Крім того, формою такого контролю визначено перевірки, причому не тільки планові, але й позапланові (несистематичний характер, що також властиве скоріше нагляду).

Відповідно до ч. 1 ст. 41-1 вказаного Закону заходи, спрямовані на забезпечення законності діяльності суб'єктів публічної влади у містобудуванні визначено як державний архітектурно-будівельний нагляд. Водночас можна виокремити ознаки, що зближують його з контролем: наявність підпорядкованих суб'єктів (наприклад, територіальні управління як об'єкти такого контролю), хоча ними й не вичерпується це коло; плановий характер здійснення відповідного нагляду, можливість його здійснення у формі планових перевірок (п. 9 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19.08.2015 р. № 698 (далі – Порядок здійснення державного архітектурно-будівель-

ного нагляду) [13]); перевірка як форма здійснення (п. 1 ч. 3 ст. 41-1 вказаного Закону); повноваження суб'єкта нагляду щодо втручання в оперативну діяльність піднаглядного об'єкта, а також можливість видання обов'язкових для виконання приписів, а також можливість притягувати відповідних посадових осіб до відповідальності (п.п. 2, 4 ч. 3, п.п. 1, 2, 7 ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»).

Містобудівна діяльність є комплексною: її здійснення має вплив на усі сфери суспільного життя. Це пояснює здійснення публічної влади у цій сфері суб'єктами різної галузевої належності (не тільки власне уповноваженими суб'єктами у сфері містобудування та архітектури, але й структурними підрозділами міських державних адміністрацій, органами місцевого самоврядування, іншими уповноваженими законом суб'єктами (ч. 1 ст. 41-1 вказаного Закону)). З іншого боку, містобудівна діяльність має свою виражену галузеву та професійну специфіку, що зумовлює необхідність здійснення відповідної контрольно-наглядової діяльності компетентним суб'єктом державної влади. Тому вважаємо, що за своєю сутністю діяльність, зокрема, Державної інспекції містобудування може бути охарактеризована саме як наглядова, проте з елементами контролю.

Отже, нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування доцільно розглядати у широкому та вузькому сенсах. У широкому сенсі він являє собою державний архітектурно-будівельний нагляд (ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»), здійснення якого передбачає реалізацію не тільки наглядових, але й повноважень контрольного характеру (видавати обов'язкові для виконання приписи, притягувати до юридичної відповідальності, втручатись у діяльність піднаглядних суб'єктів, систематичний характер здійснення). Тому сутність державного архітектурно-будівельного нагляду може бути визначена як контрольно-наглядова діяльність. У вузькому сенсі нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування може бути визначений як передбачена законом діяльність спеціалізованого суб'єкта публічної влади (Державної інспекції містобудування), спрямована на спостереження дотримання законності суб'єктами здійснення дозвільної діяльності у сфері містобудування, що не є підпорядкованими їй.

Виділення контрольного та наглядового складників у діяльності ДІМ звертає увагу на можливість запропонувати окремі уточнення щодо правового регулювання її повноважень. Так, відповідно до п.п. 6 п. 5 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду у разі виявлення уповноваженими посадовими особами ДІМ порушень містобудівного законодавства, що вчинені піднаглядними суб'єктами, такі посадові особи мають повноваження щодо, зокрема, скасування дії відповідних рішень. Вважаємо, що таке повноваження не відповідає сутності наглядової діяльності як такої, що не передбачає втручання суб'єкта нагляду у діяльність об'єкта нагляду. Наведений висновок узгоджується з положеннями ч. 4 ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності», де відповідне повноваження відсутнє. Натомість абзацом 7 вказаної частини передбачається повноваження щодо звернення до суду із відповідним позовом. З огляду на викладене, з метою приведення підпункту 6 пункту 5 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду у відповідність до положень абзацу 6 частини 4 статті 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» необхідно внести зміни до зазначеного підпункту, виключивши з нього слова «скасовувати чи».

Проведений аналіз свідчить про певну відносність виокремлення на законодавчому рівні контрольної та наглядової діяльності, оскільки у площині практичної реалізації перша неодмінно набуває певних ознак другої і навпаки. Специфіка діяльності суб'єктів публічної влади у сфері містобудування сама по собі не дає підстав вважати відповідну діяльність щодо неї наглядом. З іншого боку, відсутність підпорядкованості суб'єктів містобудування відповідним суб'єктам публічної влади заважає вважати їх діяльність контрольною в повному сенсі цього терміна. З огляду на викладене, перспективним напрямом вдосконалення адміністративно-правового регулювання контрольної та наглядової діяльності у сфері містобудування слід вважати їх уніфікацію, передусім уніфікацію положень ст. 41 та 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». При цьому, з огляду на характерність підпорядкованості суб'єктів та об'єктів такої діяльності, а також на іманентний характер примусових повноважень суб'єктів публічної влади у цій сфері, запропоновано назву відповідної діяльності – «державний архітектурно-будівельний нагляд (контроль)». Закріплення єдиних засад вказаного контролю вважаємо перспективним напрямом розвитку чинного адміністративного законодавства.

Висновки

Отже, проведене дослідження надає підстави для таких висновків.

Нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування доцільно розглядати у широкому та вузькому сенсах. У широкому сенсі він являє собою державний архітектурно-будівельний нагляд (ст. 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»), здійснення якого передбачає реалізацію не тільки наглядових, але й повноважень контрольного характеру (видавати обов'язкові для виконання приписи, притягувати до юридичної відповідальності, втручатись у діяльність піднаглядних суб'єктів, систематичний характер здійснення). Тому сутність державного архітектурно-будівельного нагляду може бути визначена як контрольно-наглядова діяльність. У вузькому сенсі нагляд як спосіб забезпечення законності дозвільної діяльності у сфері містобудування може бути визначений як передбачена законом діяльність спеціалізованого суб'єкта публічної влади (Державної інспекції містобудування), спрямована на спостереження дотримання законності суб'єктами здійснення дозвільної діяльності у сфері містобудування, що не є підпорядкованими їй.

З метою приведення підпункту 6 пункту 5 Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду у відповідність до положень абзацу 6 частини 4 статті 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності» необхідно внести зміни до зазначеного підпункту, виключивши з нього слова «скасовувати чи».

Перспективним напрямом удосконалення адміністративно-правового регулювання контрольної та наглядової діяльності у сфері містобудування слід вважати їх уніфікацію, передусім уніфікацію положень ст. 41 та 41-1 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності». При цьому запропоновано загальну назву відповідної діяльності – «державний архітектурно-будівельний нагляд (контроль)».

Список використаних джерел:

1. Реєстр будівельної діяльності. *Портал Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва*. URL: https://e-construction.gov.ua/reestri (дата звернення: 21.12.2020).

2. Стартувала реформа галузі містобудування. *Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України*. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/startuvala-reforma-galuzi-mistobuduvannya (дата звернення: 21.12.2020).

3. Деякі питання реформування державного управління України : розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.06.2016 р. № 474-р. *Офіційний вісник України*. 2016. № 55 (22.07.2016). Ст. 1919.

4. Стукаленко О. В. Адміністративно-правове забезпечення будівельної галузі : монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2017. 376 с.

5. Шапочка Т.І. Адміністративно-правові засади контролю та нагляду за законністю у сфері дозвільної діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. ДНДІ МВС України. Київ, 2011. 20 с.

6. Ленівський Р.В. Законність і правопорядок в Україні: адміністративно-правові засоби забезпечення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2018. 20 с.

7. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Офіційний вісник України*. 2011. № 18. С. 131. Ст.735, код акта 55190/2011.

8. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності : Закон України від 05.04.2007 р. № 877-V. *Офіційний вісник України*. 2007. № 44. С. 12. Ст. 1771, код акта 40114/2007.

9. Рибак К.О. Містобудівна діяльність як об'єкт адміністративно-правового регулювання : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ: 2018. 275 с.

10. Малиновський В.Я. Державне управління : навчальний посібник. Київ: Атіка, 2003. 576 с.

11. Вітвіцький С.С. Контроль як гарантія законності діяльності публічної адміністрації : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2016. 37 с.

12. Філософський енциклопедичний словник / голов. редкол. В.І. Шинкарук. Київ: Абрис, 2002. 751 с.

13. Про затвердження Порядку здійснення державного архітектурно-будівельного нагляду : постанова Кабінету Міністрів України від 19.08.2015 р. № 698. Офіційний вісник України. 2015. № 74. С. 22. Ст. 2424, код акта 78543/2015.

Victor Leshchynsky. Supervision as a way to ensure the legality of permitting activities in the field of urban planning: essence and scope of application

The article is devoted to the characteristics of supervision as a way to ensure the legality of permitting activity in the field of urban planning, highlighting its specifics, defining areas of its application under current administrative legislation, identifying areas for further improvement of theoretical principles of organization and supervision as an administrative and legal way to ensure legal legality in urban planning.

It is substantiated that supervision as a way to ensure the legality of permitting activities in the field of urban planning should be considered in a broad and narrow sense. In a broad sense, it is a state architectural and construction supervision (Article 41-1 of the Law "On Regulation of Urban Development"), the implementation of which involves the implementation of not only supervisory but also control powers (issue mandatory instructions, prosecute, to interfere in the activities of supervised entities, the systematic

nature of the implementation). Therefore, the essence of state architectural and construction supervision can be defined as control and supervision activities. In a narrow sense, supervision as a way to ensure the legality of permitting activities in the field of urban planning is defined as a statutory activity of a specialized public authority (State Inspectorate for Urban Development), aimed at monitoring compliance with the law by licensing entities in the field of urban planning.

In order to bring subparagraph 6 of paragraph 5 of the Procedure for state architectural and construction supervision in accordance with the provisions of paragraph 6 of part 4 of Article 41-1 of the Law of Ukraine "On Regulation of Urban Development" the need to amend this subparagraph is justified.

A promising direction for improving the administrative and legal regulation of control and supervisory activities in the field of urban planning is their unification, first of all – the unification of the provisions of Art. 41 and 41-1 of the Law "On regulation of urban planning activities". At the same time, the proposed general name of the relevant activity defines "state architectural and construction supervision (control)".

Key words: supervision, control and supervision activity, supervision (control), ensuring legality, permitting activity, urban planning.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.25

Олена Литвин,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

Катерина Грудєва,
студентка V курсу юридичного факультету
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В СУЧАСНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню проблем, що виникають на практиці під час втілення програми сурогатного материнства. У роботі проаналізовано сурогатне материнство як метод репродуктивних технологій, проблеми правового регулювання сурогатного материнства в Україні, проведено порівняльну характеристику правового статусу сурогатного материнства у країнах світу, проаналізовано актуальність застосування репродуктивних технологій, запропоновано шляхи вирішення проблеми правових питань сурогатного материнства.

Правове забезпечення сурогатного материнства є одним із юридично найскладніших інститутів у галузі сімейного права в Україні. Інститут правового забезпечення сурогатного материнства не має кодифікованої правової бази, єдиного законодавчого правового акта. Основним засобом правового регулювання відносин учасників сурогатного материнства є договір, на жаль, інколи навіть в усній формі, між сурогатною матір'ю та майбутніми батьками, основні вимоги до якого відсутні в законодавстві.

Необхідність характеристики правової природи та законодавчого закріплення угоди про сурогатне материнство та її умов допоможе вирішити багато актуальних проблем, що існують у цій галузі. Найчастіші: відмова пари від народженої дитини з різних причин та відповідальність осіб, які використовують програму сурогатного материнства задля перетворення народження дітей на прибутковий бізнес.

З'явившись у правовому просторі, договір про сурогатне материнство не піклується про майбутнє новонародженої дитини, не гарантує його беззаперечного права мати батьків та сім'ю та характеризується низкою інших правових та моральних проблем. Відсутність правового регулювання цієї галузі створює передумови для порушення прав суб'єктів репродуктивних відносин.

Особлива увага повинна бути зосереджена на проблемі відмови від дітей, народжених після реалізації програми сурогатного материнства. Таке трапляється, коли дитина не потрібна ні одному з трьох суб'єктів, які ініціювали його народження.

Такі проблеми можуть бути вирішені виключно шляхом постійних досліджень у цій галузі та створення теоретичних та практичних рекомендацій щодо вдосконалення правового регулювання відносин сурогатного материнства в Україні на цій основі.

Ключові слова: репродуктивні технології, сурогатне материнство, біологічні батьки, сурогатна матір, донори яйцеклітин, батьки, дитина, договір, сімейне право, безпліддя.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших показників стану репродуктивного здоров'я населення є безплідність. Проблема безплідності, на жаль, є актуальною у всьому світі, і Україна не є в цьому винятком. Натепер 10-15 % українських сімей страждають від безпліддя, що можна віднести до прямих репродуктивних втрат. Майже мільйон пар кожного дня живуть з надією на диво. У лікуванні безпліддя в Україні з 1987 року почали застосовувати нові репродуктивні технології.

Сурогатне материнство є інститутом, який сприяє вирішенню проблеми людей, які не можуть мати дітей. Даний інститут має важливу соціальну значимість, і його не можна ігнорувати, хоча ця тема часто викликає велику кількість суперечок стосовно моральної та етичної сторони цього методу репродуктивних технологій. Таким чином, ми повинні звернути увагу на правове регулювання та оформлення відносин, які виникають під час застосування процедури

© О. Литвин, К. Грудєва, 2021

сурогатного материнства. За статистичними даними, за рік в Україні налічується близько 500 сурогатних вагітностей.

Актуальність даної теми полягає в тому, що нині гостро постає проблема правового регулювання методів лікування безпліддя. Хоча Україну і називають країною дуже ліберального законодавства, де регулюється такий метод допоміжних репродуктивних технологій, як сурогатне материнство, але єдиного законодавчого акта, який би зміг регулювати всі аспекти та механізми реалізації сурогатного материнства українське законодавство не має.

Відсутність правового регулювання цієї сфери частково пов'язана з не досить широким застосуванням методів штучного запліднення та імплантації зародка. Але, з іншого боку, падіння народжуваності та різке зниження репродуктивного здоров'я населення все частіше привертають увагу до правових проблем застосування методів штучного запліднення та дають поштовх новим розробкам у галузі біомедицини. Водночас кількість проблем, які пов'язані з комерціалізацією та криміналізацією діянь, пов'язаних з народженням дітей з використанням сурогатного виношування, зростає щодня і є наслідком відсутності чіткого регулювання даних питань з боку держави. Отже, сурогатне материнство в Україні дозволено тому, що не заборонено.

Отже, можемо зазначити, що в цій методиці існують певні прогалини та проблеми її правового регулювання, які необхідно вирішувати на законодавчому рівні.

Метою статті є дослідження правового регулювання сурогатного материнства в Україні, вивчення стану та окреслення перспектив розвитку сучасного законодавства, аналіз проблем, які можуть виникати під час реалізації сурогатного материнства, а також можливості вирішення наявних проблем на законодавчому рівні нашої держави.

Аналіз останніх досліджень. Сутність та проблематика сурогатного материнства були метою досліджень таких вчених, як Н. Аблятіпова, Н. Басай, Л. Вартман, Л. Липець, І. Міщук, Т. Слаб'як, Р. Стефанчук та ін.

Виклад основного матеріалу. Програма сурогатного материнства надає можливість подружжю, яке має проблеми зі здоров'ям і тому не може мати власних дітей, відчути, що таке бути батьками, хоч і за допомогою застосування репродуктивних технологій. Але морально-правова адаптація суспільства до нових досягнень випереджається розвитком науки та техніки в цій галузі. Наявність певних етичних, моральних та релігійних переконань до сьогодні зумовлює дискусії щодо обговорюваної теми. Противники сурогатного материнства вважають, що воно перетворює дітей на товар, а жінку – на інкубатор для його виробництва. У результаті одні називають сурогатне материнство бізнесом або торгівлею людьми, інші – дивом або останнім шансом.

Законодавче закріплення в Україні сурогатного материнства з'явилося у 2002 році у ст. 123 Сімейного кодексу України щодо «визначення походження дитини, народженої жінкою, в організм якої було імплантовано ембріон людини, зачатий подружжям. Батьками дитини визнається це подружжя» [2].

Відповідно до ст. 48 Основ законодавства України про охорону здоров'я, «застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими Міністерством охорони здоров'я України, за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці» [4].

З правової точки зору, під сурогатним материнством розуміють «запліднення жінки шляхом імплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу подружжя з метою виношування і народження дитини, яка в подальшому буде визнана такою, що походить від подружжя, як правило, на комерційній основі на підставі відповідного договору між подружжям та сурогатною матір'ю». Тобто сутність сурогатного материнства полягає у тому, що запліднена яйцеклітина пересаджується до організму генетично сторонньої жінки, яка виношує і народжує дитину не для себе, а для бездітного подружжя [5].

Термін «сурогатне материнство» вживається у двох ситуаціях.

По-перше – повна (гестаційна) сурогатність. Жінка, що виношує дитину, не має ніякого генетичного зв'язку з цією дитиною. У такому випадку використовуються гамети обох передбачуваних батьків.

По-друге, часткова (гендерна) сурогатність. Гестаційна (яка виношує) жінка має генетичний зв'язок із дитиною, забезпечуючи свій ооцит для програми сурогатного материнства.

І в тій, і в іншій ситуації гестаційна (яка виношує) жінка має намір залишити дитину передбачуваним батькам, які беруть на себе батьківську відповідальність за дитину [10].

Перша дитина, яку виносила сурогатна матір, народилася в Англії в 1978 році. Щодо

програми сурогатного материнства в Україні, то вона вперше була реалізована у 1995 року в Харкові (сурогатною матір'ю стала жінка, яка виносила дитину для своєї доньки, в якої була вроджена патологія матки). Сьогодні Україна є одним із визнаних центрів сурогатного материнства у світі (насамперед комерційного).

Та все ж таки у різних країнах різним залишається і ставлення до легалізації сурогатного материнства. Сурогатне материнство, в тому числі комерційне, дозволено на законодавчому рівні в більшості штатів США (але законодавство дуже відрізняється залежно від штату), Південно-Африканській Республіці, Україні, Росії.

Некомерційне сурогатне материнство дозволено в Австралії, Великобританії (допускається оплата поточних витрат сурогатної матері), Данії (із серйозними обмеженнями), Ізраїлі, Іспанії, Канаді, Нідерландах (заборонена реклама сурогатного материнства, пропозиція послуг сурогатних матерів і їх підбір), в окремих штатах США (Нью-Гемпшир, Вірджинія).

На законодавчому рівні сурогатне материнство заборонено в Австрії, Німеччині (відповідальність несуть лікарі і посередники, а не батьки і сурогатна матір), Італії, Норвегії, Швеції, в окремих штатах США, Франції, Швейцарії та інших державах.

У деяких країнах закон не забороняє сурогатне материнство, але при цьому ніяк його не регламентує, тобто і не дозволяє (Бельгія, Греція, Ірландія, деякі країни Латинської Америки і Азії) [9].

Правове забезпечення сурогатного материнства є одним із найскладніших і законодавчо неврегульованих питань у сімейному праві України. Через відсутність достатнього нормативного регулювання здійснення процедури сурогатного материнства в Україні та необхідність вирішувати виникаючі на практиці проблеми це питання все ж залишається дуже актуальним сьогодні [6].

Враховуючи виникнення особистих немайнових і майнових відносин між суб'єктами програми сурогатного материнства, буде цікаво розглянути їх з погляду цивільного права. Спочатку, перед тим як реалізовувати програму, між генетичними батьками та сурогатною матір'ю укладається спеціальний договір. Конкретних вимог до договору про сурогатне материнство українське законодавство нині не прописує. Оскільки цей договір призводить до певних правових наслідків, які мають значення як для подружжя, так і для новонародженої дитини, він повинен укладатися на умовах і відповідати загальним вимогам, що встановлені для укладення цивільно-правових договорів загалом. За допомогою такого способу сторони процедури закріплюють права й обов'язки та встановлюють відповідальність, яка виникає під час реалізації програми сурогатного материнства. Третьою стороною договору може бути медичний заклад, але інколи з ним підписують додатковий договір [1].

Через відсутність повноцінної законодавчої бази стосовно регулювання процедури правового захисту програм сурогатного материнства можливе виникнення таких негативних наслідків:

– недотримання правил сурогатною матір'ю або ігнорування домовленостей генетичними батьками (непрофесійно складений договір, що призвів до ігнорування його умов виконання чи негативних наслідків, оскільки не всі пункти були передбачені);

– відмова віддати дитину генетичним батькам в чітко визначений строк після народження (обман зі сторони сурогатної матері, її психологічна неготовність віддати дитину іншим людям);

– відмова «генетичних батьків» від новонародженої дитини або відмова від виплати винагороди сурогатній матері (в договорі не була передбачена відповідальність сторони чи договору взагалі немає, не прописане обов'язкове страхування ризиків і можливих надзвичайних ситуацій).

Важливим недоліком є те, що в законодавстві не передбачено норм у разі, коли подружжя, які «замовили» дитину, під час реалізації програми розлучаються або помирають.

Обговорюваним також є питання щодо юридичного оформлення права дитини на інформацію про жінку, яка її виносила та народила.

Варто також захистити сурогатну матір у разі відмови біологічних батьків-замовників від народженої дитини з різних причин, зокрема через вроджену хворобу дитини [9].

На жаль, через законодавчі недоліки в правовому регулюванні сурогатного материнства на практиці доволі часто трапляються непередбачувані життєві ситуації, пов'язані з відмовою віддавати чи забирати дитину, погрозами зробити аборт, вимогами більшої кількості грошей, погрозами розголошення інформації про народження дитини, про особистість сурогатної матері або ж відмовою замовників виплатити сурогатній матері обумовлену раніше суму грошей, ненадання сурогатній матері потрібної допомоги під час вагітності та пологів, наслідків смерті дитини, сурогатної матері чи біологічних батьків [7].

Також не слід забувати про таке важливе питання, коли послугами сурогатної матері хочуть скористатися іноземці. Законодавчо в Україні немає заборони використовувати іноземцям такий метод репродукції, як сурогатне материнство. Але виникає проблема вивозу дитини в ті країни, де така процедура є забороненою. У деяких випадках дитині просто не дозволяють в'їзд у нову країну, а її батькам не надають запису, що дитина на законних підставах вважається їхньою. Це питання заслуговує належної уваги, оскільки задля приховання походження дитини може порушитися процедура законодавчого оформлення договору про сурогатне материнство. Бувають ситуації, коли батьки намагаються незаконно вивести таку дитину за кордон, що тягне за собою інколи навіть кримінальну відповідальність [8].

Висновки

Отже, можна зробити висновок, що національне законодавство України натепер не має спеціального закону, який би захищав репродуктивні права людини, а загальні законодавчі нормативні акти не можуть регулювати усі питання щодо сурогатного материнства. Відсутність належного правового регулювання відносин сурогатної матері та подружжя, а також неврегульованість важливих умов договору може призвести до порушень прав як біологічних батьків, так і сурогатної матері.

Задля забезпечення потрібного захисту сурогатній матері, біологічним батькам та новонародженій дитині необхідне закріплення норм у єдиному кодифікованому нормативно-правовому акті, де були б урегульовані всі необхідні питання процедури реалізації правовідносин щодо виношування та народження дитини з метою передачі її біологічним батькам.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 16.08.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 10.12.2020).

2. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Дата оновлення: 17.06.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text (дата звернення: 10.12.2020).

3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. Дата оновлення: 02.10.2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 10.12.2020).

4. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. Дата оновлення: 24.07.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#top (дата звернення: 10.12.2020).

5. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 р. № 787. Дата оновлення: 11.04.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#Text (дата звернення:10.12.2020).

6. Аблятіпова Н. А. Проблеми сурогатного материнства в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 51. С. 167-173.

7. Басай Н. Програми сурогатного материнства і право дітей на сім'ю. *Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму*. 2017. № 2. С. 33-38-32.

8. Міщук І.В., Слаб'як Т.Б. Правове регулювання сурогатного материнства. *Молодий вчений*. 2017. № 51. С. 73-76.

9. Липець Л.В., Вартман Л.Г. Проблеми правового регулювання сурогатного материнства. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 3. С. 38-41.

10. Валід Камаль Абдель Салам Атіа. Правове регулювання сурогатного материнства: сучасний стан та перспективи розвитку. *Механізми державного управління*. 2019. № 13. С. 23-27.

Olena Lytvyn, Kateryna Hrudieva. Current issues of legal regulation of surrogacy in Ukrainian modern law

The article is devoted research of problems which arise up in practice during realization of the program of substitute maternity. This paper also analyzes surrogacy as a method of reproductive technologies, the problems of surrogate motherhood in Ukraine, compares the legal status of surrogacy in the world, assisted reproductive technology is being analyzed, suggests ways to solve the problem of legal issues of surrogate motherhood.

Legal support of surrogacy is one of the legally irrelevant and the most complex institutions in the field of family law in Ukraine. The institute of legal support of surrogacy has no legal basis in the form of a codified collection, a single legal act. A primary means of legal regulation between the participants' relations of surrogacy is the agreement between the surrogate mother and customers, the basic requirements to which are not available in legislation.

The need for determining the legal nature and legislative consolidation of agreement about surrogacy and its terms will allow solving a number of pressing problems that exist in this area. Some of these are: couple's refusal of the born child for various reasons and establishing responsibility for individuals using surrogacy program to enrich turning children's birth into a profitable business.

Entering a legal space, surrogacy contract does not care about the future of the child to be born as a result, does not guarantee his indisputable right of having parents and family and many other legal and ethical problems. The absence of legislation in this area creates all the preconditions for the violation of all subjects' rights in reproductive relations.

Particular attention should be focused on the problem of abandonment of children born as a result of this program. That is the situation when the child was not needed to any of the three subjects who realized his birth.

These problems can be solved primarily through further research in this area and the development of scientific, theoretical and practical recommendations for improving the legal regulation of relations surrogacy in Ukraine on this basis.

Key words: reproductive technologies, surrogacy, biological parents, surrogate mother, egg donor, parents, child, contract, family law, infertility.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.26

Сергій Родін,
ад'юнкт кафедри адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПРАВА АБ'ЮЗЕРА У ПРОВАДЖЕННІ У СПРАВАХ ПРО ДОМАШНЄ НАСИЛЬСТВО (АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

Метою написання наукової статті є визначення прав аб'юзера в провадженні у справах про домашнє насильство в адміністративно-правовій площині. Для досягнення поставленої мети автор реалізовує такі завдання: проаналізувати зміст нормативно-правових актів і практику їх застосування судами у справах про адміністративні правопорушення, відповідальність за які передбачена статтею 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення; визначити комплекс прав особи-правопорушника у справах про адміністративні правопорушення; проаналізувати процесуальні дії, які мають право застосовувати судді та поліцейські до правопорушника у справах про домашнє насильство в контексті дотримання конституційних прав громадян України; запропонувати власний погляд на ситуацію протидії домашньому насильству з урахуванням зроблених висновків.

Автор статті доходить висновку, що аб'юзер у справах про домашнє насильство має дві категорії прав: права особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, і конституційні права людини та громадянина. Аналіз конституційно-закріплених прав людини дає змогу стверджувати, що вони мають ширший зміст за права учасника провадження у справах про адміністративне правопорушення, а також що права особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, дублюють частину конституційних прав людини (право на правову допомогу, право висловлювання рідною мовою, презумпція невинуватості, тощо).

У роботі звернута увага на дотримання органами державної влади такого права аб'юзера, як право на володіння, користування й розпорядження своєю власністю та право на недоторканність житла. Автор виділяє три проблемні моменти реалізації даних прав, які пов'язані із застосовуванням таких спеціальних заходів щодо протидії домашньому насильству, як терміновий заборонний припис стосовно кривдника й обмежувальний припис стосовно кривдника: відсутність державних програм щодо влаштування кривдника на період дії приписів; невизначеність терміну, у який кривдник має повідомити органи Національної поліції про місце свого перебування; невизначеність процедури припинення дії термінового заборонного припису стосовно кривдника в разі його оскарження аб'юзером до суду.

Ключові слова: аб'юзер, права, домашнє насильство, провадження, припис.

Постановка проблеми. Провідною соціальною та науковою тематикою для української спільноти сьогодні є тематика протидії домашньому насильству. Актуальність необхідності дослідження питань, пов'язаних із домашнім насильством, підтверджують статистичні дані. Так, за 9 місяців 2020 року поліцейські склали 102,9 тисячі протоколи про адміністративні правопорушення, відповідальність за які передбачена статтею 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). При цьому всього зареєстровано 157,8 тисяч заяв і повідомлень щодо домашнього насильства [1]. Такі дані перевищують показники минулого року на 54%. Відповідно, можна зробити висновок про необхідність комплексного вирішення проблем, пов'язаних із подоланням домашнього насильства.

Однак у гонитві за захистом жертви від домашнього насильства законодавчі та виконавчі органи влади забули про головний принцип їхньої діяльності – дотримання прав людини. При цьому не важливо, ця людина є потерпілий, свідок, правопорушник чи інша особа. Усі рівні перед законом, а права кожного – цінність для держави.

Водночас фахівці адміністративно-правової та кримінально-правової науки вивчають питання протидії домашньому насильству, особливості відповідальності за вчинення дій, кваліфікованих як домашнє насильство, а також питання захисту потерпілих від кривдника, запроваджуючи новітні програми захисту й реабілітації жертв домашнього насильства. Серед вітчизняних учених адміністративно-правової науки, роботи яких присвячені теоретичному

© С. Родін, 2021

вирішенню питань, пов'язаних з учиненням домашнього насильства, варто виокремити таких як О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, Г.О. Горбова, М.В. Ковалів, О.В. Ковальова, О.Д. Коломоєць, В.К. Колпаков, К.Б. Левченко, О.І. Остапенко й інші. Кримінально-правові аспекти характеристики та кваліфікації домашнього насильства в Україні вивчали А.А. Вознюк, О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк та інші. Водночас маємо констатувати, що комплексних досліджень з приводу дотримання прав аб'юзера в Україні не проводилося.

Метою статті є визначення прав аб'юзера в провадженні у справах про домашнє насильство в адміністративно-правовій площині. Для досягнення поставленої мети нами реалізовані такі завдання: проаналізувати зміст нормативно-правових актів і практику їх застосування судами у справах про адміністративні правопорушення, відповідальність за які передбачена статтею 173-2 КУпАП; визначити комплекс прав особи-правопорушника у справах про адміністративні правопорушення; проаналізувати процесуальні дії, які мають право застосовувати судді та поліцейські до правопорушника у справах про домашнє насильство в контексті дотримання конституційних прав громадян України; запропонувати власний погляд на ситуацію протидії домашньому насильству з урахуванням зроблених висновків.

Виклад основного матеріалу. Права й обов'язки аб'юзера (у перекладі з англійської – кривдник) у провадженнях у справах про адміністративні правопорушення, відповідальність за які передбачена статтею 172-3 КУпАП, нормативно визначені в законодавчих і підзаконних актах України. У роботі ми розглянемо саме права аб'юзера, оскільки вважаємо, що на дотриманні прав такого суб'єкта увага законодавчих і правозастосовних органів акцентована недостатньо.

Якщо ми говоримо про аб'юзера як про суб'єкта адміністративного правопорушення, відповідальність за яке передбачена ст. 173-2 КУпАП [2], то аб'юзер – це фізична осудна особа, яка досягла віку, з якого настає адміністративна відповідальність (16 років). Відповідно, усі права, якими наділена особа, що притягається до адміністративної відповідальності, належать й аб'юзеру. Такі права чітко визначає КУпАП у статті 268 [2]:

– знайомитися з матеріалами справи, давати пояснення, подавати докази, заявляти клопотання;

– при розгляді справи користуватися юридичною допомогою адвоката, іншого фахівця в галузі права, який за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи,

– виступати рідною мовою й користуватися послугами перекладача, якщо не володіє мовою, якою ведеться провадження;

– оскаржити постанову по справі.

Також особа, яка притягається до адміністративної відповідальності має право бути присутньою при розгляді справи [2].

Як свідчить практика застосування статті 173-2 КУпАП, суди загальною юрисдикції загалом дотримуються зазначених прав. Сьогодні механізм дотримання прав особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, є відпрацьованим і загалом відповідає чинному законодавству. У контексті наукової роботи зазначений перелік прав вважаємо правами аб'юзера як учасника провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Аб'юзер – це фізична особа та, як правило, це громадянин України, проте це може бути іноземний громадянин або особа без громадянства. У будь-якому разі права людини в Україні закріплені в нормах Конституції України [3]. До прав людини належать право на життя; право на свободу й особисту недоторканність; право на недоторканність житла; право на таємницю листування; право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; право на свободу світогляду та віросповідання, тощо. Цей комплекс прав у науковій роботі ми будемо вважати правами аб'юзера як людини.

Аналіз конституційно-закріплених прав людини дає змогу стверджувати, що вони мають ширший зміст за права учасника провадження у справах про адміністративне правопорушення, а також що права особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, дублюють частину конституційних прав людини (право на правову допомогу, право висловлювання рідною мовою, презумпція невинуватості, тощо).

У роботі ми б хотіли більш детально зупинитися на дотриманні державними органами України такого конституційного права аб'юзера, яке закріплене в статтях 30 і 41 Конституції України [3], а саме права на володіння, користування й розпорядження своєю власністю та право на недоторканність житла.

Річ у тім, що провадження у справах про домашнє насильство має особливість, запроваджену Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» [4] у 2017 році. Сутність цієї особливості полягає в можливості застосовування таких спе-

ціальних заходів щодо протидії домашньому насильству, як терміновий заборонний припис стосовно кривдника й обмежувальний припис стосовно кривдника.

Терміновий заборонний припис стосовно кривдника за результатами оцінювання ризиків виносять уповноважені поліцейські строком до десяти діб. За 9 місяців 2020 року поліцейські в Україні винесли орієнтовно 34 тисячі термінових заборонних приписів щодо осіб, які вчиняли домашнє насильство [1].

Зміст термінового заборонного припису полягає в застосуванні до кривдника таких заходів: зобов'язання залишити місце проживання (перебування) постраждалої особи; заборона на вхід і перебування в місці проживання (перебування) постраждалої особи; заборона в будь-який спосіб контактувати з постраждалою особою [4; 5]. При цьому зазначена вимога поширюється також на місце спільного проживання (перебування) постраждалої особи та кривдника незалежно від їхніх майнових прав на відповідне житлове приміщення [4; 5]. Тобто вимога залишити місце перебування (проживання) стосовно аб'юзера застосовується навіть у разі наявності в нього документально підтверджених приватних прав на житлове приміщення. Це положення Закону, на наш погляд, має дискусійний характер і потребує додаткового обґрунтування, оскільки стаття 41 Конституції України чітко визначає, що кожен має право володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю; ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним [3]. Стаття 30 Конституції України наголошує, що не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду [3].

Фактично терміновий заборонний припис, винесений уповноваженим поліцейським, може позбавити можливості користуватися приватним житлом на строк до 10 діб, що прямо суперечить положенням Конституції України. На наш погляд, у цьому разі конституційне право на житло особи є порушеним. Уважаємо, що подібні вмотивовані рішення може приймати виключно суд, який наділений відповідним конституційним правом.

Суд, у свою чергу, уповноважений Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» [4] окремо виносити на підставі оцінювання ризиків обмежувальний припис стосовно кривдника строком від одного до шести місяців. Коло обмежень у цьому разі для кривдника є ширшим і розповсюджується не тільки на заборону перебувати й проживати в одному приміщенні з постраждалою особою, а й на заборону телефонних розмов, листування, наближення на визначену відстань, розшукування через третіх осіб тощо [4].

Ще одним аспектом є те, що кривдник, стосовно якого винесено терміновий заборонний припис, згідно з яким він повинен залишити місце спільного проживання (перебування) з постраждалою особою, зобов'язаний повідомити про місце свого тимчасового перебування уповноважений підрозділ органів Національної поліції України за місцем учинення домашнього насильства [4].

По-перше, законодавцем не встановлено, а виконавчими органами не вироблено механізму захисту прав аб'юзера в разі застосування термінового заборонного припису або обмежувального припису, адже зі змісту норм Закону не зрозуміло, де повинен перебувати аб'юзер у той термін, коли діють ці рішення (до 10 днів або від одного до шести місяців відповідно). У разі відсутності можливості перебування в іншому житловому приміщенні, життя та здоров'я аб'юзера можуть бути під загрозою.

На наш погляд, законодавством має бути покладено обов'язок забезпечення житлом таких осіб на органи місцевого самоврядування. Місцева влада кожного регіону повинна виробити програму, за якою діятиме в подібних випадках: створити відповідні центри, притулки, хостели тощо; організувати реєстрацію таких осіб для подальшого звітування про свою роботу; організувати механізм сплати за послуги перебування у створеному муніципальному житловому приміщенні; виробити правила перебування в такому приміщенні тощо. Плату за перебування у визначених житлових приміщеннях можна покласти на самих кривдників, а в разі неможливості сплатити такі послуги одразу розробити порядок відрахування її із заробітної плати кривдника або розробити порядок сплати наданих послуги в інший спосіб.

Окремо вважаємо за потрібне поінформувати, що, за даними МВС України, на обліку перебуває 81,9 тисяч кривдників [1]. Отже, вирішення питання їх проживання в разі застосування термінового заборонного або обмежувального приписів є нагальним, зважаючи на масштабність.

По-друге, законодавець не встановлює чіткого терміну, у який кривдник має повідомити органи Національної поліції про місце свого перебування в разі застосування термінового заборонного припису. Це положення відсутнє як у нормах КУпАП [2], так

і в нормах Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» [4].

Зазначена неврегульованість питання може призвести до уникнення адміністративної відповідальності кривдників за статтею 173-2 КУпАП. Щоб притягнути до адміністративної відповідальності аб'юзера за цією нормою, органи Національної поліції України мають дочекатися закінчення строку дії тимчасового заборонного припису або обмежувального припису. А це немалі строки.

Неврегульованість питання терміну повідомлення про місце свого перебування кривдником позбавляє можливості поліцейських вчасно застосувати заходи контролю та адміністративної відповідальності до аб'юзера. Тому, на наш погляд, ситуація потребує вирішення на законодавчому рівні шляхом чіткого встановлення терміну, у який кривдник повідомляє органи Національної поліції України про місце свого перебування, і спосіб такого повідомлення.

Вироблення зазначеної вище програми тимчасового муніципального житла для кривдників могло б вирішити цю проблему, оскільки можна отримати офіційне підтвердження про заселення кривдника в держану установу. Якщо кривдник буде перебувати в період дії тимчасового заборонного припису в друзів, родичів, приватному готелі тощо, пропонуємо отримати від нього письмове повідомлення про місце його перебування.

Строк повідомлення про тимчасове місце перебування, на нашу думку, має становити 24 години, оскільки, якщо в цей строк особа не повідомляє про місце свого перебування, можна зробити висновок, що їй немає де жити й вона потребує допомоги або особа застосовує всіх заходів для повернення у спільне з потерпілою особою житлове приміщення, що є об'єктивною стороною складу адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 173-2 КУпАП. Після сплину запропонованого нами терміну поліцейські зможуть застосувати контролюючі заходи до кривдника – здійснити його перевірку, встановлення місця перебування тощо.

Строк повідомлення кривдника про місце свого тимчасового перебування пропонуємо закріпити в нормах Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», адже норма КУпАП має банкетний характер.

По-третє, зі змісту Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» не є зрозумілим, чи припиняється дія термінового заборонного припису стосовно кривдника в разі оскарження аб'юзером цього припису до суду за аналогією положення Закону щодо такого припинення в разі застосування до кривдника судом адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту або обрання щодо нього запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою в кримінальному провадженні [4]. Зазначений нами момент потребує уточнення, оскільки, наприклад, процедура оскарження в провадженні у справах про адміністративні правопорушення припиняє строк накладення адміністративного стягнення, тощо. Щодо припинення дії термінового заборонного припису Закон додаткових роз'яснень не надає. Отже, можна зробити висновок, що дія припису не припиняється, відповідно, у разі незаконного його винесення особа позбавлена можливості перебувати у власному житлі на законних підставах. Відповідно, можна стверджувати про порушення права аб'юзера на оскарження рішень органів державної влади, яке варто більш чітко визначити в законодавстві.

Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, варто наголосити на тому, що аб'юзер у справах про домашнє насильство має дві категорії прав: права особи, яку притягають до адміністративної відповідальності, і конституційні права людини та громадянина. Ураховуючи особливості провадження у справах про адміністративні правопорушення, передбачені саме статтею 173-2 КУпАП, а саме повноваження поліцейського щодо застосування до кривдника термінового заборонного припису, уважаємо, що права аб'юзера дотримуються в законодавстві України не в повному обсязі. З метою дотримання права аб'юзера як людини та громадянина пропонуємо додатково дослідити й відкоригувати окремі положення Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» з урахуванням практики його застосування.

Список використаних джерел:

1. Поліція з початку року винесла 34 тисячі заборонних приписів щодо домашніх кривдників. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-society/3135249-policia-z-pocatku-roku-vinesla-34-tisaci-zaboronnih-pripisiv-sodo-domasnih-krivdnikiv.html (дата звернення: 15.12.2020).

2. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text (дата звернення: 15.12.2020).

3. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-

%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 15.12.2020).

4. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 7 грудня 2017 року № 2229-VIII / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19#Text (дата звернення: 15.12.2020).

5. Про затвердження Порядку винесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України термінового заборонного припису стосовно кривдника : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 1 серпня 2018 року № 654. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0965-18/#Text (дата звернення: 15.12.2020).

Serhii Rodin. Abuser's rights in proceeding on cases of domestic violence (administrative and legal aspect)

The purpose of this scientific article is to determine the rights of the abuser in proceedings in cases of domestic violence in the administrative and legal sphere.

To achieve this goal, the author implements the following tasks: to analyze the content of normative and legal acts and the practice of their application by courts in cases of administrative offenses, the responsibility for which is provided by Article 173-2 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses; to determine the set of rights of the offender in cases of administrative offenses; to analyze the procedural actions that judges and police officers have the right to apply to the offender in cases of domestic violence in the context of observance of the constitutional rights of citizens of Ukraine; to offer your own view on the situation of combating domestic violence, taking into account the conclusions drawn.

The author of the article concludes that the abuser in cases of domestic violence has two categories of rights: the rights of the person who is brought to administrative responsibility, and the constitutional rights of a person and a citizen. An analysis of constitutionally enshrined human rights suggests that they have a broader meaning than the rights of a party to administrative proceedings, and that the rights of a person prosecuted duplicate part of constitutional human rights (the right to legal aid, the right to express oneself in one's native language, the presumption of innocence, etc.).

The author draws attention to the observance by public authorities of the right of the abuser, such as the right to own, use and dispose of their property and the right to inviolability of the home. The author identifies three problematic aspects of the realization of these rights, which are associated with the application of such special measures to combat domestic violence, as an urgent injunction against the offender and a restrictive injunction against the offender: the absence of state programs for the placement of the offender for the period of validity of the instructions; uncertainty of the period within which the offender must notify the National Police of his whereabouts; Uncertainty of the procedure for termination of an urgent injunction against the offender in the event of his appeal by the abuser to the court.

Key words: abuser, rights, domestic violence, proceedings, order.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.27

Євгіне Чернякович,
аспірат докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ Й ЗАВДАННЯ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ МІНІСТЕРСТВА ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Розвиток кожної країни повністю залежить від потужного законодавства, тобто чітко встановлених норм, які регулюють суспільні відносини в кожній галузі розвитку держави. Система правоохоронної діяльності не є винятком і розвиток цієї системи залежить від установлених нормативно-правових актів, які дають можливість чітко виконувати посадові обов'язки правоохоронним органам. Унаслідок недосконалості законодавства виникають проблеми, що призводить до підвищення рівня злочинності й негативної оцінки професійної діяльності підрозділів Міністерства внутрішніх справ з боку суспільства. Тому Міністерство внутрішніх справ має якомога більше приділяти увагу нормотворчій діяльності. З огляду на те що результати нормотворчої діяльності органів Міністерства внутрішніх справ України набувають прояву у вигляді відомчих нормативно-правових актів, їх дослідження безперечно набуває актуальності. У статті досліджується поняття й завдання нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України. Науково розмежовується поняття «нормотворчість», «правотворчість» і «законотворчість». Розглядається поняття «відомча нормотворчість». Окреслюються основні завдання нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України. Запропоновано пропозиції щодо покращення нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України. Зроблено висновок, що нормотворча діяльність Міністерства внутрішніх справ України – це діяльність посадових осіб структурних підрозділів центрального апарату Міністерства внутрішніх справ України, яка спрямована на створення, унесення змін і доповнень до нормативно-правових актів, які спрямовані на врегулювання діяльності всіх підрозділів Міністерства внутрішніх справ України. Основними завданнями нормотворчої діяльності Міністерства внутрішніх справ України є: а) зменшення кількості нормативно-правових актів, які повторюються та переплітаються з чинними актами, що призводить до плутанини в службовій діяльності підрозділів Міністерства внутрішніх справ; б) обов'язковість створення єдиної експертної комісії, яка б вивчала й удосконалювала проект акта, а також аргументувала доцільність його прийняття; б) створення єдиної нормативно-правової бази, яка була б доступна лише для діючих підрозділів Міністерства внутрішніх справ України.

Ключові слова: нормотворчість, правотворчість і законотворчість, відомча нормотворчість, нормотворча діяльність Міністерства внутрішніх справ України, нормативно-правовий акт.

Постановка проблеми. Розвиток кожної країни повністю залежить від потужного законодавства, тобто чітко встановлених норм, які регулюють суспільні відносини в кожній галузі розвитку держави. Система правоохоронної діяльності не є винятком, розвиток цієї системи залежить від установлених нормативно-правових актів, які дають можливість чітко виконувати посадові обов'язки правоохоронним органам. Унаслідок недосконалості законодавства виникають проблеми, що призводить до підвищення рівня злочинності й негативної оцінки професійної діяльності підрозділів Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) з боку суспільства. Тому МВС має якомога більше приділяти увагу нормотворчій діяльності.

З огляду на те що результати нормотворчої діяльності органів МВС України набувають прояв у вигляді відомчих нормативно-правових актів, їх дослідження, безперечно, набуває актуальності. Варто констатувати, що до сьогодні в доктрині права проблема відомчої правотворчості не знайшла загальноприйнятого вирішення. Тому для врегулювання проблем, які постають перед МВС щодо нормотворчої діяльності, потрібно визначити чітке поняття нормотворчої діяльності й визначити чіткі завдання.

До проблем розвитку нормотворчої діяльності й сутності самого поняття нормотворчої діяльності зверталося багато науковців у дослідженнях, наприклад, такі як В. Вороніна, В. Жудецька, Т. Кашиніна, М. Костицький, Л. Котенко, О. Кузьменко,

© Є. Чернякович, 2021

Н. Левицька, А. Міцкевич, І. Мудрак, В. Риндюк, О. Скакун, І. Терлюк, Ю. Цвєткова, Л. Шаповалова, О. Шевчук та інші. Кожен із них зробив вагомий внесок у розуміння нормотворчої діяльності в загальній і нормотворчій діяльності МВС України в різні часи розвитку нашої держави.

Метою статті є аналіз на основі національних і зарубіжних джерел поняття й завдання нормотворчої діяльності МВС України.

Виклад основного матеріалу. Система нормотворчого управління органів внутрішніх справ України являє собою сукупність законів і підзаконних актів, які створюють правову базу для діяльності структурних підрозділів МВС України. До цієї системи входять Конституція України, Укази Президента України, Закони України та постанови Кабінету Міністрів України, міжнародно-правові акти, які мають стосунок до органів внутрішніх справ України, а також накази, рішення, інструкції, статути, що регулюють діяльність окремих підрозділів. Для розуміння нормотворчої діяльності органів державної влади, у тому числі й МВС України, потрібно визначити сутність нормотворчої діяльності.

У юридичній літературі сьогодні не існує єдиного, загальновизначеного серед науковців поняття «нормотворчість», тому науковці-правознавці неодноразово присвячують дослідження цьому питанню.

Аналізуючи наукові дослідження, можна сказати, що існує декілька варіантів поняття нормотворчої діяльності, наприклад, «правотворчість», «нормотворчість», «законотворчість» і «відомча правотворчість». Усі ці поняття вживаються як синоніми, але не всі думки вчених схиляються до цього. Тому, спираючись на попередні дослідження, варто розмежувати ці визначення й чітко визначити поняття нормотворчості.

На думку О. Дзюбенка, нормотворчість – це діяльність уповноважених керівників центральних органів виконавчої влади, які в межах своєї компетенції створюють відповідні відомчі підзаконні акти шляхом створення, зміни, доповнення, скасування правових норм, спрямованих на врегулювання тих суспільних відносин, які належать до сфери їх управління [2, с. 13]. Такої думки дотримується й О. Скакун, яка стверджує, що нормотворчість – офіційна діяльність уповноважених суб'єктів держави та громадянського суспільства зі встановлення, зміни, призупинення і скасування правових норм, їх систематизації [13].

Я. Ленгер указує, що процес нормотворчості є складним соціальним процесом, який поєднує дію нормативно-правових актів об'єктивної дійсності й суб'єктивну думку нормотворчого органу, тільки розроблення об'єктивно зумовлених нормативно-правових актів, які відображають суспільні потреби, може слугувати основою ефективного законодавства, основним показником якого є реальна дія норм права [5, с. 12].

Як бачимо, кожен із науковців має свою позицію щодо цього поняття нормотворчості, і ця позиція є різною. Одні стверджують, що нормотворчість – це діяльність уповноважених керівників установ, інші наголошують на тому, що це правова форма діяльності держави. Але деякі вчені вживають поняття не «нормотворчість», а «правотворчість» і стверджують про їх тотожність. Наприклад, С. Алексєєв, стверджує, що правотворчість – це заключний етап правотворення, на якому відбувається процес «творення права», тому нормотворчість охоплює всі види форми й способи формування права [1, с. 5]. О. Скакун уважає, що правотворчість – це правова форма діяльності держави за участю громадянського суспільства (у передбачених законом випадках), пов'язана з установленням (санкціонуванням), зміною, скасуванням юридичних норм. Правотворчість виражається у формуванні, систематизації, прийнятті й оприлюдненні нормативно-правових актів [12].

Власне, це одна з форм діяльності держави в особі компетентних органів, установ та організацій, які уповноважені (у передбачених законом випадках) готувати, видавати або вдосконалювати нормативно-правові акти. Варто додати, що правотворчість можуть здійснювати український народ (шляхом референдуму), місцеві громади (на зборах, сходах або через обрані ними органи). За допомогою такої діяльності правова система підтримується в активному стані, запроваджуються, змінюються чи скасовуються правові норми [7, с. 33].

Варто погодитися з думкою О. Рибалкіна, який зазначає, що «правотворчість» можна застосовувати як родове поняття, яке охоплює два різновиди створення норм права: законотворчість і нормотворчість. Законотворчість – це створення правових норм, що закріплюються в актах вищої юридичної сили (законах). Нормотворчість – це діяльність, спрямована на прийняття актів відповідно до законів [9, с. 185]. Оскільки Конституція України законодавчою діяльністю наділила Верховну Раду України, то, на нашу думку, поняття «законотворчість» належить саме цьому органу. Ми не погоджуємося з тотожністю понять «нормотворчість», «правотворчість» і «законотворчість». Наше дослі-

дження присвячене нормотворчій діяльності МВС України, тому ми не можемо говорити про «законотворчість» у цьому органі.

Як зазначає О. Безпалова, саме в результаті нормотворчої діяльності уповноважених суб'єктів відбувається надання юридичної форми певним правовим нормам, тобто вносяться зміни та доповнення до нормативно-правових актів відповідно до чинних законів. Особливу увагу варто звернути на те, що прийняті нормативно-правові акти в результаті нормотворчості [2, с. 134].

Складником нормотворчості є відомча нормотворчість. Аналізуючи наукові дослідження таких учених, як Ю. Дмитрієв, О. Мурашин, А. Піголкін, О. Скакун, можемо сказати, що відомча нормотворчість – сукупність підзаконних нормативних актів (указ, інструкція, нормативний наказ), що видаються в межах компетенції органу виконавчої влади (міністерства, відомства, комітету) та які містять вторинні (похідні) норми, що розкривають і конкретизують первинні норми, приймаються на їх підставі, спрямовані на їх виконання [11, с. 337]. Науковці наголошують, що відомчі нормативно-правові акти приймаються з метою деталізації законодавчих нормативно-правових актів у конкретній сфері та відповідному напрямі, якщо відсутнє правове регулювання суспільних відносин. Разом із тим багато учених стверджує про дублювання законодавчих норм виконавчими органами країни, що призводить до безсистемності нормативно-правової бази.

Отже, відомчою нормотворчістю в системі правоохоронних органів варто розуміти діяльність суб'єктів реалізації правоохоронної функції держави, яка спрямована на реалізацію законів України та вищих органів виконавчої влади через прийняття нормативно-правових актів, що деталізують і роз'яснюють механізм реалізації державної політики у сфері правоохоронної системи. Виходячи із цього, можемо стверджувати, що нормотворча діяльність МВС України – це конкретна форма діяльності, яка спрямована на управління суспільними відносинами через прийняття нормативно-правових актів, що деталізують закони України для зручності реалізації їх практичними підрозділами.

Маючи аналіз загального бачення «нормотворчості», можна розглянути нормотворчу діяльність МВС України. Відповідно до Наказу МВС України «Про затвердження Інструкції з організації нормотворчої діяльності в Міністерстві внутрішніх справ України» від 27.07.2012 № 649, нормотворча діяльність у МВС – це напрям діяльності структурних підрозділів апарату МВС, що здійснюється за встановленою законодавством процедурою з метою підготовки та прийняття нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання службової діяльності органів і підрозділів внутрішніх справ [8]. Таке ж визначення підтримує й О. Рибалкін у наукових дослідженнях.

Не можна не погодитися із цим визначенням, адже, на нашу думку, нормотворча діяльність МВС України – це діяльність посадових осіб структурних підрозділів центрального апарату МВС України, яка спрямована на створення, унесення змін і доповнень до нормативно-правових актів, що спрямовані на врегулювання діяльності всіх підрозділів МВС України. Результатом такої діяльності є створення нормативно-правових актів, які спрямовані на врегулювання відомчої діяльності підрозділів МВС і на тих суб'єктів, які підпадають під юрисдикцію МВС України. І саме від ефективності нормотворчої діяльності залежить виконання своїх обов'язків і завдань правоохоронними органами.

Для досягнення цілей, які поставлені перед нормотворчою діяльністю МВС України, потрібно визначитися із завданнями, що поставлені перед нормотворчою діяльністю.

Не можна не погодитися з В. Копєйчиковим, який, на нашу думку, чітко визначив призначення та завдання відомчих нормативно-правових актів, що полягають у:

– встановленні прав одного суб'єкта відповідно до обов'язків іншого;

– роз'ясненні, конкретизації змісту (значення) прав чи обов'язків, викладених у законі в загальних рисах;

– розширенні (звуженні) змісту права одного суб'єкта та звуженні (розширення) права іншого;

– введенні нових чи доповненні попередніх вимог до здійснення суб'єктом свого права;

– роз'ясненні, конкретизації змісту (значення) контрольної функції органу управління, який підвідомчий міністерству, комітетові, відомству [4, с. 164].

Отже, основним завданням нормотворчого діяльності МВС України є створення ефективних нормативно-правових актів, які б чітко врегульовували б усі напрями діяльності правоохоронних органів.

Відповідно до Наказу МВС України «Про затвердження Інструкції з організації нормотворчої діяльності в Міністерстві внутрішніх справ України» від 27.07.2012 № 649, нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий МВС України як суб'єктом нормотворення згідно

з визначеною законодавством процедурою та встановленою формою, спрямований на регулювання суспільних відносин, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування [8]. Управлінська діяльність у МВС здійснюється шляхом видання розпорядчих документів, вид яких визначається законодавством, нормативними актами МВС України та Інструкцією з нормотворчої діяльності.

Виходячи з вищезазначеного, можемо сказати, що основою в діяльності всієї системи МВС України є чітко розроблені нормативні акти, які спрямовують діяльність правоохоронців, що призведе до зменшення злочинності в державі.

Однак час від часу постає проблема невідповідності правових норм реаліям та умовам державно-правового сьогодення, що, у свою чергу, зумовлює постановку перед нормотворчою діяльністю в системі МВС завдання щодо вивчення проблем і розробки нових нормативних актів, які б відповідали сучасному розвитку держави.

Досліджуючи завдання нормотворчої діяльності МВС, ми стикнулися з проблемою відсутності єдиного структурованого комплексу при розробці нормативних актів. Недостатньо розроблені процедури підготовки та прийняття нормативно-правових актів МВС зумовлюють розмитість механізму контролю за нормотворчою діяльністю МВС, а також невідпрацьованість завершеного циклу систематизації актів, які регулюють діяльність системи МВС. Це погіршує якість виконання покладених на МВС завдань і може призвести до порушення вимоги законності при здійсненні нормотворчої діяльності МВС.

Не менш важливою проблемою сьогодення є численність підзаконних нормативно-правових актів МВС, які конкретизують і деталізують чинне законодавство України. Наслідком цього є дублювання окремих завдань управлінських структур, підпорядкованих МВС, нечіткість і неоднозначність норм, паралельна чинність застарілих і нових норм, суперечності між ними, розпорошеність у різних документах, на що звертають увагу працівники системи МВС. Якісні характеристики деяких нормативно-правових актів МВС України в умовах постійних соціальних змін потребують удосконалення, а також узгодження їх текстів.

Отже, перед нормотворчими підрозділами МВС постає завдання зведення до мінімуму кількості актів з одного питання, а також уведення й удосконалення спеціальних правових засобів, які забезпечували б виконання нормативно-правового акта (організаційні заходи, заходи заохочення та контролю тощо).

На нашу думку, обов'язковою умовою прийняття підзаконного нормативно-правового акта системи МВС України має бути правова експертиза, що перевіряє відповідність документа загалом і його окремих частин чинному законодавству, а також завданням, поставленим під час нормопроектування. Це дасть можливість мінімізувати кількість нормативних актів і покращити їх якісний склад.

Досить важливим є здійснення нормотворчої діяльності МВС на підставі законів України. Убачається, що ефективність правового регулювання суспільних відносин, охорону яких здійснює система МВС, діяльність самих правоохоронних органів залежить від повноти та якості прийнятих нормативно-правових актів, а також від високого ступеня їх систематизації, доступності для користувачів, створення умов для отримання відповідної юридичної кваліфікації.

Проаналізувавши дослідженні науковців, можемо зробити пропозиції щодо вдосконалення нормотворчої діяльності МВС України:

1. Необхідність кодифікації нормативно-правових актів МВС України, тобто створити систему кодифікованих нормативно-правових актів, які б мали послідовність і системність у прийняті.

2. Підвищити якість обліку нормативно-правових актів.

3. Ураховувати наукові дослідження та прислуховуватися до працівників-практиків, які реалізовують нормативно-правові акти на практиці у своїй діяльності.

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про поняття й завдання нормотворчої діяльності МВС України. На нашу думку, нормотворча діяльність МВС України – це діяльність посадових осіб структурних підрозділів центрального апарату МВС України, яка спрямована на створення, унесення змін і доповнень до нормативно-правових актів, що спрямовані на врегулювання діяльності всіх підрозділів МВС України.

Основними завданнями нормотворчої діяльності МВС України є:

1. Зменшення кількості нормативно-правових актів, які повторюються та переплітаються з чинними актами, що призводить до плутанини в службовій діяльності підрозділів МВС.

2. Обов'язковість створення єдиної експертної комісії, яка б вивчала та вдоскона-

лювала проект акта, а також аргументувала доцільність його прийняття.

3. Створення єдиної нормативно-правової бази, яка б була доступна лише для діючих підрозділів МВС України.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С.С. Проблемы теории и права : курс лекции. Свердловськ, 1971. 401 с.

2. Беспалова О.І. Роль відомчої нормотворчості в адміністративно-правовому забезпеченні реалізації правоохоронної функції держави/ *Національний вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2013. № 6-1. С. 133–137.

3. Дзюбенко Л.О. Теоретичний аспект відомчої нормотворчості. *Право і суспільство*. 2009. № 4. С. 12–16.

4. Копєйчиков В.В. Теорія держави та права : підручник. Київ, 2000. 510 с.

5. Ленгер Я.І. Реформування правової системи України як засіб підвищення її ефективності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 20 с.

6. Лепех Ю. Питання про співвідношення поняття «правотворчості» та «нормотворчості». 2016. С. 225–231 URL: http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/aug/5657/vnulpurn201685537.pdf.

7. Олуйко В.М. Парламентське право України: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 216 с.

8. Про затвердження Інструкції з організації нормотворчої діяльності МВС України : Наказ МВС України від 27.07.2012 № 649. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0649320-12.

9. Рибалкін А.О. Нормотворчість органів внутрішніх справ (аспекти загальної теорії) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Харків, 2005. 182 с.

10. Рибалкін А.О. Окремі питання нормотворчості органів внутрішніх справ: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2015. С. 101–107.

11. Скакун О.В. Теорія держави і права (енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.

12. Скакун О.Ф. Теорія держави та права : підручник. URL: http://politics.ellib.org.ua/pages-cat-51.html.

13. Скакун О.Ф. Теорія держави та права : підручник. URL: https://westudents.com.ua/knigi/467-teorya-prava-derjavi-skakun-of.html.

Yevhine Cherniakovych. The concept and tasks of regulatory activity of the Ministry of internal affairs of Ukraine

The development of each country depends entirely on strong legislation, ie clearly established rules governing public relations in each area of state development. The law enforcement system is no exception and the development of this system depends on established regulations, which allow law enforcement agencies to clearly perform their duties. Due to the imperfection of the legislation, problems arise, which leads to an increase in crime and a negative assessment of the professional activities of the Ministry of Internal Affairs by society. Therefore, the Ministry of Internal Affairs should pay as much attention as possible to rule-making activities. Given that the results of rule-making activities of the bodies of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine are manifested in the form of departmental regulations, their study is undoubtedly relevant. The article examines the concept and objectives of rule-making activities of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. The concepts of "rule-making", "law-making" and "law-making" are scientifically distinguished. The concept of "departmental rule-making" is considered. The main tasks of rule-making activity of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine are outlined. Proposals for improving the rule-making activities of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine are proposed. It is concluded that the rule-making activity of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine is the activity of officials of structural subdivisions of the central office of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, which is aimed at creating, amending and supplementing legal acts aimed at regulating all subdivisions of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. The main tasks of rule-making activity of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine are: a) reduction of the number of normative legal acts that are repeated and intertwined with current acts, which leads to confusion in the official activity of the Ministry of Internal Affairs; b) the obligation to create a single expert commission that would study and improve the draft act, as well as justify its adoption; b) creation of a single regulatory framework, which would be available only to existing units of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

Key words: rule-making, law-making and law-making, departmental rule-making, rule-making activity of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, normative-legal act.

УДК 342:351
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.28

Іван Бернацький,
аспірант кафедри фінансового права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВІ МЕТОДИ ПУБЛІЧНОЇ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ФІНАНСОВИХ УСТАНОВ

У роботі визначено актуальність розвитку системи правового регулювання фінансово-правових відносин, що виникають у результаті реалізації фінансовими установами функцій публічної фінансової діяльності. Встановлено, що метою роботи є оцінка сучасних векторів розвитку публічної фінансової діяльності фінансових установ України на основі методів реалізації фінансово-правових відносин та визначення потенціалу їх розвитку з урахуванням діджиталізації фінансових потоків.

Узагальнено методи публічної фінансової діяльності фінансових установ, що стосуються мобілізації публічних фінансових ресурсів; розподілу публічних фінансових ресурсів; використання публічних фінансових ресурсів. У статті виділено загальні та специфічні методи публічної фінансової діяльності фінансових установ.

Доведено, що в рамках звичайної публічної фінансової діяльності фінансових установ України можуть використовуватися як стандартні методи формування, розподілу та використання фінансових ресурсів, так і специфічні методи публічної фінансової діяльності фінансових установ, які враховують особливості фінансової діяльності у сфері банківської справи, страхування, лізингу, факторингу, форфейтингу, інших фінансових операцій, в тому числі із залученням фінансових установ на різних етапах руху публічних бюджетних ресурсів. Вказано, що залежно від напряму реалізації операцій стосовно публічних фінансових ресурсів фінансовими установами можуть використовуватися інструменти нормування, лімітування, оцінювання (кредитного ризику) тощо, що дозволить забезпечити оптимальну реалізацію політики управління активами та пасивами фінансової установи при досягненні балансу економічних інтересів між публічними та приватними учасниками держави загалом. Визначено потенціал та перспективи розвитку методів публічної фінансової діяльності фінансових установ на основі використання альтернативних способів формування та використання публічних фінансових ресурсів.

Ключові слова: метод, публічні фінанси, фінансова установа, фінансова діяльність, фінансовий потік, регулювання, криптовалюта, публічна фінансова діяльність, акумулювання, розподіл, використання, публічні фінансові ресурси, фінансування, бюджет, контроль.

Постановка проблеми. Актуальність роботи зумовлена тим, що в сучасних умовах досить динамічними темпами розвиваються підходи до регулювання публічної фінансової діяльності фінансових установ України, в тому числі на основі використання загальних та специфічних методів публічних фінансів.

Дослідження сутності, правового змісту та мети реалізації публічної фінансової діяльності фінансових установ вказує на актуальність визначення методів проведення таких операцій з урахуванням особливостей фінансової діяльності та специфіки публічних фінансових потоків.

Дану тематику досліджувала значна кількість вітчизняних та закордонних науковців, зокрема: Д. О. Білінський, І. М. Бондаренко, О. О. Головашевич, Л. А. Савченко, Н. Ю. Пришва, А. Селіванов, Н. Діденко, М.П. Кучерявенко, Д. О. Білінський, О. О. Дмитрик, О. П. Гетманець, М. А. Пожидаєва, П. Франкевич та інші.

Метою роботи є оцінка сучасних векторів розвитку публічної фінансової діяльності фінансових установ України на основі методів реалізації фінансово-правових відносин та визначення потенціалу їх розвитку з урахуванням діджиталізації фінансових потоків.

Виклад основного матеріалу. Методи публічної фінансової діяльності фінансових установ виділяють залежно від цілей та напрямів розвитку публічних фінансових потоків. Зокрема, на думку Д. О. Білінського, І. М. Бондаренко, О. О. Головашевич [1], реалізація публічної фінансової діяльності здійснюється відповідним суб'єктом з використанням інструментів, прийомів та принципів мобілізації, розподілу, перерозподілу та використання публічних фінансових пото-

© І. Бернацький, 2021

ків. Це, на нашу думку, може бути адаптовано і до фінансово-правових відносин фінансових установ у контексті їхньої публічної фінансової діяльності в Україні. Наведені науковці здійснюють ідентифікацію методів публічної фінансової діяльності залежно від окремих факторів – стадії публічної фінансової діяльності, форми фінансових активів, джерел їх формування, мети використання, а також їх співвідношення (між публічними доходами та публічними витратами).

Зокрема, науковці виділяють методи публічної фінансової діяльності фінансових установ, що стосуються:

– мобілізації публічних фінансових ресурсів;

– розподілу публічних фінансових ресурсів;

– використання публічних фінансових ресурсів [2-3].

Специфіка фінансового ринку та надання фінансових послуг передбачає поділ методів публічної фінансової діяльності фінансових установ на методи добровільної та обов'язкової мобілізації публічних фінансів, при цьому слід використовувати імператив податкового або бюджетного зобов'язання (платежу), що за правовою природою визначає умови та напрями мобілізації публічних фінансових ресурсів. Зокрема, для фінансових установ, на нашу думку, найбільш поширеними за цією класифікацією є методи саме добровільної акумуляції коштів, а, з огляду на фінансовий механізм функціонування фінансового ринку, фінансові установи є провідними інституціями на ринку акумулювання депозитів, учасниками ринку обігу державних цінних паперів, в тому числі боргових, зміни форм публічних фінансових ресурсів з використанням інструментарію лізингу, факторингу, форфейтингу тощо [4-5].

Стосовно методів розподілу публічних фінансових ресурсів у фінансово-правовій науці виділяють методи фінансування та кредитування. Фінансові установи за своєю економіко-правовою природою не мають змогу проводити фінансування на безповоротній основі публічних фінансових ресурсів, оскільки не входять у систему бюджетного процесу України, водночас стосовно методів кредитування саме фінансові установи України є провідними інституціями розподілу публічних фінансових ресурсів через інструментарій державного кредитування, в тому числі у сфері публічного регулювання даного процесу. Нині одну з провідних ролей в складі фінансових установ України відіграють банки, в тому числі і державні банки, тому їх можна розглядати як провідні державні інституції в рамках розподілу фінансових публічних потоків, у тому числі і за операціями кредитування та обслуговування державного місцевого боргу [6].

Механізм дотацій, субвенцій та субсидій за правовим регулюванням не входить до методів публічної фінансової діяльності фінансових установ України. У реалізації методів публічної фінансової діяльності фінансових установ України на всіх етапах руху публічних фінансових ресурсів актуальним є врахування економічних інтересів учасників процесу обігу ресурсів та дотримання фінансово-правових основ регулювання на національному фінансовому ринку.

Останнім етапом руху публічних фінансових ресурсів є їх використання, що може бути спрямовано на фінансування видатків або покриття зобов'язань окремих учасників бюджетного або податкового процесу. За цільовим спрямуванням методи використання публічних фінансових ресурсів фінансовими установами України можуть бути класифіковані на посуб'єктні та пооб'єктні, а за формою надходження публічних фінансових ресурсів – на готівкові та безготівкові (переважають у складі фінансової системи України стосовно опосередкування руху фінансових активів) [7].

Базовими інструментами реалізації публічної фінансової діяльності фінансових установ є депозити, облігації внутрішньої державної позики, поліси страхування, договори на фінансову діяльність, які використовуються в рамках першого етапу мобілізації публічних фінансових ресурсів [8].

Стосовно етапу розподілу публічних фінансових ресурсів фінансові установи вибирають найбільш зважений і збалансований варіант розподілу публічних коштів за рівнем дохідності, ризикованості, термінами та валютами залучення і розміщення [9].

У рамках останнього етапу руху публічних фінансових ресурсів – їх використання – фінансовими установами використовуються інструменти кредитування, в тому числі державного та місцевого кредитування, виплати страхових відшкодувань, роялті, процентів та видатків за фінансовими операціями, виплати суми та винагороди за облігаціями внутрішнього державного боргу [10-11].

Залежно від напряму реалізації операцій стосовно публічних фінансових ресурсів фінансовими установами можуть використовуватися інструменти нормування, лімітування, оцінювання (кредитного ризику) тощо, що дозволить забезпечити оптимальну реалізацію політики управління активами та пасивами фінансової установи при досягненні балансу економічних інтересів між

публічними та приватними учасниками держави загалом.

Висновки

Отже, наведені методи публічної фінансової діяльності фінансових установ класифіковані залежно від стадії руху публічних фінансових ресурсів і враховують специфіку участі фінансових установ у загальному русі економічних активів, при цьому, з огляду на сучасну трансформацію світового фінансового ринку, потенціалом розвитку національної фінансової системи є впровадження методів акумулювання, розподілу та використання фінансових активів альтернативного типу, тому в Україні актуальним є розгляд нормативно-правових актів, що регулюють процес емісії, продажу, обігу та погашення криптовалют. У перспективі це, на нашу думку, дозволить посилити гнучкість та фінансову стійкість фінансової системи України, в тому числі й у сфері публічної фінансової діяльності фінансових установ.

Список використаних джерел:

1. Фінансове право : посібник для підготовки до іспитів / Д. О. Білінський, І. М. Бондаренко, О. О. Головашевич та ін. Харків : Право, 2018. 212 с.

2. Савченко Л. А. Правові основи фінансового контролю: навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 504 с.

3. Пришва Н. Ю. Місце правового регулювання державних доходів в системі фінансового права. *Вісник Чернівецького університету*. 2003. Вип. 172. С. 75.

4. Соколова Э. Д. Правовое регулирование финансовой деятельности государства и муниципальных образований. Москва: ИД «Юриспруденция», 2009. 161 с.

5. Селіванов А., Діденко Н. Діалектика приватного і публічного в правовому регулюванні. *Право України*. 2001. № 11. С. 17.

6. Фінансове право : підручник / М. П. Кучерявенко, Д. О. Білінський, О. О. Дмитрик та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф. М. П. Кучерявенка. Харків : Право, 2013. 400 с.

7. Фінансове право України : навчальний посібник / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко Н. Ю. Пришва та ін. Київ : Прав. єдність, 2009. 485 с.

8. Фінансове право : підручник / Бандурка О. М., Гетманець О. П., Жорнокуй Ю. М. та ін.; за заг. ред. О. П. Гетманець. Харків, 2017. 392 с.

9. Гетманець О. П. Завдання науки фінансового права в умовах розвитку господарських відносин в Україні. *Форум права*. 2020. № 1 (60). С. 6-12.

10. Франкевич П. Адміністративно-правові засади функціонування фінансової системи в контексті глобалізації та європейської інтеграції: досвід Польщі та можливості його використання в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2019. 18 с.

11. Пожидаєва М. А. Фінансова система країни як предмет дослідження науки фінансового права: дискусійні питання. *Фінансове право у XXI сторіччі: здобутки та перспективи* : збірник наукових праць за матеріалами міжнародної наук.-практ. конф. (5–6 жовтня 2011 року). Ч. І. Київ: Алерта, 2011. С. 47–53.

Ivan Bernatskyi. Legal methods of public financial activity of financial institutions

The paper identifies the relevance of the development of the system of legal regulation of financial and legal relations arising from the implementation of financial institutions functions of public financial activities. It is established that the purpose of the work is to assess modern vectors of development of public financial activity of financial institutions of Ukraine on the basis of methods of realization of financial and legal relations and determination of potential of their development taking into account digitalization of financial flows.

The methods of public financial activity of financial institutions concerning mobilization of public financial resources are generalized; distribution of public financial resources; use of public financial resources. The article highlights general and specific methods of public financial activities of financial institutions.

It is proved that within the framework of ordinary public financial activity of financial institutions of Ukraine both standard methods of formation, distribution and use of financial resources and specific methods of public financial activity of financial institutions can be used, which take into account features of financial activity in banking, insurance, leasing, factoring, forfaiting, other financial transactions, including the engagement of financial institutions at different stages of the movement of public budget resources. It is indicated that depending on the direction of operations related to public financial resources, financial institutions can use the tools of rationing, limiting, assessment (credit risk), etc., which will ensure optimal implementation of asset and liability management policy of the financial institution while achieving a balance of economic interests between public and private participants in the state as a whole. The potential and prospects of development of methods of public financial activity of financial institutions on the basis of use of alternative ways of formation and use of public financial resources are defined.

Key words: method, public finance, financial institution, financial activity, financial flow, regulation, cryptocurrency, public financial activity, accumulation, distribution, use, public financial resources, financing, budget, control.

UDC 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.29

Veronika Horielova,
Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor at the Department of State Legal Sciences
"KROK" University

PROBLEMS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN MORAL AND LEGAL IN JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article is devoted to the study of issues related to the relationship between law and morality, in particular, the peculiarities of approaches to understanding morality in the decisions of the European Court of Human Rights. It is seen that the theoretical – legal understanding of the problem of combining moral and legal is possible only by studying the case law of the European Court of Human Rights, which, as we know, has not yet developed a single method of establishing compensation for non-pecuniary damage. However, in each decision there are certain approaches of the European Court of Human Rights to the understanding of moral harm, and hence to the very category of "morality". In addition, the European Convention on Human Rights, the purpose of which is to achieve justice, does not reveal the essence of the concept of "justice", which allows the European Court of Human Rights to decide this issue differently in each case. The consequence of the violation of justice is the compensation of moral damage, because the main feature of moral foundations is the ability to reduce the existing human suffering. The Court restores justice and affirms morality through monetary compensation, although it is not known that it is impossible to assess injustice or immorality. The article analyzes the decisions of the European Court of Human Rights and identifies a list of negative phenomena that the Court in any case considers immoral and unfair. It can be said that the goal of the European Convention on Human Rights is to achieve harmony of law and morality in every country. So, the category of "morality" in the content of the decisions of the European Court of Human Rights is identified with the category of "justice". Also, justice (morality) extends to compensation for any harm – and therefore the restoration of justice – is the assertion of morality. Thus, it is in the decisions of the European Court of Human Rights that the understanding of morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. Thus, it is in the decisions of the European Court of Human Rights that the approach to understanding morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. It is in the decisions of the European Court of Human Rights that the understanding of morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. Thus, it is in the decisions of the European Court of Human Rights that the approach to understanding morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. It is in the decisions of the European Court of Human Rights that the understanding of morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. Thus, it is in the decisions of the European Court of Human Rights that the approach to understanding morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people.

Key words: morality, moral principles, justice, court, law.

Formulation of the problem. With the development of philosophical and legal thought, issues affecting the relationship between morality and law acquire special significance. Theoretical and legal understanding of the problem of the relationship between moral and legal is possible by studying the case-law of the European Court of Human Rights, which, as we know, has not yet developed a single method for understanding and grading morality, and hence the purpose of compensation for moral damage. It turns out that compensation for moral suffering is spontaneous, and the amount of funds received by victims varies considerably.

Analysis of recent research and publications. Theoretical concepts of morality and law date back to antiquity and are reflected in the works of the great thinkers of the past: Plato, Aristotle, Cicero, and so on. Of particular importance are issues affecting the relationship between morality and law in the early nineteenth century and is associated with the name of Kant in German classical philosophy. Today, many scholars are interested in issues of law and morality, among them: V.S. Solovyov, Yu. M. Samolyuk.

Part of the general problem has not been solved previously. Scholars consider the prob-

© V. Horielova, 2021

lem of compensation for moral damage in all its branches of law, but the study of the content of morality, based on which the decisions of the European Court of Human Rights are made, does not pay attention, which is a significant gap.

Formulating the goals of the article. The purpose of the article is to examine the content of morality, which is taken into account when establishing compensation for non-pecuniary damage, based on the decisions of the European Court of Human Rights; provide conclusions and suggestions.

Presentation of the main research material. Theoretical and legal understanding of the problem of combining moral and legal is possible by studying the case-law of the European Court of Human Rights, which, as we know, has not yet developed a single method of awarding compensation (or as noted – compensation) for moral damage. However, in each decision, it is possible to allocate certain approaches of the European court concerning understanding of moral damage, and consequently the category "morality". Also, the European Convention on Human Rights does not disclose the concept of justice or its essence, which allows the European Court of Human Rights to decide this issue in each case, because the interpretation of the Convention rests with it (according to Article 32 of the Convention) [1].

I would like to note that the European Convention on Human Rights directly uses the term "morality" only in paragraph 1 of Art. 21: "judges must have high moral qualities" [1], but the essence of "moral" permeates the entire content of this document, for which it was created. Also, following by Art. 41 of the Convention "if the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto and if the domestic law of the High Contracting Party concerned provides for only partial compensation, the Court shall, if necessary, give just satisfaction to the injured party". In meaning, we can say that the term "justice" here actually identifies the category of "morality", the meaning of which is justice, because it is not fair and is immoral (not moral). If we agree with Plato – the main feature of the moral foundations is the ability to satisfy existing suffering. The Court restores justice and affirms morality through monetary compensation, although it is not known that it is impossible to assess injustice or immorality. Thus, it can be concluded that the Court itself assesses morality and sets a "price" for immorality. At the same time, the Court recognizes the category of "justice" as a criterion for assessing immorality.

Thus, the term "justice" is in the context of paragraph 6 of Rule 46 in relation to the subject-matter of the application and the general indication of just satisfaction under Article 41 of the Convention, on behalf of the party or parties who consider themselves victims; according to Rule 54A, paragraph 1, the parties are invited to add to their observations any arguments concerning just satisfaction and a proposal for an amicable settlement; Rule 60 sets out the requirements for fair satisfaction; Rule 75 contains requirements for a Decree on just satisfaction (amounts designated as fair satisfaction) [2]. This testifies to the value of the category of "justice" for the world community, because it is the observance of justice in the state ensures the harmony of public life. The category of "justice" is also an ideal world order [3, p. 4]; it is a perfect virtue – the greatest of all the other virtues, which identifies the category of "legality" [4, p. 32]; this is the idea of honesty (truth) [5, p. 14]; it is a demand for respect for human dignity and the identity of truth. The mechanism that regulates the struggle and combination of opposites, which restrains violence on the one hand and corruption on the other [6, p. 60, 96]; it is a projection of one's own interests [7, p. 11]; a system of cooperation of society in which citizens are free and equal [8, p. 24]; it is wisdom and virtue [9, p. 11]; etc. system of cooperation of society in which citizens are free and equal [8, p. 24]; it is wisdom and virtue [9, p. 11]; etc. system of cooperation of society in which citizens are free and equal [8, p. 24]; it is wisdom and virtue [9, p. 11]; etc.

It can be said that the purpose of the European Court of Human Rights is to adhere to Kant's postulate: do as you would like your actions to become a general law. It is also possible to add the following: the obligation to act in a certain way to certain actions and is a morally practical law [10, p. 56-57]. Indeed, the European Convention on Human Rights can be called a general, morally sound law – that is, dictated by the ideas of reason. Morality permeates the system of norms and principles that guide the Court when there is a need to reconcile the interests of the individual and society (state). The content of the Convention, based on which the Court administers justice, is aimed at regulating the behaviour of people following the concepts of good and evil, regardless of the religious, political and other beliefs of individuals, traditions or peculiarities of education. Taking into account the decisions of the Court in national law, domestic law is gradually harmonized with the interests of the entire European Community, moral contradictions between them are overcome,

and interpersonal communication is regulated. Thus, we can say that the goal of the European Convention on Human Rights is to achieve harmony of law and morality in every country. Here it is very accurate to mention Kant's interpretation of legal law: if the rules that apply only to external acts, will be required that they (laws) themselves were the determining grounds for actions, then these laws will be called moral [10, p. 61] that the European Convention on Human Rights aims to achieve harmony of law and morality in every country. Here it is very accurate to mention Kant's interpretation of legal law: if the rules that apply only to external acts, will be required that they (laws) themselves were the determining grounds for actions, then these laws will be called moral [10, p. 61]. that the European Convention on Human Rights aims to achieve harmony of law and morality in every country. Here it is very accurate to mention Kant's interpretation of legal law: if the rules that apply only to external acts, will be required that they (laws) themselves were the determining grounds for actions, then these laws will be called moral [10, p. 61].

A special point of justice is the following provision: "for the fate of those who do injustice to be more difficult than the fate of those who tolerate it, it is necessary that the whole world or those who govern it, protect justice and have sufficient power to do so" [6, with. 140]. We can say that in this case, we are talking about the European Court of Human Rights. Justice (morality) is revealed in the law, and thus a fair decision of the Court is a decision that is closest to the ideal, which provides for: independence of the judiciary, apolitical, international standards of justice, proper legal regulation and so on.

It is necessary to pay attention to the following fundamentally important point: today there is no single international doctrine of "public morality", from which it must be stated that, firstly, each state has its own trends in the development and understanding of morality, and secondly different approaches to compensation for non-pecuniary damage caused to a person in the decisions of the European Court of Human Rights itself. For example, in the judgment of the European Court of Human Rights, in the case "Raimondo v. Italy" of 24 January 1994 states that the Court cannot accept the claimed claims for non-pecuniary damage due to the lack of clarity, although the Court considers that the person did suffer and suffered discretionary compensation for that person [11]. Thus, if the Court finds that there has been non-pecuniary damage and that it must be reimbursed, then the Court assesses this damage based on the principle of fairness enshrined in Art. 41 of the European Convention, and taking into account the standards derived from its case law. When applying to the European Court of Human Rights for compensation for non-pecuniary damage, applicants may indicate the amount which they consider to be fair, and applicants have the right to leave the amount of compensation to the Court's discretion. The Court considers it fair that it may be held that, in respect of certain complaints, the finding of a violation of the Convention is in itself sufficient just satisfaction and there is no need to provide any pecuniary compensation. The court may also, for reasons of fairness, award damages in the amount less than the actual damage or costs actually incurred, or not award damages at all. This applies, for example, cases when, in the contested situation, the applicant is guilty of the amount of damage or costs incurred. In determining the amount of compensation, the Court may also take into account the relevant observations of the applicant as a victim of the violation of the party and the Contracting Party responsible for the public interest. Finally, in fairness, the Court usually takes into account local economic circumstances [12].

Thus, the analysis of the judgments of the European Court of Human Rights makes it possible to state that the Court finds in any case immoral and unjust:

– physical and moral suffering, cruelty,

–life frustration associated with the loss of faith injustice (for example, the cases of Lolaev vs Russia, "Yasa vs Turkey", "Cakici vs Turkey", "Avsar vs Turkey", "Svinarenko and Slyadnev vs Russia", etc.);

– frustration associated with a sense of long-term uncertainty (cases "Shchiborsch and Kuzmin vs Russia", "Lolaev vs Russia");

– feelings of anxiety and helplessness (for example, in the case of "Pelipenko vs the Russian Federation", "Pelipenko vs the Russian Federation", etc.);

– humiliation of human dignity (cases "Ashot Harutyunian vs Armenia", "Khodorkovskiy v. Russia", "Lutsenko vs Ukraine", "Basenko vs Ukraine", etc.);

– encroachment on the physical and spiritual integrity of the person (cases of Mesut Deniz vs Turkey, "Bati and Others vs Turkey", "Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin vs Ukraine", "Basenko vs Ukraine", Aleksandr Nikonenko vs Ukraine), (Afanasyev vs Ukraine);

– violation of legality and passivity of bodies and officials of state power (cases "Yuri Illarionovitch Shchokin vs Ukraine", "Trapeznikova vs Russia, Dudnyk vs Ukraine", "Koval and Others vs Ukraine");

– ignoring the rights of the victim of the crime (cases "Pirali Orujov vs Azerbaijan", "Fyodorov and Fyodorova vs Ukraine", "Kolegovy vs Russia");

–ill-treatment of people, non-compliance by courts with the principle of independence, impartiality, public control (cases "Nechiporuk and Yonkalo vs Ukraine", "Labita vs Italy", "Assenov and Others vs Bulgaria", etc.);

– discrimination on the grounds of sex (for example, the case of Zarb Adami vs Malta).

It should be noted that the issue of morality (just satisfaction) until 2000 concerned only the individual and the European Court of Human Rights clearly followed the approach according to which moral harm – dommage moral (French) – can be caused only to an individual. However, the case of "Komingersol SA" vs Portugal "marked a radical turn in the law enforcement practice of the European Court, becoming a landmark for the resolution of the issue of compensation for non-pecuniary damage to legal entities. In § 35 of the judgment, in this case, the Court noted that "Damage caused to an enterprise, in addition to the material component, may contain objective and subjective elements. Among these elements should be recognized damage to the reputation of the enterprise, but also uncertainty in the planning of decisions, violations in the management of the enterprise, the consequences of which cannot be accurately calculated, and finally, albeit to a lesser extent, the feelings of anxiety and discomfort experienced by members of the company's management. "In the operative part of the Resolution on the specified case, accepted unanimously, the neutral concept of damage (fr. Dommage) – "damage" – without specification is used. However, the corresponding clarification in the operative part of the Resolution was made by Judge K. Rozakis (joined by three other judges) in his concurring opinion. In his opinion (with which we agree) the emphasis should not be on the human factor, it was enough to take as a basis the concept of autonomous legal community (entité critique autonomy), covered by the Convention, without distinction between individuals and legal entities [13]. In that judgment, the Court demonstrated that there were cases in which one law is not enough for a fair decision, and then moral views can serve as an appendix to the law.

Thus, it is in the decisions of the European Court of Human Rights that the understanding of morality, its high values is revealed and there is a constant approach to the ideal coexistence of people. After all, where law is affirmed by morality, it acquires not only regulatory significance, but also the highest trust. In the rulings of the European Court of Human Rights, we note that morality and law are born of one system of social relations based on goodness, justice and reason. From the texts of the decisions, it can be seen that in friendly countries many problems have historical, political, economic roots.

Conclusions

The moral norms of the European Convention on Human Rights play an important role in the process of law enforcement activities in resolving specific cases by the European Court of Human Rights. The category of "morality" in the content of the decisions of the European Court of Human Rights is identified with the category of "justice". Also, justice (morality) extends to compensation for any harm – whence the restoration of justice – is the assertion of morality.

The above allows us to conclude that the requirements of morality become legally significant only when they are specified by an indication of the obligation to comply with them in legal norms. Therefore, justice can be defined as a moral and legal category, which is a logical assessment of social relations by the criteria that are generally accepted norms of behaviour or fixed in the generally binding regulatory system – the law.

References:

1. European Convention on Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

2. Регламент суду : міжнародний документ від 4 листопада 1998 р. / Міжнародні суди, Рада Європи, Європейський суд з прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_067

3. Kahn C.H. The Art and Thought of Heraclitus: An Edition of the Fragments with Translation and Commentary. Cambridge : Cambridge University Press, 1981. 354 p.

4. Aristotle. The Nicomachean Ethics. Oxford : Oxford University Press, 336 p.

5. Ролз Дж. Теория справедливости / пер. с англ. под науч. ред. В.В. Целищева. Новосибирск : Изд-во Новосибирского университета, 1995. 534 с.

6. Скрипник А.П. Моральное зло в истории этики и культуры. Москва : Политиздат, 1992. 351 с.

7. Козловський А.А. Справедливість як гносеологічний принцип права. Ерліхівський збірник. Вип. 3. Чернівці : ЧНУ, 2003. С. 11–17.

8. Rawls J. A theory of justice. Cambridge, 1971. 562 p. URL: http://www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM_PORTALE_CRC/servlet/Docs?dir=docs_biblio&file=BiblioContenuto_3641.pdf.

9. Платон. Держава / пер. з давньогр. Д.В. Коваль. Київ : Основи, 2000. 353 с.

10. Kant I. Kritik der praktischen Vernunft. Herausgeber : Anaconda Verlag, 2011. 208 S.

11. Case of "Raimondo v. Italy". URL: https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebe1a.

12. Requirements for fair satisfaction. Practical recommendation issued by the President of the European Court of Human Rights on 28 March 2007 by Rule 32 of the Rules of Court. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_UKR.pdf.

13. The case of Komingersol SA against Portugal. URL: http://www.rrpoi.narod.ru/echr/translation/translation/komingersoll.htm.

Вероніка Горєлова. Проблематика співвідношення морального та правового в рішеннях Європейського суду з прав людини

Стаття присвячена дослідженню питань, які стосуються проблем співвідношення права і моралі, зокрема особливостей у підходах до розуміння моралі в рішеннях Європейського Суду з прав людини. Вбачається, що теоретико-правове осмислення проблеми поєднання морального та правового можливе лише шляхом дослідження практики Європейського суду з прав людини, в якій, як відомо, досі не вироблено єдиного методу встановлення компенсації моральної шкоди особі. Втім, у кожному рішенні можна виділити певні підходи Європейського суду з прав людини до розуміння моральної шкоди, а отже, і до самої категорії «мораль». До того ж Європейська конвенція з прав людини, метою створення якої є досягнення справедливості, не розкриває суті поняття «справедливість», що дозволяє Європейському Суду з прав людини в кожному окремому випадку самому вирішувати це питання по-різному. Наслідком порушення ж справедливості є відшкодування моральної шкоди, адже головною ознакою моральних підвалин є здатність вчинками зменшувати наявні страждання людини. Поновлює справедливість та стверджує моральність Суд шляхом грошової компенсації, хоча, як відомо, оцінити несправедливість чи аморальність вчинків неможливо. У статті проведено аналіз рішень Європейського суду з прав людини та виявлено перелік негативних явищ, які Судом у будь-якому разі визнаються аморальними та не справедливими. Можна сказати, що мета Європейської конвенції з прав людини – досягти в кожній країні гармонії права й моралі. Таким чином, категорія «моральність» у змісті рішень Європейського суду з прав людини ототожнюється з категорією «справедливість». До того ж справедливість (моральність) поширюється на відшкодування будь-якої шкоди – і отже, поновлення справедливості – це утвердження моралі. Таким чином, саме в рішеннях Європейського суду з прав людини розкривається розуміння моралі, її високих цінностей та відбувається постійне наближення до ідеального співіснування людей.

Ключові слова: мораль, моральні принципи, справедливість, суд, право.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.30

Богдана Довгань,
студентка юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

Тетяна Міхайліна,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ЦИФРОВІ ПРАВА ЛЮДИНИ ЧЕТВЕРТОГО ПОКОЛІННЯ КРІЗЬ ПРИЗМУ ТРАНСГУМАНІЗМУ

У статті досліджено сутність та особливості еволюції цифрових прав як складників четвертого покоління прав людини, їхній зв'язок з концепцією штучного інтелекту, роботизацією суспільства, трансгуманістичним вченням, яке передбачає появу постлюдини (надрозуму), та проаналізовано наслідки появи та розвитку такого явища для права загалом.

Охарактеризовано природу трансгуманізму, в основі якого лежить ідея злиття людського та штучного інтелекту, що може зумовити появу нового виду правових відносин, що виникають між людиною і постлюдиною та між постлюдьми.

Визначено витоки, поняття штучного інтелекту, а також його когнітивні функції, еквівалентні людським (сприйняття, розпізнавання та класифікація будь-яких сигналів навколишнього світу, наявність пам'яті без прогалин; обробка значних обсягів інформації тощо).

Обґрунтовано доцільність наділення штучного інтелекту правосуб'єктністю шляхом наведення прикладу робота Софії, розробленого гонконгською компанією Hanson Robotics, що вміє адаптуватися до поведінки людей і саморозвиватися та отримав громадянство Саудівської Аравії.

Зазначено, що правосуб'єктність робота, наділеного штучним інтелектом, передбачає регламентацію його правового статусу, переліку прав та обов'язків, обсягу відшкодування збитків за завдану матеріальну шкоду тощо. Розглянуто можливість набуття роботами правосуб'єктності за аналогією з фізичною та юридичною особами. Проаналізовано, що останній варіант є більш доцільним, оскільки в такому разі є можливість наділення електронної особи власним майном, офіційна реєстрація нового суб'єкта та несення майнової відповідальності власником.

Порушено питання перспективи появи нової сфери юстиції, а також необхідності розвитку галузі IT-права, належна правова база якого є найбільш важливим елементом подальшої технологізації суспільства.

Зроблено висновок, що лише своєчасне законодавче регулювання відносин, що виникають у зв'язку з появою та розвитком цифрових прав, є запорукою досягнення консенсусу між людиною та штучним інтелектом у майбутньому, адже, якщо дозволити новим технологічним дивам еволюціонувати стихійно, це може призвести до негативних незворотних суспільних процесів.

Ключові слова: штучний інтелект, робот, трансгуманізм, правосуб'єктність, правовий статус, цифрова юстиція, IT-право.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток науки, інформаційно-технічна революція кінця XX – початку XXI століття призвели до появи четвертого, нового покоління прав людини, до якого відносять зміну статі, трансплантацію органів, клонування, одностатеві шлюби, штучне запліднення, евтаназію, вільну від дитини сім'ю та незалежне від державного втручання життя за релігійними, моральними поглядами, а також право на віртуальну реальність та доступ до Інтернету [1, с. 40]. Особливо бурхливо у наукових колах обговорюються останні з перерахованих, так звані інформаційні права, які визначають як сукупність прав, тісно пов'язаних з розвитком інформаційно-комунікаційних технологій, глобального інформаційного простору та формуванням інформаційного суспільства [2, с. 156].

Ні для кого не секрет, що темпи розвитку інформаційних технологій, цифрового простору є настільки швидкими, що люди просто не встигають опановувати всі новації. Сьогодні звичними явищами є можливість

© Б. Довгань, Т. Міхайліна, 2021

доступу до мережі Інтернет, перенесення у віртуальний простір, особливо для любителів комп'ютерних ігор, а машини-роботи присутні майже у всіх сферах життя. Відповідно, змінюється свідомість людини, що призводить до появи нового кола суспільних відносин, а це вимагає модернізації класичних правових орієнтирів. Однак, якою мірою нові процеси вплинуть на право, досі залишається невідомо. Для того, щоб відповісти на це питання, необхідно дослідити, які тенденції розвитку властиві ІТ-сфері сьогодні та яким є їхній безпосередній зв'язок з правом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемі визначення сутності прав четвертого покоління та інформаційних прав присвятили свої наукові роботи О.О. Барабаш, С.Б. Булеца, Ю.А. Дмитрієва, О.М. Калітенко, М.В. Коваль, О.Г. Кушніренко, Н.Б. Мушак, С.В. Насимова, Д.М. Шебаніц та ін. Дослідженням природи трансгуманізму, штучного інтелекту, роботизації суспільства займалися Ю. Мартинюк, О. Радутний, Н. Терлецька, Л. Улашкевич та ін. Однак досі питання визначення ролі інформаційних прав четвертого покоління у формуванні перспектив розвитку людства, з'ясування наслідків технологічного прогресу для правової реальності не було порушено.

Метою наукової статті є аналіз особливостей змісту та розвитку цифрових прав, пов'язаних із трансгуманізмом, штучним інтелектом, роботизацією, для визначення можливих шляхів їх правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Темпи суспільного розвитку демонструють, що перелік інформаційних прав, а отже, і прав четвертого покоління буде розширюватися (у перспективі п'яте, шосте покоління прав людини і т. д.). З кожним днем комп'ютери та інші технічні прилади все більше удосконалюються, поряд із цим активно прогресує штучний інтелект, який нині застосовується в різних сферах – від побутової техніки до управління атомними станціями [3, с. 8].

Однак технологічні дива XXI століття не лише мають низку позитивних властивостей, а й породжують цілий ряд проблем. О. Терешкун говорить, що той, хто хоч раз замислювався над проблемами майбутнього людської природи, наслідками генних маніпуляцій, розуміє, які ризики несе неконтрольованість науки і техніки [4, с. 129]. Тому першочергове й головне завдання сьогодні – зрозуміти, яким чином регулювати відносини, що породжуються результатами технічної революції, і чи взагалі модерні винаходи сумісні з усталеною системою права.

Так, уже сьогодні учені задумуються над винайденням форм фізичного безсмертя, яке можливо досягнути завдяки удосконаленню штучного інтелекту. Власне, ці ідеї лягли в концепцію ***трансгуманізму*** – раціонального, заснованого на осмисленні досягнень і перспектив науки світогляду, який визнає можливість і бажаність фундаментальних змін в біологічному положенні людини за допомогою передових технологій з метою ліквідувати страждання, старіння, смерть, і, як результат, передбачається поява нової біологічної форми – постлюдини (розумної істоти, модифікованої до вищого ступеня) та надрозуму, що якісно перевершує людський мозок [3, с. 8]. Фактично, йдеться про злиття людини зі штучним інтелектом. Деякі науковці вважають, що така концепція може бути реалізована вже до 2045 р. [5, с. 61]. А отже, йдеться про появу нового виду правових відносин, що виникають між людиною і постлюдиною та між постлюдьми (залежно від ступеня та етапу реалізації даної концепції). Відповідно, уже сьогодні на законодавчому рівні має розглядатися питання про те, яким чином модерні відносини мають бути врегульовані.

Однак для того, щоб зрозуміти, як це взагалі можливо, необхідно з'ясувати витоки штучного інтелекту. Перші дослідження та заходи, присвячені цьому явищу, розпочалися ще у 1970-1980-х рр. Особливо можна відзначити дисертацію американської дослідниці Енн Гарднер «*Підхід штучного інтелекту до юридичного обґрунтування*», захищену в 1984 р. у Стенфордському університеті, у якій проаналізовано закономірності штучного інтелекту та правового мислення [6, с. 90]. У 1987 р. відбулася перша Міжнародна конференція, присвячена штучному інтелекту та праву, у 1991 р. було створено Міжнародну асоціацію штучного інтелекту та права, а у 1992 р. вона розпочала публікувати журнал «Штучний інтелект та право» [7, с. 52].

Щодо визначення даного поняття, то найбільш точне, на думку О.А. Баранова, дає оксфордський словник: це теорія і розробка комп'ютерних систем, здатних виконувати завдання, які зазвичай вимагають людського інтелекту, таких як візуальне сприйняття, розпізнавання мови, прийняття рішень і переклад між мовами [8, с. 20]. Також штучний інтелект визначають як певну сукупність програмних і апаратних методів, способів і засобів (комп'ютерних програм), які реалізують одну або кілька когнітивних функцій, еквівалентних людським, а подекуди досконаліших [8, с. 23]. О.Е. Радутний стверджує, що це передусім: сприйняття, розпізнавання

та класифікація будь-яких сигналів оточуючого світу (в тому числі тих, які не сприймає людина), наявність пам'яті без прогалин; обробка значних обсягів інформації; генерування нових знань; неупередженість та об'єктивність; самонавчання, саморозвиток, самоперебудова, самовдосконалення (до нескінченності); прискорена швидкість прийняття рішення (секунди та мілісекунди) та інше [9, с. 80-81].

З цього випливає, що штучний інтелект є новою своєрідною формою життя, а це вимагає її нормативного визнання як суб'єкта правовідносин, що веде за собою необхідність визначення правосуб'єктності: регламентацію правового статусу, перелік прав та обов'язків, обсяг відшкодування збитків за завдану матеріальну шкоду тощо.

Сьогодні найбільш поширеною є думка, що правосуб'єктність постлюдині має надаватися за аналогією з фізичною особою, адже, як зазначає О.А. Баранов, якщо когнітивні функції штучного інтелекту еквівалентні когнітивним функціям фізичної особи, то він є правовим еквівалентом фізичної особи [10, с. 10]. Однак якщо концепція створення надрозуму перебуває на стадії розробки, то роботизація вже зараз активно спостерігається у всіх сферах життя. Особливо це явище характерне для таких високотехнологічних країн, як Японія, Китай [11, с. 99]. Так, робот на ім'я Michihito Matsuda під керуванням штучного інтелекту вже балотувався на посаду мера окремого району Токіо [9, с. 91]. Це підтверджує, що для роботів, наділених штучним інтелектом, уже цілком характерна правова поведінка учасників правовідносин. Однак необхідно з'ясувати, чи таке явище дійсно вже є правовою реальністю чи лише її симуляцією.

Відповісти на це питання можна, проаналізувавши такий приклад. Унікальним є прецедент надання 25 жовтня 2017 р. на саміті «Інвестиційна ініціатива майбутнього» у м. Ер-Ріяд (Саудівська Аравія) громадянства андроїду. Ідеться про робота Софію, розробленого гонконгською компанією Hanson Robotics, що вміє адаптуватися до поведінки людей та саморозвиватися (програмне забезпечення його штучного інтелекту аналізує проведені розмови і на основі нових даних покращує відповіді в майбутньому). Цей випадок призвів до того, що на міжнародному рівні виникла потреба визнання штучного інтелекту як дестинатора міжнародного права, що не бере участі у правотворчому процесі міжнародних норм, але користується правами та несе відповідальність за невиконання своїх зобов'язань [12, с. 62-63]. Отже, участь штучного інтелекту в правових відносинах – це реальність, тому його юридична визначеність є необхідним завданням законодавця, а не примхою сучасного суспільства.

Такі переломи в традиційних поглядах людства на природу інтелекту примушують задуматися про те, що надалі роботи можуть існувати на рівні з людиною, а отже, мають бути встановлені чіткі правила, які здатні зробити таке співіснування безпечним (якщо в цьому контексті взагалі доцільно говорити про безпеку).

Загалом, сьогодні статус роботів регулюється лише певними етичними нормами. Так, Айзек Азімов у 1942 р. в оповіданні «Хоровод» вперше точно сформулював три головних закони робототехніки: 1. Робот не може спричинити шкоди людині або своєю бездіяльністю припустити завдання шкоди людині; 2. Робот має коритися командам людини, якщо вони не суперечать першому закону; 3. Робот повинен піклуватися про свою безпеку, але тільки до тих пір, поки це не суперечить першому і другому законам. Існує ще нульове, і, напевно, найголовніше, правило: робот не повинен спричинити шкоди людству або своєю бездіяльністю допустити, щоб людству була спричинена шкода. Це підштовхнуло Всесвітню комісію ЮНЕСКО з етики наукових знань та технологій (КОМЕСТ) в 2016 р. опублікувати «Попередній проект доповіді КОМЕСТ з етики робототехніки», у якому говориться про можливість вбудовувати роботам систему етичних норм шляхом програмування за допомогою етичних кодів, спеціально розроблених для попередження небезпечної поведінки [11, с. 100].

Щодо правового аспекту, то варто згадати ініціативу Європейського парламенту щодо розгляду проекту резолюції про правовий статус роботів як «електронної особи», яка має свої специфічні права та обов'язки і не може розглядатися просто інструментом у руках їх власників чи користувачів [3, с. 9], однак офіційного визнання така ідея досі не отримала.

Слід додати, що якщо правосуб'єктність постлюдини можна визначати за аналогією з фізичною особою, враховуючи наявність когнітивних функцій, еквівалентних людським, то такий підхід не можна застосовувати до роботів як можливих суб'єктів права, адже існує питання щодо обсягу їхньої відповідальності у разі скоєння правопорушення.

Найбільш аргументованою є ідея надання роботу статусу за аналогією зі статусом юридичної особи. З цього випливає можливість наділення його власним майном, офіційна реєстрація нового суб'єкта та несення

майнової відповідальності власником (за умови, що шкода, завдана роботом, спричинена помилкою в програмному забезпечені) [13, с. 190-191]. Однак якщо в перспективі робот, наділений штучним інтелектом, буде здатний активно самовдосконалюватися, навчатися, аналізувати отриману інформацію, то він почне діяти, виходячи з власних «міркувань». А в такому випадку відповідальність він має нести самостійно [14, с. 88-89].

Також варто зазначити, що перспектива широкого впровадження в життя штучного інтелекту може призвести до появи нової сфери юстиції. Крім традиційної, можна буде говорити про появу двох нових видів: умовно в наукових колах їх називають «змішана юстиція» (вирішення правових спорів між фізичними, юридичними особами, суспільством та роботами) та «юстиція штучного інтелекту» (вирішення правових спорів між фізичними, юридичними особами, суспільством та роботами). Створення нових правових постулатів є необхідною умовою забезпечення людству можливості контролювати розвиток суспільних процесів [15, с. 96-97].

Крім того, доцільно говорити про місце права штучного інтелекту в галузі ІТ-права. На жаль, сьогодні вона формується доктринальним підходом до права інформаційних технологій, а не юридичним, як самостійне явище, що й породжує прогалини, спричинені невідповідністю правового і суспільного розвитку [16, с. 180].

Загалом предметом ІТ-права виступають відносини у цифровому середовищі (відносини з приводу створення, зберігання, передачі та захисту інформації в електронному вигляді). Його приматом є приватне право, бо саме методологія приватного права відповідає духу галузі, що регулюється [16, с. 184].

ІТ-право сьогодення охоплює питання інформаційної безпеки, електронних послуг та електронної комерції, електронного урядування і можливостей управління Інтернетом, питання кіберпростору та кібербезпеки, захисту персональних даних тощо [16, с. 182]. Однак ІТ-право майбутнього регулюватиме відносини, пов'язані не з інформаційним суспільством, а з інформаціональним (узагальнена назва суспільства з новими умовами розвитку інформаційних технологій, завдяки яким генерування, обробка і передача інформації перетворилися на фундаментальне джерело продуктивності та влади та постійно проводяться паралелі з глобальним суспільством, основою якого стала глобальна взаємопов'язана мережа Інтернет) [16, с. 181].

Саме робота над формуванням інформаціонального суспільства є головним завданням законодавця в питанні досягнення балансу між правовою системою та технічними процесами.

Висновки

Таким чином, для того щоб подальший прогрес технологізації та роботизації суспільства не став пагубним для людства, щоб бути готовим до нових викликів часу, потрібно вже зараз на законодавчому рівні регламентувати правовий статус нових суб'єктів з визначенням обсягу їхньої правосуб'єктності. Для роботів доцільно говорити, що це може відбуватися за аналогією зі статусом юридичної особи. Що стосується постлюдини, то це еквівалентність правосуб'єктності фізичної та електронної особи.

Також можлива поява нової юстиції, що має встановити модерні приписи регулювання правовідносин між суб'єктами права, що існують сьогодні, та роботизованим механізмом, наділеним штучним інтелектом.

Крім того, варто наголосити, що законодавцеві слід приділити окрему увагу регулюванню галузі ІТ-права (саме ця сфера є найбільш важливою в питанні регламентації прав, пов'язаних з технологізацією суспільства).

Отже, сьогодні завдання людства – забезпечити наступним поколінням гідне гуманне життя, не дозволити перетворити технічний вибух на незворотні процеси у суспільстві, які можуть як породити якісно новий етап еволюції, так і повернути людство до доеволюційного періоду, саме правовим шляхом. Для цього необхідно на законодавчому рівні почати врегульовувати висвітлені вище питання, адже лише таким чином можливо досягнути консенсусу між людиною та штучним інтелектом у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Поліщук А.А., Гуденко Д.О. Четверте покоління прав людини: реалії та перспективи для України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 3. С. 39-43.

2. Вакарюк Л. Основні підходи до розуміння поняття «інформаційні права людини». *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 2. С. 155-159.

3. Улашкевич Л.А. Майбутнє прав людини через призму трансгуманізму. *Філософські науки*. 2018. № 10 (62). С. 7-10.

4. Коваль М.В. До питання про визначення сутності і поняття четвертого покоління прав людини. *Збірник матеріалів «Всеукраїнських правових наукових читань»*. Вінниця: ТОВ «Ніланд-ЛТД». 2017. С. 126-131.

5. Терлецька Н. Людина в метаантропології та трансгуманізмі й смисл людського буття. *ГРАНІ*. 2020. Том 23. № 1–2. С. 59-65.

6. Review of An AI Approach to Legal Reasoning. *AI Magazine*. 1988. Вип. 9. С. 90-91.

URL: file:///C:/Users/User/Downloads/947-Article%20Text-944-1-10-20080129.pdf. (дата звернення: 07.12.2020).

7. Городиський І.М. Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: збірн. матер. ІІ-ї Міжн. наук.-практ. конфер. (17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 51-57.

8. Баранов О.А. Інтернет речей і штучний інтелект: витоки проблеми правового регулювання. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: збірн. матер. ІІ-ї Міжн. наук.-практ. конф. (17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 18-42.

9. Радутний О.Е. Мораль і право для штучного інтелекту та цифрової людини: закони робототехніки та «проблема вагонетки». *Інформація і право*. 2019. № 3(30). С. 78-95.

10. Баранов О. А. Ідентифікація робота з штучним інтелектом як суб'єкта права. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження* : матер. ІІ-ї наук.-практ. конф. (29 лист. 2018 р.). Київ: КПІ ім. Ігоря Сікорського, 2018. С. 8-12.

11. Каткова Т.Г. Закони про роботів: сучасний стан та перспективи розвитку. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: збірн. матер. ІІ-ї Міжн. наук.-практ. конф. (17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 99-103.

12. Кошелєва К.О. Проблема надання правосуб'єктності штучному інтелекту. *Юридичний бюлетень*. 2019. Вип. 11. Ч. 1. С. 60-66.

13. Некіт К.Г. Щодо можливості самостійної майнової відповідальності роботів (штучного інтелекту). *Модернізація цивільно-правової відповідальності* : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (18 жовт. 2019 р.). Київ, 2019. С. 189-193.

14. Колодін Д.О., Байталюк Д.Р. Щодо питання цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану роботизованими механізмами зі штучним інтелектом (роботами). *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 33. С. 87-91.

15. Карчевський М.В. Основні проблеми правового регулювання соціалізації штучного інтелекту. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні* : збірн. матер. ІІ-ї Міжн. наук.-практ. конф. (17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 93-98.

16. Сімсон О.Е. ІТ-право V. Інформаційного права: на зламі епох. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні* : збірн. матер. ІІ-ї Міжн. наук.-практ. конф. (17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 180-186.

Bohdana Dovhan, Tetiana Mikhailina. Fourth-generation digital human rights through the prism of transhumanism

The article examines the essence and features of the evolution of digital rights as components of the fourth generation of human rights, their connection with the concept of artificial intelligence, robotics of society, transhumanist teaching, which provides for the appearance of a post-human (superintelligence), and analyzes the consequences of the appearance and development of such a phenomenon for law as a whole.

The article describes the nature of transhumanism, which is based on the idea of merging human and artificial intelligence, which can lead to the emergence of a new type of legal relations that arise between a person and a post-person and between post-people.

The origins of the concept of artificial intelligence, as well as its cognitive functions equivalent to human ones (perception, recognition and classification of any signals of the surrounding world, the presence of memory without gaps; processing significant amounts of information, etc.) are determined.

The expediency of giving artificial intelligence legal personality is justified by giving the example of the Sofia robot developed by the Hong Kong company Hanson Robotics, which is able to adapt to human behavior and develop itself and has received Saudi citizenship.

It is indicated that the legal personality of a robot endowed with artificial intelligence provides for the regulation of its legal status, the list of rights and obligations, the amount of compensation for losses for material damage caused, and so on. The possibility of robots acquiring legal personality by analogy with individuals and legal entities is considered. It is analyzed that the latter option is more appropriate, since in this case it is possible to endow an electronic person with their own property, officially register a new entity and bear property liability by the owner.

The issue of the prospects for the emergence of a new sphere of justice, as well as the need to develop the field of IT law, the proper legal framework of which is the most important element of further technologization of society, is raised.

It is concluded that only timely legislative regulation of relations arising in connection with the emergence and development of digital rights is the key to achieving consensus between humans and artificial intelligence in the future, because if you allow new technological wonders to evolve spontaneously, this can lead to negative irreversible social processes.

Key words: artificial intelligence, robot, transhumanism, legal personality, legal status, digital justice, IT law.

УДК 340.347.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.31

Ірина Зелена,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії держави і права та конституційного права
Навчально-наукового інституту права імені Князя Володимира Великого
ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна Академія управління персоналом»

ПОНЯТТЯ ІНСТИТУТУ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Актуальність статті полягає в тому, що юридична відповідальність – одне з найбільш спірних правових понять у сучасній юриспруденції. Тому вчені-правознавці проблемі юридичної відповідальності приділяють значну увагу. У підручниках, монографіях, наукових статтях проаналізовано багато питань щодо юридичної відповідальності, заповнено прогалини, опрацьовано окремі помилкові положення. Втім, зважаючи на безперервний розвиток, юридична наука постійно відчуває потребу в методологічному осмисленні власних досягнень, поглибленні наукових позицій, розширенні предмета пізнання. З'ясовано, що, незважаючи на значну кількість наукових робіт, теорія юридичної відповідальності відрізняється термінологічною перенасиченістю і відсутністю чіткості в понятійному апараті. Також відкритими залишаються ряд питань, одним із яких є проблема інституту юридичної відповідальності у приватному праві. Зроблено висновок, що такий феномен, як інститут юридичної відповідальності у вітчизняному приватному праві, складається з галузевих видів юридичної відповідальності, закріплених у державних нормативно-правових актах, індивідуальних правових договорах і односторонніх правових актах суб'єктів права, що здійснюють регулювання приватноправових відносин, що, у свою чергу, вказує на міжгалузеву комплексність даного правового інституту. Доведено існування інституту юридичної відповідальності у приватному праві, який має свою структуру, що складається з предмета правового регулювання, методології, функцій та субінститутів, основою для яких є норми відповідної галузі права. А також з'ясовано, що зазначений інститут має ряд особливостей, відмінних від загального інституту юридичної відповідальності, а саме: 1) джерельна база використання не обмежена тільки законодавством; 2) не завжди ґрунтується на винуватості правопорушника; 3) добровільність виконання; 4) відновлення попереднього стану розвитку правовідносин, а у разі неможливості – застосування компенсаційних заходів.

Ключові слова: нормативні приписи, функції, заохочення, законодавство, правовідносини.

Актуальність теми. Юридична відповідальність – одне з найбільш спірних правових понять у сучасній юриспруденції. Тому вчені-правознавці проблемі юридичної відповідальності приділяють значну увагу. У підручниках, монографіях, наукових статтях проаналізовано багато питань щодо юридичної відповідальності, заповнено прогалини, опрацьовано окремі помилкові положення. Втім, зважаючи на безперервний розвиток, юридична наука постійно відчуває потребу в методологічному осмисленні власних досягнень, поглибленні наукових позицій, розширенні предмета пізнання.

Незважаючи на значну кількість наукових робіт, теорія юридичної відповідальності відрізняється термінологічною перенасиченістю і відсутністю чіткості в понятійному апараті. Також відкритим залишається ряд питань, одним із яких є проблема інституту юридичної відповідальності у приватному праві.

Мета статті – дослідити інститут юридичної відповідальності у приватному праві.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи проблематику поняття інституту юридичної відповідальності у приватному праві, неможливо оминути питання щодо розуміння категорії «юридична відповідальність», а також специфіки її прояву у приватному праві.

Отже, як випливає з аналізу наукових джерел, багато сучасних теоретиків права, як вітчизняних, так і зарубіжних, використовують започатковану ще в XX ст. концепцію юридичної відповідальності, відповідно до якої відповідальність розглядали у позитивному (перспективному) та негативному (ретроспективному) значеннях.

На думку А. С. Шабурова, проблема позитивної відповідальності не тільки не вкладається в рамки теорії юридичної від-

© І. Зелена, 2021

повідальності, а й взагалі виходить за межі юридичної проблематики [1]. Зокрема, О. Е. Лейст стверджує, що юридична відповідальність не має і не може бути за межами чинного права, оскільки стан волі притягнутого до відповідальності, процеси, що протікають у його свідомості, не є предметом правової оцінки та регулювання [2, с. 669-670].

Як зазначає І. Г. Захаров, більшість авторів схиляються до думки, що саме ретроспективна відповідальність, і тільки вона, може бути визнана юридичною (правовою) відповідальністю. Позитивна ж відповідальність є не правовою, а, по суті, моральною категорією і пов'язана скоріше з відповідальністю соціальною, ніж з юридичною (правовою) [3, с. 15].

Проте варто зазначити, що в юридичній науці є положення, які характеризують юридичну відповідальність як наслідок правопорушення. Так, одні дослідники розглядають юридичну відповідальність як специфічний обов'язок особи зазнати певних позбавлень особистого, майнового або організаційного характеру (заходів державного примусу) за скоєне ним правопорушення.

Зокрема, до такої думки схиляється С. С. Алексєєв, який вважає, що у разі юридичної відповідальності правопорушник зобов'язаний зазнавати заходи державно-примусового впливу (санкції) за скоєне правопорушення [4, с. 371]. Аналогічне розуміння юридичної відповідальності поділяє В. К. Бабаєв, який визначає її як покладений у встановлених законом процесуальних формах обов'язок особи (організації) зазнавати певних позбавлень особистого, майнового та організаційного характеру за скоєне правопорушення [5, с. 183]. М. Д. Шаргородський також розкриває зміст юридичної відповідальності через правовий обов'язок правопорушника зазнати заходів державного примусу за скоєне ним винне протиправне діяння, що полягає у позбавленні особистого чи майнового характеру [6, с. 46].

Інша група вчених-юристів розглядає юридичну відповідальність як міру (форму) державного примусу, яка застосовується державними органами в жорсткій процесуальній формі до правопорушника за скоєне ним правопорушення і має для нього несприятливі наслідки у вигляді позбавлення особистого, майнового або організаційного характеру.

Ми підтримуємо позтцію О. Є. Рєпєтєвої [7, с. 18], яка звертає увагу на необхідність розглядати юридичну відповідальність в єдності, без відриву один від одного перспективного і ретроспективного аспектів, оскільки функціональний аналіз проблем відповідальності вимагає її системного, комплексного сприйняття.

Ми так само поділяємо твердження Р. Л. Хачатурова і Д. А. Ліпінського про те, що юридична відповідальність, як і всі інші види соціальної відповідальності, єдина, але має дві форми реалізації: добровільну і державно-примусову. Зміст форм реалізації юридичної відповідальності визначено дотриманням обов'язків або правопорушенням, з чого випливає заохочення, схвалення або покарання. Так, Р. Л. Хачатуров і Р. Г. Ягутян підкреслюють, що «позитивна» і «ретроспективна» відповідальність – це добровільна і примусова форми реалізації юридичної відповідальності, які покликані відображати взаємозв'язок диспозиції і санкції правової норми, позитивного юридичного обов'язку і заходу державного примусу, оскільки вони повинні забезпечити належну, відповідальну поведінку суб'єктів права [8, с. 70].

Узагальнюючи все вищезазначене, ми пропонуємо таке авторське визначення поняття «юридичної відповідальності»: це багатоаспектне правове явище, що ґрунтується на певних нормативних приписах, має регулятивний та/або охоронний характер і знаходить своє вираження або в дотриманні певних правових правил поведінки щодо їх не порушення (тобто обмеження дій особи задля певного блага), або в застосуванні до правопорушника відповідного виду примусу (тобто настання для особи закріплених у законодавстві негативних наслідків за скоєне правопорушення).

Отже, джерела закріплення юридичної відповідальності в галузях приватного права не обмежені нормами права, вони можуть бути встановлені за волевиявленням самих учасників приватноправових відносин в індивідуальних правових договорах і односторонніх індивідуально-правових актах. Це випливає з принципів автономії волі сторін та свободи договору, що надають сторонам можливість обмежити або взагалі виключити відповідальність за невиконання договору, крім випадків умисного невиконання. Договірна відповідальність у приватному праві має самостійне юридичне значення по відношенню до санкцій норм приватного права, а в деяких випадках договірна відповідальність отримує на практиці навіть більше застосування.

Так, І. Г. Захаров зазначає, що є допустимою можливість волевиявлення суб'єкта і впливу цього волевиявлення на юридичну долю правовідносин, що зумовлює застосування до правопорушника юридичної відповідальності тільки в інтересах і на розсуд уповноваженого суб'єкта, хоча і в напрямі, визначеному публічною владою [3, с. 38-39].

До того ж, на відміну від публічного права, у приватному праві правопорушник або відповідальна особа притягується до відповідальності перед потерпілим суб'єктом, чи це громадянин, чи юридична особа або державний орган (як учасник приватних правовідносин). Важливо зауважити, що інтерес у застосуванні юридичної відповідальності також, як і право на її застосування, може розглядатися як самостійний критерій для визначення приватного характеру юридичної відповідальності.

Наступна особливість полягає в тому, що юридична відповідальність у приватному праві не у всіх випадках ґрунтується на винуватості правопорушника. Так, приватноправова юридична відповідальність може бути покладена на особу незалежно від її вини, оскільки диспозитивний характер норм приватного права допускає транспірацію відповідальності за вчинене правопорушення безпосередньо з правопорушника на інших осіб, які на законних підставах мають понести несприятливі наслідки за дії винної особи.

Також для юридичної відповідальності у приватному праві, де мотивація і дотримання правомірної поведінки учасників відносин побудовані на інших принципах, ніж державний примус, останній менш характерний. Як правило, суб'єкти приватного права вдаються до заходів державного примусу щодо правопорушника для реалізації юридичної відповідальності лише тоді, коли інші способи добровільного виконання (претензійний, досудовий) виявилися безрезультатними.

Ще однією особливістю змісту юридичної відповідальності у приватному праві є сумірність відповідальності з наслідками правопорушення, що є проявом її компенсаційного характеру. Функціональна відмінність відповідальності в публічному праві від приватноправової ґрунтується на цілях останньої – відновлення нормального розвитку порушених правовідносин, і лише у разі об'єктивної неможливості зробити це необхідно допустити заміну невиконаного обов'язку грошовим еквівалентом.

Отже, на основі вищевикладеного ми дійшли висновку, що під «юридичною відповідальністю у приватному праві» варто розуміти такий вид юридичної відповідальності, який засновано на державних нормах приватного характеру регулювання та індивідуально-правових актах, забезпечений з боку держави, обов'язок особи утриматися від вчинення певних дій, передбачених належними нормами, або понести відповідний обов'язок щодо відновлення попереднього правового становища потерпілої особи, а у разі неможливості останнього – компенсувати спричинену винним шкоду чи понести відповідальність в інший спосіб, передбачений у договорі.

Якщо про поняття юридичної відповідальності як цілісного правового явища існує безліч думок і різних підходів до його дослідження, то цього не можна сказати про поняття інституту юридичної відповідальності, який ми пропонуємо розуміти як систему відокремлених правових норм, функціонально пов'язаних між собою та спрямованих на регулювання однорідних суспільних відносин, забезпечення і захист соціальних потреб та інтересів.

Варто зазначити, що, розглядаючи питання інституту юридичної відповідальності у приватному праві, неможливо оминути такого феномена, як приватне право. Загальновідомо, що приватне право – це вид права, яке здійснює регулювання майнових та особистих немайнових відносин індивідів. У свою чергу, ці індивіди, залежно від ситуації, будуть нести різний вид юридичної відповідальності, але вже більш вузького спектру дії. Отже, враховуючи всі наукові погляди щодо юридичної відповідальності та особливості функціонування приватного права, ми вперше надали визначення терміна «інститут юридичної відповідальності у приватному праві», під яким пропонуємо розуміти систему правових норм, що регулюють групу однорідних суспільних відносин, пов'язаних із забезпеченням та реалізацією приватних потреб і захистом відповідних інтересів.

Інтегральним елементом, який об'єднує взаємопов'язані норми різних галузей права в правовий інститут, є також метод правового регулювання, від якого значною мірою залежать ефективність правового регулювання, досягнення висунутих при цьому цілей, результативність дії права. Метод правового регулювання, узятий незалежно від предмета, на який він спрямований, не може слугувати підставою для відокремлення юридичних норм в інститути, підгалузі, галузі права. При цьому метод як системоутворюючий фактор – похідний від предмета. Кожна галузь або інститут права мають свій характерний для них метод регулювання, впливу або їх поєднання. Особливість методу кожної галузі права визначена співвідношенням елементів дозволу, зобов'язання і заборони. Як зазначає В. Ф. Яковлєв, окремі риси методу можуть бути притаманні кільком галузям права [9, с. 82].

Так, С. Л. Кондратьєва вважає, що правовий інститут юридичної відповідальності характеризує імперативний метод, оскільки

в його основі закладено відносини «влада-підпорядкування» [10, с. 48]. Але здебільшого обґрунтування імперативного методу правового регулювання здійснено без урахування існування позитивної юридичної відповідальності, для якої характерна наявність диспозитивних основ. Тому інституту юридичної відповідальності притаманні не тільки зобов'язання і заборона, але й дозвіл. Так, на думку О. Є. Рєпєтєвої, на громадян та їх об'єднання не тільки покладено обов'язки, але вони наділені відповідними правами, реалізація яких відбувається в рамках соціально-активної поведінки. У зв'язку з цим підхід до розгляду юридичної відповідальності тільки з позиції обов'язків вважають однобічним [7, с. 35].

Для інституту юридичної відповідальності характерним є і метод заохочення, що являє собою спосіб правового впливу, який спонукає суб'єктів до вчинення певних дій, корисних з погляду суспільства і держави, шляхом створення зацікавленості в отриманні додаткових благ. Так, Н. А. Гущина визначає інститут правового заохочення як сукупність взаємопов'язаних за предметно-функціональною ознакою правових норм, що регулюють відносини щодо встановлення і застосування заходів державного заохочення. Автор вважає, що специфіка методу правового регулювання, заснованого на заохоченні, стимулюванні, якраз і полягає в тому, що юридичне забезпечення правомірної поведінки суб'єктів суспільних відносин не пов'язано зі застосуванням заходів державно-примусового характеру [11, с. 245].

Враховуючи вищевикладене, вважаємо, що методи заохочення та дозволу входять до структури інституту юридичної відповідальності у приватному праві, проте на першому місці залишається імперативний метод правового регулювання, що зумовлено особливою природою юридичної відповідальності. Однак зазначеному інституту притаманний і диспозитивний метод правового регулювання, що можна пояснити юридичною природою приватного права.

Тому ми повністю погоджуємося з думкою Б. Т. Базилєва, який вважає, що інститут юридичної відповідальності – це загальний, комплексний за змістом (що складається з норм різних галузей права), своєрідний за структурою (яка включає в себе інститути і цілу галузь), охоронний за призначенням, функціональний інститут матеріального права, який регулює деліктні суспільні відносини методом покарання правопорушників [12, с. 47].

Варто зазначити, що юридична відповідальність як правовий інститут виконує певні функції.

У сучасній правовій науці існує багато поглядів щодо класифікації функцій юридичної відповідальності, які за своїм змістом часто дублюють одна одну, тому ми розглянемо основні з них.

Так, багато вчених розрізняють регулятивну, охоронну, каральну, поновлюючу, виховну (превентивну) та заохочувальну (стимулювальну) функції. Однак варто зазначити, що не у всіх науковців збігаються погляди щодо необхідного існування саме такої кількості функцій. Так, наприклад, О. Є Рєпєтєва наголошує на існуванні в основному регулятивної функції юридичної відповідальності та стверджує, що закон, передбачаючи склад правопорушень і відповідні їм міри відповідальності за їх вчинення, тим самим встановлює відповідні заборони та обов'язки громадян і юридичних осіб, тобто визначає їх бажану правомірну поведінку. Інформація про норми, що встановлюють юридичну відповідальність за конкретні правопорушення, про правомірну поведінку щодо їх дотримання та реалізації має регулятивний вплив на інших суб'єктів права. Реалізація регулятивної функції юридичної відповідальності служить передумовою виникнення інших функцій юридичної відповідальності [7, с. 38].

Дещо інші функції юридичної відповідальності виділяє С. О. Носков. На думку науковця, варто виділяти превентивну, каральну та відновлюючу функції [13, с. 64]. Поділяє ці погляди і Н. В. Іванчук, однак при цьому зауважує, що, окрім окреслених функцій, необхідно виокремити і виховну [14, с. 11].

У свою чергу Ж. Ю. Юзефович зазначає, що юридична відповідальність, окрім превентивної, каральної та виховної функцій, виконує ще штрафну та компенсаційну. Так, на думку науковця, на відміну від каральної функції, що застосовується за злочини та передбачає найвищу міру державного примусу, штрафна функція юридичної відповідальності застосовується за окремі правопорушення та інші правопорушення, за скоєння винних протиправних діянь (проступків). Компенсаційну функцію застосовують у разі забезпечення відновлення в повному обсязі порушених прав людини, громадянина та держави, відшкодування постраждалій особі шкоди (в тому числі і в натурі), спричиненої порушником [15, с. 23].

Отже, узагальнюючи вищезазначене, ми цілком підтримуємо науковий погляд О. В. Іваненко, яка розкриває такі види функцій юридичної відповідальності:

– регулятивна функція юридичної відповідальності, під якою варто розуміти напрям

правового впливу, який полягає в спонуканні індивіда дотримуватися правових приписів та виявляти їх у правомірній поведінці;

– охоронна функція спрямована на захист позитивних суспільних відносин шляхом нормативно встановлених механізмів притягнення винних осіб до відповідальності у разі порушення норм права;

– каральна функція – напрям правового впливу на суб'єктів правопорушення, що відповідає принципам юридичної відповідальності і полягає в осуді, позбавленнях особистісного та майнового характеру;

– виховна (превентивна) функція – напрям правового впливу на індивідуальну і суспільну свідомість, який полягає у формуванні правосвідомості, правової культури та викоріненні зі свідомості особи правового нігілізму, антисоціальної поведінки (реальної або припустимої);

– поновлювальна функція – напрям впливу на свідомість та поведінку людей, який спрямований на впорядкування суспільних відносин, правового статусу суб'єктів;

– заохочувальна (стимулювальна) функція – напрям впливу на позитивне ставлення особи до встановлених правил поведінки і бажання виконувати (дотримувати) необхідні вимоги права й отримувати відповідні заохочення, передбачені законодавством [16, с. 265–266].

– пізнавальна (інформаційна), що полягає у тому, що суб'єкти правовідносин отримують, накопичують певні знання щодо змісту правових норм певного виду юридичної відповідальності.

Вважаємо, що до зазначених вище функцій доцільно віднести оціночно-орієнтаційну функцію, яка полягає в законодавчому оцінюванні поведінки певного кола індивідів відповідно до недопустимості існування в передбачених нормах приватноправового характеру. Юридична відповідальність як правовий інститут має всі найважливіші особливості, притаманні інститутам права. Вона існує в основі права як чинник підтримки громадського порядку, сприяє регулюванню соціальних відносин, є міжгалузевим утворенням, тобто охоплює всі галузі права, а також виконує функцію контролю, отримує закріплення в законодавстві [17, с. 34].

Зазначимо, що примусова цивільно-правова відповідальність, будучи класичним видом відповідальності у приватному праві, впливає на інститути ретроспективної відповідальності в різних галузях права, що входять до приватноправової сім'ї. І це пов'язано не тільки з тим, що примусова цивільно-правова відповідальність має ґрунтовну розроблену теорію, а й із детальним законодавчим вирішенням питань майнової відповідальності. Такий вплив, зокрема, спостерігаємо у разі використання в субсидіарному порядку тих чи інших норм цивільного права під час відшкодування збитків, що виникають у зв'язку з порушенням норм інших галузей права.

Про наявність генетичних зв'язків між галузями слід говорити і тоді, коли нормативні приписи однієї галузі враховуються в змісті іншої.

Так, наприклад, досліджуючи питання взаємодії інституту юридичної відповідальності та такого інституту приватного права, як трудовий договір, варто зазначити, що, виходячи з норм законодавства та самого трудового договору, працівник та роботодавець несуть матеріальну відповідальність, що становить собою обов'язок однієї сторони договору відшкодувати іншій стороні шкоду, заподіяну внаслідок винного, протиправного невиконання чи неналежного виконання особою своїх трудових обов'язків у встановленому відповідному порядку. У цьому випадку генетичний зв'язок буде проявлятися і в нормах цивільного права, зокрема в інституті відшкодування шкоди. Так, відповідно до ст. 1172 ЦК України, юридична чи фізична особа відшкодовує шкоду, завдану їх працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків [18].

Висновки

Підводячи підсумок, можна стверджувати, що такий феномен, як інститут юридичної відповідальності у вітчизняному приватному праві, складається з галузевих видів юридичної відповідальності, закріплених у державних нормативно-правових актах, індивідуальних правових договорах і односторонніх правових актах суб'єктів права, що здійснюють регулювання приватноправових відносин, що, у свою чергу, вказує на міжгалузеву комплексність даного правового інституту.

Доведено існування інституту юридичної відповідальності у приватному праві, який має свою структуру, що складається з предмета правового регулювання, методології, функцій та субінститутів, основою для яких є норми відповідної галузі права. А також з'ясовано, що зазначений інститут має ряд особливостей, відмінних від загального інституту юридичної відповідальності, а саме: 1) джерельна база використання не обмежена тільки законодавством; 2) не завжди ґрунтується на винуватості правопорушника; 3) добровільність виконання; 4) відновлення попереднього стану розвитку правовідносин, а у разі неможливості – застосування компенсаційних заходів.

Список використаних джерел:

1. Шабуров А. С. Политические и правовые аспекты социальной ответственности личности : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 1992. 34 с.
2. Общая теория государства и права : Академический курс : в 3 т. Т. 3 : Государство, право, общество / отв. ред. М.Н. Марченко. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Норма, 2010. 712 с.
3. Захаров И. Г. Юридическая ответсвеность в частном праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Казань, 2008. 183 с.
4. Алексеев С. С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2-х т. Т. 1. Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1972. 396 с.
5. Бабаев В. К., Баранов В. М., Толстик В. А. Теория права и государства в схемах и определениях : учеб. пособие. Москва : Юристъ, 2003. 251 с.
6. Шаргородский М. Д. Детерминизм и ответственность. *Правоведение*. 1968. № 1. С. 46.
7. Репетева О. Е. Юридическая ответственность за правонарушения – межотраслевой институт права : общетеоретический аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Самара., 2010. 200 с.
8. Хачатуров Р. Л., Ягутян Р. Г. Юридическая ответственность. Тольятти : Международная академия бизнеса и банковского дела, 1995. 200 с.
9. Яковлев В. Ф. Сущность и основные черты гражданско-правового метода регулирования общественных отношений. *Правоведение*. 1972. № 6. С. 82.
10. Кондратьева С. Л. Юридическая ответственность : соотношение норм материального и процессуального права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 1998. 220 с.
11. Гущина Н. А. Поощрительные нормы российского права : теория и законодательная практика. СПб. : юридический центр Пресс, 2003. 292 с.
12. Базылев Б. Т. Цели и функции юридической ответственности. *Вопросы теории права и государственного строительства*. Томск : Изд-во Томского ун-та, 1978. С. 29-34.
13. Носков С. А. Институт юридической ответственности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Казань, 2007. 178 с.
14. Іванчук Н. В. Взаємна відповідальність особи і держави в контексті розбудови сучасної Української держави : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Київ, 2007. 20 с.
15. Юзефович Ж. Ю. Функции юридической ответственности и формы их реализации по российскому законодательству : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Жанна Юрьевна Юзефович. М., 2004. 172 с.
16. Теорія держави і права : навчальний посібник / С. К. Бостан, С. Д. Гусарєв, Н. М. Пархоменко та ін. Київ : ВЦ «Академія», 2013. 348 с.
17. Ивахненко С. Н. Юридическая ответственность в современном российском праве: проблемы правопонимания : дис ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Ставрополь, 2005. 198 с.
18. Цивільний кодекс України : за станом на 01 січня 2014 року / Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40. Ст. 356.

Iryna Zelena. The concept of the institution of legal responsibility in private law

The relevance of the article is that legal liability is one of the most controversial legal concepts in modern jurisprudence. Therefore, legal scholars pay considerable attention to the problem of legal liability. In scientific textbooks, monographs, periodicals, many issues of legal liability are analyzed, gaps are filled, some erroneous provisions are worked out. However, given the continuous development, legal science is constantly in need of methodological understanding of their own achievements, deepening scientific positions, expanding the subject of knowledge. It was found that despite the large number of scientific papers, the theory of legal responsibility is characterized by terminological oversaturation and lack of clarity in the conceptual apparatus. A number of issues also remain open, one of which is the problem of the institution of legal liability in private law. It is concluded that such a phenomenon as the institution of legal liability in domestic private law consists of sectoral types of legal liability enshrined in state regulations, individual legal agreements and unilateral legal acts of legal entities that regulate private law relations. in turn indicates the intersectoral complexity of this legal institution. The existence of the institution of legal responsibility in private law is proved, which has its own structure, consisting of the subject of legal regulation, methodology, functions and sub-institutions, the basis for which are the rules of the relevant branch of law. It was also found that this institution has a number of features different from the general institution of legal liability, namely: 1) the source base of use is not limited to legislation; 2) is not always based on the guilt of the offender; 3) voluntary performance; 4) restoration of the previous state of development of legal relations, and in case of impossibility – application of compensatory measures.

Key words: regulations, functions, incentives, legislation, legal relations.

УДК 351.74:340.15
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.32

Олена Козинець,
канд. іст. наук, доцент,
завідувач кафедри правоохоронної діяльності та загальноправових дисциплін юридичного факультету
Навчально-наукового інституту права і соціальних технологій
Національного університету «Чернігівська політехніка»

Анастасія Лось,
здобувачка вищої освіти IV курсу юридичного факультету
Навчально-наукового інституту права і соціальних технологій
Національного університету «Чернігівська політехніка»

НАПРЯМИ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ (МІЛІЦІЇ) В РАДЯНСЬКІЙ УКРАЇНІ В 1920–1930-Х РР.

У статті досліджено історико-правовий аспект становлення та діяльності правоохоронних органів часів СРСР, зокрема міліції. Виділено та охарактеризовано основні історичні етапи створення та розвитку міліції як самостійного правоохоронного органу в загальному вигляді.

Розглянуто основні аспекти організації роботи радянської міліції на початковому етапі її існування. Особливу увагу приділено детальному вивченню діяльності міліції з конкретним виокремленням здійснюваних функцій та наданих державою завдань на ранньому етапі розвитку. Згадуються такі нормативно-правові документи, які регулювали діяльність вказаного правоохоронного органу у досліджуваний період, як, зокрема, Положення про робітничо-селянську міліцію, Тимчасовий статут внутрішньої служби робітничо-селянської міліції СРСР.

Проаналізовано обов'язки загальної та відомчої міліції, виявлено їхні переваги та недоліки.

Актуальність теми дослідження зумовлена тим, що з моменту свого створення радянська міліція мала досить широкий спектр функцій (соціальні, політичні, економічні тощо), необхідних для управління та контролю над державою, які протягом всього радянського періоду досить істотно видозмінювались та зазнавали численних правок. Тобто міліція досить часто піддавалася реорганізаціям та трансформаціям. Тому для більш чіткого розуміння напрямів діяльності такого складного органу держави, як міліція, актуальним є проведення дослідження його правового статусу, компетенції, функцій і т. д. у певних хронологічних рамках, зокрема на етапі зародження.

У статті ставиться за мету дослідити умови створення міліції та її функцій, напрями та шляхи боротьби зі злочинністю в Україні у 20-30-х роках XX ст. – на першому етапі радянського періоду, а також виокремити основні напрями діяльності міліції як правоохоронного органу Радянського Союзу та радянської України.

У результаті дослідження автори доходять висновку, що міліція зазнавала численних трансформацій. Сфера її повноважень, функцій, а також методи її діяльності розширювалася з розвитком і вдосконаленням організаційно-правових форм її діяльності. Захист прав, свобод та інтересів громадян, а також забезпечення дотримання правопорядку у державі цей правоохоронний орган визначав пріоритетним напрямом своєї діяльності, незважаючи на певну нестабільність у своїй діяльності.

Ключові слова: система правоохоронних органів, царська поліція, радянська міліція, нова економічна політика, Народний комісаріат внутрішніх справ.

Постановка проблеми. Міліція як єдина складна система органів є необхідним та вкрай важливим інструментом для держави, оскільки виконує адміністративну, профілактичну, оперативно-розшукову, кримінально-процесуальну, виконавчу та охоронну функції, а також, відповідно до своєї компетенції, реалізовує поставлені перед нею завдання, завдяки чому у державі забезпечується не тільки дотримання правопорядку як необхідної умови захисту прав і свобод громадян, а й безпосередньо виявлення правопорушень, участь у їх розкритті та виконання покарань.

Так, з моменту свого створення відразу після жовтневої революції 1917 р. радянська міліція мала широкий спектр соціальних, політичних та економічних функцій,

© О. Козинець, А. Лось, 2021

необхідних для управління і контролю над потужною централізованою соціалістичною державою, які протягом всього радянського періоду досить істотно видозмінювались та зазнавали значних правок. Тож актуальність проведеного нами дослідження не викликає сумнівів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Вивченню даного питання присвячено чимало публікацій таких науковців та практиків, як: В. А. Греченко, І. В. Павловська, І. Д. Коцан, Д.В. Галкін, О.І. Олійник та ін. Більшість наукових праць стосується саме галузевих питань даної теми, зокрема: кадрового забезпечення правоохоронних органів, дотримання законності в роботі міліції, організаційно-правових основ її діяльності тощо. Так, безпосередньо створення і функціонування органу міліції на різних етапах історії радянського періоду вони торкались побіжно, в контексті розгляду інших питань.

Постановка завдання. Варто нагадати, що створення та реформування системи правоохоронних органів, зокрема міліції, відбувалося в умовах кардинальних соціально-політичних змін, неодноразових спроб державотворення на території України, здійснюваних різними політичними силами, переходу до нової економічної політики тощо, що відображалися безпосередньо на діяльності міліції в досліджуваний період. Це зумовлює необхідність детального вивчення діяльності міліції на першому етапі радянського періоду з конкретним виокремленням здійснюваних функцій та наданих державою завдань на кожному окремому етапі.

Метою статті є дослідження умов створення міліції та її функцій, напрямів та шляхів боротьби зі злочинністю в радянській Україні у 20-30-х рр. XX ст. – на першому етапі радянського періоду; виокремлення та тлумачення основних напрямів діяльності міліції як правоохоронного органу Радянської держави.

Виклад основного матеріалу. Діяльність міліції у різні періоди її існування завжди була наділена особливими характеристиками, які надалі визначали її правове становище, функції, повноваження, завдання, які виконувались відповідно до наданої компетенції, призначення у державі в цілому. В історії вивчення правоохоронних органів у радянський період виділяється кілька етапів, які традиційно позначаються такими хронологічними межами: 1) 1920-ті роки – середина 1930-х; 2) середина 1950-х років – 1980-ті роки [1, с. 7].

Деякі науковці більш детально підходять до визначення етапів, зокрема наголошують, що становлення й розвиток системи правоохоронних органів пройшли такі основні історичні етапи: 1) початковий етап – після проголошення УСРР; 2) період нової економічної політики й адміністративно-територіальної реформи УСРР; 3) етап переходу на так звану двоступеневу систему управління одночасно зі скасуванням Народного комісаріату внутрішніх справ УСРР та переведення міліції в підпорядкування Державного політичного управління; 4) період Великої вітчизняної війни (1941–1945 рр.); 5) післявоєнний період; 6) період незалежності України [2, с. 95]. Дана періодизація є більш деталізованою та зручнішою для вивчення та розуміння історичного досвіду діяльності та функціонування органів внутрішніх справ Радянського Союзу, зокрема міліції.

Насамперед необхідно зупинитися на першому етапі створення міліції як правоохоронного органу радянського періоду. І особливу увагу варто приділити передумовам створення міліції.

Після лютневої революції 1917 р. події на теренах колишньої Російської імперії відбувалися блискавично швидко. З початком революції весь народній гнів було вилито насамперед на «царську охранку», поліцейські дільниці, в'язниці. Революціонери спалювали документи, роззброювали поліцейських. Так почалися перші зміни у системі органів правопорядку. У ніч на 28 лютого 1917 р. було висунуто пропозицію створити робітничу міліцію на фабриках та заводах. Розрахунок був простий: 100 осіб на 1000 робітників.

Оскільки стара поліцейська система була скасована, то на робітничу міліцію покладався основний обов'язок – охороняти місцевість. Така «реформа» негативно відобразилася на громадському порядку, злочинність стрімко пішла вгору, ситуація ставала неконтрольованою.

У цей час на території України почали створюватись українські добровольчі міліцейсько-військові формування, зокрема Вільне козацтво. Їхня поява в 1917–1918 рр. була абсолютно незапланованою, основною ж метою створення стали «оборона вольностей українського народу» та охорона громадського порядку від «банд збільшовичених дезертирів» [3, с. 28].

Однак у підрозділах Вільного козацтва, Народної сторожі, Державної жандармерії і Державної варти, які безпосередньо і виконували функції міліції, дисципліна була слабка, плинність кадрів велика, професійний рівень низький, належне управління відсутнє, матеріально-технічне постачання недостатнє тощо [4].

При цьому саме ці силові структури зробили неабиякий внесок у боротьбу за відродження української державності, що розпочалася після Лютневої революції 1917 р. Важлива роль відводилась органам громадського порядку в становленні Української Народної Республіки, яка була проголошена у листопаді 1917 р. III Універсалом. Однак процес розбудови як незалежної держави в цілому, так і її правоохоронних інститутів був припинений більшовицьким режимом, який пізніше прийшов до влади в Україні і створив радянську міліцію.

Так, у період після Лютневої революції 1917 р., у ході якої було ліквідовано стару систему правоохоронних органів, значна увага приділялася двом важливим напрямам у діяльності міліції.

По-перше, основні зусилля були спрямовані на здобуття прихильників у лавах новоствореної народної міліції, правові основи організації та діяльності якої визначалися урядовою постановою «Про заснування міліції» від 17 квітня 1917 р.

По-друге, вони прагнули до створення своєї «пролетарської міліції», яка, згідно з тодішнім їхнім уявленням, повинна була поєднати в собі «функції народної армії з функціями поліції, з функціями головного і основного органу державного порядку та державного управління». Але така міліція насамперед мала стати формою озброєння пролетаріату для майбутньої боротьби за захоплення влади. Така пролетарська міліція на практиці створювалася у двох організаційних формах: у формі робітничої міліції та у формі Червоної гвардії [5, с. 9].

Важливий крок у створенні радянської міліції було зроблено на II Всеросійському з'їзді Рад, де було юридично закріплено ліквідацію Тимчасового уряду та його міліції. За рішенням з'їзду було створено 13 народних комісаріатів, в тому числі й внутрішніх справ (повна назва – НКВС). Правовою основою створення радянської міліції стала Постанова НКВС РРФСР «Про робітничу міліцію» від 10 листопада (28 жовтня за старим стилем) 1917 р. Пізніше саме ця дата стане офіційним святом радянської міліції в часи існування СРСР.

На території радянської України справи йшли повільніше, ніж на території РРФСР. Тільки 9 лютого 1919 р. в Україні було створено робітничо-селянську міліцію декретом РНК УСРР «Про організацію міліції». У декреті роз'яснювалося, що основними її завданнями є «охорона революційного порядку та особистої безпеки громадян», а також боротьба «з кримінальними злочинними елементами, які є наслідком існування капіталістичного ладу» [6, с. 623].

Загальні ж принципи організації та діяльності української міліції дістали подальший розвиток у Положенні про робітничо-селянську міліцію, яке було затверджено РНК УСРР 14 вересня 1920 р. В основу організації та діяльності української міліції були покладені ті ж принципи, що на той момент вже діяли в міліції РРФСР.

Упродовж першої половини 1919 р. активно проводилась робота з визначення спеціалізації органів міліції. Використовуючи досвід РРФСР, уряд УСРР прийняв ряд нормативних актів, на основі яких було створено різні служби міліції. Зокрема, були сформовані: загальна міліція, кримінальний розшук, судово-кримінальна міліція, а також промислова, залізнична, річна та морська. Кожен із видів міліції мав свої функціональні обов'язки та сферу контролю.

Служба в міліції була добровільною, однак кожен, хто вступав на службу, зобов'язаний був прослужити не менш ніж один рік. На службу мали прийматися виключно громадяни УСРР, які досягли 21-річного віку, грамотні, які користувалися виборчим правом, не перебували під слідством та судом у зв'язку зі звинуваченням у скоєнні злочинів, цілком здорові та придатні для служби. Як озброєному виконавчому органу, робітничо-селянській міліції надавався статус збройних частин особливого призначення з усіма їхніми правами та обов'язками [7, с. 14]. Однією з обов'язкових умов прийняття на службу в органи міліції було сприйняття радянської влади, а керівний склад міліції призначався виключно за партійною ознакою.

Формування української міліції проходило у досить важких умовах: не вистачало кадрів, надзвичайно слабкою була матеріально-технічна база. Необхідно зазначити, що доволі часто міліція використовувалася радянськими органами саме як каральний інструмент, повноваженням превентивного характеру увага не приділялася. Але все ж основною функцією міліції було забезпечення правопорядку, захист громадян від злочинності. І цю функцію вона, незважаючи на труднощі, виконувала та вважала пріоритетною [7, с. 15].

Таким чином, міліція як правоохоронний орган, що існував на першому етапі радянської держави, характеризувався тим, що: по-перше, протягом перших місяців існування радянської влади міліція виступала не тільки як озброєна сила, що виконувала військові функції, але і як інструмент охорони громадського порядку. Проте ці озброєні формування, побудовані не на фаховій основі, не лише належним чином не вико-

нували військові функції, але й не здатні були ефективно забезпечувати громадський порядок та вести ефективну боротьбу зі злочинністю. По-друге, 1919-й рік, після відновлення радянської влади в Україні, став переломним в історії робітничо-селянської міліції – вона почала формуватися як невід'ємний елемент механізму держави, створювалася у цей час переважно радами, військово-революційними комітетами, відділами з боротьби з контрреволюцією. По-третє, в системі каральних та правоохоронних органів УСРР вона відігравала підпорядковану, другорядну роль стосовно органів ОДПУ і прокурорсько-слідчих органів. Окрім цього, досліджуваний етап характеризується таким вагомим недоліком, як відсутність чітких нормативних положень, якими б точно окреслювалося коло діяльності міліції, що іноді змушувало органи міліції покладати на себе обов'язки, які не мали прямого стосунку до її функцій [5, с. 7].

Наступний важливий етап розвитку міліції стосувався здебільшого кадрового забезпечення правоохоронних органів. Це так званий період нової економічної політики з 1921 р. і адміністративно-територіальної реформи УРСР 1923-1925 рр., що передбачали кардинальну структурну перебудову органів внутрішніх справ з чотирирівневої схеми «головне управління – губернські управління – окружні управління – районні управління» на схему трирівневого управління «головне управління – окружні управління – районні управління» [8, с. 12].

Дана реформа передбачала скорочення чисельності міліції більше ніж у 2 рази. Суттєвим кроком стало й прийняття 12 грудня 1923 р. Дисциплінарного статуту міліції, 1 грудня 1923 р. було прийнято Правила проходження служби в робітничо-селянській червоній міліції й карному розшуку. Значну роль в становленні органів внутрішніх справ України та їх кадрового забезпечення відіграв і подальший перехід на двоступеневу систему управління зі скасуванням Народного комісаріату внутрішніх справ УСРР і переведення міліції в підпорядкування Державного політичного управління, передбачений низкою законодавчих документів. Так, 10 листопада 1926 р. було прийнято нове Положення про робітничо-селянську міліцію УСРР. Відповідно до постанови від 28 грудня 1930 р. Народний комісаріат внутрішніх справ скасовувався, всі його структурні підрозділи, крім відділів, ліквідовувалися.

При РНК УСРР було засновано Головне управління міліції й карного розшуку. 25 травня 1931 р. РНК СРСР було затверджено перше загальносоюзне Положення про робітничо-селянську міліцію, що діяло до 1962 р. [2, с. 92].

Так, структурна реорганізація, що відбувалась на початку 30-х рр. XX ст., дозволила чітко окреслити завдання окремих підрозділів державної безпеки, встановити систему агентурно-оперативного нагляду за станом справ у всіх галузях діяльності суспільства: економіці, армії, науці, освіті тощо. Які б зміни не відбувалися в структурі центрального та місцевих органів держбезпеки України протягом 20–30-х років, усі вони були пов'язані з удосконаленням чи виділенням окремого напряму діяльності, але форми та методи, пріоритетні напрями цієї діяльності залишались незмінними [9, с. 730].

Необхідно зазначити, що на початку 30-х рр. XX ст. НКВС був надзвичайно потужною організацією. Окрім контролю над органами безпеки і регулярною міліцією, він відповідав за прикордонні та внутрішні війська, пожежні бригади, конвойні війська.

Але результати передачі міліції до ОДПУ були неоднозначними. Посилилася воєнізація міліції, дещо покращилося її матеріальне забезпечення, однак все більше поширювалися «чекістські» методи роботи, пов'язані з політизацією злочинів. Міліція була поділена на загальну та відомчу з детальним розмежуванням функцій. Встановлено, що робота в міліції на початку 1930-х рр. була спрямована на посилення політичної, культурно-освітньої та виховної діяльності, зміцнення впливу партійних і комсомольських організацій, поліпшення їхньої роботи й підвищення політико-морального стану робітничо-селянської міліції в руслі тих завдань, які ставилися вищим керівництвом держави. Загалом, зміна мети та сутності деяких функцій міліції та їх передача іншим органам влади сприяли більшій концентрації працівників міліції на діяльності щодо протидії злочинності [7, с. 19].

Висновки

На початковому етапі становлення міліції як правоохоронного органу радянського періоду, коли вона ще не була постійним державним органом, основною формою охорони прав та безпеки громадян було патрулювання вулиць збройними загонами робітничої міліції. Однак варто визнати, що така організаційно-правова форма діяльності роботи міліції незабаром довела свою неефективність.

Надалі міліція піддавалася численним реорганізаціям та трансформаціям. З розвитком і вдосконаленням організаційно-правових форм діяльності розширювалася і сфера

повноважень міліції та її методи. Ширше застосовувалися превентивні заходи. Співробітники міліції керувалися стратегією налагодження та зміцнення контактів з домовими та квартальними комітетами, виступали з лекціями, бесідами. Значну роль відіграв інститут дільничних інспекторів.

Незважаючи на труднощі становлення міліції як стабільного, постійно діючого та ефективного правоохоронного органу радянського періоду, необхідно зазначити, що все ж основними напрямами діяльності міліції в період від 1917 р. до 1930 р. були: боротьба з бандитизмом, зі злочинами проти власності, спекуляцією, охорона громадського порядку, забезпечення безпеки населення, боротьба з безпритульністю, а також запобігання правопорушенням, що вчиняються неповнолітніми тощо.

Протягом 1931 р. міліція Української СРР була реорганізована шляхом злиття з органами безпеки. Метою такої реформи була необхідність подальшої централізації правоохоронних органів, що відповідало завданням зміцнення радянського режиму.

Але варто зазначити, що хоча функції міліції трансформувалися та оперативно адаптувалися в унісон із постійною зміною характеру злочинності, однак захист прав, свобод та інтересів громадян, а також забезпечення дотримання правопорядку в державі міліція визначала пріоритетним напрямом своєї діяльності.

Список використаних джерел:

1. Греченко В. Висвітлення діяльності міліції в роки НЕПу в роботах істориків 50–80-х років XX ст. *Право і безпека*. 2014. № 4 (55). С. 7-11.

2. Андренко С. Історико-правовий аналіз кадрового забезпечення органів внутрішніх справ в Україні. *Європейські перспективи*. № 8. 2014. С. 90-96.

3. Павловська І. В. Організаційно-правові засади забезпечення законності в діяльності органів міліції УСРР (1919 р.–1-ша половина 1941 р.) : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Нац. академія внутрішніх справ. Київ, 2016. 242 с.

4. Історія Галузевого державного архіву МВС України. URL: http://mvs.gov.ua/ua/pages/_Istoriya_Galuzevogo_derzhavnogo_arhivu_MVS_Ukraini.htm (дата звернення: 06.10.2020).

5. Коцан І. Д. Міліція Харківщини у 1917-1930 рр. : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національний університет внутрішніх справ МВС України. Харків, 2003. 19 с.

6. Терлюк І.Я. Історія держави і права України. Київ: Атіка, 2011. 944 с.

7. Греченко В. Організація міліції Української Соціалістичної Радянської Республіки у 1931 р. *Форум права*. 2019. № 54 (1). С. 14-22.

8. Галкін Д.В. Організаційно-структурна побудова міліції УСРР у 1918-1934 роках (історико-правова характеристика) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Національний університет внутрішніх справ МВС України. Харків, 2011. 21 с.

9. Олійник О.І. Історико-правовий аналіз діяльності органів внутрішніх справ УРСР у 30-ті роки XX ст. *Форум права*. 2011. № 1. С. 727-731.

Olena Kozynets, Anastasiia Los. Activities of law enforcement agencies (militia) in the Soviet Ukraine in the 1920s – 1930s.

The article examines the historical and legal aspect of the formation and operation of law enforcement agencies of the Soviet era, in particular the police. The main historical stages of creation and development of the police as an independent law enforcement body in general are highlighted and characterized.

The main aspects of the organization of the work of the Soviet militia at the initial stage of its existence are considered. Particular attention is paid to a detailed study of police activities with a specific separation of functions and tasks provided by the state at an early stage of development. Mention is made of such normative and legal documents that regulated the activities of this law enforcement body during the period under study, such as the Regulations on the Workers' and Peasants' Militia, the Temporary charter of the Internal Service of the Workers 'and Peasants' Militia of the USSR.

The responsibilities of the general and departmental police are analyzed, their advantages and disadvantages are revealed.

The relevance of the research topic is due to the fact that since its inception, the Soviet police had a wide range of functions (social, political, economic, etc.) needed to manage and control the state, which throughout the Soviet period have changed significantly and undergone numerous changes. That is, the police often underwent reorganizations and transformations. Therefore, for a clearer understanding of the activities of such a complex body of the state as the police, it is important to conduct a study of its legal status, competence, functions, etc. within certain chronological frameworks, in particular at the stage of origin.

The article aims to explore the conditions of the police and its functions, directions and ways to combat crime in Ukraine in the 20-30s of the XX century. – at the first stage of the Soviet period.

As a result of the study, the authors conclude that the police have undergone numerous transformations. The scope of its powers, functions, as well as methods of its activity expanded with the development and improvement of organizational and legal forms of its activities. Protection of the rights, freedoms and interests of citizens, as well as ensuring the rule of law in the state, this law enforcement agency has identified as a priority area of its activities, despite some instability in its activities.

Key words: law enforcement system, tsarist police, Soviet militia, new economic policy, People's Commissariat of Internal Affairs.

УДК 340.12:321.7:316.774
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.33

Анна Мхітарян,
аспірантка кафедри конституційного права та правосуддя
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ

Стаття присвячена дослідженню теоретичних моделей електронної демократії. Починаючи з 60-х рр. XX ст. були розроблені різні теорії сучасної демократії. Стрімкий розвиток інформаційно-комунікаційних технологій вплинув на політико-правову сферу, створивши нові можливості інформування громадян, отримання громадянами інформації з альтернативних джерел та становлення зворотного зв'язку між ними та державою.

Перші теорії електронної демократії були розроблені здебільшого соціологами та футурологами, однак надалі це стало предметом досліджень політологів. Концепція електронної демократії як політико-правова доктрина має важливе значення для дослідження сучасних процесів державотворення.

У статті досліджені як теорії електронної демократії, які були частиною концепції інформаційного суспільства, так і самостійні теорії, які об'єднанні у моделі. Докладно розглянуті теорії демократії участі Йонедзі Масуди, напівпрямої демократії Елвіна Тоффлера, а також моніторингової демократії Джона Кина.

Зазначається збільшення електронної участі громадян у вирішенні політико-правових питань.

Окрім цього, наведені 4 моделі: партійна електронна демократія, ліберальна електронна демократія, пряма електронна демократія, деліберативна демократія. Ці моделі є узагальненням різних теорій електронної демократії, які об'єднані за загальними рисами.

Охарактеризована кожна модель, її особливості та місце інформаційно-комунікаційних технологій у процесі впровадження кожної моделі. Окрема увага приділена недолікам кожної моделі. Кожна модель пропонує свої види електронної участі громадян у політико-правовій сфері держави.

Теорії характеризуються різноманіттям – від обмеженої участі громадян (партійна електронна демократія) до повного встановлення порядку денного та прийняття рішення громадянами (пряма електронна демократія).

Окремо досліджена деліберативна теорія, розвинута Ю. Хабермасом, особливістю якої є широка участь громадян в обговоренні різноманітних проблем та питань, а також важливість досягнення загального консенсусу та врахування думок усього населення під час прийняття рішень.

Разом із тим зазначається ефективність поєднання різних моделей у вирішенні окремих питань.

Ключові слова: електронна демократія, комп'ютопія, демократія участі, напівпряма демократія, моніторингова демократія, деліберативна демократія.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток сучасних технологій, який почався ще у 50-х рр. XX ст., призвів до фундаментальних змін у суспільному житті. Згодом нові інформаційно-комунікативні технології вплинули ще й на політичну, економічну та правову сфери.

Швидке поширення інформації, альтернативні джерела її отримання, розширення суспільного діалогу та необхідність встановлення зворотного зв'язку з громадянами вносять кардинальні зміни у політико-правовий устрій суспільства.

Концепція електронної демократії є однією з найважливіших політико-правових вчень сучасності. Останні десятиріччя держави послідовно використовують та розвивають інструменти електронної демократії (електронний уряд, електронні петиції, електронний суд та ін.). З огляду на це актуальним стає дослідження теоретичних аспектів електронної демократії для розуміння цього явища.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми та особливості електронної демократії є широко дослідженими українськими політологами, філософами та спеціалістами з державного управління, зокрема, слід виділити Н. В. Грицяк, О. Г. Данільяна, Л. О. Малишенко, О. О. Маруховського, С. Г. Соловйова та ін. Проте фундаментальних правових досліджень недостатньо та здебільшого розглядаються окремі аспекти електронної демократії.

Формування цілей статті. Метою статті є розгляд теоретичних аспектів та моделей електронної демократії.

© А. Мхітарян, 2021

Виклад основного матеріалу. Умови комунікації між державою, суспільством та людиною змінюються під впливом розвитку технологій.

В основі концепції електронної демократії лежать дослідження змін традиційних демократичних засобів прийняття рішень, політичних дебатів, політико-правових процесів під впливом розвитку та широкого застосування інформаційно-комунікаційних технологій.

Перші концепції електронної демократії виникали як частина теорій інформаційного суспільства. Вчені досліджували трансформацію демократії з використанням сучасних інформаційно-комунікаційних технологій. Згодом виникли самостійні теорії, які прямо досліджували види, інструменти, особливості реалізації електронної демократії.

Спочатку розглянемо теорії, які є частинами концепцій інформаційного суспільства.

Однією з перших таких теорій є «демократія участі» Йонедзі Масуди. У двох фундаментальних працях – «Комп'ютопія» та ««Інформаційне суспільство як постіндустріальне суспільство» – Й. Масуда наводить глибокий аналіз змін у суспільстві в цілому, які виникають із розвитком та поширенням інформаційно-комунікаційних технологій.

Під час дослідницької роботи в Інституті розвитку використання комп'ютерів Й. Масуда розробив теорію комп'ютопії. Під комп'ютопією вчений розумів «глобальне футуризоване суспільство», в якому провідне місце займає самореалізація людини шляхом ефективного «використання майбутнього часу» [2, с. 41].

Вільне поліцентрове громадянське суспільство, головною метою якого є реалізація цінності часу, є основою комп'ютопії [2, с. 43]. Право вільного рішення, як використовувати майбутній час для досягнення мети, стане «визначальним правом людини у майбутньому інформаційному суспільстві» [2, с. 43].

У рамках комп'ютопії Й. Масуда розробив теорію демократії участі. Вчений визначає демократію участі як «форму правління, в якій політичні рішення і для держави, і для місцевих самоуправних одиниць будуть прийматися шляхом участі пересічних громадян» [1, с. 56].

Демократія інформаційного суспільства буде «політикою участі громадян; політикою автономного управління громадянами, що ґрунтуватиметься на договорі про участь і синергізмі, який бере до уваги думку меншості» [2, с. 39].

Демократія участі має замінити представницьку демократію. Сучасна технічна база та можливість забезпечення зворотного зв'язку створюють умови для врахування думки не тільки більшості, але й меншості.

Основними цінностями демократії участі будуть: гласність, плюралізм, більшість, однодумство, досягнення консенсусу [1, с. 56].

Технологічна база демократії участі буде складатися:

1) з інформаційної мережі, яка стане можливою завдяки розвитку комп'ютерно-комунікаційної технології;

2) процесу копіювання політичних моделей;

3) зворотного зв'язку для врахування індивідуальних думок [1, с. 45].

Ці зміни призведуть до ліквідації класичного для нас бюрократичного апарату, на зміну якому прийде «невеликий штат фахівців, професійно відповідальних за адміністративні функції» [3, с. 135].

Автор вважав, що примус та контроль над іншими будуть припинені у такому вільному суспільстві, функціонуючому на управлінні громадянами. «Суспільство буде синергетично функціональним, і це та ідеальна форма, яку нам обіцяє інформаційна перебудова» [2, с. 46].

Разом із тим дослідник розумів ризики, які несе із собою політико-правовий устрій інформаційного суспільства. Він вважав, що людство постало перед вибором: або абсолютне демократичне, правове інформаційне суспільство (комп'ютопія), або «автоматизована держава». Комп'ютопії Й. Масуда протиставляв контрольоване суспільство. Ризик його виникнення він пов'язував із тим, що комп'ютерними технологіями насамперед та найбільше користувались військові, урядові структури, спеціальні служби, органи внутрішніх справ. Й. Масуда вважав, що ця ситуація значно впливає на «уповільнення в демократичному застосуванні комп'ютерів» і продовження такої динаміки збільшує вірогідність виникнення контрольованого суспільства [2, с. 46 – 47], [3, с. 134].

Проте автор впевнений, що людство вибере шлях розвитку комп'ютопії.

Незважаючи на фундаментальність теорії Й. Масуди, концепція демократії участі здається доволі утопічною, хоча більшість прогнозів вченого щодо розвитку інформаційного суспільства вже реалізуються.

Наступним основоположним дослідженням є «Третя хвиля» Елвіна Тофлера. У своїй книзі Е. Тофлер характеризує кожний період розвитку людства хвилями. Сільськогосподарський період він називає «Першою хвилею», індустріальний період – «Другою хвилею», а нове інформаційне сус-

пільство – «Третьою хвилею». Сталі норми індустріального суспільства зазнають кардинальних змін. Централізованість змінюється роздробленістю, влада меншин приходить на зміну влади більшості. Зі зростанням значення і цінності інформації влада буде визначатися ступенем контролю над нею [4, с. 89].

Е. Тоффлер, розмірковуючи про кризу сучасної представницької демократії, висуває теорію напівпрямої демократії. Напівпряма демократія буде поєднувати елементи прямої та представницької демократії. При цьому велику роль будуть відігравати сучасні інформаційно-комунікаційні технології.

Вчений так характеризує напівпряму демократію: «Використовуючи передові комп'ютери, супутники, телефони, кабель, методи опитування та інші інструменти, освічені громадяни можуть вперше в історії почати приймати безліч власних політичних рішень. Питання не стоїть: або – або. Це не питання про пряму демократію або непряму, власне представництво або представництво через інших. Адже обидві системи мають переваги, і існують надзвичайно творчі, які поки що не використовуються, способи поєднувати пряму участь громадян з «представництвом» в новій системі напівпрямої демократії» [5, с. 290].

Е. Тоффлер вважав, що під час прийняття важливих рішень у разі голосування враховуються не тільки результати голосування представницького органу, але й результати плебісциту [5, с. 291]. Таких варіантів поєднання прямої та представницької демократії із застосуванням сучасних інформаційно-комунікаційних технологій може бути багато, і з розвитком технологій їх можна удосконалювати.

Ці дві теорії найбільш яскраво представляють майбутній політико-правовий устрій інформаційного суспільства. Спільним для всіх теорій є таке:

1) широке застосування інформаційно-комунікаційних технологій;

2) криза сучасної демократії;

3) збільшення електронної участі громадян;

4) децентралізація влади;

5) збільшення влади меншин та ін.

Дослідженнями сучасних демократичних процесів займалась велика кількість дослідників, і всі вони погоджуються в одному – настав період кризи представницької демократії.

З 70-х рр. XX ст. у США з появою кабельного телебачення з'явились пропозиції застосування телебачення для встановлення зворотного зв'язку з громадянами. Однак на практиці теледемократія виявилась неефективною.

Ситуація докорінно змінилася з появою та розвитком мережі Інтернет. Спочатку Інтернет розглядався як доповнення до традиційної демократії. Згодом у концепції постінтернет-демократії (Кібердемократії), розробленої К. Белламі, Інтернет вже виступає обов'язковою умовою сучасної демократії [6, с. 34].

Професор Сіднейського університету і Берлінського соціального наукового центру Джон Кин наголошує, що сучасна постпредставницька демократія почала розвиватися з 1945 р. З трансформацією почала включати додаткові та «засновані на участі особливості». При цьому сучасні технології та різноманітність комунікації дають громадянам привілеї. Різноманітні органи моніторингу та контролю влади (наприклад, правозахисні організації, збори громадян, громадські розслідування) допомагають забезпечити підзвітність влади у всіх сферах. При цьому значимість демократичних інститутів не зменшується, але вони змінюються під зовнішнім впливом, увагою та контролем [7, с. 865]. Тому ця теорія називається «моніторинговою демократією».

Норвезькі дослідники Теро Пайварінта та Ойстейн Себо систематизували різні теорії електронної демократії та виділили 4 основні моделі:

1) партійна електронна демократія (Partisan democracy);

2) ліберальна електронна демократія (Liberal democracy);

3) пряма електронна демократія (Direct democracy);

4) деліберативна демократія (Deliberative democracy) [8, с. 823].

Партійна електронна демократія характеризується ініційованою громадянами участю та неявним впливом на прийняття рішень. За допомогою застосування інформаційних технологій створюється майданчик для висловлювання альтернативних точок зору або критики влади без перерв з боку політичної еліти [8, с. 824]. Для цього можуть створюватися інтернет-спільноти, чати, блоги. Таким чином, громадяни використовують альтернативні способи ведення політичних дебатів, не тільки через представників або традиційні канали.

Такий зворотний зв'язок з боку громадян, навіть якщо їх мало, може зробити ефективнішим прийняття рішень владою. Хоча прямий зв'язок між висловлюванням позицій громадянами та прийняттям рішень або відсутній, або неясний [8, с. 824].

Однією з основних проблем цієї моделі вчені називають складність створення загального консенсусу рішень. Разом із тим такий спосіб суспільно-політичної дискусії

є дуже важливим у державах, де альтернативні майданчики «висловлювання політичних поглядів відсутні або важкодоступні» [8, с. 824].

Наступною моделлю Т. Пайварінта та О. Себо називають ліберальну електронну демократію. Основною її характеристикою є участь громадян у прийнятті рішень поза виборами. При ліберальній демократії діє представницька демократія, коли громадяни, окрім участі у виборах, також беруть широку участь у громадських дебатах щодо прийняття рішень.

Рішення приймаються після інформування громадян про позиції представників. Інформаційно-комунікаційні технології при цьому поліпшують якість та кількість обміну інформацією між громадянами та владою [8, с. 830].

При партійній та ліберальній демократії громадяни беруть непряму участь у прийнятті рішень. При партійній порядок денний створюють громадяни шляхом обрання влади, а рішення приймають органи влади. При ліберальній порядок денний встановлюють обрані представники, однак враховується думка громадян під час прийняття рішення.

Однією з найбільш популярних моделей є делібератив на демократія. Теорію делібератив ної демократії розвинув німецький філософ Юрген Хабермас. Під нею вчений розумів «демократію раціонального дискурсу, обговорення, переконання, аргументації та компромісу», засновану на комунікативному дискурсі [9, с. 89]. Громадяни беруть участь у відкритих дискусіях, обговореннях, форумах за допомогою комп'ютерних технологій. Проте автор відзначає небезпеку використання таких технологій для маніпуляції суспільно-політичною думкою та виникнення «інформаційного тоталітаризму» [9, с. 89].

Важливу роль відіграє організована, функціонуюча публічна сфера. У широких дискусіях збільшується участь громадян у прийнятті рішень. Делібератив на демократія за формою є представницькою, однак саме через досягнення консенсусу у прийнятті рішень легітимізує владу. Інформаційно-комунікаційні технології розвиваються «з метою збільшення участі громадян та участі у прийнятті рішень, окрім голосування на виборах та участі у виборчих компаніях» [8, с. 825].

За цією моделлю політики та державні органи постійно реагують на думку громадян та несуть відповідальність за «ініціювання та визначення актуальних тим, які обговорюються» [8, с. 829].

Однією з проблем цієї моделі демократії є цифровий розрив серед різних груп населення та небажання громадян, які вже залучені до традиційних «демократичних практик», застосовувати механізми електронної демократії.

Дуже сильно відрізняється від представницьких моделей електронної демократії пряма електронна демократія. При ній мережеві групи відіграють роль традиційних демократичних інститутів, які поступово перестають посідати провідне місце у політико-правовій сфері. Саме тому інформаційно-комунікативні технології у цій моделі електронної демократії виступають не доповненням до традиційних демократичних інститутів, а головною передумовою існування демократії [6].

Технології здійснюють підтримку спілкування великої кількості людей, які приймають рішення. Так, громадяни онлайн не тільки визначають порядок денний, але й приймають рішення. Здебільшого таку модель використовують на місцевому рівні.

Висновки

Таким чином, ми розглянули теоретичні аспекти електронної демократії. Як невід'ємна частина інформаційного суспільства, електронна демократія сприяє збільшенню участі громадян у встановленні порядку денного та прийнятті рішень, використовуючи цифрові технології.

У статті розглянуті теорії демократичної участі та напівпрямої демократії як частин концепції інформаційного суспільства.

Також розглянуті самостійні теорії, які об'єднані за загальними характеристиками у 4 моделі.

Наведені моделі є узагальненням різних теорій електронної демократії. Вважаємо, що найбільш ефективним буде поєднання різних моделей та використання їх залежно від питання та проблеми, яку необхідно вирішити.

Список використаних джерел:

1. Меньшеніна А. Є. Потенційні можливості реалізації демократичних цінностей в інформаційному суспільстві. *Грані*. 2015. № 10. С. 54-57.

2. Масуда Й. Комп'ютопія / перекл. з англ. В. Ляха. *Філософська і соціологічна думка*. 1993. № 6. С. 36-50.

3. Маруховський О. Переваги та вади інформаційного суспільства (До 40-річчя виходу у світ «Комп'ютопії» Й. Масуди). *Політичний менеджмент*. 2005. № 1. С. 127-136.

4. Вольфсон Ю. Р., Вольчина А. Е. Проблема классификации теорий информационного обще-

ства. *Современные исследования социальных проблем*. 2017. Том 8. № 3. С. 80-110.

5. Тоффлер Э. Третья волна. Москва: ООО "Фирма «Издатетьство АСТ», 2004. 345 с.

6. Bellamy C. «Modelling electronic democracy, Towards democratic discourses for an information age" in Hoff, J., I. Horrocks, and P. Tops (eds.) Democratic governance and new technology, technologically mediated innovations in political practice in Western Europe, London: Routledge, 2000. P. 33-54.

7. Keane J. The Life and Death of Democracy. London: Simon & Schuster UK Ltd, 2000. P. 992.

8. Päivärinta T., Sæbø, Ø. Models of E-Democracy. *Communications of the Association for Information Systems*. 2006. № 17. P. 818-843.

9. Белоусова В. М. Делиберативная концепция Ю. Хабермаса в контексте систематизации современных моделей демократии. *Вестник Удмуртского государственного университета*. 2015. Т. 25. № 4. С. 84-92.

Anna Mkhitarian. General theoretical characteristics of electronic democracy

The article is devoted to the study of theoretical models of e-democracy. Since the 60's of the twentieth century. various theories of modern democracy have been developed. The rapid development of information and communication technologies has affected the political and legal sphere, creating new opportunities for informing citizens, obtaining information from citizens from alternative sources and the formation of feedback between them and the state.

The first theories of e-democracy were developed mostly by sociologists and futurologists, but later it became the subject of research by political scientists. The concept of e-democracy, as a political and legal doctrine, is important for the study of modern state-building processes.

The article examines both theories of e-democracy, which were part of the concept of the information society, and independent theories, which are combined in the model. Yoneji Masuda's theories of participatory democracy, Alvin Toffler's semi-direct democracy, and John Keane's monitoring democracy are discussed in detail.

There is an increase in electronic participation of citizens in solving political and legal issues.

In addition, there are 4 models: party e-democracy, liberal e-democracy, direct e-democracy, deliberative democracy. These models are a generalization of various theories of e-democracy, which are united by common features.

Each model is characterized, its features and place of information and communication technologies in the implementation of each model. Particular attention is paid to the shortcomings of each model. Each model offers its own types of electronic participation of citizens in the political and legal sphere of the state.

The variety of theories is characterized by limited citizen participation (party e-democracy) and full agenda setting and decision-making by citizens (direct e-democracy).

The deliberative theory developed by J. Habermas is separately studied, the feature of which is the wide participation of citizens in the discussion of various problems and issues, as well as the importance of reaching a general consensus and taking into account the views of the whole population in decision making.

At the same time, the effectiveness of combining different models in solving individual issues is noted.

Key words: e-democracy, computopia, participatory democracy, semi-direct democracy, monitoring democracy, deliberative democracy.

УДК 340.1;340.132
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.34

Дмитро Очколяс,
аспірант відділу теорії держави і права
Інституту держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України

ПРИРОДА ТА СТРУКТУРА ТЕОРЕТИЧНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

У статті визначено актуальність вибраної для дослідження проблеми, з'ясовано ступінь її дослідження та поставлено завдання – дослідження сутності, природи та структури теоретичної юридичної науки шляхом з'ясування категорії «природа» на доктринальному теоретичному рівні, визначення структури науки та інтерпретації феномена природи та сутності теоретичного наукового знання в контексті сучасних уявлень про теоретичну юридичну науку. Наголошено на важливості загальнотеоретичної науки як одного із важливих складників ідеолого-правового життя суспільства. Це викликає необхідність систематизації уявлень про соціально-правові наслідки розвитку сучасної теоретичної науки, модернізації наукового знання відповідно до сучасних суспільно-політичних умов. Зазначено, що звернення до дослідження природи теоретичної науки пов'язане з потребами розвитку самої юридичної науки, зумовленими поглибленням історико-юридичних досліджень, здійснюваних теоретиками права, які досліджують проблеми структури юридичного знання, та незадовільним станом дослідження теоретико-правових проблем природи теоретичного знання на доктринальному рівні.

На основі аналізу етимологічного значення категорії «природа» та особливостей її тлумачення на науковому юридичному рівні зроблено висновок про те, що природа теоретичного знання пов'язується з наміром звернутися до головних властивостей, сутності, якісно важливих рис досліджуваного явища. Виявлено об'єктивні та суб'єктивні причини, що обумовлюють категорію «природа» саме у правовій сфері.

У результаті аналізу доктринального розуміння категорії «природа», обґрунтованого вченими-теоретиками, пропонується власне визначення цієї категорії стосовно загальнотеоретичної науки. Природа загальнотеоретичної науки обґрунтована як сукупність основних якостей, ознак та властивостей загальнотеоретичної науки, що зумовлюють її сутність, особливості та місце в системі юридичних наук. вона має дві основних складника: першооснова науки, що зумовила існування самого явища, його сутність, та сукупність істотних, сутнісних властивостей теоретичної науки.

Особливе місце у публікації відведено аналізу структури теоретичної науки. Акцентовано увагу на необхідності переосмислення наукових підходів, які прийнято вважати традиційними і майже офіційними. Система теоретичної науки визначена як сукупність структурних елементів, що визначають внутрішні і зовнішні зв'язки та володіють стабільними, статичними властивостями. На відміну від усталеного розуміння структури теоретичної науки як теорії права та теорії держави, запропоновано віднести до елементів структури загальнотеоретичні знання юридичної науки, теорію права, теорію держави, теорію прав людини, теорію юридичної техніки та законодавчої стилістики, теорію правових систем.

У висновках узагальнено обґрунтовані ідеї щодо природи та структури теоретичної науки.

Ключові слова: теоретична юридична наука, природа науки, структура науки, наукові категорії, дефініції, теоретична основа науки.

Постановка проблеми. Важливим напрямом розвитку Української держави є формування правової держави, остаточне запровадження інститутів ринкової економіки, створення якісно нового суспільства, орієнтованого на пріоритет загальнолюдських цінностей; модифікація та модернізація функціонального призначення державних органів; запровадження «партнерських» відносин особи та держави. Досягнення позитивних результатів відповідних державотворчих та правотворчих процесів є можливим за умови дотримання принципу науковості, ґрунтовних напрацювань у сфері юридичної науки, тісного взаємозв'язку юридичної науки, нормотворчості і правозастосування. Від обґрунтованості наукової юридичної бази багато в чому буде залежати ефективність правотворчих і державотворчих процесів та їх результативність. Саме це й зумовлює актуальність теоретико-правового аналізу

© Д. Очколяс, 2021

природи, системи та структури теоретичної юридичної науки [1, с. 127].

Аналіз останніх публікацій. Питання природи, структури та системи теоретичної юридичної науки аналізувались у вітчизняному правознавстві фрагментарно та у дискусійній формі. У сучасній науці зазначені питання висвітлювалися в роботах С.С. Алексєєва, С.Н. Братуся, Д.А. Керимова, М.І. Козюбри, П.М. Рабіновича, О.В. Петришина, Ю.С. Шемшученка, С.Д. Гусарєва, Н.М. Оніщенко, О.Ф. Скакун, О.Д. Тихомирова, Б.Д. Бондаренка. У роботах згаданих вчених досліджено особливості сучасного етапу розвитку загальнотеоретичної науки, з'ясовано теоретико-методологічні аспекти закономірностей як предмета загальної теорії права, обґрунтовано необхідність переосмислення предмета цієї науки, досліджено її функції та взаємодію з іншими юридичними науками. На применшуючи значення оприлюднених доктринальних ідей, необхідно зазначити, що питання природи та структури теоретичної юридичної науки досліджені фрагментарно в основному на рівні підручників та навчальних посібників, що суттєво підвищує актуальність дослідження проблеми.

Метою публікації є дослідження сутності природи, структури та системи теоретичної юридичної науки.

Досягненню поставленої мети слугує вирішення таких дослідницьких завдань:

а) дослідити розуміння категорії «природа» у теоретичному науковому аспекті;

б) визначити структуру теоретичної юридичної науки;

в) інтерпретувати феномени природи та сутності теоретичного юридичного знання в контексті сучасних уявлень про теоретичну юридичну науку;

г) виявити передумови формування системи та евристичного потенціалу функціонування системи в структурі теоретичного знання.

Виклад основного матеріалу. У сучасний період розвитку суспільства юридична наука стає однією з найважливіших сфер ідеолого-правового життя суспільства, долучаючи все більше інтелектуальних і матеріальних ресурсів суспільства, здійснюючи дедалі більший вплив на суспільно-політичні, культурно-правові та інші сфери суспільного життя. У цих умовах раціональне використання наукового потенціалу, підвищення ефективності юридичної науки набуває істотного значення. До важливих особливостей сучасного наукового знання про право та державу належить прискорення темпів розвитку науки і впровадження її досягнень у практику, що потребує від вчених нових логіко-гносеологічних та методологічних завдань. Це викликає необхідність систематизації уявлень щодо розвитку юридичної науки і її соціально-правових наслідків, без якої сучасний стан розвитку суспільства ускладнений «архірозумінням» про основні правові категорії. Отже, модернізація наукового знання відповідно до сучасних суспільно-політичних умов орієнтує вчених на всебічне дослідження специфіки юридичного знання.

Категорія «правова природа» є досить часто вживаною у юридичній науці та характеризується численними спробами визначення у поєднанні з різними суміжними правовими явищами та категоріями. Зручність використання цієї категорії і універсальність випадків, коли вона може бути використана, як правило, відсувають на другий план питання про сутність самого поняття «правова природа». Практично завжди поєднання слів «правова природа» сприймається як даність, без аналізу її сутності у первісному значенні, у зв'язку із чим адекватність його використання у науковому обігу виявляється вельми сумнівною. Зазначене поняття набуває характеру «зворотного канцеляризму», що вживається в усіх тих випадках, коли є труднощі у виборі «імені» наукового питання. При цьому масштаби використання словосполучення «юридична природа» досить значні, як і субстанції, по відношенню до яких воно використовується, не кажучи вже про набір характеристик, які, на думку того чи іншого науковця, утворюють притаманну їй юридичну природу.

Звернення до дослідження природи теоретичної юридичної науки пов'язане, перш за все, з процесами і потребами розвитку самої юридичної науки, оскільки:

по-перше, зазначена необхідність пов'язана з поглибленням історико-юридичних досліджень, здійснюваних теоретиками права, які досліджують і обговорюють проблеми структури історико-філософського походження юридичного знання, теоретико-пізнавальної структури певних етапів розвитку юридичної думки, історії юридичної науки як системи, що розвивається, діалектики юридичного процесу;

по-друге, актуальність дослідження природи юридичної науки викликана незадовільним станом досліджень саме теоретичних проблем її діалектичного розуміння, а саме абстрактністю трактування вказаної наукової проблеми.

Більш глибоке розуміння природи юридичної науки необхідне для розуміння іде-

ологічної функції права. Доказовість і переконливість сучасної ідеологічно-правової критики наявних правових доктрин потребують високої культури правового мислення й ерудиції, формування яких неможливо зрозуміти без тлумачення природи юридичних знань. А оскільки сучасне розуміння юридичної науки формується під тиском західно-ідеологічного розуміння права та нових цінностей, які існують у сучасному суспільстві, а саме прав людини, гендерності, свободи крізь призму матеріалізму та природних прав людини, розуміння сутності загальних понять та категорій юридичної науки надає можливість досконало вивчити та проаналізувати сучасні новели теоретичної юридичної науки.

Досліджуючи категорію природи, неможливо не зупинитися на філологічному аналізі цього слова. Тлумачні словники української мови визначають його як сутність основних якостей, властивостей чого-небудь; суть, сутність [2, с. 905]. Але у різних лексикографів, які працювали у різні історичні періоди, загальнопоширені тлумачення не збігаються, а різноманіття значень є результатом накопиченого досвіду щодо дослідження зазначеної правової категорії. Сучасне трактування вказаної категорії містить розуміння, надане філософами Античності. Так, Аристотель, узагальнюючи широкий набір смислових відтінків [3, с. 112], зробив висновок, що з усіх наявних значень природи основним буде сутність. Таким чином, вихідна сентенція, що склалася остаточно та є поширеною у наукових джерелах, – розуміння природи явища або категорії у першому й основному сенсі як її сутність [3, с. 111].

Така інтерпретація міститься майже у всіх словниках і за логікою має бути присутня в будь-якому сучасному словнику. Застосування такого значення категорії природи теоретичної юридичної науки свідчить про намір звернутися до головних властивостей, сутності, якісно важливих рис досліджуваного нами явища.

Таке тлумачення формується через оціночні юридичні поняття і використовується у різних категоріях юридичної науки, включається до змісту найважливіших правових принципів, утворює самостійні терміни і таким чином отримує нове формулювання та значення.

Цілком погоджуємося з М.М. Оніщенко, яка вважає, що право – це абстрактний конструкт, воно має природу, тобто характерні властивості, риси та ознаки в залежності від витоків формування, своєрідних постулатів, які вирізняються не лише змістовними характеристиками, а й формальною реалізацією [4, с. 8]. Сучасна наука, з одного боку, є традиційною, а з іншого – має риси нової наукової парадигми, що, своєю чергою, має риси постнекласичної науки та характеризується еволюційно-синергетичною картиною світу [5, с. 89]. Це безпосередньо впливає на характеристику її природи. Вона безпосередньо буде залежати від того сенсу, який ми будемо надавати теоретичній науці, адже вона може бути визначена як тип знань, якому властива певний ступінь істинності і який націлений на пізнання державно-правової дійсності, та як суспільний інститут, що відображає взаємодію науковця та суспільства і держави. Характеризуючи природу теоретичної науки, ми будемо сприймати її як теоретичне знання про об'єкт, раціональний спосіб пізнання державно-правових явищ.

Вивчення категорії «природа» у теоретичній юридичній науці пов'язане зі складністю об'єктивного і суб'єктивного порядку та зумовлено рядом причин. *До об'єктивних причин* пізнання належать:

а) висока асоціативність і дискусійність досліджуваної категорії;

б) багатоплановість самого поняття;

в) відсутність звичних для юридичної спільноти чітких і повних сучасних правил і формулювань. Наслідком стають, по-перше, ймовірність довільного слововживання. Формується такий термін, тлумачення якого небажано використовувати у нормативному тексті та інших офіційно-юридичних видах документів, як-то: офіційний лист, договір, судове рішення, адміністративний акт – тобто майже всі юридичні документи, крім справді творчої роботи (наприклад, юридичний висновок);

по-друге, у літературі існують перекручені визначення у комплексних наукових творах і окремих судженнях щодо змісту, поняття юридичної природи як з точки зору загальної теорії права, так і з точки зору галузевих правових наук [1, с. 111]. Зазначені причини вказують на інформаційно-дослідний вакуум, що поряд із відсутністю полеміки, яка, як відомо, наближує до істини, і не дозволяють повноцінно зрозуміти зазначений феномен.

Суб'єктивні причини пізнання є другорядними, однак дуже негативно впливають на юридичну репрезентативність категорії «природа», а саме:

а) домінування у спеціальній літературі особистісного (побутового) сприйняття терміна над раціональним (технічним);

б) елементарне небажання досліджувати предмет із загальнотеоретичних і в окремих випадках – філософських позицій, що у сучасний період пояснюється всепоглинаючою прагматичністю [3, с. 5];

в) ненавмисна (допущена в результаті поверхневого вивчення) або неетична підміна понять у сучасній юридичній науці, пов'язана з незнанням історії формування теоретичних категорій та понять;

г) «глобалістські» економічні умови суспільства, під впливом яких роль національних правових систем, їх груп і об'єктивного права у цілому перекручено тлумачиться виключно як «служниці» економіки. На думку апологетів (представників) подібних теорій, що активно впроваджують їх у життя, юридичні конструкції, перевірені багатовіковим досвідом тлумачення і застосування, можуть і повинні змінюватися для загальних (публічних) економічних інтересів.

Науковому прагненню абсолютної більшості теоретиків права, які мають намір визначити правову природу того чи іншого явища, дуже рідко передує питання про те, що насправді вони розуміють під цією категорією. Але, досліджуючи правову природу юридичних категорій, вкрай важливо визначити, що саме дослідник вкладає у розуміння зазначеної категорії. Так, С.С. Алексєєв визначає юридичну природу через юридичні характеристики правового явища, що дозволяють побачити його структуру, місце і роль серед інших правових явищ відповідно до його соціальної природи [6, с. 169]. І.В. Матвєєв стверджує, що звернення до терміна «правова природа» зумовлено необхідністю дати вичерпну характеристику того чи іншого юридичного факту, процесу, явища. І при цьому в осмисленні правової природи науковець виходить зі значення самого терміна «природа», під яким розуміється сутність, основна властивість чого-небудь. На підставі цього вчений доводить, що з'ясувати правову природу означає визначити місце правового явища в системі однорідних явищ з виявленням його специфічних істотних ознак. Так, аналіз правової природи стосовно недійсних угод, на думку І.В. Матвєєва, означатиме «визначення їх місця в системі юридичних фактів і з'ясування специфічних ознак недійсних угод, що дозволяють відмежувати їх від інших юридичних фактів» [7, с. 5].

Більш вузьке визначення правової природи з точки зору теоретичної юридичної науки надає А.В. Захаров, стверджуючи, що правова природа явища – це, по суті, питання про галузеву приналежність норм, якими ці відносини регламентуються з метою визначення норм, що «відповідальні» за регулювання цієї групи суспільних відносин [8, с. 100].

На нашу думку, природа загальнотеоретичної науки – це сукупність основних ознак, якостей та властивостей цієї науки, що зумовлюють її сутність, особливості та місце в системі юридичних наук.

Це категорія, що має динамічний характер та тенденцію до еволюціонування. Адже на зміну кумулятивному характеру теоретичної науки, що визначається як накопичення знань, підтвердження їхньої істинності, приходить діяльнісний, змістом якого є пізнавальна діяльність, що також має еволюційний характер. Таким чином, кумулятивна природа юридичної науки доповнюється діяльнісним аспектом її розуміння.

Природа теоретичної юридичної науки, на нашу думку, містить дві головні складові ознаки:

по-перше, говорячи про природу юридичних категорій або понять, ми насамперед маємо на увазі першооснову, провідний початок, що зумовив існування самого явища, його сутність. Де визначення сутності категорії, явища або поняття належить виявленню його основ, що є найглибшим рівнем розуміння сутності, ядром сутності, як вказував С.С. Алексеев [4, с. 132]. Науковець доводив, що сутність визначає сама себе як підставу, яка вказує, на чому тримається сутність;

по-друге, іншим складником сутності є сукупність необхідних (істотних, сутнісних) властивостей і відносин явища, визначення яких можливо назвати менш глибоким попереднім пластом розуміння сутності. Властивостями виступають як потенційні можливості (невиявлені), так і реально властиві явищу (категорії) ознаки.

Отже, під ознакою ми маємо на увазі наявність або відсутність властивості у явища (категорії), а також наявність або відсутність відношення між явищами (категоріями). Аналіз термінологічного значення поняття «правова природа» у теоретичній юридичній науці має визначальне значення, та присутність в ньому терміна «правова» вказує на те, що явище визначається з точки зору права. Якщо наявність правової природи у тому чи іншому правовому явищі (категорії) – це аксіома, то значення буде мати її визначення, виявлення, що полягатиме в аналізі з позиції права його істотних властивостей (як потенційно можливих, так і реально властивих ознак) і розкритті підстав.

На підставі здійсненого вище дослідження лексичного значення категорії «природа» необхідно визначити, що теорія права спирається на загальноприйняте визначення, сформульоване С.С. Алексєєвим і І.В. Матвєєвим, які розуміють сутнісний (феноменологічний) аналіз поєднання «правова природа», що зводиться до юридичних

характеристик, структури, місця і ролі явища (категорії) серед інших [6, с. 172].

Можливо виокремити декілька уявлень про природу загальнотеоретичної науки, що будуть пов'язані із процесом пізнання. Перш за все, це реалістична природа, що полягає у дослідженні об'єкта як реальності, що має логічно завершений характер, а пізнання є результатом узагальнення наявних фактів. Більш високим рівнем природи, науки є інтерпретація, пов'язана з можливістю не лише констатації, а й розуміння об'єкта пізнання. І нарешті, репрезентована природа теоретичної науки пов'язується з можливим впливом на об'єкт пізнання з метою його практичного удосконалення та взаємодією з науковим співтовариством з метою апробації та поширення результатів пізнання.

На нашу думку, природа загальнотеоретичної науки виявляється у її соціально-політичній, фундаментальній, методологічній сутності та системно утворюючих, політико-ідеологічних навчально-виховних, філософсько-пізнавальних, світоглядних, прогностичних властивостях.

Питання про структуру теоретичної юридичної науки традиційно актуальне для правознавства. Без даних про структуру вельми складно (якщо взагалі можливо) опрацьовувати будь-яку іншу правову проблематику, обґрунтовано і впевнено проводити запропоновані рішення в життя. Вимога наукової обґрунтованості рекомендацій, що створюються для юридичної практики (наприклад, за частиною змісту юридичних приписів та їх систематизації), зумовлює потребу в пізнанні структури правової науки взагалі, у виявленні константних і закономірних зв'язків між елементами теоретико-правової науки.

Сучасна вітчизняна правова доктрина відзначена активним інтересом до дослідження структурної побудови теоретичної юридичної науки. Фахівці права наголошують на необхідності перегляду, переосмислення і переробки тих наукових підходів, що прийнято вважати традиційними, ортодоксальними, майже офіційними. У певному аспекті з дискусіями про систему теоретичної юридичної науки складно конкурувати, мабуть, навіть доктринальним диспутам стосовно розуміння самої юридичної науки, оскільки в останньому випадку і багатогранність самого кореспондуючого явища і феномена, і варіативність сприйняття визнаються допустимими набагато частіше. Незважаючи на те, що питання про структурну будову системи юридичної науки можна віднести в юриспруденції до вічних, у сучасній науці воно інтерпретується переважно через дуалістичну теорію і (або) за допомогою галузевої моделі. Але багато аспектів проблематики (як щодо безпосередньо самої структури, так і щодо системи юридичної науки у цілому) і до цього часу залишаються невирішеними або дуже спірними. Загальнотеоретичних досліджень, присвячених структурі юридичної теоретичної науки, у сучасній науці дуже мало.

Структура теоретичної науки складається з елементів, що визначають внутрішні та зовнішні закономірні взаємозв'язки і володіють, порівняно з іншими частинами відповідної будови, стабільними, досить статичними властивостями. У зв'язку із цим, незалежно від того, наскільки масштабними будуть виокремлені неструктурні елементи, система у будь-якому разі буде логічною (у тому числі і завершеною). Структурні елементи в системі також будуть існувати завжди. Інакше неможливо констатувати наявність самої системи. Структурні елементи системи науки права є тими показниками, що існують у праві (лише ті, що залежать від конкретно-історичного правового буття) і відображають його сутність. Головними властивостями системи теоретичної правової науки є: а) змістова єдність; б) внутрішнє впорядковане дроблення; в) логічність; г) наявність закономірних взаємозв'язків; д) стабільність структурних елементів (у співвідношенні з динамізмом інших компонентів системи). При цьому саме структурні елементи забезпечують взаємодію в системі будови.

Необхідно наголосити, що феномени держави і права, досліджувані теоретичною юридичною наукою, не є виключно науковою монополією правознавців. Зазначені феномени є й культурно-історично-етичними категоріям та інститутами. І саме цей аспект їхньої інституційної еволюції відкриває можливість структурно-дисциплінарного підходу в осмисленні правової природи та правових процесів як соціокультурних практик і традицій. Адже будь-яке наукове пізнання може бути охарактеризоване як завершене, однак свою повноцінність теорія набуває лише тоді, коли вона застосовується до актуальних питань практичного життя [9, с. 137].

На думку Ю.А. Вєдєнєєва, можливість подолання або перевизначення традиційної логіки побудови теоретичної юридичної науки полягає у логіці включення до її складу (як концептуального ядра) вивчення не тільки історичних контекстів виникнення і розвитку державно-правових інститутів і формальних мов правового звернення, але й насамперед соціокультурних (ментальних і когнітивних) підстав і форм відтворення

самої системи юридичних знань про державу і право [10, с. 22].

Дещо спрощений підхід до визначення структурних елементів теоретичної юридичної науки обґрунтовує М.В. Кравчук, наголошуючи на виокремленні методології, теорії держави та теорії права [11, с. 23]. А.М. Кучук дещо розширює діапазон елементів структури теоретичної юридичної науки, додаючи до елементів закономірності держави і права систему категорій і понять, принципи права, правові аксіоми, правотворчу, правоінтерпретаційну і правозастосовну діяльність [12, с. 420], а О.Л. Копиленко цілком слушно відносить сюди сутність форми, функції, механізм взаємодії держави і права; основні державно-правові категорії; державно-політичну та правову свідомість і правову культуру [13, с. 20].

Така розбіжність у поглядах вчених може бути пояснена певними особливостями юридичної науки. Особливе місце серед них належить соціологізації, зумовленості різними типами праворозуміння, впливу євроінтеграційних процесів, зростанню значення порівняльно-правових досліджень [14, с. 192].

До структурних елементів сучасної теоретичної науки (предметний підхід) слід віднести такі:

1) загальнотеоретичні питання юридичної науки. Проблеми функціонування і розвитку юриспруденції, зокрема її змісту, функцій, структури та методології пізнання. Вироблення теоретичних пропозицій удосконалення функціонування держави і права;

2) теорія держави. Проблеми держави як форми організації та управління суспільством. Поняття, сутність, типологія, функції, механізм, форма держави, її місце в політичній системі громадянського суспільства та ін.;

3) теорія права. Проблеми внутрішньої організації права як регулятора суспільних відносин, зокрема: поняття, сутності, змісту, принципів, функцій, структури і форми права; формування і дії права;

4) теорія прав людини. Співвідношення категорій «людина», «особа», «громадянин». Взаємодія особи з іншими соціальними інститутами. Поняття та класифікація прав людини, їхнє співвідношення з правами громадянина. Теоретичні основи правового статусу суб'єктів права;

5) теорія юридичної техніки, законодавчої стилістики, методів тлумачення права в діяльності правотворчих, правозастосовчих та інших органів і установ;

6) теорія правових систем (юридична компаративістика). Поняття, ознаки, структура, функції правової системи, її співвідношення з іншими підсистемами соціальної системи.

Типи (сім'ї) правових систем та їх змістова характеристика. Сучасне порівняльне право, акумулюючи досвід країн світового співтовариства, дозволяє не лише використовувати різні варіанти правових рішень, а і розглядати їх в історичному аспекті, надаючи можливість оцінити ефективність рішення, що приймається на соціальному рівні.

Висновки

Таким чином, *природа теоретичної юридичної науки* – розуміння її сутності та змісту, що охоплює сукупність складників, які забезпечують систему наукових знань, умінь, навичок. У сучасне розуміння зазначених категорій «сутність» та «зміст» теоретичної юридичної науки входить:

а) теоретична основа як науково-теоретична база, концептуальна система знань, що відображає відповідну галузь дійсності. Структура теоретичної основи складається з термінів, категорій, дефініцій. Наприклад, юридичні категорії – юридична відповідальність, правове регулювання, позовна давність;

б) практична основа як організаційно-практична діяльність і накопичений досвід у правовій сфері. Наприклад, публікації власних досліджень, пропозиції, засновані на теоретичному або практичному досвіді;

в) методологічна основа як спосіб організації пізнавального процесу за допомогою певних принципів, прийомів, методів і засобів. Наприклад, історичний метод – вивчення історії розвитку теоретичної юридичної науки.

Система теоретичної юридичної науки – це сукупність взаємозалежних наук, що вивчають право і державу як відносно відокремлені, самостійні соціальні інститути, де і право, і держава досліджуються і як самостійні категорії, і у взаємозв'язку між собою та у взаємозв'язку з людиною та суспільством. Зазначені категорії досліджуються як багатофункціональні складні категорії, що історично розвиваються й одночасно зберігають певне коло власних ознак незмінними.

Систему теоретичної юридичної науки доцільно розглядати в об'єктивному і суб'єктивному аспектах. Керуючись «еталонними» ознаками, ми пропонуємо оптимальну структуру системи теоретичної юридичної науки, що складається з п'яти компонентів: а) склад теорії держави і права як науки; б) теоретичні проблеми співвідношення суспільства, держави і права; в) теорія держави; г) теорія права; д) теоретичні проблеми формування світового правопорядку.

Список використаних джерел:

1. Меліхова О.Ю. Поняття, ознаки та функції юридичної науки як об'єкта організаційно-правового механізму управління: теоретико-правовий аналіз. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2013. № 1. С. 127-130.
2. Новий тлумачний словник української мови : в 3-х томах. Т. 2. Київ: Видавництво «Аконіт», 2008. 926 с.
3. Аристотель С. Метафизика / пер. с греч. А.В. Кубицкого. Москва: *Эксмо*, 2008. С. 111.
4. Оніщенко Н.М. Проблеми поняття сутності та природи права. *Часопис Київського університету права*, 2009. № 4. С. 4-8.
5. Черникова Н.В. Природа науки и критерии научности. *Гуманитарный вектор*. 2012. № 3 (31). *Серия «Философия и культурология»*. С. 89-97.
6. Алексеев С. С. Теория права. Москва: Издательство *БЕК*, 1995. 320 с.
7. Матвеев И.В. Правовая природа недействительных сделок. Москва: *Юрдитинформ*, 2004. С. 5.
8. Захаров А.В. Создание юридических лиц: правовые вопросы : монография. Москва : Норма, 2002. 112 с.
9. Петришин О.В. Проблеми соціалізації правової науки. *Право України*, 2010. № 4. С. 133-142.
10. Вєдєнєєв Ю.А. Юридическая наука: система и структура. *Теория права*. 2016. № 2-3. С. 20-25.
11. Кравчук М.В. Теорія держави і права : навчальний посібник. Тернопіль: Карт-бланш, 2002. 247 с.
12. Теорія держави і права : підручник. Дніпропетровськ: *Ліра* ЛТД, 2014. 468 с.
13. Загальна теорія держави і права : навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2016. 400 с.
14. Гуменюк Т. Концепти функціонування сучасної юридичної науки. *Підприємництво, господарство і право*, 2018. № 4. С. 188-192.

Dmytro Ochkolias. Nature and structure of theoretical legal science

The relevance of the problem chosen for research is determined, the degree of its research is clarified and the task is to study the essence, nature and structure of theoretical legal science by clarifying the category "nature" at the doctrinal theoretical level, defining the structure of science and interpreting the phenomenon of nature and essence of theoretical science. knowledge in the context of modern ideas about theoretical jurisprudence. The importance of general theoretical science as one of the important components of the ideological and legal life of society is emphasized. This necessitates the systematization of ideas about the socio-legal consequences of the development of modern theoretical science, the modernization of scientific knowledge in accordance with modern socio-political conditions. It is noted that the appeal to the study of the nature of theoretical science is associated with the needs of legal science itself, due to the deepening of historical and legal research by legal theorists who study the structure of legal knowledge and unsatisfactory state of research of theoretical and legal problems of theoretical knowledge at the doctrinal level..

Based on the analysis of the etymological meaning of the category "nature" and the peculiarities of its interpretation at the scientific legal level, it is concluded that the nature of theoretical knowledge is associated with the intention to address the main properties, essence, qualitatively important features of the phenomenon. The objective and subjective reasons that determine the categories of "nature" in the legal sphere have been identified.

As a result of the analysis of the doctrinal understanding of the category "nature", substantiated by theorists, the own definition of this category in relation to general theoretical science is offered. The nature of general theoretical science is substantiated as a set of basic qualities, features and properties of general theoretical science, which determine its essence, features and place in the system of legal sciences. it has two main components: the basis of science, which led to the existence of the phenomenon itself, its essence and the set of essential, essential properties of theoretical science.

A special place in the publication is given to the analysis of the structure of theoretical science. Emphasis is placed on the need to rethink scientific approaches, which are considered traditional and almost official. The system of theoretical science is defined as a set of structural elements that define internal and external relations and have stable, static properties. To replace the established understanding of the structure of theoretical science as a theory of law and the theory of the state, it is proposed to include general theoretical knowledge of legal science, theory of law, theory of state, theory of human rights, theory of legal techniques and legal stylistics, theory of legal systems.

The conclusions generalize substantiated ideas about the nature and structure of theoretical science.

Key words: theoretical legal science, nature of science, structure of science, scientific categories, definitions, theoretical basis of science.

УДК 340.114.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.35

Мар'яна Суходоля,
здобувач наукового ступеня доктора філософії
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ФАКТИЧНИЙ СТАН ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ НАСЕЛЕННЯ УКРАЇНИ ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ ДЕФОРМОВАНОЇ ПРАВОСВІДОМОСТІ

У статті досліджено фактичний стан населення України як відображення деформованої правосвідомості.

Виявлено, що стан подвійного транзитивного суспільства, який властивий Україні на сучасному етапі, здійснює систематичний негативний вплив на всі сфери соціально-правового буття.

Наголошується, що правову свідомість населення України варто аналізувати диференційовано, а не монолітно, оскільки різним соціальним групам притаманні певні особливості. Можна погодитися з тим, що здебільшого правову свідомість громадян нашої країни представляють її деформовані види, однак самі деформації характеризуються варіативністю. Для посадових осіб здебільшого характерні правовий нігілізм і правовий прагматизм (правовий інструменталізм). Окремо виділяються співробітники правоохоронних органів, тому що для них, крім зазначених вище, типовою є перероджена правосвідомість. Для пересічних громадян найпоширенішими формами правової свідомості визнаються правовий нігілізм, правовий песимізм і правовий інфантилізм.

Зроблено висновок, що деформована правова свідомість зумовлює такі особливості правової культури в Україні, як корупція, бюрократизм у діяльності посадових осіб усіх рівнів; загальне нехтування правилами поведінки, формальне, а не усвідомлене їх дотримання; широке зловживання суб'єктивними правами й повноваженнями, використання правових приписів для виправдання власної поведінки; толерантність до протиправних дій, знаходження пояснення вчинків правопорушника; схильність до самосуду та «вуличної демократії», що зумовлено загальною недовірою до правоохоронних органів; застосування подвійних стандартів у сфері права та «вибіркової гуманізації»; нерозуміння сутності правових засобів, необхідних і достатніх для вирішення конфлікту, недотримання меж їх застосування, маскування під правову активність дій, які насправді суперечать духу права.

Ключові слова: правова культура, правосвідомість, деформована правосвідомість, стан правосвідомості.

Постановка проблеми. Стан подвійного транзитивного суспільства, який властивий Україні на сучасному етапі, здійснює систематичний негативний вплив на всі сфери соціально-правового буття. Це відображається в економічному, політичному, культурному секторах тощо, що гальмує суспільний розвиток, породжує зневіру в прийдешньому дні, сумніви в здатності держави ефективно виконувати свою соціальну функцію. Страждає від таких тенденцій і правосвідомість населення, що надалі позначається на фактичній поведінці, тобто на правовій культурі. У сучасних вітчизняних дослідженнях зазначається, що українському суспільству найчастіше властивий правовий нігілізм як форма правосвідомості. Але виникає питання, чи це дійсно так і чи властиве це всім соціальним групам. У площині відповідей на зазначені питання й знаходиться актуальність дослідження.

Правосвідомості та правовій культурі присвячені непоодинокі дослідження, зокрема, таких учених, як С. Богачов [1], А. Зуєва [2], Т. Міхайліна [3], М. Пампура [4], О. Ткаля [2] та багатьох інших. Проте проблематика характеризується таким динамізмом, що її аналіз є необхідним на сучасному етапі розвитку українського суспільства.

Метою статті є аналіз фактичного стану правової культури населення України як відображення деформованої правосвідомості.

Виклад основного матеріалу. У більшості наукових досліджень акцентується увага на особливостях України як країни з радянським минулим і такої, що вимушена протистояти військовій агресії. Крім того, карантинні обмеження, спричинені пандемією, ще більше загострили зазначені проблеми, продемонстрували ще більше напруження у відносинах влади та населення. Це дійсно заслуговує на увагу в площині під-

© М. Суходоля, 2021

вищення правової культури у зв'язку з тим, що «українська національна ідентичність (розуміючи її навіть як національну самосвідомість) не є унітарною, вона складно структурована і достатньо неоднорідна» [5, с. 656], що відзначають у дослідженнях соціологи. Ураховувати це необхідно й під час скринінгу, аналізу правової свідомості та правової культури, і під час розробки заходів з їх підвищення. Наведене правильно внаслідок, по-перше, розшарованості, неоднорідності самого українського суспільства, значного розриву в доходах населення, багатонаціональності України; по-друге, на неоднорідність правової культури впливає й чинник територіальності. Різні регіони України протягом свого розвитку знаходилися під впливом різних історичних умов, що й зумовило дещо різну самосвідомість, світосприйняття тощо. Це є об'єктивним чинником, який має обов'язково враховуватися під час формування правової культури населення й неврахування якого є величезною помилкою уряду на сучасному етапі розвитку. Отже, перспективним є прищеплення громадянської (а не національної) самосвідомості як громадянина України, яка безпосередньо залежить від культивування в народу почуття взаємоповаги, толерантності й гордості за свою державу.

Одним із основних завдань держави є створення умов для постійного підвищення рівня правової культури або хоча б недопущення її різкого зниження. Оскільки рівень правової культури на різних етапах розвитку суспільства є різним, розвиток правової культури є процесом перманентним, коли кожне наступне покоління намагається його вдосконалити. При цьому суттєвою є ознака, згідно з якою процес удосконалення має розпочинатися лише після відповідного засвоєння вже накопичених правових знань [1, с. 43]. Але в зазначеному випадку автор, скоріше, мав на увазі, що стан правової культури постійно змінюється. У значенні терміна «розвиток» і традиційні, й електронні словники передусім виділяють саме позитивний рух. Так, академічний тлумачний словник української мови наводить одне зі значень розвитку як «процес, у результаті якого відбувається зміна якості чого-небудь, перехід від одного якісного стану до іншого, вищого» [6]. Але ж узагалі не факт, що правова культура постійно вдосконалюється, набуває нових позитивних рис. Так, вона постійно знаходиться в русі, постійно змінюється, але такі зміни можуть мати й негативні характеристики. Засвоєння правових знань, тобто правовий досвід (позитивний чи негативний), безумовно, впливає на нові якості правової культури суспільства. Для українського суспільства нині характерний рух зі знаком «мінус», тобто в бік зниження правової культури та правової свідомості.

На трансформації аналізованих інститутів безпосередньо впливають як власне правові явища, так і явища, процеси суміжних до права систем, таких як політика, соціум, економіка тощо. Отже, правовий досвід може формуватися як юридичними засобами, так і неюридичними, дотичними до юридичних у певній ситуації.

Сучасні дослідники виходять із таких основних змін, які зазнає нині як світова, так і вся пострадянська політико-правова сфера: 1) влада деперсоналізується, набуваючи анонімності, відокремлюючись від конкретних особистостей, а політичний менеджмент відсторонює від управління реальних політиків; 2) посилюється роль інформаційно-аналітичних центрів, дедалі серйознішають позиції продуцентів і користувачів інформації; 3) традиційні засади соціальної структури у вигляді сім'ї, культури та ідеологій зазнають деструкції, що компенсується посиленням релігійності нетрадиційного типу; 4) до сфери політики дедалі активніше залучаються маргінальні соціальні рухи, принципово відчужені від традиційних ідеологічних побудов; 5) насилля у внутрішній і зовнішній політиці загалом послаблюється, але натомість воно частішає в повсякденному житті, що перетворюється на одну з основних проблем «суспільства масового споживання» [4, с. 150–151; 7, с. 34].

Як бачимо, перелічені властивості повністю відповідають опису політико-правової ситуації в Україні. Причому серед перерахованих моментів можна помітити й дуже негативні тенденції, які потребують скорочення або згладження, так і цілком природні, які просто необхідно враховувати та раціонально використовувати для цілей якісного розвитку правової свідомості й правової культури. Так, зрозуміло, що маргіналізація громадянського суспільства та дозволення таким маргінальним групам більшого, ніж іншим, заважає формуванню правової культури широких верств населення. А от посилення ролі інформаційно-аналітичних центрів є повністю нормальним трендом інформаційного суспільства. Інформаційні технології, як і будь-яке інше знаряддя чи засіб, можуть виконувати рівною мірою й позитивну, і негативну роль. Зважаючи на те, для чого, ким і яким чином вони використовуються.

Більшість науковців наголошує на тому, що для населення України характерною

формою правосвідомості є правовий нігілізм. Із цим можна погодитися й уточнити, що вираженням нігілізму українського суспільства є знецінення права, спотворення його змісту, звернення до букви закону в той час, коли насправді особливу цінність має його дух. Наслідком такого правового нігілізму є відчуття правової безвідповідальності як держави перед особою, так й особи перед державою. В Україні, як і в більшості посттоталітарних держав, які перебувають у стані демократичної трансформації, характерною є безвідповідальність органів державної влади перед суспільством. Значною мірою це зумовлено тим, що на законодавчому рівні передбачено абсолютний імунітет для вищих посадових осіб державної влади. Звичайно, не ставиться під сумнів частковий імунітет цих осіб, однак мова може йти лише про гарантування їхнього незалежного статусу виключно в межах виконання їхніх професійних обов'язків і в жодному разі такий статус не може розглядатися як привілей, що ставить особу вище за норми закону [8]. Подібна ситуація, цілком очевидно, не може підвищувати престиж держави і права у свідомості пересічного громадянина. Утверджується право сили та право сильного. У разі вчинення правопорушення, у тому числі й кримінального, у вітчизняній юридичній практиці посадові особи та їхні рідні найчастіше або зовсім уникають відповідальності, або міра відповідальності виявляється абсолютно неспільномірною порівняно з іншими людьми.

У зв'язку з викладеним повністю поділяємо позицію, що правовий нігілізм, який має місце в усіх сферах суспільної діяльності в Україні, у тому числі й у діяльності правоохоронних і правозахисних органів держави, можна з певного погляду характеризувати як явище, здатне до самодетермінації (він певною мірою може сам себе породжувати). Так, наприклад, прояви правового нігілізму в діяльності державних органів спричинюють зневажливе ставлення людей до закону й органів, що забезпечують його дотримання. Але, коли суспільство характеризується високим рівнем правового нігілізму, правоохоронні та правозахисні органи як частина суспільства також неминуче «запозичують» логіку цього негативного правового явища й відтворюють її в службовій діяльності [2]. Отже, коло замикається, а деформована правосвідомість стає невід'ємною частиною правової реальності, вона просочує всі сфери людської діяльності, історично передається від покоління до покоління, стає частиною національного правового менталітету. Причому мова йде про більшість деформацій правосвідомості, а не лише правовий нігілізм.

Можна погодитися з тезою, що «правовий нігілізм має глибоке коріння в Україні й породжується десятиліттями зневіри людей у праві. Варто зазначити, що причинами правового нігілізму часто є не власне правові чинники, а вплив негативних процесів, що відбуваються в інших підсистемах соціуму. Для українського суспільства характерним є правовий нігілізм не в чистому вигляді, а з нашаруванням майже всіх деформованих типів правосвідомості» [3]. Шляхом спостереження можна виявити, що все частіше люди демонструють не лише зневіру в законі, праві, державі, а й упевненість у тому, що краще вже не буде. «Сьогодні суспільство характеризується різким зниженням уваги до права або, навіть можна сказати, зневагою до багатьох правових положень і настанов. І нікого не здивуєш явищами правового нігілізму та правового песимізму» [9, с. 68; 10, с. 20]. Правовий нігілізм уже згадувався на сторінках роботи, і він, безумовно, є одним із домінуючих типів правосвідомості українців. Тим не менше правовий песимізм стає все більш поширеним. Він породжується відсутністю стабільності, упевненості в наступному дні, скепсисом до представників будь-яких політичних сил і всіх осіб, які хоч якимось чином асоціюються з державою.

Наочним є політичний інфантилізм українців, який накладає відбиток і на правову сферу, тобто стає інфантилізмом правовим. Незрілість правових суджень; намагання уникнути відповідальності в будь-якому її вигляді, бажання перекласти відповідальність на когось іншого; відсутність усвідомлення наслідків власних вчинків; жага до того, щоб із нами рахувалися, але небажання для цього щось, крім заяв, робити, усе це нагадує психологію підлітка, що бажає самоствердження. Проте антидержавним він є не за своєю природою, а як реакція на нехтування інтересів простих громадян протягом десятиліть, коли народ утверджується в думці, що від нього насправді нічого не залежить. Тобто правовий песимізм і правовий інфантилізм пересічних українців формуються у відповідь на деформації правової свідомості чиновників усіх рівнів, інших посадових осіб, із якими в народу асоціюється держава.

Під час аналізу джерел наукової інформації виявлено, що всі автори, які займалися проблемою правової свідомості й правової культури, перелічували та описували їх форми, що властиві українському народові. Але всі вони розглядалися єдиним блоком, що, на наш погляд, є значною вадою. Як

демонструє практика, доцільно розглядати деформації правової свідомості українського суспільства залежно від певних соціальних груп, оскільки їхні характеристики суттєво відрізняються. Щонайменше варто відмежувати правову свідомість посадових осіб і чиновників усіх рівнів від свідомості пересічних українців.

Для першої категорії (тобто для осіб, що виконують функції держави) в Україні характерними є такі форми правової свідомості, як правовий нігілізм і правовий прагматизм (або інструменталізм), що природно знаходить вияв у характеристиках їхньої правової культури. Розповсюдженим є зловживання владою, корупційні діяння, бюрократизм, використання правових норм для задоволення власних потреб, повсякчасне підкреслення в поведінці свого особливого становища. Посадові особи не відчувають себе частиною народу, не готові нести соціальну відповідальність.

Особливо хотілося б відзначити рівень правової свідомості співробітників органів внутрішніх справ, оскільки саме вони покликані стояти на сторожі захисту прав і свобод людини. Але поряд із правовим нігілізмом і правовим прагматизмом у цій сфері сформувався пласт переродженої правосвідомості – одного з найбільш небезпечних видів деформацій. Перероджена правосвідомість характеризується сформованими повністю викривленими поглядами на право та його роль у суспільстві. Особи, яким властивий подібний тип правової свідомості, упевнені у своїй особливості, особливій ролі, інколи навіть убачають у своїй особі ледь не рятівників усесвіту, тобто викривлене уявлення про справедливість спрямовують на досягнення особливої мети, місії.

Особливу небезпеку для реалізації принципу народного суверенітету, як і загалом основ демократії, становлять неправомірні дії окремих груп суспільства, його інститутів, включаючи й ЗМІ, які чинять тиск на діяльність органів правосуддя. В останні роки така негативна практика, включаючи й крайні її форми, набула особливого поширення, про що свідчать дані Реєстру повідомлень суддів про втручання в діяльність судді з метою здійснення правосуддя [11], і така тенденція нині лише посилюється [12]. Це ще більшою мірою підриває правову свідомість і правову культуру населення, оскільки стирається межа між реформуванням правової системи, демократизацією, боротьбою громадян за свої права й законні інтереси та діями, що суперечать самій сутності правової активності, але маскуються під неї.

Висновки

Правову свідомість населення України варто аналізувати диференційовано, а не монолітно, оскільки різним соціальним групам притаманні певні особливості. Можна погодитися з тим, що здебільшого правову свідомість громадян нашої країни становлять її деформовані види, однак самі деформації характеризуються варіативністю. Для посадових осіб здебільшого характерні правовий нігілізм і правовий прагматизм (правовий інструменталізм). Окремо виділяються співробітники правоохоронних органів, тому що для них, крім зазначених вище, типовою є перероджена правосвідомість. Для пересічних громадян найпоширенішими формами правової свідомості визнаються правовий нігілізм, правовий песимізм і правовий інфантилізм.

Зроблено висновок, що деформована правова свідомість зумовлює такі особливості правової культури в Україні, як корупція, бюрократизм у діяльності посадових осіб усіх рівнів; загальне нехтування правилами поведінки, формальне, а не усвідомлене їх дотримання; широке зловживання суб'єктивними правами та повноваженнями, використання правових приписів для виправдання власної поведінки; толерантність до протиправних дій, знаходження пояснення вчинків правопорушника; схильність до самосуду та «вуличної демократії», що зумовлено загальною недовірою до правоохоронних органів; застосування подвійних стандартів у сфері права та «вибіркової гуманізації»; нерозуміння сутності правових засобів, необхідних і достатніх для вирішення конфлікту, недотримання меж їх застосування, маскування під правову активність дій, які насправді суперечать духу права.

Список використаних джерел:

1. Богачов С.В. Особливості процесу формування правової культури в Україні. *Вісник ХНУВС*. 2011. № 2 (53). С. 43–48.

2. Ткаля О., Зуєва А. Правовий нігілізм як фактор впливу на національну безпеку держави. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 5. С. 219–223.

3. Міхайліна Т. Правовий нігілізм сучасного українського суспільства: витоки проблеми та шляхи її подолання. *Economic and law paradigm of modern society*. 2019. № 4. С. 75–80.

4. Пампура М.В. Основні тенденції трансформації суспільної правосвідомості в Україні. *Форум права*. 2017. № 1. С. 150–154.

5. Український соціум / О.С. Власюк, В.С. Крисаченко, М.Т. Степико та ін. ; за ред. В.С. Крисаченка. Київ : Знання України, 2005. 792 с.

6. Словник української мови : в 11 т. Київ, 1977. Том 8.

7. Політична психологія : навчальний посібник / за ред. С.О. Матвєєва. Київ : ЦУЛ, 2003. 216 с.

8. Ковальчук В., Богів Я., Ковальчук С. Конституційний принцип народного суверенітету та проблеми його реалізації в умовах демократичної трансформації: досвід України. *Economic and law paradigm of modern society*. 2019. № 3. С. 23–32.

9. Трансформація правової ідеології у контексті сучасних викликів: колект. Монографія / Ю.С. Шемшученко та ін. ; за заг. ред. Н.М. Оніщенко. Вінниця : Нілан, 2016. 471 с.

10. Плавич В.П. Нове розуміння сутності і моделей сучасного права: особливості та тенденції розвитку. *Правова держава*. 2020. № 37. С. 17–29.

11. Реєстр повідомлень суддів про втручання в діяльність. *Вища рада правосуддя*. URL: www.vru.gov.ua/add_text/203.

12. Міхайліна Т., Щебетун І. Незалежність суду та суддів як гарантія верховенства права, інтересів суспільства та правопорядку в державі. *Журнал східноєвропейського права*. 2020. № 77. С. 93–99.

Mariana Sukhodolia. The actual state of the legal culture of Ukrainians as a reflection of the deformed legal consciousness

The actual state of the population of Ukraine as a reflection of a deformed legal consciousness is studied.

The article reveals that the state of a double transitive society, which is characteristic of Ukraine at the present stage, has a systematic negative impact on all spheres of social and legal existence.

It is noted that the legal consciousness of the population of Ukraine should be analyzed differentially, and not monolithic, since different social groups have certain features. We can agree that for the most part, the legal consciousness of citizens of our country is represented by its deformed types, but the deformations themselves are characterized by variability. Officials are mostly characterized by legal nihilism and legal pragmatism (legal instrumentalism). Law enforcement officers are singled out separately, because for them, in addition to those mentioned above, a reborn legal consciousness is typical. For ordinary citizens, the most common forms of legal consciousness are recognized as legal nihilism, legal pessimism and legal infantilism.

It is concluded that the deformed legal consciousness determines the following features of the legal culture in Ukraine: corruption, bureaucracy in the activities of officials at all levels; general disregard for the rules of conduct, formal, and not conscious compliance with them; widespread abuse of subjective rights and powers, the use of legal prescriptions to justify their own behavior; tolerance to illegal actions, finding an explanation for the actions of the offender; a tendency to lynching and "street democracy", which is due to general distrust of law enforcement agencies; the use of double standards in the field of law and "selective humanization"; lack of understanding of the essence of legal means necessary and sufficient to resolve the conflict, non-compliance with the boundaries of their application, disguising actions that actually contradict the spirit of law as legal activity.

Key words: legal culture, legal awareness, deformed legal awareness, state of legal awareness.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.36

Віта Галушка,
канд. наук з держ. упр.,
старший викладач кафедри керівництва військами (силами) в мирний час
Національного університету оборони України імені Івана Черняховського

Григорій Тіхонов,
канд. військ. наук, старший науковий співробітник,
начальник кафедри керівництва військами (силами) в мирний час
Національного університету оборони України імені Івана Черняховського

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ В УКРАЇНІ ТА ЗА ЇЇ МЕЖАМИ

У статті аналізуються питання, пов'язані з державною таємницею в різних країнах світу. Поняття «державна таємниця» не одноразово досліджувалося представниками різних наук, а саме філософії, медицини, економіки, мовознавства тощо. Також дослідження проводилися і науковцями-правниками, особливо в галузі кримінального права. Так, певною групою науковців досліджувалося значення поняття «державна таємниця» і було зроблено висновок, що в юридичній літературі виникають певні спірні питання, а також часом суперечливі думки, пов'язані з визначенням окремих видів таємниць. У деяких випадках відсутні чітко визначені ознаки таємниці, чим ускладнюється кваліфікація у разі посягання на її охоронювані законом види. Незважаючи на вагомий внесок багатьох науковців, у науці кримінального процесу і до цього часу залишаються певні питання, що виникають під час досудового розслідування кримінальних проваджень, в яких містяться відомості, що становлять державну таємницю. Це негативно відображаються на гарантіях її збереження. Д. Пінчук, О. Парфіло, В. Навроцька у своїх дослідженнях особливу увагу звертають на неврегульованість порядку проведення допиту свідків та потерпілих щодо обставин, які містять відомості, що становлять державну таємницю. Проблемним питанням також є охорона державної таємниці, яка отримана під час досудового розслідування, а саме отримання працівниками правоохоронного органу інформації щодо державної таємниці. Тому необхідні чіткі нормативні підстави та умови доступу або відмови в доступі до державної таємниці особам, які беруть участь у кримінальному провадженні. У Стратегії національної безпеки, яка була затверджена Указом Президента України від 14 вересня 2020 року № 392, зазначається, що одним із пріоритетів забезпечення кібербезпеки і безпеки інформаційних ресурсів є реформування системи охорони державної таємниці з урахуванням практики держав-членів НАТО та ЄС. Для того щоб розглянути і проаналізувати законодавство країн НАТО і ЄС, необхідно розглянути право цих країн за системою французького компаративіста Рене Давида, який пропонує виділяти три групи правових систем: романо-германську правову систему, сім'ю загального права, сім'ю соціалістичного права. Нассамперед це законодавство ФРН, Великобританії, США.

Ключові слова: таємниця, інформація, національна безпека, розголошення державної таємниці, загрози національній безпеці, секретна інформація, обмежений доступ, ступінь секретності.

Постановка проблеми. Сьогодні ситуація в Україні є дуже складною, останніми роками різко зростає кількість спроб порушити режим захисту державної таємниці. Саме в цей час в Україні виявлено безліч фактів шпіонажу, державної зради, вивідування та передання державної таємниці іншим країнам, особливо це стосується військової сфери. У зв'язку з тим з що ці відомості стають відомі ворогу, що становить загрозу національним інтересам, і завдають удару безпеці України, розгляд даного питання є своєчасним та актуальним. За даними СБУ, у 2020 році за порушення законодавства про охорону державної таємниці до відповідальності притягнуто 269 посадовців. Попередньо економічні збитки держави становлять понад 9 млрд гривень. Також військовою контррозвідкою СБУ викрито 73 спроби іноземців одержати інформацію з обмеженим доступом в оборонній сфері.

© В. Галушка, Г. Тіхонов, 2021

Мета статті – проаналізувати законодавчу систему охорони державної таємниці в Естонії, Узбекистані, Франції, США, КНР, Великобританії та інших країнах та зробити порівняння з українським законодавством, розробити рекомендації щодо вдосконалення законодавчого регулювання системи охорони державної таємниці в Україні.

Виклад основного матеріалу. Проблеми та підходи до правового регулювання захисту державної таємниці висвітлено у багатьох дослідженнях українських вчених, серед яких Д. Усов, С. Сидоренко, О. Корченко, О. Архипов, Н. Ковтун, В. Навроцька, О. Парфіло, І. Смолькова, А. Федоров, Д. Пінчук, Р. Корсун, О. Шамсутдінов, М. Шлапаченко, І. Мейдич, В. Макаренко та інші.

Захист інформації, яка становить державну таємницю, регламентується Конституцією України, Законом України «Про державну таємницю», Зводом відомостей, що становлять державну таємницю, затвердженим наказом Служби безпеки України, міжнародними договорами, які ратифіковані Верховною Радою України, та іншими нормативно-правовими документами.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну таємницю» № 3855-XII, який було прийнято 21.01.1994 року [1], державна таємниця – вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, зовнішніх відносин, державної безпеки і охорони правопорядку, розголошення яких може завдавати шкоди життєво важливими інтересам України і які визнані у порядку, встановленому Законом, державною таємницею та підлягають охороні з боку держави.

Питання здійснення охорони державної таємниці в Республіці Естонії регулюється Законом «Про державну таємницю та секретну інформацію іноземних держав» (State Secrets and Classified Information of Foreigen States Act). Відповідно до цього Закону, державна таємниця – інформація, яка вимагає охорони від розкриття в інтересах національної безпеки або міжнародних відносин Естонії, за винятком секретної інформації іноземних держав. Залежно від ступеня секретна інформація поділяється на: інформацію з обмеженим доступом, конфіденційну інформацію, секретну інформацію, інформацію із грифом «Цілком таємно» [2]. Відповідно до законодавства України, залежно від ступеня секретності інформації встановлено форми допуску до державної таємниці. Форма 1 – «особливої важливості», «цілком таємно», «таємно», Форма 2 – «цілком таємно», «таємно», Форма 3 – «таємно». За порушення законодавства про державну таємницю передбачено дисциплінарну, адміністративну та кримінальну відповідальність.

Якщо зробити порівняльний аналіз українського законодавства із законодавством Республіки Узбекистан, то можна зробити висновок, що в Україні існує детальний і вичерпний розподіл інформації, яка може бути віднесена до державної таємниці, а саме у сфері: – оборони; – економіки, науки і техніки; – зовнішніх відносин; – державної безпеки і охорони правопорядку, а в Узбекистані розподіл здійснюється залежно від сфери, у якій така таємниця охороняється, а саме: – державна, – військова, – службова.

Державну таємницю становлять відомості, розголошення яких може негативно вплинути на якісний стан військово-економічного потенціалу Республіки або спричинити інші тяжкі наслідки для обороноздатності, державної безпеки, економічних і політичних інтересів Узбекистану. Військову таємницю становлять відомості військового характеру, розголошення яких може спричинити тяжкі наслідки для обороноздатності, державної безпеки і Збройних сил Узбекистану. Службову таємницю становлять відомості у галузі науки, техніки, виробництва й управління, розголошення яких може завдавати шкоди інтересам Узбекистану [3].

У США система обмеження доступу до певних відомостей регулюється Указом Президента «Секретна інформація у сфері національної безпеки» та визначає 3 ступеня секретності:

– цілком таємно (top secret) – відомості, несанкціоноване розкриття яких може завдати тяжкої шкоди національній безпеці;

– таємно (secret) – відомості, несанкціоноване розкриття яких може завдати значної шкоди національній безпеці;

– конфіденційно (confidential) – відомості, несанкціоноване розкриття яких може завдати шкоди національній безпеці.

Слід зазначити, що інформаційне законодавство США – це той орієнтир, на який повинні зважати країни у своїх спробах збудувати хорошу базу інформаційного законодавства. У цій країні законодавці змогли створити систему законів стосовно безпеки інформації з такою лаконічністю та узгодженням, що у разі потреби реагування на проблему буде миттєвим. Законодавча система США з безпеки інформації є однією з найнадійніших у світі, що робить її майже досконалою та такою, на яку всі повинні рівнятися [4, с. 129].

У ФРН інформація з обмеженим доступом може мати також 3 ступеня секретності: – цілком таємно (streng geheim), – таємно (geheim), – конфіденційно (vs-vertraulich). Слід зазначити, що у ФРН до державної таємниці належать лише відомості, які необхідно зберігати в секреті від іноземних держав з метою недопущення завдання шкоди зовнішній безпеці Федеративної республіки. Аналогічний поділ на 3 ступеня також і в КНР: – цілком таємно – це найважливіша державна таємниця, розголошення якої може завдати значну шкоду національній безпеці та національним інтересам; – таємна інформація – це важлива державна таємниця, розголошення якої може завдати значну шкоду національній безпеці та національним інтересам; – конфіденційна інформація – це державна таємниця, розголошення якої може завдати шкоду національній безпеці та національним інтересам.

У свою чергу, згідно із законодавством Великобританії, а саме Законом «Про державну таємницю» (Official Secrets Act), який був розроблений у 1988 році та набрав чинності лише з 01 березня 1990 року, цей законодавчий акт замінив чинний закон про державну таємницю, який було ухвалено ще в 1911 році. Інформація з обмеженим доступом може мати 4 ступеня секретності:

– цілком таємно (top secret) – відомості, несанкціоноване розголошення яких може загрожувати внутрішній стабільності Об'єднаного Королівства, призвести до значних людських жертв, спричинити довгострокові збитки економіці Королівства;

– таємно (secret) – відомості, несанкціоноване розголошення яких може обернутися підвищенням рівня міжнародної напруженості, безпосередньо загрожувати життю або завдати значної шкоди громадському порядку або безпеці та свободам особистості;

– конфіденційно (confidential) – відомості, несанкціоноване розголошення яких може завдати матеріальної шкоди дипломатичним стосункам, спричинити шкоду національним фінансам чи економіці та комерційним інтересам;

– для службового користування (restricted) – відомості, несанкціоноване розголошення яких може завдати шкоди розслідуванню або полегшити скоєння злочину, завдати фінансової шкоди фізичним або юридичним особам, ускладнити управління державним сектором.

Досліджуючи французьке законодавство у сфері охорони державної таємниці, необхідно зазначити, що основи законодавства були закладені в 1960 році, а саме 4 липня був ухвалений указ про таємницю, де давалося широке трактування поняття «секретність відомостей».

Сьогодні у Франції секретною є інформація оборонного значення, яка за ступенем секретності поділяється на три рівня:

– конфіденційна оборона – інформація, розголошення якої вважається потенційно небезпечним для національної оборони або може призвести до розкриття інформації, віднесеної до більш високого рівня безпеки;

– секретна оборонна – інформація, розголошення якої може завдавати істотної шкоди національній обороні і яка не може поширюватися без дозволу відповідних органів влади, крім виняткових ситуацій;

– надзвичайна секретна оборона – інформація, розголошення якої вважається вкрай небезпечним для національної оборони, жодна організація не має права здійснювати зберігання, передачу, відображення або знищення інформації цього рівня секретності без дозволу Прем'єр-міністра Франції або Секретаря національної оборони; часткове або вибіркове відтворення цієї інформації також суворо заборонено [5, с. 39].

Менш чутлива з погляду оборони інформація у Франції визначається як «захищена» і підрозділяється на такі рівні (за зростанням): незахищена (Non Protege); та, поширення якої обмежене адміністрацією (Diffusion restreinte administrateur); та, поширення якої обмежене (Diffusion restreinte); конфеденційна, для молодших службовців (Confidentiel personnels Sous-Officiers); конфіденційна, для службовців (Confidentiel personnels Officiers) [5, с. 38].

ЗУ «Про державну таємницю» також визначено інформацію, яка не належить до державної таємниці:

– про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, про вплив товару (робіт, послуг) на життя та здоров'я людини;

– про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні події, які сталися або можуть статися і загрожують безпеці громадян;

– про стан здоров'я населення;

– про факти порушень прав і свобод людини і громадянина;

– про незаконні дії державних органів, органів місцевого самоврядування та їх посадових і службових осіб;

– інша інформація, доступ до якої не може бути обмежено.

Віднесення інформації до державної таємниці здійснюється спеціальним суб'єктом – державним експертом з питань таємниць. Строк, протягом якого діє рішення про віднесення інформації до

державної таємниці, становить залежно від ступеня секретності: «особливої важливості» – 30 років, «цілком таємно» – 10 років, «таємно» – 5 років.

Цікавий підхід до роботи спеціального уповноваженого органу захисту державної таємниці існує у КНР. Так, спеціальним уповноваженим державним органом, який відповідає за захист державної таємниці, є Національна адміністрація з охорони державної таємниці КНР. Поряд із ним у КНР також існує аналогічний партійний орган – Центральний комітет із захисту державної таємниці, що підпорядковується Центральному комітету Комуністичної партії Китаю. В особливих адміністративних районах Китаю – Гонконзі і Макао – діє своя класифікація та захист секретної інформації [5].

Аналізуючи розміри і види покарання за порушення законодавства щодо розголошення державної таємниці, необхідно зробити акцент, що найсуворіше покарання передбачене Кримінальним кодексом Франції та становить до 30 років позбавлення волі та накладення штрафу до 450 000 євро, у свою чергу Кримінальний кодекс Узбекистану передбачає позбавлення волі до п'яти років. А Кримінальним кодексом Естонії передбачено відповідальність у вигляді ув'язнення до 5 років, а для юридичних осіб – накладення штрафу, який може становити від 4 до 16 мільйонів євро. Пропонуємо українським законодавцям звернути увагу на дану норму і в Україні аналогічно запровадити відповідальність юридичних осіб за розголошення державної таємниці.

Висновки і пропозиції

Незважаючи на різницю в правовому регулюванні захисту інформації, яка є державною таємницею, можна дійти висновку, що законодавство Великобританії та США містить докладне визначення щодо віднесення тієї чи іншої інформації до державної таємниці. Це зумовлено насамперед прецедентом англо-саксонської системи права. Законодавчий захист державної таємниці в США близький до британського в частині диференціації відповідальності залежно від категорії розголошення інформації. Аналізуючи законодавство Франції та ФРН, потрібно звернути увагу, що розголошення державної таємниці належить до злочинів проти держави.

Таким чином, вважаємо, що виявлені у результаті порівняння особливості законодавства різних країн у сфері державної таємниці повинні бути враховані під час удосконалення українського законодавства. Також доцільно посилити відповідальність за розголошення державної таємниці шляхом внесення змін до чинного кримінального законодавства. Українським законодавцям необхідно також внести зміни до Кримінального кодексу України, а саме: ст. 328 «Розголошення державної таємниці» та ст. 329 «Втрата документів, що містять державну таємницю» розмістити у 1 розділі Кримінального кодексу України «Злочини проти національної безпеки України».

Список використаних джерел:

1. Про державну таємницю : Закон України від 21.01.1994 року № 3855-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3855-12#Text (дата звернення: 10.12.2020).

2. Про державну таємницю та секретну інформацію іноземних держав : Закон Естонської Республіки (State Secrets and Classified Information of Foreigen States Act).

3. Про охорону державних таємниць : Закон Республіки Узбекистан від 7 травня 1993 року № 848-XII. URL: https://lex.uz/docs/98845 (дата звернення: 10.12.2020).

4. Василенко Д.П., Маслак В.І. Законодавство провідних країн світу в сфері захисту інформації. *Вісник КДУ ім. М. Островського*. 2010. Вип. 2 (61). Ч. 1. С. 128-132.

5. Косминя А.П. Аналіз системи охорони державної таємниці у Франції. *Інтернаука: міжнародний науковий журнал*. 2017. № 1(1). С. 38-40.

6. State Secrets China's Legal Labyrinth. URL: https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043/htm (дата звернення: 10.12.2020).

Vita Halushka, Hryhorii Tikhonov. Peculiarities of legal regulation of protection of state secrets in Ukraine and abroad

The article analyzes issues related to state secrets in different countries. The concept of "state secret" has been repeatedly studied by representatives of various sciences, namely philosophy, medicine, economics, linguistics and more. Research has also been conducted by legal scholars, especially in the field of criminal law. Thus, a certain group of scholars studied the meaning of the term "state secret" and concluded that in the legal literature there are certain controversial issues, as well as sometimes conflicting views related to the definition of certain types of secrets. In some cases, there are no clearly defined signs of secrecy, which complicates the qualification in case of encroachment on its legally protected species. Despite the significant contribution of many scholars to the science of criminal procedure, there are still some issues that arise during the pre-trial investigation of criminal proceedings, which contain information that is a state secret, which in turn negatively affects the guarantees of its preservation. D. Pinchuk, O. Parfilo, V. Navrotska in their research pay special

attention to the unregulated procedure of interrogation of witnesses and victims in circumstances that contain information that is a state secret. Another issue is the protection of state secrets obtained during the pre-trial investigation, namely the receipt of information on state secrets by law enforcement officers. Therefore, it is necessary to have clear regulatory grounds and conditions for access or denial of access to state secrets to persons involved in criminal proceedings. The National Security Strategy, approved by Presidential Decree № 392 of 14 September 2020, states that one of the priorities for cybersecurity and security of information resources is to reform the system of protection of state secrets, taking into account the practice of NATO and EU member states. In order to consider and analyze the legislation of NATO and EU countries, it is necessary to consider the law of these countries according to the system of French comparativist Rene David, who proposes to distinguish three groups of legal systems: Romano-Germanic legal system, common law family, socialist law family. First of all, it is the legislation of Germany, Great Britain, the USA.

Key words: secrecy, information, national security, disclosure of state secrets, threats to national security, classified information, restricted access, degree of secrecy.

УДК 343.242
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.37

Тетяна Дмитришина,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри права
Вінницького національного аграрного університету

ЮВЕНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ТА ПЕРСПЕКТИВИ ЙОГО ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

Статтю присвячено дослідженню сучасних міжнародних тенденцій розвитку ювенальної юстиції та перспектив застосування міжнародного досвіду у процесі впровадження ювенальної юстиції в Україні.

Автором розглянуто основні сучасні тенденції розвитку ювенальної юстиції в таких країнах, як США, Великобританія, Нідерланди, Італія, Франція та Японія. На прикладі цих країн розглянуто розвиток прогресивних напрямів ювенальної юстиції – системи превенції, пробації, відновного правосуддя тощо. Досліджено результати функціонування профілактичних та реабілітаційних програм для неповнолітніх правопорушників та перспективи впровадження подібних програм в Україні. Акцентовано увагу на тому, що активне залучення сім'ї, школи та громади є важливим елементом системи ювенальної юстиції у сучасному світі.

Проаналізовано дві основні моделі ювенальної юстиції, які ефективно функціонують: англосаксонська (Великобританія, США, Канада, Австралія та ін.) та континентальна (Франція, Німеччина, Бельгія та інші). Основна різниця між ними полягає не лише у статутному та прецедентному праві, характерному для цих моделей, а й у підсудності у справах щодо неповнолітніх. Ці дві моделі ювенальної юстиції мають ряд своїх особливостей, які склались історично та мають свої відмінності на сучасному етапі.

Доведено, що розвинені системи ювенальної юстиції на сучасному етапі базуються на таких основоположних принципах: верховенства кращих інтересів дитини, виховання, максимальної індивідуалізації та неформальності судочинства, пріоритету відновного правосуддя, рівної уваги.

Зроблено висновки, що ювенальна юстиція може ефективно функціонувати лише як цілісна система взаємодії судової влади, державних та громадських інституцій, що врегульована на законодавчому рівні відповідно до міжнародних стандартів. Саме такий системний підхід забезпечить дотримання прав дитини та зниження рівня злочинності серед неповнолітніх. У країнах з розвиненою демократією відхід від каральної системи, дотримання прав дитини під час судового процесу, застосування покарань, альтернативних позбавленню волі, відновне правосуддя, превенція та реабілітація показали свою ефективність.

Ключові слова: ювенальна юстиція, неповнолітні, покарання, пробація, превенція, відновне правосуддя.

Постановка проблеми. На сучасному етапі важливим складником кримінальної політики в Україні є впровадження ювенальної юстиції. Загальновизнаною метою ювенальної юстиції, яку задекларовано в усіх відповідних міжнародних положеннях щодо захисту прав людини, є реабілітація та соціальна реінтеграція дитини. Важливе значення для ефективного формування системи ювенальної юстиції, яка б відповідала потребам громадянського суспільства та демократичним стандартам, має досвід високорозвинених країн. У більшості країн з високим економічним розвитком, високими стандартами дотримання прав людини ювенальна юстиція функціонує і має багаторічну історію. Врахування міжнародних тенденцій розвитку ювенальної юстиції, наслідків її впровадження, вивчення недоліків може стати важливим фундаментом створення ефективної системи ювенальної юстиції в Україні, яка відповідатиме міжнародним нормам дотримання прав дитини та сприятиме зниженню рівня дитячої злочинності.

Основні напрями реформування ювенальної юстиції в Україні визначені Концепцією розвитку кримінальної юстиції щодо неповнолітніх в Україні та Національною стратегією реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року, що передбачає запровадження системи заходів, яка включатиме забезпечення дієвого

© Т. Дмитришина, 2021

правосуддя, соціально-виховні та реабілітаційні програми для неповнолітніх, які перебувають у конфлікті із законом, профілактичні та освітні програми, адресні соціальні послуги, що можуть допомогти дитині набути навичок розв'язання соціальних, побутових проблем тощо. Для належного запровадження функціонування системи ювенальної юстиції шляхом реалізації програм профілактики правопорушень серед дітей, здійснення ефективних заходів соціальної адаптації та реабілітації неповнолітніх правопорушників особливо цінним є досвід тих країн, у яких тривалий час функціонують механізми їх запровадження та реалізації на практиці. Зважаючи на те, що сьогодні в Україні відбувається активний розвиток та становлення системи ювенальної юстиції, вивчення міжнародного досвіду є досить актуальною темою для науки кримінального права.

Аналіз основних досліджень. Проблему впровадження ювенальної юстиції в Україні у своїх працях розглядали такі науковці, як Г. Грігорова, А. Гусєв, Ю. Костова, Н. Крестовська, С. Оверчук, Т. Семікоп, І. Терещенко, В. Шмеріга та багато інших. Однак у контексті впровадження ювенальної юстиції в Україні вивчення міжнародного досвіду наразі є недостатнім, а тому потребує додаткових досліджень.

Мета статті – дослідити сучасні міжнародні тенденції функціонування ювенальної юстиції для врахування позитивного досвіду під час впровадження ювенальної юстиції в Україні.

Виклад основного матеріалу. На сучасному етапі у багатьох високорозвинених країнах сформувалися й успішно функціонують системи ювенальної юстиції. Це США, Канада, Великобританія, Франція, Німеччина, Австрія, Нідерланди, Італія, Японія та низка інших. Більшість країн пройшли чималий шлях задля досягнення цієї мети. Саме в історичному розвитку ювенальної юстиції виробились міжнародні принципи, які головним чином закріплені у Конвенції ООН «Про права дитини». Основною метою Конвенції є запровадження дієвих заходів і засобів задля захисту прав дітей щодо запобігання вчиненню правопорушень неповнолітніми. На основі вказаної Конвенції було розроблено і прийнято ряд міжнародних актів, які деталізують та уточнюють положення Конвенції. Це, зокрема, Мінімальні стандартні правила відправлення правосуддя щодо неповнолітніх (Пекінські правила) та Керівні принципи ООН щодо запобігання злочинності неповнолітніх (Ер-Ріядські керівні принципи). Саме ці міжнародні документи є основою правового регулювання функціонування ювенальної юстиції у всіх демократичних країнах світу.

Більшість сучасних дослідників схиляється до думки, що розвинені системи ювенальної юстиції на сучасному етапі базуються на таких основоположних принципах: верховенства кращих інтересів дитини, виховання, соціальної насиченості, максимальної індивідуалізації та неформальності судочинства, пріоритету відновного правосуддя, рівної уваги.

Сучасна ювенальна юстиція є складною системою, яка об'єднує особливе коло осіб (діти та молодь), спеціальні заходи впливу на них, а також заходи кримінально-правового реагування; особливі процедурні норми, що регламентують процес провадження у справах щодо неповнолітніх, спеціалізовані ювенальні суди, установи виконання покарань та примусових заходів, державні установи, громадські організації, які сприяють захисту прав дітей та молоді [14, с. 8].

Оскільки ювенальна юстиція базується на поняттях дитинства і неповноліття, кримінальне законодавство і теорія кримінального права різних країн намагалися і намагаються знайти оптимальні відповіді на питання: а) на якому віковому етапі і рівні розвитку інтелекту і волі особа стає суб'єктом кримінально-правових відносин і може нести відповідальність за заподіяну шкоду; б) які межі кримінальної відповідальності будуть найбільш оптимальними і розумними для різних вікових груп (діти, підлітки, молодь); в) вплив особливостей психіки, її патологічних відхилень на призначення покарання.

Особливості диференціації відповідальності неповнолітніх осіб у зарубіжних країнах свідчать, що кримінальні закони більшості країн світу все більше враховують індивідуальні і вікові особливості психіки підлітків, щоб згодом реалізувати гнучку систему кримінально-правових заходів, яка сприяє не стільки покаранню правопорушника, скільки його поверненню в суспільство.

Крім загальних рис, притаманних системам ювенальної юстиції, у кожній країні є свої характерні особливості, пов'язані насамперед з історичним розвитком демократичних суспільств.

Уявлення про розвиток ювенальної юстиції дає нам періодизація. Слушною вбачається періодизація, запропонована В. Шмідтом: – перша половина XX століття – формування основ класичної моделі ювенальної юстиції, яку сучасні західні дослідники визначають як «гуманітарний патерналізм»; – 60-70-і роки XX століття – криза класичної моделі юве-

нальної юстиції, розквіт правового реалізму та посилення каральної функції щодо неповнолітніх; – 70-90-і роки XX століття – «менеджеріалізація» ювенальної юстиції під впливом лібералізації системи кримінального правосуддя і управління вирішенням соціальних проблем в цілому; – з 90-х років XX століття дотепер – розвиток нових форм ювенальної юстиції: декриміналізації, відновного правосуддя, сімейно зосереджених підходів тощо [20, с. 38].

Як бачимо, для сучасного періоду функціонування ювенальної юстиції характерне впровадження нових форм та методів боротьби зі злочинністю серед неповнолітніх.

Цікаві з наукової точки зору тенденції розвитку ювенальної юстиції простежуються у США. Суть ювенального правосуддя у США полягає не в покаранні винної особи, а в забезпеченні піклування, охорони і захисту. Вважаючи належне поводження з дитиною своєю метою, доктрина «батьківської турботи» не завжди передбачала покарання, яке було би пропорційним здійсненому правопорушенню, а тому не визнавала необхідність проведення належної процедури правосуддя в ювенальних судах.

Основоположні ідеї американської доктрини «батьківської турботи», яка виникла у 70-80-х роках минулого століття, втілені сьогодні у системі ювенальної юстиції. Ці ідеї відображені як у ювенальних кодексах штатів, так і в прийнятих федеральних законах щодо ювенальної юстиції та запобігання злочинності неповнолітніх.

Ювенальна юстиція у США функціонує шляхом взаємодії різноманітних піклувальних інституцій, участі державних структур та судової влади. У більшості штатів США система ювенальної юстиції незалежна від системи загального правосуддя. В основному вона управляється соціальною службою, а саме: Агентством соціальної служби – в 23 штатах і службою з роботі із сім'єю і дітьми – в 6 штатах. В 11 штатах система ювенального правосуддя підконтрольна системі правосуддя у справах повнолітніх. Здійснення правосуддя у справах неповнолітніх має дві мети: реабілітацію підлітка і забезпечення громадської безпеки. У системі ювенальної юстиції працюють поліція, офіцери пробації, прокурори, захисники, ювенальні судді, соціальні працівники [17, с. 498].

Для США характерним є також те, що інститут ювенальної юстиції в окремих штатах має певні особливості. В одних штатах активно впроваджуються реабілітаційні програми для неповнолітніх злочинців, розроблені спеціалізованими державними органами; функціонують спеціальні суди за участю присяжних, які затверджують індивідуальні плани роботи з неповнолітніми злочинцями, розроблені службою пробації. В інших штатах справи неповнолітніх передаються до загальних судів із попереднім неформальним розглядом матеріалів кримінальної справи. При цьому до фактичної передачі справи до суду термін пробації конкретно не встановлений. На цьому етапі застосовуються спеціальні програми психологічної та соціальної допомоги неповнолітньому. Більшість фахівців обстоюють позицію, що, ухвалюючи рішення про передачу справи до загального кримінального суду, слід брати до уваги насамперед критерії тяжкості злочину, а не причини й обставини його здійснення. У низці штатів таке рішення приймає виключно прокурор (так, у штаті Флорида прокурор має право виступити з ініціативою про передачу справи до суду для дорослих) або судді.

Слід зазначити, що у США до 14 років американські підлітки вважаються повністю недієздатними. Повноліття для громадян більшості штатів настає з 18 років. З цього віку вони користуються більшістю своїх громадянських прав і, як дорослі, відповідають за свої вчинки. А так зване «повне повноліття» наступає з 21 року. З цього віку будь-який громадянин США починає користуватися всіма своїми конституційними правами [17, с. 500].

У США, де поширене правосуддя за участю присяжних, лише в декількох штатах існують суди присяжних для неповнолітніх. Перед винесенням рішення співробітники служби пробації розробляють план роботи з підлітком. План включає в себе виявлення проблем і потреб підлітка, перелік доступних програм для вирішення проблем його. План передається судді, який і приймає рішення.

У США активно розробляються та впроваджуються спеціальні програми профілактичної спрямованості. Значна кількість підлітків-правопорушників не потрапляє під юрисдикцію ювенального суду. Їх «включають» у реабілітаційні програми, метою яких є залучення підлітків у соціально спрямовані заняття та хобі. Серед них можна виділити програму інклюзії, або включення в соціум, молоді 8-17 років, що діє в районах з найбільш високим рівнем злочинності (навчання, професійна орієнтація). Також розробляються програми для батьків, в рамках яких батькам неповнолітніх правопорушників запропонована допомога щодо запобігання вчиненню злочину їхньою дитиною. Крім того, до роботи з профілактики дитячих злочинів

залучаються офіцери поліції, які працюють у межах так званого «партнерства шкільної безпеки».

Однією з таких програм є програма позитивного розвитку молоді (PYD). До реалізації програми залучені, крім самих неповнолітніх, дорослі, різноманітні громадські організації, школи, державні установи. Ця програма орієнтована на неповнолітніх, у яких є проблеми у сім'ї, проблеми з наркотичною залежністю тощо. Інтеграція PYD в систему ювенальної юстиції базується на теорії соціального навчання та теорії соціального управління, адже «молодь менше схильна до злочинної поведінки, коли вона взаємодіє з іншими, набуває корисних навичок, отримує винагороду за використання цих навичок, підтримує міцні стосунки, формує прив'язаності, а також заробляє повагу членів своєї суспільної групи» [2]. Ця думка контрастує з теоріями карального правосуддя.

Досить цікавими програмами є так звані «молодіжні суди». Це програми, у яких молодь здійснює функцію суддів стосовно своїх однолітків, які вчинили певні незначні правопорушення. Ідея впровадження молодіжних судів полягає в тому, щоб залучити молодь до відповідальності за проблемну поведінку, ознайомити із функціонуванням правової та судової системи, розповісти молоді про правову та судову системи, дати молоді можливість самостійно вирішувати проблеми у межах своєї молодіжної спільноти. Молодіжні суди функціонують для визначення справедливих і відновлювальних вироків або диспозицій для респондента. Програми молодіжних судів працюють за чотирма основними моделями: суддя для дорослих, суддя для молоді, колегія присяжних і трибунал для молоді. Згідно з моделлю дорослого судді, дорослий волонтер виступає в ролі судді, а молодіжні волонтери виступають в ролі прокурорів та адвокатів, присяжних, секретарів і судових приставів. Відповідно до моделі молодіжного судді молодіжні волонтери виконують усі ролі, включаючи суддю. Модель молодіжного трибуналу передбачає, що молодь виступає як адвокат звинувачення і захисту і представляє свої справи колегії молодих суддів, яка потім виносить рішення про винесення вироку. Нині в Сполучених Штатах налічується більше 675 молодіжних судів [6].

Молодіжні програми впроваджуються судами у справах неповнолітніх, відділами пробації для неповнолітніх, правоохоронними органами, приватними некомерційними організаціями і школами.

Також функціонують програми відновного правосуддя. Практика відновного правосуддя застосовується у школах з високим рівнем злочинності. Це допомагає виявити неповнолітніх, які схильні до правопорушень. Метою відновного правосуддя у США є створення у молодіжній спільноті необхідного клімату, який би сприяв зниженню кількості правопорушень та запобігав рецидивам.

Останнім часом у США як у кримінальному, так і в цивільному процесі у справах неповнолітніх сторони звертаються до так званих альтернативних методів вирішення спорів. До подібної процедури можна вдатися як до розгляду спору в судовому порядку, так і в ході судового процесу [16, с. 148].

Основоположним принципом системи ювенальної юстиції США є переконання, що втручання на ранніх стадіях вчинення правопорушень неповнолітніми дозволить запобігти зростанню рівня злочинності серед дорослого населення.

Більшість науковців та експертів США підкреслюють важливість реформування системи ювенальної юстиції задля підвищення її ефективності, уникнення дискримінації. Вони стверджують, що система ювенальної юстиції повинна бути реструктуризована, щоб ефективніше запобігати скоєнню злочинів у майбутньому неповнолітніми, та активно виступають за розширення освітніх програм для ув'язнених як основного методу зниження рецидивізму [12].

Поворотним моментом розвитку ювенальної юстиції у Великобританії, як визнають дослідники, стало прийняття Закону про права людини в 1998 році, після чого у судочинстві активно застосовувались положення Європейської конвенції про права людини. У 1998 році було прийнято новий закон про молодіжне правосуддя та кримінальні докази 1999 року, яким до системи ювенального правосуддя було введено елементи відновного правосуддя, впроваджено систему соціальних служб для роботи з неповнолітніми правопорушниками. Зараз соціальні служби активно працюють на місцевому рівні з підлітками на всіх етапах. Основними завданнями таких служб є профілактичні заходи, моніторинг виконання покарань, робота із соціалізації після виходу з місць позбавлення волі.

Сучасне законодавство побудоване таким чином, що в разі вчинення правопорушення особою, молодшою за 18 років, що визнає свою провину і розкаюється у своїх діях, її справа не передається до суду. Законом встановлено, що кримінальна відповідальність у Великобританії може наставати з 10 років. Дітей віком від 10 до 17 років можуть заарештовувати та відводити до суду, якщо вони

вчиняють злочин. Законом передбачена анонімність щодо особи неповнолітнього, який обвинувачується у злочині. Судові справи щодо неповнолітніх розглядаються за участю батьків, опікунів, представників засобів масової інформації. При цьому всім учасникам судового засідання заборонено розголошувати інформацію (ім'я, адреса, навчальний заклад, де навчається неповнолітній, фото тощо), за якою може бути ідентифіковано особу неповнолітнього. Вони залишатимуться анонімними протягом усього провадження, але ці обмеження можуть бути оскаржені – як правило, засобами масової інформації – після закінчення провадження [3].

Ювенальний суд у Великобританії – це тип магістратського суду, який займається молоддю. Справи у ювенальному суді розглядають три магістрати або один окружний суддя. Цей вид судочинства відрізняється від кримінальних проваджень для дорослих, наприклад: розгляд справи є менш формальним, громадськість не допускається до суду. Якщо потерпілий бажає спостерігати за провадженням, він зобов'язаний направити запит до суду. Ювенальні суди розглядають правопорушення, включаючи крадіжки та пограбування, антисоціальну поведінку та злочини, пов'язані з наркотиками. Більш серйозні правопорушення, як правило, передаються до суду Корони, але їх можна вирішити в ювенальному суді.

У разі розгляду справи щодо неповнолітнього правопорушника віком до 16 років батьки, опікуни чи піклувальники повинні відвідувати суд. Коли справа розглядається щодо вчинення особливо важкого злочину у суді Корони, можуть бути присутні обвинувачі, захисники, а судді можуть «зняти перуки та мантії під час провадження, щоб неповнолітні підсудний почувався більш комфортно».

Дітям віком від 10 до 17 років може бути призначена умовна судимість, якщо вони визнають кримінальне правопорушення. Рішення про умовну судимість може прийняти уповноважена особа (як правило, поліцейський) або прокурор-член Королівської прокурорської служби. Вони й визначають умови такої умовної судимості [3].

На нашу думку, заслуговує уваги позитивний досвід законодавчого врегулювання підтримки дітей-потерпілих та свідків у Великобританії. Законом передбачено ряд спеціальних заходів. Так, діти-свідки, які не досягли 18 років, автоматично мають право подати заяву на застосування спеціальних заходів, таких як допит свідка через посередника під час співбесіди в поліції та в суді; надання свідчень «у приватному порядку» (коли судову залу покидають представники громадськості); зняття перук та мантій суддями та адвокатами; свідчення в суді з-за екрана; використання відеозаписів; надання свідчень за допомогою прямого відеозв'язку з окремої кімнати; використання досудового відеозапису, записаного перехресним допитом; спілкування за допомогою перекладача, комп'ютера чи іншого пристрою [14].

Ще один важливий крок для поліпшення дотримання прав дітей у системі кримінального правосуддя був зроблений у 2019 році, коли проект «Young Witness Initiative» («Ініціатива молодих свідків») завершився підписанням протоколу між Королівською прокурорською службою, поліцією, судами та трибуналами її Величності щодо прискорення розгляду справ у судах за участю свідка, який не досяг 10 років [15].

Отже, сьогодні у Великобританії у системі ювенальної юстиції активно працює поліція, муніципальні установи, інші неурядові організації, що використовують в роботі з неповнолітнім приписи, систему угод тощо. Лише у разі вчинення серйозного злочину або рецидиву справа надходить до ювенального суду, який є особливим відділенням магістратських судів (слухання закриті, виступають прокурор та адвокат) і який виносить рішення або про позбавлення волі (дуже рідко) або про інші обмеження прав (передача під нагляд, штраф, заняття в спеціальних центрах тощо).

Що стосується системи ювенальної юстиції Франції, то на сучасному етапі вона базується насамперед на Законі про порушення неповнолітніх від 2 лютого 1945 року № 45-174 і включає всі стадії правосуддя – від слідства до виконання виховних заходів і контролю за виконанням заходів, вжитих щодо неповнолітнього. Система ювенальних судів включає ювенального суддю (магістрату), ювенальний суд, ювенальний суд присяжних.

Разом із тим система захисту прав дитини має два напрями – роботу з профілактики в рамках «організаційного захисту» (коли сім'ї неповнолітнього правопорушника самостійно звертаються за допомогою щодо проблеми з вихованням тощо або погоджуються на стороннє втручання в ситуацію) та захист прав дитини в рамках «правового захисту», якщо є докази наявності насилля у сім'ї, неблагополуччя та інших факторів, здатних завдати шкоди дитині (тоді суд вимагає від сім'ї виконання певних заходів щодо їх недопущення), або якщо щодо дитини скоєно злочин [17].

Ще з 2002 року діють законодавчі норми, відповідно до яких для неповнолітніх злочинців вікової групи 10-13 років передбачено покарання у вигляді виховних санкцій (наприклад, відшкодування збитків та/або надання допомоги постраждалим, заборона на спілкування з окремими особами або відвідування певних місць і так далі). У закритих навчальних центрах (на відміну від пенітенціарних установ для неповнолітніх, що вчинили рецидив) застосовується судовий контроль або умовне покарання. Ці заходи є альтернативою ув'язненню.

Водночас сьогодні розглядається можливість розширення застосування заходів, альтернативних взяттю під варту, а також «напіввільного» утримання ув'язнених у тому числі за допомогою електронного браслету. Це дозволило б, як вважають деякі французькі експерти, посилити виховну роль сім'ї [17].

На сучасному етапі у Франції робота з важкими підлітками орієнтована головним чином на профілактику злочинів. Програми соціальної реабілітації неповнолітніх правопорушників реалізуються через активне залучення сім'ї, адже вважається, що ефективна соціалізація неповнолітніх правопорушників можлива лише у сім'ї.

У Нідерландах після прийняття Закону про кримінальне покарання дітей ще на початку XX століття були надані рекомендації суддям про застосування різних видів покарання щодо неповнолітніх (до 18 років), в тому числі не пов'язаних з позбавленням волі.

Система ювенальної юстиції на сучасному етапі у Нідерландах представлена прокурором та суддею, якому належать повноваження з ведення справ, прийняття рішень як у разі порушення прав дитини, так і в разі вчинення протиправних дій самим неповнолітнім.

Загалом же для Нідерландів характерна багатоступінчаста система ювенальної юстиції. На першому етапі з підлітками працює поліція. Якщо злочин вчиняється вперше і не є особливо важким (наприклад, дрібна крадіжка, вживання легких наркотиків тощо), то поліція направляє підлітка до спеціальних муніципальних служб, які є альтернативною закритим виправним установам.

Слід зазначити, що у 2014 році було прийнято кримінальний закон про неповнолітніх, відповідно до якого неповнолітнім може вважатися молода людина до 23 років. Цей закон дозволив здійснювати правосуддя щодо молоді, яка не досягла свого 23-річчя, у системі ювенального правосуддя[9].

Нідерландські неповнолітні віком від 16 років можуть бути засуджені у суді «для дорослих» за більш серйозні правопорушення, але такі судові провадження трапляються доволі рідко. Якщо ж неповнолітній скоює злочин після проходження реабілітаційних програм або вчиняє важкий злочин, то рішення виносить ювенальний суд, а стосовно підсудних, старших за 16 років, – суд «для дорослих», але за участю ювенального судді. Якщо неповнолітній вчиняє декілька правопорушень або злочин середньої тяжкості чи важкий, то до нього може бути застосовано запобіжний захід у вигляді обмеження свободи [9].

До неповнолітніх правопорушників в основному застосовуються дві основні санкції – штраф та тримання під вартою. Крім того, існують три альтернативні санкції: виправні роботи, відшкодування шкоди та навчання у спеціальних навчальних закладах.

Для неповнолітніх у Нідерландах доступний цілий ряд освітніх та реабілітаційних програм. Наприклад, для реагування на правопорушення були розроблені програми HALT та STOP. STOP розроблений для профілактики правопорушень серед неповнолітніх віком до 12 років, тоді як HALT призначений для дітей старшого віку. Ці програми поєднують напрями реабілітаційного та відновного правосуддя. Основною метою є профілактика правопорушень. Згідно з цими програмами, працівники поліції, які взаємодіють з неповнолітніми, можуть зв'язатися з батьками правопорушника або запросити соціальних працівників. Санкції включають виховні та реабілітаційні заходи (наприклад, можуть запропонувати неповнолітньому вибачитись, переглянути фільм, намалювати картину тощо) [9].

З 2015 року було введено зміни у державне та місцеве фінансування програм для неповнолітніх, які забезпечили доступність програм, що дало можливість залучити до них широке коло неповнолітніх правопорушників. Такий крок для доступності реалізації зазначених програм мав досить позитивний вплив – уже за рік значно зменшилась кількість неповнолітніх, які потрапляли до виправних установ (навіть враховуючи те, що неповнолітнім зараз вважається молода людина до 23 років).

Це, у свою чергу, дало поштовх до початку реформ стосовно функціонування виправних установ. Основна мета таких реформ – забезпечення переходу на індивідуальну систему місцевих, невеликих закладів, розташованих поруч із місцем проживання неповнолітнього злочинця. Такі заклади мають змогу ефективніше взаємодіяти з іншими установами (наприклад, навчальними закладами), із сім'ями неповнолітніх злочинців, вони більш

безпечні та отримують спеціалізовану допомогу соціальних служб. Наприклад, у 2016 р. в Амстердамі був запущений пілотний проект для неповнолітніх правопорушників, які протягом дня можуть відвідувати звичайний навчальний заклад або працювати, а ввечері та у вихідні повертатися до виправної установи [1]. Система ювенальної юстиції Нідерландів, яка робить акцент на впровадженні спеціалізованих реабілітаційних програм, сьогодні показує свою високу ефективність, адже ця країна має доволі низькі показники щодо кількості в'язниць та ув'язнених як серед дорослого населення, так і серед неповнолітніх [13].

Ювенальна юстиція Німеччини сьогодні базується на гуманному ставленні до дитини та пріоритеті заходів виховного характеру. Закон про ювенальну юстицію 1990 року (JGG) закріпив багаторічну практику застосування альтернативних форм покарання (переговори між потерпілою стороною і злочинцем, відшкодування шкоди, поєднання різних корекційних програм тощо).

Застосування правосуддя для неповнолітніх у Німеччині насамперед покликане протидіяти новим правопорушенням, вчиненим молодою особою чи підлітком. «Для досягнення цієї мети, правових наслідків та з огляду на батьківське право на виховання процедура повинна ґрунтуватися насамперед на ідеї батьківства», – йдеться у Законі про ювенальну юстицію. Закон про ювенальну юстицію (JGG) здебільшого регулює формальне правосуддя серед неповнолітніх у Німеччині. Основна його ідея – «освіта перед покаранням». Це спеціальний закон про «матеріальне та формальне» кримінальне законодавство у сфері ювенальної юстиції. Такий вид кримінального покарання, як позбавлення волі, застосовується лише у виняткових випадках. Мінімальний термін позбавлення волі становить півроку, максимальний – 5 років, а для підлітків 14-17 років і молодих людей віком до 21 року, які вчинили тяжкий злочин, – 10 років. Слід зазначити, що прийняти рішення про запобіжні заходи щодо неповнолітнього злочинця можуть лише суддя або прокурор [8].

Профілактичні і реабілітаційні програми передбачають насамперед психосоціальну підтримку неповнолітнього, надання послуг посередника в рамках відновного правосуддя, контроль соціального працівника спеціальних державних служб, виховні заходи в освітніх закладах, спеціальні тренінги і семінари, застосування суспільно корисної діяльності, до якої залучається правопорушник. Суддя також може призначити штраф, короткострокове затримання, деякі види громадських робіт. Причому, як підкреслюють фахівці, альтернативні види покарання розглядаються не як пом'якшення покарання, а для оптимізації системи кримінального правосуддя. І це має свій позитивний результат.

Перші ювенальні суди з'явилися в Італії ще у 1934 році. Ювенальна юстиція Італії довгий час не була орієнтована, як у Німеччині чи Нідерландах, на ідею гуманізації здійснення правосуддя щодо неповнолітніх. Ситуація змінилася із прийняттям змін до кримінального законодавства у 1988-89 роках, коли почала формуватися сучасна система ювенальної юстиції, побудована на міжнародних принципах захисту дітей. Так, у 1988 році було прийнято Кодекс кримінального судочинства щодо неповнолітніх. Відповідно до Кодексу, судове розслідування проводиться з ініціативи ювенального прокурора, а суд у ході розслідування може призначити чотири заходи впливу, три з яких – альтернативні позбавленню волі. Згадані заходи впливу такі: 1) визнання правопорушення неповнолітнього незначної тяжкості (від кримінальної відповідальності підліток звільняється, але виховні заходи з ним проводяться); 2) судове прощення (правопорушення визнається більш серйозним, ніж в першому випадку, і тому виховна робота більш ґрунтовна, але покарання не призначається, оскільки є підстави вважати, що рецидиву не буде); 3) досудова пробація; 4) позбавлення волі, якщо неможливо застосувати попередні заходи.

Сьогодні кримінальний процес щодо неповнолітніх передбачає емоційну та психологічну допомогу на кожному етапі; врахування індивідуальних особливостей неповнолітнього злочинця; захист конфіденційності; право на отримання інформації щодо кожного етапу кримінального процесу. Також передбачено спеціалізацію суб'єктів, які беруть участь у процесі та взаємодіють із неповнолітніми, тобто суддів, соціальних працівників, судової поліції, адвокатів тощо. До неповнолітніх досить рідко застосовується такий захід, як утримання під вартою у спеціальних установах. Як правило, неповнолітні підозрювані перебувають удома чи в освітньому закладі [4].

В Італії функціонування системи ювенальної юстиції досить чітко регулюється такою державною інституцією, як Департамент ювенальної та громадської юстиції, що здійснює нагляд за судами неповнолітніх, молодіжними суддями, програмами відновлення, поверненням неповнолітніх злочинців до суспільного життя. У кожному територіальному центрі Італії діють Цен-

три правосуддя для неповнолітніх. Усього їх 12. Крім того, до структури департаменту входять управління соціального обслуговування неповнолітніх, кримінальні установи для неповнолітніх, перші приймальні пункти та освітні громади [5].

Цікавим є досвід співпраці освітніх громад з ювенальними судами. Освітні громади сьогодні відіграють важливу роль у функціонуванні ювенальної юстиції. Основними їх завданнями є освітня, інформаційна функція; надання психологічної допомоги підлітку на всіх етапах кримінального провадження; робота у кримінальних установах; моніторинг дотримання прав дитини на усіх етапах кримінального провадження, призначення покарання, виконання покарання, участь у соціальних проектах стосовно неповнолітніх тощо [11].

Таким чином, ювенальна юстиція в Італії – це складна система взаємодії між державою, судовою системою та громадськістю. Значна увага у системі ювенальної юстиції Італії сьогодні приділяється різноманітним освітнім та виховним заходам, підвищенню ролі сім'ї та громади у запобіганні правопорушенням, запровадженню різноманітних програм у навчальних закладах тощо. Також слід відзначити зростання інтересу до відновного правосуддя та медіації.

Ювенальні суди з'явилися в Японії ще в 1923 році. Сучасна ювенальна юстиція в цій країні базується на законодавстві, прийнятому ще після Другої світової війни. Юридичні основи ювенальної юстиції в Японії зафіксовані насамперед у Законі про добробут дітей (1947 року) та Законі про неповнолітніх (1948 роки) з наступними змінами та доповненнями. Протягом останніх десятиліть до законодавства було внесене ряд поправок, які, поряд із встановленням більш суворих видів покарань за тяжкі злочини, передбачають активне залучення до кримінального процесу сім'ї, волонтерів, різноманітних громадських організацій, реабілітаційні та профілактичні заходи.

У Японії попереднє розслідування стосовно неповнолітнього обвинуваченого здійснюється поліцією (в разі незначних злочинів) і прокурором (у разі звичайних злочинів) і ґрунтується на Кримінально-процесуальному кодексі Японії. Затримання чи обрання запобіжного заходу щодо неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого може бути здійснено тільки у виняткових випадках. Якщо все-таки затримання відбулося, то неповнолітній утримується окремо від дорослих. Поліція або прокурор після проведеного розслідування повинні передати будь-яку кримінальну справу стосовно неповнолітнього до Сімейного суду, який відіграє значну роль в системі ювенальної юстиції Японії. Юрисдикція Сімейного суду поширюється на три категорії неповнолітніх: неповнолітніх віком від 14 до 19 років; дітей-правопорушників до 14 років (у виняткових випадках лише за клопотанням губернатора префектури або начальника Центру дитячого виховання); молодих людей, які не досягли 20 років, схильних до вчинення протиправних діянь [7]. Важливо відзначити, що всі співробітники Сімейного суду мають спеціальну освіту щодо роботи з неповнолітніми. Після передачі справи до Сімейного суду співробітником служби пробації щодо неповнолітнього проводиться соціальне розслідування, під час якого вивчаються умови його життя та виховання, рівень психічного розвитку та інші особливості його особистості, ведеться робота із законними представниками. Також на даному етапі з ним працюють психологи: проводять експертизи, тестують. Усі дані, зібрані щодо неповнолітнього, передають судді, який вирішує, чи потрібно проводити судовий розгляд або можливо припинити кримінальну справу. Практично 80 % всіх справ, переданих до Сімейного суду, припиняються до призначення судового засідання (на підставі соціального розслідування офіцера пробації) або після проведення судового розгляду. Сімейний суд також може прийняти такі рішення: застосувати пробацію, направити неповнолітнього у виховну або піклувальні установу, направити у виправні центри для неповнолітніх або повернути справу неповнолітнього, який досяг 14-річного віку, прокурору у разі необхідності розгляду справи у «дорослому» суді [10].

Сьогодні японське законодавство орієнтоване насамперед на реабілітацію неповнолітнього, що порушив закон. Ювенальна юстиція Японії характеризується як модель соціального забезпечення, заснована на філософії патерналізму, крім того, вважається, що їй властива представницька модель, оскільки суспільство і держава активно взаємодіють у боротьбі за майбутнє молодих людей [7].

Висновки

Отже, дослідивши сучасні міжнародні тенденції функціонування ювенальної юстиції на прикладі таких країн, як США, Великобританія, Нідерланди, Італія, Франція, Японія, можна стверджувати, що впровадження ювенальної юстиції в Україні є необхідним кроком. Адже ювенальна юстиція – це не лише ювенальні суди, а ціла система взаємодії судової влади, державних та громадських інституцій, закріплена

на законодавчому рівні. Лише ефективне функціонування системи ювенальної юстиції в межах країни відповідно до міжнародних стандартів та принципів може забезпечити падіння рівня злочинності серед неповнолітніх та дотримання прав дитини. Слід зазначити, що відхід від каральної системи, дотримання прав дитини під час судового процесу, застосування покарань, альтернативних позбавленню волі, відновне правосуддя, превенція та реабілітація показали свою ефективність. У розвинених демократичних країнах активно впроваджуються різноманітні профілактичні та реабілітаційні програми для неповнолітніх, програми для батьків, залучається школа та громада до роботи з правопорушниками, надається психологічна допомога. Важливим складником системи ювенальної юстиції є програми з психологічної допомоги неповнолітнім правопорушникам. Міжнародний досвід показує, що ефективне функціонування системи ювенальної юстиції нерозривно пов'язане з розвитком усіх державних та громадських інституцій та передбачає неухильне дотримання міжнародних стандартів захисту прав дитини.

Список використаних джерел:

1. Alternatives to custody for young offenders national report on juvenile trends. Netherland Prof. Dr. Ton Liefaard, Ms. Maryse Hazelzet. URL: https://www.oijj.org/sites/default/files/baaf_netherlands1.pdf. (дата звернення: 01.11.2020).

2. Butts, Jeffery; Bazemore; Saa Meroe (2010). "Positive Youth Justice: Framing Justice Interventions Using the Concepts of Positive Youth Development". Coalition for Juvenile Justice.: 1. URL:https://www.readkong.com/page/positive-youth-justice-1975892?p=2 (дата звернення: 22.11.2020).

3. Crime and Disorder Act 1998. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents (дата звернення: 17.11.2020).

4. Codice processo penale minorile – D.P.R. 448/1988, D.P.R., 22/09/1988 n° 448. URL: https://www.altalex.com/documents/leggi/2014/06/18/codice-processo-penale-minorile-d-p-r-448-1988 (дата звернення: 22.11.2020).

5. Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità. URL: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_12_4.page (дата звернення: 02.12.2020)

6. Facts and Stats. National Association of Youth Courts. URL: https://www.youthcourt.net/about/facts-and-stats (дата звернення: 02.12.2020).

7. Hartjen Clayton A. Youth, Crime and Justice: A Global Inquiry. New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press, 2008.

8. Jugendgerichtsgesetz. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/__2.html (дата звернення: 16.11.2020).

9. Junger-Tas, J. (2004) Молодіжне правосуддя в Нідерландах. Чикаго: Університет Чикаго Прес, 2004. С. 331.

10. Kuzuno H. Juvenile Diversion and the Get-Tough Movement in Japan. URL: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr22/KUZUNO.pdf (дата звернення: 05.12.2020).

11. La giustizia minorile in Italia di Sonia Viale, vice capo dipartimento per la Giustizia Minorile. URL: http://www.ristretti.it/areestudio/minorile/inchieste/viale2.htm (дата звернення: 17.11.2020).

12. Nothing About Us Without Us! The Failure of the Modern Juvenile Justice System and a Call for Community-Based Justice Charisa Smith. Journal of Applied Research on Children: Informing Policy for Children at Risk, Vol. 4 [2013], Iss. 1, Art. (дата звернення: 05.12.2020).

13. World Prison Population List twelfth edition Roy Walmsley. URL: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf(дата звернення: 17.11.2020).

14. Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/23/contents (дата звернення: 17.11.2020).

15. Young Witness Initiative. URL: https://www.cps.gov.uk/youth-crime. (дата звернення: 05.12.2020).

16. Ювенальна юстиція : навчальний посібник / А.І. Гусєв, Ю.Б. Костова, Н.М. Крестовська, Т.Є. Семікоп, В.І. Шмеріга, І.Г. Терещенко; за ред. Н.М. Крестовської. Одеса: ОЮІ ХНУВС, 2006. 243 с.

17. Крукевич О.М. Здійснення правосуддя щодо неповнолітніх у країнах романо-германського та англо-американського типів правових систем. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2014. № 4 (51). С. 143-148.

18. Романюк А. Організація захисту неповнолітніх у кримінальному судочинстві США. *Вісник Львівського університету ім. Івана Франка*. Львів, 2003. С. 493-523.

20. Шмидт В.Р. Интеграция подростков в конфликте с законом: зарубежный опыт. Москва, 2007. 120 с.

Tetiana Dmytryshyna. Juvenile justice: best practices and prospects for its implementation in Ukraine

The article is devoted to the study of current international trends in the development of juvenile justice in order to take into account the positive experience in the implementation of juvenile justice in Ukraine.

The author considers the main current trends in juvenile justice in countries such as the United States, Britain, the Netherlands, Italy, France and Japan. On the example of these countries, the introduction of progressive areas of juvenile justice – the system of prevention, probation, restorative justice and more. The results of the functioning of prevention and rehabilitation programs for juvenile offenders and the prospects

for the implementation of such programs in Ukraine are studied. Emphasis is placed on the fact that the active involvement of the family, school and community is an important element of the juvenile justice system.

Two main models of juvenile justice that function effectively are analyzed: Anglo-Saxon (Great Britain, USA, Canada, Australia, etc.) and continental (France, Germany, Belgium and others). The main difference between them is not only in the statutory and case law specific to these models, but also in the jurisdiction of juvenile cases. These two models of juvenile justice have a number of features that have developed historically and have their differences at the present stage.

It is proved that the developed systems of juvenile justice at the present stage are based on the following fundamental principles: the rule of the best interests of the child, education, maximum individualization and informality of justice, the priority of restorative justice, equal attention.

It is concluded that juvenile justice can function effectively as a holistic system of interaction between the judiciary, state and public institutions, regulated at the legislative level in accordance with international standards, which will ensure respect for children's rights and reduce juvenile delinquency. In developed democracies, the withdrawal of the penal system, respect for the rights of the child during the trial, the use of alternatives to imprisonment, restorative justice, prevention and rehabilitation have proved effective.

Key words: juvenile justice, juveniles, punishment, probation, prevention, restorative justice.

УДК 343.36
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.38

Олександр Марін,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ТА СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ В РЕЗУЛЬТАТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ

У статті розглянуто питання впливу конституційної реформи на визначення поняття кримінальних правопорушень проти правосуддя та запропоноване нове бачення поняття цього родового об'єкта. У сучасній доктрині кримінального права родовий об'єкт кримінальних правопорушень проти правосуддя розглядають у вузькому та широкому розумінні залежно від того, який суб'єктний склад утворює суспільні відносини, що ставляться під охорону норм кримінального права: вузьке розуміння – тільки суд; широке – й інші суб'єкти, які проводять досудове розслідування, виконують судові рішення, беруть участь у судочинстві у певних процесуальних ролях. У статті пропонується інший підхід, відповідно до якого об'єкт охорони кримінально-правових норм, що містять кримінальні правопорушення проти правосуддя, повинен розглядатися через призму концепції «правового блага» – цінності, що забезпечує рівноправний розвиток особистості. Відповідно до такого підходу, розглядаючи правосуддя як родовий об'єкт кримінальних правопорушень, не варто виокремлювати його формальний та змістовий бік, широке та вузьке розуміння. Необхідно розуміти його як цілісний феномен зі своїм змістом – досягнення справедливості – та формою, дотримання якої слугує досягненню цілі правосуддя. Зміст та форма правосуддя насамперед визначені у Конституції України. Норми Основного Закону держави мітять положення, які деталізуються у процесуальному законодавстві та законодавстві щодо системи судочинства, а додержання відповідних принципів та правил повинно охоронятися нормами кримінального права. Саме таке розуміння правосуддя і повинне бути піддано логічній операції поділу поняття – класифікації. У результаті класифікації поняття «правосуддя» ми одержимо ті її складники, які потребуватимуть кримінально-правової охорони і складатимуть релевантну Конституції України систему норм про кримінальні правопорушення проти правосуддя.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, правове благо, справедливість, конституційна реформа.

Постановка проблеми. На дослідження цієї проблеми мене наштовхнуло рецензування докторської дисертації Лідії Палюх, яка виконувалась на кафедрі кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка і була рекомендована до захисту у грудні 2020 року. Одним із ключових результатів згаданого дослідження став висновок про потребу зміни назви розділу XVIII Особливої частини КК України з акцентом на тому, що закріпленими у ньому статтями охороняється не правосуддя, а судочинство та порядок виконання судових рішень в Україні. Коротко аргументи авторки зводилися до того, що: а) до родового об'єкта злочинів проти правосуддя належать лише ті із суспільних відносин, які забезпечують реалізацію судовою владою своїх функцій, котрі здійснюються у межах відносин щодо здійснення судочинства (процесуальні відносини); б) оскільки Конституційний Суд України здійснює свої функції у формі конституційного судочинства (конституційне провадження), його діяльність повинна охоронятися нормами розділу XVIII Особливої частини КК України; в) поняття «судочинство» більш повно, ніж поняття «правосуддя», охоплює коло тих відносин, що охороняються нормами розділу XVIII Особливої частини КК України, бо позначає врегульований нормами Закону України «Про Конституційний Суд України», нормами відповідних процесуальних галузей права порядок кримінального, конституційного провадження, провадження у цивільних, господарських, адміністративних справах, справах про адміністративні правопорушення на всіх стадіях [1, с. 298-299].

© О. Марін, 2021

Сприймаючи запропонований підхід як такий, що цілком вкладається у сучасну доктрину кримінального права, особливо в частині наявного вчення про кримінальні правопорушення проти правосуддя, слід відзначити, що конституційна реформа, проведена в Україні у 2016 році в частині правосуддя, дає підстави для сумніву в її правильності та конституційній релевантності. Більше того, події, які відбуваються у суспільно-політичному житті України, засвідчують наявність великих проблем із забезпеченням правосуддя в нашій державі. І хоча я далекий від думки, що зміна кримінально-правового розуміння цього явища здатна швидко дати позитивні результати у його забезпеченні засобами кримінального права, відсутність або спотворене розуміння правосуддя точно до таких результатів не призведе.

Метою цієї статті є переосмислення розуміння родового об'єкта кримінальних правопорушень проти правосуддя з урахуванням нової редакції Конституції України та іншого методологічного підходу до визначення предмета дослідження.

Стан розробки проблеми. Аналіз наукової літератури свідчить про досить серйозну увагу дослідників до проблем кримінальних правопорушень проти правосуддя. Дві докторські дисертації протягом двох останніх років М.В. Шепітька [2] та Л.М. Палюх [1] та десятки статей, присвячених безпосередньо проблемі визначення родового об'єкта кримінальних правопорушень (злочинів) проти правосуддя. Крім того, практично кожна кандидатська дисертація, присвячена окремим складам кримінальних правопорушень проти правосуддя, обов'язково містить міркування автора стосовно розуміння ним/нею досліджуваної проблеми. Поряд із цим концептуально підходи не відрізняються якоюсь багатоманітністю. Фактично автори розмірковують над тим, чи адекватно термін «правосуддя» відображає спрямованість кримінально-правових норм, які містяться у Розділі XVIII Особливої частини КК України, і залежно від результатів таких міркувань пропонують або змінити назву Розділу, або якимось іншим чином удосконалити його текстуальне оформлення, або вилучити з Розділу «все зайве». Так, В.М. Бурдін зазначав, що проблему визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя можна вирішити двома способами: 1) змінивши назву Розділу XVIII Особливої частини КК України для того, щоб він охоплював не тільки злочини проти правосуддя, але й інші, які посягають на пов'язані із правосуддям відносини; 2) шляхом виключення з Розділу XVIII Особливої частини КК України тих складів злочинів, які безпосередньо не посягають на правосуддя, а також уточнення окремих складів злочинів [3, с. 76].

Щодо самого розуміння категорії «правосуддя» через призму кримінального права у доктрині нашої науки постійно наводяться та аналізуються дві основні позиції. Квінтесенцією дискусій при цьому стають такі твердження: «правосуддя – це діяльність судових органів з розгляду справ чи проваджень усіх форм судочинства, а також інших органів й осіб, на яких покладений обов'язок сприяти здійсненню судом правосуддя та забезпечувати виконання його рішень. У вузькому значенні під родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом XVIII Особливої частини КК, виходячи з назви, необхідно розуміти сукупність суспільних відносин у сфері здійснення судової влади, в широкому ж значенні правосуддя – це нормальна (законна) діяльність органів правосуддя, до числа яких включаються органи, що сприяють здійсненню правосуддя (органи слідства, прокуратури, органи, на які покладено обов'язок з виконання рішень суду)» [4, с. 186]. Відмінність у підходах полягає здебільшого в тому, яке з цих двох «розумінь» правосуддя підтримує той чи інший автор.

Навіть найсучасніші дослідження не вносять у цей концептуальний підхід нічого по суті нового. Така ситуація дає можливість і свободу досліднику поставити під сумнів правильність зазначених підходів і спробувати переосмислити викладене.

Виклад основного матеріалу. Чим вже в деталях відрізняються підходи вчених та яким чином вони «з'являються» у публікаціях?

Перш за все, є група авторів, які поняття правосуддя виводять із розуміння судової влади та виконання нею своєї функції саме як системи органів державної влади. Так, наприклад: «...родовим об'єктом злочинів проти правосуддя є встановлений законодавством та поставлений під охорону нормами кримінального законодавства порядок відносин у суспільстві, що забезпечує нормальну діяльність органів правосуддя, органів та осіб, що сприяють його належному здійсненню» [5, с. 320]. Або «...родовим об'єктом злочинів, передбачених у Розділі XVIII Особливої частини КК України, є система правовідносин, яка забезпечує реалізацію судової влади в цивільному, господарському, адміністративному, кримінальному та конституційному судочинстві, а також процесуальну та післяпроцесуальну діяльність компетентних органів та осіб, які сприяють судовій діяльності

та втілюють у життя її результати» [6, с. 105]. Ще одним твердженням у межах цієї групи поглядів є таке: «Правосуддя як функція судової влади здійснюється незалежними та безсторонніми судами, утвореними згідно із законом» [7, с. 31]. І нарешті, «...правосуддя є однією з найважливіших функцій, покладених на державну владу, яка здійснюється за допомогою розгляду та винесення рішення в судових засіданнях, що стосуються порушення інтересів, гарантій та прав громадян, підприємств, установ та організацій, громадських об'єднань» [8, с. 189].

Вадою такого підходу до розуміння правосуддя як об'єкта кримінально-правової охорони є те, що у такому разі його практично не можливо відмежувати від об'єктів кримінально-правової охорони декількох попередніх розділів Особливої частини КК – XV «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади...» та XVII «Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності...». Забезпечення реалізації будь-якої влади (у тому числі й судової) є тим правовим благом або, нехай буде, суспільними відносинами, на охорону яких спрямована частина норм названих розділів. Розуміючи практично нікчемну роль родового об'єкта у питаннях розмежування кримінальних правопорушень між собою, відкидати визначеність у цьому питанні в аспекті забезпечення системності кримінально-правового регулювання не варто.

Наступна група авторів наголошують на процесуальному, процедурному аспекті здійснення правосуддя і підтримують таким чином підхід, відповідно до якого «...формальною ознакою правосуддя є його здійснення в формі судочинства судами як державними органами, а змістовною – відповідність вимогам справедливості і забезпечення ефективного поновлення в правах» [9, с. 13]. Підтримують, щоправда, у тому аспекті, що кримінально-правовій охороні підлягає власне формальний аспект правосуддя. Типовими визначеннями у межах окресленого підходу є такі: «...об'єктом злочинів проти правосуддя є суспільні відносини щодо здійснення правосуддя: відносини, що виникають у сфері правозастосовної або юрисдикційної діяльності, діяльності суду щодо розгляду визначених законодавством справ (проваджень), діяльності спеціально створених державних органів, що сприяють здійсненню правосуддя [10, с. 336], або «... правосуддя слід визначати як діяльність, що здійснюється судами у формі адміністративного, господарського, конституційного, кримінального, цивільного судочинства і полягає у розгляді і вирішенні у встановленому законом порядку справ та органами, які сприяють суду у втіленні правосуддя і забезпечують виконання його рішень» [11, с. 347], або «... зміст поняття «правосуддя» здебільшого розкривається через зміст терміна «судочинство». Вважаємо, що ці терміни необхідно розмежовувати. Правосуддя є змістом судочинства, а судочинство – формою здійснення (реалізації) правосуддя чи судової процедури» [12, с. 226].

Недоліками такого підходу, як видається, є те, що наведені визначення мають «операційний» характер, визначаючи правосуддя як діяльність, процедуру, а не цінність. Мені здається, у цьому прихована помилка розуміння об'єкта охорони. Розуміння правосуддя як процедури принижує значення цього блага, адже можна винести неправосудне рішення із дотриманням всіх процедурних аспектів, а правосуддя постраждає.

Третя група авторів звертають свою увагу не лише на формальний аспект, а й на зміст правосуддя, не надаючи переваги жодному з них. Так, наприклад, можна прочитати такі міркування: «... при цьому незалежно від авторських дефініцій досліджуваного терміна серед основних ознак правосуддя ними виділено: здійснення його тільки судом, що виключає участь у такій діяльності інших органів; здійснення правосуддя у формі (шляхом) судочинства певного виду; здійснення правосуддя відповідно до конституційних принципів» [6, с. 102]. Автор, окрім процедурного аспекту правосуддя, судочинства, наголошує на конституційних принципах, які порушуються вчиненням злочинів проти правосуддя, а такі принципи відображають змістовий аспект цього явища.

Підкреслює значення змістових характеристик правосуддя й інший автор, зазначаючи, що «...єдина соціально-значуща мета у вигляді розв'язання юридично-значущих питань на підставі чинного процесуального законодавства органами та посадовими особами та обов'язки інших учасників цього процесу додержуватись також норм законодавства вимагає застосування до цієї діяльності у її сукупності загальних принципів цієї діяльності, якими є, на думку більшості вчених, принцип законності та принцип верховенства права» [13, с. 174]. Далі автор констатує, що «... родовим об'єктом злочинів проти правосуддя є: 1) додержання принципів верховенства права та законності в діяльності судових органів та посадових осіб; 2) додержання принципів верховенства права та законності при виконанні обов'язків, покладених на інших учасників вказаних відносин (засуджених, боржників, інших фізичних осіб)» [13, с. 175].

Загалом підтримуючи зазначений акцент на змісті правосуддя як важливому його складнику, відзначимо, що вчені не надають переваги якомусь одному аспекту і, більше того, будують свої подальші міркування стосовно класифікації кримінальних правопорушень проти правосуддя на підставі процедурних характеристик правосуддя. При цьому зазначають, що «... поняття «правосуддя» є предметом вивчення найперше процесуальних юридичних наук» [1, с. 175]. У цьому, видається, і є проблема. Формалізований підхід до цього поняття не дає можливості вирватися з «порочного кола» теоретичних концепцій вузького та широкого розуміння, що, як показує практика, взагалі нічого не дає для протидії цьому виду кримінальних правопорушень. Розгляд правосуддя у вузькому та широкому сенсі зумовлений підходом, відповідно до якого правосуддя – це діяльність або функція, які здійснюються судами, і тому вузьке розуміння – тільки судами; широке – й іншими «помічниками». Поряд із цим якщо розглядати правосуддя як цінність зі своїми засадами і т. ін., то його забезпечення відбувається за участю всіх суб'єктів, які у нього залучені та виконують певні функції. Таке розуміння правосуддя знімає потребу у двох підходах.

Видається, що правосуддя як об'єкт кримінально-правової охорони варто розглядати не з позицій процесуальних галузей права, а з позицій права конституційного, або ще глибше – з позицій філософії права. Саме тоді ми дістанемо уявлення про зміст цінності, блага, суспільних відносин, які заслуговують власне на кримінально-правову охорону в контексті дії принципу ultima ratio.

Звертаючись до надбань науки конституційного права, констатуємо досить незначну кількість робіт, присвячених саме правосуддю як конституційно-правовому феномену. Здебільшого вчені пишуть про засади судочинства. Так, наприклад, зустрічаємо такі міркування: «... конституційні принципи здійснення судочинства взаємопов'язані один з одним. Маючи свій особливий зміст і правову природу, вони взаємно обумовлюють дію один одного і становлять систему, яка визначає зміст та процесуальну форму здійснення судочинства в Україні. Система конституційних принципів здійснення судочинства становить фундамент, на основі якого формується процесуальне законодавство. Система цих принципів має забезпечувати єдиний режим законності, верховенства права та застосування всіх інших правових приписів у діяльності судових органів, слугувати методологічною основою розвитку та вдосконалення вітчизняного конституційного, судоустрійного та процесуального законодавства» [12, с. 227]. Авторка у цьому твердженні справедливо ставить на перше за значенням місце конституційні принципи судочинства, вказує на їх зумовлююче значення, розставляє все на свої місця: не процесуальні галузі визначають зміст правосуддя, а конституційні положення визначають зміст процесуальних галузей.

Природньо, інші акценти ставить філософсько-правова наука: «... формальна ознака правосуддя конкретизується у функціональному розумінні правосуддя, яке ототожнює його з судочинством, судовим розглядом справ, тоді як друге, змістовне розуміння акцентує на внутрішніх характеристиках судової діяльності, наприклад, справедливості як меті правосуддя. Досягнення мети й може слугувати основою телеологічного розуміння правосуддя» [9, с. 13]. На продовження цієї позиції наведемо й інше твердження, що, як видається, має цілком правильне спрямування: «... правосуддя є об'ємним правовим поняттям, сутність якого важко зрозуміти без його основного вектора – справедливості. Водночас правосуддя слід відрізняти від суміжного поняття – судочинства, оскільки як обсяг, так і зміст їх не однаковий. Вважаємо обґрунтованим твердження, що розгляд і вирішення судами спорів у відповідних справах шляхом чіткого дотримання вимог процесуального закону з урахуванням мети такого вирішення (справедливого вирішення справи) визначається як судочинство. Водночас шлях чіткого дотримання процесуальної форми розгляду справи, вирішення судом спору у справі відповідно до вимог справедливості (що є конкретною для конкретних обставин справи) є правосуддям» [14, с. 35].

Під час аналізу наукового доробку стосовно родового об'єкта кримінальних правопорушень проти правосуддя була помічена ще одна деталь – небезпечна з точки зору адекватності одержаних результатів логічна операція групування. Проблема визначення поняття родового об'єкта у цьому випадку, видається, полягає в тому, що ми сприймаємо родовий об'єкт як суму безпосередніх об'єктів кримінальних правопорушень, вміщених у Розділі XVIII Особливої частини КК України, аналізуємо їх зміст, а потім синтезуємо відповідне поняття як збірне залежно від результатів попереднього аналізу. У результаті одержуємо, наприклад, таке твердження: «... ми схиляємось до думки, що класифікація саме за критерієм видового об'єкта найбільш повно відображає сутність і особливості суспільних відносин, на які посягають злочини у сфері правосуддя, та дає змогу чітко від-

межувати ці злочини від злочинів, які охороняють суміжні відносини» [15, с. 278].

Саме завдяки такому методологічному підходу і з'являється потреба у широкому розумінні правосуддя, адже, як зазначається у спеціальній літературі, «... поняття «правосуддя» у широкому розумінні дозволяє його використовувати законодавцю як системоутворюючу ознаку об'єкта, на який здійснюється посягання. Аналіз злочинів, що містяться в розділі XVIII КК України «Злочини проти правосуддя», дозволяє сформулювати родовий об'єкт – суспільні відносини у сфері забезпечення правосуддя. Відповідно до видових об'єктів злочинів проти правосуддя, їх можна класифікувати на: 1) суспільні відносини, що забезпечують формування доказів або іншої інформації, що має оціночний характер, під час здійснення правосуддя (статті 371, 372, 373, 383, 384, 385, 386, 387, 396 КК); 2) суспільні відносини, що забезпечують вирішення завдань суду під час здійснення правосуддя (статті 375, 376, 376[1], 377, 378, 379, 380, 381 КК); 3) суспільні відносини, що забезпечують вирішення завдань, які стоять перед захисником (представником) особи під час здійснення правосуддя (статті 374, 397, 398, 399, 400 КК); 4) суспільні відносини, що забезпечують виконання судового рішення під час здійснення правосуддя (статті 382, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395 КК)» [16, с. 131-132].

Вада такого підходу у тому, що процес, який описується цим та іншими авторами, – не класифікація, а групування. Якщо ми говоримо про групування, то його предметами є безпосередні об'єкти, а не родовий. Родовий об'єкт як поняття, а не множину, можна класифікувати, а множину – тільки групувати. А це залежить від того, що ми досліджуємо: якщо текст КК, то там міститься множина безпосередніх об'єктів, які потрібно якось згрупувати. Групування є виправданим, видається, лише у тому разі, коли множина об'єктів аналізу є чимось об'єктивним, тим, що існує незалежно від волі суб'єкта, який проводить аналіз: так можна виводити визначення родового поняття у фізиці, біології, геології, інших науках, які об'єктом аналізу мають об'єктивні матеріальні утворення. У праві, зокрема у кримінальному праві, ми маємо справу з об'єктами, створеними людьми, в яких відображено суб'єктивне ставлення до явища об'єктивної дійсності – заборону під страхом покарання. Тому групування таких об'єктів не утворюватиме об'єктивного явища.

Якщо ми досліджуємо явище, яке потребує кримінально-правової охорони, тоді отримуємо поняття, яке можна і потрібно класифікувати, поділити на види за певними критеріями. Другий підхід видається правильним, адже він дає можливість порівняти, зіставити потребу в охороні з реальним правовим забезпеченням такої охорони (завдання КК).

Висновки

Справді, розглядаючи правосуддя як родовий об'єкт кримінальних правопорушень, не варто виокремлювати його формальний та змістовий бік, широке та вузьке розуміння. Необхідно розуміти його як цілісний феномен зі своїм змістом – досягнення справедливості – та формою, дотримання якої слугує досягненню цілі правосуддя. Зміст та форма правосуддя насамперед визначені у Конституції України. Норми Основного Закону держави мітять положення, які деталізуються у процесуальному законодавстві та законодавстві щодо системи судочинства, а додержання відповідних принципів та правил і повинно охоронятися нормами кримінального права.

Таке розуміння родового об'єкта кримінальних правопорушень проти правосуддя вкладається у концепцію «об'єкт охорони – правове благо», суть якої зводиться до того, що «правовим благом» називають умови рівноправного розвитку особистості, що забезпечуються законом. Критерії оцінки поведінки, які виводяться з такого підходу, зводяться до такої лаконічної формули: кримінально-правові норми поведінки повинні служити захисту правових благ. Правові блага – це такі, що підлягають захисту, інтереси як окремої особистості, так і всього суспільства. Як індивідуальні, так і суспільні правові блага в результаті покликані створювати можливості для розвитку індивіда. Різниця між ними полягає лише у тому, що посягання на індивідуальне правове благо безпосередньо пригнічує можливості розвитку конкретної людини, тоді як посягання на універсальне правове благо опосередковано пригнічує можливості розвитку всіх членів суспільства [17, с. 47-48]. Тому правосуддя варто розглядати як універсальне правове благо, реалізація якого забезпечує рівноправний розвиток особистості.

Більше того, саме таке розуміння правосуддя і повинне бути піддано логічній операції поділу поняття – класифікації. У результаті класифікації поняття «правосуддя» ми одержимо ті її складники, які потребуватимуть кримінально-правової охорони і складатимуть релевантну Конституції України систему норм про кримінальні правопорушення проти правосуддя.

Обсяг та мета цієї публікації не дає можливості провести повної класифікації кримі-

нальних правопорушень проти правосуддя, однак деякі принципові моменти, які зумовлені конституційною реформою 2016 року, все ж таки обумовити варто. Насамперед йдеться про місце Конституційного Суду України у системі правосуддя та відображення кримінально-правової охорони його функціонування у нормах Розділу XVIII Особливої частини КК України. У спеціальній літературі містилися та містяться пропозиції про «включення» Конституційного Суду до системи правосуддя у розумінні КК України [10, с. 335; 1], і ґрунтувалися такі пропозиції, ймовірно, на конституційному положенні ст. 124 Конституції України «Судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції», яке діяло до 2016 року. Після конституційної реформи, в результаті якої наведене положення було виключене з Основного закону, а в Конституції було оновлено самостійний розділ, присвячений Конституційному Судові, предмет для дискусії, як видається, зник. Чинне конституційне положення ст. 127 «Правосуддя здійснюють судді» «виводить» Конституційний Суд із системи правосуддя у конституційно-правовому розумінні, тоді й кримінально-правове розуміння повинно бути конституційно релевантним.

Наступним питанням, що стосується видів кримінальних правопорушень проти правосуддя в аспекті відповідності Конституції України після реформи 2016 року, є розширення суб'єктного складу системи правосуддя і підкреслення важливої ролі для досягнення його мети – справедливості – таких інституцій, як Вища рада правосуддя, прокуратура та адвокатура. Враховуючи наведене, правильним видається перегляд місця посягань на життя, здоров'я, майно відповідних суб'єктів, втручання у їхню діяльність, перешкоджання їй. Є підстави вважати, що цілком адекватним буде розташування, наприклад, ст. 351^2 «Перешкоджання діяльності Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України» КК України у розділі XVIII Особливої частини КК України.

Звичайно, запропонований у цій статті підхід потребує осмислення та апробування у конструюванні нової редакції Розділу XVIII «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» Особливої частини КК України відповідно до оновленого розуміння родового об'єкта, проте відповідність Конституції України положень кримінального законодавства є окремим проявом верховенства права і, очевидно, повинна бути врахована як вченими, так і законотворцями.

Список використаних джерел:

1. Палюх Л.М. Кримінальна відповідальність за злочини проти правосуддя. Львів: Львівський національний університет імені Івана Франка, 2020. 744 с.
2. Шепітько М.В. Теоретико-методологічні засади формування системи протидії злочинам у сфері правосуддя : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08, 12.00.09. Харків, 2018. 42 с.
3. Бурдін В.М. Окремі проблеми злочинів проти правосуддя за КК України. *Життя і право*. № 2. 2004. С. 74-77.
4. Вакулик О.О. Особливості родового об'єкта злочинів проти правосуддя. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6. Т. 2. С. 183-187.
5. Дідик С.Є. Родовий об'єкт злочинів проти правосуддя (проблеми визначення). *Часопис Київського університету права*. 2011. № 4. С. 318-321.
6. Мельник Р. Проблеми визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя. *Науковий часопис Національно академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 100-107.
7. Воронцов А.В. Актуальні питання визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2015. № 2. С. 30-33.
8. Стельмах В.С. Правосуддя: поняття та значення за Кримінальним кодексом України. *Правова позиція*. 2018. № 2 (21). С. 189-193.
9. Бігун В.С. Правосуддя як мета та мета правосуддя (до питання про філософію правосуддя). *Держава і право*. 2009. Вип. 46. С. 9-13.
10. Бунін Є. Об'єкт злочинів проти правосуддя. *Юридичний вісник*. 2014. № 3. С. 332-337.
11. Валькова Є.В. Особливості визначення родового об'єкта злочинів проти правосуддя. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 4. С. 344-348.
12. Нестор Я.В. Поняття і правова природа конституційних принципів здійснення правосуддя. *Альманах права*. 2017. Випуск 8. С. 225-228.
13. Фінкель В.М. Загальна характеристика родового об'єкту злочинів проти правосуддя. *Правова держава*. 2012. № 15. С. 171-176.
14. Сергієнко Н.А. Правосуддя як форма діяльності держави щодо захисту порушених, оспорюваних прав та охоронюваних законом інтересів. *Право і суспільство*. 2014. № 3. С. 30-36.
15. Ахмедов В.А. Об'єкт злочинів проти правосуддя як одна з підстав їх наукової класифікації: сучасні теоретичні підходи і практичне значення. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 2. С. 276-279.
16. Шепітько М. Кримінально-правовий підхід до розуміння поняття правосуддя. *Вісник Національної академії правових наук*. 2015. № 3 (82). С. 126-133.
17. Фристер Гельмут Уголовное право Германии. Общая часть / пер. с нем. 5 изд. Москва: Инфотропик Медиа, 2013. 712 с.

Oleksandr Marin. Group object and system of criminal offenses against justice as a result of constitutional reform

The article deals with the issue of the constitutional reform impact on the definition of criminal offenses against justice. A new vision of the concept of the group object is offered. In the modern doctrine of criminal law, the group object of criminal offenses against justice is considered to have both narrow and broad senses, depending on the subjects of social relations protected by the norms of criminal law: in the narrow sense – the court only; in the broad one – not only the court, but also other subjects that conduct pre-trial investigation, execute court decisions, participate in court proceedings in certain procedural roles. The article proposes another approach, according to which the object of protection of criminal law norms, which contain criminal offenses against justice, should be considered through the prism of the concept of «legal value» – a value that ensures equal development of an individual. According to this approach, while considering justice as the group object of criminal offenses, it is not required to distinguish its formal and substantive side, broad and narrow meaning. It should be understood as a holistic phenomenon with its content – the achievement of justice – and its form, compliance with which serves to achieve the purpose of justice. The content and the form of justice are primarily defined in the Constitution of Ukraine. The norms of the Fundamental Law of the state contain provisions that are detailed in the procedural legislation and the legislation on the judicial system, and the observance of the corresponding principles and rules should be protected by the norms of criminal law. This is the understanding of justice that should be subjected to the logical operation of dividing a concept – classification. As a result of classification of the concept of justice, we will get those of its components that will require criminal law protection and will constitute a system of norms on criminal offenses against justice relevant to the Constitution of Ukraine.

Key words: group object, criminal offenses, justice, constitutional reform.

УДК 341.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.39

Вадим Попко,
докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗБЛИЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ СИСТЕМ В УМОВАХ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ ЗЛОЧИННОСТІ

У статті розглядаються фактори, що впливають на процес зближення кримінально-правових систем, й обґрунтовується теза про закономірність і неминучість їх поступового зближення. Такими факторами визначаються глобалізація; зростання суспільних передумов міжнародної злочинності, передусім транснаціональної; інтернаціоналізація злочинності; імплементація норм міжнародного кримінального права, а також їх трансформація шляхом прийняття нових національних кримінальних законів або внесення змін і доповнень у вже чинні; розвиток співробітництва держав у протидії злочинності. Для зближення кримінально-правових систем вагоме значення має надання міжнародної правової допомоги як важливого елемента міжнародного співробітництва між правовими системами різних держав.

Автором надана характеристика кримінально-правових систем, показано їх розбіжності й виявлено спільні тенденції розвитку, зокрема зближення в регулюванні кримінально-правових відносин. Завдання посилення протидії злочинам міжнародного характеру диктує необхідність укладення міжнародних угод, що покладають на держави-учасниці зобов'язання не лише встановити кримінальну відповідальність за злочини певного роду, а й окреслити рамки покарання за їх здійснення. Розкривається механізм зближення кримінально-правових систем у трактуванні злочину, його складу, співучасті, обставин, що виключають протиправність діяння та інше. Обґрунтовується необхідність криміналізації міжнародних протиправних діянь у національному законодавстві, зокрема внесення до Особливої частини кримінальних кодексів різних країн норм про діяння, які за міжнародними конвенціями належать до тяжких злочинів (тероризм, захоплення заручників, викрадення людей, торгівля людьми й використання рабської праці, експлуатація проституції, поширення порнографії, піратство, незаконний обіг наркотичних засобів і психотропних речовин тощо).

Ключові слова: міжнародна злочинність, глобалізація, інтернаціоналізація, правова інтеграція, співробітництво держав, кримінально-правова система, конвенція.

Постановка проблеми. Процеси глобалізації є важливою тенденцією сучасного етапу суспільного розвитку, без урахування якої неможливо дослідити практично ні один аспект політичного, соціального, економічного чи духовного життя країни. Світові інтеграційні процеси у сфері економіки, політики, права, соціальних відносин, що відбуваються в рамках глобалізації, мають не лише позитивний характер, а й супроводжуються негативними наслідками. Одним із них є інтернаціоналізація злочинності, структура і зміст якої визначають пріоритетні напрями діяльності суб'єктів, що беруть участь у протидії злочинності. Так, на перший план останнім часом усе більше висуваються завдання спільної протидії загальнокримінальним транснаціональним злочинам, що зачіпають інтереси багатьох держав, у силу їх суспільної небезпеки та значної поширеності.

У зв'язку з цим цілком зрозуміло, що Організація Об'єднаних Націй, її органи й установи, інші міжнародні організації на універсальному та регіональному рівнях, держави та їхні правоохоронні органи приділяють велику увагу проблемам співробітництва в протидії злочинності. Підтвердженням тому є рішення й рекомендації практично всіх конгресів ООН з питань запобігання злочинності й кримінальному правосуддю. При здійсненні міжнародного співробітництва в цій сфері необхідно вирішити, у крайньому разі згладити, суперечливу ситуацію, коли, незважаючи на інтернаціоналізацію злочинності, засоби й форми протидії їй залишаються переважно національними (внутрішньодержавними). Тому метою такого співробітництва є досягнення єдності, узгодженості дій держав, міжурядових організацій, інших суб'єктів цієї діяльності щодо попередження злочинності, кримінально-правовій протидії їй та виконання покарань при неодмінних умовах дотримання законності,

© В. Попко, 2021

прав і свобод людини, правил поводження з правопорушниками.

Сучасна злочинність має все більш транснаціональний характер, виявляє схожі тенденції свого існування в різних країнах і континентах. У такій ситуації очевидно, що держави повинні виробляти схожі принципи й підстави кримінальної відповідальності, єдині критерії криміналізації й декриміналізації діянь, мати відповідну систему мір покарання й засобів кримінально-правового впливу.

Метою статті є з'ясування закономірностей зближення кримінально-правових систем в умовах глобалізації та факторів, що впливають на цей процес.

Останніми роками в науці міжнародного кримінального права значно зросла зацікавленість до вивчення загальнотеоретичних і прикладних проблем протидії міжнародній злочинності. Ученими досліджується феномен злочинності й вплив на неї глобалізації, причини та соціальні передумови, узагальнюється міжнародний досвід співробітництва держав у цій сфері, вивчаються національні кримінально-правові системи й система міжнародного кримінального права. Цим проблемам присвячені праці відомих учених: В.Ф. Антипенка, П.Д. Біленчука, Н. Бойстера, А. Боссарда, М.Г. Вербенського, Г. Верле, А.Е. Жалінського, Г.П. Жаровської, Н.А. Зелінської, А. Кассезе, А.Г. Кибальника, В.В. Лунеєва, В.В. Меркушина, В.А. Номоконова, Т.Л. Сироїд, Ю.В. Трунцевського та ін.

Питання взаємодії кримінального-правових систем і їх зближення також не обійдені увагою вчених, проте розробленість цієї тематики недостатня. Зближення кримінально-правових систем розглядається вітчизняними та зарубіжними компаративістами зазвичай у контексті порівняльного правознавства. Згідно з кримінально-правовою наукою вплив глобалізації на теорію і практику протидії злочинності вивчається переважно з погляду проблем формування міжнародного кримінального права та його співвідношення з національним правом (Л.В. Іногамова-Хегай, О.Г. Кибальник, В.Т. Нор, Н.Б. Федорчук), а також розвитку міжнародної юрисдикції по кримінальних справах (М.І. Костенко, О.М. Солоненко). Ученими досліджуються окремі процеси та явища цих проблем, зокрема компаративно-політичні виміри та глобалізаційні імперативи протидії міжнародному тероризмові (В.М. Вакулич), протидія відмиванню коштів (міжнародні стандарти, зарубіжний досвід, адміністративно-правові, кримінологічні, кримінально-правові (О.Є. Користін)), універсалізація кримінально-правових систем (А.Г. Кибальник) тощо. Процеси взаємодії міжнародного та порівняльного кримінального права, а також зближення кримінально-правових систем зазначали ще наприкінці XX ст. А.В. Наумов та Дж. Флетчер. Водночас закономірності зближення кримінально-правових систем під впливом розвитку міжнародного кримінального права та національного права, а також перспективи цього процесу в епоху глобалізації вивчені недостатньо.

Виклад основного матеріалу. У наш час використання поняття «кримінально-правова система» є широко вживаним як у міжнародному праві, так і в національному праві, а також у порівняльному правознавстві [1]. Дослідження кримінально-правових систем породжує в правовій науці низку проблем, що зумовлені складними процесами суспільного розвитку. Однією з них, що має пріоритетний характер, є проблема зближення правових систем, яка зумовлює правову інтеграцію й формування не лише локальних, а й загальних правових просторів. Як зазначає Х. Бехруз, сучасні процеси, породжені епохою глобалізації, ставлять перед усією юриспруденцією загалом і перед порівняльним правознавством зокрема завдання використання потенціалу різних правових сімей (систем) у вирішенні масштабних завдань, що зачіпають усе людство або його частину [2]. Світові тенденції інтеграції та глобалізації неминуче призводять до взаємодії, взаємовпливів національних правових систем. Із посиленням інтеграційних процесів подальше зближення правових систем стає все більш очевидним [3]. Подібним же чином розвивається й кримінально-правова наука, поступово переходячи від жорсткої критики іноземного права до пошуку й позитивних оцінок досвіду законодавців інших правових систем. «Існують певні висхідні категорії, що складають певний базовий набір, яким і визначаються рамки будь-якої полеміки, що неминуче виникають у кожній системі кримінального права... Різні країни можуть знаходити різні відповіді, трактуючи ці висхідні категорії, але такі рішення, що складають поверховий прошарок права, не повинні затьмарювати безсумнівну єдність, що лежить в основі правових культур. Якщо базові залишаться незмінними, тоді правові культури будуть мати більше спільного, ніж можна було б передбачити» [4].

Ще на початку минулого століття відомий російський криміналіст М.Д. Сергеєвський писав, що «наукове дослідження не може обмежитися позитивним правом одного якогось народу (правом вітчиз-

няним). Як необхідний матеріал повинні бути залучені визначення права інших держав. Цивілізованим народам нашого часу не судилося замкнене життя; міжнародні впливи проникають у всі сфери, ігнорувати їх ми не можемо. Постійні міжнародні зносини мають своїм наслідком розвиток низки, так би мовити, загальнонародних інститутів, які аж ніяк не заважають самостійному розвитку установ національних, але для власного застосування й розуміння вимагають знайомства з правом інших країн. Приклади численні й відомі всім: усе наше нове судочинство іноземного походження. Можна сказати, що всі сучасні уложення Європи, у тому числі й наше, не залишилися без іноземного впливу; інакше бути не може. Пропагувати виключну національну замкненість – значить заперечувати всю новітню історію і ставити на місце реальної дійсності свою власну, довільну утопію» [5].

Той факт, що у світі сформувалось декілька систем кримінального права, традиційно вважається загальновизнаним [6]. Історично це цілком закономірно, оскільки економічний, соціальний, політичний і культурний розвиток різних країн ішов різними шляхами. Але поступово розвиваються інтеграційні процеси, які зумовлюють формування світової економічної системи й політичного, правового та культурного зближення різних народів. Зближення правових систем здійснюється шляхом пізнання та взаємного збагачення.

Зазвичай виокремлюють такі основні типи кримінально-правових систем (як прояв правових систем у цілому): романо-германський (західноєвропейський континентальний); англо-американський (англосаксонський); мусульманський; соціалістичний; традиційний [7]. В основі цієї класифікації кримінально-правових систем покладено низку простих критеріїв: 1) історичне походження і становлення кримінально-правової системи; 2) особливості кримінально-правової доктрини, яка відображає стиль юридичного мислення і правову культуру у цілому; 3) специфіка кримінально-правових норм; 4) характер правозастосовної практики й напрям кримінальної політики у цілому.

У літературі також трапляється класифікація кримінально-правових систем, основана на ролі кримінально-правового примусу в політиці держави конкретного історичного періоду [8]. У рамках цієї класифікації виокремлюють репресивні, каральні й гуманістичні кримінально-правові системи.

Зазначимо, що будь-яка класифікація типів кримінально-правових систем є доволі умовною, адже їх вивчення не може обмежитися аналізом лише нормативних положень позитивного права. Широкий системний підхід включає аналіз багатьох складників кримінального права як системи, зокрема кримінально-правової доктрини, що відображає правову культуру та правову політику країни чи регіону; кримінально-правових норм, установлених офіційними органами держави; правозастосовної практики, спрямованої на реалізацію принципів, цілей і завдань кримінального права, тощо. Методологічною основою такого розуміння кримінально-правової системи є широкий підхід до праворозуміння загалом. Варто зазначити, що на правовій мапі світу існують впливові правові системи, джерелами яких є не лише законодавчі норми, а й звичаєве право, а також норми, створені в процесі суддівської правотворчості, що становлять так зване загальне право (common law), що суттєво розширює кордони праворозуміння. Також варто мати на увазі, що у світі існують цивілізації, державні й правові системи «незахідного» типу, подібні праву Японії, де панує доктрина «неправової держави», що заперечує провідну роль права в житті суспільства, яка базується на визнанні вирішальної ролі традиційних соціальних цінностей. Очевидно, що вузьконормативний підхід є недостатнім для адекватного розуміння традиційних кримінально-правових систем.

Також варто мати на увазі, що у світі існують кримінально-правові системи, зумовлені багатоманітністю правових і соціальних систем, які не можуть бути зведені до кількох типів. У рамках одного й того ж типу кримінального права існують різні види чи національні моделі кримінально-правових систем, для яких характерні оригінальні теоретичні доктрини, специфічні законодавчі положення, а також особливі форми й методи практичного здійснення цілей і завдань кримінального права. Крім того, існують кримінально-правові моделі змішаного типу, які поєднують риси та принципи різних правових систем. Багатоманітність моделей кримінально-правових систем зумовлена особливостями політики, економіки, ідеології, релігії та інших факторів, що визначають своєрідність правових і соціальних систем. Відмітимо деякі з них на прикладах найбільш поширених у світі кримінально-правових систем – романо-германської (континентальної) та англо-американської (сім'я загального права).

Романо-германський (континентальний) тип кримінально-правової системи базується на ідеях і принципах, характерних для романо-германської правової сім'ї. Концептуальними ідеями цього типу кри-

мінально-правової системи є відданість класичній школі кримінального права, що сформувалася наприкінці XVIII – початку XIX ст.; ідея індивідуалізації кримінальної відповідальності; основне джерело права кримінальний закон; існує кодифікація кримінально-правових норм; кримінальне законодавство європейських держав відрізняється широким підходом до поняття карного діяння, яке включає не тільки злочини, а й проступки, що об'єднуються категорією «кримінальні правопорушення» чи «протиправні діяння»; розмежовуються ці поняття ступенем тяжкості діяння; у кримінальному законодавстві широко розповсюджене формальне визначення поняття злочину; правозастосовна практика європейських держав відповідає принципам каральної політики, згідно з якою покарання розглядається як засіб установлення справедливості. Політика взаємодопомоги й добросусідських відносин відображена у використанні регіонального принципу дії кримінального закону в просторі. Наприклад, згідно з Кримінальним кодексом Швеції, особа, що здійснила злочин поза межами королівства, відповідає за шведським правом і перед шведським судом, якщо вона є датським, фінським, ісландським чи норвезьким громадянином і перебуває на території Швеції. Подібна норма міститься в Кримінальному кодексі Данії. Зазначені норми є відображенням процесів гармонізації та зближення правових систем Скандинавських країн.

В **англо-американському типі кримінально-правової системи** виокремлюють дві основні моделі: британську й американську, проте їх спільними витоками є ідеї та принципи англійського *загального права* (*common law*). Американський професор Роско Паунд ще наприкінці XIX ст. характеризував систему загального права в трьох поняттях: «верховенство права», «прецедент» і «змагальний процес» [9]. *Британська кримінально-правова модель* характеризується такими концептуальними ідеями: визнання судових рішень по конкретних справах джерелом права поряд із законодавчими актами та науковими доктринами; відсутність кодифікованих джерел права; наявність численних регіональних кримінально-правових норм, що відображає особливості дії кримінального закону в просторі і ступінь автономії окремих регіонів. *Американська кримінально-правова модель* відображає особливості американського дуалістичного федералізму, яка зумовлює відсутність у державі єдиної кримінально-правової системи й наявність численних правових систем, включаючи одну федеральну та п'ятдесят у штатах, де діє своє власне законодавство. Однак це не означає відсутність єдиної кримінальної політики в країні, яка відображається у федеральному законодавстві, що не має кодифікованої форми систематизації, проте має єдиний комплексний зміст. Сучасна американська кримінально-правова доктрина базується на концепції «панування права» («rule of law»), згідно з якою кримінальне покарання розглядається як необхідний засіб забезпечення суспільної безпеки й загальної превенції злочинів.

Характеризуючи ту чи іншу кримінально-правову систему, зауважимо, що кожна національна модель кримінального права має унікальний характер, що, однак, не заперечує існування регіональних тенденцій і світових закономірностей його розвитку. До світових закономірностей належить зближення кримінально-правових систем та основних напрямів і шкіл у науці кримінального права. Ще в 1998 р. професор А.В. Наумов зазначав, що до загальносвітових закономірностей розвитку основних кримінально-правових систем сучасного світу варто зарахувати їх зближення, яке в перспективі визначить розвиток національного кримінального права різних держав [10]. Професор Ю.О. Тихомиров виокремлює чотири основні напрями «узгодженого» правового розвитку держав: зближення законодавства, гармонізація законодавства, прийняття модельних законодавчих актів та уніфікація законодавства, коли розробляються й уводяться в дію загальнообов'язкові одноманітні юридичні норми [11]. Варто наголосити, що зазначені процеси відбуваються як на міжнародному, так і на національному рівнях, унаслідок чого відбувається зближення кримінально-правових систем.

Зближення кримінально-правових систем уже стало загальною світовою тенденцією світового політико-правового розвитку, яка спостерігається на двох рівнях: *горизонтальному* – взаємодія кримінально-правових систем різних держав чи груп держав; *вертикальному* – взаємопроникнення міжнародного кримінального права та внутрішньодержавного права держав. З одного боку, у міжнародному праві зростає питома вага норм, що «прийшли» з внутрішньодержавного права, з іншого – у системах національного права значною стає питома вага схвалених міжнародних норм. Відбувається взаємопроникнення та взаємне збагачення цих систем права, проте, варто зазначити, з певними складнощами, адже різним є рівень політичного, економічного та правового розвитку правових систем.

Зближення кримінального законодавства, що належить до різних правових

систем (горизонтальний рівень), спостерігається в інститутах як Загальної, так і Особливої чистин (така структура кримінального законодавства існує в більшості правових систем). Це можна побачити при порівнянні різних правових систем за основними кримінально-правовими інститутами. У державах англо-американської системи основними джерелами кримінального права були правовий звичай і судовий прецедент: суди не тільки застосовували, а й створювали норми права. Пізніше джерелом кримінального права стала й доктрина – трактати учених-юристів. У державах романо-германської кримінально-правової системи визнають закон головним джерелом кримінального права й відмовлялися від прецедентного та звичаєвого права, проте в наш час у кримінальному праві обох систем дещо відступають від цих позицій. В Англії кодифікація кримінального права почалася з 1981 р. у рамках правової комісії для Англії та Уельсу, щоправда, ще не завершена. Водночас у США прецедентне право доповнено кодифікованим кримінальним правом: створене федеральне кримінальне законодавство, що являє собою звід різних нормативних актів щодо федеральних злочинів, і, крім того, кожен штат, а також Округ Колумбія й Пуерто-Ріко створили свій Кримінальний кодекс на основі опублікованого в 1962 р. Типового кримінального кодексу. У таких умовах загальне право зберігає своє значення тільки як засіб тлумачення і практичного застосування ознак злочину, які в законі тільки названі, проте не розкриті.

Романо-германське кримінальне право завжди надавало перевагу закону, прагнучи до кодифікації, проте поступово кримінально-правове регулювання стало здійснюватися й іншими кримінальними актами, які діють поряд із Кримінальним кодексом, а також кримінально-правовими нормами, що містяться в законах, які не є кримінальними. Більше того, у країнах цієї системи все більше утверджується ідея визнання судового прецеденту як джерела кримінального права. Зокрема, у Білорусі Законом «Про нормативні правові акти в Республіці Білорусь» Верховний Суд держави визнаний нормотворчим органом, а постанови Пленуму Верховного Суду – нормативними правовими актами [12].

Незважаючи на наявні розбіжності, у кримінальному праві різних держав схожим чином вирішується питання про сутність низки кримінально-правових інститутів. Розбіжності в підходах щодо розуміння вини за англосаксонським і романо-германським правом із плином часу почали стиратися. У законодавстві англосаксонської сім'ї поняття «вина» взагалі не використовується, його функцію виконує поняття *mens rea*, яке не може бути зведено до *вини* не лише через складнощі перекладу з англійської іншими мовами, а й за своїм змістом. Однак навіть наявність *mens rea* в протиправному діянні не в усіх випадках була необхідною для накладення кримінальної відповідальності, оскільки існування інституту суворої відповідальності дало можливість піддати покаранню й за відсутності *mens rea*. Професор А.Е. Жалінський звертає увагу на особливості визнання вини в сучасному німецькому праві, акцентуючи увагу на тому, що в романо-германському кримінальному праві вина (*schuld*) завжди визнавалася необхідною передумовою кримінальної відповідальності. У сучасному німецькому кримінальному праві вина розглядається як елемент злочину, проте поза складом злочину, поза умислом чи необережністю. За визначенням Верховного Суду ФРН, «вина – це докір. З негативною оцінкою вини суб'єкту ставиться докір у тому, що він діяв неправомірно, що він вирішився на протиправність, хоча, діючи правомірно, він міг діяти на користь права» [13]. Зближення романо-германського й англосаксонського права вбачається в такому. По-перше, Верховний суд США оголосив *mens rea* обов'язковою передумовою кримінальної відповідальності: «Ствердження, що шкода може бути рівносильною злочину, якщо тільки вона спричинена за наявності *mens rea*, не є провінційним чи тимчасовим поняттям. Воно ... є універсальним і настійливим у зрілих правових системах...» [14]. Тим самим американське кримінальне право наблизилося до континентального права у визнанні важливості суб'єктивної складової злочину. По-друге, на зміну трьом формам *mens rea*, запропонованій американською кримінально-правовою доктриною (намір, необережність і недбалість), Типовий кримінальний кодекс США сформулював чотири форми *mens rea* (мета, усвідомлення, необережність і недбалість), тим самим суттєво розширив рамки законодавчої оцінки суб'єктивного змісту злочину. Це також усуває розбіжності між англосаксонським і континентальним кримінальним правом.

Про пом'якшення серйозних розбіжностей між різними правовими системами свідчить еволюція кримінальної відповідальності юридичних осіб, яка розвивалася поступово. Так, у 1852 р. Верховний суд штату Нью-Джерсі виніс рішення про кримінальне переслідування залізничної компанії, яка чинила перепони руху транспорту

тим, що побудувала будівлю прямо посеред дороги громадського користування. У 1854 р. Вищий апеляційний суд штату Массачусетс визнав можливим кримінальне переслідування корпорації, яка побудувала міст через судноплавну річку й тим самим створила перепони для руху річкового транспорту. Позицію згадуваних судових інстанцій підтримав у 1909 р. Верховний суд США й санкціонував введення кримінальної відповідальності для юридичних осіб. Як законодавче положення вона закріплена в § 2.07 Типового кримінального кодексу США, а згодом у кримінальних кодексах окремих штатів [15].

У наш час кримінальна відповідальність юридичних осіб передбачається в англо-американському праві, у низці європейських держав (Франція, Нідерланди) та у Китаї. Водночас, позитивно вирішуючи питання про кримінальну відповідальність юридичних осіб, у кожній кримінально-правовій системі встановлюють свої принципи такої відповідальності. Так, в Англії, США й Австралії до кримінальної відповідальності можуть бути притягнені як корпорації, так і не інкорніровані, тобто без прав юридичної особи, об'єднання. У державах романо-германської правової сім'ї до кримінальної відповідальності притягуються не лише приватні організації, а й публічні утворення, такі як муніципалітети.

Зі зростанням числа корпорацій і збільшенням масштабів їхньої діяльності почастішали випадки їх негативного впливу на навколишнє середовище й економіку. Тому завдання кримінального переслідування юридичних осіб за завдання шкоди стала першочерговою для багатьох держав. Кримінальна відповідальність корпорацій уведена в Канаді, Данії, Нідерландах, Франції, Фінляндії, Литві, Молдові, Швейцарії; в обмежених межах – у Бельгії, Норвегії й Португалії, Китаї, Японії, Австралії. Проте немало держав (Німеччина, Іспанія, Італія) до ідеї відповідальності юридичних осіб ставляться негативно.

Зближення кримінально-правових систем унаслідок взаємопроникнення міжнародного кримінального права та внутрішньодержавного права держав (вертикальний рівень) відбувається під впливом багатьох факторів, а з посиленням інтеграційних процесів подальше зближення правових систем стає ще більш очевидним [16]. Визначальним фактором у цьому процесі варто визнати *глобалізацію* як загальносвітове явище. У загальній теорії права правова глобалізація визначається як процес формування нової, загальносвітової системи правових норм, що організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя суспільства, у процесі якого міжнародне право, національне право, а також право міждержавних господарських об'єднань виявляються в стані тісного взаємозв'язку. При цьому зазначається, що «глобалізація здійснює суттєвий вплив на трансформацію, зміни й модернізацію державно-правових інститутів, норм і відносин на світовому, макрорегіональному і внутрішньодержавному рівнях, стимулює, прискорює й обновлює процеси універсалізації у сфері права»[17]. Глобалізація розглядається як одна з головних світових тенденцій новітнього часу, як історична епоха, як рубіж між минулою та майбутньою епохами [18], як усеосяжний процес, тенденції якого проявляються в економіці, політиці, інформатиці, культурі, суспільстві й праві, передбачається зростання рівня взаємодії між державами. Як зазначає академік НАН України Ю.С. Шемшученко, об'єктивною закономірністю в умовах глобалізації є постійний процес зближення змісту правового регулювання й зовнішніх форм його вираження, запозичення зарубіжного досвіду, творче врахування позитивних рис правових систем інших країн [19].

У Декларації тисячоліття, ухваленій ООН 8 вересня 2000 р. [20], зазначається, що головним завданням глобалізації є забезпечення її універсального та позитивного впливу. З іншого боку, глобалізація породжує численні проблеми, крім того, серед наявних, що відзначає професор І.І. Лукашук, «виникають усе нові глобальні проблеми: організована транснаціональна злочинність, включаючи корупцію й різні види високотехнічного тероризму» [21]. Особливе значення в структурі негативних наслідків мають «криміногенні й інші кримінологічно значимі наслідки глобалізації» [22]. Товари, капітали, наркотики, зброя, знання та люди стали легко перетинати кордони. Транснаціональні мережі проникли майже в усі сфери людської діяльності [23]. Характеризуючи глобальні проблеми міжнародної спільноти, їх трансформації в універсальному міжнародному праві професор В.Г. Буткевич зазначає: «Терористичний акт 11 вересня 2001 р. справив враження на світову спільноту, адекватну хіба що тій реакції, яка була на Другу світову війну. Наступні події в Мадриді, на Балі, у Стамбулі та інших містах і регіонах, де проявили себе терористи, лише посилило сумне відчуття міжнародної спільноти про свою незахищеність перед новими викликами» [24]. Як зазначалося на Одинадцятому конгресі ООН із запобігання злочинності й поводженню з правопорушниками (Банг-

кок, Таїланд, 2005), глобалізація та розвиток технологій принесли суспільству численні блага, проте вони відкрили також нові можливості для здійснення злочинів і для злочинців [25].

Зростання небезпеки та кількості транснаціональних злочинів викликає потребу й необхідність усе більш тісної співпраці держав у виробленні єдиної продуманої стратегії протидії злочинності. Тенденція розширення спільних для багатьох (можливо, і більшості) держав кримінально-правових заборон, що є наслідком укладання відповідних міжнародних конвенцій. Координація спільних зусиль держав із протидії злочинності ввійшла до сфери інтересів міжнародного кримінального права, що суттєво розширило його концептуальні рамки. Особливої значущості набула проблема гармонізації заходів кримінальної репресії. Ще на початку XX ст. професор Н.А. Захаров наголошував, що «норми кримінального права більше піддаються об'єднанню, так як поняття кримінального злочину є більш менш однаковим у державах культурного світу» [26].

Американський учений Д. Флетчер у книзі «Основні концепції сучасного кримінального права» висловив переконання, що «між різними системами кримінального права насправді існує значно більше спільного, ніж ми зазвичай уявляємо» [27]. Цю думку беззастережно підтримав російський співавтор книги А.В. Наумов: «Зближення правових систем є певною мірою вже здійсненою подією, це результат розвитку кримінального права у XX ст. та його неминуча перспектива в XXI ст.» [28].

Варто зазначити, що зближення кримінально-правових систем в умовах глобалізації відбувається під впливом розвитку суспільних передумов зростання міжнародної злочинності; інтернаціоналізації кримінального права і транснаціонального характеру злочинності; імплементації норм міжнародного кримінального права, а також їх трансформації шляхом прийняття нових національних кримінальних законів або внесення змін і доповнень у вже чинні; співробітництва держав і міжнародних організацій у сферах протидії міжнародній злочинності. Зближення кримінально-правових систем як особливий напрям співпраці держав у сфері протидії злочинності може здійснюватися виключно за допомогою міжнародно-правових засобів. Вирішальним чинником забезпечення зближення та взаємодії цих правових систем є одноманітне тлумачення норм національного права. Для зближення кримінально-правових систем вагоме значення має надання міжнародної правової допомоги як важливого елемента міжнародного співробітництва між правовими системами різних держав.

Важливим фактором, що здійснює суттєвий вплив на зближення кримінально-правових систем, є *інтернаціоналізація кримінального права*. Сучасна злочинність має все більш транснаціональний характер, виявляє схожі тенденції свого існування в різних країнах і континентах. У такій ситуації очевидно, що держави повинні виробляти схожі принципи й підстави кримінальної відповідальності, єдині критерії криміналізації й декриміналізації діянь, мати відповідну систему покарань і засобів кримінально-правового впливу. Кримінальні кодекси більшості держав містять норми про кримінальну відповідальність за злочини проти миру і безпеки людства, а також за злочини міжнародного характеру (тероризм, захоплення заручників, угон транспортних засобів, торгівля людьми та використання рабської праці, фальшування грошей, легалізація доходів від злочинної діяльності, піратство, незаконний обіг наркотичних засобів і психотропних речовин тощо). Цілком обґрунтованою є висловлена в юридичній науці думка, що «переважання інтеграційних тенденцій у сучасному світі незаперечно свідчать про те, що епоха абсолютно автономної творчості парламентів і незалежності національної юстиції закінчується» [29].

Інтернаціоналізація означає зростання числа спільних елементів у національних кримінально-правових і процесуальних системах держав; збільшення їх здатності взаємодіяти одна з одною, а також із міжнародним правом; сприяє розвитку міжнародного кримінального права, якому належить усе більш важлива роль у боротьбі зі злочинністю [30]. Крім того, спостерігається *інтернаціоналізація заходів протидії злочинності* на теоретичному та практичному рівнях, що виявляється у створенні міжнародного кримінального права й Міжнародного кримінального суду.

Інтернаціоналізацію кримінального права як одну з найбільш загальних тенденцій розвитку кримінально-правових систем виокремлюють В.М. Додонов та О.О. Малиновський. Вони зазначають, що різноманітні процеси, що відбуваються в сучасному світі, не можуть не відобразитися на розвитку кримінального права. Незважаючи на певну мінливість кримінально-правових норм, вони виокремили три найбільш загальні тенденції, що зачіпають більшість держав: тривала гуманізація кримінального права, криміналізація нових видів злочинної діяльності й інтернаціоналізація кримінального права [31].

Варто наголосити, що в кримінальних кодексах європейських країн різняться визначення кримінальних злочинів і їх класифікація. Так, Кримінальний кодекс Франції передбачає: «ст. 111-1 – Злочинні діяння класифікуються, залежно від їх тяжкості, як злочини, проступки й порушення». У § 12 Кримінального кодексу Німеччини регламентовані «Злочини і проступки». Якщо, згідно з ч. 1 § 12 Кримінального кодексу Німеччини, «злочинами є протиправні діяння, за які передбачено як мінімальне покарання позбавлення волі на строк не менше ніж один рік і більш суворе покарання», то, згідно з ч. 2 § 12, «проступками є протиправні діяння, за які передбачено позбавлення волі на більш короткий термін чи грошовий штраф» [32]. Незважаючи на те що наведені визначення кримінальних злочинів мають свою специфіку у внутрішньому кримінальному законодавстві, кримінальні закони держав визнають міжнародні кримінально-правові норми. На них існують посилання у внутрішньому законодавстві. Кримінальний кодекс Німеччини в Загальній частині (розділ 1, глава 1, § 6) регламентує діяння, що здійснюються за кордоном проти правових благ, що охороняються міжнародними угодами, а в § 7 – дія кримінального права стосовно діянь, що здійснюються за кордоном в інших випадках. У Кримінальному кодексі Франції (книга I, глава III, розділ 2) говориться про злочинні діяння, що здійснюються за межами території Республіки, а в книзі II передбачені покарання за злочини й проступки проти людства [33].

На наш погляд, міжнародна кримінально-правова норма повинна мати пряму дію у внутрішньому законодавстві держав, які її прийняли. Існування інтернаціоналізованої транснаціональної злочинності зобов'язує держави швидко та гнучко вирішувати питання уніфікації й зближення кримінального законодавства. Посилання на відсутність санкції при прямій криміналізації не може бути визнане достатньо обґрунтованим. Санкції можуть бути використані з внутрішнього кримінального закону. Тим більше, що норми кримінального законодавства європейських держав притримуються практично єдиних санкцій за міжнародні злочини. Наприклад, геноцид може бути покараний: довічним ув'язненням – ст. 211-1 Кримінального кодексу Франції [34], довічним позбавленням волі чи позбавленням волі на строк не менше ніж п'ять років – § 220 «а» Кримінального кодексу Німеччини (Особлива частина, розділ 16) [35], позбавленням волі на строк від дванадцяти до двадцяти років або смертною карою чи довічним позбавленням волі – ст. 357 Кримінального кодексу Російської Федерації [36].

Процес зближення кримінально-правових систем має *закономірний характер*, що відбувається під впливом розвитку міжнародного кримінального права та співробітництва держав у цій сфері. Новий імпульс зближенню і взаємодії міжнародного й внутрішнього правового регулювання наданий у процесі вдосконалення діяльності міжнародних організацій і підписання нових конвенцій. Останнім часом міжнародною спільнотою ухвалено численні антикримінальні конвенції, кількість підписантів щодо яких зростає: Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р.; Конвенція ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму від 13 квітня 2005 р.; Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом від 16 грудня 1997 р.; Конвенція про кіберзлочинність, ухвалена Радою Європи 23 листопада 2001 р.; Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і щодо фінансування тероризму від 16 травня 2005 р.; Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р.; Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р.; Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, і щодо фінансування тероризму від 16 травня 2005 р. Великого значення в закономірному процесі зближення кримінально-правових систем набула Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, ухвалена Резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р., в обговоренні якої взяли участь 148 делегацій на Палермській конференції високого рівня, а підписала Конвенцію велика кількість учасників Конференції – 128 держав.

Зближення кримінально-правових систем передбачає певну адаптацію національних законодавств до загальноприйнятих міжнародних стандартів у цій сфері. Такою можна вважати ст. 7 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., у якій закріплено одне з найважливіших положень, пов'язаних із кримінально-правовим регулюванням: «1. Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального пра-

вопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом. Також не може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час учинення кримінального правопорушення. 2. Ця стаття не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» [37]. Міжнародна кримінально-правова норма, закріплена в ст. 7 Конвенції, визначає кримінальний злочин як юридичний факт, який виражений у дії чи бездіяльності й може бути представлений у правових системах по-різному. Наприклад, для однієї типовим є прецедент, для іншої – кодифіковане кримінальне законодавство. Проте така ситуація не заважає застосовувати норму ст. 7 у принагідних випадках.

Наведену міжнародну норму можна розглядати як доцільну, необхідну, обов'язкову, як типову модель поведінки при певних типових обставинах, яка регулює кримінально-правові відносини. Її застосування, згідно зі ст. 19 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, здійснює на міжнародному рівні Європейський суд з прав людини. У змісті цієї міжнародної кримінально-правової норми проглядається її взаємозв'язок із внутрішніми кримінально-правовими нормами, що регулюють кримінально-правові відносини в конкретній державі. В основі цього взаємозв'язку покладені принципи координації та співробітництва. Тим самим усуваються можливі протиріччя, які можуть виникнути в процесі розгляду справи Європейським судом, пов'язані з існуванням різних правових систем.

Висновки

Отже, підсумовуючи, визначимо, що для розвитку міжнародного кримінального права у XXI ст. є характерним зближення кримінально-правових систем, чому сприяє збільшення числа одноманітних стандартів у кримінальній сфері. Це передбачає певну адаптацію національних законодавств до загальноприйнятих міжнародних стандартів у цій сфері.

Зближення кримінально-правових систем є загальною світовою тенденцією світового політико-правового розвитку, яка спостерігається на двох рівнях: *горизонтальному* – взаємодія кримінально-правових систем різних держав чи груп держав; *вертикальному* – взаємопроникнення міжнародного кримінального права та внутрішньодержавного права держав. Зближення кримінально-правових систем – явище закономірне, зумовлене низкою факторів, зокрема інтеграційними процесами, глобалізацією злочинності, транснаціональним характером міжнародної злочинності, інтернаціоналізацією кримінального права, необхідністю імплементації норм міжнародного кримінального права, а також їх трансформації шляхом прийняття нових національних кримінальних законів або внесення змін і доповнень у вже чинні; розвитком співробітництва держав і міжнародних організацій із надання правової взаємодопомоги в кримінальній сфері та прийняттям низки антикримінальних конвенцій.

Список використаних джерел:

1. Ведерникова О.Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика. *Государство и право*. 2004. № 1. С. 68–76.

2. Бехруз Х. Сравнительное правоведение : учебник для вузов. Одесса : Феникс; Москва : ТрансЛит, 2011. 544 с. С. 128.

3. Fishbein D. Biobehavioral Perspectives in Criminology. Wadsworth : Thomson Learning, 2001. 250 p.

4. Філософія права: проблеми та підходи : навчальний посібник / за заг. ред. П.М. Рабіновича. Львів : Юрид. фак. Львівського нац. ун-ту ім. І. Франка, 2005. 332 с. С. 10.

5. Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право : пособие к лекциям. Часть общая. 11-е изд. Пг.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1915. 397 с. С. 2–3.

6. International Perspectives on Violence / ed. by L. Adler, F. Denmark. Westport (CT): Praeger, 2004. 195 p.; Albanese J. Myths and Realities of Crime and Justice. 3rd ed. New York : Apocalypse Publishing, Co, 1990. 310 p.; Garland D. The Culture of High Crime Societies. Some Preconditions of Recent «Law and Order» Policies. *The British Journal of Criminology*. 2000. Vol. 40. № 3. P. 347–375; Fishbein D. Biobehavioral Perspectives in Criminology. Wadsworth : Thomson Learning, 2001. 250 p.

7. Ведерникова О.Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика. *Государство и право*. 2004. № 1. С. 68–76.

8. Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. Москва : Международн. отношения, 2002. 376 с. С. 12–15.

9. Pound R. The Spirit of the Common Law. University of Nebrasca, Lincoln, 1921. 238 p. P. 22.

10. Наумов А.В. Сближение правовых систем как итог развития уголовного права XX в. и его перспектива в XXI в. *Государство и право*. 1998. № 6. С. 50–58. С. 50.

11. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правовведения. Москва : НОРМА, 1996. 432 с. С. 75.

12. Сукало В.О. О роли судебной практики в правовой системе Беларуси. *Судебная практика в контексте принципов законности и права :* сборник научных трудов / гл. ред. В.М. Хомич. Минск : Тесей, 2006. С. 4–11. С. 6.

13. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. Москва : ТК Велби : Проспект, 2004. 560 с. С. 215.

14. Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. 478 с. – С. 117.

15. Козочкин И.Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования / Ассоц. «Юрид. центр». Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. 478 с.

16. Fishbein D. Biobehavioral Perspectives in Criminology. Wadsworth : Thomson Learning, 2001. 250 p. P. 12.

17. Нерсесянц В.С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире. *Государство и право*. 2005. № 5. С. 38.

18. Правова модернізація Ради Безпеки ООН: проблеми теорії та практики: монографія / М.О. Баймуратов, Ю.О. Волошин, Є.В. Годованик, М.М. Юрлов. Одеса : Фенікс, 2013. 270 с. С. 9.

19. Шемшученко Ю.С. Теоретичні проблеми державознавства і правознавства в умовах глобалізації. *Національна держава і право в умовах глобалізації :* збірник наукових статей. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. С. 3–15. С. 3.

20. Декларація тисячоліття Організації Об'єднаних Націй. URL: http://www.un.org/russian/documen/declarat/summitdecl.htm.

21. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. Москва : Спарк, 2000. 279 с.

22. Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 912 с.

23. Гаджиев К.С. Введение в геополитику : учебник для вузов. Москва : Логос, 2002. 466 с.

24. Буткевич В.Г. Виклики міжнародному праву в умовах глобалізації світу. *Право України*. 2012. № 3-4. С. 12–50. С. 18.

25. Конгрессы ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию : сборник материалов : в 3 кн. / под общ. ред. В.В. Голины. Киев-Харьков : Право, 2013. Кн. 3. 168 с. С. 37.

26. Захаров Н.А. Курс общего международного права. Петроград : Тип. Д.П. Вейсбрут, 1917. 476 с. С. 231–232.

27. Флетчер Д., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. Москва : Юристъ, 1998. 512 с. С. 14.

28. Флетчер Д., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. Москва : Юристъ, 1998. 512 с. С. 20.

29. Бойко А.И. Системная среда уголовного права : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Москва, 2008. 49 с. С. 15.

30. Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право : учебник. Москва : Спарк, 1999. 287 с. С. 3.

31. Додонов В.Н., Малиновский А.А. Основные тенденции развития зарубежного уголовного права. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. 2006. № 1. С. 23–30. С. 23.

32. Уголовное право зарубежных государств: общая часть: Англия, США, Франция, ФРГ, Япония, Италия / под ред. И.Д. Козочкина ; Ин-т междунар. права и экономики им. А.С. Грибоедова. Москва : ИМП, 2001. 569 с.

33. Уголовное право зарубежных государств: общая часть: Англия, США, Франция, ФРГ, Япония, Италия / под ред. И.Д. Козочкина ; Ин-т междунар. права и экономики им. А.С. Грибоедова. Москва : ИМП, 2001. 569 с.

34. Уголовное право зарубежных государств: Особенная часть: учеб. пособие / Н.А. Голованова, В.Н. Еремин, М.А. Игнатова и др. ; под ред. И.Д. Козочкина. Москва : Изд. дом «Камерон», 2004. 527 с.

35. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии в редакции от 13 ноября 1998 года. URL: http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1242733&subID=100102942.

36. Уголовный кодекс Российской Федерации от 24.05.1996 № 63-ФЗ (ред. от 08.12.2020). URL: http://docs.cntd.ru/document/9017477.

37. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

Vadym Popko. Approximation of criminal law systems in the context of crime globalization

The article considers the factors influencing the process of approximation of criminal justice systems, and substantiates the thesis of the regularity and inevitability of their gradual convergence. Among the determined factors are globalization; rise of social preconditions for international crime, primarily transnational; internationalization of crime; implementation of norms of international criminal law, as well as their transformation by adopting new national criminal laws or making changes and additions to existing ones; development of cooperation between states in combating crime. It is important to provide international legal assistance as an important element of international cooperation between the legal systems of different states to achieve such approximation.

The author provides a description of criminal law systems, shows their differences and identifies common trends, in particular convergence in the regulation of criminal law relations. The task of strengthening the combat against crimes of an international nature dictates the need to conclude international agreements that oblige States parties not only to establish criminal liability for crimes of a certain kind, but also to outline the scope of punishment for their commission. The article reveals the mechanism of convergence of criminal

law systems in the interpretation of the crime, its composition, complicity, circumstances that preclude the illegality of the act and more. The necessity of criminalization of international illegal acts in the national legislation is substantiated, in particular introduction in the Special part of criminal codes of different countries of norms on acts which by the international conventions are defined as the most serious crimes (terrorism, hostage-taking, kidnapping, human trafficking and slave labor, exploitation of prostitution, distribution of pornography, piracy, illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances, etc.).

Key words: international crime, globalization, internationalization, legal integration, cooperation of states, criminal law system, convention.

УДК 343.224.1(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.40

Олена Тавлуй,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ВИТОКИ РОЗГОЛОШЕННЯ ТАЄМНИЦІ УСИНОВЛЕННЯ

У статті розглядаються питання, присвячені історико-правовим аспектам усиновлення (удочеріння), а також незаконним діям, які посягають на цю сферу суспільних відносин. Досліджуються нормативно-правові акти окремих історичних періодів, які були правовим регулятором сімейно-правових. Аналізується генезис розвитку окремих кримінально-правових норм і наголошується на значущості кримінально-правової охорони інституту усиновлення у зв'язку з підвищеною суспільною небезпекою посягань на ці правовідносини.

Особлива увага звертається на розголошення таємниці усиновлення. Досліджується генезис притягнення до відповідальності за розголошення таємниці усиновлення протягом окремих історичних етапів розвитку.

Генезис кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за розголошення таємниці усиновлення, нерозривно пов'язаний із розвитком такого інституту сімейного права, як усиновлення.

Саме тому автор, вивчаючи окремі нормативно-правові акти сімейного законодавства у сфері суспільних відносин, яка пов'язана із захистом прав та інтересів дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, аналізуючи правові пам'ятки, починаючи із Законів Хаммурапі та Римського класичного права й закінчуючи сучасним етапом історико-правового розвитку, доходить висновку, що суспільні відносини, спрямовані на захист та охорону прав і законних інтересів усиновлених дітей, протягом усього історичного періоду свого розвитку потребували кримінально-правової охорони.

Важливість нормального функціонування й розвитку досліджуваних інститутів сімейного права в системі сімейно-правових відносин призвела до необхідності криміналізації розголошення таємниці усиновлення.

Кримінальні правопорушення проти сім'ї та неповнолітніх у різні періоди історичного розвитку були самостійним об'єктом кримінально-правової охорони або ж постатейно знаходилися в різних частинах (розділах) актів кримінального законодавства (кримінальних кодексах). Норма, яка передбачає кримінальну відповідальність за незаконні дії щодо усиновлення, з'явилася в 1970 році в Кримінальному кодексі УРСР і відображена в статті 168 чинного Кримінального кодексу України.

Ключові слова: усиновлення, історичний розвиток, історико-правові фактори, розголошення таємниці усиновлення.

Постановка проблеми. Інститут усиновлення як один із інститутів сімейного права, перебуває під охороною кримінального закону України, оскільки посягання на цю сферу суспільних відносин вирізняються підвищеною суспільною небезпекою та завдають шкоди нормальному фізичному, моральному, духовному, психічному розвитку дитини.

Таємниця усиновлення є одним із прав закріплених у сімейному законодавстві України. Так, у статті 226 Сімейного кодексу України зазначено, що дитина, яка усиновлена, має право на таємницю, у тому числі й від неї самої, факту її усиновлення.

У Сімейному кодексі України також указано на те, що особи, які розголосили таємницю усиновлення, несуть відповідальність, установлену законом. Зокрема, статтею 168 Кримінального кодексу України передбачено відповідальність за розголошення таємниці усиновлення всупереч волі усиновителя.

З огляду на те що серед учених, громадських діячів тривають дискусії щодо можливості переходу до моделі «відкритого» усиновлення, декриміналізації діяння, передбаченого статтею 168 Кримінального кодексу України, це питання потребує детального вивчення, наукового, громадського обговорення.

Окремі аспекти кримінально-правової охорони інституту усиновлення висвітлюються в наукових працях П.П. Андрушка, О.І. Белової, В.В. Гальцової, А.А. Гордейчик, Д.П. Євтєєвої, О.І. Зінченко, С.Я. Лихо-

© О. Тавлуй, 2021

вої, С.М. Морозюка, Ю.Є. Пудовочкіна, Є.Л. Стрельцова, К.К. Сперанського, Р.І. Тляумбетова, І.Н. Туктарової, Ю.В. Ускової, Т.А. Чолан, Н.С. Юзікової та ін.

Метою статті є встановлення взаємозв'язку генезису інституту усиновлення й усіх суспільно-правових процесів, із ним пов'язаних, із необхідністю кримінально-правової охорони розголошення таємниці усиновлення.

Виклад основного матеріалу. Перші згадки про усиновлення на рівні законодавчих актів зустрічаються в Законах Хаммурапі, царя Вавилону (1792–1750 рр. до н.е.), де сімейно-правовим відносинам присвячено близько 70 статей. Про усиновлення мовилося таке: «Если человек усыновит малолетнего, находящегося в пренебрежении, и вырастит его, то этот воспитанник не может быть потребован обратно по суду» [1, с. 20]. Цей сімейно-правовий інститут у різні історичні періоди свого розвитку відзначався неоднозначністю: від задоволення потреб усиновителя до захисту прав та інтересів усиновленого. Цілями усиновлення на цьому етапі було продовження роду усиновителя, забезпечення робочою силою, збільшення чисельності роду. Наприклад, Закони Ману (II ст. до н.е. – II ст. н.е.) писали: «Кому природа не дала сына, может усыновить себе постороннего с тем, чтобы не прекращались могильные жертвы».

Ще однією пам'яткою древності є Середньоассірійські закони, які були важливим регулятором суспільних відносин ашурійської общини третьої четверті II тисячоліття до н.е., у яких деталізована роль сім'ї та зустрічаються згадки про усиновлення.

Традиційно й, безумовно, основою нинішньої європейської правової системи розглядається Римське класичне право, яке вирізнялося на той час більш чіткою структурою понять, більш детальним описанням правових норм і регламентуванням різноманітних суспільних відносин. Воно посідає унікальне місце у правовій історії людства та являє собою найвищий ступінь розвитку права в античному світі.

Першим кодифікованим римським законодавчим актом є Закони XII Таблиць, які, як й інші древні пам'ятки права, приділяючи увагу сімейним відносинам, не розділяли при цьому цивільного та кримінального права.

Одним із основних джерел права римської юриспруденції I–III ст. до н.е. були Дигести, чи пандекти Юстиніана, які існували поряд із Кодексом та Інституціями Юстиніана й були основним джерелом права у візантійських судах VI–VII ст. до н.е. Дигести Юстиніана являють собою унікальну правову пам'ятку, яка дає більш чітке розуміння приватного права, хоча містить положення й кримінального права. Так, книги 26 і 27 присвячені детальному опису такого інституту, як опіка та піклування, що свідчить про особливе ставлення римлян до захисту сім'ї та неповнолітніх [2, с. 25].

Система римського права загалом справила значний вплив на розвиток законодавства та правових учень і всиновлення зокрема. У подальшому норми Римського права, а також положення щодо усиновлення частково запозичені іншими правовими системами [3, с. 178].

Виникнувши в древньому Римі, усиновлення набуває й суто юридичної форми, яка згодом через Візантію перейшла до християнського світу [4, с. 29].

Саме у VIII–IX ст. відбувається перехід до малої родини, яка складається з подружжя та дітей. Ідея правового захисту дітей, що залишилися без батьків, зародилася ще в Київській Русі. У «Руській Правді» (1037–1063 рр., першому кодифікованому акті руського права) з'явилося поняття «опіка». Так, у ст. 99 йде мова про те, що після смерті батька опікуном дітей стає хтось із найближчих родичів або вітчим, якщо мати вдруге виходить заміж. Опікуну передавалося в тимчасове користування майно підопічного. Це мало відбуватися при свідках. Опікун мав право продовжувати торгівлю і брати собі прибуток від неї, але після закінчення терміну опіки зобов'язаний був повернути кошти сироті.

З літописних джерел відомо, що система соціальної опіки була головною прерогативою київських князів. Коли на місце язичництва прийшло християнство, усиновлення почало здійснюватися церквою, воно освічувалося особливим церковним обрядом «синотворення».

Могутня Галицько-Волинська держава (1199–1340 рр.) практично не мала власних правових джерел. На її землях продовжували діяти норми й основні засади «Руської Правди».

За часів Польсько-литовської доби основним джерелом права були Литовські статути. Ці норми права передбачали в окремих положеннях захист сімейно-правових відносин, зокрема, і кримінально-правовими засобами [5, с. 81].

У процесі подальшого законотворення захисту інтересів неповнолітніх, дітей-сиріт приділяється все більша увага, яка, попри те, на різних етапах історичного розвитку держави проявлялась по-різному.

Так, у Російській державі, до якої в середині XVII ст. була приєднана більша частина України, розгорталася державна система громадської опіки. Створювалися спеціальні «приказы», які займалися «призрением» бідних сиріт

Необхідність подальшої систематизації й удосконалення законодавства являлась однією з причин створення Соборного Уложення 1649 року.

Епоха Петра I охарактеризувалася позитивними змінами в захисті сімейних відносин. Так, зокрема, ст. 176 Артикула військового Петра I 1715 року передбачала, що в разі зв'язку неодруженого чоловіка із заміжньою жінкою й народження дитини обов'язок цього чоловіка – утримувати дитину.

Розвиток законодавства в XI – першій третині XIX ст. призвів до появи численних кримінально-правових актів, які часто мали безсистемний характер. Виникала потреба в кодифікованому акті, який міг регулювати всі найважливіші сфери суспільних відносин. У результаті клопітливої роботи комісії розроблений Звід законів 1832 року, який об'єднав більше ніж півтора тисячі кримінальних законів із 1649 року. Уперше здійснено інституціоналізацію правових норм, об'єднання їх у глави та розділи, визначалися об'єкти кримінально-правової охорони.

Злочини проти сім'ї були поміщені в розділ 8 книги 1 тому 15 Зводу законів «О наказании за преступления противу прав семейственного состояния».

Цей нормативно-правовий акт мав надзвичайне значення для розвитку науки кримінального права, адже був кодифікованим актом, який визнавав необхідність зосередження на кримінально-правовій охороні сімейних відносин і розвитку неповнолітніх.

Дещо іншим був розвиток кримінального законодавства на українських землях, які залишались під владою Речі Посполитої, а пізніше Австро-Угорської імперії. З 1787 року на Галичині та Буковині було введено в дію новий австрійський Кримінальний кодекс, у якому норми, що передбачали відповідальність за злочини проти сім'ї та неповнолітніх, передбачалися в Розділі «Злочини та проступки проти моральності». Цей Кодекс діяв на Галичині до введення там у 1932 році польського кримінального законодавства.

На Закарпатті діяв Кримінальний кодекс Угорщини, який прийнятий у 1879 році [6, с. 17–18].

Наступним етапом розвитку кримінального законодавства на українських землях у складі Російської імперії стало прийняття в 1903 році Уголовного уложення. Глава 18 Уложення містить 20 статей, більшість із яких установлює кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані з порушеннями в сімейній сфері.

Жовтнева революція 1917 року стала новим етапом розвитку законодавства у сфері сімейних відносин і захисту неповнолітніх. Церковний шлюб у радянській державі було замінено на громадянський. Сім'я перестала визнаватися самостійним об'єктом кримінально-правової охорони, адже в жодному Кримінальному кодексі Радянського Союзу не передбачалося окремої глави чи окремого розділу, який би здійснював кримінально-правову охорону цих відносин.

Відбулися серйозні зміни й у регулюванні сімейно-правових відносин, зокрема в 1918 році скасовано всиновлення. У перші роки радянської влади абсолютизувалася роль держави у вихованні дітей.

Отже, прийнятий Декретом СНК СРСР від 22 жовтня 1918 року Кодекс законів про акти цивільного стану, шлюбне, сімейне та опікунське право не містив норми про усиновлення.

Але життя й історія показали, що ідеї пріоритету суспільного виховання не виправдали себе, і зростала необхідність у всиновленні. Беручи до уваги дитячу безпритульність, що зростала, а саме збільшення кількості безпритульних дітей у 1923 році до 8 мільйонів, збільшення державних видатків на утримання великої кількості дитячих закладів, ВЦВК і СНК СРСР Декретом «Про зміну Кодексу законів про акти цивільного стану, шлюбне, сімейне та опікунське право» від 1 березня 1926 року внесли норми про всиновлення [7, с. 8–9].

Охорона сімейно-правових відносин здійснювалася також кримінально-правовими засобами.

У 1922 році прийнято новий Кримінальний кодекс. Кількість статей, спрямованих на охорону неповнолітніх, була незначна. Ці кримінально-правові норми містилися в різних главах Кримінального кодексу [8].

Кримінальний кодекс УРСР 1927 року практично повністю вмістив статті попереднього Кримінального кодексу, які передбачали кримінальну відповідальність за злочини проти сім'ї та неповнолітніх [9].

Цей Кодекс було доповнено статтею 158-1 на підставі прийнятого в 1935 році Закону СРСР «Про ліквідацію дитячої безпритульності й бездоглядності», що передбачала кримінальну відповідальність опікунів, які використовують опіку з корисливими

цілями й залишають дітей без нагляду та належної матеріальної допомоги.

Кримінальний кодекс УРСР 1960 року, як і попередні кримінальні кодекси, не визнавав сім'ю окремим об'єктом кримінально-правової охорони, хоча він значно розширив кількість діянь, які посягали на нормальний розвиток і функціонування сім'ї. Злочини проти сімейних прав знаходилися в главі 3 «Злочини проти життя, здоров'я, волі й честі особи». Стаття 115 цього Кодексу передбачала кримінальну відповідальність за «Зловживання опікунськими правами і залишення підопічних без нагляду і допомоги», стаття 115-1 передбачала відповідальність за «розголошення таємниці усиновлення», стаття 124 – викрадення чужої дитини [6, с. 21–23].

Кримінально-правова норма, яка передбачала відповідальність за розголошення таємниці усиновлення (стаття 115-1 КК УРСР аналог статті 124-1 КК РСФСР) розміщувалася в главі III «Злочини проти життя, здоров'я, свободу та честь особи», з'явилася в Кримінальному кодексі 1960 року на підставі Указу Президії Верховної Ради Української РСР «Про внесення доповнень до Кримінального і Кримінально-процесуального кодексів української РСР» від 25 серпня 1970 року.

Родовим об'єктом цієї групи злочинів була особа, її здоров'я, свобода та честь. За безпосереднім об'єктом злочини проти особи поділялися на певні групи, норма про розголошення таємниці всиновлення входила до групи під назвою «злочини, небезпечні для життя і здоров'я». У статті 115-1 Кримінального кодексу УРСР зазначалося, що суспільно-небезпечне діяння могло завдати серйозну психічну травму усиновленому, викликати глибокий сімейний конфлікт та інші наслідки, розголошення таємниці усиновлення проти волі усиновлювачів проголошувалося злочином. Закінчений склад злочину утворював сам факт навмисного розголошення факту усиновлення (удочеріння) проти волі усиновлювачів. Розголошення даних – це повідомлення тим чи іншим способом відомостей про усиновлення третім особам, яким вони не були офіційно повідомлені.

Об'єктом цього злочину проголошувалися інтереси сім'ї та дитини.

Об'єктивна сторона включала розголошення факту всиновлення шляхом письмового чи усного повідомлення, видачі витягу з книги реєстрації актів громадянського стану третім особам, у тому числі усиновленому, без згоди усиновителів, а після їхньої смерті – без згоди органів опіки та піклування.

Суб'єкт – 16-річна особа, яка володіла таємницею усиновлення.

Суб'єктивна сторона характеризувалася прямим умислом [10, с. 240].

У чинному Кримінальному кодексі України міститься норма, що передбачає кримінальну відповідальність за розголошення таємниці всиновлення (удочеріння), яка дещо змінилася порівняно з Кримінальним кодексом 1960 року. Зокрема, з'явилися кваліфіковані ознаки злочину (учинення його службовою особою або працівником медичного закладу, яким відомості про усиновлення стали відомі по службі чи по роботі, спричинення цим тяжких наслідків), посилилася кримінальна відповідальність за вчинення цього суспільно небезпечного діяння.

Сьогодні частина 1 статті 168 Кримінального кодексу України є кримінальним проступком, а частина 2 статті 168 Кримінального кодексу України – злочином.

Висновки

Намагаючись проаналізувати історичні витоки всиновлення й усі суспільно-правові процеси, з ним пов'язані, ми простежуємо надзвичайно важливу роль цього інституту в сукупності сімейно-правових відносин, доходимо висновку, що ці суспільні відносини, спрямовані на захист та охорону прав і законних інтересів усиновлених, їхній нормальний фізичний, моральний, духовний розвиток, протягом усього історичного періоду свого розвитку потребували кримінально-правової охорони, адже посягання на ці правовідносини відрізняються підвищеною суспільною небезпекою, важливість нормального функціонування та розвитку інституту усиновлення в системі сімейно-правових відносин призвела до необхідності криміналізації кримінальної відповідальності за вчинення таких суспільно небезпечних діянь, як незаконні дії у сфері усиновлення.

Список використаних джерел:

1. Закони Хаммурапі царя Вавилона : хрестоматія із загальної історії держави і права : навчальний посібник / ред. В.Н. Садіков ; під ред. З.М. Черніловського. Москва : Гардарики, 1998. 463 с.

2. Гордейчик А.А. Кримінально-правові і кримінологічні проблеми боротьби із злочинами проти сім'ї та неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2009. 224 с.

3. Зілковська Л.М. Усиновлення в Римі. *Актуальні проблеми держави і права*. 2002. Вип. 13. С. 177–181.

4. Ковальчук І. Становлення та розвиток інституту усиновлення у Візантії. *Юридичний журнал*. 2006. № 9. С. 29.

5. Хрунь І.Ю. Становлення та розвиток прав неповнолітніх у правових джерелах України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2007. № 2. С. 81–82.

6. Белова О.І. Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2006. С. 184.

7. Люблинский П.И., Копелянская С.Е. Охрана детства и борьба с беспризорностью. Ленинград, 1924. 146 с.

8. Уголовный кодекс УССР, утвержденный ВУЦИК 23 августа 1922 г. Харьков : Изд-во НКЮ УССР, 1922. 100 с.

9. Уголовный Кодекс УРСР, утвержденный ВУЦИК 23 августа 1927 г. Хврьков : Изд-во НКЮ УРСР, 1927. 135 с.

10. Советское уголовное право: Особенная часть : учебное пособие / под ред. Е.А. Смирнова, А.Ш. Якупова. Вып. 1. Киев : НИ и РИО КВШ МВД СССР, 1975. 343 с.

Olena Tavlui. Historical and legal origins of the disclosure of the secret of adoption

The questions that devoted to the historical-legal aspects of adoption (adopting), and also illegal actions which trench upon this sphere of public relations are examined in this article. Normatively – legal acts of separate historical periods, which came forward a legal regulator of domestically – legal and criminally – legal relations are probed. Genesis of development of separate criminally – legal norms is analyzed and it is marked on meaningfulness criminally – legal safeguard of institute of adoption because of enhanceable publicly danger of trenching upon these legal relationships.

Particular attention is paid to the disclosure of the secret of adoption. The genesis of bring to justice for disclosing the secret of adoption during certain historical stages of development is studying.

The genesis of the criminally – legal norm, which provides for liability for the disclosure of the secret of adoption, is inextricably linked with the development of such institution of family law as adoption.

That is why the author, studying certain legal acts of family legislation in the field of public relations, which is related with the protection of the rights and interests of orphans and children deprived of parental care, analyzing legal memo, particular starting with the Code of Hammurabi and Roman classical law and ending with the current stage of historical and legal development, concludes that public relations are aimed at protecting and safeguarding the rights and legitimate interests of adopted children throughout the historical period of its development, needed the criminal – legal safeguarded.

The importance of the normal functioning and development of the studied institutions of family law in the system of family law relations has led to the need to criminalize the disclosure of the secret of adoption.

Criminal offenses against the family and minors in different periods of historical development were an independent object of criminally – legal protection or article by article in different parts (sections) of criminal legislation (Criminal Codes). The norm, which provides for criminal liability for illegal actions of adoption, appeared in 1970 in the Criminal Code of Ukraine and was reflected in Article 168 of the current Criminal Code of Ukraine.

Key words: adoption, historical development, historical-legal factors, disclosures of secret of adoption.

УДК 343.14
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.41

Мар'яна Каліновська,
аспірант кафедри кримінального права та процесу
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова

МЕЖІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ДОКАЗУВАННЯ ПІД ЧАС ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню меж кримінального процесуального доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування у кримінальному провадженні.

За результатами розгляду меж доказування у контексті встановлення обґрунтованої підозри у процесі застосування запобіжних заходів зроблено висновок, що самого факту повідомлення особі про підозру недостатньо для визнання обґрунтованою підозри як підстави застосування запобіжного заходу. Адже межі доказування під час встановлення обґрунтованості підозри у процесі застосування запобіжних заходів визначаються тим, що для неї необхідна більша вагомість доказів порівняно з тими, яких достатньо для повідомлення особі про підозру, і водночас наявність менш вагомих доказів, ніж це потрібно для доведення винуватості особи у вчиненні певного кримінального правопорушення.

У процесі дослідження меж доказування під час застосування запобіжних заходів з'ясовано питання щодо якості знання про наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України. Визначено, що встановлення ризиків має прогностичний характер, а чинний КПК України не містить вимоги щодо абсолютно достовірного встановлення того факту, що особа у разі незастосування до неї запобіжного заходу вчинить будь-яку з дій, віднесених до ризиків.

Зроблено висновок, що межі доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування визначаються з урахуванням трьох критеріїв: 1) ймовірнісного, а не абсолютно достовірного характеру знань щодо встановлення наявності обґрунтованої підозри та ризиків; 2) вагомості доказів, необхідних для досягнення стандартів доказування «обґрунтована підозра» (щодо обґрунтованості підозри) та «достатня підстава» (щодо наявності ризиків); 3) змісту клопотання про застосування запобіжного заходу (лише щодо особи, стосовно якої подано таке клопотання, і лише в межах зазначеного у клопотанні виду запобіжного заходу).

Ключові слова: кримінальне процесуальне доказування, межі доказування, предмет доказування, запобіжні заходи, обґрунтована підозра, ризики, стадія досудового розслідування.

Постановка проблеми. Категорія «межі доказування» для теорії та практики кримінального процесу має велике значення, однак, незважаючи на це, кримінальне процесуальне законодавство не містить визначення цього поняття. До того ж і теорія кримінального процесуального права не надає сталого та загальноприйнятого розуміння його сутності та змісту, незважаючи на те, що вказана правова категорія належить до фундаментальних понять теорії доказів у доктрині кримінального процесу.

Незважаючи на те, що розуміння меж доказування в основному спрямоване на досягнення кінцевої мети доказування під час вирішення кримінального провадження по суті, процесуалісти звертають увагу на те, що «надзвичайна практична цінність поняття меж доказування досить чітко проявляється й під час прийняття проміжних кримінальних процесуальних рішень» [1, с. 71], зокрема рішень про застосування запобіжних заходів. Тому визначення меж доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування у кримінальному провадженні має важливе значення, оскільки дозволяє встановити достатню сукупність доказів, яка необхідна для прийняття законних, обґрунтованих та вмотивованих рішень про застосування запобіжних заходів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам загальнотеоретичного дослідження меж кримінального процесуального доказування у кримінальному провадженні значну увагу приділили такі вчені, як: В.Д. Арсєньев, М.В. Дєєв, В.В. Вапнярчук,

© М. Каліновська, 2021

В.П. Гмирко, Г.Ф. Горський, В.С. Гнатенко, Ю.М. Грошевий, Л.М. Карнєєва, Є.Г. Коваленко, Л.Д. Кокорев Л.М. Лобойко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, Ю.К. Орлов, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, Д.Б. Сергєєва, М.І. Станкович, С.М. Стахівський, М.С. Строгович, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, С.А. Шейфер, М.Є. Шумило та інші вчені-процесуалісти.

Окремі аспекти меж кримінального процесуального доказування під час прийняття проміжних кримінальних процесуальних рішень досліджено такими вченими, як: В.А. Завтур, А.І. Палюх, Х.Р. Слюсарчук, А.С. Степаненко та ін. Разом із тим недостатню увагу приділено дослідженню питання щодо меж кримінального процесуального доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування, що зумовлює його актуальність та необхідність наукового дослідження.

Метою статті є дослідження меж кримінального процесуального доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування та виділення критеріїв, які впливають на визначення меж такого доказування.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукової літератури приводить до висновку, що думки правників щодо поняття «меж доказування» не характеризуються єдністю. Так, на думку В.С. Гнатенко, «межі доказування» – це сукупність достатніх доказів, яка є засобом достовірного пізнання предмета доказування та визначає їх як сукупну змістовно-структурну характеристику доказів у кримінальному провадженні, наявність якої дозволяє вважати встановленими з відповідним ступенем вірогідності фактичні підстави процесуального рішення [2, с. 6-7].

М.М. Михеєнко визначав межі доказування як такий обсяг доказового матеріалу (доказів та їх джерел), який забезпечить надійне, достовірне встановлення всіх обставин, що входять до предмета доказування, правильне вирішення справи та вжиття заходів для запобігання злочинам [3, с. 106].

Оскільки у кримінальній процесуальній науці категорія «межі доказування», як правило, досліджувалася здебільшого в контексті співвідношення з предметом доказування, вважаємо за необхідне підтримати думку Л.М. Карнєєвої щодо того, що межі доказування – це також межі дослідження, однак визначаються немовби в іншій площині. Йдеться про те, що якщо предмет доказування можна розглядати як межі дослідження обставин по горизонталі, то межі доказування визначають глибину дослідження цих обставин, тому їх можна визначити як межі по вертикалі. Межі доказування визначаються сукупністю доказів, необхідних для визнання обставин, які входять до предмета доказування, достатньо встановленими [4, с. 104].

Як вже було зазначено, незважаючи на те, що розуміння меж кримінального процесуального доказування в основному спрямоване на досягнення його кінцевої мети під час вирішення кримінального провадження по суті, важливе практичне значення в контексті забезпечення конституційних прав та свобод учасників кримінального провадження має дослідження питання щодо меж доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування, оскільки від вирішення цього питання залежить прийняття законних, обґрунтованих та вмотивованих рішень про застосування запобіжних заходів.

Насамперед розглянемо питання щодо меж доказування під час встановлення обґрунтованої підозри у процесі застосування запобіжних заходів у досудовому кримінальному провадженні. Підкреслимо, що доказування обґрунтованості підозри як однієї з підстав застосування запобіжного заходу має бути спрямоване не на абсолютно достовірне встановлення факту вчинення особою кримінального правопорушення, а на встановлення високої ймовірності цього, яка базується на певній сукупності вагомих доказів, яких достатньо для того, щоб дійти такого висновку. Адже, як правильно зазначає В.О. Лазарєва, «імовірний характер висновку не має нічого спільного із свавільним суб'єктивним розсудом. Імовірність відображає певні існуючі в реальному світі закономірності явищ, причинно-наслідкові зв'язки. Тому імовірність є цілком прийнятною для процесуальних рішень, якщо вона спирається на певні факти, які мають достовірний характер» [5, с. 153].

Важливе значення в контексті визначення меж доказування під час застосування запобіжних заходів має дослідження питання щодо рівня переконаності, який необхідний для визнання підозри обґрунтованою. Окрім того, потребує висвітлення й питання щодо розмежування обґрунтованої підозри та повідомлення особі про підозру. Так, А.І. Палюх у своєму дисертаційному дослідженні вказує на те, що однієї тільки обґрунтованої підозри недостатньо для обрання запобіжного заходу, оскільки слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК України. Тому, власне, тільки сукупність дій

прокурора, які охоплюються повідомленням особі про підозру і доведенням ризиків, що підозрюваний, обвинувачений може вчинити дії, які можуть ускладнити процес розслідування, дають змогу вести мову про законну та обґрунтовану можливість застосування запобіжного заходу [6, с. 146-147].

Зрозуміло, що сама по собі наявність обґрунтованої підозри не дає права обрати до особи запобіжний захід, тому з першим твердженням автора ми повністю погоджуємось. Проте далі, з аналізу його наукової позиції можна зробити висновок, що він ототожнює наявність обґрунтованої підозри та повідомлення особі про підозру. Таке твердження вченого вважаємо помилковим і не можемо з ним погодитися з огляду на те, що наявність факту повідомлення про підозру особі, щодо якої здійснюється кримінальне провадження, сама по собі автоматично ще не означає обґрунтованості підозри. З цього приводу погоджуємося з думкою Х.Р. Слюсарчук, яка зазначає, що для прийняття рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження відповідний стандарт доказування повинен набути якісно іншого рівня, оскільки обґрунтована підозра, яка склала підставу для повідомлення особі про підозру, не забезпечує (не покриває) необхідного рівня переконаності слідчого судді для прийняття рішення про застосування відповідного заходу забезпечення кримінального провадження [7, с. 116]. Схожої думки дотримується й А.С. Нерсесян [8, с. 28].

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 178 КПК України слідчий суддя зобов'язаний оцінити в сукупності з іншими обставинами також і вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення. Інакше кажучи, слідчий суддя повинен оцінити на предмет обґрунтованості обставини, які стали причиною пред'явлення підозри і які підтверджують обґрунтованість такої підозри. Таку позицію підтверджує й законодавче положення, закріплене в п. 1 ч. 1 ст. 194 КПК України. Отже, обґрунтована підозра повинна відрізнятися дещо вищим ступенем обґрунтованості, тобто базуватися на більш вагомих доказах порівняно з повідомленням особі про підозру.

Окрім того, трапляються випадки, коли сторона обвинувачення на підтвердження обґрунтованої підозри посилається у клопотанні про застосування запобіжного заходу виключно на письмове повідомлення особі про підозру, не підтверджуючи жодними доказами того, що така підозра є обґрунтованою. Зрозуміло, що в такому випадку слідчий суддя не має підстав вважати, що стосовно особи існує саме «обґрунтована підозра» у вчиненні кримінального правопорушення, наслідком чого є відмова у застосуванні запобіжного заходу. Слід відзначити, що й більшість процесуалістів дотримується думки, що самого факту повідомлення особі про підозру недостатньо для визнання підозри обґрунтованою як підстави застосування запобіжного заходу [9, с. 107; 10, с. 75-76; 11, с. 43].

Разом із тим поняття «обґрунтована підозра» не покладає на сторону обвинувачення обов'язку під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування довести усі елементи правопорушення та не вимагає наявності достатніх доказів для остаточного вирішення питання про винуватість особи і висунення обвинувачення. У цьому зв'язку факти, які викликали обґрунтовану підозру, необов'язково мають бути одного рівня з тими, які необхідні для того, щоб не лише висунути обвинувачення, а й обґрунтувати засудження. При цьому «обґрунтованість підозри» в усіх випадках залежить від конкретних обставин кримінального провадження [12, с. 98].

Такої думки дотримується й ЄСПЛ, зазначаючи у рішенні в справах «Мюррей проти Сполученого Королівства» та «Ферарі-Браво проти Італії», що факти, які є причиною виникнення підозри, не мають бути такими ж переконливими, як ті, що є необхідними для обґрунтування обвинувального вироку чи просто висунення обвинувачення (черга якого надходить на наступній стадії процесу кримінального розслідування) [13; 14].

Отже, межі доказування під час встановлення обґрунтованості підозри у процесі застосування запобіжних заходів визначаються тим, що для неї необхідна більша вагомість доказів порівняно з тими, яких достатньо для повідомлення особі про підозру, і водночас наявність менш вагомих доказів, ніж це потрібно для доведення винуватості особи у вчиненні певного кримінального правопорушення.

На визначення меж доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування впливає й те, що предметом судового розгляду та оцінки слідчим суддею є виключно обставини, які стосуються вирішення питання про застосування запобіжного заходу. Тому, наприклад, слідчий суддя під час розгляду відповідних клопотань не повинен торкатися дослідження тих питань та обставин, які повинен вирішувати та встановлювати у майбутньому суд під час судового розгляду кримінального провадження по суті, зокрема, у жодному разі не повинен вирішувати питання

про винуватість особи. Так, у своїй ухвалі слідчий суддя Печерського районного суду м. Києва прямо зазначає, що питання щодо доведеності вини підозрюваного у вчиненні інкримінованого йому кримінального правопорушення та правильності кваліфікації його дій слідчим суддею під час розгляду клопотання не вирішувались, оскільки підлягають дослідженню під час проведення досудового розслідування та під час розгляду справи по суті [15].

Однак на практиці мають місце й інші формулювання. Зокрема, в ухвалі слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 19.09.2018 зазначається таке: «Прокурор довів, що підозрюваний вчинив тяжкий злочин, за який передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 6 до 10 років» [16]. Або в іншій ухвалі про продовження строку дії запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту від 07.03.2018 слідчий суддя Мар'їнського районного суду Донецької області зазначив, що «вина підозрюваного повністю підтверджується зібраними у кримінальному провадженні доказами» [17]. Зрозуміло, що така позиція є неправильною, оскільки слідчому судді необхідно, оцінивши усі надані сторонами докази, лише встановити, що існує обґрунтована підозра у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення, наявність якої підкріплено достатньою кількістю доказів. Така позиція випливає також з обов'язку слідчого судді керуватися презумпцією невинуватості, що виступає однією з найважливіших гарантій забезпечення захисту особи від необґрунтованого притягнення до кримінальної відповідальності та визначає характер діяльності державних органів та посадових осіб [18, с. 225-226].

Говорячи про межі доказування під час застосування запобіжних заходів, також необхідно з'ясувати, якою має бути якість знання про наявність ризиків, котрі дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, щоб бути достатньою для прийняття законних, обґрунтованих та вмотивованих рішень про застосування запобіжних заходів: абсолютно достовірне чи ймовірне.

Так, на слідчого суддю, окрім наявності обґрунтованої підозри, покладається обов'язок встановлювати наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК України, на які вказує сторона обвинувачення. Як бачимо, досліджуване питання торкається такого стандарту доказування, як «достатня підстава», адже рішення про застосування запобіжних заходів входять в те коло рішень, які приймаються на підставі такого стандарту.

Однак об'єктивні труднощі у цьому випадку виникають через те, що законодавець не визначає, які підстави є достатніми. Так, В.О. Рибалко обґрунтовано пропонує під достатністю підстави розглядати її повноту, обсяг фактичних даних, що її становлять. Підстави застосування запобіжних заходів будуть достатніми тоді, коли фактичні дані, що їх становлять, дадуть змогу слідчому судді, суду на підставі закону та внутрішнього переконання зробити висновок про необхідність обрання запобіжного заходу. Питання про достатність підстав повинно вирішуватися у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх наявних фактичних даних [19, с. 54]. Тобто все ж таки висновок про достатність підстав ґрунтується на внутрішньому переконанні слідчого судді й у кожному випадку потребує різного обсягу доказів.

В.К. Случевський ще на початку XX ст. стверджував, що про повну безсумнівність не може йтися у сфері суддівського дослідження, у судових справах суддя вимушений у зв'язку з недосконалістю засобів людського правосуддя задовольнятися більш або менш високою ймовірністю [20, с. 397].

Як вже зазначалося, встановлення ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК України, має прогностичний характер, і чинне кримінальне процесуальне законодавство не містить вимоги щодо абсолютно достовірного встановлення того факту, що особа у разі незастосування до неї запобіжного заходу вчинить будь-яку з дій, віднесених до ризиків. Однак КПК України вказує на наявність достатніх підстав вважати, що ця особа може не виконувати свої процесуальні обов'язки чи проявити неправомірну процесуальну поведінку.

З огляду на зазначене, зрозуміло, що для досягнення стандарту доказування «достатня підстава» не вимагається наявність абсолютної впевненості у тому, що особа вчинить діяння, віднесене до ризиків, навіть за умови наявності певних сумнівів у здійсненні особою такої діяльності. Однак все ж таки такий імовірний характер висновку про можливість вчинення в майбутньому підозрюваним дій, які віднесені до ризиків, обов'язково повинен ґрунтуватися на певній сукупності доказів, вагомість яких переконує слідчого суддю у необхідності обмеження прав та свобод особи шляхом застосування запобіжного заходу.

Як зазначає О.Г. Шило, наведення у клопотанні слідчого, прокурора відповідних підстав та мотивів для застосування запобіжного заходу, дослідження їх у судовому засіданні забезпечують можливість на основі обґрунтованої ймовірності спрогнозувати можливу негативну поведінку особи. Саме обґрунтована імовірність, яка ґрунтується на поданих суду доказах, забезпечує той стандарт доказування, який може бути визнано достатнім для застосування запобіжного заходу й обмеження у зв'язку із цим конституційних прав людини [21, с. 271].

У статті вже зверталась увага на те, що чинний КПК України не містить поняття «межі доказування», однак визначає межі судового розгляду. Так, відповідно до ч. 1 ст. 337 КПК України, судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, якій висунуте обвинувачення, і лише в межах висунутого обвинувачення відповідно до обвинувального акта, крім випадків, передбачених цією статтею. Вважаємо, що ідею, яку заклав законодавець у цьому положенні, можна трансформувати і пристосувати до судового розгляду клопотань про застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування, визначивши, що судовий розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу на стадії досудового розслідування проводиться лише щодо особи, стосовно якої подано таке клопотання, і лише в межах зазначеного у клопотанні виду запобіжного заходу.

Проте аналіз чинного кримінального процесуального законодавства містить певні застереження щодо розгляду слідчим суддею відповідних клопотань. Йдеться про положення ч. 4 ст. 194 КПК України, відповідно до якого, якщо під час розгляду питання про обрання запобіжного заходу прокурор не доведе недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику (ризикам), проте будуть доведені всі інші обставини, передбачені ч. 1 ст. 194 КПК України, слідчий суддя має право застосувати більш м'який запобіжний захід, ніж той, який зазначений у клопотанні слідчого, дізнавача, прокурора. Таке законодавче положення призводить до думки, що хоча й межі судового розгляду під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування обмежуються суто розглядом питання застосування запобіжного заходу, зазначеного в клопотанні, однак слідчий суддя з метою захисту конституційних прав та свобод особи наділений правом застосувати інший, виключно менш тяжкий, запобіжний захід, який не зазначений у клопотанні слідчого, дізнавача, прокурора.

Висновки

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що межі доказування під час застосування запобіжних заходів на стадії досудового розслідування визначаються з урахуванням таких критеріїв:

1) ймовірнісного, а не абсолютно достовірного характеру знань щодо встановлення наявності обґрунтованої підозри та ризиків, передбачених ч. 1 ст. 177 КПК України;

2) вагомості доказів, необхідних для досягнення стандартів доказування «обґрунтована підозра» (щодо обґрунтованості підозри) та «достатня підстава» (щодо наявності ризиків);

3) змісту клопотання про застосування запобіжного заходу (лише щодо особи, стосовно якої подано таке клопотання, і лише в межах зазначеного у клопотанні виду запобіжного заходу).

Список використаних джерел:

1. Завтур В.А. Співвідношення понять «стандарт» та «межі» доказування в контексті застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Інформаційне та науково-методологічне забезпечення досудового розслідування й судового провадження* : матер. круглого столу (21 квіт. 2016 р.). Запоріжжя: КПУ, 2016. С. 69-72.

2. Гнатенко В.С. Межі доказування у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2017. 16 с.

3. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Киев: Вища школа, 1984. 136 с.

4. Карнеева Л.М. Привлечение в качестве обвиняемого. Москва: Госюроздат, 1962. 114 с.

5. Лазарева В.А. Право на судебную защиту и проблемы его реализации в досудебном производстве по уголовному делу. Москва: Юрлитинформ, 2010. 168 с.

6. Палюх А.І. Участь прокурора в доказуванні під час досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2016. 206 с.

7. Слюсарчук Х.Р. Стандарти доказування у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2017. 258 с.

8. Нерсесян А. Кримінально-правові та кримінально-процесуальні ознаки обґрунтованості підозри. *Юридичний журнал: аналітичні матеріали*. 2015. № 3. С. 26-28.

9. Кудин Ф.М. Принуждение в уголовном судопроизводстве. Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1985. 136 с.

10. Агакерімов О.Н. Домашній арешт в системі запобіжних заходів : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2016. 246 с.

11. Громова М.Є. Обґрунтована підозра як підстава застосування запобіжних заходів.

Часопис Академії адвокатури України. 2015. № 2 (27). С. 40-43.

12. Волков К.Д. Забезпечення права особи на свободу та особисту недоторканість під час застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2015. 245 с.

13. Рішення ЄСПЛ «Мюррей проти Сполученого Королівства» (Murray v. the United Kingdom) від 28 жовтня 1994 року.

14. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. Київ: «К.І.С.», 2010. 576 с. URL: https://rm.coe.int/1680098ae0 (дата звернення: 10.120.2020).

15. Ухвала слідчого судді Печерського районного суду м. Києва від 30.08.2018 (справа № 757/42735/18-к). URL: https://verdictum.ligazakon. net/document/76289095 (дата звернення: 10.120.2020).

16. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 19.09.2018 (справа № 461/6630/17) URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76602574 (дата звернення: 10.120.2020).

17. Ухвала слідчого судді Мар'їнського районного суду Донецької області від 07.03.2018. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72660585 (дата звернення: 10.120.2020).

18. Грошевий Ю.М., Шило О.Г. Підстави обрання запобіжних заходів за новим КПК. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 220-226.

19. Рибалко В.О. Оцінні поняття в кримінально-процесуальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2016. 274 с.

20. Случевський В.К. Учебникъ русскаго уголовнаго процесса. Судоустройство – судопроизводство. Изд. 4-е, доп. и испр. Санкт-Петербург: Типография М.М. Стасюлевича, 1913. 683 с.

21. Шило О.Г. Особливості обґрунтування обрання запобіжних заходів у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. Вип. 25. С. 269-273.

Mariana Kalinovska. Limits of criminal procedural proof during the application of preventive measures at the stage of pre-trial investigation

The article is devoted to the study of the limits of criminal procedural proof during the application of preventive measures at the stage of pre-trial investigation in criminal proceedings.

Based on the results of consideration of the limits of proof in the context of establishing reasonable suspicion in the process of application of preventive measures, it was concluded that the mere fact of notifying a person of suspicion is not enough to recognize suspicion justified as a ground for preventive measures.

After all, the limits of proof when establishing the validity of a suspicion in the process of applying preventive measures are determined by the fact that it requires more weight of evidence than that sufficient to inform the person of suspicion, and, at the same time, less compelling evidence than this is necessary to prove the guilt of a person in committing a certain criminal offense.

During the examination of the limits of evidence during the application of preventive measures, the question of the quality of knowledge about the existence of risks, which give sufficient grounds for the investigating judge to believe that the suspect may take actions under Part 1 of Art. 177 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. It is determined that the establishment of risks is of a prognostic nature, and the current CPC of Ukraine does not contain requirements for absolutely reliable establishment of the fact that a person, in case of failure to apply a preventive measure, will take any of the actions related to risks.

It is concluded that the limits of proof during the application of preventive measures at the stage of pre-trial investigation are determined taking into account three criteria: 1) probabilistic rather than absolutely reliable nature of knowledge to establish the existence of reasonable suspicion and risks; 2) the weight of the evidence required to achieve the standards of proof «reasonable suspicion» (regarding the validity of the suspicion) and «sufficient grounds» (regarding the presence of risks); 3) the content of the request for the application of a preventive measure (only in respect of the person in respect of whom such a request was filed, and only within the limits of the type of preventive measure specified in the application).

Key words: criminal procedural proof, limits of proof, subject of proof, preventive measures, reasonable suspicion, risks, stage of pre-trial investigation.

УДК 343.364
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.42

Михайло Борусовський,
аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики факультету № 1
Інституту з підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції Львівського державного університету внутрішніх справ

ОБСТАВИНИ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ВСТАНОВЛЕННЮ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ВЛАДОЮ АБО СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ СУДДЕЮ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ

Наукову статтю присвячено висвітленню питання щодо обставин, що підлягають встановленню під час розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя. Проаналізовано підходи вчених до поняття обставин, що підлягають встановленню, встановлено, що є думка про ототожнення досліджуваного поняття з криміналістичною характеристикою кримінальних правопорушень, і підкреслено їх розмежування на підставі завдань, котрі вони виконують під час формування криміналістичної методики окремих кримінальних правопорушень. Встановлено, що формування обставин, які підлягають встановленню, зумовлено трьома чинниками: предметом доказування (передбаченим ст. 91 КПК України), кримінально-правовою та криміналістичною характеристиками певного кримінального правопорушення. При цьому обставини, що підлягають доказуванню, відображені в нормах чинного КПК та є визначальними, базовими для всіх кримінально-протиправних діянь без винятку, а також для криміналістичної методики розслідування, тому мають неабияке значення. Проведено класифікацію обставин, що підлягають встановленню під час розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя, котрі об'єднано у п'ять груп: обставини про особу злочинця та потерпілого; обставини про подію кримінального правопорушення; обставини про мотив та мету кримінального правопорушення; обставини щодо судового рішення; інші обставини, які у свою чергу включають у себе окремі обставини, що підлягають встановленню. На підставі аналізу судової практики у кримінальних провадженнях про зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя здійснено детальну характеристику обставин кожної групи. Доведено, що обставини, що підлягають встановленню, як елемент криміналістичної методики розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя, дає змогу більш цілеспрямовано та з меншими витратами зусиль та часу визначити коло інформації, яку необхідно встановити; вивчити необхідні матеріали, оцінивши їх законність та достатність, з метою визначення напрямів подальшого пошуку та процесуальних рішень та здійснення процесуальних дій на окремих етапах кримінального провадження.

Ключові слова: розслідування, кримінальне провадження, суддя, зловживання владою, службові повноваження, обставини, встановлення.

Постановка проблеми. Упродовж тривалого часу існування криміналістика накопичила чималі знання, що стосуються методики розслідування злочинів, зокрема злочинів проти правосуддя. Проте сьогодні відчувається, що методика розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя, зокрема в частині формування обставин, які підлягають встановленню під час розслідування цього виду кримінального правопорушення, не досить розроблена.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Предмет доказування, а також зміст обставин, що підлягають встановленню у кримінальних провадженнях, неодноразово аналізували вітчизняні й зарубіжні вчені в галузі кримінального процесу та криміналістики, зокрема: Ю. П. Аленін, В. П. Бахін, Р. С. Бєлкін, В. І. Галаган, Л. Я. Драпкін, В. С. Зеленецький, В. С. Кузьмічов, В. В. Лисенко, Г. А. Матусовський, В. О. Образцов, М. В. Салтевський, В. Ю. Шепітько та інші.

Метою статті є розгляд обставин, що підлягають встановленню під час розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя.

© М. Борусовський, 2021

Виклад основного матеріалу. У криміналістиці тривають дискусії про те, чи варто розглядати обставини, що підлягають встановленню, як самостійний елемент окремої методики розслідування або відображати їх у складі криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень.

Так, одні автори вважають, що криміналістична характеристика та обставини, що підлягають встановленню, є поняттями тотожними та останні є навіть її складовим елементом, і тому немає потреби окремо виділяти обставини, що підлягають встановленню, та включати їх до структури окремої криміналістичної методики [1, с. 274].

Інші автори дотримуються протилежної позиції, вважаючи за необхідне виділяти обставини, що підлягають встановленню, в структурі окремої криміналістичної методики, підкресливши, що для цілеспрямованого розслідування слідчий повинен у кожному кримінальному провадженні уявити собі, що саме необхідно з'ясувати, тобто які саме фактичні обставини розслідуваної події повинні бути встановлені і в яких межах [2, с. 84].

Ми ж, поділяючи думку В. В. Тіщенка, вважаємо, що у методиці розслідування окремих категорій злочинів обставини, що підлягають встановленню, мають криміналістичне значення, оскільки зумовлюють кінцеві завдання розслідування, спрямованість слідчих версій, постановку проміжних завдань розслідування на його різних етапах і в різних слідчих ситуаціях [3, с. 208].

Щодо кола обставин, що підлягають встановленню, то М. О. Селіванов пропонує, визначаючи коло обставин, що підлягають встановленню, використовувати елементи предмета доказування, що містяться в кримінально-процесуальному законі [4, с. 191]. На думку А. І. Кунтія, найважливіші і найбільш загальні з таких обставин закріплені в ст. 91 КПК України, але перелік цих обставин не враховує особливості різновидів і груп злочинів, змісту складу злочинів, різнобічних відомостей про особи злочинця і потерпілого, інших факторів. Тому формування обставин, що підлягають встановленню, зумовлено трьома чинниками: предметом доказування (ст. 91 КПК України), кримінально-правовою та криміналістичною характеристиками певного кримінального правопорушення. При цьому обставини, що підлягають доказуванню, відображені в нормах чинного КПК та є визначальними, базовими для всіх злочинних діянь без винятку, а також для криміналістичної методики розслідування, тому мають неабияке значення [5, с. 80-81].

Тому, враховуючи позицію зазначеного дослідника, вважаємо, що обставини, що підлягають встановленню під час розслідування кримінального провадження про зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя, на нашу думку, доцільно об'єднати у п'ять груп:

1. Обставини про особу злочинця та потерпілого:

1.1. відомості про особу злочинця:

– відомості про склад суду (одноособово чи колегіально; суд присяжних);

– підстави та час набуття особою статусу судді (слідчого судді) відповідного суду, його права та обов'язки;

– підстави та час набуття особою статусу судді (слідчого судді, члена колегії суддів) у конкретному провадженні, реквізити судової справи, її обставини та учасники;

– чи притягався суддя до будь-якого виду дисциплінарної відповідальності в ході виконання службових повноважень;

– чи звертався суддя з повідомленням про втручання в його діяльність щодо здійснення правосуддя до Вищої ради правосуддя, до Генерального прокурора (цей обов'язок прописаний у ч. 4 ст. 48 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів».

– відомості щодо розподілу ролей між суддями у разі колегіального розгляду справи (з'ясування обставини формування змови між співучасниками, того, хто запропонував вчинити злочин певним способом, де та коли це відбулося, ким і які ролі були визначені та між ким зі співучасників розподілені, яка винагорода кожному була попередньо визначена та фактично здійснена);

– відомості щодо виду та розміру винагороди;

1.2. відомості про потерпілого (-их).

1.3. наявність причинного зв'язку між діями винних осіб та їх наслідками;

– виявлення причин й умов, які сприяли вчиненню злочину;

– відомості про наявність зв'язку «потерпілий – злочинець»;

– наявність причинного зв'язку між діями судді щодо зловживання владою або службовими повноваженнями у формі постановлення судового рішення та наслідками такого рішення.

Приклад обставин, що належать до першої класифікаційної групи, знаходимо у вироку Чигиринського районного суду Черкаської області від 7 квітня 2015 р. ОСОБА_2 засуджено за ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 375 КК України за злочин, вчинений з корисливих мотивів, який полягав у зловживанні владою суддею у формі винесення суддею завідомо неправосудного рішення без заявлення самовідводу

у цивільних справах щодо визнання права власності на об'єкти нерухомості – нежитлові приміщення, що належали її матері [6].

2. Обставини про подію кримінального правопорушення. До цієї категорії слід зараховувати:

2.1. відомості про предмет зловживання владою або службовим становищем суддею;

2.2. час та місце зловживання владою або службовим становищем суддею (слідчим суддею, суддями);

2.3. відомості про спосіб вчинення злочину (спосіб готування, безпосереднього вчинення та його приховання);

2.4. відомості про засоби вчинення кримінального правопорушення (приміром, стосовно подальших обставин, які підлягають встановленню, зазначимо, що встановленню підлягають просторово-часові й інші параметри дій, спрямованих не тільки на безпосередню реалізацію злочинного задуму, спрямованого на зловживання владою або службовим становищем, що може проявитися у постановленні судового рішення, а й на готування та приховування слідів злочину. Якщо злочин вчинений за попередньою змовою з іншими суддями, під час колегіального розгляду справи, встановленню підлягають дії, які були вчинені кожним суддею під час готування, вчинення та приховування по кожному епізоду їхньої спільної злочинної діяльності;

2.5. характер протиправних дій, які були вчинені суддею (слідчим суддею, суддями) під час здійснення правосуддя, тобто які грубі порушення норм процесуального закону мали місце з боку судді (слідчого судді, суддів) та/або неправильне застосування норм матеріального права, чи мала місце невідповідність висновків судді (слідчого судді, суддів) фактичним обставинам справи та як вони вплинули на зміст судового акта;

2.6. умови, що спричинили виникнення та формування прямого умислу судді (слідчого судді, суддів) на зловживання владою або службовим становищем;

2.7. відомості про матеріальні й ідеальні сліди відображення готування, вчинення та приховування кримінального правопорушення;

3. Обставини про умисел, мотив та мету кримінального правопорушення.

3.1. вчинені з корисливих мотивів (поєднані з отриманням неправомірної вигоди). Так, вироком Чигиринського районного суду Черкаської області від 7 квітня 2015 р. ОСОБА_2 засуджено за ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 375 КК України. За обставинами справи, достовірно знаючи та усвідомлюючи, що сторонами у цивільних справах є близькі родичі (мати і племінниця), що відповідно до закону унеможливлює участь судді у розгляді цих цивільних справ та зумовлює відвід судді (самовідвід), ОСОБА_2 не здійснила жодних дій та не прийняла відповідних процесуальних рішень щодо заявлення самовідводів у зазначених цивільних справах, незважаючи на те, що справи не підсудні Ленінському районному суду м. Кіровограда (оскільки позови, що виникають з приводу нерухомого майна, пред'являються за місцезнаходженням майна або основної його частини, тоді як зазначені об'єкти нерухомого майна розташовані на території Кіровського району м. Кіровограда), у найкоротший строк призначила їх попередні розгляди, створила умови неявки сторін провадження до суду, не дослідила докази і в результаті винесла неправосудне судове рішення, яким повністю задовольнила позовні вимоги позивача – власної матері, керуючись при цьому корисливими мотивами та, окрім того, спричинивши тяжкі наслідки для громадських інтересів у вигляді неправомірного визнання права власності на майно територіальної громади – нежитлові підвальні приміщення, загальна вартість яких на момент прийняття неправосудного рішення відповідно до висновку експерта складала 239 672 грн [6].

3.2. дії, що спричинили тяжкі наслідки. Так, М. І. Хавронюк до тяжких наслідків відносить позбавлення волі, обмеження волі чи арешт потерпілого як результат неправосудного вироку, самогубство потерпілого чи його тяжке захворювання, викликане стресовою ситуацією, пов'язаною із винесенням неправосудного рішення, обмеження потерпілого в його конституційних правах (зокрема, позбавлення права власності на житло чи батьківських прав, визнання обмежено осудним тощо), а також спричинення [7, с. 289-290]. До прикладу, вироком Летичівського районного суду Хмельницької області від 22 січня 2013 р. ОСОБА_1 засуджено, зокрема, за ч. 2 ст. 364, ч. 1 ст. 375 КК, при цьому тяжкими наслідками вчиненого ним цього злочину суд визнав проведення на підставі судового рішення, постановленого ОСОБА_1, незаконних виплат за рахунок бюджетних коштів у загальній сумі 6 485 644 грн. [8].

3.3. дії в інших особистих інтересах. Як приклад із судової практики можна назвати те, що суддя обвинувачувався у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 375, ч. 1 ст. 375, ч. 2 ст. 375, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 366 КК України. Обвинувачення ґрунтувалося на тому, що суддя, зловживаючи владою, діючи «в особистих інтересах» (штучне створення уявлення про дотримання присяги судді, належне виконання ним обов'язків), склав та приєд-

нав до матеріалів справи ухвалу про призначення розгляду заяви на 10 годину 4 червня 2008 року, яку датував 3 червня 2008 року. Фактично вказана ухвала була складена суддею 4 червня 2008 року. 4 червня 2008 року суддя постановив ухвалу про встановлення способу і порядку виконання постанови суду від 13 липня 2007 року. При цьому суддя достовірно знав, що ще 3 червня 2008 року за його вказівкою помічник судді виготовив ухвалу про встановлення способу і порядку виконання постанови суду від 13 липня 2007 року, а її копію видав учаснику без судового розгляду вказаної заяви. Крім того, за вказаних умов і обставин 4 червня 2008 року суддя, зловживаючи владою і службовим становищем, вилучив з матеріалів справи ухвалу від 3 червня 2008 року про встановлення порядку виконання постанови суду від 13 липня 2007 року й видав завідомо недостовірну ухвалу від 4 червня 2008 року [9].

Іншими особистими інтересами можуть бути також і неприязнь або навпаки до певної особи або групи осіб. Наприклад, у постанові колегії суддів Касаційного кримінального суду від 26 червня 2018 р., згідно з пред'явленим обвинуваченням, суддя ОСОБА_3, будучи службовою особою і носієм судової влади, свідомо і цілеспрямовано використовуючи своє службове становище всупереч інтересам правосуддя, розраховуючи одержати для себе неправомірну вигоду у вигляді подальшого сприяння невстановленими слідством особами з числа вищого керівництва у державі в кар'єрному рості, яке могло відбутися після успішного виконання злочинного завдання на ґрунті сформованого враження про них як про прихильників чинної на той час влади, склав, підписав, постановив та проголосив у судовому засіданні завідомо неправосудну постанову. На обґрунтування наявності такого мотиву сторона обвинувачення не встановила і не надала суду жодного доказу того, в чому саме полягав кар'єризм ОСОБА_3 – ні взагалі, ні щодо винесення постанови – та які дії вживалися ОСОБА_3 для реалізації цього мотиву, як вплинуло винесення ним зазначеної постанови на його кар'єрний ріст. Судом першої інстанції на підставі дослідження даних про роботу на посаді судді ОСОБА_3 встановлено, що він за весь час роботи суддею в Одеському окружному адміністративному суді із заявою чи проханням про переведення до іншого суду не звертався, питання про його звільнення не вирішувалось, його кандидатура на адміністративну посаду в суді не розглядалася і наміру такого останній ніколи не виявляв; задовго до вказаних в обвинувальному акті подій ОСОБА_3 був обраний на посаду судді безстроково, а тому не був обтяжений процедурою обрання на посаду на момент вчинення інкримінованого йому діяння [10].

4. Обставини щодо судового рішення, що винесене в результаті зловживання владою або службовим становищем суддею:

4.1. чи набуло законної сили судове рішення, якщо так, то які обставини його виконання та наслідки цього, чи мають вони характер тяжких для особи, щодо прав, свобод та інтересів якої він був постановлений, який ступінь тяжкості шкоди здоров'ю, розмір матеріальних збитків, моральної шкоди;

4.2. чи було оскарження судового рішення учасниками провадження, коли це сталося, які результати судового розгляду в суді апеляційної/касаційної інстанції, зміст судового акта, який був постановлений вищою судовою інстанцією, обставини та результати його виконання, зокрема, чи було припинене порушення прав, свобод особи;

4.3. чи було звернення особи (осіб) до Вищої Ради правосуддя зі скаргою на дії, рішення судді (суддів) та які результати розгляду такої скарги цим органом;

4.4. наслідки, що настали в результаті зловживання владою або службовим становищем під час здійснення правосуддя.

5. ***Інші обставини***. Серед інших обставин, що мають значення для вирішення завдань кримінального провадження досліджуваної категорії, необхідно виділити:

5.1. обставини, що виключають факт вчинення підозрюваною особою іншого виду кримінального правопорушення (ст. 366, 368 КК України тощо);

5.2. обставини, що обтяжують чи пом'якшують покарання;

5.3. обставини, що виключають кримінальну відповідальність чи є підставою для закриття кримінального провадження;

5.4. обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, а також обставини, що виключають факт учинення підозрюваною особою іншого кримінального правопорушення.

З-поміж обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчинення злочину та обставин, які пом'якшують покарання, як такі, що підлягають встановленню, слід зазначити: з'явлення із зізнанням, щире каяття або активне сприяння розслідуванню злочину, а також добровільне відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди (що, як наслідок, може розглядатись як підстава для укладення угоди про примирення); вчинення злочину жінкою в стані вагітності; вчинення злочину внаслідок збігу тяжких особистих, сімейних чи інших обставин; вчинення зло-

чину під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність; вчинення злочину з перевищенням меж крайньої необхідності. Також з-поміж обставин, що впливають на ступінь тяжкості вчинення злочину, та обставин, які обтяжують покарання, як такі, що підлягають встановленню, слід зазначити: тяжкі наслідки, завдані злочином, вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій.

Стосовно обставин, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання, щодо досліджуваного нами виду кримінального правопорушення можуть застосовуватись підстави, передбаченні розділами IX та XII КК України, якщо такі фактично були й можуть застосовуватися.

Висновок

Таким чином, у результаті дослідження ми дійшли висновку про те, що обставини, що підлягають встановленню, є елементом криміналістичної методики розслідування зловживання владою або службовим становищем суддею під час здійснення правосуддя, який дає змогу більш цілеспрямовано та з меншими витратами зусиль та часу визначити коло інформації, яку необхідно встановити, вивчити необхідні матеріали, оцінивши їх законність та достатність, з метою визначення напрямів подальшого пошуку та процесуальних рішень та здійснення процесуальних дій на окремих етапах кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Белкин Р.С. История отечественной криминалистики. Москва : Знание, 1999. 496 с.
2. Танасевич В.Г. Значение криминалистической характеристики преступлений и следственных ситуаций для методики расследования преступлений. *Актуальные проблемы советской криминалистики*. Москва, 1980. С. 84–93.
3. Тіщенко В.В. Корисливо-насильницькі злочини : криміналістичний аналіз. Одеса : Юридична література, 2002. 360 с.
4. Справочная книга криминалиста / рук. автор. кол. и отв. ред. Н. А. Селиванов. Москва: НОРМА, 2000. 727 с.
5. Кунтій А.І. Методика розслідування умисного вбивства, вчиненого в стані сильного душевного хвилювання : монографія. Львів : ЛьвДУВС, 2016. 227 с.
6. Вирок Чигиринського районного суду Черкаської області від 7 квітня 2015 р. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43831707 (дата звернення: 19.12.2020)
7. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Москаленко О. М., 2019. 464 с.
8. Вирок Летичівського районного суду Хмельницької області від 22 січня 2013 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36788997 (дата звернення: 19.12.2020)
9. Вирок апеляційного суду Харківської області від 31 січня 2011 року. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24901107 (дата звернення: 19.12.2020)
10. Постанова колегії суддів Касаційного кримінального суду від 26 червня 2018 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75099762 (дата звернення: 19.12.2020)

Mykhaylo Borusovskiy. Circumstances to be established during the investigation of an abuse of authority or official position by a judge during execution

The scientific article is devoted to the issue of circumstances to be established during the investigation of abuse of power or official position by a judge in the administration of justice. The approaches of scientists to the concept of circumstances to be established are analyzed, the opinion on the identification of the studied concept with the forensic characteristics of crimes is established and their differentiation is emphasized, based on the tasks they perform during the formation of forensic methods of individual criminal offenses. It is established that the formation of circumstances to be established is due to three factors: the subject of proof (provided for in Article 91 of the CPC of Ukraine), criminal law and forensic characteristics of a particular criminal offense. At the same time, the circumstances to be proved are reflected in the norms of the current CPC and are decisive, basic for all criminal acts without exception, as well as for forensic methods of investigation, so they are of great importance. The classification of circumstances to be established during the investigation of abuse of power or official position by a judge in the administration of justice, which are grouped into five groups: the circumstances of the identity of the offender and the victim; circumstances of the event of a criminal offense; circumstances about the motive and purpose of the criminal offense; circumstances regarding the court decision; other circumstances, which in turn include certain circumstances to be established. Based on the analysis of judicial practice in criminal proceedings on abuse of power or official position by a judge in the administration of justice, a detailed description of the circumstances of each group. It is proved that the circumstances to be established, as an element of the forensic methodology of investigation of abuse of power or official position by a judge in the administration of justice, allows to more purposefully and with less effort and time to determine the range of information to be established. legality and sufficiency in order to determine the directions of further search and adoption of procedural decisions and the implementation of procedural actions at certain stages of criminal proceedings.

Key words: investigation, criminal proceedings, judge, misfeasance, official powers, circumstance, installation.

УДК 347.998.8.06:346.545](83)(045)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.43

Сергій Єдаменко,
суддя
Кіровського районного суду міста Дніпропетровська

СУД ІЗ ЗАХИСТУ ВІЛЬНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ В ЧИЛІ

Стаття присвячена дослідженню досвіду організації та діяльності спеціалізованого суду із захисту вільної конкуренції в Чилі. Важливість цієї теми для вітчизняної науки пов'язана з активним обговоренням запровадження особливого порядку розгляду конкурентних спорів.

Спеціалізований суд із захисту вільної конкуренції в Чилі було засновано в 2003 році. Створення окремого суду для розгляду антимонопольних спорів викликане, з одного боку, тим, що захист ліберальної моделі економіки є пріоритетом для цієї країни, з іншого боку, в Чилі відсутня окрема система адміністративних та господарських судів, через що є потреба у створенні спеціалізованих судових установ. Чилійський суд із захисту вільної конкуренції складається з п'яти членів, які призначаються президентом країни на шість років з можливістю повторного перепризначення. Також призначається двоє заступників. Склад суду частково оновлюється кожні два роки. Кандидатури для призначення членів вносить Верховний суд за результатами конкурсу. Двоє членів суду мають бути фахівцями у сфері вільної конкуренції, а ще двоє – професійними юристами. По одному з двох заступників також мають представляти відповідні фахові групи. Керівну роль щодо суду із захисту вільної конкуренції відіграє Верховний суд Чилі, у якому може бути оскаржене рішення Трибуналу по суті. Відповідно до іспаномовної літератури, чилійський суд із захисту вільної конкуренції належить до спеціалізованих адміністративних судів, при цьому відзначається здійснення ним окремих функцій, які радше притаманні виконавчим органам влади, аніж судовим установам.

Серед головних переваг запровадження спеціалізованого суду із захисту вільної конкуренції – поглиблена спеціалізація суддів, їхня обізнаність у особливостях економічних процесів, докладне знання антимонопольного законодавства, прогнозована судова практика. Серед недоліків чилійської системи – залежність суддів від політичної системи, обмеження можливостей щодо оскарження рішень цього суду. У результаті дослідження зроблено висновок про недоцільність утворення окремої судової установи із захисту конкуренції в Україні, проте запропоновано докладно вивчити можливість утворення спеціалізованих судових палат для розгляду відповідних справ.

Ключові слова: економічна конкуренція, судова система, антимонопольне законодавство, трибунал із захисту конкуренції, судова система Чилі.

Постановка проблеми. У ході реформування судової системи України лунають ідеї щодо подальшого поглиблення спеціалізації судів та створення спеціальних установ для вирішення спорів в антимонопольній сфері. Так, під час обговорення робочою групою Комісії з питань правової реформи при Президенті Концепції удосконалення законодавства про судоустрій у грудні 2019 року було висловлено ідею створення в Україні Вищого спеціалізованого суду з питань захисту конкуренції [1]. Далі, на початку 2020 року, народним депутатом Л.А. Буймістер був унесений на розгляд Верховної Ради України законопроект № 2742, що передбачав створення на базі Вищого суду з питань інтелектуальної власності судової установи з розширеною компетенцією – Вищого суду з питань інтелектуальної власності та економічної конкуренції [2].

Надалі ідея запровадження такої інституції не дістала підтримки ані в політичних колах, ані серед представників судової влади, проте є очевидним, що питання реформування процедури судового розгляду спорів у сфері захисту конкуренції з'явилось у порядку денному і воно, беззаперечно, матиме подальше обговорення.

Через це доцільним є дослідження досвіду інших країн, що вже запровадили спеціалізовані юрисдикційні установи для розгляду спорів щодо захисту вільної конкуренції. Одним із таких прикладів може бути латиноамериканська країна Чилі, де функціонує окремий суд для вирішення спорів в антимонопольній сфері – Трибунал із захисту вільної конкуренції.

Попри територіальну віддаленість Республіки Чилі, досвід цієї країни має бути цікавим з огляду на її історичне минуле та досвід переходу від авторитарної моделі управління до демократії, що супроводжувався розвитком ліберальної моделі економіки, створенням привабливого інвестиційного клімату та реформуванням судової системи, яка має

© С. Єдаменко, 2021

найбільший авторитет в південноамериканському регіоні.

Також слід відзначити, що саме метод порівняльних досліджень надає унікальну можливість перед запровадженням будь-яких моделей регулювання суспільних відносин у вітчизняному правовому полі здійснити аналіз практики їх застосування в інших країнах та на іноземних територіях, виокремити переваги та недоліки їх застосування і, нарешті, дійти висновків щодо доцільності запровадження певного інституту в нашій державі та його оптимальних умов та механізмів діяльності.

Через це важливим напрямом української правничої науки мають стати порівняльні дослідження досвіду саме латиноамериканських країн, які пережили досвід транзиту від авторитаризму до демократизації, лібералізації економіки та утвердження принципів верховенства права, яскравим прикладом яких є, зокрема, Республіка Чилі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Докладні дослідження досвіду Чилі як у сфері організації судочинства, так і щодо правового регулювання антимонопольних відносин в українській науці не здійснювалися. Окремі науковці торкалися теми механізмів захисту конкуренції, які застосовуються у світі. Так, наприклад, у роботі Т. Швидкої «Історія становлення і формування конкурентного законодавства (Іноземний досвід)» робиться огляд американської та європейської моделей екологічного правосуддя, де згадується, зокрема, антимонопольне законодавство Чилі [3, с. 51].

В англомовній літературі тема створення суду із захисту конкуренції Чилі обмежено оглядалася в загальному контексті антимонопольного правосуддя. Так, у порівняльному дослідженні Eleanor M. Fox, Michael J. Trebilcock «The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms. The GAL Competition Project» серед прикладів різних країн згадується чилійський Трибунал у сфері захисту вільної конкуренції та загальна система органів у сфері запобігання зловживанням монопольним становищем [4, с. 26–27, 48–49, 64].

Разом із тим за час діяльності Трибуналу із захисту вільної конкуренції в Чилі в іспаномовній дослідницькій літературі накопичено широкий цикл публікацій щодо проблемних питань його запровадження та функціонування. Так, велика робота Маурісіо Сантібаньєса «Вивчення змін до Закону № 211 про вільну конкуренцію і, зокрема, щодо Суду для захисту вільної конкуренції» присвячена докладному аналізу передумов реформування антимонопольного законодавства та особливостям нової структури управління у цій сфері [5]. Докладний огляд діяльності Трибуналу виконано Анною Марією Северін Онорато у роботі «Суд із захисту вільної конкуренції та скарги з приводу неконституційності» [6]. Проблемні питання статусу цього судового органу висвітлювали автори Есіо Коста Корделья, а також Пабло Фуензаліда та Маріо Вальдеррама. Вплив практики Верховного суду Чилі на діяльність Суду з питань захисту вільної конкуренції досліджувала Софія Ромеро Родрігез.

Разом із тим залишається відкритим питання оцінки ефективності виділення такого суду в самостійну ланку судової влади та доцільності поширення цієї практики за межами Чилі.

Метою статті є дослідження досвіду Республіки Чилі щодо створення та діяльності спеціалізованого антимонопольного суду – Трибуналу із захисту вільної конкуренції – з метою оцінювання перспектив удосконалення системи судочинства в Україні шляхом створення окремої судової установи у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Основи сучасного антимонопольного законодавства в Чилі було закладено 1973 року, коли в результаті приходу до влади Августо Піночета було започатковано заходи з лібералізації економіки. Як відзначає Франциско Сальгеро, ухвалення закону «Про захист вільної конкуренції» (далі – Закон № 211, на момент набуття чинності він був запроваджений декретом) було покликане забезпечити подолання монополізму, надмірного урядового протекціонізму та втручання уряду в діяльність крупних компаній [7, с. 19 – 20].

Законом № 19.911 було модифіковано Закон № 211 та створено Трибунал із захисту вільної конкуренції (іспанською – Tribunal de defensa de la libre competencia). У цьому контексті потрібно одразу зауважити, що в Чилі словом «трибунал» називають суди, що розглядають справи колегіально, на відміну від судів з одноосібним розглядом справ, які називаються «juzgado». Слово «трибунал» взагалі не має в іспанській мові натяку на надзвичайний чи особливий характер суду. Тож далі переклад назви цього органу українською мовою буде подаватися як «суд» чи «трибунал» без зміни смислового навантаження.

Відповідно до ст. 5 Закону № 211 (в чинній редакції), суд із захисту вільної конкуренції є спеціальним незалежним юрисдикційним (судовим) органом, який директивно та економічно підпорядковується Верхо-

вному суду та покликаний попереджати, усувати порушення вільної конкуренції та накладати за них стягнення [8].

Суд із захисту вільної конкуренції є єдиним для всієї країни та розташований в столиці Чилі Сантьяго, що закріплено в ст. 8 Закону № 211 [8].

Згідно зі ст. 6 Закону № 211, Трибунал складається з п'ятьох діючих членів: президента, який є адвокатом та має бути визнаним фахівцем чи академіком у сфері вільної конкуренції чи комерційного права, та чотирьох університетських фахівців, двоє з яких мають бути фахівцями у галузі права, а інші двоє – спеціалістами у сфері вільної економіки. Також призначається двоє заступників: один – адвокат, а інший – випускник чи бакалавр з економічних наук [8]. Термін «випускник» (іспанською – «licenciado en Ciencias») означає освітній рівень, який можливо здобути лише в одному з 18 чилійських університетів.

Президент суду повинен мати щонайменше десятирічний стаж у відповідній сфері. Він призначається на посаду Президентом Чилі з-поміж п'ятьох кандидатур, запропонованих Верховним судом за результатами публічного конкурсу. Інші члени Трибуналу призначаються за змішаною процедурою: двоє членів суду (фахівець у галузі права та фахівець у галузі економіки) визначаються Радою Центрального банку, ще двоє – призначаються Президентом республіки з поданих йому Радою Центрального банку списків. На вакансії фахівця у сфері права та фахівця у сфері економіки подаються окремі списки, кожен з яких має містити по три претенденти. При цьому як члени Трибуналу, визначені Радою Центрального банку, так і претенденти на призначення, подані на розгляд главі держави, визначаються за результатами конкурсу [8].

Заступник члена Трибуналу, який є адвокатом, також призначається Президентом країни, тоді як інший заступник, який є фахівцем в економічній сфері, визначається Радою Центрального банку. Ці призначення також потребують проведення конкурсу [8].

Незалежно від суб'єкта призначення, всі члени Трибуналу мають назву «міністри», яка є характерною для чилійських суддів вищого рівня (починаючи від апеляційних судів) і не є ознакою належності до виконавчої влади.

Підставами для звільнення членів Суду із захисту вільної конкуренції є закінчення строку їхніх повноважень, неможливість виконання обов'язків за станом здоров'я три місяці поспіль чи шість місяців на рік, відставка чи відсторонення Верховним судом через очевидне невиконання обов'язків або порушення вимог несумісності, визначених Законом № 211 [8].

На думку Маурісіо Сантібаньєса, неможливість звільнення члена Трибуналу із захисту вільної конкуренції, крім випадків, встановлених законом, свідчить про дотримання стосовно них принципу незмінюваності [5, с. 73-74].

Разом із тим такий підхід не є беззаперечним, оскільки важливою ознакою принципу незмінюваності суддів є не лише умови їхнього дострокового звільнення, а й гарантія того, що вони не діятимуть, виконуючи свої функції, під впливом очікування повторного призначення. Саме це є головною гарантією незалежності суддів, яка і є підставою для запровадження принципу незмінюваності суддів.

Члени чилійського Суду із захисту вільної конкуренції мають право на одне повторне перепризначення, тож не можна стверджувати, що вони цілком звільнені від політичного впливу, а їхня діяльність опосередковано не визначається настроями керівних політичних сил. У цьому контексті варто окремо зауважити, що питання антимонопольного регулювання стосуються інтересів крупного капіталу, який має зазвичай досить істотний вплив на політиків.

Закон № 211 передбачає ротацію членів Трибуналу кожні два роки [8]. Це більшою мірою свідчить про намагання забезпечити вплив динаміки економічних та суспільних процесів на склад цього органу, ніж має якесь обґрунтування з точки зору організації інституту судової влади

Компетенція Трибуналу із захисту вільної конкуренції є досить широкою: за ініціативою національного економічного прокурора чи сторін відповідного провадження одержувати відомості про обставини, які можуть свідчити про порушення антимонопольного законодавства, існуючі або очікувані контракти; видавати вказівки загального характеру щодо забезпечення захисту вільної конкуренції, які мають бути розглянуті відповідними особами; пропонувати Президенту країни через відповідного державного міністра змінити або скасувати нормативні акти, які суперечать вільній конкуренції; видавати правові приписи, необхідні для сприяння конкуренції або регулювання фінансових послуг; надавати висновки на запит про операції з концентрації, накладати санкції та інше [8].

З огляду на це серед науковців виникла дискусія щодо статусу цього органу як у судовій системі, так і взагалі в системі гілок влади.

Доктор права Чилійського університету (м. Сантьяго) Есіо Коста Корделья дотримується позиції, що Суд із захисту вільної конкуренції належить до спеціалізованих адміністративних трибуналів [9, с. 161–164].

Натомість Пабло Фуензаліда та Маріо Вальдеррама вказують, що Суд із захисту вільної конкуренції має досить істотні розпорядчі повноваження, а також право ініціювати перегляд нормативних актів, через що він значною мірою діє не як суд, а як адміністративний орган [10, с. 196].

При цьому вказані автори звертають увагу на роль Трибуналу щодо захисту конституційного принципу вільної економіки [10, с. 185 – 186]. Адже, справді, Основний закон Чилі у п. 21 ст. 19 встановлює право розвивати будь-яку господарську діяльність, що не суперечить моралі, громадському порядку чи національній безпеці, поважаючи правові норми, які це регулюють [11].

На ролі Суду із захисту вільної конкуренції у забезпеченні дотримання конституційних принципів наголошує Анна Марія Северін Онорато, яка відзначає, що, хоча цей суд і не має повноважень безпосередньо вирішувати питання щодо конституційності правових актів, він має ініціювати через належну процедуру розгляд цього питання Конституційним трибуналом Чилі [6].

Водночас є беззаперечним і вплив Суду із захисту вільної конкуренції на правове регулювання економічних відносин: наприклад, у роботі Альваро Фьєрро описується вплив рішень цього суду на індустрію платіжних карток, який фактично став нормотворчим [12].

Повертаючись безпосередньо до діяльності Суду, слід додати, що провадження у суді відбувається переважно в письмовому порядку та розпочинається за ініціативою національного економічного прокурора чи зацікавленої особи (в останньому випадку невідкладно повідомляється національний економічний прокурор). Під час розгляду справи сторони подають відповідні докази та пояснення. За результатами розгляду справи ухвалюється рішення, в якому зазначаються не лише фактичні обставини та норми права, а й економічне обґрунтування [8].

Згідно зі ст. 9 Закону № 211, кворум на засіданні Суду із захисту вільної конкуренції складає три особи, при цьому рішення мають прийматися більшістю голосів. Якщо в засіданні бере участь парна кількість членів, а голоси поділяються навпіл, вирішальним є голос головуючого. Закон № 211 передбачає, що в рішенні вказуються підстави голосування членів Трибуналу, які залишились у меншості [8].

Докладна інформація щодо діяльності Суду із захисту вільної конкуренції подана на його власному вебсайті: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [13].

Порядок оскарження рішень Суду із захисту вільної конкуренції також має свої особливості: Закон № 211 визначає, що рішення Трибуналу по суті справи може переглядати лише Верховний суд Чилі [8]. Через це виникла дискусія, у якому суді мають оскаржуватися судові рішення з процедурних питань: в апеляційному суді Сантьяго (як у випадку з іншими спеціалізованими судами) чи також у вищій чилійській судовій установі [5, с. 171-174].

Повноваження Верховного суду Чилі з перегляду рішень Трибуналу із захисту вільної конкуренції дозволяють йому істотно впливати на рішення в антимонопольній сфері, оскільки, на відміну від Трибуналу, вища судова установа користується більшою незалежністю, укомплектована юристами та керується насамперед правовими аргументами, а не принципами економічної доцільності. Це зумовлює обговорення ефективності роботи спеціалізованого суду, висновки якого переглядаються судом загальної юрисдикції [14].

Висновки

За підсумками дослідження досвіду Чилі щодо запровадження Трибуналу із захисту вільної конкуренції зроблено такі висновки.

Особливістю чилійської моделі захисту конкуренції є вирішення питань застосування антимонопольних заходів безпосередньо судом – Трибуналом із захисту конкуренції, а не певним адміністративним органом, рішення якого, своєю чергою, можуть оскаржуватись у суді. Таким чином, Трибунал із захисту вільної конкуренції одночасно є органом захисту конкуренції, судом, який забезпечує дотримання прав і законних інтересів учасників провадження у відповідній справі, та суб'єктом, уповноваженим надавати висновки з питань антимонопольного законодавства.

До переваг такої системи можна зарахувати:

– комплектацію Трибуналу як професіоналами у сфері права, так і фахівцями в галузі захисту конкуренції, які мають розумітися на особливостях економічної теорії та достеменно знати проблеми економіки країни;

– забезпечення сталої практики правозастосування за рахунок зосередження всіх антимонопольних справ у єдиному органі;

– вирішення справ виходячи із загальносоціальних потреб: вимог, необхідних для розвитку економіки, забезпечення захисту

конкуренції, а не шляхом звичайного юридичного розгляду спору між сторонами, в якому досить значну роль зазвичай відіграють суто процесуальні дії учасників.

Недоліками чилійської моделі є:

– відсутність незмінюваності членів Трибуналу із захисту вільної конкуренції, обмежений термін їхніх повноважень, що може створювати залежність від політичних сил;

– концентрація в одному органі повноважень із застосування антимонопольних заходів та забезпечення дотримання прав осіб, щодо яких ці заходи застосовуються, що створює загрозу домінування адміністративної функції захисту конкуренції над юрисдикційними повноваженнями, які мають бути притаманними суду;

– обмежена кількість членів Трибуналу, що різко збільшує їхній вплив на розгляд антимонопольних справ і, своєю чергою, на економічні процеси в країні;

– скорочені можливості оскарження рішень Трибуналу – рішення по суті переглядаються лише Верховним судом Чилі.

Можна зауважити, що наразі створення в Україні окремого спеціалізованого суду для вирішення спорів із захисту конкуренції та вільної торгівлі за прикладом Чилі є недоцільним. При цьому досвід поглибленої спеціалізації суддів, особливий процесуальний порядок розгляду справ в антимонопольній сфері, необхідність докладного врахування, крім інтересів сторін, суспільних економічних потреб заслуговує на увагу. Так само варто винести на обговорення можливості запровадження спеціалізованих судових палат, які розглядатимуть вказану категорію справ.

У подальших дослідженнях доцільно опрацювати цілісну концепцію розгляду спорів у сфері захисту вільної конкуренції як самостійного виду провадження, а не як складника звичайного адміністративного чи, як пропонують окремі автори, господарського судочинства. З іншого боку, актуальним для науковців є подальше вивчення досвіду функціонування та можливого реформування Трибуналу із захисту вільної конкуренції в Чилі з урахуванням розпочатої у цій латиноамериканській країні конституційної реформи, яка, своєю чергою, згодом винесе на порядок денний питання змін в організації чилійського судочинства.

Список використаних джерел:

1. Мамченко Н. В Україні можуть створити Вищий спецсуд з питань захисту конкуренції. *Судово-юридична газета*. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/157336-v-ukrayini-mozhut-stvoriti-vischiy-spetssud-z-pitan-zakhistu-konkurentsiyi (дата звернення: 24.12.2020).

2. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» № 2742 від 15.01.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67888 (дата звернення: 24.12.2020).

3. Швидка Т. Історія становлення і формування конкурентного законодавства (Іноземний досвід). *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 1, С. 50–54.

4. Fox, Eleanor M. and Trebilcock, Michael J., The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms. The GAL Competition Project. *NYU Law and Economics Research Paper*. 2012. № 12-20. URL: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2128913 (дата звернення: 24.12.2020).

5. Mauricio Paul Mass Santibáñez. Estudio de las modificaciones introducidas al D.L. № 211 sobre libre competencia en especial acerca del Tribunal de defensa de la libre competencia. Universidad de Chile. Escuela de Derecho. Departamento de Derecho Procesal. Chile. Santiago, 2011. 280 p.

6. Ana María Severin Honorato. El Tribunal de defensa de la libre competencia y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Santiago, 2012. 66 p.

7. Sanz Salguero, Francisco. Evolución del tratamiento de la colusión en Chile dentro del marco de la defensa de la libre competencia. *Ars Boni et Aequi*. 2018. Año 14. № 2. P. 11–52.

8. La libre competencia: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley № 211 de 1973. URL: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106 (дата звернення: 24.12.2020).

9. Ezio Costa Cordella. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. 2014 *Revista de Derecho*. Vol. XXVII № 1. P. 151– 167

10. Pablo Fuenzalida C. Mario Valderrama V. La potestad consultiva del Tribunal de defensa de la libre competencia: ¿Jurisdiccional o administrativa? *Revista de Derecho Administrativo Económico*. 2004. № 13. P. 181–198.

11. La Constitución Política de la República de Chile: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley № 100. URL: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 (дата звернення: 24.12.2020)

12. Álvaro Larraín Fierro. Análisis de la recomendación normativa del Tribunal de defensa de la libre competencia sobre servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal. 2019. URL: https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/cap-14-larrain.pdf (дата звернення: 24.12.2020).

13. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia URL: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ (дата звернення: 24.12.2020).

14. Sophía Romero Rodríguez. Sobre los efectos de las decisiones de la Corte Suprema en asuntos jurisdiccionales con objeto conexo. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 25, 2019. № 3. P. 427–442.

Serhii Yedamenko. Competition Tribunal of Chile

The article is dedicated to the research of experience in establishing and activity of a specialized court for the protection of free competition in Chile.

The Competition Tribunal of Chile was established in 2003. The creation of a special court to resolve Anti-monopoly disputes is caused by the fact that the country's priority is the protection of the liberal model of economy, but it does not have a separate system of administrative and commercial courts. The Chilean Competition Tribunal consists of five members, who are appointed by the country's president for six years with the possibility of reappointment. Two deputies are also appointed. The court composition is partially renewed every two years. The Supreme Court based on the results of the competition submits candidates for the appointment. Two members of the court must be experts in the field of free competition and the other two – professional lawyers. Accordingly, one of the two deputies should represent the relevant professional groups. The leading role in the court of free competition protection is performed by the Supreme Court of Chile, to which the decision of the Tribunal on the merits can be appealed. The Chilean Competition Tribunal is a specialized administrative court, which performs certain functions that are more inherent to the executive than to the judiciary government bodies.

Among the main benefits of the introduction of a specialized court for the free competition protection are the in-depth specialization of judges, their knowledge of the economic processes peculiarities, detailed knowledge of Anti-monopoly law, predictable trial practice. Amidst the shortcomings of the Chilean system – the dependence of judges on the political system, limiting the ability to appeal the decisions of this court. As a result, the study made a conclusion about the inexpediency of establishing a separate judicial institution for the protection of competition in Ukraine, but the possibility of establishing specialized judicial chambers to consider relevant cases was suggested to be researched in more detail.

Key words: economic competition, judicial system, antitrust law, competition courts, judicial system of Chile.

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.44

Сюзанна Асірян,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри права Європейського Союзу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Марина Кахнова,
студентка
Інституту прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

РОЛЬ ЄВРООМБУДСМАНА В КОНТРОЛІ ЗА ДОТРИМАННЯМ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН ЄС: АНАЛІТИЧНИЙ ОГЛЯД

Авторами визначено елементи незалежності Омбудсмана. Підкреслено важливість існування ускладненої процедури усунення Уповноваженого з прав людини ЄС, самостійності у прийнятті рішень, існуванні вимог щодо несумісності та матеріальних гарантій, що дозволяють уникнути корупційних ризиків у його діяльності.

У статті детально описана процедура звернення до Омбудсмана зі скаргою: визначено суб'єктний склад, проаналізовано змістові вимоги до скарги (предметом скарги може бути тільки наявність адміністративних порушень з боку інститутів, органів, агенцій Європейського Союзу).

Наголошено на необхідності дотримання процесуальних вимог скаржником (можливість ідентифікації особи-скаржника, дотримання строку подання скарги, подання скарги будь-якою з 24 офіційних мов ЄС, наявність попереднього, прямого звернення до зацікавлених інституцій та органів, що, на думку авторів, підкреслює субсидіарний характер Омбудсмана). На підставі аналізу Щорічного звіту Євроомбудсмана зроблено висновок, що більшість скарг стосується не порушень прав та свобод громадян ЄС, а доступу до інформації та документів, культури надання адміністративних послуг з боку інститутів, органів, агенцій ЄС (наприклад, привітність посадових осіб до громадян, своєчасність надання послуг), правильність застосування дискреційних повноважень. Висвітлено роль Євроомбудсмана у забезпеченні прозорості «дорадчих органів», які впливають на розвиток політики ЄС. Розглянуто етичні питання та конфлікт інтересів з боку посадовців ЄС як предмет скарги до Омбудсмана.

Проаналізовано діяльність Омбудсмана щодо подій, пов'язаних із пандемією COVID-19, зокрема розслідування щодо ролі ECDC у зборі та передачі інформації про COVID-19. Оскільки Європейська Комісія висуває пропозиції щодо надання більших повноважень ECDC, Омбудсман сподівається, що його розслідування може допомогти визначити деякі проблеми, які могли заважати ECDC впоратись із пандемією.

Ключові слова: захист прав громадян ЄС, незалежність Омбудсмана, гарантії незалежності Омбудсмана, процедура подання скарги до Євроомбудсмана, Щорічний звіт Омбудсмана.

Постановка проблеми. З огляду на тенденції зростання ролі Омбудсмана як спеціалізованого, одноособового органу ЄС виникає потреба у ретельному дослідженні особливостей його діяльності. З аналізу Щорічного звіту випливає, що більшість звернень не відповідають матеріальним (змістовим) та процесуальним вимогам, які висуваються до скарг, що подаються до Офісу Омбудсмана, а тому виникає потреба в аналізі процедури подання скарги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інститут Омбудсмана був предметом дослідження таких вчених: Антонюк Л. (Омбудсман у вітчизняній практиці та практиці ЄС), Банах С. (функції Омбудсманів у сучасному світі), Бойцова В. (правовий інститут Омбудсмана в системі взаємодії держави та громадянського суспільства), Кикіш С. (Омбудсман як альтернативний спосіб захисту прав людини), Радишевська О. (функціональна європеїзація у сфері захисту прав людини: нова роль Омбудсмана щодо maladministration).

Постановка завдання. Головна мета даної статті – детально проаналізувати процедуру звернення зі скаргою до Омбудсмана та визначити певні особливості, пов'язані з цим. Другою, не менш важливою, метою є визначення гарантій незалежності Омбудсмана та з'ясування ролі даного органу в механізмі захисту прав громадян ЄС.

© С. Асірян, М. Кахнова, 2021

Виклад основного матеріалу. Договором про Європейський Союз 1992 року вперше було передбачено посаду Уповноваженого з прав людини Європейського Союзу (далі – Омбудсман), яка за своєю суттю є спеціалізованим, одноособовим органом ЄС. Нині правова основа діяльності Євроомбусмана складається з Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС) та рішення Європейського парламенту «Про правила та загальні умови регулювання виконання обов'язків омбудсмана» (далі – Статут Омбудсмана) від 09.03.1994 року.

Так, стаття 43 ДФЄС передбачає, що «кожен громадянин Союзу, кожна фізична або юридична особа, яка проживає або має юридичну адресу на території держави-члена, має право звертатися до Європейського Омбудсмана у випадках неналежного управління в діяльності установ, органів, служб або агенцій Союзу, за винятком Суду Європейського Союзу під час виконання ним своїх судових функцій» [1].

Омбудсман призначається після кожних виборів до Європарламенту з правом бути переобраним на повторний строк. Незалежність Омбудсмана забезпечується такими гарантіями:

1. Усунення з посади можливе Судом ЄС за поданням Європейського парламенту лише у разі невідповідності займаній посаді або вчинення серйозного проступку. Дане положення захищає Уповноваженого ЄС з прав людини від можливих зловживань з боку посадових осіб ЄС. Наприклад, Статутом Омбудсмана висуваються такі вимоги до кандидата на дану посаду: наявність громадянства Союзу, володіння всім комплексом цивільних і політичних прав, незалежність, відповідність умовам, передбаченим для вищих судових посад у своїй країні; кандидат повинен мати визнану компетенцію та досвід для виконання обов'язків Омбудсмана [2]. У разі, якщо в процесі виконання обов'язків особа перестає відповідати зазначеним вище критеріям, вона може бути усунута Судом ЄС. Слід зазначити, що така процедура усунення Омбудсмана жодного разу не була застосована.

2. Під час виконання посадових обов'язків він не звертається за вказівками та не приймає їх від жодного уряду, установи, органу, служби або організації. Дане положення гарантує самостійність Омбудсману у прийнятті рішень та усуненні корупційних ризиків.

3. Вимоги щодо несумісності, а саме заборона протягом строку перебування на посаді займатися жодною іншою оплачуваною або неоплачуваною професійною діяльністю, задля усунення конфлікту інтересів, тобто суперечностей між приватними інтересами та службовими.

4. Матеріальними гарантіями незалежності Євроомбудсмана є винагорода, пенсія, що за розміром прирівнюються до пенсії судді Суду ЄС. Крім цього, до Омбудсмана, посадових осіб та службовців його секретаріату будуть застосовуватися окремі статті Протоколу про привілеї та імунітети ЄС, а саме ті, що передбачають звільнення від національних податків на заробітну плату, що виплачуються Союзом, та звільнення від податків на рухоме майно, яке належить особам, зазначеним вище, і знаходиться на території держави проживання [3]. Бюджет Омбудсмана є самостійним розділом бюджету ЄС. Останній у свою чергу може бути розподілений на три напрями. Перший напрям – заробітна плата, надбавки та інші витрати пов'язані з персоналом. Другий напрям – будівлі, меблі, обладнання та інші операційні витрати. Третій напрям – загальні витрати на функції, які виконує заклад.

Процедура звернення до європейського Омбудсмана детальним чином регламентована в Статуті омбудсмана, аналіз зазначених положень дозволяє нам виокремити найбільш значущі риси, які притаманні даній процедурі.

По-перше, суб'єктом звернення є будь-яка фізична або юридична особа, яка проживає або має зареєстрований офіс у будь-якій державі-члені Союзу.

По-друге, скарга може бути подана безпосередньо Омбудсману або через будь-якого депутата Європейського Парламенту.

По-третє, змістом скарги має бути наявність, на думку заявника, порушення порядку управління діяльністю інститутів або органів ЄС, за винятком Суду ЄС або будь-якого суду першої інстанції, що здійснюють судовий розгляд.

По-четверте, скарга має бути обґрунтованою, адже у разі, якщо Омбудсман, розглядаючи скаргу, дійде висновку, що поданих доказів недостатньо, то він може припинити провадження у справі. До того ж предметом скарги має бути наявність саме адміністративних порушень, які не є предметом судового розгляду з боку інститутів, органів, агенцій ЄС. Омбудсман не може розслідувати скарги на національні, регіональні чи місцеві органи влади в державах-членах ЄС, навіть коли скарги стосуються питань ЄС; діяльність національних судів або Омбудсманів; скарги на юридичних осіб або фізичних осіб.

Цікаво, що аналіз Щорічного звіту Євроомбудсмана свідчить про те, що в 2019 році близько 1300 скарг (які надходили переважно з Іспанії, Німеччини та Польщі) були

неприйнятними саме через недотримання змістового складника, тобто вони не стосувались порушень з боку інститутів, органів та агенцій ЄС. Ці скарги стосувались насамперед порушень з боку національних, регіональних або місцевих органів, національних або міжнародних судів (наприклад, Європейського суду з прав людини) та приватних юридичних осіб (включаючи авіакомпанії, банки тощо). Іноді громадяни зверталися до Омбудсмана помилково, вважаючи, що даний орган є апеляційним по відношенню до національних або регіональних представництв Омбудсмана в тій або іншій країні [4, с. 34].

Крім цього, статистичні дані свідчать про те, що кількість скарг, розгляд яких в частині змісту не належить до повноважень Омбудсмана, перевищує кількість скарг, що дійсно розглядались Омбудсманом. Наприклад, у 2019 році таке співвідношення було 1 330 скарг проти 871 [4, с. 35].

Ми вважаємо, що зазначений вище факт свідчить про необхідність підвищення обізнаності громадян ЄС щодо правової природи Омбудсмана, його функціональних обов'язків, залучення представників громадянського суспільства та засобів масової інформації до висвітлення його діяльності.

Також нашу увагу привернув той факт, що 59,7 % скарг у 2019 році були спрямовані проти Європейської Комісії, посадові особи якої так само мають захищати права людини шляхом виявлення систематичних порушень у державах-членах ЄС.

По-п'яте, є певні процесуальні вимоги, які висуваються до скарги, а саме: можливість ідентифікації особи-скаржника (з дотриманням конфіденційності на прохання останнього) та дотримання строку подання скарги (протягом двох років з моменту, коли особі стали відомі факти-порушення прав та/або свобод. Заяву можна подати в електронному вигляді або роздрукувати та надіслати поштою. Важливо, що скарга може бути подана будь-якою з 24 офіційних мов ЄС. До того ж поданню скарги має передувати використання допустимих засобів прямого звернення до зацікавлених інституцій та органів, що, на нашу думку, підкреслює субсидіарний характер Омбудсмана.

Згідно зі Статутщму, отримавши скаргу, Омбудсман зобов'язаний інформувати заінтересований інститут або орган. При цьому у разі, якщо для проведення розслідування є потреба в отриманні необхідної інформації, фізичні/юридичні особи зобов'язані надати відповіді на запит, інакше наслідком ненадання інформації буде звернення до Європарламенту для вжиття відповідних заходів. Якщо порушення дійсно існує, Омбудсман інформує зацікавлений інститут або орган і надає відповідні рекомендації щодо усунення порушень. Інститут або орган, який отримав подібну інформацію, повинен направити Омбудсману протягом трьох місяців звіт про усунення виявлених порушень. Як бачимо, висновки Омбудсмана, якими оформлюється закінчення розслідування, мають не обов'язковий, а рекомендаційний характер. Незважаючи на це, їх виконання спирається на авторитет досліджуваного інституту та можливість використання важелів примусового виконання висновків за сприянням Європейським Парламентом [2].

Варто зазначити, що більшість скарг, які адресуються Омбудсману, стосуються не порушень прав та свобод громадян ЄС, а доступу до інформації та документів, культури надання адміністративних послуг з боку інститутів, органів, агенцій ЄС (наприклад, привітність посадових осіб до громадян, своєчасність надання послуг), правильності застосування дискреційних повноважень [4, с. 37].

Не менш важливою є роль Євроомбудсмана у забезпеченні прозорості «дорадчих органів», які впливають на розвиток політики ЄС. Наприклад, Омбудсман проводив розслідування, яке стосувалося «Групи Персоналій», яку створила Комісія для порад щодо підтримання досліджень, пов'язаних зі Спільною політикою безпеки та оборони. При цьому скарга стосувалась відсутності прозорості навколо «Групи Персоналій». Омбудсман виявив, що, враховуючи мету групи, повинні застосовуватись такі самі стандарти прозорості, як для типових експертних груп, які консультують Комісію з питань політики. Комісія відреагувала позитивно, зобов'язавшись опублікувати порядок денний, протоколи та учасників цього дорадчого органу, пообіцявши, що в майбутньому для таких груп застосовуватимуться такі ж стандарти прозорості, як і для експертних груп.

Етичні питання та конфлікт інтересів з боку посадовців ЄС також можуть бути предметом скарги до Омбудсмана. Наприклад, у 2009 році Європейський Омбудсман П. Нікіфорос Діамандурос допоміг врегулювати суперечку між Комісією та громадською організацією «Друзі Землі Європи» щодо двох високопосадовців Комісії, які прийняли квитки VIP на Кубок світу з регбі в Парижі від постачальника спортивного одягу. На думку «Друзів Землі Європи», це могло призвести до конфлікту інтересів. Омбудсман запропонував Комісії визнати, що було б краще не дозволяти своїм посадовим особам приймати такі «прояви гостин-

ності». Комісія погодилася з цією пропозицією, і скаржник залишився задоволений її заявою. Пан Діамандурос прокоментував: «Я дуже вітаю позитивну відповідь Комісії на мою дружню пропозицію щодо рішення. Я також вітаю заяву Комісії, що вона оновить свої внутрішні правила щодо прийому подарунків та гостинності. Я закликаю Комісію опублікувати оновлені правила, щоб сприяти зміцненню довіри громадськості до інституцій ЄС» [5].

У листопаді 2020 року під керівництвом Е. О'Рейлі було опубліковано Стратегію діяльності Омбудсмана до 2024 року (European Ombudsman Strategy Towards 2024). Даний документ підкреслює зростання ролі Омбудсмана в механізмі захисту прав та свобод громадян ЄС (фізичних та юридичних осіб) та розширення напрямів діяльності досліджуваного інституту. Так, Стратегія спрямована на досягнення чотирьох цілей:

1) стійкий позитивний вплив на адміністрацію ЄС, включаючи посилення співпраці та діалогу з інституціями ЄС;

2) постійна актуальність роботи Омбудсмана у реальному житті – виявлення системних тенденцій у державному управлінні на рівні ЄС та на національному рівні та оцінка їх наслідків для європейської демократії;

3) підвищення обізнаності громадян про роботу Омбудсмана – залучення зацікавлених осіб, а саме організацій громадянського суспільства, засобів масової інформації тощо;

4) подальше підвищення ефективності роботи Омбудсмана – структурування офісу, робочих процесів та інформаційно-пропагандистської діяльності у гнучкій та адаптивній формі.

Не залишається осторонь Омбудсман щодо подій, пов'язаних із пандемією COVID-19. Так, наприклад, він вивчає роботу Європейського центру з профілактики та контролю захворювань (ECDC). Це розслідування зосереджено на ролі ECDC у зборі та передачі інформації про COVID-19. Оскільки Європейська Комісія висуває пропозиції щодо надання більших повноважень ECDC, Омбудсмен сподівається, що проведене розслідування може допомогти визначити деякі проблеми, які могли заважати ECDC впоратись із пандемією. Також було розглянуто питання взаємодії ECDC з відповідними органами держав-членів ЄС, а також міжнародними організаціями та органами влади за межами ЄС, а також прозорості цієї співпраці. Спираючись на цю перевірку, Омбудсман тепер хоче детальніше розглянути деякі конкретні аспекти роботи ECDC.

Висновки

Виходячи з аналізу правових актів, які регулюють діяльність Уповноваженого з прав людини Європейського Союзу, можна зробити висновок про ключову роль Євроомбудсмана у захисті прав громадян Європейського Союзу.

Гарантіями незалежності Омбудсмана є особлива процедура усунення з посади (що унеможливлює усунення з посади «незручного» для європейський посадовців Омбудсмана), самостійність у прийнятті рішень, поширення вимог щодо несумісності, наявність певних матеріальних гарантій.

Певними особливостями характеризується подання скарги до Омбудсмана (змістові та процесуальні особливості). Так, є вимоги щодо суб'єктного складу, предметом скарги може бути лише наявність, на думку заявника, порушення порядку управління діяльністю інститутів або органів ЄС, за винятком Суду ЄС, або будь-якого суду першої інстанції, що здійснюють судовий розгляд. Скарга має бути обґрунтованою. А також є ряд процесуальних вимог до скарги: можливість ідентифікації особи-скаржника (з дотриманням конфіденційності на прохання останнього) та дотримання строку подання скарги (протягом двох років з моменту, коли особі стали відомі факти-порушення прав та/або свобод). Заяву можна подати в електронному вигляді або роздрукувати та надіслати поштою. Важливо, що скарга може бути подана будь-якою з 24 офіційних мов ЄС. До того ж поданню скарги має передувати використання допустимих засобів прямого звернення до зацікавлених інституцій та органів, що, на нашу думку, підкреслює субсидіарний характер Омбудсмана.

Аналіз Щорічного звіту Омбудсмана свідчить, що більшість скарг стосується не порушень прав та свобод громадян ЄС, а доступу до інформації та документів, культури надання адміністративних послуг з боку інститутів, органів, агенцій ЄС (наприклад, привітність посадових осіб до громадян, своєчасність надання послуг), правильності застосування дискреційних повноважень.

Останнім часом спостерігається зростання ролі Омбудсмана в механізмі захисті прав громадян ЄС, розширення сфер відання. Не залишається осторонь Омбудсман щодо подій, пов'язаних із пандемією COVID-19, а саме активно вивчає роботу Європейського центру з профілактики та контролю захворювань (ECDC) та співпрацює з останнім.

У зв'язку з викладеним вище вивчення ролі Євроомбудсмана у контролі за дотри-

манням прав і свобод громадян вимагає подальшого дослідження та вивчення науковцями.

Список використаних джерел:

1. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/С 83/01) / Верховна Рада України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/file/text/40/f450346n12.pdf (дата звернення: 01.12.2020).

2. Решение Европейского Парламента от 9 марта 1994 г. О правилах и общин условиях, регулирующих осуществление обязанностей Омбудсмана. Перевод А.О. Четверикова. URL: https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/instituty-i-organy-evropejskogo-soyuza/reshenie-evropejskogo-parlamenta-ot-9-marta-1994-g-o-pravilah-i-obshhih-usloviyah-reguliruyushhih-osushhestvlenie-obyazannostej-ombudsmana-perevod-a-o-chetverikova/ (дата звернення: 01.12.2020).

3. Протокол о привилегиях и иммунитетах Европейского Союза*(1) (в редакции Лиссабонского договора от 13 декабря 2007 г.) URL:https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/uchreditelnye-dokumenty/protokoly-k-uchreditelnym-dogovoram/protokol-7-o-privilegiyah-i-immunitetah-evropejskogo-soyuza/ (дата звернення: 01.12.2020).

4. European Ombudsman Annual Report 2019. URL: file:///C:/Users /1/Downloads/AnnualReport2019_EN_web_final.pdf

5.Ombudsmanachievesfriendlysolutiontocomplaintabout VIP tickets. URL: https://www.ombudsman.europa.eu/en/press-release/en/4362 (дата звернення: 01.12.2020).

Syuzanna Asiryan, Maryna Kakhnova. The role of the European Ombudsman in protecting the rights and freedoms of EU citizens: analytical review

The authors identified elements of the ombudsman's independence. The importance of the existence of a complicated procedure for there moval of European Ombudsman was emphasized as well as independence in decision-making, the existence of incompatibility requirements and material guarantees, which can avoid corruption risks in his activities. The procedure for appealingt of the Ombudsman was described in detail, namely the complainant's profile was determined and the content requirements for the complaint (only be administrative violations by institutions, bodies, agencies of the European Union can become the subject of the complaint) were analyzed. It was noted that procedural requirements of the complaint (ability to identify the complainant, to meet a deadline for filing a complaint, to file a complaint in any of 24 official EU languages and there should be previous direct appeal to the entitled institutions and bodies), which, according to the authors, emphasizes subsidiary nature of the Ombudsman. Based on the analysis of the Annual Report of the European Ombudsman, it was concluded that most complaints are not concerned with the violations of EU citizens' rights and freedoms, but with the access to information and documents, culture of administrative services provided by EU institutions, bodies (for example, officials' friendly attitude to citizens, timeliness of services) and the correct use of discretionary powers. The role of the European Ombudsman inensuring the transparency of "advisory bodies" that affect the development of EU policy was determined. Ethical issues and conflicts of interest of EU officials were analyzed as the subject of a complaint to the Ombudsman. The Ombudsman's activities regarding the events related to the COVID-19 pandemic and the investigation into the role of ECDC in the collection and transmission of information on COVID-19, in particular, were also studied. As the European Commission makes proposals to give more power to the ECDC, the Ombudsman hopes that his inquiry can help identify some of the issues that may have prevented the ECDC from tackling the pandemic.

Key words: protection of the rights of EU citizens, independence of the ombudsman, guarantees of the ombudsman's independence, complaint procedure with the European Ombudsman, annual report of the ombudsman.

УДК 34.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.45

Анна Гурова,
канд. юрид. наук,
науковий співробітник
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
Національної академії наук України

Марія Кірпачова,
керівник юридичного відділу
ТОВ «Space Logistics Ukraine»

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ БЛОКЧЕЙНУ В КОСМІЧНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ: ОСОБЛИВОСТІ РЕГУЛЮВАННЯ ТЕХНОЛОГІЇ НА НАЦІОНАЛЬНОМУ, РЕГІОНАЛЬНОМУ ТА МІЖНАРОДНОМУ РІВНЯХ

Стаття є третьою із серії публікацій, присвячених дослідженню правової природи технології розподілених реєстрів, зокрема її найпопулярнішого прикладу – технології Блокчейн. На рівні з першою та другою публікаціями цієї серії, які присвячені ключовим елементам технології й моделям її організації та основним сферам застосування, у третій публікації досліджуються законодавчі новації щодо регулювання використання Блокчейн у різних державах світу, зокрема й використання технології саме в космічній діяльності, чинні міжнародні стандарти і практики, перспективні правові механізми. Указане створює логічні передумови висвітлення в наступній публікації результатів останнього етапу дослідження – перспектив державного регулювання космічної діяльності з використанням Блокчейн-технології в Україні. У ході дослідження відбулося ретельне й багатовекторне вивчення нормативно-правової бази, якою регламентується функціонування технологій розподілених реєстрів як у космічному праві, так й інших галузях права США, країн Європи, Азії, Близького Сходу, а також міжнародних технічних стандартів Блокчейн, актуальних способів застосування технології у світі й тенденцій у напрямі регулювання Блокчейн на законодавчому рівні в Україні включно з проектами законів, які внесені до Верховної Ради України й перебувають на розгляді, а також тих, що відкликані. Публікація приділяє особливу увагу досвіду різних держав у пошуку найбільш прийнятних сфер господарювання для застосування Блокчейн-технології, проведеним ними дослідженням правового й технічного характеру. Крім того, у дослідженні зроблена спроба викристалізувати відповідні правові інститути, що так чи інакше задіяні у відносинах між суб'єктами, які вдаються до використання Блокчейн у господарській діяльності. Також автори вказують на особливості нового комплексного регулювання відносин, де суттєвим елементом для реалізації прав та обов'язків контрагентів є технології розподілених реєстрів. У цьому контексті досліджено юридичне значення електронних цифрових підписів, зокрема й криптографічних, для засвідчення вступу в певні категорії правочинів.

Ключові слова: Блокчейн, технології розподілених реєстрів, валютні відносини, електронна та цифрова валюта, електронний цифровий підпис, хмарні послуги, регіональні технічні стандарти, кібербезпека, приватні дані, електронний ідентифікатор.

Постановка проблеми. Правове регулювання відносин із використання Блокчейн технології від держави до держави нині дуже нерівномірне, адже розробка правових норм слідує за стрімким розвитком технологій і їх застосуванням. Як правило, до предмета правового регулювання належить понятійний апарат і специфіка регулювання валютних відносин, інколи – певних суміжних питань: електронних цифрових підписів і хмарних послуг. Разом із тим останнім часом почали розроблятися деякі уніфіковані правила вже не лише в межах держави, а й на регіональному рівні. Указане вбачається цілком природнім, адже правила, що регулюють відносини у сфері використання технології Блокчейн, досить складно обмежити однією юрисдикцією, оскільки, хоч вузли можуть знаходитися в межах різних держав, записи, які фіксуються ними в блоках, не перетина-

© А. Гурова, М. Кірпачова, 2021

ють кордонів, а виникають водночас у всіх вузлах у межах різних юрисдикцій. Отже, велике значення в регулюванні відповідних питань відіграють як правила міжнародного приватного права, так і юридично необов'язкові звичаї та доктринальні рекомендації авторитетних установ, а також технічні стандарти.

Мета статті – послуговуючись аналізом практик та актів національного законодавства низки держав, які знаходяться в значній географічній віддаленості одна від одної, належать до різних правових систем і керуються різними економічними чинниками, а також зусиль регіональних союзів у сфері регулювання фінансових послуг, пов'язаних з обігом електронних і криптовалют і розподілених реєстрів даних, визначити актуальний стан і тенденції розвитку законодавчого регулювання Блокчейн-технології.

Стаття ґрунтується на попередніх дослідженнях співавторів ключових елементів і моделей організації технології Блокчейн та основних сфер її застосування, консультаціях, наданих керуючим партнером Blockchain Lab і викладачем курсу Blockchainomics у Києво-Могилянській бізнес-школі Станіславом Подячевим, а також наукових публікаціях фахівців у галузі космічної технології: Aboul Ella Rohit Mital, Charles Norton, Jack de La Beaujardiere, Marge Cole, Mohamed Torky, Rohan Mital, Tarek Gaber; IT технологій і права: П. Кравченко, Б. Скрябін, О. Дубініна, Kristen E. Eichensehr, даних із офіційних сторінок космічних компаній, які нині застосовують технологію Блокчейн, міжнародних організацій, які працюють над створенням регулюючої бази для використання технології, чинних актах національного законодавства низки держав, зокрема й України, включно з проектами законів, а також на міжнародних технічних стандартах.

Виклад основного матеріалу. 10 квітня 2018 р. 30 держав Європи підписали Декларацію щодо започаткування Міжнародного Блокчейн Партнерства, метою якої є створення European Blockchain Services Infrastructure (EBSI) для забезпечення надання цифрових послуг із дотриманням вимог кібербезпеки та захисту приватних даних. Європейські держави погодилися спільно досліджувати питання щодо пошуку сфер господарювання, у межах яких використання Блокчейн буде найбільш ефективним [1]. У результаті Європейським Парламентом 3 жовтня 2018 року прийнято Резолюцію стосовно технології розподілених записів і Блокчейну: побудови безмежної довіри. Указаною Резолюцією визначено поняття технології розподілених записів, смарт-контрактів, особливостей їх використання в певних сферах господарювання (енергетичній, фінансовій, охорони здоров'я, освіти, поставок, охорони прав інтелектуальної власності, транспортній), а також вимоги щодо сприяння розвитку цієї технології, такі як стандартизація, масштабованість, узгодженість розподілених записів і способів їх застосування, а також правового забезпечення їх функціонування [2]. У тому ж таки 2018 році створено European Blockchain Observatory and Forum – платформу для залучення і сприяння суб'єктам господарювання в інтеграції Блокчейн технології в найбільш сприятливий спосіб, задля чого під її егідою проводяться дослідження правових і технічних аспектів цього питання, упровадження висновків і навчання.

На рівні ЄС здійснюється аналіз застосування до Блокчейн низки директив і регламентів з найрізноманітнішим предметом регулювання, а саме: 1) Регламенту про електронну ідентифікацію (eIDAS), відповідно до якого держави ЄС взаємно визнають електронні ідентифікатори з 29 вересня 2018 року внаслідок приведення апаратного та програмного забезпечення у відповідність до єдиного стандарту, а також публікації списків постачальників довірених послуг, за яких несуть відповідальність і які створюють різного виду електронні цифрові підписи, цифрові печатки для юридичних осіб і навіть електронні мітки часу [3]; 2) Регламенту Рим I, який визначає низку колізійних норм, що застосовуються до зобов'язальних відносин у межах Європи [4]; 3) Директиви проти відмивання грошей, метою якої є підвищення прозорості шляхом установлення загальнодоступних реєстрів та обмеження анонімності, пов'язаної з віртуальними валютами тощо[5]; 4) Директиви про електронну комерцію[6] разом із Директивою про права споживачів[7], які зобов'язують постачальника надавати споживачу всю необхідну інформацію про продукт у максимально доступній для нього формі; 5) Загального регламенту щодо захисту персональних даних, яким визначене «право бути забутим» суб'єкта персональних даних, їх цілісність, конфіденційність і безпечність[8] тощо.

Отже, нині в Європі поки що напрацьовується спільне правове поле та відбувається впровадження моделей Блокчейн у різні сфери господарювання. Стосовно космічної сфери Європейське космічне агентство в дослідженні можливостей використання технології розподілених записів до спостере-

ження Землі констатувало, що до сих пір не існує широкого кола користувачів Блокчейн, оскільки немає інфраструктури впровадження Блокчейн у цю сферу. Поряд із цим накреслено напрями імплементації технології у сферу європейської системи дистанційного зондування Землі (далі – ДЗЗ) задля управління метаданими у хмарних середовищах, моніторингу поставок устаткування для наземного та космічного сегментів, удосконалення за допомогою смарт-контрактів обігу цифрових ліцензій на дані ДЗЗ, більш захищені способи використання об'єктів авторського права, які створюються в процесі обробки даних ДЗЗ [9].

Як на теренах Європи, так і на американському континенті відбуваються процеси поглибленого впровадження Блокчейн технології, що відображається в національному законодавстві, яке, у свою чергу, «зводить до спільного знаменника» юридичні новели Арізони (Arizona Electronic Transactions Act), Делаверу (Delaware General Corporation Law), Вайомінгу (Wyoming Money Transmitter Act), Теннесі (Tennessee Uniform Electronic Transactions Act) [10] тощо. Правове регулювання використання Блокчейн на федеральному рівні розпочалося ще з прийняттям у 2000 році E-SIGN Act, відповідно до якого визнається юридичне значення електронних цифрових підписів, зокрема й криптографічних, для засвідчення вступу в певні категорії правочинів [11]. Значно пізніше, у 2014 році, прийнято Fiduciary Access to Digital Assets Act, у якому визначено порядок управління цифровими об'єктами довірчої власності (комп'ютерними файлами, віртуальною валютою, але не електронною поштою чи акаунтами в соціальних мережах) [12]. Нині законопроектна робота в цьому напрямі жваво триває.

У березні 2020 року внесено законопроект під назвою Crypto-Currency Act, метою якого є визначення компетентних федеральних органів і їхніх повноважень щодо регулювання цифрових активів, а також установлення зобов'язання зазначених органів інформувати громадськість про всі ліцензійні, дозвільні та реєстраційні процедури, що повинен пройти суб'єкт, який має намір провадити діяльність зі створення або торгівлі такими активами. У законопроекті подане тлумачення основних термінів, зокрема визначається, що цифровий актив включає в себе «криптопродукт», «криптовалюту», «криптобезпеку», передбачається, що «децентралізований криптографічний реєстр» функціонує як автономної Блокчейн-мережі, що забезпечується механізмом «підтвердження виконання роботи» (proof-of-work) або «підтвердженням частки» (proof-of-stake), а також містить визначення «децентралізованого оракула» та «смарт-контракту».

Законопроект також пропонує покласти функції з регулювання криптопродуктів на Комісію з торгівлі товарними ф'ючерсами, регулювання криптовалют – на Мережу боротьби з фінансовими злочинами та Офіс з контролю валют, а з регулювання криптобезпеки і «синтетичних стабільних коїнів» – на Комісію з цінних паперів і бірж. Законопроект визначає стабільні коїни як вираження валюти, емітованої урядом США або іноземними урядами, яка забезпечується одноразовою заставою такої валюти, а така валюта зберігається в страховій депозитарній установі. Законопроектом також закладається необхідність напрацювання Мережею з боротьби з фінансовими злочинами спеціальних правил, відповідно до яких мають відстежуватися всі транзакції в криптовалюті (включно із синтетичними стабільними коїнами), а також має відбуватися ідентифікація суб'єктів, які здійснюють зазначені транзакції способом, подібним до того, що вимагається від фінансових установ щодо валютних операцій. Більше того, Мережа боротьби з фінансовими злочинами має проводити аудит кожного стабільного коїна, аби гарантувати, що кожен із них повністю забезпечений валютою, випущеною США або іноземним урядом. Нині законопроект знаходиться на стадії розгляду в Палаті представників США.[13].

Отже, США активно розвивають законодавство у сфері використання технології Блокчейн за такими напрямами: засвідчення транзакцій цифровими підписами (ключами), регулювання обігу грошей і фінансових інструментів, спрощення оподаткування, а також визначення системи адміністрування використання цифрових активів у різних сферах. Разом із тим в основному регулювання зосереджується більше на використанні Блокчейн у фінансовій сфері, проте існує перспектива до його розширення за рахунок правового регулювання питань, пов'язаних із використанням токенів не як електронних коштів чи цінних паперів, а як електронного вираження прав на майно.

Схожа орієнтація правового регулювання відображається й у державах східного регіону. У жовтні 2016 року Його Високість Шейх Хамдан Бін Мохаммед Бін Рашид Аль-Мактум представив «Дубайську стратегію Блокчейн» [14], яка має на меті до закінчення 2020 року повністю перевести цифрову інфраструктуру Дубаю на технологію Блокчейн. У межах виконання Стратегії Управління

з цінних паперів і товарів у лютому 2020 року представило Регуляторну базу щодо пропозицій цифрових цінних паперів і віртуальних активів відповідно до Положення про фінансові послуги та ринки [15]. Зазначена регуляторна база визнає токени, що генеруються для реалізації первинного розміщення коїнів (initial coin offering – ICO), цінними паперами, а Управління нині співпрацює з Біржею цінних паперів Абу-Дабі та Фінансовим ринком Дубаю для розробки спеціалізованих торгових платформ для ICO. Крім того, у Регуляторній базі зазначено, що ICO може реалізовуватися в різних формах, однак усі вони використовують технологію розподілених реєстрів. Інвестори передають активи у віртуальній формі емітентові ICO в обмін на персональний цифровий відповідник – коїн або токен. Проте токени можуть являти собою не лише цифрове відображення фінансового активу, а й ідентифікаційний запис, право голосу, засіб доступу до мережі, що функціонує на технології розподілених записів. Водночас Регуляторна база дає змогу створення реєстру акцій, облігацій та інших цінних паперів на платформах технології розподілених записів. У таких випадках емісія токенів регулюється аналогічно до емісії акцій, облігацій, паїв у колективному інвестиційному фонді, відповідно до Рамкового закону Абу-Дабі про регулювання діяльності фінансових ринків (2015 рік) [16].

Звертаючись до досвіду інших східних країн, зауважимо, що Уряд Сингапуру заохочує впровадження технології Блокчейн у різних сферах діяльності, прямо наголошуючи, що Блокчейн є універсальною технологією, придатною не лише для ринку криптовалют [17]. На законодавчому рівні віртуальні активи, зокрема криптовалюти, токени чи коїни, не визначені, однак під час розгляду справи в Сінгапурському міжнародному комерційному суді у 2019 році (Компанія B2C2 Ltd. Проти Компанії Quoine Pte Ltd.) суддя Саймон Торлі визнав криптовалюту фінансовим активом [18].

У 2017 році Управління фінансів Сінгапуру заявило, що регулювання обігу токенів, емітованих для ICO, підпадатимуть під юрисдикцію Управління в тому випадку, якщо токени являють собою віртуальне відображення продуктів, які підпадають під визначення продуктів у термінології Закону про цінні папери і ф'ючерси, що зобов'язує оферента таких токенів реєструвати спеціальний проспект, який дає опис токенів, в Управлінні ще на етапі до здійснення пропозиції токенів [19]. Крім того, існує вимога, відповідно до Закону Сінгапуру про захист персональних даних, щодо отримання згоди від суб'єктів на збирання їх персональних даних та інформування їх про мету такого збирання, що розповсюджується й на сферу ICO [20].

Що ж стосується Південно-Африканської Республіки, де ринок обігу криптовалют набув широкого розмаху, а отже, зазначений факт мав би логічно спонукати до створення відповідної законодавчої бази, зокрема й для Блокчейну, станом на 2020 рік у ПАР не сформоване спеціальне законодавство для регулювання обігу криптоактивів, однак криптоактиви не заборонені. Перспектива впровадження регулювання для мереж розподілених реєстрів, зокрема й Блокчейн, як і в більшості країн світу, розглядається виключно в контексті функціонування саме ринку криптовалют на базі зазначеної технології. Це зокрема зумовлено фактом об'єктивної необхідності регулювання обігу «криптотокенів», «криптоактивів», «цифрових токенів», над законодавчим визначенням яких нині працює сформована у 2019 році Міжурядова робоча група з фінансових технологій і створена у 2018 році Робоча група з регулювання крипто-валютних активів, до яких входять представники Національного казначейства, Південноафриканського резервного банку, Управління фінансового сектору, Південно-Африканської служби доходів, Центру фінансової розвідки. Проте у 2019 році Міжурядова робоча група з фінансових технологій видала Консультаційний звіт, який містить пропозиції щодо політики регулювання крипто-активів [21], де наголошує на необхідності законодавчого визначення крипто-активів і розподілених реєстрів, на базі яких вони функціонують, зокрема й Блокчейн, зазначаючи, що саме використання Блокчейн-технології сприяє запобіганню шахрайству у сфері фінансових технологій.

Актуалізація на міждержавному рівні питання використання Блокчейн дало поштовх створенню у квітні 2019 року International Association for Trusted Blockchain Applications (INATBA), яка об'єднує постачальників і споживачів технології розподілених записів, а також представників від урядів держав світу задля забезпечення сумісності й правової визначеності використання відповідних технологій [22]. Саме вказана організація в кооперації з Міжнародною організацією стандартизації в межах технічного комітету 307 розробила технічні регламенти ISO/TR 23455:2019 (Blockchain and distributed ledger technologies – Overview of interactions between smart contracts in Blockchain and distributed ledger technology systems)

[23], ISO/TR 23244:2020 (Blockchain and distributed ledger technologies – Privacy and personally identifiable information protection considerations) [24], а також розробляється нині ISO/AWI TS 23259 (Blockchain and distributed ledger technologies – Legally binding smart contracts)[25]. Крім того, Технічним комітетом ISO TC68 Financial Services створено багатовекторний міжнародний стандарт ISO 20022, у якому описані загальні вимоги до всіх меседж-платформ і додатків (зокрема й до тих, які застосовуються в рамках мережі Блокчейн) [26].

Варто відзначити, що Міжнародна організація стандартизації є не єдиним органом створення відповідних стандартів. Так, цікавим є той факт, що більш дотична до космічної діяльності міжнародна інституція, а саме Міжнародний союз електрозв'язку, створив платформу DLT ITU-T FG DLT для аналізу вимог до стандартизації додатків і служб, побудованих на технології розподілених реєстрів [27]. Проте не тільки міжнародні органи розробляють відповідні стандарти, значну авторитетність серед суб'єктів господарської діяльності займають стандарти, що розроблені приватними суб'єктами господарювання або дослідними установами, які спеціалізуються на новітніх розробках у сфері IT. Так, Enterprise Ethereum Alliance як один із найактивніших галузевих альянсів, у якому понад 500 членів працюють над відкритими архітектурами та специфікаціями, заснованими на конкретних стандартах задля сприяння прийняттю Ethereum на державному рівні й подальшої розробки технічних специфікацій і сертифікації Ethereum для підприємств, також розробив відповідні стандарти [28]. Консорціум всесвітньої павутини в особі свого підрозділу Blockchain Community Group також працює над протоколом Web Ledger, що генеруватиме стандарти формату повідомлень для Блокчейн на основі ISO 20022 та вироблятиме вказівки щодо використання хмарного сховища, зокрема Торренту, публічних мереж, приватних мереж, а також побічних мереж. Підрозділ вивчає й оцінює такі нові технології, пов'язані з Блокчейн і такими випадками використання, як міжбанківські комунікації (Стандарт W3C) [29]. Крім того, некомерційна організація «Інститут інженерів електротехніки і електроніки» США в рамках серії стандартів IEEE P2418 розробив стандарт IEEE DLT/Blockchain standards, орієнтований на створення загальних рамок та архітектур розподілених реєстрів, їх технічної сумісності, структурних елементів технології та вертикальних галузевих стандартів [30].

Указане дає підстави зробити висновок, що як технологія Блокчейн, інтегруючись у галузі господарювання, якісно їх перетворює, так і нові відносини, які складаються на цьому ґрунті, потребують нового комплексного правового регулювання. Отже, для якісного правового забезпечення використання технології Блокчейн у різних галузях господарювання, прийняття так званого рамкового Закону, який визначав би відповідну термінологію та основні питання, пов'язані з Блокчейн є лише першим мінімально необхідним кроком, що має супроводжуватися подальшою зміною комплексу правових інститутів.

В Україні впровадження Блокчейн технології поки що супроводжується млявим нормотворенням. Так, 6 жовтня 2017 року до Верховної Ради України подано Законопроект «Про обіг криптовалюти в Україні» № 7183 [31], який містив терміни «криптовалюта», «криптовалютна біржа», «система Блокчейн», «користувач системи Блокчейн», «власник криптовалюти», «майнер», «майнінг», «винагорода системи Блокчейн», «блок транзакцій» тощо, де також зачеплені питання державної гарантії, майнінгу та використання криптовалюти й діяльності криптовалютної біржі. Проте Законопроект відкликано 29 серпня 2019 року. Серед недоліків згаданого Законопроекту передусім варто згадати термінологічну прив'язку суто до сфери обігу криптовалют і повне ігнорування потенціалу застосування технології Блокчейн в інших сферах. Зокрема, система Блокчейн визначена як децентралізований публічний реєстр усіх криптовалютних транзакцій, які проведені суб'єктом криптовалютних операцій. Також у Законопроекті, на нашу думку, бракує визначення регулювання смартконтрактів та операцій ICO.

У жовтні 2019 року Міністерство цифрової трансформації разом із депутатами та представниками бізнесу підписали меморандум про впровадження Блокчейн у державних органах і розробку законодавства з легалізації ринку криптовалюти, після чого вже 11 листопада 2019 року до Верховної Ради внесено інший Законопроєкт «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо оподаткування операцій з криптоактивами» № 2461, що мав на меті легалізувати обіг криптовалют в Україні. Акт розроблений блокчейн-спільнотою, міжфракційним депутатським об'єднанням Blockchain4Ukraine, Офісом ефективного регулювання (BRDO) і командою Міністерства цифрової трансформації. Законопроєкт став першою ініціативою, яка давала визначення поняттям

«віртуальний актив», «криптоактив», «операція з криптоактивами», «розподілений реєстр», «маркер», «токен-актив». Цільове призначення Блокчейну в цифровій інфраструктурі України ініціатори Законопроєкту передусім убачали в його впровадженні в державних реєстрах і роботі державних установ. З 2019 року Законопроект опрацьовується Комітетом ВРУ з питань фінансів, податкової та митної політики. Примітно, що в процесі розгляду відповідного Законопроєкту Комітетом ВРУ з питань бюджету Міністерство фінансів України у висновку відмітило, що за експертною оцінкою прийняття й реалізація положень Законопроєкту вплине на дохідну частину бюджету, однак здійснити оцінку такого впливу не вважається можливим через відсутність інформації щодо обсягу операцій з криптоактивами. Крім того, Мінфін висловив зауваження, що внесенню змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування операцій з віртуальними активами має передувати прийняття профільного законодавства, яке визначатиме порядок функціонування ринку віртуальних активів в Україні, їх правовий статус, загальнообов'язкові правила (норми) та організаційно-правові засади операцій з віртуальними активами, зокрема державне регулювання діяльності віртуальних активів [32].

Вочевидь, з огляду на таку позицію, розроблений Проєкт Закону України «Про віртуальні активи» № 3637 [33], поданий до Верховної Ради України 11 червня 2020 року, який нині повернуто на доопрацювання. Зазначений Законопроєкт не містить визначень, які б за своїм змістовим наповненням відображали значення понять «розподілений реєстр даних», «смартконтракт», «оракул». Однак наявне визначення «віртуальний актив», яке на практиці може означати не суто криптовалютні активи, але під яке цілком може підпадати й електронна готівка, яка є цифровим відображенням валюти, емітованої відповідним державним регулятором.

Також у ньому наявне положення (п. 2 ст. 10), відповідно до якого не вважається зберіганням або адмініструванням віртуальних активів діяльність, яка не надає зберігачу або адміністратору можливості самостійно розпоряджатися віртуальними активами або контролювати ключі віртуальних активів третіх осіб. Таке положення суперечить самій природі приватного віртуального ключа, який є такою ж непередаваною і конфіденційною інформацією, як і наявний в українському законодавстві електронний підпис. Крім того, воно суперечить ст. 944 Цивільного кодексу України [34], відповідно до якої зберігач не має права без згоди поклажодавця користуватися річчю, переданою йому на зберігання, а також передавати її в користування іншій особі.

Згідно з п. 2 ст. 6 указаного Законопроекту, умови набуття, переходу й обсяг прав на віртуальні активи можуть бути виражені у формі алгоритмів і функцій системи обігу віртуальних активів, у межах якої його створено. Таке положення можна вважати натяком на алгоритми, що використовуються в смартконтрактах, проте коректніше було б указати, що сам правочин може бути виражений сукупністю алгоритмів, передбачити його закріплення електронним підписом або віртуальним ключем. У Законопроєкті ж іде мова про вираження алгоритмом саме умов набуття, переходу й обсяг прав на віртуальні активи. Однак у мережі розподілених реєстрів поняття алгоритму є значно ширшим, оскільки будь-яка активність у мережі здійснюється за певним алгоритмом (набір інструкцій, які описують порядок дій виконавця, щоб досягти результату розв'язання задачі за скінченну кількість дій), зокрема й потенційно протиправна.

Найбільш актуальним нині, однак, є Законопроект «Про токенізовані активи та криптоактиви» № 4328, зареєстрований у Верховній Раді 5 листопада 2020 року [35]. Головною метою документа є визначення правового режиму токенізованих активів і криптоактивів, а також створення основи правового регулювання відносин, що виникають у сфері застосування віртуальних активів, зокрема тих, що існують у системі обліку цифрових даних на базі технології розподіленого реєстру – токенізованих активів і криптоактивів. Проектом Закону пропонується визначити правову природу віртуальних активів розподіленого реєстру; закріпити класифікацію віртуальних активів розподіленого реєстру, а також термінів, що поширені у сфері обігу та застосування віртуальних активів розподіленого реєстру.

Однією з особливостей Законопроекту є відмова від наділення одного органу (Міністерства цифрової трансформації України) дуже значними регуляторними функціями (створення так званого «суперрегулятора») на користь застосування чинної нормативно-правової бази України у сферах бухгалтерського обліку активів, оподаткування, цінних паперів, валютного регулювання.

Законопроектом пропонується закріпити такі терміни: «система обліку цифрових даних на базі технології розподіленого реєстру», «розподілений реєстр», «токен розподіленого реєстру», «ідентифікатор»,

«токенізований актив», «первинний актив», «криптоактив».

При описі токенізованого активу особлива увага звертається на те, що він не є електронним документом, отже, на нього не поширюється норма ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» [36], за якою «електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа».

Законопроект не подає визначення «віртуального активу». Проте розробники вказують у Пояснювальній записці на те, що Законопроект є кроком у напрямі гармонізації законодавства України із законодавчими положеннями Європейського Союзу, а саме закріплення деяких загальновизнаних міжнародних стандартів у сфері правового регулювання віртуальних активів. Мова йде про використання визначення «віртуальний актив», наведеного в рекомендаціях Міжнародної групи з протидії відмиванню брудних грошей (FATF), яке вже міститься в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [37] і звучить так: «Віртуальний актив – цифрове вираження вартості, яким можна торгувати у цифровому форматі або переказувати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей».

Смартконтракти хоч і не знаходить прямого визначення в Законопроекті, однак електронні правочини прирівнюються до договору, укладеного в письмовій формі, але за певних умов. Мається на увазі, що правочини з токенізованими активами або криптоактивами вважаються такими, що вчинені за допомогою електронного або іншого технічного засобу зв'язку, та за правовими наслідками прирівнюються до договору, укладеного в письмовій формі за умови, що учасники правочину можуть бути ідентифіковані. За відсутності можливості ідентифікувати учасників правочину з токенізованими активами правочин є нікчемним. Такий підхід забезпечує певний рівень надійності подібних правочинів, гарантуючи обов'язковий етап верифікації ідентифікаторів – цифрових даних у вигляді унікального набору буквено-цифрових символів, що присвоюється токену розподіленого реєстру в системі його обліку.

Деяким недоопрацюванням, на нашу думку, є положення ст. 10 Законопроекту, у якій визначено, що Реєстр систем обліку цифрових даних надає, зокрема, але не виключно, можливість ідентифікації учасників правочинів із токенізованими активами та/або криптоактивами, користувачами яких є резиденти України. Таке положення породжує питання щодо того, яким чином ідентифікуватимуться нерезиденти, які є стороною в правочині, укладеному з резидентом України. Також забороняється використання токенізованих і криптоактивів із метою оплати товарів, робіт і/або послуг, що по факту виключає можливість використання криптоактивів у розрахунках при публічних закупівлях, тобто не закладає в перспективі можливості обігу бюджетних коштів у вигляді токенізованих і криптоактивів.

Загалом у разі ухвалення зазначеного Законопроекту у вигляді закону він матиме суто рамковий характер.

Разом із тим у чинному законодавстві України сьогодні вже функціонують певні правові механізми, які можуть говорити про перші етапи готовності національної цифрової інфраструктури до впровадження технології Блокчейн.

Зокрема, відповідно до Закону України «Про електронну комерцію», визнається однаковість юридичної сили електронних правочинів і правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством, істотні умови електронного договору, зобов'язання продавця вимагати від покупця лише такі відомості, без яких укладення та виконання зобов'язань за електронним договором неможливе, ужиття заходів захисту персональних даних, а також забезпечення повної відповідності предмета електронного договору, погодженого сторонами, кількісним і якісним характеристикам тощо [38]. Поряд із цим закладена в законі правова модель входить у суперечність з такими невід'ємними ознаками Блокчейн технології, як розподіленість записів про транзакції у вузлах, часова детермінованість записів про транзакції, а також передача інформації в криптографічному вигляді. Отже, до правочинів у межах Блокчейн мережі можна застосувати лише деякі положення відповідного закону за аналогією.

Варто також зазначити, що аналогією приватного ключа в українському законодавстві може слугувати електронний цифровий підпис, який також отримується за результатами криптографічного перетворення набору електронних даних, додається до цього набору або логічно з ним поєднується, накладається за допомогою особистого ключа й дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача за допомогою відкритого (публічного) ключа. Електронний підпис, як і приватний ключ у системі Блокчейн,

має зберігатися його власником у таємниці. Також електронний підпис використовується для аутентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу. Варто відзначити, що правове забезпечення питань ідентифікації та аутентифікації користувачів електронних послуг, забезпечення захисту персональних даних при цьому, регулювання діяльності щодо використання відкритого ключа й особистого ключа, механізм реагування в разі компрометації останнього в Україні існує у вигляді інституту довірчих послуг, прийнятого на підставі регламенту eIDAS Закону України «Про електронні довірчі послуги» [39]. Разом із тим деякі положення цього Закону так само, як положення Закону України «Про електронну комерцію», неможливо виконати внаслідок такої особливості технології Блокчейн, як розподіленість записів у реєстрах.

Звертаючись до перспективи впровадження технології Блокчейн на законодавчому рівні в Україні, необхідно передбачити положення, яке б зумовлювало допустимість розгляду приватного ключа як необхідної умови дотримання форми, за якої правочин уважається вчиненим, а при оспоренні цього – як доказу, як це передбачено щодо електронного підпису в ст. ст. 6–8 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» [40]. Приватний ключ за своїми ознаками належить до особистих немайнових прав у контексті ст. 269 Цивільного кодексу України, оскільки є невідчужуваними та не має сам по собі економічного змісту [41], але який посвідчує вчинення правочину стосовно цифрового активу, що як інформаційний запис у розподіленому реєстрі є, за визначенням А. Кудь, лише відображенням цінності, тобто є похідним від права на цінність [42]. У цьому контексті вважаємо неправильним підхід, відображений у ст. 6 проекту Закону України «Про віртуальні активи», відповідно до якого власник віртуального ключа є власником віртуального активу, але при цьому ще й можливе зберігання ключа віртуального активу в третьої особи [43].

Електронний підпис ефективно застосовується в дозвільних процедурах, пов'язаних з експортним контролем. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання» [44], Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного експортного контролю, уносить до єдиного державного інформаційного веб-порталу «Єдине вікно для міжнародної торгівлі» у формі електронних документів, засвідчених електронним цифровим підписом, видані дозвільні документи на здійснення міжнародних передач товарів (крім документів, що містять таємну інформацію), а також інформацію про їх скасування або зупинення дії в день видачі таких документів чи прийняття рішень про їх скасування або зупинення дії.

Висновки

Як технологія Блокчейн, інтегруючись у галузі господарювання, якісно їх перетворює, так і нові відносини, що складаються на цьому підґрунті, потребують нового комплексного правового регулювання, яке має охопити такі правові інститути:

– *майна:* залежно від підходу законодавця можна визначити категорію цифрових прав або як речове право на цифровий актив, тобто право власності на інформацію (запис у реєстрі) про цивільне право;

– *договірного права* стосовно дотримання умов, за яких смарт-контракт визнається укладеним і чинним;

– *електронного цифрового підпису*, включно з криптографічними ключами;

– *захисту прав споживачів*, які укладають смарт-контракти та мають добре розуміти сутність узятих на себе зобов'язань;

– *захисту персональних даних*, які в мережі Блокчейн можуть бути відкритими для всіх і не видаляються протягом терміну існування мережі;

– *цінних паперів і фінансового регулювання*, зокрема відповідно до правил про запобігання відмиванню доходів;

– *оподаткування й адміністрування* (ліцензування, надання дозволів на діяльність, пов'язану з використанням технології Блокчейн, зокрема хмарних послуг).

Аналізуючи цю статтю й проводячи аналогію з основними характеристиками технології Блокчейн, ми можемо надати також такі рекомендаційні висновки на користь її застосування на рівні відповідних державних регуляторів:

1) Реєстр документів дозвільного характеру (дозволів, висновків чи міжнародних імпортних сертифікатів) може бути розміщений у відповідній спеціально створеній мережі Блокчейн, а інформація про їх скасування або зупинення фіксуватиметься у вигляді окремих блоків, до яких неможливо буде внести зміни;

2) Суб'єкт господарювання матиме змогу подавати необхідну документацію для отримання дозвільного документа в електронному вигляді, авторизуючи свій доступ до мережі за допомогою персонального ключа;

3) ЦОВВ фіксуватиме інформацію про отриманий суб'єктом господарювання дозвільний документ за допомогою належного йому персонального ключа в реєстрі, за аналогією до того, як нині відбувається фіксація аналогічної інформації в Єдиному вікні для міжнародної торгівлі за допомогою електронного цифрового підпису ЦОВВ;

4) У суб'єкта господарювання не виникатиме необхідності в отриманні дозвільного документа в натуральній формі, оскільки такий документ може бути надісланий йому в криптографічній формі одразу після внесення відповідної інформації до державного реєстру.

Нині на міжнародному та регіональному рівнях уже напрацьовані відповідні правові механізми із цього приводу, проте в різних державах підхід до відповідного регулювання суттєво різниться з огляду на рівень розвитку різних галузей господарювання. Однак об'єднує їх в основному те, що під найбільш розвинене регулювання підпадає саме надання цифрових фінансових послуг.

В Україні нині активізувалася нормотворчість у зазначеній сфері, незважаючи на те що окремі органи влади поки що констатують непідготовленість ринку, зокрема відсутність розвинених відносин у сфері криптоактивів. Разом із тим у вітчизняному законодавстві вже є або плануються до перспективного впровадження норми щодо запобігання використанню криптоактивів для відмивання коштів, використання смарт-контрактів, зокрема із засобами ідентифікації контрагентів, і захисту прав споживачів. Отже, цілком обґрунтованим є сподівання на те, що вже скоро інноваційні сфери господарювання активно впроваджуватимуть технологію Блокчейн на підставі чітких і зрозумілих правил. Маємо надію, що серед них буде й космічна діяльність, пропозиції щодо чого будуть висвітлені в нашій наступній публікації.

Список використаних джерел:

1. Cooperation on a European Blockchain Partnership: Declaration, 2018. URL: https://www.scribd.com/document/398159396/2018DeclarationonEuropeanPartnershiponBlockchainpdf-pdf.

2. European Parliament resolution of 3 October 2018 on distributed ledger technologies and blockchains: building trust with disintermediation (2017/2772(RSP)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0373_EN.html.

3. Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG.

4. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593.

5. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (Text with EEA relevance). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849.

6. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031.

7. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

8. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Councilof 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj.

9. Blockchain and Earth Observation. ESA White paper, April 2019. 28 p. P. 20–23. URL: https://eo4society.esa.int/wp-content/uploads/2019/04/Blockchain-and-Earth-Observation_White-Paper-April-2019.pdf.

10. Blockchain law guide. URL: https://blockchainlawguide.com/blockchain/.

11. The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign Act). URL: https://www.fdic.gov/resources/supervision-and-examinations/consumer-compliance-examination-manual/documents/10/x-3-1.pdf.

12. Fiduciary Access to Digital Assets Act (2014). URL: https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=031770c7-520b-4f03-9e9b-e5f827b375c5.

13. H.R.6154 – Crypto-Currency Act of 2020. URL: https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6154/text?q=%7B%22search%22%3A%5B%22crypto-currency+act%22%5D%7D&r=1&s=2.

14. Dubai Blockchain Strategy. URL: https://www.smartdubai.ae/initiatives/blockchain.

15. Guidance – Regulation of Digital Security Offerings and Virtual Assets under the Financial Services and Markets Regulations. URL: https://en.adgm.thomsonreuters.com/sites/default/files/net_file_store/Guidance-Digital_Securities_Offerings_and_Virtual_Assets_VER04.240220.pdf.

16. Abu Dhabi Global Market's new financial regulatory framework. URL: https://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2016/02/Abu-Dhabi-Global-Market-Financial-Services-Regulations-and-Rules-FI-AFR-022416.pdf.

17. Global legal insights. URL: https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/singapore.

18. In the Singapore international commercial court of the Republic of Singapore [2019] sghc(i) 03. URL: https://www.sicc.gov.sg/docs/default-source/modules-document/judgments/b2c2-ltd-v-quoine-pte-ltd_a1cd5e6e-288e-44ce-b91d-7b273541b86a_8de9f2e2-478e-46aa-b48f-de469e5390e7.pdf.

19. Republic of Singapore. Securities and futures act (Chapter 289) – revised edition 2006. URL: https://sso.agc.gov.sg/Act/SFA2001.

20. Republic of Singapore. Government gazette. Personal data protection act 2012. URL: https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012.

21. Crypto Assets Working Group. Consultation paper on policy proposals for crypto assets. URL: URL: https://cdn.crowdfundinsider.com/wp-content/uploads/2019/01/South-Africa-CAR-WG-Consultation-paper-on-crypto-assets_final.pdf.

22. International Association for Trusted Blockchain Applications. URL: https://inatba.org/.

23. ISO/TR 23455:2019 (Blockchain and distributed ledger technologies – Overview of and interactions between smart contracts in blockchain and distributed ledger technology systems). URL: https://www.iso.org/standard/75624.html.

24. ISO/TR 23244:2020 (Blockchain and distributed ledger technologies – Privacy and personally identifiable information protection considerations). URL: https://www.iso.org/standard/75061.html.

25. ISO/AWI TS 23259 (Blockchain and distributed ledger technologies – Legally binding smart contracts). https://www.iso.org/standard/75095.html.

26. ISO 20022 (Universal financial industry message scheme). URL: https://www.iso20022.org/.

27. ITU-T Focus Group on Application of Distributed Ledger Technology (FG DLT). URL: https://www.itu.int/en/ITU-D/Regional-Presence/AsiaPacific/SiteAssets/Pages/ITU-Asia-Pacific-CoE-Training-on-Distributed-Ledger-Technologies-(Blockchain)-Ecosystem-and-Decentralization/ITU%20DLT.pdf.

28. Why Standards are "What's Next" in the Web 3.0 Blockchain Revolution. URL: https://entethalliance.org/why-standards-are-whats-next-in-the-web-3-0-blockchain-revolution/.

29. Blockchain Community Group (BlockchainCG at W3C TPAC2017). URL: https://www.w3.org/community/blockchain/.

30. IEEE DLT/blockchain standards. URL: https://blockchain.ieee.org/standards.

31. Про обіг криптовалюти в Україні : Проект Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684.

32. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законів України щодо оподаткування операцій з крипто активами : Проект Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67423.

33. Про віртуальні активи: Проект Закону України. http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110.

34. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

35. Про токенізовані активи та криптоактиви : Проект Закону України. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70353.

36. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text.

37. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text.

38. Про електронну комерцію : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text.

39. Про електронні довірчі послуги : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#n534.

40. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text.

41. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text.

42. Кудь О., Кучерявенко М., Смичок Є. Цифрові активи та їх правове регулювання у світлі розвитку технології блокчейн : монографія. Харків : Право, 2019. 216 с. С. 180.

43. Про віртуальні активи : Проект Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110.

44. Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового призначення та подвійного використання : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/549-15#Text.

Anna Hurova, Mariia Kirpachova. Legal aspects of the Blockchain application in space activity: particularities of the technology regulation at the national, regional and international levels

This is the third article in the series of publications dedicated to legal features of distributed ledger technology, for instance, to Blockchain as its most popular type. Along with the first publication dealing with the main elements and models of the Blockchain technology, and the second one dealing with the main spheres of the technology utilization, the third publication explores legislative innovations to regulate the utilization of the Blockchain in different countries, including application of the technology in space activity, as well as international standards and practices and promising legal mechanisms. Thus, the authors create logical preconditions to cover in the next publication the results of the last research stage: the prospects of state regulation of space activities in Ukraine using the Blockchain technology. The research conducts a thorough and multi-pronged study of the regulatory framework governing the operation of distributed ledger technologies in space law and other areas of law in the United States, Europe, Asia and the Middle East, as well as the international technical Blockchain standards, current applications of the technology in the world and trends of the Blockchain regulation at the legislative level in Ukraine, including draft laws that have been submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine and are currently under consideration, as well as those that have been withdrawn. The precise attention is paid to the experience of various countries in finding the most acceptable areas for the Blockchain technology application and results of their legal and technical research works. Moreover, the authors undertake attempts to define the relevant legal categories that can be potentially involved in the relations between entities resorting to the use of the Blockchain in their business activities. The authors also indicate peculiarities of the new comprehensive regulation of relations, where the counterparties chose the technology of distributed registers to be an essential element for implementation of their rights and fulfillment of their obligations. In this context, the legal significance of electronic digital signatures, including cryptographic ones, for certifying access into certain categories of transactions is studied.

Key words: Blockchain, distributed ledger technologies, monetary relations, e-currency and digital currency, electronic digital signature, cloud services, regional standards and technical regulation, cybersecurity, private data, electronic identifier.

УДК 327.58
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.1.46

Ольга Заставна,
канд. юрид. наук,
викладач
Галицького коледжу імені В'ячеслава Чорновола

МІГРАЦІЙНА ПОЛІТИКА ЄС У КОНТЕКСТІ БЕЗПЕКИ КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Міграційна політика Європейського союзу залишається серйозною проблемою як у фінансовому плані, так і в контексті безпеки країн Європейського союзу в цілому. Неможливість обмежити міграційний тиск погіршує міжнародні відносини між державами-членами і викликає розбіжності між лідерами, які блокують швидкі й ефективні рішення щодо повернення незаконних мігрантів на їхню батьківщину.

Для ефективного подолання міграційної кризи необхідно насамперед вжити колективних заходів, які мають на меті подолання двох протиріч: переконати всі країни Європейського Союзу діяти разом у сфері міграції, де кожна з них зможе самостійно захищати не тільки європейські, а й свої національні інтереси.

Європейська солідарність є запорукою успіху в подоланні суперечностей. Але солідарність повинна бути гнучкою. Гнучкість дозволяє узгодити європейські політичні кроки з думками, інтересами і особливостями кожної країни. Гнучка солідарність – це найреальніший шлях для такого необхідного об'єднання багатьох напрямів європейської міграційної політики.

Натепер країни Європейського Союзу активізують свої зусилля зі створення ефективної безпечної європейської міграційної політики, дотримуючись Женевської конвенції і враховуючи захист прав людини.

У статті розглянуто проблеми міграційної політики ЄС, їх причини, загрози для національної безпеки держав-членів. Вивчено нормативно-правові акти, прийняті для врегулювання даного питання. Проведено дослідження поняття міграційної кризи, подано його визначення. Проаналізовано позиції прихильників і противників приймання мігрантів. Подано визначення міграційної політики та ключові моменти її визначення впродовж останніх років у ЄС. Здійснено аналіз наслідків для внутрішньої безпеки ЄС, спричинених збільшенням числа іммігрантів, що спостерігається в останні роки: безпека іммігрантів, комерційних судів та держав-членів Європейського Союзу. У статті ставиться питання про кризу принципів солідарності і справедливого розподілу відповідальності. У висновку запропоновані варіанти удосконалення міграційної політики ЄС.

Ключові слова: міграція, міграційна політика, Європейський союз, міграційна криза, мігранти, біженці.

Постановка проблеми. Процес глобалізації сприяв збільшенню кількості та активізації міграцій. Після міграційної кризи, яка вибухнула в Афганістані, Ємені, Лівії, Сирії, та демографічних вибухів у країнах Північної Африки та Близького Сходу стала очевидною проблема світової демократичної міграційної політики. Міграція стала реальною проблемою для Європейського Союзу. Деякі держави-члени ЄС стикаються зі зростанням злочинності, небажанням іммігрантів інтегруватися в суспільство. В інших державах спостерігається тенденція до масової еміграції громадян, до відтоку молодих і кваліфікованих кадрів. Це пояснює необхідність у виробленні стратегії щодо врегулювання міграційної політики в ЄС.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Поняття міграції та проблема захисту прав мігрантів досліджувалися у численних працях науковців, які вивчають міграційні процеси, зокрема у наукових доробках В. Ніколаєвського, Н. Прохоренко, О. Малиновської, Т. Юдіної, Ю. Римаренка, В. Шелюка, В. Шамраєвої, Н. Пак, М. Лісовської та інших. Разом із тим активізація міграційних процесів зумовлює необхідність деталізації їх вивчення та глибшого аналізу напрямів міграційної політики ЄС як наднаціонального утворення та його держав-членів, що зумовило вибір напряму наукового дослідження даної статті.

Формування цілей статті. Головна мета написання статті – аналіз міграційної кризи в Європейському Союзі в контексті забезпечення балансу прав людини та інтересів безпеки.

© О. Заставна, 2021

Виклад основного матеріалу. Міграція – це тривалий, багатовіковий процес, характерний для будь-якої держави, будь-якого суспільства та світу загалом. Під міграцією розуміється «складний процес, який пов'язаний з одиничними або регулярними територіальними переміщеннями людей з різних причин через кордони територіальних утворень з метою зміни постійного або тимчасового місця проживання» [1, с. 14].

Сьогодні міграційні потоки зростають у напрямку з Півдня на Північ, зі Сходу на Захід. Одним із головних об'єктів мігрантів є країни Європейського Союзу. Закріплений у Договорі про Європейський Союз принцип вільного пересування осіб і «політика відкритих дверей» сприяли розвитку кризових процесів у цьому наднаціональному світі [2, с. 20].

Для окреслення проблеми зростання кількості, активізації некерованих міграційних процесів був уведений термін «міграційна криза», визначення якого дотепер немає. Однак міграційну кризу можна охарактеризувати як стан, за якого з різних причин збільшується потік легальних і нелегальних мігрантів і біженців на території держав або наднаціональних утворень, що викликає ряд труднощів в урядів, призводить до трансформацій у звичному укладі корінного населення [3].

До причин міграційної кризи в ЄС дослідники відносять таке:

1) збройні конфлікти в країнах Африки і Близького Сходу;

2) економічну нестабільність в цих регіонах;

3) масове безробіття;

4) інформаційну революцію – володіння іммігрантами інформацією про можливість возз'єднання сімей, про процедуру набуття статусу біженця в країнах ЄС [4, с. 4];

5) природні катаклізми, що загрожують здоров'ю та життю і які спостерігаються на території багатьох східних країн;

6) високу ймовірність опинитися в епіцентрі воєнних дій [16].

Міграційний криза в межах Європи є наслідком «толерантної» міграційної політики Європейського Союзу. Під міграційною політикою слід розуміти «систему принципів, цілей і дій, за допомогою яких держава та інші державні утворення регулюють потоки переселенців» [5, с. 61]. М. Матковська зазначає, що міграційна політика – це особливий набір інструментів, «створених і підтримуваних державою, що охоплює як пасивні, так і активні форми управління імміграцією і еміграцією» [6, с. 79].

Міграційна політика внутрішньо детермінована, вона виконує функцію міжнародного регулятора, оскільки пов'язана з перетинанням державних кордонів. Відповідно, події міжнародного рівня прямо впливають на вироблення даного виду політики. Ліберальний підхід, який застосовується ЄС, посприяв величезним притоках мігрантів. За даними, опублікованими Євростатом, основний приплив біженців та іммігрантів в країни Європейського Союзу припав на 2015-2016 роки – понад мільйон щорічно [7].

За словами старшого наукового співробітника Європейського центру Карнеги П'єра Вімона, «міграційна проблема, з якою зіткнувся ЄС на початку 2015 року, була несподіваною. Потоки люди в основному з африканських країн можна порівняти з хвилею мігрантів із Західної Африки до Іспанії, яка спостерігалася в 2000 році. Ця хвиля утворилася в основному через економічні причини» [8, с. 7].

У своїй статті «Міграція в Європі: подолання кризи через солідарність» П'єр Вімон зазначає, що біженці в основному є людьми, які рятувалися від громадянської війни на Близькому Сході і Афганістані, сирійцями та іракцями, які рятувалися від військових конфліктів і наростаючого насильства» [8, с. 6].

Колишній помічник Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй у справах біженців, експерт з міграції, зокрема незаконної міграції і контрабанди людей, Мортен Лісборг вважає, що на даному етапі в результаті міграційного тиску розвиток подій є одним із найважливіших і реальних загроз безпеки в Європі. У своїй оцінці він вказує: «Проблеми міграції пов'язані передусім з гуманітарними питаннями, які необхідно вирішувати в більш глобальній перспективі. З'являються завдання і проблеми, які неможливо вирішити на національному рівні» [9, 1].

Слід підкреслити, що відповідно до Женевської конвенції про статус біженців 1951 року кожен може розраховувати на отримання прихистку з метою захисту від переслідування або загрози війни. Це дає законне право кожному біженцю на міжнародний захист і зобов'язує країни ЄС надавати притулок біженцям і мігрантам [10].

Керуючись Женевською конвенцією, Європейська комісія наполягає на здійсненні плану приймання біженців відповідно до квот. Польща, Чеська Республіка, Словаччина та Угорщина рішуче виступають проти пропозиції ЄС. Вони пропонують формулу «ефективна солідарність», в якій кожна держава ЄС приймає рішення самостійно.

Однак багато інших країн ЄС, особливо Італія і Греція, не згодні з цим.

Аналіз опублікованих заяв експертів показує, що міграційна політика ЄС не відповідає сучасним викликам масової міжнародної міграції та збільшенню потоків біженців.

На думку колишнього помічника Управління Верховного комісара ООН Мортена Лісборга, викладену в статті, що опублікована 30 березня 2017 року на датському сайті «Politiken», нинішня система надання притулку є дорогою, несуттєвою і неефективною [9]. Вона просто не пристосована для вирішення майбутніх криз, пов'язаних з біженцями та мігрантами. Він наводить безперечні факти і цифри про невиправдані економічні витрати. Крім того, Лісборг демонструє неефективність нинішньої системи надання притулку в адміністративному і практичному плані. Особливо підкреслюються проблеми біженців, яким було відмовлено в наданні статусу біженця, і вони були змушені повернутися на батьківщину.

Мортен Лісборг пропонує ЄС шукати рішення, відповідно до яких країни ЄС, незалежно від міграційного тиску, самі можуть визначати, скільки і яких мігрантів вони можуть прийняти. Для цього потрібно остаточне заперечення нинішньої міграційної парадигми для будь-якого мігранта, що прибуває на територію держав ЄС. Мігранти можуть отримати юридично гарантовані права на проживання до тих пір, поки не буде прийнято рішення по їхній справі. Існує необхідність в ухваленні колективних і єдиних рішень. У разі розбіжностей ЄС не зможе впоратися з триваючою міграційною хвилею.

П'єр Вімон передбачає, що розбіжності між європейськими країнами «посилилися через зростання внутрішньої політичної напруженості і стурбованості населення, яке вважає, що міграція поставить під загрозу безпеку і соціальну згуртованість країни їх проживання» [8].

У 2015 році Європейською комісією було запропоновано систему заходів щодо вдосконалення міграційної політики Європейського союзу. По-перше, було прийнято рішення про посилення присутності ЄС у світі. Підкріплювалося це рішення Планом дій з боротьби з контрабандою мігрантів на 2015-2020 роки, яка закріплює стимуляцію правоохоронної і судової діяльності, вдосконалення процесу збору та обміну інформацією про мігрантів, зміцнення співпраці з країнами, що не входять в ЄС, для боротьби з нелегальною міграцією [11, с. 169].

Був також змінений Шенгенський кодекс про кордони 2006 року відповідно до положення Європейської комісії від 15 березня 2017 року. Реформа ввела обов'язковий регулярний контроль абсолютно всіх осіб, які перетинають кордони Європейського Союзу [11, с. 170].

У зв'язку зі зростаючою загрозою тероризму в ЄС були прийняті нормативно-правові акти – Система інформації і авторизації поїздок в ЄС (ETIAS) і Система в'їзду-виїзду (EES). Система інформації та авторизації поїздок в ЄС, яка використовується у разі безвізових поїздок, повинна з'ясовувати в кожному конкретному випадку, чи становить іммігрант небезпеку для ЄС. А Система в'їзду-виїзду покликана збирати відомості про в'їзд або виїзд іммігрантів і стати інструментом, доступним для прикордонних служб ЄС [11, с. 170].

ЄС і Туреччина підписали угоду, відповідно до якої нелегальні мігранти, які перетнули грецько-турецький кордон, будуть вислані назад до Туреччини. Туреччина у свою чергу повинна здійснювати будь-які заходи для запобігання використанню нових морських або наземних шляхів нелегальної міграції з Туреччини в ЄС [12].

У червні 2016 року Європейська комісія спільно з Європейською службою зовнішніх дій випустила нову програму партнерства з третіми країнами, яка схожа на модель угоди ЄС з Туреччиною [13, с. 1].

Натепер ЄС варто сконцентрувати увагу на так званому підході «кругової міграції». Згідно з цим варіантом, мігранти, які мають довгострокові візи, можуть вільно їхати на батьківщину і повертатися назад в країни, де вони отримали тимчасове місце проживання. Для цієї міграції характерна і тристороння співпраця, за якої мігранти за фінансової підтримки з боку європейських фондів отримують підготовку в африканських країнах, а потім повертаються на свою батьківщину.

Загалом, незважаючи на прийняті нормативно-правові акти, загальна політика серед держав-членів ЄС відсутня, що означає, що ті досягнення, яких змогли домогтися держави (наприклад, створення Шенгенської зони), знаходяться під загрозою. Збільшення числа іммігрантів, що спостерігається останніми роками, має кілька наслідків для внутрішньої безпеки ЄС:

1. Безпека іммігрантів. Часто, намагаючись потрапити до Європи нелегальними способами, мігранти та біженці наражають себе і своїх дітей на небезпеку.

2. Безпека комерційних судів. Зростаючий попит на незаконний перетин мігрантами кордонів ЄС сприяв використанню з цією метою комерційних судів, при цьому міграція стала багатомільйонним бізнесом.

3. Безпека всередині ЄС. З огляду на величезну кількість іммігрантів, які перетинають кордон, державні прикордонні органи не в змозі перевіряти базову інформацію про тих, хто в'їжджає, відповідно, це призвело до нелегальної міграції [14, с. 16-17].

У 2017 році міграційна політика ЄС посилилася. На саміті, проведеному в Брюсселі 19 жовтня 2017 року, було визначено, що підхід держав-членів та інституцій ЄС до забезпечення повного контролю над кордонами повинен бути консолідований. При цьому у Висновках Європейського Союзу вказується, що він готовий реагувати і припиняти будь-які спроби нелегально перетнути кордони держав-членів ЄС [15].

Однак врегулювання питання аж ніяк не стало більш зрозумілим, оскільки в Євросоюзі існує проблема «замкнутого кола», яка полягає, з одного боку, в протистоянні іммігрантським потокам, а з іншого – в дотриманні принципів захисту прав мігрантів, боротьби з бідністю тощо [16, с. 56].

Європейські країни, у політичній діяльності яких пріоритетом є права людини, змушені вибирати між ліберальними цінностями і власною безпекою. Кризу принципів солідарності і справедливого розподілу відповідальності, яка спостерігається в ЄС, можна віднести до ключових факторів неефективної міграційної політики Євросоюзу. Представники Європейської комісії та держав, які підтримують прийняття мігрантів, наголошують на необхідності виконання міжнародних зобов'язань, загострюючи увагу на пріоритеті безпеки мігрантів. Противники приймання мігрантів підкреслюють, що найвища цінність – це безпека держави і її громадян, а міграція – це економічний, цивілізаційний, культурний і релігійний ризик [17, с. 12].

Водночас було би помилкою вважати, що інтеграційна політика не працює взагалі. Досить велика кількість мігрантів благополучно живуть, працюють, співпрацюють з корінним населенням. Але при цьому міграційну політику ЄС не можна вважати успішною: спостерігаються явища геттоїзації, етнічного невдоволення, депривації, ксенофобії, расизму [18, с. 20]. Почали виникати численні замкнуті спільноти, що не прагнуть до інтеграції в середовище, в яке вони іммігрували.

З вищевикладеного видно, що міграційний криза – багаторівнева проблема, вирішити яку без злагоджених зусиль неможливо. У конфронтацію з гаслами про видворення мігрантів вступають непорушні права людини, курс на підтримку яких був проголошений ЄС. Позиція національних держав стосовно мігрантів, що порушують громадський порядок і нав'язують свій спосіб життя, стає більш жорсткою, що, безумовно, веде до обмеження прав мігрантів. Отже, тільки завдяки зміні напряму міграційної політики Європейського Союзу можливо буде врегулювати міграційні потоки та переселення біженців, але не виключено, що в такому разі будуть обмежені права і свободи не тільки мігрантів, а й корінного населення.

Злагоджена міграційна політика, якої так потребує Євросоюз, необхідна і для надання підтримки державам, що є «первинними європейськими точками» з приймання мігрантів (Греція, Італія, Хорватія). Відмова від підтримки може призвести до зростання націоналістичних тенденцій в цих державах і наступного виходу з ЄС. А зміна кордонів Європейського союзу, в свою чергу, спричинить зниження безпеки [19, с. 142].

Сьогодні Європейська рада активно працює над підготовкою нових рішень, які дозволять посилити захист зовнішніх кордонів ЄС, адже за останній час до кордонів ЄС прибули понад 500 тисяч мігрантів. Зокрема, особливий наголос робиться на співпраці з Туреччиною у питанні розробки спільного плану дій щодо призупинення потоків біженців з території цієї країни. Також у питанні посилення захисту зовнішніх кордонів ЄС Європейський рада працює над поступовим встановленням інтегрованої системи управління і контролю над цими кордонами. Це передбачає розширення мандата агентства ЄС з контролю за зовнішніми кордонами, включаючи діяльність груп швидкого реагування за умов порушення кордону. Особливий наголос робиться на узгодженні механізму забезпечення повернення нелегальних мігрантів до країн свого походження, а також створення та облаштування місць приймання біженців, здійснення їх ідентифікації та реєстрації [20].

Висновки

Спровокована напливом біженців міграційна криза стала викликом етнополітичної безпеки, вказавши на неефективність міграційної політики, що проводиться ЄС. Підхід до вирішення проблеми повинен бути комплексним, а міграційна політика – враховувати вплив історичних, політичних, культурних та етнічних факторів. Для вдосконалення міграційної політики структурами Європейського Союзу пропонується посилити законодавство для знову прибуваючих іммігрантів, для осіб, які вчинили злочини і правопорушення на території ЄС, а також для нелегальних мігрантів. Важливим елементом нової міграційної політики повинна

стати інтеграція, але в більш інтенсивної формі: слід сформувати чітку концепцію, що забезпечує збереження гармонійних взаємин місцевого населення держав-членів ЄС і мігрантів. Процесу інтеграції може посприяти доступність освіти, медичних послуг, робочих місць для більш широких кіл біженців і іммігрантів. Розв'язання кризи принципів солідарності і справедливої відповідальності між державами-членами ЄС полегшить вирішення міграційної кризи. Також суттєвим кроком для врегулювання політичної ситуації має бути побудова нового діалогу між державами ЄС і третіми країнами, заснованого на компромісах і рівності сторін.

Список використаних джерел:

1. Пухова М. М., Дорошина І. П., Ходжаева І. Г. Теоретичні основи міграції. *Транспортна справа Росії*. 2013. № 6. С. 13-16.

2. Ентін М. Л., Ентіна Е. Г. «Блиск і злидні» концепцій невизначеності. *РСМД*. 2018. 17 Січня. URL: http://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/-blesk-i-nishcheta-kontseptsiy-neopredelennosti (дата звернення: 27.12.2020).

3. Бутенко В. Миграционная политика ЕС в контексте глобализации. *Вестник Пермского университета*. 2018. № 2. С. 21-30.

4. ЄС перед викликом міграційної кризи. Позиції європейських країн / під ред. Н. К. Арбатової, А. М. Кокеєва. Москва, 2016. 126 с.

5. Бобильов В. В. Міграційна політика (сутність, структурна будова, основні типи). *Влада*. 2009. С. 61-64.

6. Matkowska M. Polska polityka migracyjna – zarys problemu. *Studia i pracewydziału nauk ekonomicznych i zarządzania*. 2013. No. 3. P. 77–92.

7. Europe's Migration and Asylum Policy, Eurostat // Official site of the European Commission. URL: http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Asylum_quarterly_report (дата звернення: 30.12.2020).

8. Вімон П. Міграція в Європі: подолання кризи солідарності. Брюссель, 2017. URL: http://carnegie.ru/2017/02/09/ru-pub-67923 (дата звернення: 01.12.2020).

9. Міграційна політика ЄС – це катастрофа. Politiken. URL: https://inosmi.ru/social/20170403/239022762.html (дата звернення: 01.12.2020).

10. Конвенція про статус біженців (Женевська конвенція) від 28 липня 1951 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011 (дата звернення 02.01.2020).

11. Szymanska J. Strategia Unii Europejskiej wobec kryzysu migracyjnego: priorytety,bariery, efekty. *Studia BAS*. 2017. No. 3. P. 159–186.

12. EU-Turkey Agreement: Questions and Answers, press release, 2016 // Officialsite of the European Commission. URL: http://europa.eu/rapid/pressrelease_MEMO-16-963_en.htm (дата звернення: 02.12.2020).

13. Стрілець М. Політика Європейського Союзу та провідних європейських держав щодо зниження рівня нелегальної міграції / Науково-дослідний центр проблем національної безпеки. URL: http://nicpnb.ru/analytics/politika-evropejskogo-soyuza-i-vedushhih-evropejskih-gosudarstv-po-snizheniyu-urovnya-nelegalnoj-migratsii/ (дата звернення: 02.12.2020).

14. Mazur S. Kryzys na granicach Europy i jego wpływ na strukturę Unii Europejskiejw l. 2011–2015. Punkt Informacji Europejskiej Europe Direct. Rzeszów, 2015. P. 5–22.

15. European Council Conclusions on Migration, Digital Europe, Security and Defense,19/10/2017 / Official Site of the Council of the European Union. Availableat: http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/10/19/euco-conclusions-migration-digital-defence/ (дата звернення: 01.12.2020).

16. Пак А. К. Проблеми міграційної політики європейських країн і шляхи їх вирішення. *Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна*. 2017. № 6. С. 54-57.

17. Юськів Б. Н. Криза міграційної системи ЄС як виклик безпеки європейської регіональної системи міжнародних відносин. *Міжнародні відносини. Серія «Політичні науки»*. 2017. № 15.

18. Вітман К. М. Міграційний криза як виклик етнополітичної безпеки Євросоюзу. *Міграційна політика ЄС: стан, виклики та перспективи:* науково-практич. симпозіум. Одеса, 2015. С. 18-25.

19. Gardocka T., Kowalski P. Reasons and Consequences of Migration for Contemporary Europe. *Journal of Modern Science*. 2017. No. 1. P. 135-144.

20. Андрейко В. Розвиток міграційних процесів в Європі та Україна. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія «Історія»*. 2019. Вип. 2 (41). С. 134-142.

Olha Zastavna. Migration policy of the EU in the context of security of the territories of the European Union

The migration policy of the European Union is considered a serious problem both for the financial plan, and in the context of the safety of the countries of the European Union as a whole. The impossibility of interfering with the migratory clutch is being destroyed by international members and leaders, who are blocking the swift and effective efforts to turn illegal intentions into action.

For an effective meeting of the migratory crisis, it is necessary in the first place in the life of collective visits, as there are two wipes on the way: to reconcile all the lands of the European Union at once from the sphere of the world of them, for the skin.

European solidarity is the key to success in overcoming contradictions. Ale solidarity is guilty of being nasty. Unsightly permissiveness of narrow-mindedness European political crochet with thoughts, interests and peculiarities of the skin region. Flexible solidarity is the most realistic way for the much-needed integration of many strands of European migration policy.

At present, the European Union is stepping up its efforts to establish an effective and secure European migration policy, in compliance with the Geneva Convention and with a view to protecting human rights.

The article considers the problems of EU migration policy, their causes, threats to the national security of member states. The normative-legal acts adopted for the settlement of this issue have been studied. The presenter of the migrant crisis was held, submitted on the basis of the certificate. Analyzed the positions of adherents and opponents to the received migrants. The statement of the migratory policy and the key moments of the date for the development of the last rockets at the UC has been submitted. An analysis of the consequences for the EU's internal security caused by the increase in the number of immigrants observed in recent years: the security of immigrants, commercial courts and the Member States of the European Union. The article raises the issue of the crisis of the principles of solidarity and fair distribution of responsibilities. In conclusion, options for improving EU migration policy are proposed.

Key words: *migration, migration policy, European Union, migration crisis, migrant, refugees.*

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.