3
2021 (301)

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:

Бакалінська О.О.
Бобрик В.І.
Вавженчук С.Я.
Васильєва В.А.
Коструба А.В.
Крупчан О.Д.
Махінчук В.М.
Пацурія Н.Б.
Стефанчук М.О.
Федорченко Н.В.
Роберт Табашевський
(Польща)

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Кирило Анісімов
Браузер-обгортковий ліцензійній договір: сутність та зміст..... 5

Олександра Кармаза
Використання видів (форм) штучного інтелекту
в нотаріальному процесі України: проблеми та шляхи вирішення.....13

Богдан Карнаух
Деліктна відповідальність органів публічної влади
за Цивільним кодексом України.....19

Єлизавета Кібець
Поняття товару, що містить дизайнерське рішення,
у системі транскордонної охорони інтелектуальних прав.....25

Оксана Кіріяк
Співвідношення понять «термін» і «момент у часі»
за цивільним законодавством України.....32

Сергій Короєд
Відступлення права власника на витребування нерухомого майна
із чужого незаконного володіння (цесія віндикаційної вимоги).....37

Ганна Крушельницька
Цивільно-правові аспекти донації ембріонів людини in vitro.....43

Наталія Процьків, Володимир Никифорак
Використання принципу contra proferentem
у правозастосовній практиці.....50

Ілона Самойлова
Спадковий договір: правова природа за законодавством України
та країн Європи.....54

Альона Силкіна
Способи захисту телеформату у праві інтелектуальної власності.....60

Олександр Соболєв
Право на батьківство та материнство: виклики часу.....65

Володимир Шемонаєв
Морський протест під час оформлення загальної аварії
як спосіб забезпечення доказів для підтвердження юридичних фактів.....70

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олена Борщевська
Судовий імунітет держави в розгляді приватноправових спорів за участю іноземних осіб....77

Оксана Вінник, Ольга Шаповалова, Тетяна Попович
Юридична наука, юридична освіта й цифровізація: окремі аспекти взаємодії.....83

Тетяна Капцова
Прогалина в праві як передумова застосування юридичної аналогії.....90

Веста Малолітнева
«Зелені» й соціально відповідальні закупівлі держави: посилення публічних начал у правовому регулюванні та нові умови міжнародної конкуренції.....99

Віталій Олефір
Основні механізми та засоби державного регулювання зовнішньоекономічних відносин.....108

Галина П'ятницька, Наталія Федорченко, Ніла П'ятницька, Олег Григоренко
Державне регулювання організації харчування в закладах загальної середньої освіти.....115

Тетяна Швидка
Проблеми забезпечення добросовісної конкуренції та впровадження правил ринкової економіки.....126

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ніна Гетьманцева, Ганна Митрицька
Правові засоби в механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці.....132

Олександра Погорєлова
Щодо пріоритетного напряму розвитку доктрини трудового права в умовах світової інтеграції у правовій сфері та дефіциту гідної праці в глобальній економіці.....141

Михайло Пожидаєв
Правове регулювання права на працю інтернованих осіб.....146

Ольга Храбатин
Ефективність колективного договору як показник реалізації колективно-договірного регулювання.....151

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Людмила Асанова
Місце електронного документообігу в загальній системі діловодства.....156

Яна Бенедик, Василь Бенедик
Зарубіжний досвід формування систем декларування статків суддями.....161

Григорій Грянка
Земельні відносини як об'єкт охорони нормами адміністративно-деліктного права.....169

Олексій Дніпров
Адміністративно-правові відносини в умовах трансформації предмета адміністративного права.....175

Юрій Лавренюк
Систематизація регулятивних адміністративно-правових гарантій законності діяльності із забезпечення економічних інтересів України.....180

Ярослава Лакійчук
Історико-правові засади розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху в Україні.....185

Владислав Пінчук
Поняття, ознаки та основні форми адміністративно-юрисдикційної діяльності.....191

Владислав Сулацький
Поняття та структура адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України..... 196

Ольга Царенко, Роман Стецун
Публічне адміністрування морського простору..... 201

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Карім Ємельяненко
Утворення старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах..... 207

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Павло Пилипишин
Індивідуалістична концепція у філософії права Френсіса Бекона..... 212

Дмитро Стрілко
Правовий нігілізм та шляхи його подолання в сучасних умовах..... 216

Юлія Тріпак, Тетяна Міхайліна
Реалізація права на посмертну та постмортальну репродукцію: порівняльно-правовий аспект... 221

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Олена Олійник
Зумовленість виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин принципами кримінального права..... 226

Тімеа Прокопчук
Міжнародні стандарти кримінально-правової охорони інформації з обмеженим доступом.... 232

Олександра Смушак, Богдан Дердюк
До питання про зміст поняття «причетність до кримінального правопорушення»..... 240

КРИМІНОЛОГІЯ

Марина Хоменко, Михайло Романов
Європейський суд з прав людини у механізмі захисту прав засуджених..... 244

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Олена Гарасимів, Олександра Захарова, Олена Ряшко
Угода про визнання винуватості у кримінальному провадженні..... 249

Андрій Жук
Роль прокурора в механізмі охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного в разі застосування запобіжного заходу «тримання під вартою»..... 254

Володимир Клочков
Організація і процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням..... 260

Віктор Халявка, Олександр Юрчик
Причинний зв'язок між діями учасників дорожнього руху та виникненням дорожньо-транспортної пригоди..... 268

Олександр Цивінський, Оксана Дуфенюк
Оптимізація проведення позапланових ревізій, перевірок та призначення економічних експертиз у кримінальному провадженні..... 276

Валерія Чернецька
Види судових допитів у кримінальному процесі України..... 284

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

Олег Щиголь
Забезпечення прав потерпілого на збирання та подання доказів під час досудового розслідування..... **289**

КРИМІНАЛІСТИКА

Владислав Негребецький
Біометричні технології в криміналістиці: функції та можливості використання..... **296**

Микола Павлик
Комплекси тактичних операцій у розслідуванні кримінальних правопорушень у сфері надання послуг із працевлаштування за кордоном..... **300**

СУДОУСТРІЙ

Ольга Демидюк
Теоретичні засади формування Вищої ради правосуддя..... **306**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Мальвіна Грушко, Катерина Мануїлова
Концепція перехідного правосуддя в умовах збройного конфлікту в Україні..... **312**

Володимир Пилипенко
Застосування норм міжнародного гуманітарного права до збройних конфліктів міжнародного й неміжнародного характеру в контексті воєнних злочинів..... **317**

РЕЦЕНЗІЇ

Тетяна Коваленко
Рецензія на монографію Н. О. Багай «Теоретичні проблеми розвитку аграрного законодавства України»..... **324**

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 № 3 від 24.03.2021 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 25.03.2021. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 28,53. Обл.-вид. арк. 35,82.
Тираж – 255. Замовлення № 0421/130
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 347.441
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.01

Кирило Анісімов,
аспірант кафедри цивільного права № 2
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

БРАУЗЕР-ОБГОРТКОВИЙ ЛІЦЕНЗІЙНІЙ ДОГОВІР: СУТНІСТЬ ТА ЗМІСТ

Статтю присвячено дослідженню браузер-обгорткових ліцензійних договорів як виду обгорткових ліцензійних договорів. Автором розглянуті проблемні аспекти таких договорів як договірної конструкції зі спрощеним порядком укладення. Проаналізовано релевантне міжнародне та іноземне цивільне законодавство. Окрема увага присвячена висвітленню здобутків судової практики США та деяких країн-членів ЄС щодо кола питань, які стосуються дійсності браузер-обгорткових ліцензійних договорів та порядку їх укладення. Встановлено, що спрощений порядок укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів полягає в тому, що вони є договорами приєднання. На відміну від інших видів обгорткових ліцензійних договорів, у разі укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів згода ліцензіата досить часто не засвідчується певною активною дією. Таким чином, акцепт може бути здійснено як конклюдентними діями, так і шляхом мовчання. З'ясовано, що пропозиція укласти договір надходить у стандартних формах та має містити істотні умови ліцензійного договору, виражати намір ліцензіара вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття. Водночас запропоновано низку додаткових вимог до оферти та акцепту досліджуваних договорів з урахуванням специфіки їх укладення в електронній формі. На основі огляду чинного вітчизняного цивільного законодавства та актуальних законопроєктів, які стосуються окресленої проблематики, розроблено науково-теоретичне підґрунтя для можливості подальшого використання браузер-обгорткових ліцензійних договорів в Україні. Проблематика дотримання письмової форми та індивідуалізації сторін браузер-обгорткових ліцензійних договорів потребує інтенсифікації наукових досліджень з метою забезпечення ефективності розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Проведений аналіз браузер-обгорткових ліцензійних договорів є необхідним етапом комплексного дослідження правової природи обгорткових ліцензійних договорів, визначення їх місця у системі вітчизняного цивільного права.

Ключові слова: браузер-обгортковий ліцензійний договір, обгорткові ліцензійні договори, публічні ліцензійні договори, ліцензійні договори зі спрощеним порядком укладення, ліцензійний договір на основі публічної пропозиції, електронні ліцензійні договори.

Постановка проблеми. Нині розвиток Інтернету та сучасних технологій значним чином впливає на світове суспільство. Останніми десятиліттями суттєвих змін зазнали патерни людської взаємодії, про що свідчать, наприклад, повсюдне використання інформаційно-комунікаційних технологій, різноманітні аспекти культури консюмеризму у розрізі стрімкого зростання електронної комерції. При цьому чітко простежується тенденція до уніфікації та спрощення регуляторів економічного обороту з метою сприяння розвитку масових ринків. Окрема увага за цих умов присвячується вдосконаленню юридичних механізмів розпорядження майновими права інтелектуальної власності.

Так, у світовій юридичній практиці значного поширення набули обгорткові ліцензійні договори. За рахунок спрощеного порядку укладення вони зарекомендували себе як зручна та ефективна договірна конструкція. Основний внесок у розуміння, становлення та розвиток такого цивільно-правового інструменту було зроблено завдяки науковим доробкам учених-правників та напрацюванням судової практики США і країн-членів ЄС. Проте натепер дискусійними залишаються питання порядку укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів. Зокрема, актуальним з дослідницької точки зору є виокремлення конкретних вимог для дійсності таких договорів з урахуванням сучасних реалій на ринку програмного забезпечення та баз даних.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Належна увага питанням, які пов'язані з дійсністю та особливостями укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів, в українській доктрині цивільного права не приділена. Науково-теоретичним підґрунтям цієї статті стали розробки В. І. Борисової, В. С. Мілаш, Н. Ю. Філатової, А. В. Чучковської та деяких інших вітчизняних учених. Водночас проблематика браузер-обгорткових ліцензійних

© К. Анісімов, 2021

договорів розроблена у працях іноземних фахівців, як-то: Дженніфер Деброу, Сільвія К'єркегор, Крістіна Кунц, Марк Лемлі, Джульєтта Морінгелло, О. І. Савельєв тощо. Особлива увага приділена аналізу судової практики США та країн-членів ЄС щодо використання та функціонування браузер-обгорткових ліцензійних договорів.

Метою статті є дослідження браузер-обгорткових ліцензійних договорів як виду обгорткових ліцензійних договорів, з'ясування особливостей оферти та акцепту в таких договірних конструкціях. Задля досягнення вказаної мети сформульовано такі завдання: визначити проблемні аспекти браузер-обгорткових ліцензійних договорів як договірної конструкції зі спрощеним порядком укладення; зробити огляд міжнародного та іноземного цивільного законодавства щодо окресленої проблематики; проаналізувати судову практику щодо дійсності браузер-обгорткових ліцензійних договорів; з'ясувати стан релевантного вітчизняного цивільного законодавства та шляхи забезпечення ефективності браузер-обгорткових ліцензійних договорів як регулятора відносин, які складаються під час розпорядження майновими правами інтелектуальної власності; розробити пропозиції з удосконалення чинного цивільного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Браузер-обгорткові («browse-wrap») ліцензійні договори входять до групи обгорткових ліцензійних договорів на рівні з коробковими обгортковими («shrink-wrap») та клік-обгортковими («click-wrap») ліцензійними договорами. Загалом їх об'єднує те, що вони є ліцензійними договорами зі спрощеним порядком укладення. Такий порядок полягає в тому, що ліцензіар встановлює умови договору у певних стандартних формах, а ліцензіат може приєднатися до договору лише в цілому, без переговорів та можливості запропонувати власні умови [1, с. 317]. Водночас браузер-обгорткові ліцензійні договори, як і клік-обгорткові ліцензійні договори, є електронними договорами, що також визначає певну специфіку їх використання у цивільному обороті.

У закордонній літературі зазначається, що браузер-обгорткові ліцензійні договори почали активно застосовувати з метою регулювання використання інформації та надання послуг, що знаходяться на веб-сайтах [2, с. 1172-1173]. Необхідно констатувати, що нині в Інтернеті такі договірні конструкції хоч і є дуже поширеними, але водночас залишаються найбільш контроверсійним видом обгорткових ліцензійних договорів. Здебільшого дискусії навколо цих договорів пов'язані з поглядами на специфіку вираження оферти та здійснення акцепту. Адже у разі відкриття веб-сайту користувачу або надається можливість перейти за гіперпосиланням та ознайомитися з умовами ліцензійного договору, або з'являється текстове попередження про те, що користувач погоджується на умови такого договору, якщо продовжує користуватися веб-сайтом. Відсутність явної згоди ліцензіата у таких випадках полягає в тому, що йому не потрібно засвідчити її певною активною дією. Така характеристика істотно відрізняє браузер-обгортковий ліцензійний договір від коробкових та клік-обгорткових ліцензійних договорів. Ситуація також суттєво ускладнюється наявністю великої варіативності повідомлень на веб-сайтах із пропозицією укласти конкретний ліцензійний договір [3]. Але основною проблемою є те, що, не вимагаючи явного та беззаперечного акцепту, ліцензіару вкрай важко звернути увагу користувача на існування ліцензійного договору, адже користувач не може прийняти умови оферти, якщо він про неї і не знає.

Для подальшого дослідження браузер-обгорткових ліцензійних договорів необхідно приділити належну увагу вивченню та аналізу міжнародного досвіду їх застосування, а також іноземного законодавства та судової практики щодо окресленого кола проблемних питань.

Згідно з положеннями Типового закону про електронну торгівлю ЮНСІТРАЛ під час укладення договорів оферта та її акцепт можуть проводитися за допомогою повідомлень даних [4]. Також у цьому Типовому законі запропоноване таке правило: якщо законодавство вимагає, щоб інформація була представлена в письмовій формі, ця вимога вважається виконаною шляхом представлення повідомлення даних, якщо інформація у ньому є доступною для її подальшого використання.

Подібні положення були закріплені у Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах [5]. У випадках, коли законодавство вимагає, щоб повідомлення або договір були представлені в письмовій формі, або передбачає настання певних наслідків у разі відсутності письмової форми, ця вимога вважається виконаною шляхом подання електронного повідомлення, якщо інформація, що в ньому міститься, є доступною для її подальшого використання.

У США Національною конференцією уповноважених з питань єдиних державних

законів (NCCUSL) з метою регулювання електронних транзакцій були розроблені два нормативно-правові акти: Єдиний закон про електронні транзакції (UETA) та Єдиний закон про комп'ютерні інформаційні транзакції (UCITA). UETA регулює широку сферу суспільних відносин, і відповідно до положень цього закону договори можуть вільно укладатися в електронній формі [6]. UCITA має вужче застосування – договори та транзакції з «комп'ютерною інформацією» [7]. Наприклад, ліцензійний договір щодо використання програмного забезпечення або баз даних може бути укладений в електронному вигляді, особисто чи іншими способами. Основною ціллю розробки UCITA була уніфікація та унормування практики використання обгорткових ліцензійних договорів, їх законодавче визнання з метою стимулювання розвитку масового ринку програмного забезпечення.

Однак необхідно підкреслити, що UETA та UCITA, як і інші єдині закони, що розробляються NCCUSL, не мають юридичної сили у відповідному штаті, поки у цьому штаті не прийнято такий закон через визначену процедуру. Так, UETA прийняли 48 штатів, округ Колумбія та Віргінські острови Сполучених Штатів. Але лише два штати прийняли UCITA: Вірджинія та Меріленд. Деякі американські правники вказували, що основна проблема цього закону – це те, що він не вирішує колізію між федеральним законодавством про авторське право та договірним законодавством штатів [8, с. 100-101]. Більш того, положення UCITA зазнали сильної критики у американських наукових колах, оскільки надмірно захищають ліцензіара та створюють диспропорцію у правах і обов'язках сторін ліцензійного договору [9, с. 461].

Водночас це не зашкодило розвитку обгорткових ліцензійних договорів, адже, використовуючи такі договірні конструкції, сторони спиралися на розроблені у договірній доктрині загального права концепції оферти, акцепту та взаємної згоди [10]. Науковим підґрунтям для використання браузер-обгорткових ліцензійних договорів у США стала доктрина щодо стандартних договорів (маються на увазі договори приєднання у розумінні вітчизняної цивілістики)[1]. К. Н. Ллевеллін, видатний американський правник та один із розробників Єдиного комерційного кодексу США, зазначав, що контрагент, насправді, ніколи не погоджується з усіма умовами стандартних договорів; однак, доки умови договору, що містяться у певних стандартних формах, не є несправедливими за формою або за суттю, суди мають сприяти забезпеченню їх належного виконання у разі, якщо сторони надали згоду на укладення договору [11].

Термін «browse-wrap» стосовно порядку укладення ліцензійного договору було вперше вжито у судовій практиці США, а саме у рішенні Окружного суду США для Східного округу Каліфорнії у справі Pollstar v. Gigmania Ltd. від 17 жовтня 2000 року [12]. Судом було встановлено, що фактично користувачі веб-сайту не отримували належного попередження про те, що використання зазначеної бази даних регулюється ліцензійним договором. При цьому суд виходив із того, що, по-перше, таке попередження з'являлося у повідомленні, яке було надруковано дрібним сірим шрифтом на сірому фоні; по-друге, ліцензійний договір містився на окремій веб-сторінці, на яку можна було перейти за гіперпосиланням. Але це гіперпосилання не було підкреслено, що порушувало «common Internet practice». Таким чином, суд дійшов висновку, що за вищезазначених обставин оскаржений договір не підлягає виконанню. Однак судом, по суті, не відкидалася сама можливість укладення браузер-обгорткових ліцензійних договорів.

Іншою справою, що безпосередньо стосувалася браузер-обгорткових ліцензійних договорів, була Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. [13]. Аналізуючи те, як договір було розміщено на сайті, суд не дійшов висновку щодо існування ліцензійного договору між сторонами. Але було зазначено, що ліцензійний договір не може бути визнано недійсним лише через те, що він представлений у браузер-обгортковій формі. Вже згодом Ticketmaster переробили власний веб-сайт: посилання із повідомленням про умови ліцензійного договору з'являлися на яскравому фоні на початку веб-сторінки. Суд підкреслив, що новий варіант оформлення веб-сайту надає достатнє попередження про наявність умов його використання [14].

У справі Register.com, Inc. vs Verio, Inc. окружний суд Південного округу Нью-Йорка вперше чітко визнав, що браузер-обгорткові ліцензійні договори є дійсними, якщо користувачі-ліцензіати отримують чітку та явну оферту [15]. Суд погодився з позивачем у тому, що умови ліцензійного договору належним чином були опубліковані на веб-сайті, а повідомлення явно попереджало ліцензіата-користувача про те, що відправка запиту до бази даних становить акцепт такого договору. Отже, браузер-обгортковий ліцензійний договір було укладено, і такий договір, безумовно, був дійсним. Суд посилався

[1] Більш детально у статті № 1

у своєму рішенні на Другий звід норм договірного права. Так, навіть мовчання можна розглядати як згоду на укладення договору, у разі якщо користувач знає про умови договору, має можливість відмовитись від укладення і все одно користується благами, що надає укладення договору. Суд був переконаний, що такі положення доречно описують специфіку акцепту у браузер-обгорткових ліцензійних договорах.

У законодавство країн-членів ЄС імплементована Директива 2000/31/ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») від 8 червня 2000 року [16]. Відповідно до її положень держави-члени ЄС мають гарантувати, що їхня правова система передбачає укладення контрактів за допомогою електронних засобів. Також у Директиві встановлено мінімальний перелік інформації, яка має бути надана під час укладення контракту в електронному вигляді, зокрема: різні технічні заходи на шляху до укладення контракту; чи буде укладений контракт, прийнятий постачальником послуг, та чи буде він доступним; технічні засоби ідентифікації та виправлення помилок вводу до розміщення запиту; мови, запропоновані для укладення контракту. Водночас Директива про електронну комерцію не оперує поняттями «оферта» та «акцепт». Отже, визначення цих понять є дискрецією національних правових систем. Наприклад, те, що є лише запрошенням зробити оферту за англійським правом, у датському чи іспанському цивільному праві розглядається як повноцінна оферта з усіма наслідками, що випливають із цього [17].

Модельні правила європейського приватного права (DCFR) також не передбачають визначення оферти та акцепту [18]. Однак вони містять інші важливі для існування браузер-обгорткових ліцензійних договорів положення. По-перше, у DCFR встановлено, що у разі, коли договір укладається за допомогою електронних засобів, сторона, яка запропонувала умови, які не були узгоджені спеціально, може посилатися на них у відносинах з іншою стороною, коли вони доведені до відома іншої сторони у формі тексту. Така інформація має бути доступна для ознайомлення у майбутньому протягом розумного періоду часу. По-друге, у DCFR підкреслено, що для письмової форми договору не є обов'язковою наявність підпису сторони. Така норма насамперед спрямована на договори, що укладаються в електронній формі, адже вони призначені для задоволення потреб у простоті та ефективності цивільного обороту.

Відзначимо, що законодавство країн-членів ЄС щодо ліцензійних договорів, а саме стосовно вимог до форми таких договорів, не є уніфікованим. Наприклад, в Іспанії, Ірландії, Італії, Нідерландах, Німеччині ліцензійний договір може бути укладено як у письмовій формі, так і в усній, а у Франції недотримання обов'язкової письмової форми призводить до недійсності ліцензійного договору в цілому [19].

Хоча на рівні ЄС відсутня стала та єдина судова практика щодо браузер-обгорткових ліцензійних договорів, однак у низці національних правових систем наявні окремі судові рішення. Їх аналіз також необхідний для отримання загального уявлення щодо ставлення судів країн ЄС до спрощених порядків укладення ліцензійних договорів. Вищий регіональний суд вільного та ганзейського міста Гамбург, виходячи із фактичних обставин справи, визнав обгортковий браузер-ліцензійний договір таким, що не має юридичної сили [20]. Аргументація судом такого рішення була схожа з вищерозглянутим рішенням Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. Умови ліцензійного договору не були належним чином доведені до ліцензіата, а отже, такі умови не могли стати частиною договору.

Окружний суд Роттердама підтвердив дійсність браузер-обгорткового ліцензійного договору у справі Netwise v. NTS Computers [21]. Судом було враховано, що NTS Computers здійснювала професійну маркетингову діяльність, а отже, мала враховувати, що для ліцензіара є небажаним використання ліцензіатами бази даних для розсилки спаму і він прагне уникнути цього, встановлюючи обмеження на використання об'єкта права інтелектуальної власності. NTS Computers, як професійний користувач, також мала розуміти, що за легкодоступним посиланням на домашній сторінці веб-сайту знаходяться конкретні умови ліцензійного договору. Таким чином, суддя дійшов висновку, що NTS Computers прийняла пропозицію укласти договір тим, що використовувала інформацію в довіднику; умови договору при цьому були донесені належним чином, а отже, браузер-обгортковий ліцензійний договір був укладеним та дійсним.

У вітчизняному цивільному законодавстві питання, що пов'язані з використанням браузер-обгорткових ліцензійних договорів, не мають належного законодавчого забезпечення. Браузер-обгорткові ліцензійні договори, як й інші види обгорткових ліцензійних договорів, засновані на моделі договору приєднання, яка передбачена статтею 634 Цивільного кодексу України [22]. Зокрема,

у Листі Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України № 16-09/2127 від 16.05.2005 міститься роз'яснення щодо коробкових обгорткових ліцензійних договорів, а саме те, що до них застосовуються положення статті 634 ЦК про договір приєднання [23].

Загалом, у разі використання браузер-обгорткових ліцензійних договорів пропозиція укласти договір надходить від ліцензіара у стандартних формах. Щоб така пропозиція розглядалася як оферта, вона має містити істотні умови ліцензійного договору та виражати намір ліцензіара вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття. Окрім цього, існує низка вимог, яким має відповідати оферта у браузер-обгорткових ліцензійних договорах.

По-перше, ліцензіат має бути належним чином повідомлений про існування умов ліцензійного договору [24, с. 291]. Більш того, повідомлення має бути максимально інформативним щодо умов конкретного договору.

По-друге, ліцензіат має бути забезпечений можливістю переглянути умови договору. Варто зазначити, що відповідно до положень частини 5 статті 11 Закону України «Про електронну комерцію» оферта може включати умови, що містяться в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до нього, за умови безперешкодного доступу до таких документів [25].

По-третє, ліцензіат має бути належним чином повідомлений про те, що становить акцепт браузер-обгорткового ліцензійного договору. Більш детально це було описано вище, в аналізі справ Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. та Register.com, Inc. vs Verio, Inc.

Акцепт браузер-обгорткового ліцензійного договору досить часто відбувається шляхом виконання певних дій. У цьому разі такі дії щодо акцепту можна розцінювати як конклюдентні дії. Але є чимало прикладів, коли браузер-обгортковий ліцензійний договір укладається мовчанням. Підтримуємо висновки, отримані Н. Ю. Філатовою. Авторка доводить, що хоч у такому випадку фактична життєздатність browsewrap-контрактів за українським законодавствам неможлива, але необхідно брати до уваги досвід іноземних країн та сфокусуватися на способі повідомлення акцептанта про наявність договору та його зміст [26, с. 72]. Водночас за ліцензіаром при цьому залишається обов'язок певним чином зафіксувати акцепт браузер-обгорткового ліцензійного договору ліцензіатом.

Доцільно констатувати, що, незважаючи на світові тенденції до поширення використання досліджуваних договірних конструкцій, натепер положення цивільних нормативно-правових актів не дають змоги укладати браузер-обгорткові ліцензійні договори. Адже згідно з положеннями статті 1107 ЦК України ліцензійний договір має бути укладений у письмовій формі, а у разі недодержання цієї вимоги такий договір є нікчемним. Враховуючи частини 2 і 3 статті 207 ЦК України можна зробити висновок, що лише той ліцензійний договір може вважатися правочином, який укладений у письмовій формі, що підписаний електронним підписом чи іншим аналогом власноручного підпису. Але і чинне законодавство України про електронні підписи також здебільшого колізійне та недосконале. Наприклад, невирішеним залишається питання щодо правового значення звичайного електронного підпису за Законом України «Про електронний цифровий підпис», а Закон України «Про електронну комерцію» фактично прирівняв його до електронного цифрового підпису. Такий стан речей змушує законодавця та наукову спільноту звернути увагу на проблематику застосування в Україні ліцензійних договорів зі спрощеним порядком укладення, що також виражається у конкретних пропозиціях з удосконалення чинного цивільного законодавства.

У проєкті Закону України «Про авторське право і суміжні права», який був опублікований на веб-сайті Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України 10 березня 2020 року, передбачено, що ліцензійний договір може бути укладено як договір приєднання (ч. 4 ст. 52) [27]. А у статті 53 запропоновано ввести в обіг поняття «публічний ліцензійний договір» та фактично узаконити обгорткові ліцензійні договори у цивільному законодавстві. Так, за ліцензіаром та ліцензіатом визнається право укласти ліцензійний договір щодо використання об'єктів авторського права і (або) суміжних прав на основі публічної пропозиції (оферти), а поширенням публічної пропозиції є її оприлюднення ліцензіаром разом із копією об'єкта авторського права і (або) суміжних прав з наданням можливості дистанційного ознайомлення з нею необмеженому колу осіб з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем (ч. 1 ст. 53). Частина 2 цієї ж статті закріплює, що публічний ліцензійний договір вважається укладеним з моменту прийняття такої пропозиції іншою стороною (ліцензіатом); прийняттям іншою стороною (ліцензіатом) публічної пропозиції вважається вчинення дій, які виражають згоду з її

умовами, у спосіб, передбачений публічною пропозицією, в тому числі за допомогою технічних засобів зв'язку.

Ці зміни до вітчизняного цивільного законодавства до цього пропонувалися у проєкті Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав № 7539 від 01.02.2018 [28]. Але було запропоновано доповнити саме Цивільний кодекс України статтею 1111[1] «Ліцензійний договір на основі публічної пропозиції», що була аналогічною за змістовим наповненням.

У проєкті Закону про авторське право і суміжні права № 10143 від 12.03.2019 передбачена можливість укладати ліцензійний договір як публічний договір [29]. Проте вважаємо, що у вищезгаданих проєктах процедура укладення обгорткових ліцензійних договорів прописана більш вдало і детально.

Також варто підкреслити, що у Концепції оновлення Цивільного кодексу України окрема увага приділяється саме уточненню форми правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та порядку укладення публічного ліцензійного договору [30, с. 33]. Автори Концепції зазначають, що у зв'язку з широким використанням в іноземних державах ліцензій відкритого доступу до твору пропонується у главі 75 ЦК України передбачити можливість укладення правочинів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності в електронній формі, а також правила про порядок укладення публічного ліцензійного договору. Водночас це має відбуватися поряд із загальним переосмисленням підходів до форми правочину, оновленням їх доктринальних засад.

Висновки

На підставі проведеного дослідження зроблено такі узагальнення. Браузер-обгорткові ліцензійні договори є одним із видів обгорткових ліцензійних договорів. Ці договірні конструкції характеризуються спрощеним порядком укладення. Такий порядок полягає в тому, що ліцензійний договір укладається як договір приєднання, а отже, ліцензіат позбавлений можливості проводити переговори або пропонувати власні умови та приєднується до договору лише в цілому.

Пропозиція укласти браузер-обгортковий ліцензійний договір встановлюється у стандартних формах, має містити істотні умови ліцензійного договору та виражати намір ліцензіара вважати себе зобов'язаним у разі її прийняття. З урахуванням специфіки акцепту досліджуваних договорів та з метою забезпечення їх дійсності до оферти також варто висувати такі вимоги: 1) ліцензіат має бути належним чином повідомлений про існування умов ліцензійного договору; 2) ліцензіат має бути забезпечений можливістю переглядати умови договору; 3) ліцензіат має бути належним чином повідомлений про те, що становить акцепт браузер-обгорткового ліцензійного договору.

Акцепт при цьому здійснюється як конклюдентними діями, так і шляхом мовчання. Ліцензіар при цьому має певним чином фіксувати такий акцепт браузер-обгорткового ліцензійного договору ліцензіатом.

Загалом, хоча іноземна судова практика щодо використання браузер-обгорткових ліцензійних договорів сьогодні не є сталою, суди у США та країнах-членах ЄС допускають можливість дійсності досліджуваних договорів за умови дотримання низки наведених вище вимог. Проаналізована судова практика засвідчує явні тенденції щодо спрощення та пожвавлення цивільного обороту у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Чинне вітчизняне законодавство залишається занадто формалізованим та колізійним у питаннях, що стосуються обов'язкової письмової форми ліцензійного договору. Огляд проєктів нормативно-правових актів, які спрямовані на введення у цивільне право України ліцензійних договорів зі спрощеним порядком укладення, підтверджує необхідність модернізації цивільного законодавства. При цьому мають бути враховані положення міжнародних актів та іноземний досвід щодо письмової та електронної форми договорів.

Проведене дослідження також формує належний емпіричний базис для подальшого глобального вивчення обгорткових ліцензійних договорів у цілому, створює засади для пошуку шляхів комплексної та оптимальної інтеграції таких договірних конструкцій у цивільне право України, надає можливість надалі підвищити ефективність ліцензійних договорів як універсального регулятора відносин у сфері розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Lemley M. A. Shrinkwraps in Cyberspace. *Jurimetrics Journal*. 1995. Vol. 35. P. 311–324. URL: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/juraba35&div=3&id=&page (дата звернення: 01.03.2021).

2. Davidson D. Click and Commit: What Terms are Users Bound to When They Enter Web-Sites? *William Mitchell Law Review*. 2000. Vol. 26. P. 1171-1203. URL: https://open.mitchellhamline.edu/wmlr/vol26/iss4/9 (дата звернення: 01.03.2021).

3. Block D. Caveat Surfer: Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction with Websites. *Loyola Consumer Law Review*. 2002. Vol. 14, Iss. 2. P. 227-244. URL: https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=lclr (дата звернення: 01.03.2021).

4. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998. United Nations publication. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf (дата звернення: 02.03.2021).

5. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. United Nations publication. 2005. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-57452_ebook.pdf (дата звернення: 02.03.2021).

6. Uniform Electronic Transaction Act. Uniform Act proposed by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1999. URL: https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=2c04b76c-2b7d-4399-977e-d5876ba7e034 (дата звернення: 02.03.2021).

7. Uniform Computer Information Transactions Act. Uniform Act proposed by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. 1999. URL: https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/ DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=d2a85b09-3e51-99b9-afd2-b6f1e43eff13&forceDialog=0 (дата звернення: 02.03.2021).

8. Founds G. L. Shrinkwrap and Clickwrap Agreements: 2B or Not 2B? *Federal Communications Law Journal*. 1999. Vol. 52, Iss. 1. P. 99-123. URL: https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol52/iss1/5 (дата звернення: 02.03.2021).

9. Macdonald B. D. Contract Enforceability: the Uniform Computer Information Transaction Act. *Berkeley Technology Law Journal*. 2001. Vol. 16. P. 461–484. URL: www.jstor.org/stable/24119932 (дата звернення: 02.03.2021).

10. Winters D. K. Contract Formation and Enforcement on the Internet. *Mealey's Litigation Report: Cyber Tech & E-Commerce*. April 2003. URL: https://www.lawinsider.com/documents/gDfQFLzBDEq (дата звернення: 02.03.2021).

11. Llewellyn K. N. What Price Contact? – an Essay in Perspective. *Yale Law Journal*. 1931. Vol. 40. P. 704-751. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3470&context=ylj (дата звернення: 02.03.2021).

12. Case of Pollstar v. Gigmania Ltd. (170 F. Supp. 2d 974): Judgement of United States District Court for the Eastern District of California. October 17, 2000. URL: http://www.ecases.us/case/caed/c2402361/pollstar-v-gigmania-ltd (дата звернення: 02.03.2021).

13. Case of Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. (CV 99-7654 HLH (BQRx)): Judgement of US District Court for the Central District of California. March 27, 2000. URL: https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-2 (дата звернення: 02.03.2021).

14. Case of Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. (Case No. CV99-7654-HLH (VBKx)): Judgement of US District Court for the Central District of California. March 7, 2003. URL: https://casetext.com/case/ticketmaster-corp-v-ticketscom-inc-cdcal-2003?q=Ticketmaster%20Corp.%20v.%20Tickets.com,%20Inc.%20&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case&resultsNav=false (дата звернення: 02.03.2021).

15. Case of Register.com, Inc. vs Verio, Inc. (126 F. Supp. 2d 238): Judgement of US District Court for the Southern District of New York. Dec 8, 2000. URL: https://casetext.com/case/registercom-inc-v-verio-inc?q=Register.com,%20Inc.%20vs%20Verio,%20Inc.%20&PHONE_NUMBER_GROUP=P&sort=relevance&p=1&type=case&resultsNav=false (дата звернення: 02.03.2021).

16. Directive on electronic commerce: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000. EU Law. 2000. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32000L0031 (дата звернення: 03.03.2021).

17. Kierkegaard S. M. E-Contract Formation: U.S. and EU Perspectives. *Washington Journal of Law, Technology & Arts*. 2007. Vol. 3, Iss. 3. URL: https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol3/iss3/5/ (дата звернення: 03.03.2021).

18. Модельные правила европейского частного права: пер. с англ. / научн. ред. Н. Ю. Рассказова. Москва: Статут, 2013. URL: https://laws.studio/soyuza-evropeyskogo-pravo/modelnyie-pravila-evropeyskogo-chastnogo.html (дата звернення: 03.03.2021).

19. Канашевский В. А. Лицензионный договор в законодательстве и практике зарубежных государств. *Закон*. 2011. № 12. URL: https://igzakon.ru/magazine/article?id=3530 (дата звернення: 03.03.2021).

20. Rechtsprechung (3 U 168/00): Oberlandesgericht Hamburg. 13.06.2002. URL: https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Hamburg&Datum=13.06.2002&Aktenzeichen=3%20U%20168/00 (дата звернення: 03.03.2021).

21. Netwise Publications v. NTS Computers (nr. 185313/KGZA02-1068): Rechtbank Rotterdam. 05.12.2002. URL: https://www.navigator.nl/document/id99220021205185313kgza021068computerrecht2003dosred/ecli-nl-rbrot-2002-af2059-computerrecht-2003-p-149-rb-rotterdam-vzr-05-12-2002-nr-185313-kgza02-1068-netwise-publications-nts-computers (дата звернення: 03.03.2021).

22. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/435-15 (дата звернення: 04.03.2021).

23. Щодо дотримання авторських прав на комп'ютерні програми : лист Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти та науки України від 16.05.2005 № 16-09/2127. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/415344___415409 (дата звернення: 04.03.2021).

24. Debrow J. C., Kunz C. L., Moringiello J. M., Ottaviani J. E., Porter K. M., Ziff E. D. Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements. *The Business Lawyer*. 2003. Vol. 59, No. 1. P. 279-312. URL: https://www.jstor.org/stable/40688197 (дата звернення: 04.03.2021).

25. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. Дата оновлення: 19.04.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text (дата звернення: 04.03.2021).

26. Філатова Н. Ю. Регулювання особливостей укладення електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 63-77.

27. Проєкт Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 10.03.2020. URL: https://www.me.gov.ua/Documents/Detail?title=ProktZakonuUkrainiproAvtorskePravoISumizhniPrava (дата звернення: 04.03.2021).

28. Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань авторського права і суміжних прав: від 01.02.2018 № 7539. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63399 (дата звернення: 04.03.2021).

29. Проєкт Закону про авторське право і суміжні права: від 12.03.2019 № 10143. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65661 (дата звернення: 04.03.2021).

30. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім "АртЕк", 2020. 128 с.

Kyrylo Anisimov. Browse-wrap license agreement: essence and content

The article is devoted to the study of browse-wrap license agreement as a type of wrap license agreements. The author reviews the problematic aspects of such agreements as a construction with a simplified conclusion procedure. Relevant international and foreign civil law is analyzed. Particular attention is given to the case law of the United States and some EU member states on issues concerning the validity of browse-wrap license agreements and their conclusion. It has also been found that the simplified conclusion procedure of browse-wrap license agreements consists in the fact that they are contracts of adhesion. Unlike other types of wrap license agreements, in case of browse-wrap license agreements the consent of the licensee is not always expressed by an active action. Thus, implicit action and silence can amount to acceptance. The offer to enter into an agreement usually comes in standard forms and must contain the essential terms of the license agreement, express the intention of the licensor to consider itself obliged in the event of acceptance. At the same time, additional requirements to the offer and acceptance of the studied agreements are presented. Considering the review of the current domestic civil legislation and current draft bills related to the outlined issues, a scientific and theoretical basis for the possibility of further use of browse-wrap license agreements in Ukraine has been developed. Issues of compliance with the written form and individualization of the browse-wrap license agreements parties require the research intensification to ensure the effectiveness of the disposal of intellectual property rights. The analysis of browse-wrap license agreements is a necessary step in a comprehensive study of the legal nature of wrap license agreements, determination of their place in the system of domestic civil law.

Key words: browse-wrap license agreement, wrap license agreements, public license agreements, license agreements with a simplified conclusion procedure, license agreement based on a public offer, electronic license agreements.

УДК 347.965.42
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.02

Олександра Кармаза,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: 0000-0003-4895-5220

ВИКОРИСТАННЯ ВИДІВ (ФОРМ) ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ВИРІШЕННЯ

Актуальність статті полягає в тому, що в Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-р, пропонується визнати пріоритетними сферами розвитку штучного інтелекту науку, право тощо. На розвиток положень цієї Концепції зазначимо, що різні види (форми) штучного інтелекту, як-от: комп'ютерні програми, інформаційні технології тощо – вже частково використовуються у цивілістичному процесі, однак що стосується нотаріального процесу, то їх запровадження перебуває лише на стадії обговорення і розробки. У статті досліджуються поняття «штучний інтелект», «робот», «електронна особа», «види (форми) штучного інтелекту». Доведено, що поняття «штучний інтелект» охоплює різні наукові сфери, різні методології його дослідження, інструменти тощо. Автор дійшов висновку про необхідність застосування в нотаріальному процесі, а надалі нормативного закріплення порядку, меж, способів та механізмів дії і взаємодії різних форм штучного інтелекту, таких як комп'ютерні програми, інформаційні технології зі штучного інтелекту, електронна особа (особистість). Зауважується, що термін «електронна особа (особистість)» є умовним та застосовується до роботів із високорозвиненим інтелектом, які мають фізичне перевтілення. Доведено, що робот зі штучним інтелектом в Україні не є суб'єктом процесуальних правовідносин чи суб'єктом інших правовідносин, але «електронна особа (особистість)» може набути такого правового статусу за умови, що будуть дотримані загальні принципи використання штучного інтелекту (принципи поваги до основних прав і свобод людини, недискримінації, якості та безпеки, прозорості, неупередженості, справедливості, контролю з боку людини тощо), а межі, порядок та способи її діяльності визначатимуться законом. При цьому норми права в частині використання штучного інтелекту повинні відповідати принципу юридичної визначеності та принципу верховенства права, передбаченим в Конституції України. Встановлено, що в Україні немає прямих юридичних або інших перешкод для запровадження деяких видів (форм) штучного інтелекту у нотаріальний процес, однак спеціального закону не прийнято. Видається доцільним розширити коло суб'єктів нотаріальних процесуальних правовідносин та надати право вчиняти деякі нотаріальні дії (незначної складності та за згодою сторін) електронній особі-нотаріусу (наприклад, щодо засвідчення достовірності копій (фотокопій) документів і виписок з них тощо).

Ключові слова: нотаріальний процес, суб'єкт нотаріальних процесуальних відносин, електронна особа (особистість), штучний інтелект, форми штучного інтелекту.

Постановка проблеми. Україна приєдналася до Рекомендацій Організації економічного співробітництва і розвитку з питань штучного інтелекту (Organisation for Economic Co-operation and Development, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449 [1]). У грудні 2020 року розпорядженням Кабінету Міністрів України схвалено Концепцію розвитку штучного інтелекту в Україні [2]. Беручи за основу зміст цих документів, дійдемо висновку, що одним з елементів механізму забезпечення прав та свобод людини і громадянина в нотаріальному процесі є використання штучного інтелекту. Разом із тим законодавство України не розкриває значення поняття «штучний інтелект», не визначає межі, умови та порядок використання видів (форм) штучного інтелекту. У юриспруденції не існує єдності у розкритті їхнього змісту. Науковці та практики єдині у думці щодо необхідності вдосконалення законодавства у сфері нотаріального процесу, зокрема в частині врегулювання відносин щодо запровадження електронного нотаріату, електронного доку-

© О. Кармаза, 2021

ментообігу в нотаріальному процесі тощо. Принагідно зазначимо, що термін «електронна особа (особистість)» закріплено в Резолюції від 16 лютого 2017 року Європейського парламенту з питань цивільно-правових норм про робототехніку (European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL) [3]). Будь-який розвиток завжди має позитивні та негативні сторони. Головне завдання – знайти баланс між ними, передбачити та не допустити незворотні наслідки, спрямувати розвиток штучного інтелекту на допомогу людині з дотриманням загальних принципів охорони та захисту прав та свобод людини і громадянина у суспільстві.

Стан дослідження. Нотаріальний процес як інститут юридичного процесу та галузь права, яка входить до складу цивілістичного процесу, що об'єднує самостійні приватні юридичні процеси (нотаріальний, цивільний, господарський, виконавчий), а також альтернативні недержавні форми захисту осіб, що мають процесуальний характер (медіаційний процес, третейський процес) та пов'язані спільною метою – забезпечення охорони, захисту та відновлення прав громадян та юридичних осіб, є предметом дослідження багатьох науковців, зокрема: В. Баранкова, В. Бобрик, М. Дякович, О. Кармаза, В. Косак, В. Комаров, І. Мельник, В. Черниш, К. Чижмарь, С. Фурса та ін. Через призму цивільного права щодо надання цивільної правоздатності та цивільної дієздатності «електронній особі (особистості)» останню піддавали науковому аналізу О. Баранов, М. Стефанчук, Є. Харитонов та О. Харитонова тощо. Натомість в Україні бракує праць щодо можливого визнання чи не визнання в майбутньому суб'єктом нотаріальних процесуальних відносин електронної особи (особистості) – нотаріуса, а також комплексного дослідження використання різних видів (форм) штучного інтелекту в нотаріальному процесі.

Отже **метою** статті є науково-практичний аналіз використання різних видів (форм) штучного інтелекту в нотаріальному процесі.

Виклад основного матеріалу. У Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. № 1556-р, пропонується визнати пріоритетними сферами розвитку штучного інтелекту науку, право тощо. На розвиток положень цієї Концепції зазначимо, що різні види (форми) штучного інтелекту, як-от: комп'ютерні програми, інформаційні технології тощо – вже частково використовуються у цивілістичному процесу, однак що стосується нотаріального процесу, то їх запровадження перебуває лише на стадії обговорення і розробки. Комплексний аналіз норм у сфері нотаріального процесу України доводить, що законодавство не використовує терміни «штучний інтелект», «робот», «електронна особа», «види (форми) штучного інтелекту», «бот», «цифрова особа» тощо, не врегульовано відносини щодо застосування ІТ-технологій у нотаріальному процесі тощо. Тому застосування видів (форм) штучного інтелекту у нотаріальному процесі є актуальним напрямом дослідження. Це підтверджується також і тим, що нині у різних суспільних сферах широко використовуються комп'ютерні програми, інформаційні технології, які мають ознаки штучного інтелекту.

Правову природу, зміст, ознаки штучного інтелекту, а також його місце в суспільстві досліджують багато вчених з різних галузей науки. Це вітчизняні (О. Баранов, С. Гордієнко, І. Забара, М. Єфремов, Ю. Карпенко, М. Карчевський, М. Ожеван, А. Савченко, О. Синельніков, М. Стефанчук, Є. Харитонов, О. Харитонова та ін.) та зарубіжні (Н. Бостром, Т. Вандер, К. Уейкфілл, М. Таддео, Л. Пері та ін.) дослідники. Їхні дослідження охоплюють різні сфери суспільного життя щодо застосування видів (форм) штучного інтелекту, зокрема медицину, соціологію, психологію, економіку, право тощо. У Вікіпедії вказується, що «єдиної відповіді на питання, чим опікується штучний інтелект не існує. Кожен автор, який пише книгу про штучний інтелект, відштовхується від якогось визначення, та розглядає його у світлі досягнення цієї науки» [4]. Дослідивши наукові джерела у сфері штучного інтелекту, дійдемо висновку, що нині не існує єдності в розкритті змісту поняття «види (форми) штучного інтелекту», його видів (форм), принципів застосування, відповідальності тощо.

У тлумачних словниках української мови термін «штучний інтелект» визначається як: здатність обчислювальної системи моделювати процес мислення людини через використання функцій, притаманних лише інтелекту людини [5]; напрям наукових досліджень і поняття, що описує «здатність обчислювальної машини моделювати процес мислення за рахунок виконання функцій, які звичайно пов'язують з людським інтелектом». Використовується у зв'язку з розробкою інтелектуальних комп'ютерних систем (систем штучного інтелекту), основними напрямами розвитку яких є експертні

системи, системи, що виконують автоматичний доказ теорем і розпізнавання образів, машинний зір, робототехніка, розуміння природних мов, зорове і слухове сприйняття та ін. Основним компонентом таких систем є можливості, які традиційно приписуються людському розуму [6].

У міжнародному енциклопедичному словнику «штучний інтелект» тлумачиться як: здатність машини імітувати розумну поведінку людини (міркування, навчання або розуміння мови); розділ інформатики, що займається моделюванням інтелектуальної поведінки в комп'ютерах [7].

У Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні, схваленій Урядом, «штучний інтелект» розкривається як організована сукупність інформаційних технологій, із застосуванням якої можливо виконувати складні комплексні завдання шляхом використання системи наукових методів досліджень і алгоритмів обробки інформації, отриманої або самостійно створеної під час роботи, а також створювати та використовувати власні бази знань, моделі прийняття рішень, алгоритми роботи з інформацією та визначати способи досягнення поставлених завдань [8].

На думку О. Синельнікова, штучний інтелект – це властивість автоматичних систем брати на себе окремі функції інтелекту людини [9]. М. Стефанчук доводить, що штучний інтелект – це моделювання здатності до абстрактної, творчої думки – і особливо здатності до навчання – за допомогою цифрової комп'ютерної логіки [10].

Тобто зміст поняття «штучний інтелект» варіюється залежно від сфери дослідження. Разом із тим спільним завданням штучного інтелекту у кожній сфері дослідження, зокрема, є спрямування штучного інтелекту (його видів (форм)) на вирішення у когнітивній системі, властивій людському мозку, завдань за допомогою комп'ютерних програм, інформаційних технологій тощо. Таким чином, штучний інтелект як нежива істота (в біологічному значенні) може виконувати деякі функції, властиві інтелекту людини, застосовуючи комп'ютерне забезпечення, системність, автономність його використання, а також мати здатність навчатися, здійснювати аналіз та обмін інформацією із суспільством, адаптувати свої дії до середовища (суспільних відносин) тощо.

Науковці доводять, що метою створення штучного інтелекту є копіювання (моделювання) роботи людського мозку (інтелекту, розумової діяльності тощо) за рахунок відтворення когнітивної функції еквівалентних (тотожних) за критеріями, характеристиками і показниками конгнітивним функціям людини [11]. Штучний інтелект іде далі і перевищує людину розумінням своєї власної внутрішньої побудови та здатністю до самоперебудови (стрімкої еволюції) через виправлення помилок або недоліків й подальше багаторазове вдосконалення (програма знаходить помилки усередині себе, виправляє їх та переписує сама себе до нескінченності) [12].

Слід також звернути увагу на те, що дискусійним є питання щодо видів (форм) штучного інтелекту, які використовуються чи будуть використовуватися у суспільних відносинах, врегульованих нормами права. Проаналізувавши наукові роботи у цій сфері, дійдемо висновку, що дослідники розмежовують терміни «робот», «комп'ютерні програми», «інформаційні технології», «штучний інтелект», «цифрова особистість» тощо. І це правильно. Оскільки за змістом вони є різними. Отже, слушним є висновок М. Стефанчука про неможливість ототожнення понять «робот» і «штучний інтелект», які співвідносяться між собою як форма та зміст. Робот є пристроєм, машиною, основною здатністю якої є автоматизоване виконання однієї чи декількох завдань за зразком дій людини, якій властиві ознаки рухливості, сенситивності, аналітичності тощо. Штучний інтелект надає роботу тих властивостей, якими прийнято його характеризувати, а саме розумність, здатність до аналізу та обробки інформації, а також до виконання завдань, на які він запрограмований [13].

Науковцями виділяються такі види штучного інтелекту: слабкий (Weak Artificial Intelligence, WAI), сильний (Strong artificial intelligence, ASI) та штучний суперінтелект (Artificial Superintelligence, ASI), під яким розуміється інтелект, який набагато розумніший, ніж кращий людський інтелект, практично в кожній сфері, включаючи наукову творчість, загальну мудрість і соціальні навички [14]. Також пропонується класифікація роботів: простий робот (simple robot), робот-андроїд (robot android), андроїд (android) [15]. Принагідно зазначимо, що у світі вже створено роботів, які володіють своїм тілом, імітують мову жестів (ASIMO), виражають емоції (Kistmet), є голосовим асистентом (Siri) тощо. Софія – людиноподібний робот, що досяг високої популярності завдяки своїй подібності до людини, набору мімічних реакцій і неоднозначним висловлюванням під час дискусій. 2017 року Саудівська Аравія надала громадянські права роботу [16].

Деякими вченими пропонується наділяти роботів зі штучним інтелектом цивільною правоздатністю. «Роботи-андроїди можуть виступати стороною суспільних відносин,

тому, що вони можуть самостійно оцінювати дії інших суб'єктів і самостійно формувати або змінювати мету та зміст своїх дій, їх дії не можуть бути заздалегідь передбачені», – доводить О. Баранов [17]. Схожі думки мають М. Стефанчук, О. Радутний, М. Карчевський, К. Хернас, П. Асапо. Разом із тим це питання дискусійне, оскільки суб'єкт правовідносин наділений суб'єктивними правами та здатен виконувати юридичні обов'язки, нести відповідальність, проте робот із дуже розвинутим штучним інтелектом не є фізичною чи юридичною особою чи суб'єктом публічного права. Жоден нормативний акт України не визначає його суб'єктом правовідносин. Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України роботи із суперштучним інтелектом належать до об'єктів правовідносин. Разом із тим Європейський парламент у Резолюції від 16 лютого 2017 року з питань цивільно-правових норм про робототехніку (European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL) [18]) запропонував створення системи реєстрації роботів, фонду страхування, цивільної відповідальності, відповідальності розробників та власників роботів тощо. Крім того, в п. 59 цієї Резолюції закріплено суб'єктність роботів під назвою «електронна особа (особистість)» з низкою специфічних прав і обов'язків. Отже, віднесення зазначеного вище виду штучного інтелекту до суб'єкта чи квазісуб'єкта цивільних відносин нині в Україні є предметом для обговорення, оскільки правовий статус електронної особи (особистості) в Україні законодавством не визначено.

Слід також зазначити, що слушним є висновок М. Стефанчука стосовно того, що «електронна особа» може бути застосована виключно до роботів із характеристиками, зумовленими наділенням їх штучним суперінтелектом, які свідчитимуть про їхню здатність самостійно діяти в рамках суспільних правовідносин, а отже, бути носіями специфічних прав і обов'язків [19].

Вважаємо, що з часом робот зі штучним інтелектом або «цифрова особистість» пройде шлях від визнання його об'єктом правовідносин до визнання його суб'єктом правовідносин, наділеним правосуб'єктністю, а в законодавстві і в теорії права з'явиться нова юридична категорія «цифрова особистість чи електронна особа (особистість) як суб'єкт правовідносин». У зв'язку з цим на законодавчому рівні постане питання про встановлення для таких осіб прав, обов'язків та відповідальності, щоб їхні дії відповідали загальним принципам використання штучного інтелекту у світі (принципам поваги до основних прав і свобод людини, недискримінації, якості та безпеки, прозорості, неупередженості, справедливості, контролю з боку людини тощо). Вважаємо, ці питання потребують подальшого ґрунтовнішого обговорення. Реалізувати «право на життя» така особа в Україні може на підставі закону, в якому визначатимуться межі та способи реалізації прав та обов'язків електронних осіб (особистості), комплексна відповідальність (відповідальність електронної особи (особистості), розробників такої особи та інших фізичних осіб чи юридичних осіб, визначених законом) за умови дотриманням норм та принципів Конституції України та чинних міжнародних договорів України.

Узагальнюючи викладене, беручи до уваги різні види (форми) штучного інтелекту, які не можуть існувати без обладнань (як-от, роботи без програмного забезпечення тощо), зважаючи, що це питання є дискусійним та законодавчо не вирішене, пропонуємо розрізняти застосування в нотаріальному процесі, а надалі нормативно закріпити порядок, межі, способи та механізми дії і взаємодії: 1) комп'ютерних програм; 2) інформаційних технологій зі штучного інтелекту (зокрема, чат-ботів, голосові помічники тощо); 3) «електронної особи (особистості)-нотаріуса». При цьому термін «електронна особа (особистість) чи цифрова особистість» є умовним та позначає роботів із високорозвиненим інтелектом, які мають фізичне перевтілення (робот як кіберфізична система).

Натепер запровадження штучного інтелекту у сферу нотаріального процесу, зокрема електронної форми нотаріату (на зразок електронного суду) в Україні як інформаційної технології зі штучного інтелекту, перебуває на стадії розробки. Ми підтримуємо дослідників та практиків у цій частині, оскільки вже на часі в Україні законодавчо закріпити електронний документообіг; зменшити кількість паперових документів, які особа подає для вчинення нотаріальної дії; автоматизацію низки процесів у процесуальній діяльності нотаріуса тощо. Нотаріат України впевнено тримає курс на ефективні зміни, доводить В. Марченко [20]. І складно йому заперечити.

Отже, аналіз наукових праць засвідчив, що дослідники та практики України переважно зводять застосування штучного інтелекту лише до використання комп'ютерних програм чи інформаційних технологій зі штучного інтелекту (зокрема, чат-боти тощо), а не розглядають «електронну особу (особистість)» як можливого суб'єкта нотаріальних процесуальних відносин. Зважа-

ючи на те, що інформаційні технології проникають у життя людей дуже швидко, нині вже доцільно вести мову про запровадження електронної особи (особистості) – нотаріуса – для вчинення деяких нотаріальних дій.

У зв'язку із цим виникає запитання: хто саме (нотаріус – людина із застосуванням інформаційних технологій, комп'ютерних програм – чи електронна особа (особистість) – нотаріус) вчинятиме нотаріальні дії? Аналіз міжнародних актів, наукових робіт у сфері штучного інтелекту через призму майбутнього однозначної відповіді не дасть. Разом із тим станом на 2021 рік українське законодавство закріплює вимоги лише до фізичних осіб, які мають бажання бути нотаріусом, порядок їх призначення, а також правосуб'єктність осіб, які вчиняють нотаріальні дії чи прирівняні до нотаріальних дій. Таким чином вчинення нотаріальних дій нотаріусом як електронною особою жодним нормативно-правовим актом України не передбачено. Водночас, ґрунтовно дослідивши підстави, межі, порядок, вимог, принципи застосування штучного інтелекту у нотаріальному процесі тощо, можливо вести мову про внесення змін до норм законодавства та надати право вчинення деяких нотаріальних дій (у справах незначної складності та за взаємною згодою сторін) електронній особі – нотаріусу. Тож це питання часу, але нотаріус-людина повинен залишатися «контролером» електронного нотаріуса на всіх стадіях нотаріального провадження.

Пропонуємо в майбутньому законодавчо визначити право вчиняти деякі нотаріальні провадження у сфері посвідчення та засвідчення безспірних юридичних фактів електронній особі (особистості) – нотаріус. Наприклад, засвідчення достовірності копій (фотокопій) документів і витягів із них, посвідчення часу пред'явлення документів тощо. Пропозиція, зокрема, кореспондується із наданням деякими іноземними державами законодавчих можливостей електронній особі (особистості) – судді – ухвалювати малозначні справи.

Висновки

Запровадження різних видів (форм) штучного інтелекту в нотаріальний процес стане вирішенням деяких проблем у сфері охорони та захисту прав громадян, де існує різниця між поточною та бажаною ситуацією, а не просто самоціллю. Це питання часу. Разом із тим таке запровадження через призму механізму охорони та захисту прав та свобод людини і громадянина повинно бути адаптованим до суспільних відносин, які виникають та існують, не порушувати конституційні права та свободи людини і громадянина в Україні, мати законодавче підґрунтя тощо.

Штучний інтелект – майбутнє нотаріального процесу, він змінить філософію та правову природу вчинення ряду нотаріальних проваджень, адаптує нотаріальний процес під розвиток суспільних відносин, але з дотриманням морально-етичних принципів та правил його використання, визначених на національному та міжнародному рівнях, а також законодавчим закріпленням його змісту, мети, завдань, меж, порядку та способів дії та взаємодії, відповідальності тощо. Наголосимо, що норми права в частині використання штучного інтелекту повинні відповідати принципу юридичної визначеності та принципу верховенства права, закріпленим в Конституції України. Людина повинна контролювати використання штучного інтелекту та нести відповідальність.

Список використаних джерел:

1. Organisation for Economic Co-operation and Development, Recommendation of the Council on Artificial Intelligenc. URL: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 (дата звернення: 01.02.2021).

2. Про схвалення Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні : Розпорядження від 2 грудня 2020 р. № 1556-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-shtuchnogo-intelektu-v-ukrayini-s21220 (дата звернення: 01.02.2021).

3. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (дата звернення: 01.02.2021).

4. Штучний інтелект. *Вікіпедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A8%D1%82%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%B9_%D1%96%D0%BD%D1%82%D0%B5%D0%BB%D0%B5%D0%BA%D1%82 (дата звернення: 01.02.2021).

5. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. Ред. В.Т. Бусел. Ірпінь: ВТФ "Перун". 2005. С. 500.

6. Тлумачний словник з інформатики / Г.Г. Півняк, Б.С. Бусигін, М.М. Дівізінюк та ін. Дніпропетровськ, 2010. 600 с.

7. Artificial intelligence. Webster's New International English Dictionary. URL: https://slovar-vocab.com/english/websters-international-vocab/artificial-intelligence-8661715.html (дата звернення: 01.02.2021).

8. Про схвалення Концепції розвитку штучного інтелекту в Україні : Розпорядження від 2 грудня 2020 р. № 1556-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-shvalennya-koncepciyi-rozvitku-shtuchnogo-intelektu-v-ukrayini-s21220 (дата звернення: 01.02.2021).

9. Методи та системи штучного інтелекту : навчальний посібник / уклад. А.С. Савченко, О.О. Синельніков. Київ: НАУ, 2017. С. 18.

10. Стефанчук М.О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : автореф. дис. ... д.ю.н. : 12.00.03. Київ, 2020. С. 6.

11. Баранов О.А. Ідентифікація робота з штучним інтелектом як суб'єкта права. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження :* матеріали другої наук.-практ. конф. / упор. В.М. Фурашев, С.О. Дорогих. Київ, 2018. 168 с.

12. Радутний О.Е. Мораль і право для штучного інтелекту та цифрової людини: закони роботехніки та "проблема вагонетки". *Інформація і право*. 2019. № 3 (30). С. 78-95.

13. Стефанчук М.О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : автореф. дис. ... д.ю.н. : 12.00.03. Київ, 2020. С. 6.

14. Баранов О.А. Інтернет речей і штучний інтелект: витоки проблеми правового регулювання (частина 1). URL: http://aphd.ua/publication-376/ (дата звернення: 01.02.2021).

15. Баранов О.А. Інтернет речей і штучний інтелект: витоки проблеми правового регулювання (частина 2). URL: http://aphd.ua/publication-377/ (дата звернення: 01.02.2021).

16. Людиноподібний робот Софія. *Вікіпедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9B%D1%8E%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D0%BE%D0%BF%D0%BE%D0%B4%D1%96%D0%B1%D0%BD%D0%B8%D0%B9_%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D1%82_%D0%A1%D0%BE%D1%84%D1%96%D1%8F (дата звернення: 01.02.2021).

17. Баранов О.А. Інтернет речей (LoT): мета застосування та правові проблеми. *Інформація і право*. 2018. № 2 (25). С. 31-45.

18. European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL) URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (дата звернення: 11.02.2021).

19. Стефанчук М.О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : автореф. дис. ... д.ю.н. : 12.00.03. Київ, 2020. С. 6.

20. Марченко В. Нотаріат України впевнено тримає курс на ефективні зміни. *Юридична газета Онлайн*. URL: https://yur-gazeta.com/interview/notariat-ukrayini-vpevneno-trimae-kurs-na-efektivni-zmini.html (дата звернення: 11.02.2021).

Oleksandra Karmaza. The use of kinds (forms) of artificial intelligence in the notary process of Ukraine: problems and ways of solution

The relevance of the article is that the Concept of Artificial Intelligence in Ukraine, approved by the order of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated December 2, 2020 № 1556-r, proposes to recognize science, law, etc. as priority areas for the development of artificial intelligence. In the development of the provisions of this Concept, we note that various types (forms) of artificial intelligence (such as computer programs, information technology, etc.) are already partially used in the civil process, however, as for the notarial process, their introduction is only at the stage discussion and development. The articles explore the concepts of "artificial intelligence", "robot", "electronic person", "sees (forms) of artificial intelligence". It is proved that the concept of "artificial intelligence" covers different scientific fields, different methodologies of its research, tools, etc. The author concluded about the need to apply in the notarial process, and in the subsequent legal consolidation of the order, boundaries, methods and mechanisms of action and interaction of various forms of artificial intelligence: computer programs, information technology on artificial intelligence, electronic person (personality). Note that the term "electronic person (personality)" is a condition and is involved in robots with highly developed intelligence that have a physical transformation. It is proved that a robot with artificial intelligence in Ukraine is not a subject of procedural legal relations or a subject of other legal relations, but an "electronic person" can acquire such a legal status provided that they must comply with the general principles of artificial intelligence to fundamental human rights and freedoms, non-discrimination, quality and security, transparency, imperfection, justice, human control), as well as the procedure and methods of its activities to be determined by law. At the same time, the rules of law regarding the use of artificial intelligence must comply with the principles of legal certainty and the principles of the rule of law proposed in the Constitution of Ukraine. It established that in Ukraine, there are no direct legal or other obstacles to the introduction of certain types (forms) of artificial integral in the notarial process; in particular, a special law has not been adopted. Requires the expediency of expanding the range of subjects of notarial procedural legal relations and gives the right to perform certain notarial acts (minor complexity and general page) to an electronic notary (for example, liability for authenticity of copies (photocopies), documents and extracts from them).

Key words: notarial process, object of notarial procedural relations, electronic person (personality), artificial intelligence, forms of artificial intelligence.

УДК 347.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.03

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

ДЕЛІКТНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ ЗА ЦИВІЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Статтю присвячено дослідженню умов, за яких виникає деліктне зобов'язання держави чи територіальної громади відшкодувати шкоду, завдану органом державної влади чи місцевого самоврядування відповідно, їх посадовою чи службовою особою. За загальним правилом (виняток із якого передбачено ч. 5 ст. 1176 ЦК України) деліктна відповідальність у такому разі настає за наявності усіченого набору умов, до якого входять протиправність, шкода і причинний зв'язок. Протиправність дій, рішень чи бездіяльності органів публічної влади визначається на основі норм публічного права в рамках адміністративного судочинства. При цьому тягар доказування покладається на відповідного суб'єкта владних повноважень, котрий повинен доводити правомірність свого рішення, дії чи бездіяльності. Таким чином, в адміністративному судочинстві, на відміну від цивільного, діє презумпція протиправності. Що стосується характеру завданої шкоди, то відшкодуванню підлягає як майнова, так і немайнова (моральна) шкода. При цьому в практиці Касаційного адміністративного суду висловлюється позиція, що наявність моральної шкоди має презюмуватися кожного разу, коли особа людина зазнає порушення її прав з боку органів публічної влади. Для застосування спеціальних положень ст. 1173-1175 ЦК України необхідно, щоб шкода перебувала в причинному зв'язку саме з діяльністю щодо реалізації владних повноважень. Інакше орган державної влади несе деліктну відповідальність нарівні з іншими суб'єктами цивільного обороту на підставі загальних положень деліктного права. Хоча вина не має значення для обов'язку держави чи територіальної громади відшкодувати шкоду потерпілому, однак право регресної вимоги держави чи територіальної громади до конкретної посадової (службової) особи, чиї рішення, дії або бездіяльність потягли завдання шкоди, виникає лише в разі наявності вини такої особи. У разі невинуватості останньої тягар витрат остаточно залишається на відповідному бюджеті. Серед норм, які регламентують деліктну відповідальність публічної влади, деякі залишаються декларативними. До таких, зокрема, належить положення статті 1175 ЦК України. Згідно з практикою ЄСПЛ це положення не може породжувати законних очікувань, допоки не набуде подальшої конкретизації в нормах спеціального закону.

Ключові слова: делікт, відшкодування шкоди, вина, причинний зв'язок, відповідальність публічної влади.

Постановка проблеми. У відносинах «людина – держава» становище людини – надзвичайно вразливе, адже вона протистоїть могутньому механізму організованої влади, який може зобов'язувати і забороняти, примушувати і карати. Тому держава традиційно розглядається як головна загроза правам людини (притому водночас і як гарант цих самих прав). Відносини «людина – держава» є вертикальними, однак верховенство права вимагає, щоб держава відповідала перед людиною за наслідки своїх дій, особливо у рамках таких, вертикальних відносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В українській цивілістиці проблемі деліктної відповідальності різноманітних органів публічної влади було присвячено чимало дисертаційних досліджень. Серед них варто назвати роботи О.О. Боярського [1], О.В. Жили [2], І.Г. Калетніка [3], О.О. Лов'яка [4], І.С. Ніжинської [5], І.Б. Протаса [6], М.М. Фролова [7], М.М. Хоменка [8] та ін.

Постановка завдання. Мета цієї статті – визначити особливості, притаманні умовам деліктної відповідальності публічної влади згідно з положеннями статей 1173-1175 ЦК України. До предмета дослідження не входить відповідальність держави за шкоду, завдану в рамках кримінального провадження, провадження у справі про адміністративні правопорушення і цивільного судочинства (ст. 1176 ЦК України).

Виклад основного матеріалу. Принцип відповідальності публічної влади перед людиною знайшов закріплення в низці поло-

© Б. Карнаух, 2021

жень Конституції України. Так, в Основному Законі проголошується, що держава відповідає перед людиною за свою діяльність (ст. 3) і кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень (ст. 56). У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням (ст. 62). Матеріальна чи моральна шкода, завдана фізичним або юридичним особам актами і діями, що визнані неконституційними, відшкодовується державою у встановленому законом порядку (ст. 152).

На розвиток вищезазначених конституційних положень у ЦК України передбачено спеціальні норми про відшкодування шкоди, завданої органами публічної влади, їх посадовими та службовими особами (статті 1173-1176 ЦК України). Для усіх чотирьох статей властиво те, що у них ідеться про шкоду, завдану відповідними суб'єктами під час здійснення владних повноважень, тобто в рамках вертикальних правовідносин. Це важливо пам'ятати, адже бувають випадки, коли органи публічної влади, їх посадові або службові особи виступають у правовідносинах нарівні з іншими учасниками цивільного обігу. Уявіть суддю, який порушив правила дорожнього руху, чи уявіть, що будівля сільської ради утримується неналежно і, як наслідок, у вітряну погоду елемент покрівлі зірвався з даху і пошкодив залишений поруч автомобіль. У подібних випадках завдання шкоди не пов'язане зі здійсненням владних повноважень, а отже, статті 1173- 1176 ЦК України не підлягають застосуванню, натомість шкода буде відшкодовуватися за загальними правилами, що поширюються на будь-яких учасників цивільного обігу (ст. 1166, 1167, 1187 ЦК України).

Водночас кожна із чотирьох статей, присвячених деліктній відповідальності публічної влади, має свою особливу сферу застосування:

– стаття 1173 ЦК України – стосується шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю *органу* публічної влади (органу державної влади, органу АРК, органу місцевого самоврядування);

– стаття 1174 ЦК України – стосується шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю *посадової або службової особи* відповідного органу;

– стаття 1175 ЦК України – стосується шкоди, завданої прийняттям *нормативно-правового акта*, що був визнаний незаконним і скасований (звідси випливає, що у попередніх двох статтях маються на увазі лише акти індивідуальної дії);

– стаття 1176 ЦК України – стосується шкоди, завданої в рамках *кримінального провадження, провадження у справі про адміністративні правопорушення і цивільного судочинства*.

Умови деліктної відповідальності органів публічної влади, їх посадових та службових осіб мають низку особливостей. По-перше, як і в інших випадках, шкода підлягає відшкодуванню лише тоді, коли вона завдана ***протиправною поведінкою***: у статтях 1173 і 1174 ЦК України ідеться про «незаконні рішення, дії чи бездіяльність», у статті 1175 ЦК України – про нормативно-правовий акт, що «був визнаний незаконним і скасований». Проте коли фізична або юридична особа оскаржує рішення (як нормативно-правові, так і акти індивідуальної дії), дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень, то такий спір належить до предметної юрисдикції адміністративного суду (див.: п. 1 ч. 1 ст. 19 КАС України). Тому установлення протиправності (інакше – «незаконності», що в означеному контексті одне і те саме) відбувається на основі КАС України. Відповідно до ч. 2 ст. 2 КАС України «у справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні суди перевіряють, чи прийняті (вчинені) вони:

1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України;

2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;

3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);

4) безсторонньо (неупереджено);

5) добросовісно;

6) розсудливо;

7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;

8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);

9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;

10) своєчасно, тобто протягом розумного строку».

Порушення хоча б однієї із зазначених вимог може тягнути визнання відповідного рішення, дії чи бездіяльності незаконними.

При цьому відповідно до ст. 77 КАС України «в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача». Таким чином, в рамках адміністративного судочинства тягар доказування, покладений на позивача, полегшується порівняно із тим, який має місце в цивільному судочинстві. Це має важливе значення, адже деліктно-правова вимога про відшкодування шкоди може бути пред'явлена в рамках адміністративного судочинства за умови, що вона пред'являється одночасно з вимогою, що слідує із публічно-правових відносин (наприклад, із вимогою про визнання рішення органу державної влади незаконним) (див. ч. 5 ст. 21 КАС України). Тобто якщо особа звертається до адміністративного суду із позовом, у якому, по-перше, вимагає визнати рішення органу державної влади незаконним і, по-друге, на підставі ст. 1173 ЦК України вимагає відшкодування шкоди, завданої цим незаконним рішенням, то в такому разі суд буде керуватися правилами адміністративного судочинства і діятиме презумпція протиправності, передбачена ст. 77 КАС України.

Водночас, якщо вимога про відшкодування шкоди не була заявлена в адміністративному судочинстві (разом із вимогою, що слідує із публічно-правових відносин), вона може бути заявлена згодом – у цивільному судочинстві (за умови, що рішення дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень були визнані незаконними).

Оскільки у статтях 1173-1175 ЦК України ідеться про ***шкоду*** в цілому, без конкретизації її виду, це означає, що відшкодуванню підлягає як майнова, так і моральна (немайнова) шкода. При цьому Касаційний адміністративний суд висловив позицію, яка були сприйнята правничою спільнотою як презумпція наявності моральної шкоди кожного разу, коли особа зазнає протиправної поведінки з боку органів публічної влади. Суд зазначив: «психологічне напруження, розчарування та незручності, що виникли внаслідок порушення органом держави чи місцевого самоврядування прав людини, навіть якщо вони не потягли вагомих наслідків у вигляді погіршення здоров`я, можуть свідчити про заподіяння їй моральної шкоди. <...> При цьому слід виходити з презумпції, що порушення прав людини з боку суб`єктів владних повноважень прямо суперечить їх головним конституційним обов'язкам (ст. 3, 19 Конституції України) і завжди викликає у людини негативні емоції. <...> З огляду на характер правовідносин між людиною і державою (в особі органу державної влади чи органу місцевого самоврядування), з метою забезпечення реального та ефективного захисту прав людини, у справах адміністративного судочинства саме на суб`єкта владних повноважень-відповідача покладається тягар спростування факту заподіяння моральної шкоди та доведення неадекватності її розміру, визначеного позивачем» [9, §§ 50, 52, 54].

Разом із тим слід особливо підкреслити, що позови на підставі статей 1173-1175 ЦК України не є популяторними (*actio popularis*)[1]. Вони не можуть пред'являтися в інтересах громадськості: позивач повинен довести, що внаслідок незаконного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень він постраждав безпосередньо. Підставою деліктного зобов'язання не може бути шкода, яка завдається суспільству як цілому, якщо позивач не може чітко ідентифікувати розмір шкоди, завданої конкретно йому. Так, наприклад, пересічний громадянин не може пред'явити деліктний позов до держави, посилаючись на те, що незаконна постанова КМУ призвела до падіння курсу національної валюти і, як наслідок, до погіршення добробуту усіх громадян.

Причинний зв'язок у зазначених випадках має лише ту особливість, що шкода повинна бути причинно пов'язана саме із реалізацією суб'єктом владних повноважень належних йому владних функцій (а не з будь-якою діяльністю цього суб'єкта).

В усіх випадках, крім одного[2], деліктна відповідальність суб'єкта владних повноважень є суворою, тобто такою, що ***не залежить від вини***[3]. Це означає, що у разі якщо рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень визнаються незаконними, то цей суб'єкт не може уникнути відповідальності, посилаючись на те, що він припустився добросовісної помилки і зробив усе можливе, аби додержати вимог розумної обачності.

Ще одна особливість такого роду деліктних зобов'язань стосується ***суб'єктного складу***, адже безпосередній заподіювач шкоди і суб'єкт, відповідальний за неї (боржник у деліктному зобов'язанні), можуть не збігатися [11, с. 143].

Так, шкода, завдана органом державної влади, посадовою або службовою особою такого органу, відшкодовується *державою*; шкода, завдана органом влади АРК, посадо-

[1] Поняття *actio popularis* див: [10, с. 194].

[2] Передбаченого частиною 5 статті 1176 ЦК України.

[3] Див.: ст. 1173, 1174, 1175, ч. 1 ст. 1176 ЦК України.

вою або службовою особою такого органу, відшкодовується *Автономною Республікою Крим*; шкода, завдана органом місцевого самоврядування, посадовою або службовою особою такого органу, відшкодовується *органом місцевого самоврядування*[4].

У статті 1174 ЦК України законодавець згадує і посадових, і службових осіб для того, щоб якомога більш повно охопити усіх суб'єктів, які працюють в органах публічної влади і реалізують владні повноваження. Для з'ясування змісту цих понять необхідно звертатися до спеціального законодавства.

Так, наприклад, визначення службової особи наводиться в частині 3 ст. 18 КК України. Відповідно до цієї статті службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням *організаційно-розпорядчих*[5] чи *адміністративно-господарських*[6] функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом.

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про місцеве самоврядування» посадова особа місцевого самоврядування – особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження у здійсненні *організаційно-розпорядчих* та *консультативно-дорадчих* функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету[7].

На практиці, пред'являючи позови про відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими чи службовими особами, потерпілі досить часто вказували в якості відповідача (спів-відповідача) Державну казначейську службу України (оскільки саме вона здійснює казначейське обслуговування бюджетних коштів, за рахунок яких провадиться відшкодування). Однак Велика Палата в одному із рішень пояснила, що відповідачем у таких справах є держава, яку представляє відповідний орган державної влади у межах його компетенції (Див. ч. 4 ст. 58 ЦПК України). При цьому мається на увазі той орган, діями якого було завдано шкоду, адже саме через цей орган держава бере участь деліктному зобов'язанні, тому «залучення або ж незалучення до участі у таких категоріях спорів Державної казначейської служби України чи її територіального органу не впливає на правильність визначення належного відповідача у справі» [12, §§ 61-64].

Потерпілою особою, тобто кредитором у деліктному зобов'язанні, може бути як фізична, так і юридична особа, про що прямо застережено в тексті статей 1173-1175 ЦК України.

Після виконання свого обов'язку перед потерпілим суб'єкт, відповідальний за шкоду, набуває права зворотної вимоги (регресу) до безпосереднього заподіювача шкоди. Це передбачено частиною 4 статті 1191 ЦК України, відповідно до якої держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади[8], відшкодувавши шкоду, завдану посадовою, службовою особою внаслідок незаконно прийнятих рішень, дій чи бездіяльності відповідно органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, мають право зворотної вимоги до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування (крім відшкодування виплат, пов'язаних із трудовими відносинами та відшкодуванням моральної шкоди). У цьому контексті варто наголосити, що відповідальні суб'єкти відшкодовують шкоду незалежно від вини, тим часом як право на зворотну вимогу виникає лише до винуватої особи. Тобто у разі, якщо безпосередній заподіювач шкоди є невинуватим, тягар втрат остаточно залишається на відповідальному суб'єкті і не перерозподіляється на безпосереднього заподіювача.

На особливу увагу заслуговує стаття 1175 ЦК України, яка передбачає відшкодування шкоди, завданої прийняттям нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований. Річ у тім, що ця норма сфор-

[4] Хоча логічним, з огляду на попередні положення, було б припустити, що таку шкоду має відшкодовувати територіальна громада. Див.: [11, с. 143].

[5] Визначення організаційно-розпорядчих функцій див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво.

[6] Визначення адміністративно-господарських функцій див.: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 5 «Про судову практику у справах про хабарництво.

[7] Додаткові пояснення щодо визначення понять «посадова особа» і «службова особа» див.: Лист Міністерства юстиції України від 18.10.2013 р. № 610-0-2-13/7.2.

[8] Цікаво, що в цій частині стаття 1191 ЦК України не корелює зі статтями 1173-1175 ЦК України, які передбачають, що суб'єктом відшкодування є не територіальна громада, а орган місцевого самоврядування.

мульована настільки загальним чином, що українські суди досить часто відмовляють у задоволенні позовів, посилаючись на те, що ця норма не має прямої дії і передбачає необхідність прийняття спеціального закону, який би деталізував умови і механізм її застосування, а до прийняття такого закону норма залишається декларативною.

Цікаво, що у справі *«Портянко проти України»* Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) погодився з аргументами національних судів і визнав заяву неприйнятною. У постанові зазначалося, що стаття сформульована настільки загально, що явно потребується додаткове визначення умов її застосовності, а тому сама по собі стаття ЦК України не достатня для того, аби в заявника виникло «законне сподівання», що охороняється статтею 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ. У постанові ЄСПЛ, зокрема, вказано: «Для того, щоб породити законне сподівання, правова норма мусить визначати необхідні умови пред'явлення вимоги. Якщо юридичні умови, що мають бути додержані та інші параметри вимоги не є чітко окресленими, то відповідна правова норма не може вважатися такою, що слугує підставою до законного сподівання <...> із формулювання цих положень очевидно, що право особи, на яку вплинули рішення Держави, на компенсацію залежить від подальшого уточнення процедури, що має бути додержана, і умов для такої компенсації» [13]. Тому, на жаль, стаття 1175 ЦК України до цього часу залишається недієвою.

Висновки

За загальним правилом (єдиний виняток із якого передбачений ч. 5 ст. 1176 ЦК України) деліктна відповідальність публічної влади настає за наявності усіченого набору умов, до якого входять протиправність, шкода і причинний зв'язок. Водночас право регресної вимоги держави чи територіальної громади до конкретної посадової (службової) особи, чиї рішення, дії або бездіяльність потягли завдання шкоди, виникає лише в разі наявності вини такої особи. У разі невинуватості останньої тягар витрат остаточно залишається на відповідному бюджеті. Протиправність дій, рішень чи бездіяльності органів публічної влади визначається на основі норм публічного права в рамках адміністративного судочинства. При цьому тягар доказування покладається на відповідного суб'єкта владних повноважень, котрий повинен доводити правомірність свого рішення, дії чи бездіяльності. Для застосування спеціальних положень ст. 1173-1175 ЦК України необхідно, щоб шкода перебувала в причинному зв'язку саме з діяльністю щодо реалізації владних повноважень. Інакше державної влади несе деліктну відповідальність нарівні з іншими суб'єктами цивільного обороту на підставі загальних положень деліктного права.

Список використаних джерел:

1. Боярський О.О. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю суду : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2008. 19 с.

2. Жила О.В. Відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями, чи бездіяльністю службових осіб органів державної податкової служби України : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2009. 19 с.

3. Калетнік І.Г. Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди службовими особами митних органів, в цивільному законодавстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2004. 18 с.

4. Лов'як О.О. Відшкодування шкоди, завданої громадянинові службовими особами органів внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. 17 с.

5. Ніжинська І.С. Відшкодування шкоди, завданої незаконними діями службових осіб дізнання і досудового слідства в системі органів внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2003. 16 с.

6. Протас І.Б. Проблеми судового захисту прав і інтересів громадян у зв'язку з заподіянням їм шкоди незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2000. 20 с.

7. Фролов М.М. Відшкодування шкоди, завданої органами внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. 19 с.

8. Хоменко М. М. Відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. 20 с.

9. Постанова Касаційного адміністративного суду від 27 листопада 2019 року у справі № 750/6330/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85964474 (дата звернення: 14.02.2021).

10. Грим Д. Д. Лекции по догме римского права / под ред. В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2014. 496 с.

11. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців. Т. 11: Недоговірні зобов'язання / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: Право, 2014. 416 с.

12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25 березня 2020 року у справі № 641/8857/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88570901 (дата звернення: 14.02.2021).

13. *Portyanko v. Ukraine* (dec.), no. 24686/12, ECHR, 06 Oct 2015. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158405 (дата звернення: 14.02.2021).

Bohdan Karnaukh. Tort liability of public authorities under the Civil Code of Ukraine

The article addresses the set of conditions that trigger a tort obligation of the state or local self-government to compensate for damage caused by their bodies or officials. As a general rule (the exception to which is set forth in para. 5 art. 1176 of the Civil Code of Ukraine) for a tort liability in this case to arise a truncated set of conditions is sufficient. It includes wrongfulness, damage and causation. Wrongfulness of public authority's decision, action or omission is assessed on the basis of public law in administrative proceedings. In this case, the burden of proof rests with the relevant authority, which has to prove the legitimacy of its decision, action or omission. Thus, in administrative proceedings, in contrast to civil proceedings, there is a presumption of wrongfulness. As for the nature of the damage, both pecuniary and non-pecuniary (moral) damage is subject to compensation. Moreover, in several cases the Administrative Cassation Court held that violation of person's rights by public authorities gives rise to the presumption of moral damage. For special provisions of Arts. 1173-1175 of the Civil Code of Ukraine to be applicable damage sustained by the plaintiff has to be causally connected to the exercise of power by the defendant authority. Otherwise, the public authority is liable in tort as well, but on an equal footing with other actors according to the general provisions of tort law. Although fault is irrelevant for the obligation of the state or local self-government to compensate the victim, the state's or local self-government's right to recourse against a particular official (whose decisions, actions or omissions caused the damage) is dependent on the latter's fault. Whenever the relevant official is not at fault, losses saddle the respective (state or local) budget. Among the norms governing tort liability of public authorities, some remain inoperative. These include, in particular, the provisions of art. 1175 of the Civil Code of Ukraine. According to the case law of the European Court of Human Rights, this provision does not produce 'legitimate expectations' until it is further elaborated by the special law.

Key words: tort, compensation of damage, fault, causation, accountability of public authorities.

УДК 347.77
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.04

Єлизавета Кібець,
аспірантка кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПОНЯТТЯ ТОВАРУ, ЩО МІСТИТЬ ДИЗАЙНЕРСЬКЕ РІШЕННЯ, У СИСТЕМІ ТРАНСКОРДОННОЇ ОХОРОНИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНИХ ПРАВ

Сфера охорони прав інтелектуальної власності після набуття чинності Угодою про асоціацію з ЄС почала активно реформуватися. Це знайшло своє відображення в поступовому приведенні законодавства України до стандартів acquis ЄС, створенню умов для посилення економічних та торговельних відносин, створення умов для досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності, спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території Сторін. Продукти творчої діяльності, такі як дизайнерські рішення у сфері моди, що виражені у товарах, можуть отримувати охорону як об'єкти права інтелектуальної власності. Дизайнерське рішення, втілене у певному товарі, може діставати охорону одним або декількома інститутами інтелектуальної власності. Дизайнерські рішення у сфері моди в законодавстві прямо не визначені, однак їхні властивості знаходять відображення в ознаках різних об'єктів права інтелектуальної власності. У цій статті наведено приклади того, яким дизайнерським рішенням у сфері моди кореспондують які об'єкти права інтелектуальної власності. Також у статті проаналізовано, які об'єкти права інтелектуальної власності, що містяться в дизайнерському рішенні, мають транскордонну охорону, а які фактично позбавлені уваги митних органів під час імпорту та експорту. Проаналізовано внесені зміни до нормативно-правових актів у сфері застосування заходів щодо сприяння охороні і захисту прав інтелектуальної власності та співвіднесено з чинними нормами цивільного законодавства України. Проаналізовано проблеми, з якими стикаються дизайнери індустрії моди під час оформлення прав інтелектуальної власності на свої вироби. Запропоновано ввести поняття «дизайнерське рішення у сфері моди» та надати «пільговий режим охорони дизайнерським рішенням у сфері моди, що містять об'єкти права інтелектуальної власності». Державна підтримка молодих дизайнерів в Україні дозволить сектору легкої промисловості розвиватись та сприятиме стабілізації економіки країни.

Ключові слова: об'єкти права інтелектуальної власності, торгова марка, корисна модель, авторське право та/або суміжні права, промисловий зразок, незареєстрований промисловий зразок, корисна модель, комерційне найменування.

Постановка проблеми. Дизайнерське рішення у сфері моди знаходять своє відображення у товарах легкої промисловості, таких як текстильні вироби, галантерейні вироби, парфуми, косметика, біжутерія та ювелірні вироби.

Продукція легкої промисловості, а саме одяг та галантерейні вироби, завжди займали чільне місце в економіці країни. Одяг та взуття віднесені до товарів першої необхідності, а отже, становлять витратну частину бюджету кожної української сім'ї. За даними Держкомстату, витрати українців на одяг і взуття за місяць становлять 5,3 % у 2016 р.; 4,9 % – у 2018-2019 рр. та 4,1 % – у 2020 р. [1].

При цьому варто звернути увагу на походження товарів. Україна за 9 місяців 2020 року здійснила експорт текстильних матеріалів і виробів на 573 281 300 дол. США, взуття – на 113 519 500 дол. США, а імпорт за текстильні матеріали і вироби – 1 655 646 100 дол. США, взуття – на 306 668 900 дол. США [2]. За даними статистики імпорт одягу та взуття втричі перевищує експорт. Тобто українські споживачі переважно задовольняють свої потреби товарами із-за кордону, хоча ми маємо і власне виробництво.

В умовах жорсткої конкуренції все більшого значення для зайняття чільного місця на світовому ринку набуває конкурентоспроможність товарів. Для товарів індустрії моди конкурентоспроможність складається з таких критеріїв, як: якість, дизайн, нові споживчі, медико-біологічні, функціональні та інші властивості [3].

© Є. Кібець, 2021

Дизайн товарів легкої промисловості або дизайнерські рішення втілені у виробах легкої промисловості є однією з умов конкурентоспроможності товарів як на внутрішньому ринку, так і на світовому ринку.

За даними дослідження «Стан розвитку дизайну в Україні», що проводилось у 2019 році агенцією економічного розвитку PPV Knowledge Networks за підтримки Українського культурного фонду, 80 % дизайнерів вбачають необхідність у вдосконаленні норм щодо захисту їхніх авторських прав. Також дизайнери констатували, що мають складнощі із застосуванням правової бази до своїх виробів [4], тобто самостійно скористатися правом на охорону права інтелектуальної власності українські дизайнери можуть.

На це є декілька причин, а саме: незрозуміло, який виріб може отримати охорону (є охороноздатним), а який ні; незрозуміло, який інститут права інтелектуальної власності який виріб може охороняти; коштовність реєстрації. Цей перелік не є вичерпним.

Франція змогла свого часу зміцнити економіку завдяки легкій промисловості. Французьке законодавство визнало необхідність надання правової охорони дизайну одягу та галантерейних виробів і прирівняло дизайнерів до митців. Відтак з 1944 року дизайнерські рішення охороняються авторським правом, і це дало змогу дизайнерам розвиватись, користуватися пільговим оподаткуванням та державними фінансовими програмами в рамках програм розвитку мистецтва.

Правове регулювання охорони дизайнерських рішень у сфері індустрії моди в Україні сьогодні має велике значення і для стимулювання українських дизайнерів, і для розвитку легкої промисловості, і для економіки держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній науці цивільного права відсутні комплексні дослідження питання правового положення дизайнерських рішень у сфері моди. Водночас серед практикуючих юристів це питання стоїть гостро і породжує жваву дискусію. Вивченням інституту права інтелектуальної власності та правового положення дизайнерських рішень займались: В. Гаврилов, Л. Кучинскас, А. Берестовська, В. Макода, О. Осіпова, А. Федоров, О. Бондаренко, В. Вірченко, Н. Халаїв, О. Харитонова, А. Юрченко, І. Шуміло.

Мета статті – дослідити, як можна отримати охорону права інтелектуальної власності на дизайнерські рішення у сфері індустрії моди, яким чином здійснюється охорона товарів, що містять дизайнерське рішення, у процесі транскордонного товарообігу.

Виклад основного матеріалу. Дизайнерські рішення у сфері моди, втілені у товарах, здобувають охорону інститутами права інтелектуальної власності як на території України, так і в процесі транскордонного товарообігу.

Втілене у товарі дизайнерське рішення може містити в собі: авторське право, промисловий зразок, корисну модель, торгову марку, географічне зазначення, комерційне найменування. Однак за наявності у товарі одразу декількох об'єктів права інтелектуальної власності зазвичай автор реєструє не всі, а один/два через коштовність реєстрації (отримання свідоцтва чи патенту).

Авторське право. Закон України «Про авторське право та суміжні права» у ст. 8 містить невичерпний перелік об'єктів авторського права і разом із тим зазначає, що правова охорона поширюється тільки на форму твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі [5]. При цьому визначення «твір» в законі не наводиться. Також важливим у цій статті є те, що «охороні підлягають всі твори, як оприлюднені, так і не оприлюднені, як завершені, так і не завершені, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо) у будь-якій матеріальній формі» [5].

Така позиція законодавця значно розширює коло об'єктів вітчизняного захисту порівняно з положеннями Бернської конвенції, в якій зазначається, що за законодавством країн Європейського Союзу зберігається право зазначити, що художні та літературні твори або їх види не підлягають охороні, якщо вони не закріплені в тій або іншій матеріальній формі [6].

Так, наприклад, в Україні перенесення з паперу на тканину малюнку є відтворенням, незважаючи на зміну форми існування твору, тканина стає примірником малюнку. Е. П. Гаврилов з цього приводу зазначає, що «переведення площинного зображення в об'ємне і навпаки – переведення об'ємного твору в площинне, якщо вони включають елементи творчості, не можуть розглядатися як відтворення. Але, звичайно, якщо творчість при цьому не привноситься, це випадок відтворення» [7, с. 20].

Загальновідомо, що орнаменти тканин ще у 1787 році набули охорону засобами авторського права, одними з перших серед інших об'єктів авторського права [8, с. 120].

У Кодексі інтелектуальної власності Франції (п. 14) під об'єктами права інтелектуальної власності розуміються вироби

сезонної індустрії одягу та аксесуарів. Сезонною індустрією з виготовлення одягу та аксесуарів вважаються ті галузі, які у зв'язку з вимогами моди постійно змінюють форму та зовнішній вигляд своєї продукції, а саме: швейна та хутряна галузь, галузь спідньої білизни, вишивка, мода, взуттєва галузь, галузь із шиття рукавичок, шкіряна галантерея, виготовлення тканин високої новизни або призначених для високої моди (haute couture), виготовлення аксесуарів та взуття, фабрики, що виготовляють тканини для меблів [9].

Промисловий зразок. Промисловий зразок у ст. 1 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» визначається як результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання. У ч. 2 ст. 5 цього Закону зазначається, що об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб [10]. Цивільний Кодекс України, як більш пізній нормативно-правовий акт, вже не містить понять «художнє конструювання» та «ергономічні потреби» і визначає критерії придатності промислового зразка для набуття права інтелектуальної власності в ст. 461: промисловий зразок повинен бути новим відповідно до закону. Так, у ч. 2 ст. 461 ЦКУ зазначається, що об'єктом промислового зразка можуть бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, що визначають зовнішній вигляд промислового виробу [11].

Будь-яке дизайнерське рішення завжди виражає форму елементів предметного середовища і виражається малюнком (ескізом, кресленням). Тобто майже всі промислові зразки є дизайнерськими рішеннями, але не всі дизайнерські рішення можуть стати промисловим зразком, а тільки ті з них, які відображають вигляд промислового виробу.

Якщо говорити про умову новизни, то промисловий зразок визнається новим, якщо сукупність його суттєвих ознак не стала загальнодоступною у світі до дати подання заявки до Установи або якщо заявлено пріоритет до дати її пріоритету. Крім того, у процесі встановлення новизни промислового зразка береться до уваги зміст усіх раніше одержаних Установою заявок, за винятком тих, що на зазначену дату вважаються відкликаними або за ними Установою прийняті рішення про відмову у видачі патентів і вичерпані можливості оскарження таких рішень (ч. 2 ст. 6 ЗУпПЗ) [10].

Це значно звужує коло дизайнерських рішень, що можуть бути зареєстровані як промисловий зразок, оскільки мода існує впродовж всього життя людства і дизайнерам не так легко створити нову та оригінальну модель. Модні тенденції циклічно повертаються в колекціях дизайнерів, та ще однією особливістю є саме недовготривалий строк експлуатації виробів. Зазвичай дизайнерська річ є актуальною один-три сезони, тому немає сенсу отримувати патент зі строком охорони 5 років на річ, що за півтора року вже не буде використовуватися патентовласником у виробництві. Тому патенти у сфері моди застосовуються лише для охорони тих дизайнерських рішень, які стали класичними та знаковими для цього бренду і випускаються майже у кожній колекції з різними незначними змінами.

Французький будинок моди Herm s від 2010 р. отримав патент на промисловий зразок в Україні на сумку, а Chanel у 2020 р. – на поясну сумку [12].

Державний реєстр патентів України на промислові зразки налічує: близько 70 патентів на сумки, близько 90 на підошву для взуття та 404 на хутряні пальто.

У процесі поступового приведення законодавства України до стандартів acquis ЄС закон України про охорону прав на промислові зразки було доповнено новим поняттям «незареєстрований промисловий зразок». Незареєстрований промисловий зразок вважається доведеним до загального відома, якщо він був опублікований, експонований на виставці, використаний у торгівлі або в інший спосіб оприлюднений таким чином, що під час звичайного провадження господарської діяльності такі заходи з об'єктивних причин могли стати відомими у колах, що спеціалізуються у відповідній галузі і провадять свою діяльність на території України (ст. 6, 10).

Незареєстровані промислові зразки, з першого погляду, покликані вирішити проблеми дизайнерів, оскільки: не потребують реєстрації; строк правової охорони – 3 роки від дати його доведення до загального відома (ч. 4 ст. 5, 10); власник має право забороняти його копіювання та використання із застосуванням промислового зразка, застосування такого виробу, пропонування для продажу в тому числі через Інтернет, продаж, імпорт (ввезення), експорт (вивезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого виробу в зазначених цілях (ч. 9 ст. 20, 10); на вимогу власника порушення його прав має бути припинено і збитки відшкодовані (ст. 26, 10).

Однак у разі транскордонного товарообігу застосування правової охорони до незареєстрованого промислового зразка неможливо, оскільки для реєстрації в Митному

реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності необхідно подати до Держмитслужби заяву про реєстрацію об'єкта ПІВ у митному реєстрі разом із копією документа, який підтверджує реєстрацію в Україні права інтелектуальної власності [13].

Корисна модель. В якості корисних моделей дизайнерські рішення у сфері моди, як правило, не мають такої характеристики, як винахідницький рівень. До винаходів у цій сфері можна віднести одягове обладдя та виробництво тканин. У цивільному законодавстві Російської Федерації в якості винаходів розглядають тканини з мікрокапсулами, є-текстиль, файбертроніку, енерговиробляючі тканини, нанотканини, пластик та рідкий одяг, який завжди сидить по фігурі [14]. Також патенти на корисну модель в Україні реєструються та різні тканини, на підошву для взуття [15] та різні сумки: сумку-клач, сумку-трансформер, сумку зі змінною лицьовою оболонкою, сумку, що складається [16].

Торгова марка (знак для товарів та послуг). У ст. 492 Цивільного Кодексу України зазначається, що торговельною маркою може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, серед товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів [11].

А. В. Тофіло зазначає, що «колір або поєднання кольорів як таке може бути зареєстровано, як знак якщо це не основний колір (чорний, білий та сім кольорів, що складають кольори веселки). Рухомі позначення (позначення зображення, що рухається) являють собою малюнок, зображення, слова, що рухаються. Зокрема, таким знаком може бути анімаційне зображення, геометрична фігура, що здійснює певні рухи у часі...» [17]. Вітчизняне законодавство не містить обмежень щодо кольорів, які використовуються для зображення тієї чи іншої торгової марки.

А. А. Шестимиров звертав увагу цивілістів на те, що «процес розробки позначення (товарного знаку) підпорядковується загальним методологічним закономірностям дизайнерського проєктування» [18]. Водночас відсутність в українському законодавстві положення про авторство на торгівельну марку не означає відсутність авторських прав на твір, що реєструється як торгова марка. Однак не всі позначення торговельних марок є дизайнерськими рішеннями. Так, прості словесні назви або абревіатури не набуватимуть охорону як твори, лише як торгові марки.

Дизайнерськими ж позначення визнаються у вигляді композицій ліній, фігур різних форм, плям, кольорів, зображених на площині або в просторі, тобто форма та елементи позначення. Таким чином, можна зробити висновок, що авторське право буде виступати первинним по відношенню до прав на знак для товарів і послуг, на який отримано свідоцтво, оскільки в ч. 6 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» зазначається, що «виключне право власника свідоцтва забороняти іншим особам використовувати без його згоди зареєстрований знак не поширюється на здійснення будь-якого права, що виникло до дати подання заявки» [19].

Стаття 25 ЗУпЗТП визначає, що правова охорона на добре відомий знак здійснюється згідно зі ст. 6 bis Паризької конвенції, та вказує, що знак може бути визнаний добре відомим незалежно від реєстрації його в Україні [20].

У США за законом про товарні знаки (так званий «закон Ленхєма») передбачено реєстрацію товарним знаком один колір. Це породило безліч судових спорів. У 2011 році Christian Louboutin захищав свої права у судовому процесі проти іншого французького будинку моди Yves Saint Laurent (YSL). Підставою звернення до суду був випуск монохромної колекції взуття, в тому числі і яскраво-червоного кольору маркою YSL, чим було порушено право на «червону підошву». У свою чергу YSL посилався на історію свого бренду та на колекції, які були випущені до реєстрації позивачем торгової марки «яскраво-червоного кольору». Апеляційний суд США дійшов висновку, що товарний знак Christian Louboutin обмежується використанням у виробах, в яких червона підошва контрастує з основною частиною виробу [21]. Таким чином, з одного боку, не обмежується право інших дизайнерів, і не створюється монополія на використання певною фірмою певного кольору, а з іншого боку, право на торгову марку захищається. Також відомі випадки реєстрації сумок: французький бренд Chanel отримав в Україні два патенти на сумки як знаки для товарів і послуг у 2017 та 2018 році [12].

Порівняно з промисловим зразком до торгівельних марок висувається критерій не світової новизни, а лише локальної. Торгова марка дозволяє індивідуалізувати товари одного виробника по відношенню до інших виробників.

Для сфери індустрії моди ідентифікація виробника відіграє мало не найважливішу

роль, оскільки допомагає споживачу відрізнити товар одного виробника від іншого. У цивільному законодавстві передбачено три засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту та продукції, що ними виробляється: комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення. Ці об'єкти поєднує спільна мета – індивідуалізувати суб'єктів підприємницької діяльності, позначити різницю між ними, дати змогу відрізнити товари та послуги одного суб'єкта від однорідних товарів та послуг іншого, а також рекламувати як самого суб'єкта, так і якість та властивості його продукції (послуг) [22].

Комерційне найменування. Комерційне найменування дає можливість вирізнити одну особу від іншої особи з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності (ч. 1 ст. 489), водночас комерційне (фірмове найменування) може мати тільки юридична особа, яка є підприємницьким товариством (ч. 2 ст. 90) [11]. Право на комерційне (фірмове) найменування виникає з моменту першого використання та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього.

Комерційні (фірмові) найменування для ідентифікації та захисту виробників та товарів сфери індустрії моди використовуються одночасно з торговими марками або окремо, як самостійний вид захисту. Однак певний ступінь схожості фірмового найменування та торгової марки може призвести до введення в оману споживачів.

Не всі підприємці на початку підприємницької діяльності реєструють торгову марку через коштовність та тривалість реєстрації, а користуються комерційним найменуванням для індивідуалізації себе на ринку.

Товари, що містять дизайнерське рішення. Законодавство України не містить визначення ані товарів, що містять дизайнерське рішення, ані поняття «дизайнерське рішення».

Наведемо для порівняння визначення із Закону «Про зовнішньоекономічну діяльність» (ст. 1): товар – будь-яка продукція, послуги, роботи, права інтелектуальної власності та інші немайнові права, призначені для продажу (оплатної передачі) [23], та з Митного кодексу (п. 57 ст. 4): товари – будь-які рухомі речі, у тому числі ті, на які законом поширено режим нерухомої речі (крім транспортних засобів комерційного призначення), валютні цінності, культурні цінності, а також електроенергія, що переміщується лініями електропередачі [24].

З цього можна зробити припущення, що поняття товару в Митному кодексі України представлено у вужчій формі, ніж в ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність». Однак поряд із тим митне законодавство наводить визначення товарів піратських, контрафактних та товарів, що підозрюються у порушенні прав інтелектуальної власності.

Піратські товари – товари, що є предметами порушення авторського права та/або суміжних прав або права інтелектуальної власності на зареєстрований промисловий зразок в Україні та які являють собою або містять копії (п. 38[1] ст. 4) [24]. Копії незареєстрованого промислового зразка, піратськими не вважаються. Це породжує колізію норм митного законодавства із ч. 2 ст. 20 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки».

Товари з ознаками порушення авторського права і суміжних прав, прав інтелектуальної власності на винаходи, промислові зразки, торговельні марки, географічні зазначення, сорти рослин, компонування напівпровідникових виробів, прав, що надаються за сертифікатами додаткової охорони на лікарські засоби та засоби захисту рослин (п. 57[1] ст. 4) [24].

Контрафактні товари – товари, що є предметами порушення прав інтелектуальної власності на торговельну марку в Україні; та географічне зазначення (п. 17 ст. 4) [24].

Тобто митниця вповноважена контролювати переміщення товарів з об'єктами інтелектуальної власності в частині об'єктів: авторського права та/або суміжних прав; промисловий зразок; географічне зазначення; торговельну марку; винаходи.

Таким чином, з переліку об'єктів права інтелектуальної власності, встановленого цивільним законодавством України, підлягають транскордонному захисту лише частина об'єктів права інтелектуальної власності. Корисна модель та комерційне (фірмове) найменування залишилися поза увагою митних органів.

Висновки

Під час транскордонного обігу товарів з дизайнерським рішенням підлягають охороні в Україні лише ті, які містять у собі об'єкти права інтелектуальної власності: авторське право та/або суміжні права, промисловий зразок, географічне зазначення, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), винаходи.

Ті дизайнерські рішення, що здобули охорону за цивільним законодавством України у якості корисної моделі та комерційного (фірмового) найменування під час проходження кордону України залишаться поза увагою державних органів, оскільки у них

відсутні механізми перевірки дизайнерських рішень з таким правовим захистом.

У зв'язку з тим, що продукти індустрії моди є сезонними і постійно оновлюються і в різних країнах – різне законодавство, більшість товарів, що містять дизайнерські рішення, здобувають охорону тільки як торгова марка (знак для товарів і послуг). Під час проходження митного контролю товарів, торгових марок, зареєстрованих в Україні, у разі виникнення підозри у порушенні прав інтелектуальної власності уповноважені особи можуть застосовувати такі міри, як: призупинення митного оформлення, знищення, зміна маркування на товарах та їх упаковці відповідно до ст. 397 Митного кодексу України [24].

З іншого боку, якщо контрафактні товари ввезені без етикеток, наліпок, інструкцій з експлуатації або з етикетками нікому невідомої торгової марки – такі товари вільно проходять митний контроль. А вже на території України, після проходження митного контролю, дистриб'ютори додають етикетки, фурнітуру та логотипи із позначенням відомої торгової марки. Таким чином, de jure вимоги Митного кодексу дотримані, а de facto контрафактні товари ввезені. У такому разі має місце порушення як митного законодавства, так і законодавства у сфері прав інтелектуальної власності, а оскільки остання є частиною цивільного права, то, відповідно, наявне порушення цивільного законодавства України [25].

Дизайнерські рішення, втілені у виробах в Україні, спроможні отримати охорону одразу і як промисловий зразок, і торгова марка (знак для товарів і послуг), і як корисна модель, про що свідчить приклад із сумками, наведений у статті. Однак це свідчить про відсутність узгодженості та регламентації процедури надання охорони дизайнерським рішенням.

Для комплексного захисту дизайнерського рішення в системі транскордонної охорони інтелектуальних прав насамперед потрібно закріпити поняття «дизайнерське рішення» законодавчо. Така новація дасть можливість запустити процес більш детального нормотворення на рівні підзаконних актів, зокрема, у сфері митного оформлення товарів; це дасть змогу розширити перелік індикаторів, що будуть перевірятись митними органами і, відповідно, відсіювати контрафактний, піратський товар.

Окрім цього, враховуючи, що дизайнерські рішення у сфері індустрії моди мають сезонний короткостроковий характер, законодавчо варто закріпити «прискорений пільговий режим захисту» дизайнерських рішень індустрії моди: закріпити період (наприклад, один рік), протягом якого таке дизайнерське рішення після подачі заявки на реєстрацію об'єкта інтелектуальної власності підлягає захисту, включаючи і транскордонне переміщення (експорт та імпорт), однак офіційні збори за реєстрацію платяться після спливу одного року. Такий режим дозволить авторам дизайнерських рішень зрозуміти їх актуальність і покупну спроможність товарів та запобігти значним витратам на реєстрацію об'єктів права інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Статистичні данні Державної служби статистики: Витрати і ресурси домогосподарств України (за даними вибіркового обстеження умов життя домогосподарств). URL: http://www.ukrstat.gov.ua (дата звернення: 21.12.2020).

2. Статистичні данні Державної служби статистики: Товарна структура зовнішньої торгівлі України. URL: http://www.ukrstat.gov.ua (дата звернення: 22.01.2021).

3. Стратегія розвитку легкої промисловості РФ на період до 2020 року : затв. наказом Мінпромторгу РФ від 24.09.2009 № 853. URL: https://zakonbase.ru/content/part/641284m (дата звернення: 22.12.2020).

4. Кривецька Л., Кобринович М., Воробей В., Плющева О. Стан розвитку дизайну в Україні. Львів, 2019. 80 с. URL:http://uaculture.org/wpcontent/uploads/2020/01/232708_analitychnyj-zvit_monitoryng-rozvytku-dyzajnu-v-ukrayini.pdf (дата звернення: 26.12.2020).

5. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12 (дата звернення: 22.12.2020).

6. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 25.10.1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051 (дата звернення: 15.12.2020).

7. Гаврилов Э. П. Комментарий Закона Российской Федерации об авторском праве и смежных правах: коментар. Москва: Фонд «Правовая культура», 1996. 20 с.

8. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / пер. с англ. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2004, 120 с.

9. Кодекс Інтелектуальної власності Франції : станом на 28.12.2020 року.URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006069414/LEGISCTA000006161634/#LEGISCTA000006161634 (дата звернення: 22.12.2020).

10. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3688-XII / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3688-12 (дата звернення: 25.12.2020).

11. Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р., № 435-IV / Верховна Рада України. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 22.12.2020).

12. Спеціальна інформаційна система Укрпатенту. URL: https://sis.ukrpatent.org/uk (дата звернення: 24.12.2020).

13. Про внесення змін до Порядку реєстрації у митному реєстрі об'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються відповідно до закону від 09.06.2020 № 282 : наказ Міністерства Фінансів України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0548-20#Text (дата звернення: 22.01.2021).

14. А. А. Гейнеман. Объекты интеллектуальной собственности в моде. URL: http://designersfromrussia.ru/innovations-in-the-fashion-as-objects-to-protection/. (дата звернення: 20.12.2020).

15. Відомості з Державного реєстру патентів України на корисні моделі. URL: https://base.uipv.org/searchINV/search.php?action=search (дата звернення: 24.12.2020).

16. Відомості з Державного реєстру патентів України на корисні моделі. URL: https://base.uipv.org/searchINV/search.php?action=viewsearchres&page=4 (дата звернення: 25.12.2020).

17. Тофіло А. В., Лєвічева О. Д. Набуття прав інтелектуальної власності : навчальний посібник. Київ: Держ. ін-т інтел. власн., 2008, 182 с.

18. Шестимиров А. А. Товарные знаки : учебное пособие. Москва: ВНИИПИ, 1995, 58 с.

19. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення: 25.12.2020).

20. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20.03.1883 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123 (дата звернення: 28.11.2020).

21. The role of IP rights in the fashion business: a US perspective. URL: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/04/article_0006.html (дата звернення: 23.12.2020).

22. Бошицький Ю.Л. Щодо пріоритетів співробітництва України з ЄС в контексті забезпечення прав людини у сфері інтелектуальної власності: *Часопис Київського університету права*. 2019/1. С. 168-175.

23. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-XII / Верховна Рада УРСР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/959-12/conv#n23 (дата звернення: 25.12.2020).

24. Митний кодекс України : від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4495-17/conv#n298 (дата звернення: 25.12.2020).

25. Кібець Є.М. Охорона дизайнерських рішень у сфері індустрії моди в Україні: проблеми та перспективи вдосконалення. *Цивільне право України: нові виклики і перспективи розвитку:* матеріали XVIII міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 98-й річниці з дня народж. В.П. Маслова (Харків, 28 лют. 2020 р.). Харків: Право, 2020. С. 259-264.

Yelyzaveta Kibets. The concept of goods containing a design solution in the system of cross-border protection of intellectual rights

After the entry into force of the Association Agreement with the EU, the field of protection of intellectual property rights began to be actively reformed. Gradual bringing Ukrainian legislation into line with EU acquis standards, creating conditions for strengthening economic and trade relations, achieving an appropriate and effective level of protection and enforcement of intellectual property rights, simplifying the creation and commercial use of innovative and creative products in the Parties. Creative products, such as fashion design solutions expressed in goods, may be protected as intellectual property. A design solution embodied in a particular product may be protected by one or more intellectual property institutions. Design decisions in the field of fashion are not explicitly defined in the legislation, but their properties are reflected in the characteristics of various objects of intellectual property rights. This article provides examples of which design decisions in the field of fashion correspond to which objects of intellectual property rights. The article also analyzes which objects of intellectual property rights contained in the design decision have cross-border protection, and which are actually ignored by customs authorities during import and export. The amendments to the normative legal acts in the field of application of measures to promote the protection and defense of intellectual property rights are analyzed, and correlated with the current norms of civil legislation of Ukraine. The problems faced by designers of the fashion industry at registration of the intellectual property rights to the products are analyzed. It is proposed to introduce the concept of "design solution in the field of fashion" and to provide a "preferential regime for the protection of design solutions in the field of fashion that contain objects of intellectual property rights." State support for young designers in Ukraine will allow the light industry sector to develop and help stabilize the country's economy.

Key words: intellectual property rights, trademark, utility model, copyright and / or related rights, industrial design, unregistered industrial design, utility model, commercial name.

УДК 347.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.05

Оксана Кіріяк,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ТЕРМІН» І «МОМЕНТ У ЧАСІ» ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Дана стаття присвячена питанням визначення та співвідношення подібних, але не тотожних понять «строк», «термін» і «момент у часі». Загальновідомо, що фактор часу відіграє надзвичайно важливу роль для всіх без винятку учасників цивільних правовідносин, оскільки унормовує початок обрахування, виникнення, зміни чи припинення відповідних прав та обов'язків, а також регламентує послідовність та строковість окремих юридичних процедур. У цій статті автором досліджено сучасний стан вживання законодавцем цих дотичних і взаємопов'язаних правових категорій і виявлено низку розбіжностей методологічного характеру та неузгодженостей юридичної термінології, що в сукупності засвідчують непослідовність юридичної техніки і, як наслідок, підтверджують факт існування серйозної правозастосовної проблеми. Водночас у результаті ознайомлення з висновками наукових праць учених-цивілістів, які досліджували окреслені питання у різні проміжки часу та на території різних держав, обґрунтована необхідність певного оновлення існуючої парадигми праворозуміння у контексті досліджуваного питання. Шляхом зіставлення змісту окремих норм цивільного законодавства нашої держави в цій статті детально продемонстровано велику кількість неузгоджених приписів, які суперечать один одному або не узгоджуються з текстом інших нормативно-правових актів. Окрім цього, у ході аналізу судової практики у вирішенні приватно-правових спорів, пов'язаних із реалізацією на практиці виявлених фактів непослідовного оперування законодавцем поняттями «строки», «терміни» і «моменти у часі», автором було сформовано власні пропозиції щодо усунення наявних суперечностей. Зокрема, запропоновано змінити текст окремих положень чинного цивільного законодавства нашої держави, а саме викласти ч. 2 ст. 251 ЦК України у такій редакції, що виключає будь-яку прив'язку дефініції «термін» до зворотної ідіоми «момент у часі», натомість містить чітке інтерпретування досліджуваного поняття через словосполучення «календарна дата» чи «вказівка на подію, яка має неминуче настати».

Ключові слова: строки, терміни, момент у часі, співвідношення понять, обчислення строків, цивільне право.

Постановка проблеми. Темпоральний вимір буденності впливає на відповідні суспільні відносини не відокремлено, а через певні юридичні факти, що ним окреслюються, детермінуються чи обмежуються. Як слушно відзначає відомий французький теоретик права Ж.-Л. Бержель, право не може ігнорувати фактор часу, який первинно закладений як механізм запуску в дію його нормативно-правових актів [1, с. 196-197]. При цьому в нашій державі норми права, які регламентують загально-теоретичну частину визначення строків і термінів та розміщені у нормативно-правових актах різних галузей права, завжди своїм орієнтиром мають положення, викладені у статтях 251-255 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України). На жаль, вивчення судової практики застосування цих положень, а також аналіз виявлених фактів непослідовного використання нормотворцем правил юридичної техніки засвідчують наявність чисельних неузгоджених моментів та прогалин у законодавстві різних галузей вітчизняного права в контексті досліджуваного питання, що в сукупності актуалізує необхідність поглибленого теоретичного переосмислення цих приписів із метою оптимізації наступного правозастосування. Серед причин такого стану речей І. Г. Оборотов виділяє той факт, що строки можуть вимірюватися в хронометричному (через визначення тривалості) або хронологічному (шляхом зазначення моментів часу) порядку [2, с. 60].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання наукового осмислення проблеми співвідношення строків та термінів у вітчизняному праві традиційно привертає велику увагу теоретиків та практиків правозастосування. Загалом, основу тео-

© О. Кіріяк, 2021

ретичного вивчення даного питання було закладено напрацюваннями таких науковців, як С. С. Бичкова, Т. М. Вахонєва, С. Л. Заставна, В. В. Луць, Д. О. Маріц, І. Г. Оборотов, Н. В. Черногор, А. А. Шайковський, О. В. Шовкова, В. В. Юсип та ін. Детальна розробка окресленої проблематики відбувалася у працях дослідників загальної теорії держави і права, а також представників вузько галузевих юридичних дисциплін переважно на початку нашого століття (за окремими винятками) і, заклавши квінтесенційні підвалини сучасного праворозуміння, все ж потребує якісного декомпозиціонування актуальності підходів до усвідомлення її сутності та формулювання шляхів вирішення.

Мета цієї наукової публікації – проаналізувати змістове наповнення та випадки непослідовного використання законодавцем понять «терміни» та «моменти у часі» задля формулювання власних пропозицій щодо усунення виявлених недоліків законодавчої техніки.

До досягнення поставленої мети призводить послідовне вирішення таких науково-теоретичних і прикладних **завдань**: 1) розглянути наявні підходи до тлумачення понять «строки» та «терміни» у цивільному праві; 2) дослідити нюанси змістового наповнення поняття «термін» у цивільному праві; 3) проаналізувати текстуальний контекст використання законодавцем словосполучення «момент у часі»; 4) зіставити поняття «термін» і «момент у часі» та виявити можливість/неможливість їх синонімічного використання.

Виклад основного матеріалу. Загальновідомо, що фактор часу для всіх без винятку осіб відіграє надзвичайно важливу роль, оскільки унормовує початок виникнення, зміни чи припинення відповідних прав та обов'язків, а також регламентує послідовність та строковість окремих юридичних процедур. Хоча час – це динамічне явище, яке характеризується автономністю по відношенню до усіх елементів буття, для юриспруденції, на переконання А. А. Шайковського, інтерес становить лише в контексті вивчення його темпоральних властивостей [3, с. 157]. Цей факт дозволяє Ю. С. Червоному дійти справедливого висновку про те, що кожен зайвий день прострочення означає додаткові, інколи невідновні втрати і збитки [4, с. 184]. З іншого боку, як влучно відзначає В. В. Луць, строки дисциплінують учасників правових зв'язків, забезпечують чіткість і визначеність у правах та обов'язках суб'єктів [5, с. 3]. Саме тому помилка під час їхнього обчислення, згідно зі слушними міркуваннями А. А. Шайковського, може зумовити безпідставне скорочення чи продовження прав та обов'язків суб'єктів цивільних відносин [3, с. 162].

Саме поняття «термін» досить широко використовується в українській юриспруденції, причому у різних значеннях, а саме:

1. У контексті категоріально-понятійного апарату (***термінологічної бази***) кожної науково-теоретичної дисципліни та окремої галузі (підгалузі) права в цілому (наприклад, наказ Національного агентства з питань запобігання корупції «Про визначення термінів, що вживаються у Законі України «Про політичні партії» та законодавстві України про вибори» № 225/20 від 28.05.2020 р., Закон України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо усунення термінологічних неузгодженостей» № 924-IX від 29.09.2020 р., Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо застосування терміна «особа з інвалідністю» та похідних від нього» № 2581-VIII від 02.10.2018 р.).

Інакше кажучи, більшість нормативно-правових актів у початкових статтях свого тексту розміщують визначення основних термінів і понять (див. до прикладу Закону України «Про авторське право і суміжні права» № 3792-XII від 23.12.1993 року, Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» № 755-IV від 15.05.2003 року та ін.;

2. ***Терміновий*** у розумінні негайний, невідкладний, ургентний захід оперативного реагування[1] (до прикладу, п. 1 Порядку винесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України *термінового* заборонного припису стосовно кривдника, затверджений наказом Міністерства внутрішніх справ України № 654 від 01.08.2018 р.; ч. 1 ст. 96 Кодексу торгового мореплавства України закріплює обов'язок *терміново* повідомляти капітана морського судна про будь-які зміни на фарватері і про аварійні морські події тощо);

3. У значенні ***строкової тривалості*** певного юридичного факту (настання, зміни чи припинення), що, за визначенням Т. М. Вахонєвої, є різновидом правового часу [6, с. 6]. Зокрема, ч. 2 ст. 251 ЦК України зазначає, що терміном є певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має

[1] Саме у такому розумінні, до речі, максимально збережене первісне розуміння цього слова, що походить від латинського terminus – межа, край

юридичне значення, на противагу поняттю «строк», який є певним періодом у часі, зі спливанням якого пов'язана дія чи подія, що має юридичне значення.

Виходячи із сукупного аналізу наведених законодавчих положень, а також тлумачень відповідних понять, С. С. Бичкова констатує, що межі строку (початок та закінчення) обмежуються термінами – відповідними моментами у часі, які визначаються календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати [7, с. 62]. Схожу точку зору відстоює і О. В. Шовкова, яка окреслює структурність темпоральної системи – «час-строк-термін», які співвідносяться як філософські категорії загального, особливого, одиночного [8, с. 175]. Підтримує такі міркування і А. А. Шайковський, який таким чином узагальнює їхнє співвідношення: «поняття «строк» є більш обширним, аніж термін і включає його у себе, оскільки охоплює мінімум дві конкретні часові одиниці, що визначають граничні межі існування строків, забезпечуючи цим самим можливість правильного визначення часового проміжку» [3, с. 162].

Як слушно відзначає В. В. Луць, розмежування категорій «строк» і «термін» має важливе методологічне значення не лише для цивільного права, а й для розуміння відповідних часових понять у застосуванні норм сімейного, житлового, земельного, екологічного, господарського й інших галузей законодавства. На жаль, на рівні не лише інших галузей законодавства, а й підзаконних нормативних актів цивільного законодавства таке розмежування названих понять не завжди послідовно провадиться, коли замість поняття «строк» вживається поняття «термін» або навпаки [9, с. 83]. Як приклад такої законодавчої непослідовності можна навести ч. 6 ст. 252 СК України, яка закріплює, що термін перебування дитини в сім'ї патронатного вихователя не може перевищувати трьох місяців. Оскільки йдеться про очевидний період у часі (не більше трьох місяців), то коректним відповідником для регламентації цих правовідносин мало би бути вжито поняття «строк», а не «термін», яким оперує законодавець. Аналогічна помилка простежується і в абз. 3 ст. 26 Кодексу торговельного мореплавства України, де зазначено, що «судно <...> може бути зареєстроване <...> не більше терміну дії договору», хоча тривалість дії договору дозволяє нам впевнено констатувати, що йдеться саме про строк (як період у часі) чинності договору.

Окремі дослідники, зосереджуючись на взаємозв'язку досліджуваних понять, доходять висновку, що строки починають обчислюватись чи припиняються за допомогою термінів, і тому виділяють частину термінів, що самостійно не існують, а обов'язково входять до складу строків [10, с. 120]. При цьому і в судовій практиці простежується відсутність уніфікованого правозастосування щодо використання понять «строк», «термін» та «момент», що є закономірним наслідком законодавчої непослідовності у нормативному закріпленні досліджуваних питань. Зокрема, в резолютивній частині Ухвали Яворівського районного суду Львівської області від 24.12.2013 року (справа № 460/2373/13-ц) зазначається, що подружжю призначається строк для примирення *терміном* два місяці. Так само в Ухвалі Чемеровецького районного суду Хмельницької області від 10.03.2011 року (справа № 2-2219-138/11) було вирішено скоротити *термін* на примирення до одного місяця. Хоча, як правильно зауважують вчені-процесуалісти, призначення процесуальних строків полягає в тому, що вони створюють оптимальний часовий режим для відправлення правосуддя: з одного боку, прискорюють провадження по справі, а з іншого – протидіють поспіху в реалізації процесуальних прав та обов'язків, адже метою правосуддя є своєчасність, а не швидкість розгляду і вирішення справи [11, с. 144].

Вартим уваги також є питання можливості використання поняття «момент» для позначення триваючих термінів, що здавна привертає увагу науковців. Так, ще укладачі однієї з перших вітчизняних юридичних енциклопедій наголошували на взаємозв'язку цих понять, відзначаючи, що часто поряд зі строками та термінами використовується поняття «момент», а саме: «у момент», «на момент», «до моменту», «з моменту», «у будь-який момент» [12, с. 504], а у безстрокових зобов'язаннях, як зауважує В. В. Юсип, строк (термін) визначається *моментом* витребування [13, с. 5].

Незважаючи на численні випадки неоднакового та непослідовного використання досліджуваних понять і позначуваних ними правових явищ, окремі науковці не вбачають у цьому жодної методологічної проблеми чи теоретичної неузгодженості. Зокрема, Д. О. Маріц вважає таке розуміння поняття «термін», як момент у часі, безумовно справедливим [14, с. 88]. Продовжує ці міркування Н. В. Черногор, який більш доцільним вбачає розгляд поняття «момент» («мить») в якості «уточнюючого елементу» поняття «термін» [15, с. 261]. Така точка зору, на думку А. А. Шайковського, сприяє кращому розумінню структури понять «термін» та «момент», якісніше

задовольняє потреби учасників цивільних правовідносин та дозволяє уникнути юридичної плутанини [3, с. 161].

На жаль, з думками вищезгаданих вчених важко погодитися, незважаючи не певну логічність викладу та аргументованість їхніх позицій. Тому що у разі, коли йдеться про лексикологічне та юридичне ототожнення понять «термін» і «момент», що досить часто використовуються законодавцем як синоніми, то на стадії практичної реалізації цих положень виникає чимало протиріч та неузгодженостей. Здебільшого вони пов'язані з невідповідністю загальним правилам обрахування строків, що однаковою мірою стосується як окремих норм, так і цілих нормативно-правових актів, а саме:

– ч. 3 ст. 5 ЦК України «прив'язує» факт застосування положень нового нормативно-правового акта до прав і обов'язків, що виникли з **моменту** набрання ним чинності. Інакше кажучи, момент вступу у дію закону є ключовим у цьому контексті, хоча і не простежується у приписах інших нормативних актів. І навіть загально-правова доктрина пов'язує набуття чинності законом не з моментом, а з днем його прийняття чи опублікування. Так, ст. 160 Конституції України окреслює, що Основний Закон нашої держави набуває чинності з дня його прийняття. Зазначене було таким чином розтлумачено у Рішенні Конституційного Суду України від 03.10.1997 року № 4-зп: «Конституція України набула чинності 8 червня 1996 року, у день її прийняття». Як бачимо, жодної вказівки на момент прийняття чи момент вступу в силу як темпорального окреслення законодавцем і суддями вжито не було. Прикметно, що такий підхід простежувався у працях і дореволюційних вчених [16, с. 222], що вкотре підтверджує наведене нами вище: момент у часі немає однозначного правового значення для виникнення, зміни чи припинення правовідносин (інакше для всіх чинних у нашій державі нормативно-правових актів поряд із датою прийняття відзначалися б і конкретні години та хвилини вчинення певного юридичного факту).

– ч. 2 ст. 252 ЦК України також окреслює терміни не через «момент у часі», а з вказівкою на календарну дату або подію, що має неминуче настати, хоча логічним узгодженням зі змістом ч. 2 ст. 251 ЦК України мало би бути зазначення, що «термін визначається моментом у часі».

Висновки

Досягнення оптимального співвідношення оперативності та якості регулятивної та правозастосовної діяльності зумовлює необхідність конкретизації змісту та уніфікації в ході практичної реалізації таких юридичних конструкцій, як «строки», «терміни» і «момент у часі». Як було продемонстровано вище, використання норм, що містять вказівки на досліджувані категорії та їх взаємообумовленість, неможлива без нагальної оптимізації їх концептуального наповнення та наступної імплементаційної процедури. На наше глибоке переконання, досягти таких трансформативних змін неможливо без кардинального редагування тексту чинного цивільного законодавства нашої держави (ч. 2 ст. 251 ЦК України), результатом чого має стати виключення будь-якої прив'язки дефініції «термін» до зворотної ідіоми «момент у часі» і виключне інтерпретування досліджуваного поняття через словосполучення «календарна дата» чи «вказівка на подію, яка має неминуче настати».

Список використаних джерел:

1. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В.И. Даниленко; пер. з фр. Москва: *NOTA BENE*, 2000. 576 с.

2. Оборотов І. Г. Темпоральні характеристики права : дис. ... канд. юрид.наук : 12.00.01. Одеса, 2008. 198 с.

3. Шайковський А. А. Визначення юридичної природи темпоральної структури правового часу. *Збірник наукових статей: Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства*. 2013. С. 156-164.

4. Червоний Ю. С. Цивільний процес України : підручник. Київ: Істина, 2007. 392 с.

5. Луць В. В. Строки і терміни в новому Цивільному кодексі України. *Юридична Україна*. 2003. № 11. С. 3-8.

6. Вахонєва Т. М. Строки (терміни у цивільному праві) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. 20 с.

7. Бичкова С. С. Строк і термін: співвідношення законодавчих понять (на підставі аналізу цивільного законодавства). *Українська мова в юриспруденції: стан, проблеми, перспективи* : зб. науков. Праць. 2014. С. 61-63.

8. Шовкова О. В. Строки і терміни як категорії цивільного права. *Проблеми законності :* респ. міжвід. наук. зб. Харків, 2005. Вип. 74. С. 171-176.

9. Луць В. В. Методологічне значення категорій «строк» і «термін» у цивільному праві України. *Часопис цивілістики*. 2018. Вип. 31. С. 80-87.

10. Заставна С. Л. Про строки і терміни в національному праві України. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2013. № 2. С. 119-123.

11. Викут М. А., Зайцев И. М. Гражданский процесс России. Москва: *Юрист*, 1999. 384 с.

12. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемчушенко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 4. 786 с.

13. Юсип В. В. Цивільно-правове регулювання строків і термінів у посередницьких договорах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2016. 23 с.

14. Маріц Д. О. Загальна характеристика строків (термінів) та їх співвідношення. *Актуальні проблеми держави і права*. 2007. С. 87-92.

15. Черногор Н. В. Застосування строків та термінів за цивільним законодавством України. *Актуальні проблеми цивільного права та процесу*: матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. памяті Ю. С. Червоного, 17 грудня 2010 р. Одеса, 2010. С. 259-262.

16. Гольмстен А. Х. Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства. 4-е изд., перераб. С.-Петербург: Типография М. Меркушера, 1907. 704 с.

Oksana Kiriiak. The correlation of the concept “term” and “moment in time” under civil laws of Ukraine

The article is devoted to the issues of definition and correlation of the concepts of "period", "term" and "moment in time". The time factor plays an extremely important role for every person because it determines the beginning of the emergence, changes or termination of certain rights and relevant obligations, as well as regulates the sequence and duration of certain legal procedures. In other words, the temporal dimension of daily life affects the corresponding social relations not in isolation, but through multiple legal facts, which are defined, established or limited by it. The author investigated the state of use of these legal categories by the legislator and revealed a number of discrepancies of methodological nature and inconsistencies of legal terminology, which confirms the inconsistency of legal technique and indicates a serious law enforcement problem. As a result of acquaintance with the conclusions of scientific works of civil law scientists, who researched the outlined issues at different intervals of time, the need for some updating of the existing paradigm of legal understanding in the context of the question under study was justified. By comparing the content of certain norms of civil legislation the article demonstrates a number of uncoordinated regulations (inconsistent prescriptions) that contradict each other or are not consistent with the text of other normative legal acts. In the analysis of judicial practice in resolving private-law disputes related to the implementation the discovered facts of inconsistent use by the legislator of the concepts "deadlines", "terms" and "moments in time", the author has formulated her proposals for the elimination of existing contradictions (in particular, the exclusion of any involvement or reference of the definition "term" to the call idiom "moment in time", and the exclusive interpretation of the studied concept through the phrase "calendar date" or "indication of the event which is imminent to happen").

Key words: terms, deadline, moment in time, correlation of concepts, calculation of time limits, civil law.

УДК 347.251.03
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.06

Сергій Короєд,
докт. юрид. наук, доцент
ORCID ID: 0000-0001-7899-957X

ВІДСТУПЛЕННЯ ПРАВА ВЛАСНИКА НА ВИТРЕБУВАННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА ІЗ ЧУЖОГО НЕЗАКОННОГО ВОЛОДІННЯ (ЦЕСІЯ ВІНДИКАЦІЙНОЇ ВИМОГИ)

У статті здійснюється науково-практичний аналіз підстав укладення та подальшого виконання договору відступлення права власника на витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння, тобто договору цесії віндикаційної вимоги. Розглядаються життєві ситуації, за яких у неволодіючого власника може виникнути необхідність відступлення права вимоги на витребування свого майна з чужого незаконного володіння. Аналізуються наукові праці вчених-цивілістів, в яких як підтримується можливість передачі права віндикаційної вимоги за договором цесії, так і заперечується така можливість. Автором теоретично обґрунтовується юридична спроможність відступлення на підставі договору цесії віндикаційної вимоги, а також визначаються істотні умови такого договору цесії. З'ясовано, що в Україні відсутнє пряме законодавче регулювання можливості укладення такого виду договору та наукові праці з цього питання, що не сприяє поширенню в українській нотаріальній практиці випадків укладення таких договорів, чим звужується договірна свобода учасників приватноправових відносин та можливість задоволення інтересів як неволодіючого власника, так і потенційного покупця нерухомого майна. Підтримується позиція, що право власника витребувати шляхом віндикації річ являє собою зобов'язальне право, оскільки воно характеризується всіма ознаками останнього, а саме: а) є відносним суб'єктивним правом; б) зобов'язує боржника до вчинення певної позитивної дії; в) має майновий характер. Аргументується, що договір цесії буде укладатися через неможливість вчинення договору купівлі-продажу у зв'язку з реєстрацією в державному реєстрі права власності за іншою особою, що має підтверджуватись постановою нотаріуса про відмову у вчиненні нотаріальної дії з посвідчення договору купівлі-продажу такого нерухомого майна. Робиться висновок, що договір цесії віндикаційної вимоги щодо нерухомого майна відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 512 та ч. 1 ст. 514 Цивільного кодексу України буде підставою заміни цедента (неволодіючого власника) на цесіонарія (покупця) у всіх правовідносинах та зобов'язаннях стосовно нерухомого майна та всіх прав на нього, включаючи право будь-яких вимог до третіх осіб, пов'язаних із цим нерухомим майном, а також право на його витребування із чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача відповідно до ст. 387 і 388 Цивільного кодексу України та реєстрацію права власності на витребуване нерухоме майно за цесіонарієм.

Ключові слова: право власності, власник, віндикація, майно, витребування, незаконне володіння, відступлення права вимоги, цесія, цедент, цесіонарій, заміна кредитора в зобов'язанні.

Постановка проблеми. У житті трапляються випадки протиправного позбавлення фізичних та юридичних осіб права власності на їхнє нерухоме майно (як житло, так і нежилі приміщення і земельні ділянки) шахрайським шляхом (або ж, наприклад, на підставі рішення суду, яке пізніше було скасоване) та подальше його неодноразове відчуження (тобто йдеться про вибуття нерухомого майна з власності незаконним шляхом поза волею власника). Повернення такого майна власнику вимагає не лише значного часу на судові процеси, а й значних сил і засобів як інтелектуальних, пов'язаних з юридичними знаннями, так і фінансових, пов'язаних зі сплатою судового збору, який визначається виходячи з вартості витребуваного майна (якщо для позивачів – фізичних осіб – максимальна ставка судового збору становить 11 350 грн., то для позивачів – юридичних осіб – 794 500 грн.), а також оплатою послуг адвоката та можливих судових експертиз (наприклад, почеркознавчої або технічної експертизи документа для встановлення факту підробки підпису на договорі відчуження майна). Через зазначені труднощі, а також можливі залякування з боку шахраїв чи інші причини власники майна не хочуть та (або) не можуть самостійно ініціювати пред'явлення віндикаційних позовів

© С. Короєд, 2021

та брати участь у тривалих судових процесах. Неволодіючий власник навіть може просто втратити інтерес до майна і вчинення дій з його повернення (витребування). Водночас може з'явитись особа (потенційний покупець), яка заінтересована в придбанні зазначеного нерухомого майна і, незважаючи на вибуття такого майна незаконним шляхом з володіння власника проти його волі, буде згодна взяти на себе всі ризики неотримання майна у своє володіння і водночас здатна (за рахунок своїх сил і ресурсів) ініціювати та супроводжувати шляхом пред'явлення віндикаційного позову судовий процес щодо повернення майна з чужого незаконного володіння (наприклад, за умови придбання прав на таке майно за заниженою ціною). Звісно ж, неволодіючий власник на підставі укладеного договору доручення може видати на потенційного покупця довіреність на вчинення всіх необхідних дій для пред'явлення позову та представництва неволодіючого власника в суді і захисту його прав та інтересів на майно та його витребування з чужого незаконного володіння. Проте в такому випадку потенційний покупець лише виконуватиме функцію представництва і захисту в суді прав неволодіючого власника від імені та в інтересах останнього, не маючи при цьому жодних самостійних прав на витребуване в результаті задоволення судом віндикаційного позову нерухоме майно, яке буде повернуто у власність неволодіючого власника, а останній надалі може відмовитись його відчужувати потенційному покупцю на раніше погоджених умовах (звісно ж, що такі умови можна погодити в укладеному попередньому договорі купівлі-продажу, проте негативні наслідки для продавця будуть зводитись лише до штрафних санкцій, а не до примусового виконання обов'язку відчужити майно потенційному покупцеві).

Виклад основного матеріалу. Оскільки нерухоме майно вибуло з володіння власника незаконним шляхом поза його волею (підтвердженням чому буде лише слово неволодіючого власника та документи, які підтверджували його право власності), що унеможливлює відчуження такого майна на підставі нотаріально посвідченого договору купівлі-продажу (оскільки право власності в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно буде зареєстроване за іншою особою), що може підтверджуватись, зокрема, постановою нотаріуса про відмову у вчиненні нотаріальної дії з посвідчення договору купівлі-продажу, та враховуючи відсутність у неволодіючого власника знань і можливостей займатись питанням повернення (витребування з чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача) нерухомого майна, а також бажання потенційного покупця набути права на таке нерухоме майно, то виходом із такої ситуації може бути відступлення неволодіючим власником потенційному покупцеві на підставі договору цесії (відступлення права вимоги) права власника на витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння.

Проте у вітчизняній юридичній літературі можливість укладення такого договору цесії не обговорюється, хоча в межах характеристики алеаторних договорів окремими українськими науковцями наводиться серед нових видів договорів з комбінуванням різних юридичних елементів така договірна конструкція, як цесія віндикаційної вимоги [1, с. 47–48]. Водночас цьому питанню приділялась значна увага окремими російськими вченими (наприклад, такими як М.М. Агарков, А.В. Вошатко, Є.О. Крашенінніков, Д.В. Лоренц, Є.О. Суханов та ін.), наукові праці яких і стали теоретичною основою нашого дослідження.

Передусім зазначимо, що, як зазначає А.В. Вошатко, перші згадки про уступку відникаційного позову зустрічаються в творах давньоримських юристів, коли для відчуження речі не можна було скористатися традицією [2]. У сучасному світі, наприклад у Німеччині, якщо третя особа володіє рухомою річчю, то її передачу можна замінити тим, що власник відступає набувачу вимогу про видачу речі (наприклад, переуступити вимогу про видачу речі до зберігача). Така конструкція є передачею повноваження на користь третьої особи, яка може здійснити від свого імені віндикаційну вимогу, незважаючи на відсутність правового статусу власника (володільця). Але для цього особа має відмовитися від правомочностей на річ через перенесення панування на набувача, і обидві сторони мають домовитись, що таким чином переходить право власності. Таким чином, зрозуміло, що цесія є проявом (способом) безпосереднього, успішного й ефективного вчинення переходу права власності. Через цей взаємозв'язок відпадає проблема розщеплення права власності і відступлення віндикації [3, с. 211, 213, 214]. Водночас окремі російські науковці, вважаючи, що віндикаційна вимога пов'язана з правом власності, оскільки сторона – пред'явник віндикаційного позову має довести свій титул володіння річчю, порушують питання: «яким чином цесіонарій зможе обґрунтувати свої позовні вимоги, якщо він не тільки не є власником, але й не володіє іншим власницьким титулом?» [4, с. 554–555]. При цьому окремі російські вчені наголошують, що цесія

права на віндикацію неможлива за ЦК РФ, оскільки перехід прав кредитора обмежений сферою зобов'язань і не може бути застосований до речових прав, навіть коли відповідач по віндикації відомий, то право вимоги речі не стає зобов'язаним [5, с. 117, 120].

В Україні ж відсутнє пряме законодавче регулювання можливості укладення такого виду договору та наукові праці з цього питання, що не сприяє поширенню в українській нотаріальній практиці випадків укладення таких договорів, чим звужується договірна свобода учасників приватноправових відносин та можливість задоволення інтересів як неволодіючого власника, так і потенційного покупця нерухомого майна.

З огляду на зазначене, **метою нашої статті** й буде науково-практичний аналіз підстав укладення та подальшого виконання договору відступлення права власника на витребування нерухомого майна з чужого незаконного володіння, тобто договору цесії віндикаційної вимоги. Адже згідно з правовою позицією, висловленою в постанові Верховного Суду від 3 червня 2020 року в справі № 916/1410/19, під час цесії може бути відступлено право як грошової, так і негрошової (роботи, товари, послуги) вимоги [6]; водночас віндикаційна вимога не входить до переліку зобов'язань, в яких заміна кредитора не допускається (ст. 515 ЦК України). Тому, починаючи наше дослідження, ми презюмуємо можливість укладення такого договору та спробуємо теоретично обґрунтувати юридичну спроможність відступлення на підставі договору цесії віндикаційної вимоги, а також визначити істотні умови такого договору цесії.

Виклад основного матеріалу. Передусім пояснимо, чому в якості прикладу в нашому дослідженні ми обрали саме нерухоме майно. По-перше, саме стосовно нерухомого майна зазвичай є необхідність в юридичному (договірному) оформленні переходу прав на таке майно від неволодіючого власника до потенційного покупця, оскільки у разі укладення звичайного договору купівлі-продажу нерухомості за законом обов'язкова нотаріальна форма та сплата 1 % державного мита від оціночної (не менше оціночної) вартості нерухомого майна. Тому якщо такий договір цесії й буде «замінювати» договір купівлі-продажу нерухомого майна, то до нього мають висуватися такі самі вимоги щодо форми і ціни договору. А по-друге, на відміну від російських науковців (про що будемо говорити нижче), в межах нашого дослідження, яке присвячено саме нерухомому майну, для нас не є принциповим наявність чи відсутність можливості здійснити традицію (тобто щоб власник вручив індивідуально визначену річ потенційному покупцеві, що окремі російські науковці вважають неможливим до моменту віндикації майна [7]), адже щодо нерухомого майна факт володіння ним не пов'язаний із фактичним користуванням нерухомим майном (наприклад, проживанням у ньому чи фактичним і безперешкодним доступом до приміщення), оскільки, як визначив Верховний Суд, факт володіння нерухомим майном (possessio) підтверджується державною реєстрацією права власності на це майно у встановленому законом порядку (принцип реєстраційного підтвердження володіння) [8]. Тому в нашому випадку «неволодіючим власником» буде як той, який продовжує користуватися нерухомим майном, так і той, хто нерухомим майном фактично не користується у зв'язку з тим, що ним користується незаконний власник. А отже, в нашому випадку неволодіючий власник все ж таки може мати фізичну можливість передати потенційному покупцеві ключі від нерухомого майна та забезпечити потенційному покупцеві фізичний доступ до приміщення чи земельної ділянки.

Аналіз наукових праць А.В. Вошатко [2], Є.О. Крашенінникова [9; 10], Д.В. Лоренца [11] свідчить, що зазначені науковці вважають, що цесія віндикаційної вимоги належить до зобов'язального права, в якому один із суб'єктів має право вимоги, яке й може бути відступлене третій особі, адже, на відміну від права власності, яке є абсолютним (регулятивне правовідношення), віндикаційна вимога являє собою відносне суб'єктивне право та належить до охоронних правовідносин. Як зазначає Є.О. Крашенінніков, правовідношення, в рамках якого здійснюється віндикація, має всі ознаки зобов'язання: воно відносне, оскільки в кожний конкретний момент витребовувана річ може перебувати тільки в однієї зобов'язаної особи, а не «у всіх і кожного»; в його змісті на перший план виступає обов'язок незаконного власника вчинити позитивну дію – видати річ, а інтерес уповноваженої особи не може бути задоволений її власними діями, їй надано лише право вимагати видачу речі. На думку Є.О. Крашенінникова, віндикаційна вимога опосередковує процес переміщення майна, має відносний характер і закріплює за управомоченою особою можливість вимагати від зобов'язаної особи вчинення певної позитивної дії, тобто відповідає всім ознакам зобов'язальних прав. А отже, віндикаційна вимога може виступати предметом відступлення [12, с. 31]. Як при цьому заува-

жує Д.В. Лоренц, після вступу цесії в силу цесіонарій буде єдиним віндикантом, тобто уступка права на віндикацію означатиме відчуження цього права (класичне розуміння цесії вимоги) тільки в тому разі, якщо за допомогою цесії було здійснено відчуження речі [7]. Віндикаційна вимога, як зазначає А.В. Вошатко, якщо вона вже виникла, то фігурує в якості самостійного суб'єктивного цивільного права і не є ані складовим елементом, ані особливим станом права власності [2]. Окремі науковці, які допускають угоду про відступлення власником свого права вимоги на видачу речі, називають її сурогатом (заміною) передачі речі [13].

Водночас інші науковці, наприклад Є.О. Суханов [14], М.М. Агарков [15], вважають, що віндикація має речово-правовий характер, тобто не є зобов'язальним правовідношенням, та розглядають цесію віндикаційної вимоги розпорядженням правом власності. А тому виключають можливість її відступлення за договором цесії.

Ми не погоджуємось з останньою думкою та водночас підтримуємо аргументи, наведені А.В. Вошатко, щодо того, що право власника витребувати шляхом віндикації річ являє собою зобов'язальне право, оскільки воно характеризується всіма ознаками останнього, а саме: а) є відносним суб'єктивним правом; б) зобов'язує боржника до вчинення певної позитивної дії; в) має майновий характер [2].

Сам по собі той факт, що на момент відступлення віндикаційної вимоги власник не володіє майном і майно фактично не передається набувачеві, не може виступати запереченням можливості укладення договору цесії віндикаційної вимоги, адже у разі укладення звичайного договору купівлі-продажу нерухомого майна останнє може перебувати в оренді у третіх осіб, тобто продавець не зможе здійснити традицію покупцеві (зокрема, згідно з ч. 1 ст. 770 ЦК України у разі зміни власника речі, переданої у найм, до нового власника переходять права та обов'язки наймодавця). Крім того, продавець взагалі може продати за договором купівлі-продажу нерухоме майно, яке буде створене або набуте продавцем у майбутньому (ч. 1 ст. 656 ЦК України); тобто на момент відчуження таким майном не володітиме ані продавець, ані покупець.

Цесія (відступлення права вимоги), будучи підставою заміни кредитора в зобов'язанні, є різновидом правонаступництва, тобто таким самим правонаступництвом, як і, наприклад, у спадкових правовідносинах, в яких спадкоємець, який прийняв у спадщину нерухоме майно, ще до його державної реєстрації має право витребовувати це майно від його добросовісного набувача з підстав, передбачених статтею 388 ЦК України, зокрема у разі, якщо воно вибуло з володіння спадкодавця поза волею останнього. На цьому в одній зі справ наголосив Верховний Суд [16].

Отже вважаємо юридично спроможним відступлення віндикаційної вимоги на підставі договору цесії, який буде укладатися через неможливість вчинення договору купівлі-продажу у зв'язку з реєстрацією в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно права власності за іншою особою (а не за неволодіючим власником), що має підтверджуватись постановою нотаріуса про відмову у вчиненні нотаріальної дії з посвідчення договору купівлі-продажу такого нерухомого майна.

При цьому сам договір цесії віндикаційної вимоги має, на нашу думку, містити, зокрема, такі основні умови. Цедент (неволодіючий власник) передусім має відступити (передати) цесіонарію (потенційному покупцеві) право вимоги до третіх осіб, пов'язаних із конкретно визначеним нерухомим майном, включаючи право (замість цедента) на витребування цього нерухомого майна із чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача відповідно до статей 387 і 388 Цивільного кодексу України та реєстрацію права власності на це нерухоме майно за цесіонарієм (покупцем).

Право вимоги, яке має цедент стосовно нерухомого майна, буде переходити до цесіонарія в тому самому обсязі і на тих самих умовах, які існували на момент вибуття із законного володіння (із власності) цедента нерухомого майна: зокрема, до цесіонарія мають перейти всі пов'язані з вимогою права, включаючи право на судовий захист.

Договір цесії має обов'язково містити посилання на правовстановлюючий документ, на підставі якого нерухоме майно належало цеденту до вибуття з його законного володіння (з власності) незаконним шляхом проти його волі (із зазначенням, зі слів цедента, можливих шляхів такого незаконного вибуття, наприклад, за підробленими документами). При цьому цедент зобов'язаний в момент укладення договору цесії передати цесіонарію всі документи, які посвідчують (посвідчували) його право власності на нерухоме майно, та інформацію про вибуття цього нерухомого майна з його власності незаконним шляхом поза його волею, а також будь-яку іншу документацію, з якої випливає право вимоги, яке є предметом договору цесії.

Як вже зазначалося вище, оскільки договір цесії віндикаційної вимоги укладається

у зв'язку з неможливістю укладення звичайного договору купівлі-продажу нерухомого майна, він має бути нотаріально посвідчений, а відступлення права вимоги за цим договором має бути вчинено за конкретну ціну, яка має дорівнювати або перевищувати вартість нерухомого майна, визначену згідно зі звітом суб'єкта оціночної діяльності.

З огляду на те, що цесіонарій сплачує цеденту вартість нерухомого майна, право віндикаційної вимоги щодо якого відступається, до цесіонарія мають переходити всі правомочності власника, включаючи право на захист порушеного права власності на вказане нерухоме майно, а також право на відшкодування можливих збитків і шкоди, завданих незаконним вибуттям нерухомого майна із володіння цедента та вжиттям заходів з його витребування із чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача, з можливістю пред'явлення будь-яких позовів, вчиненням нотаріальних і реєстраційних дій від власного імені (тобто від імені цесіонарія).

З метою реалізації вищезазначених прав цесіонарій від власного імені може вчиняти будь-які не заборонені законом дії, спрямовані на витребування нерухомого майна із чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача, а також на відшкодування можливих збитків і шкоди, включаючи звернення до суду та правоохоронних органів щодо незаконного вибуття нерухомого майна із власності цедента поза його волею та захист права власності на вказане нерухоме майно.

Водночас цедент має взяти на себе зобов'язання всіляко сприяти і допомагати цесіонарію в реалізації його прав, відступлених за договором (зокрема, цедент має з'являтись на прохання цедента чи за відповідним викликом до суду та/або правоохоронних органів, нотаріусів, державних реєстраторів та надавати пояснення стосовно своїх прав на нерухоме майно та обставин щодо його вибуття із його власності. Цедент також має у разі необхідності підписувати необхідні заяви, договори, інші документи, необхідні для переходу до цесіонарія прав, включаючи право власності на нерухоме майно, якщо такі дії в майбутньому вимагатимуться за законодавством чи офіційними органами влади).

Також вважаємо за необхідне передбачати в договорі умову про те, що у разі, якщо під час судових процесів та/або розслідування можливого кримінального провадження буде встановлено та підтверджено у передбаченому процесуальному порядку факт вибуття нерухомого майна з володіння (із власності) цедента за його волею та/або законним шляхом, або ж у разі невиконання цедентом вищезазначених обов'язків зі сприяння цеденту, цесіонарій повинен мати право на односторонню відмову від договору цесії, а цедент зобов'язаний повернути цесіонарію отримані ним грошові кошти та відшкодувати можливі збитки (включаючи сплату неустойки, обумовлену договором цесії).

Висновки

Таким чином, укладений договір цесії відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 512 та ч. 1 ст. 514 Цивільного кодексу України буде підставою заміни цедента (неволодіючого власника) на цесіонарія (покупця) у всіх правовідносинах та зобов'язаннях стосовно нерухомого майна та всіх прав на нього, включаючи право будь-яких вимог до третіх осіб, пов'язаних із цим нерухомим майном, а також право на його витребування із чужого незаконного володіння або від добросовісного набувача відповідно до ст. 387 і 388 Цивільного кодексу України та реєстрацію права власності на витребуване нерухоме майно за цесіонарієм.

Список використаних джерел:

1. Адамова О. С. До визначення цивільно-правової природи алеаторних договорів. *Римське право як підґрунтя сучасного права Європи*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 27 травня 2016 р.) / за заг. ред. Є. О. Харитонова; НУ "ОЮА". Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса: Фенікс, 2016. С. 47–49.

2. Вошатко А. В. К вопросу об уступке виндикационного притязания. *Правоведение*. 2000. № 3. С. 141–145. URL: https://uristy.ucoz.ru/publ/2-1-0-43 (дата звернення: 20.01.2021).

3. Лоренц Д. В. Уступка виндикационного требования как способ суррогатной передачи вещи в Германии и перспективы в России. *Право. Журнал Высшей Школы экономики*. 2017. № 3. С. 210–223. URL: https://law-journal.hse.ru/data/2017/10/09/1159582950/лоренц.pdf. (дата звернення: 20.01.2021).

4. Гражданское право : в 3 т. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва, 2003. Т. 1. 756 с.

5. Скловский К. И. О праве на отчуждение имущества без передачи владения. *Хозяйство и право*. 2003. № 8. С. 116–122.

6. Постанова Верховного Суду від 3 червня 2020 року в справі № 916/1410/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89625064 (дата звернення: 20.01.2021).

7. Лоренц Д. В. Цессия виндикационного притязания. *Современное право*. 2009. № 9. С. 70–74. URL: https://www.sovremennoepravo.ru/ (дата звернення: 20.01.2021).

8. Постанова Верховного Суду від 4 липня 2018 року в цивільній справі № 653/1096/16-ц, провадження № 14-181цс18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75296538 (дата звернення: 20.01.2021).

9. Крашенинников Е. А. Очерки по торговому праву : сб. науч. тр. / под ред. Е. А. Крашенинникова. Ярославль, 2003. Вып. 10. С. 91.

10. Крашенинников Е. А. К вопросу о виндикационных обязательствах. Развитие национальной государственности союзной республики на современном этапе. Киев, 1990. С. 154–156.

11. Лоренц Д. В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. 25 с.

12. Крашенинников Е. А. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1995. 76 с.

13. Василевская Л. Ю. О специфике правовой конструкции вещного договора по германскому праву. *Вестник ВАС РФ*. 2003. № 5. С. 125–126.

14. Суханов Е. А. О видах сделок в германском и российском гражданском праве. *Вестник гражданского права*. 2006. № 2. С. 5–26.

15. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. Москва, 2002. Т. 1. С. 199–200.

16. Постанова Верховного Суду від 20 травня 2020 року в цивільній справі № 303/6974/16-ц, провадження № 61-39511св18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89508947 (дата звернення: 20.01.2021).

Serhii Koroied. Derogation of the owner's right to claim real estate from someone else's illegal possession (assignment of vindication claim)

The article provides a scientific and practical analysis of the grounds for conclusion and further execution of the contract of derogation of the owner's right to claim real estate from someone else's illegal possession, i.e. assignment agreement of the vindication claim. Life situations are considered in which a non-possessing owner may need to assign the right to claim his property from someone else's illegal possession. The scientific works of civil scientists are analyzed, in which either the possibility of transferring the right of vindication claim under the assignment agreement is supported, or such a possibility is denied. The author theoretically substantiates the legal capacity to derogate on the basis of the assignment agreement of the vindication claim, as well as determines the essential conditions of such an assignment agreement. It was found that in Ukraine there is no direct legislative regulation of the possibility of concluding such an agreement and scientific work on this issue, which does not contribute to the spread in Ukrainian notarial practice of such agreements, which narrows the contractual freedom of private parties and a potential buyer of real estate. The position is supported that the right of the owner to claim the thing by vindication is a binding right, as it is characterized by all the features of the latter, namely: a) is a relative subjective right; b) obliges the debtor to take a certain positive action; c) is of a property nature. It is argued that the assignment agreement will be concluded due to the impossibility of concluding a contract of purchase-sale in connection with the registration in the state register of ownership on another person, which must be confirmed by a notary's decision to refuse to perform a notarial act. It is concluded that the contract of assignment of the vindication claim for real estate in accordance with paragraph 1 of Part 1 of Art. 512 and Part 1 of Art. 514 of the Civil code of Ukraine will be the basis of replacement of the assignor (not owning owner) on the assignee (buyer) in all legal relations and obligations concerning real estate and all rights to it, including the right of any claims to the third parties connected with this real estate, as well as the right to demand it from someone else's illegal possession or from a bona fide purchaser under the Art. 387 and 388 of the Civil Code of Ukraine and registration of ownership of the claimed real estate on the assignee.

Key words: property right, owner, vindication, property, claim, illegal possession, assignment of the right of claim, assignment, assignor, assignee, replacement of the creditor in the obligation.

УДК 347.45/.47
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.07

Ганна Крушельницька,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії внутрішніх справ

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ДОНАЦІЇ ЕМБРІОНІВ ЛЮДИНИ IN VITRO

У статті досліджуються цивільно-правові аспекти донації ембріонів, з'ясовується зміст поняття донації та його співвідношення з поняттям донорства. Визначається, що з точки зору цивілістики донація ембріонів in vitro є правочином, спрямованим на припинення права власності донорів на належні їм ембріони та виникнення права власності на них у інших суб'єктів у сфері штучної репродукції. Зазначається, що предметом донації ембріонів можуть бути тільки кріоконсервовані ембріони, незалежно від наявності чи відсутності генетичного зв'язку з донорами. На підставі комплексного аналізу положень законодавства встановлюються сторони правочину донації ембріонів. Зокрема, визначається, що обов'язковим суб'єктом донації є донор. У зв'язку з цим досліджується, які особи можуть бути донорами ембріонів. Надається розуміння поняття «пацієнти програми запліднення in vitro». Аналізуються умови, за яких пацієнти, що проходили лікування методами допоміжних репродуктивних технологій, можуть надавати згоду на донорство ембріонів. Залежно від виду донації (анонімна чи неанонімна) автором визначається друга сторона досліджуваного правочину – заклад охорони здоров'я у разі анонімного донорства та безпосередньо реципієнти у разі неанонімного адресного донорства. У статті також розглядається можливість відкликання добровільної інформованої згоди на донацію ембріонів, у результаті чого автор доходить висновку, що таке відкликання до моменту імплантації ембріонів не суперечить чинному законодавству України, при цьому пропонується зобов'язувати донорів відшкодувати іншій стороні витрати на зберігання донорських ембріонів у кріобанку. Крім того, досліджуються особливості посмертної донації ембріонів in vitro, якщо їхніми власниками не було зроблено відповідного розпорядження на випадок смерті. Зокрема, автор робить висновок, що можливість розпорядитися кріоконсервованими ембріонами після смерті пацієнтів, яким вони належали, залежить від наявності чи відсутності генетичного зв'язку з ними. Також у статті аналізується можливість виплати донорам ембріонів грошової компенсації з огляду на правову природу донації.

Ключові слова: допоміжні репродуктивні технології, ембріони in vitro, біоматеріали, донорство, донори репродуктивних клітин.

Постановка проблеми. Інтенсивний розвиток біомедицинських технологій у сфері штучної репродукції вимагає розробки чіткої нормативної бази для їх застосування. Незважаючи на це, в Україні досі відсутнє належне правове регулювання у вказаній сфері: вітчизняне законодавство практично не містить норм, які б закріплювали особливості донації ембріонів людини in vitro. Актуальність теми статті зумовлюється також тим, що Концепцією щодо основних напрямів системного оновлення Цивільного кодексу України, підготовленою членами Робочої групи, утвореної постановою Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650, передбачається об'єктивація репродуктивних прав фізичної особи у тому числі шляхом визначення умов та порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій спеціальним законом. Одним із важливих аспектів, який належить врегулювати, є, зокрема, донація ембріонів in vitro як один зі способів лікування безпліддя, оскільки чинне законодавство містить значну кількість прогалин та колізій у цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання цивілістичної природи донації ембріонів in vitro є малодослідженим, водночас останнім часом з'являються наукові роботи, у яких розглядаються різні аспекти цього правового явища як у розрізі цивільно-правового регулювання права на репродукцію, так і в контексті права на донорство. Серед них слід відзначити теоретичні доробки Ю. Ф. Дружиніної, А. С. Шабанової, А. П. Головащук, В. І. Чечерського, К. О. Ільющенкової та інших. Значно більше уваги донації ембріонів приділяється зарубіжними вченими, зокрема, вказане питання

© Г. Крушельницька, 2021

досліджували J. A. Robertson, M. Kaminsky, S. Ahmed, J. R. Hoffman, Ch. P. Kindregan, M. McBrien, K. A. Moore, C. Westbrook та інші.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження цивільно-правових аспектів донації ембріонів людини in vitro, зокрема її поняття, предмета, суб'єктного складу, можливості відкликання згоди на донорство ембріонів, а також можливості встановлення грошової компенсації донорам.

Виклад основного матеріалу. Порядком застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженим наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09.09.2013 року № 787 (далі – Порядок застосування ДРТ), передбачено можливість донації ембріонів. Зокрема, у п. 5.1 цього Порядку донація ембріонів визначається як процедура, за якою донори за письмово оформленою добровільною згодою надають свої ембріони для використання в інших осіб для лікування безпліддя. При цьому у додатку 11 до Порядку застосування ДРТ міститься форма «інформованої добровільної згоди на донорство ембріонів». Отже, видається, що законодавець ототожнює поняття «донація ембріонів» та «донорство ембріонів». Така позиція характерна і для інших нормативно-правових актів: зокрема, у Законі України «Про безпеку та якість донорської крові та компонентів крові» донорство визначається як «здійснення донором донації». Так само у Законі України «Про донорство крові та її компонентів», що втратив чинність 25.01.2021 року, донорство визначалося як «добровільний акт волевиявлення людини, що полягає у даванні». Тобто законодавець, формулюючи нове визначення поняття «донорство крові та компонентів крові», замінив слово «давання» на «донація». У свою чергу, в Директиві Європейського Парламенту і Ради 2004/23/ЄС від 31 березня 2004 року про встановлення стандартів якості та безпечності для донації, заготівлі, тестування, перероблення, консервації, зберігання та реалізації людських тканин і клітин «донація» визначається як «надання людських тканин чи клітин, призначених для застосування на людях».

Що стосується доктринальної точки зору, то К. В. Гребенникова визначає донорство як добровільне надання органів та клітин донора для їх використання іншою особою [1, с. 210]. На думку І. Р. Пташник, донорство є соціально корисною, заснованою на вільному волевиявленні діяльністю громадянина (донора), яка полягає в безоплатному наданні крові, органів та тканин медичній установі для лікування реципієнта, з наступним наданням донору матеріальних та інших пільг [2, с. 56]. М. С. Брюховецька вказує, що донорство означає добровільний акт волевиявлення людини, що полягає у наданні крові та її компонентів, а також органів або інших тканин з метою лікування хворого, тому, виходячи із зазначеного, донорством є добровільна дія людини, спрямована на передачу свого анатомічного матеріалу іншій особі [3, с. 73]. Таким чином, і донація, і донорство означають надання певного біоматеріалу для використання іншими особами, тому ці поняття є синонімічними і до донації ембріонів можуть застосовуватися загальні положення про донорство.

Із позиції цивільного права донацію ембріонів доцільно розглядати як правочин, оскільки добровільне надання донорами своїх ембріонів для використання в інших осіб у лікуванні безпліддя можна віднести до юридичних актів суб'єктів приватного права, спеціально спрямованих на встановлення, зміну або припинення правовідносин. Зокрема, донація ембріонів є способом реалізації правомочності розпорядження ембріонами in vitro шляхом вчинення донорами вольової дії, спрямованої на припинення права власності на належні їм ембріони in vitro у результаті відчуження на користь інших осіб.

Враховуючи складний морально-етичний аспект правового статусу ембріонів людини in vitro, зокрема віднесення їх до особливих об'єктів цивільних прав, свідомо чи ні, але у Порядку застосування ДРТ законодавець називає донацію ембріонів не правочином, а саме процедурою. При цьому з юридичної точки зору, як вказує О. В. Члевик, під процедурою слід розуміти певний порядок вчинення дій, який спрямований на реалізацію відповідного правовідношення [4, с. 69]. Більш розширено юридичну процедуру визначає О. П. Євсєєв, розуміючи її як нормативно або індивідуально встановлений порядок послідовного здійснення уповноваженими суб'єктами права узгоджених юридичних дій, спрямованих на досягнення загального для них правового результату [5, с. 20].

Водночас, визначаючи донацію ембріонів як процедуру, законодавець такої процедури якраз і не встановлює, оскільки ні Порядок застосування ДРТ, ні інші нормативно-правові акти не містять належного правового регулювання донації ембріонів, допускаючи вільне тлумачення можливостей реалізації такої юридичної дії. Саме тому в цій статті будуть розглядатися окремі цивільно-правові аспекти донації ембріонів in vitro.

Так, одним із важливих питань, що потребують дослідження в контексті розуміння донації ембріонів як цивільного правочину, є визначення його предмета. Говорячи про предмет правочину, автор дотримується позиції, висловленої М. М. Агарковим, який розглядає предмет правочину як певне благо (майно), з приводу якого вчиняється правочин [6, с. 205].

Комплексний аналіз положень Порядку застосування ДРТ дозволяє дійти висновку, що предметом донації ембріонів можуть бути саме кріоконсервовані ембріони. Про це свідчить вказівка на необхідність наявності в донорів у кріобанку невикористаних кріоконсервованих ембріонів. У пункті 3.8 вказаного Порядку встановлено, що перенесення ембріонів до порожнини матки може здійснюватися на стадіях, починаючи зі стадії зиготи і закінчуючи стадією бластоцисти, яка формується у людини на 5-6-й день після запліднення. Тому ембріони in vitro можуть бути кріоконсервованими на будь-якій із цих стадій, аби після розморожування залишатися придатними для імплантації в організм жінки. Як видно із п. 5.1 Порядку застосування ДРТ, на цій стадії донація свіжих біологічно активних ембріонів неможлива.

Оскільки у разі донації йдеться саме про кріоконсервовані ембріони, варто відзначити, що для заморожування ембріони поміщають у рідкий азот дуже низьких температур, при яких припиняється будь-яка біологічна активність, проте життєдіяльна активність зберігається неушкодженою [7, с. 45]. Положення пунктів 11.1-11.3 Порядку застосування ДРТ в Україні вказують на визначення законодавцем кріоконсервованих ембріонів in vitro як біологічного матеріалу пацієнта/пацієнтів. Таким чином, під кріоконсервованими ембріонами людини in vitro як предметом донації належить розуміти біоматеріал, а саме створений у спеціальному лабораторному посуді або у контрольованому середовищі поза живим організмом біологічно неактивний ембріон на стадії від зиготи до бластоцисти, що зберігається у рідкому азоті наднизьких температур та не перебуває у стані розвитку.

Оскільки донація ембріонів – це один зі способів визначення подальшої долі невикористаних у лікуванні методами ДРТ кріоембріонів, що є одночасно підставою припинення права власності на них у одного суб'єкта (відчужувача) та підставою виникнення права власності в іншого (набувача), видається, що не має значення наявність чи відсутність генетичного зв'язку донорів з ембріонами, що донуються. У разі запліднення донорських ооцитів спермою донора право власності на ембріони у порядку специфікації набувають пацієнти програми запліднення in vitro, а не заклад охорони здоров'я, що надає відповідні медичні послуги. Тому ембріони, утворені повністю із донорських репродуктивних клітин, можуть відчужуватися у порядку донації на таких самих умовах, як і ембріони, що генетично пов'язані з донорами.

Друге питання, яке потребує з'ясування в контексті дослідження донації ембріонів, – це особи, які можуть бути сторонами такої донації. Зокрема, у відносинах донорства до них прийнято відносити донора, заклад охорони здоров'я та реципієнта, хоча останній не завжди може бути стороною безпосередньо у правочині донації ембріонів.

Так, у п. 5.21 Порядку застосування ДРТ вказано, що донорами ембріонів можуть бути пацієнти програми запліднення in vitro, у яких після народження дитини залишаються у кріобанку невикористані кріоконсервовані ембріони.

Тобто першою умовою, за якої особи можуть бути донорами ембріонів, є наявність статусу пацієнта програми запліднення in vitro, тому спершу необхідно встановити, кого слід відносити до таких пацієнтів. Видається, що пацієнтами програми запліднення in vitro можуть бути незалежно від громадянства одинокі повнолітні чоловік або жінка, подружжя, жінка та чоловік, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі, але бажають мати спільну дитину, які мають медичні показання (чоловіче або жіноче безпліддя), не мають визначених законом протипоказань до проведення лікувальних програм ДРТ шляхом запліднення in vitro та уклали договір із закладом охорони здоров'я про надання відповідних медичних послуг.

Другою умовою для донації ембріонів є факт народження у пацієнтів програми запліднення in vitro дитини у результаті застосування до них ДРТ, який, вочевидь, підтверджується свідоцтвом про народження дитини. Водночас у п. 3.12 Порядку застосування ДРТ зазначається, що після завершення циклу запліднення, за наявності залишку невикористаних ембріонів, пацієнтка може прийняти рішення про використання цих ембріонів для лікувальних програм інших пацієнтів. При цьому згідно з п. 3.3 цього ж Порядку, де визначено етапність проведення запліднення in vitro, цикл запліднення завершується діагностикою вагітності. Очевидно, що рішення про використання ембріонів для лікування безпліддя в інших пацієнтів повинно реалізуватися безпосередньо шляхом донації ембріонів, яка, у свою чергу, можлива лише після народження дитини, а не після діагностики вагіт-

ності. У такому випадку виникає питання: яке правове значення буде мати зазначене рішення «пацієнтки», у якої діагностували вагітність у результаті застосування ДРТ, і чому йдеться лише про волевиявлення жінки, а не спільне рішення, якщо пацієнтами є пара (чоловік і жінка)? Якщо використання у п. 3.12 Порядку застосування ДРТ терміна «пацієнтка» схоже на техніко-юридичну помилку, то можливість прийняття рішення про використання ембріонів для лікування інших пацієнтів на етапі завершення циклу запліднення in vitro можна розглядати як правочин, щодо якого правові наслідки (відчуження ембріонів in vitro шляхом донації) пов'язуються з настанням певної обставини, зокрема народженням дитини. Проте вигода від необхідності висловлення волевиявлення щодо розпорядження невикористаними ембріонами до можливості фактичного вчинення донації ембріонів не зрозуміла, якщо тільки сторони не домовляться, що обов'язок оплачувати зберігання ембріонів у кріобанку покладається на майбутнього набувача права власності на них.

Третьою умовою донорства ембріонів є наявність у пацієнтів у кріобанку невикористаних кріоконсервованих ембріонів, оскільки заморожування надлишкових ембріонів не є обов'язком закладу охорони здоров'я, який надає медичні послуги із застосуванням ДРТ. Відповідно до п. 7.1 Порядку застосування ДРТ кріоконсервація (заморожування і зберігання) ембріонів здійснюється за відповідною заявою пацієнтів програм запліднення in vitro і оплачується ними.

Друга сторона у правочині донації ембріонів in vitro залежить від виду донації. Аналіз положень Порядку застосування ДРТ дозволяє дійти висновку, що донація ембріонів може бути як анонімною, так і неанонімною. У формі інформованої добровільної згоди на донорство ембріонів, затвердженій Міністерством охорони здоров'я України у додатку 11 до Порядку застосування ДРТ, зазначено, що донори зобов'язуються не встановлювати особу пацієнта (реципієнта), а також дитини, що народилась у результаті використання їхніх ембріонів під час проведення методів допоміжної репродукції (у разі анонімного донорства). Отже, законодавець допускає, що донорство ембріонів може бути неанонімним. Зокрема, донори гамет та ембріонів можуть бути відомі реципієнтам за умови родинного споріднення чи неанонімності (давнє знайомство чи інші причини) донора [8, с. 55].

Як вказує К. О. Ільющенкова, критерій анонімності чи неанонімності донора є визначальним для встановлення суб'єктного складу правовідносин донорства [8, с. 56]. Тобто у разі відкритої донації досить укласти договір між донором та реципієнтом, а третій суб'єкт договору – заклад охорони здоров'я – виконує лише посередницьку функцію у здійсненні права на донорство (суб'єкт – донор) та права на медичну допомогу (суб'єкт – реципієнт) [8, с. 168].

Таким чином, у разі анонімної донації ембріонів другою стороною правочину є заклад охорони здоров'я, який, власне, і набуває права власності на ембріони in vitro, оскільки, як правильно відзначає А. С. Шабанова, репродуктивне донорство являє собою акт розпорядження біологічним матеріалом з передачею права власності на нього медичній установі [9, с. 84]. Згідно з п. 5.22 Порядку застосування ДРТ ембріони, передані закладу охорони здоров'я у порядку донації, можуть бути використані для лікування безпліддя у пацієнтки/подружньої пари-реципієнта, а також жінкам-реципієнтам, які не перебувають у шлюбі.

Що стосується реципієнтів, то вони можуть бути стороною правочину донації ембріонів у разі неанонімного адресного донорства. Очевидно, що реципієнтами можуть бути лише пацієнти програм запліднення in vitro, тому передумовою укладення правочину донації ембріонів має бути укладення договору із закладом охорони здоров'я про надання медичних послуг із застосуванням ДРТ. У разі укладення правочину неанонімної адресної донації право власності на ембріони in vitro переходить безпосередньо до реципієнтів. У разі ж використання реципієнтами у процесі лікування безпліддя методами ДРТ донорських ембріонів анонімних донорів вони набувають право власності на донорські ембріони in vitro за договором про надання медичних послуг із закладом охорони здоров'я. Для подальшого використання реципієнтами донорських ембріонів законодавець встановлює певні умови, зокрема, до них належать медичні показання, наявність письмової інформованої добровільної згоди пацієнтів, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці.

Наступним аспектом, який є важливою умовою донації ембріонів in vitro, є наявність вільного волевиявлення донорів. Відповідно до Порядку застосування ДРТ таке волевиявлення має бути добровільним, усвідомленим, вираженим у вигляді письмової «інформованої добровільної згоди на донорство ембріонів», форма якої затверджена у Додатку 11 до зазначеного Порядку. Якщо донорами є подружжя або чоловік і жінка, що не перебувають у зареєстрованому шлюбі,

то згода на донорство має бути спільною, оскільки ембріони in vitro, створені у зв'язку із застосуванням до них програми ДРТ, перебувають у спільній сумісній власності таких пацієнтів. Якщо ж взаємної згоди не буде досягнуто, то питання розпорядження ембріонами шляхом донації буде вирішуватися у судовому порядку.

Однак неврегульованими залишаються питання можливості відкликання згоди на донорство ембріонів, а також посмертне донорство ембріонів in vitro.

Так, вітчизняне законодавство не містить жодних вказівок щодо відкликання згоди на донацію ембріонів, якщо донори змінять своє рішення. Водночас, оскільки кріоконсервовані ембріони законодавець відносить до біологічного матеріалу, до відносин донації ембріонів доцільно застосовувати положення Порядку надання письмової згоди живого донора на вилучення у нього анатомічних матеріалів та письмової відмови від раніше наданої такої згоди, письмової згоди або незгоди чи відкликання наданої раніше згоди на вилучення анатомічних матеріалів з тіла особи для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів після визначення її стану як незворотня смерть, а також подання письмової заяви про призначення, зміну чи відкликання повноважного представника, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2018 р. № 1211. Зокрема, у п. 3 вказаного порядку визначено, що кожна повнолітня дієздатна фізична особа має право у будь-який час подати письмову заяву про відмову від раніше наданої згоди живого донора на донорство анатомічних матеріалів. Враховуючи специфіку донації ембріонів, очевидно, що відкликання згоди на донорство можливе тільки до моменту імплантації в організм жінки-реципієнта. При цьому видається, що донор, який відкликав згоду на донорство ембріонів, зобов'язаний відшкодувати закладу охорони здоров'я або безпосередньо реципієнтам (у разі неанонімного адресного донорства) витрати, пов'язані зі зберіганням кріоконсервованих ембріонів у кріобанку з моменту подання донором згоди на донацію.

Що стосується посмертного донорства ембріонів, якщо донор за життя не зробив відповідного застереження у договорі про надання медичних послуг із застосуванням ДРТ, то Ю. Ф. Дружиніна вважає, що у випадку одночасної смерті обох батьків або смерті особи, яка одноосібно володіла ембріонами in vitro, права на них повинні перейти до медичної установи з метою подальшої донації. Таку позицію науковець обґрунтовує міркуваннями суспільної користі, адже суспільство зацікавлене у народженні дітей [10, с. 140]. Підтримує такий підхід і А. П. Головащук, на думку якої знищувати такі ембріони недоцільно і краще передати їх іншій парі пацієнтів програми запліднення in vitro за умови відсутності заперечень з боку родичів загиблого подружжя [11, с. 194]. Із таким підходом не погоджується В. І. Чечерський, зазначаючи, що у такому разі має місце розпорядження ембріонами поза безпосередньою волею їх генетичних батьків та примусова донація поза законодавчими межами, тому ембріони померлих пацієнтів не можуть бути передані іншим особам, подаровані, продані чи іншим чином відчужені. Тому, на думку В. І. Чечерського, за таких обставин єдиним шляхом залишається зберігання гамет чи ембріонів до закінчення встановленого законодавством або договором терміну та подальше їх знищення у встановленому порядку, за винятком випадків з метою продовження власного роду [12, с. 163].

Видається, що у разі смерті пацієнтів програми ДРТ право власності на належні їм ембріони, зокрема і правомочність розпоряджатися ними шляхом донації, може переходити до спадкоємців, проте можливість включення ембріонів in vitro до складу спадщини повинна залежати від наявності генетичного зв'язку зі спадкодавцем. Якщо такий генетичний зв'язок є, то варто погодитися з позицією Є. Ю. Петрова, який визначає розпорядження щодо ембріона як розпорядження немайнового характеру, що підлягають включенню до заповіту як modus [13]. Інакше права на ембріони in vitro не будуть входити до складу спадщини як такі, що пов'язані з особистими немайновими репродуктивними правами спадкодавця, тому їх донація без прижиттєвої згоди донора є неможливою. У разі відсутності генетичного зв'язку ембріонів in vitro з донором (якщо ембріон було утворено виключно із донорських репродуктивних клітин) видається, що спадкоємці мають право прийняти рішення про донацію таких ембріонів, оскільки у цьому разі ніяким чином не зачіпаються репродуктивні права донора.

Ще одним питанням, яке доцільно розглянути у межах цієї статті, є можливість встановлення грошової компенсації при донації ембріонів in vitro. Так, за загальним правилом, відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» укладання або пропонування укладення договорів, що передбачають купівлю-продаж анатомічних матеріалів людини, забороняється. При цьому, як уже зазначалося, кріоконсервовані ембріони людини in vitro є біологічним

(анатомічним) матеріалом, тому вказана заборона їх також стосується. Водночас, згідно з Директивою 2004/23 ЄС Європейського Парламенту і Ради від 31 листопада 2004 року про встановлення стандартів якості та безпеки при донації, підготовці, випробуванні, обробці, консервації, зберіганні та реалізації тканин та клітин людини, донори можуть отримати компенсацію, суворо обмежену відшкодуванням витрат та незручностей, спричинених донацією. У цьому випадку держави-члени встановлюють умови надання компенсацій. Оскільки, як слушно зауважує Є. Герасименко, для держав, які прагнуть приєднатися до Європейського Союзу, зокрема для України, одним із головних завдань є гармонізація національного законодавства з європейськими стандартами. Підписавши та ратифікувавши Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 року, Україна взяла на себе зобов'язання адаптувати національне законодавство до стандартів Європейського Союзу [14]. Проте вітчизняне законодавство не регулює можливість отримання донорами компенсації за донацію гамет і ембріонів. Для багатьох людей плата донорам за ембріони є неетичною, адже може перетворити їх на товар, що є не припустимим з огляду на потенціал розвитку в людину. Водночас, як зазначає М. Камінськи (Michelle Kaminsky), реципієнти, які використовують донорські заморожені ембріони, витрачають набагато менше на лікування за програмою запліднення in vitro, ніж обійшлося би повне лікування із застосуванням методів ДРТ [15]. У свою чергу Дж. Робертсон (John A. Robertson) допускає, що може бути дозволена оплата витрат, пов'язаних з донорством, оскільки донорські ембріони будуть доступні для використання безплідними реципієнтами, оскільки інша безплідна пара надавала свої гамети, необхідні для їх створення, і піддавалася фізичним ризикам та оплачувала значну суму при створенні донорських ембріонів. Саме тому витрати на донорство включають у себе вартість створення ембріонів, отже, певна частина цих витрат повинна бути відшкодована реципієнтами. Проте такий підхід має багато противників, які стверджують, що, оскільки вказані витрати вже були понесені, вони не належать до витрат на донацію, отже, не повинні відшкодовуватися донорам [16, с. 890]. Видається, що останній підхід є більш вдалим, адже на відміну від донації гамет, яку заклади охорони здоров'я можуть стимулювати та заохочувати можливістю грошової компенсації, донація ембріонів in vitro не повинна отримувати такого фінансового стимулу. Крім того, правова природа донації ембріонів близька до пожертви, для якої оплатність є недопустимою.

Висновки

На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що з цивільно-правової точки зору донація ембріонів in vitro є правочином, зокрема вольовою дією суб'єктів цивільних прав, що полягає у наданні письмової згоди на використання належних їм ембріонів для лікування інших пацієнтів програм запліднення in vitro, у результаті чого реалізується правомочність розпорядження ембріонами in vitro, спрямована на припинення права власності на них шляхом відчуження на користь інших осіб. Предметом донації є кріоконсервовані ембріони in vitro, незалежно від наявності генетичного зв'язку з пацієнтами, які дають згоду на донорство. Суб'єктний склад правочину донації ембріонів залежить від анонімності чи неанонімності донорства. Якщо донація є анонімною, то сторонами правочину є донор та заклад охорони здоров'я. У разі неанонімної адресної донації сторонами правочину є донор та реципієнт, а заклад охорони здоров'я виконує виключно посередницькі функції, не набуваючи права власності на донорські ембріони. Якщо донорами є подружжя або чоловік і жінка, що не перебувають у зареєстрованому шлюбі, то донорство ембріонів здійснюється за їхньою взаємною спільною згодою. При цьому згода на донацію ембріонів може бути відкликана до моменту імплантації реципієнту за умови компенсації витрат на зберігання ембріонів у кріобанку. З огляду на правову природу донації ембріонів як безоплатного надання донорами свого біологічного матеріалу з метою використання для лікування безпліддя інших пацієнтів програм запліднення in vitro, що близька до правової конструкції пожертви, видається, що виплата донорам грошової компенсації за донорські ембріони буде суперечити нормам законодавства.

Список використаних джерел:

1. Гребенникова К. В. Реализация модели презумпции согласия на донорства в Королевстве Бельгии. *Современные наукоемкие технологии*. 2013. № 6. С. 141–142.

2. Пташник І. Р. Цивільно-правове регулювання трансплантації в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 211 с.

3. Брюховецька М. С. Цивільно-правове регулювання посмертного донорства в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 230 с.

4. Члевик О.В. правові процедури як засоби гарантування свободи. *Проблеми законності*. 2015. Вип. 129. С. 68-75.

5. Євсєєв О. П. Процедури в конституційному праві України : монографія. Харків : ФІНН, 2010. 201 с.

6. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. Москва : ЦентрЮрИнфо Р, 2002. Т. 1. 452 с.

7. Петрушко М.П. Сучасний стан проблеми кріоконсервування репродуктивних клітин та ембріонів людини. *Вісник Національної академії наук України*. 2017. № 7. С. 44-53.

8. Ільющенкова К. О. Право на донорство в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. 273 с.

9. Шабанова А. С. Правовое положение донорского репродуктивного материала. *Matters of Russian and International Law*. 2019. Vol. 9. Is. 7A. C. 82-90.

10. Дружинина Ю. Ф. Правовой режим эмбриона in vitro. *Журнал российского права*. 2017. № 12. С. 134.

11. Головащук А. П. Цивільно-правове регулювання відносин, пов'язаних із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. 258 с.

12. Чечерський В.І. Право на репродукцію (відтворення) у системі основоположних прав людини: конституційно-правове дослідження : дис. ... д-рад. юрид. наук : 12.00.03. Ужгород, 2020. 509 с.

13. Сделки mortis causa. *Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б. М. Гонгало* / Петров Е. Ю., Бандо М. В., Брюхов Р. Б., Валеева Н. Г. и др. Москва, 2016. с. 230.

14. Герасименко Є. Євроінтеграція: Директивна історія. *Український юрист*. 2018. № 4. URL: http://jurist.ua/?article/1525 (дата звернення: 01.03.2021)

15. Kaminsky M. Legal Aspects of Frozen Embryo Adoption. *Legal zoom*. July 09, 2014.

16. Robertson J. A. Ethical and legal issues in human embryo donation. *Fertility and Sterility*. 1995. Vol. 64. № 5. P. 885-894.

Hanna Krushelnytska. Civil law aspects of donation of in vitro human embryos

The article examines the civil legal aspects of embryo donation, clarifies the content of the concept of donation and its relationship with the concept of donation. It is determined that from the point of view of civil law, the donation of embryos in vitro is a transaction aimed at terminating the donors' ownership of their embryos and the emergence of ownership of them in other subjects in the field of artificial reproduction. It is noted that only cryopreserved embryos can be the subject of embryo donation, regardless of the presence or absence of a genetic link with donors. Based on a comprehensive analysis of the provisions of the legislation, the parties to the embryo donation transaction are determined. In particular, it is determined that the obligatory subject of donation is the donor. In this regard, it is being investigated which persons can be embryo donors. An understanding of the concept of "patients of an in vitro fertilization program" is provided. The conditions under which patients treated with assisted reproductive technologies can consent to embryo donation are analyzed. Depending on the type of donation (anonymous or non-anonymous), the author determines the second side of the transaction under study: a healthcare institution with anonymous donation and directly recipients with anonymous targeted donation. The article also discusses the possibility of withdrawing voluntary informed consent to the donation of embryos, as a result of which the author comes to the conclusion that such a withdrawal before the embryo implantation does not contradict the current legislation, while it is proposed to oblige donors to reimburse the other party for the costs of storing donor embryos in a cryobank. In addition, the peculiarities of posthumous donation of embryos in vitro are being investigated, if their owners have not made an appropriate order in case of death. In particular, the author concludes that the ability to dispose of cryopreserved embryos after the death of the patients to whom they belonged depends on the presence or absence of a genetic link with them. The article also analyzes the possibility of paying monetary compensation to embryo donors, taking into account the legal nature of donation.

Key words: assisted reproductive technologies, in vitro embryos, biomaterials, donation, donors of reproductive cells.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.08

Наталія Процьків,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Володимир Никифорак,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ВИКОРИСТАННЯ ПРИНЦИПУ CONTRA PROFERENTEM У ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ

У статті розглядається проблема застосування принципу contra proferentem як одного зі способів тлумачення цивільних договорів судом. Автори досліджують можливості застосування цього принципу в судовій практиці України, а також межі його реалізації. Буквальне тлумачення як пріоритетний метод не завжди дає змогу виявити однозначний зміст договору. Тлумачення договору є актуальним у зв'язку з подальшим розвитком договірного права, появою нових видів договорів, збільшенням обсягу текстів цивільних договорів, а також для захисту слабшої сторони договору. Визначено, що принцип contra proferentem являє собою тлумачення спірної чи суперечливої умови договору на користь контрагента сторони, яка склала договір. Він може застосовуватися як у відносинах між суб'єктами підприємницької діяльності, так і з участю споживачів. Доведено, що особливого значення принцип contra proferentem набуває при використанні стандартних умов договорів. Сторона, яка розробляє умови договору, повинна забезпечити ясність таких умов і несе ризик помилки в розумінні своїх намірів контрагентом. Принцип contra proferentem розроблений також як санкція за включення в договір навмисно неясного застереження. Однак застосування цього правила має обмежуватися лише тими випадками, коли сторона не могла впливати на формування змісту договору, зокрема при укладенні договорів приєднання. Автори розглядають принцип не лише як спосіб тлумачення договору, а і як спосіб збереження договірних зобов'язань. Цей принцип закріплено в міжнародному праві (Принципи УНІДРУА, Принципи Європейського договірного права, Модельні правила європейського приватного права), а також у законодавстві країн Європи (Італії, Іспанії, Німеччини, Австрії). Метод тлумачення договору contra proferentem необхідно визнати ефективним інструментом забезпечення справедливості при вирішенні договірних спорів. Останнім часом у правозастосовній практиці спостерігається зростання інтересу до використання принципу contra proferentem, тому вивчення можливостей такого методу тлумачення має надзвичайно вагоме значення.

Ключові слова: тлумачення договору, неясність умов, зміст договору, свобода договору, стандартні умови договору, справедливість.

Постановка проблеми. Базовим принципом договірного права є свобода договору, який закріплений у ст. 627 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Цей принцип дає можливість сторонам договору проявляти ініціативу у формулюванні умов договору, що може призвести до суперечливості або недостатньої ясності окремих його умов, а як наслідок, до зловживань з боку однієї зі сторін договору. Тому виникає потреба в тлумаченні договору. Тлумачення договорів належить до традиційних проблем правозастосовної практики. Правила тлумачення правочинів, які передбачені ст. 213 ЦК України, цю проблему не завжди вирішують. З метою підвищення рівня правової захищеності суб'єктів договірних відносин об'єктивно назріла потреба в застосуванні такого способу законодавчої техніки як регулювання правовідносин шляхом установлення принципів. У зв'язку з цим у практику судів входить принцип тлумачення неясних умов договору – contra proferentem.

Інститут тлумачення договорів був у центрі уваги багатьох українських і зарубіжних учених, зокрема М.З. Вовк, З.М. Юдіна, А.Ф. Черданцева, О.А. Беляневич, В.В. Луця, А.Г. Карапетова, О.О. Березіної, Б.П. Карнауха, М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, Р. Зімермана (R. Zimmermann). Однак у біль-

© Н. Процьків, В. Никифорак, 2021

шості випадків дослідження здійснювалися стосовно трьох правил тлумачення договорів, передбачених законодавством, а судова практика почала застосовувати четверте правило – принцип contra proferentem.

Метою статті є виявлення особливостей застосування принципу contra proferentem при тлумаченні умов цивільних договорів.

Виклад основного матеріалу. Договір як документ, який визначає модель поведінки сторін, у силу суб'єктивних та об'єктивних причин може породжувати конфлікти з приводу інтерпретації його змісту. Тому в процесі виконання договорів виникає ситуація, яка призводить до необхідності тлумачення змісту правочину. Сфера застосування цього інституту досить широка, оскільки протиріччя щодо значення договірних умов можуть виникнути при вирішенні різних спорів. Як правило, питання тлумачення умов договору виникають при розгляді спорів стосовно укладення й дійсності договору, про відповідальність за його порушення. Відповідно до ст. 628 ЦК України, зміст договору становлять умови, визначені на розсуд сторін і погоджені ними, тобто тлумаченню підлягають всі умови договору. Суб'єктивною підставою виникнення спору про тлумачення договору є незбіг розуміння спірної умови сторонами. Як зазначає О.А. Беляневич, метою тлумачення договору є встановлення й пояснення істинного правового змісту (смислу) договору. У практиці ділового обігу така потреба виникає досить часто, коли необхідно встановити відповідність між волею контрагентів і її волевиявленням, зокрема при недостатньо повному або нечіткому формулюванні окремих умов договору, при виникненні суперечностей між контрагентами стосовно сутності договору, порядку та способу виконання договірних зобов'язань, при використанні в договорі незрозумілих термінів тощо, тобто тоді, коли сторони при викладенні умов договору або не звернули увагу на редакцію договору загалом чи окремих його частин, або, установлюючи певні умови, розуміли їх неоднаково [1, с. 496]. Чинне цивільне законодавство України не містить правила contra proferentem. Зустрічаються лише окремі випадки його застосування в судовій практиці з 2018 року. Європейський суд з прав людини в справі «Воловік проти України» зазначив, що національні суди мають вибирати способи такого тлумачення, які зазвичай можуть включати акти законодавства, відповідну практику, наукові дослідження тощо [2]. Тому суд з метою встановлення дійсного волевиявлення контрагентів за договором застосовує різні методи тлумачення договору, зокрема принцип contra proferentem, який являє собою тлумачення спірної чи суперечливої умови договору на користь контрагента сторони, яка склала договір. Прообрази правила contra proferentem існували ще в римському праві: тлумачення договору проти стипулятора, продавця, наймодавця.

Цей механізм закріплений у міжнародних актах, зокрема, відповідно до ст. 4.6 Принципів УНІДРУА, п. 1 ст. II-8:103 Модельних правил європейського приватного права, ст. 5:103 Принципів Європейського договірного права, «у разі сумніву стосовно значення спеціально не узгодженої умови договору перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам сторони, яка її запропонувала». У зв'язку з цим цей метод широко застосовується міжнародними арбітражами. У деяких країнах запровадження принципу contra proferentem пов'язано з імплементацією в їх національне законодавство Директиви ЄС 93/13/ЄЄС «Про несправедливі умови споживчих договорів». У статті 1. 288 ЦК Іспанії, ст. 915 Загального цивільного уложення Австрії, п. 2 § 305с Німецького цивільного уложення, ст. 1370 ЦК Італії, ст. 1602 ЦК Бельгії він закріплений ще до прийняття директиви. Саме споживчі договори, які укладаються на стандартних умовах, є пріоритетною сферою застосування принципу contra proferentem, який застосовується для тлумачення на користь споживача. Оскільки стандартні умови визначаються однією зі сторін договору, то вони не є результатом переговорів і в їх змісті не відображається реальна воля контрагентів. Тому при тлумаченні стандартних умов необхідно використовувати спеціальні правила.

Як зазначає Р. Зімерман «традиційно правило contra proferentem застосовувалося як додатковий спосіб тлумачення умов договору – у випадку, коли умова була дійсно неясною і визначити волю сторін було утруднено. Зі спливом певного часу цільова спрямованість правила contra proferentem збагатилася: воно стало використовуватися для забезпечення справедливості змісту договору» [3, с. 641]. Справедливість у цьому випадку повинна виражатися в забезпечені балансу прав і законних інтересів сторін. Також використання принципу contra proferentem може забезпечувати й добросовісність поведінки сторін цивільного договору на майбутнє, з одного боку, з іншого боку, як зазначає І.В. Діковська, «добросовісність як регулятор приватних договірних відносин є джерелом тлумачення приватних договорів» [4, с. 125].

Якщо умови договору формуються одним із контрагентів, то він повинен нести відповідальність за негативні наслідки, які викликані

їх неясністю. Праву однієї зі сторін визначати умови договору повинен відповідати обов'язок забезпечувати зрозумілість таких умов. Якщо ж сторона не використала свій шанс, то негативні наслідки повинні стосуватися саме її, а не іншої сторони, яка не брала участі у формулюванні умов договору. Тобто правило contra proferentem варто розглядати і як санкцію стосовно недобросовісного контрагента, оскільки неясність може виникати через зловживання своїм становищем, умисне включення в договір двозначних формулювань з метою отримання вигоди. Застосування правила contra proferentem у такому випадку є справедливим та обґрунтованим, що дає змогу захистити права слабшої сторони договору. При тлумаченні договору суд не має права оцінювати конкретну умову договору, він досліджує лише питання про те, чи не була вона нав'язана слабшій стороні. Для суду фактично стає неважливим зміст спірної умови договору, а до уваги береться лише те, хто був автором цієї умови. Показовим прикладом є Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 753/11000/14-ц, провадження № 61-11сво17 (ЄДРСРУ № 73500675) від 18 квітня 2018 року де зазначено, що «аналіз змісту договору купівлі-продажу свідчить, що правила встановленні статтею 213 ЦК України не дають можливості визначити справжній зміст відповідної умови договору купівлі-продажу щодо порядку проведення розрахунку, тому потрібно застосовувати тлумачення *contra proferentem*. *Contra proferentem* (лат. *verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem* – слова договору повинні тлумачитися проти того, хто їх написав). Особа, яка включила ту або іншу умову в договір, повинна нести ризик, пов'язаний з неясністю такої умови. Це правило застосовується не тільки в тому випадку, коли сторона самостійно розробила відповідну умову, але й тоді, коли сторона скористалася стандартною умовою, що була розроблена третьою особою. (Французька судова практика притримується іншої позиції: якщо стандартні умови були розроблені незалежними суб'єктами, які враховують різні інтереси, то правило contra proferentem також не застосовується). Це правило підлягає застосуванню не тільки щодо умов, які «не були індивідуально узгоджені» (*no individually negotiated*), але також щодо умов, які хоча і були індивідуально узгоджені, проте були включені в договір «під переважним впливом однієї зі сторін» (*under the diminant sinfluence of the party*)» [5]. Така позиція Верховного Суду в подальшому відображена й під час вирішення інших справ [6]. Однак на практиці визначення авторства може бути проблематичним, наприклад, при використанні в процесі переговорів інформаційно-телекомунікаційних систем.

Разом із тим застосування цього правила має обмежуватися лише тими випадками, коли сторона об'єктивно не могла вплинути на зміст договору, зокрема при укладенні договору приєднання її пасивність не пов'язана з бездіяльністю. Можна зробити висновок, що судова практика закріпила умови принципу сильної сторони договору: особа, яка готувала проект договору, або особа, яка здійснює професійну діяльність у цій сфері правовідносин. На практиці може виникнути ситуація, коли зміст договору виключає можливість застосування принципу contra proferentem до тлумачення умов договору у випадку виникнення спору між сторонами. Уважаємо, що ця умова повинна визнаватися недійсною лише в договорах зі слабшою стороною, оскільки її включення до договору також є наслідком недобросовісних дій сильної сторони. Що стосується сторін, які користуються рівноправною переговорною силою, то суди не будуть мати підстав для застосування цього принципу. Варто погодитися з позицією А. Карапетова, який уважає, що перевагою принципу contra proferentem є те, що він відповідає етичним засадам автономії волі [7, с. 15].

Ризик несприятливих наслідків у зв'язку з включенням до договору неясної умови сторона, яка формулювала зміст договору, несе лише в тому випадку, коли умова дійсно є спірною і викликає неоднозначне тлумачення. Якщо ж сторони чітко висловили свою волю на включення тих чи інших умов договору, суд не має права оцінювати умови з позиції вигоди лише однієї сторони. Прикладом є Постанова Верховного Суду щодо тлумачення пунктів 2.4 та 2.4.1 кредитного договору, якими передбачено обов'язок позивача сплатити проценти за користування кредитом в іноземній валюті. Суду необхідно з'ясувати, за яким курсом долару США має здійснюватися погашення кредиту. Суд дійшов висновку, що текст пунктів договору дає змогу з'ясувати їх зміст, а тому підстави застосовувати тлумачення contra proferentem відсутні [8]. Нерідко в комерційному обороті інтереси сторін договору урівноважуються тим, що стороні, яка приєдналася, надаються переваги іншого характеру для компенсації невигідних умов, у тому числі стандартних. При цьому на збалансованість умов конкретного договору може впливати ступінь зацікавленості сторін в укладенні договору. Крім того, існує проблема встановлення моменту, на який повинна визначатися вигода (невигідність) спірної умови, оскільки на момент укладення договору така умова може бути вигідною, а в процесі вико-

нання стає невигідною. Зокрема, така ситуація можлива при укладенні кредитних договорів в іноземній валюті, при зміні курсу валюти.

Принцип contra proferentem виступає не лише як спосіб тлумачення договору, а і як спосіб збереження договірних зобов'язань. Тобто результат тлумачення повинен призводити до виявлення змісту правочину, а не до його анулювання. Але цей принцип тлумачення не може бути способом обмеження свободи договору.

Висновки

Отже, тлумачення договору відбувається в процесі правозастосовної діяльності при розгляді конкретної справи. Застосування принципу contra proferentem необхідно визнати ефективним інструментом забезпечення справедливості й добросовісності при вирішенні спорів, пов'язаних із тлумаченням договорів, і стимулюванні учасників договірного процесу до належної поведінки. Contra proferentem дасть змогу також знизити навантаження на судові інстанції й усуне недобросовісних учасників з ринку. Цей метод є новим для української правової системи, тому вважаємо, що назріла необхідність доповнити ст. 213 ЦК України системою норм про механізм застосування тлумачення правочину за допомогою принципу contra proferentem у світлі концепції оновлення ЦК України, яка зумовлена в тому числі і євроінтеграційною спрямованістю всіх компонентів суспільства.

Список використаних джерел:

1. Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 592 с.

2. Volovik v. Ukraine, App. № 15123/03, 06.12.2007. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_336#Text.

3. Zimmermann R. The Law of Obligation. Roman Foundation of the Civilian Tradition. N. Y., 1996. 1312 p. P. 641.

4. Діковська І. Добросовісність – принцип регулювання міжнародних приватних договірних відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 118–127.

5. Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 753/11000/14-ц, провадження № 61-11сво17 (ЄДРСРУ № 73500675) від 18.04.2018. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73500675.

6. Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 756/1381/17-ц, провадження № 61-30637/18 (ЄДРСРУ № 88460776) від 25.03.2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/88460776.

7. Карапетов А.Г. *Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации*. 2013. № 7. С. 6–30.

8. Постанова Верховного Суду у складі Другої судової Палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 219/8419/18, провадження № 61-13690ск19 (ЄДРСРУ № 91643736) від 16 вересня 2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91643736.

Nataliia Protskiv, Volodymyr Nykyforak. Use of the contra proferentem principle in law enforcement practice

The article illustrates the problem of application of the principle of contra proferentem as one of the ways of interpretation of civil contracts by the court. The authors explore the possibilities of applying this principle in the judicial practice of Ukraine, as well as the limits of its implementation. The principle of contra proferentem is the interpretation of a disputed or contradictory provision of the contract in favor of the counterparty of the party who concluded the contract. It can be applied both in relations between business entities and with the participation of consumers. The principle of contra proferentem acquires special significance when using the standard terms of contracts. The party who develops the terms of the contract must ensure the clarity of such terms and bears the risk of misunderstanding of its intentions by the counterparty. The principle of contra proferentem is also designed as a sanction for the inclusion of a deliberately vague clause in the contract. However, the application of this principle should be limited to those cases where the party could not influence the formation of the content of the agreement, in particular when concluding accession agreements. The authors consider the principle not only as a way of interpreting the contract, but also as a way to preserve contractual obligations. This principle is confirmed in international law (UNIDROIT Principles, Principles of European Contract Law, Model Rules of European Private Law), as well as in the legislation of European countries (Italy, Spain, Germany, Austria, Belgium). The method of interpreting a contract contra proferentem must be recognized as an effective tool for ensuring fairness in resolution of contractual disputes. Recently, in law enforcement practice, there has been a growing interest in the use of the principle of contra proferentem, so the study of the possibilities of such a method of interpretation is extremely important. The practice of its application by the courts is analysed. Limits of its application are identified. Correspondence between contra proferentem interpretation with the neighboring interpretation principles is shown.

Key words: interpretation of contracts, ambiguous contract terms and conditions, standard terms of contracts, freedom.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.09

Ілона Самойлова,
викладач цивільного права
Галицького коледжу імені В'ячеслава Чорновола

СПАДКОВИЙ ДОГОВІР: ПРАВОВА ПРИРОДА ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА КРАЇН ЄВРОПИ

Стаття присвячена визначенню правової природи спадкового договору як форми переходу права власності на майно. Проаналізовано зв'язок указаного договору із зобов'язальним правом і спадковими правовідносинами. Наведено та здійснено аналіз наукових позицій теоретиків-правників щодо визначення суті спадкового договору, його характеристик. На основі ґрунтовного аналізу положень нормативно-правових актів, зокрема Цивільного кодексу України, і наукових праць, присвячених дослідженню спадкового договору, установлено й обґрунтовано, що спадковий договір є одностороннім, відплатним, алеаторним, консенсуальним. Він має зобов'язальний характер, є одним із видів договорів щодо відчуження майна, пов'язаний зі спадковими відносинами лише моментом переходу майна у власність набувача – смертю відчужувача, він не передбачає переходу майна від відчужувача до набувача в порядку спадкування внаслідок відсутності спадкового правонаступництва. З огляду на зазначене, автором запропоновано розмістити положення про спадковий договір у Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» ЦК України.

Розглянуто та проаналізовано цивільне законодавство країн Європи на предмет законодавчого визначення й регулювання відносин з приводу спадкового договору, зокрема Франції, Німеччини, Італії, Іспанії, Португалії, Польщі та Австрії. Зроблено висновок, що в законодавстві іноземних держав немає єдиного підходу до визначення й розуміння спадкового договору. Зокрема, ЦК Франції визнає спадковий договір як виняток із загального правила в досить обмеженому виді (як акт дарування) та забороняє договори про майбутній спадок, тобто договори про спадкування, договори зі спадщиною й відмову від спадщини; ЦК Польщі допускає виключно відмову спадкоємця від спадщини в спадковому договорі; ЦК Іспанії містить заборону на вчинення спадкових розпоряджень у рамках договору про спадкування; у Португалії допускається укладення спадкового договору як виняток, якщо розпорядження зроблені за допомогою шлюбного договору, який може бути укладений лише між нареченими, тобто до укладення шлюбу; Італійське законодавство визнає недійсним як договір про спадкування, так і спільний заповіт; у Німеччині договір про спадкування має подвійний юридичний характер: водночас є і розпорядженням на випадок смерті, і договором.

Ключові слова: спадковий договір, зобов'язальне право, спадкування, односторонній договір, відплатний договір, алеаторний договір, консенсуальний договір.

Постановка проблеми. Договірні правовідносини є важливим аспектом суспільного життя, з огляду на те що покликані врегульовувати його правопорядок. Цивільно-правові договори є складною системою норм можливої поведінки суб'єктів суспільних відносин, яка характеризується внутрішньою єдністю та разом із тим диференціацією, що зумовлена особливістю майнових відносин.

Спадковий договір упроваджений у цивільному законодавстві України разом із Цивільним кодексом (далі – ЦК) України, проте до сьогодні є надзвичайно актуальною темою для дослідження в науковому аспекті з огляду на свою правову конструкцію. У правовій науці станом на сьогодні є різні позиції теоретиків і практиків щодо правової природи спадкового договору, його розміщення в структурі ЦК України, моменту, з якого він уважається укладеним. Разом із тим спадковий договір має різне трактування в країнах ЄС, зокрема будучи детально регламентованим і використовуваним як окремий вид спадкування в Німеччині та практично забороненим у Франції, Польщі чи Іспанії.

Теоретичні праці, присвячені дослідженню спадкових договорів, є в науковому доробку О. Бичківського, О. Кухарєва, Ю. Заїки, А. Вербанського, Р. Карпенка, В. Васильченка, О. Скопиченко, З. Ромовської, Р. Майданика, С. Мазуренка та інших. Попри значну кількість наукових праць, присвячених спадковому договору, ця тема залишається доволі актуальною з огляду на неоднозначність і відсутність єдиної наукової позиції щодо правової природи спадко-

© І. Самойлова, 2021

вого договору, а також на відсутність сталої судової практики застосування вказаного інституту.

Метою статті є дослідження правової природи спадкового договору як форми передання майна у власність, його конструкції, місця в цивільному законодавстві України та законодавстві іноземних держав.

Виклад основного матеріалу. Як випливає зі статті 1302 ЦК України, за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Проаналізувавши зміст указаної статті, наведемо правову характеристику спадкового договору: односторонній, відплатний, алеаторний, консенсуальний.

У науці цивільного права до сих пір не існує єдиної позиції щодо визначення суті правової природи спадкового договору. Спадковий договір є різновидом зобов'язальних правовідносин, проте розміщений у Книзі шостій «Спадкове право» ЦК України, виходячи з того, що цей договір має певне тяжіння до спадкового права, яке полягає в переході права власності за цим договором від часу відкриття спадщини, що є категорією спадкових правовідносин [1, с. 288]. Однак О. Бичківський зазначає про нелогічність розміщення спадкового договору в Книзі шостій «Спадкове право» ЦК України, яка регулює відносини спадкування, оскільки більш логічним є розміщення цього виду договору саме в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» [2, с. 136].

Схожа позиція відображена й у судовій практиці, зокрема Пленум Верховного Суду України в пункті 29 Постанови «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7 пояснив, що перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, зокрема право на обов'язкову частку [3].

Окрім цього, відповідно до ст. 1217 ЦК України «Види спадкування», спадкування здійснюється за заповітом і за законом. Зазначена норма має імперативний характер, у зв'язку з чим закріплений у ній перелік видів спадкування не підлягає розширеному тлумаченню. Отже, до спадкового договору не застосовуються норми спадкового права внаслідок відсутності складу спадкового правонаступництва [4]. Це, у свою чергу, означає також неможливість усунення набувача як негідного спадкоємця (ст. 1224 ЦК України) у разі вчинення ним, наприклад, убивства або замаху на вбивство відчужувача або його найближчих родичів. Розміщення інституту спадкового договору в книзі 6 ЦК України обумовлено тим, що момент переходу права власності із цього договору пов'язаний із часом відкриття спадщини, що є категорією саме спадкових правовідносин [5]. Відтак ми вважаємо, що спадковий договір має зобов'язальний характер, є одним із видів договорів щодо відчуження майна та пов'язаний зі спадковими відносинами лише моментом переходу майна у власність набувача – смертю відчужувача. Він не передбачає переходу майна від відчужувача до набувача в порядку спадкування внаслідок відсутності спадкового правонаступництва, незважаючи на схожість конструкції спадкового договору зі спадкуванням. А тому з метою уникнення ускладнення правозастосування та праворозуміння його варто розмістити в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» ЦК України.

Чимало дискусій триває й навколо того, є спадковий договір одностороннім чи двостороннім. Такі протилежні міркування науковців щодо спадкового договору викликають багато труднощів як у теоретичному розумінні, так і на практиці. Автори науково-практичного коментаря до цивільного кодексу за редакцією Є. Харитонова, О. Калітенко стверджують, що «спадковий договір є двосторонньо зобов'язувальний, для якого характерне волевиявлення двох сторін, заснованих на диспозитивних засадах» [6]. Таку ж позицію займають Ю. Заїка [7, 116], А. Євстігнєєв [8, с. 38], які характеризують спадковий договір як двосторонній, оскільки правами й обов'язками наділяються обидві сторони. А. Вербанський та Р. Карпенко [9, с. 40] погоджуються з позицією В. Васильченко [10], який наголошує на тому, що правами й обов'язками наділені обидві сторони спадкового договору: набувач, з одного боку, набуває право власності на майно відчужувача, має право вимагати розірвання договору в разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача, а з іншого – зобов'язаний належним чином виконувати відповідно до договору розпорядження контрагента. Відчужувач має право робити певні розпорядження, вимагати від набувача вчинення визначених умовами договору дій майнового або немайнового характеру тощо, але, з іншого боку, на нього покладається обов'язок не відчужувати майно, визначене спадковим договором. Саме на підставі ознак двосторонності спадкового договору не можна скасувати або змінити в односторонньому порядку

за життя відчужувача, як це має місце при заповіті [11].

У свою чергу, З. Ромовська зазначає: «У ст. 1302 ЦК не визначені обов'язки відчужувача. І це не є помилкою. Справа в тому, що спадковий договір, будучи двостороннім правочином, одночасно є одностороннім договором. Відчужувач у спадковому договорі не має обов'язків – це пояснюється особливістю цього інституту» [12, с. 16]. Такої ж думки дотримуються й Р. Майданик [11] та О. Печена [12], які стверджують, що спадковий договір є одностороннім, оскільки обов'язки покладені лише на одну сторону – набувача. У свою чергу, відчужувач не зобов'язаний передати майно у власність, оскільки в момент його смерті перехід права власності здійснюється «автоматично», без волі останнього.

Відтак, проаналізувавши позиції науковців, ми вважаємо, що ЦК України закріпив модель спадкового договору саме як односторонній договір, оскільки у відчужувача відсутній прямий обов'язок учинити певну дію або утриматися від її вчинення, тоді як обов'язки набувача передбачені ст. 1305. Ми не погоджуємося з позицією, викладеною В. Васильченко, щодо обов'язку відчужувача не відчужувати предмет договору, оскільки при нотаріальному посвідчені спадкового договору нотаріус накладає заборону на відчуження майна, яке становить предмет спадкового договору, що унеможливлює розпорядження майном відчужувачем. Окрім цього, ч. 2 ст. 1307 передбачає, що заповіт, який відчужувач склав щодо майна, указаного в спадковому договорі, є нікчемним. Право власності на майно, яке є предметом спадкового договору, переходить до набувача після смерті відчужувача «автоматично», тобто поза волею останнього. Разом із тим закон не забороняє покладання на відчужувача визначеного обов'язку змістом спадкового договору. І тоді вказаний договір трансформується в двосторонній зі взаємними обов'язками сторін. Наприклад, на відчужувача може бути покладений обов'язок надати частину житлового приміщення в користування набувача, подібні умови спадкових договорів зустрічаються в нотаріальній практиці досить часто. Тому категорично відкидати взаємозобов'язуючий характер спадкового договору не можна [15].

Немає єдиної наукової позиції й щодо моменту, з якого спадковий договір уважається укладеним. О. Шевченко вважає його реальним договором [16, с. 35], А. Мазуренко – як консенсуальним, так і реальним (реальним, якщо виконання певної дії чи діяльності визначається після смерті відчужувача) [17, с. 162]. Консенсуальним цей договір уважають В. Васильченко й В. Чуйкова. О. Обривкіна висловлює думку, що спадковий договір є як реальний, так і консенсуальний, оскільки, за умовами спадкового договору, набувач повинен виконати певні дії після смерті відчужувача, договір уважається реальним, оскільки вважатиметься укладеним із моменту передачі майна набувачеві, також якщо ж спадковим договором передбачається, що набувач повинен виконати дії (наприклад, щомісячно виділяти відчужувачеві певне грошове відшкодування) за життя відчужувача, права й обов'язки виникають у момент досягнення угоди – консенсуальний [18]. Н. Шама зазначає: «Спадковий договір уважається укладеним із моменту досягнення сторонами в належній формі згоди щодо всіх істотних умов договору й не може вважатися укладеним із моменту передання речі, оскільки його перфекція не пов'язується з передачею майна» [19, с. 142].

Ми цілком погоджуємо з позицією цього науковця та вважаємо, що спадковий договір є виключно консенсуальним, що, по суті, випливає зі змісту ст. 1302 ЦК України. Уважаємо, що на момент смерті відчужувача істотні умови спадкового договору повинні бути погодженими сторонами, унаслідок чого набувач зможе реалізувати свої права щодо отримання майна у власність.

Як свідчить європейська практика, спадковий договір запроваджений у західноєвропейському цивільному праві з часів рецепції римського права [10, с. 167], хоча саме римське право допускало два види спадкування: за заповітом і за законом – та оголошувало недійсними будь-які договори, що обмежували право заповідача [20, с. 107]. Необхідно відмітити, що однозначного визначення сутності спадкового договору в західноєвропейському законодавстві немає. Так, австрійське право допускає спадкування за договором окремого майна, а спадкування за спадковим договором усього майна можливе лише подружжям чи нареченими [21, с. 107]. ЦК Франції визнає спадковий договір як виняток із загального правила в досить обмеженому виді (як акт дарування) [10]. Найбільш вираженим спадковий договір як вид спадкування є в Німецькому цивільному праві. Причому німецький ЦК розрізняє дві групи спадкових договорів: позитивні (як дійсно спадкові правочини) та негативні (договори про відмову від спадщини) [10, с. 121].

Античні римські юристи відмовлялися від договірного регулювання спадкового правонаступництва. Вони розглядали договірне обмеження заповідальної свободи як непри-

пустиму й аморальну залежність свободи спадкодавця приймати рішення [15, с. 122]. Спадковий договір насамперед має німецьке походження, а наявність його в спадково-правових системах Австрії, Швейцарії, Угорщини, Латвії та деяких інших країн пояснюється рецепцією німецького права в кінці XIX – початку XX століть [23, с. 14]. Багатьом країнам романської правової сім'ї договори про спадкування до сих пір не відомі або їх уважають аморальними [24, с. 134].

ЦК Франції забороняє договори про майбутній спадок, тобто договори про спадкування, договори зі спадщиною і відмову від спадщини. Із цього міркування випливає принцип, що свобода договору повинна поступатися заповідальній свободі. Винятки існують тільки на користь подружжя й усередині сім'ї [24, с. 165].

У Польщі договір про розпорядження спадком особи, яка ще жива є недійсним. Законний спадкоємець шляхом укладення нотаріально засвідченого договору з майбутнім спадкодавцем може тільки відмовитися від спадщини. Особа, яка відмовилася від спадщини, і її нащадки, на яких поширюється відмова, відсторонюються від успадкування так само, якщо б вони не пережили момент відкриття спадщини [24].

Стаття 1271 ЦК Іспанії також містить заборону на вчинення спадкових розпоряджень у рамках договору про спадкування. Якщо єдиним предметом договору про спадкування є майно, що знаходиться, наприклад, у Німеччині, іспанські громадяни можуть вибрати право Німеччини як основу договору про спадкування. Однак, незважаючи на вибір німецького права, відповідно до іспанського законодавства, має дотримуватися загальна неприпустимість відмови від іспанського спадкового права [24].

Відповідно до португальського законодавства, спадкові договори теж не мають юридичної сили (ст. ст. 946 і 2028 ЦК). Щоправда, у ст. 2028 указані випадки існування договірного правонаступництва щодо спадщини: особа відмовляється від спадщини за договором, розпоряджається власною спадщиною або ще не набутою спадщиною. Однак це не має наслідком загальну допустимість спадкових договорів. Договори про спадкування дозволені тільки у випадках, передбачених законом, наприклад, при дотриманні заповідальних формальностей. Для обґрунтування заборони договору про спадкування стверджується, що будь-яке поспішне рішення, яке не може бути скасовано (в односторонньому порядку), не відповідає суті угод mortis causa, тобто розпоряджень на випадок смерті. Отже, щоб уникнути тиску на заповідача, він за життя зберігає право розпорядження своїм майном. Допускається виняток, якщо розпорядження зроблені за допомогою шлюбного договору, який може бути укладений лише між нареченими, тобто до укладення шлюбу (ст. 1698 ЦК).

Італійське законодавство визнає недійсним як договір про спадкування, так і спільний заповіт (ст. ст. 458, 589 ЦК Італії), щоб завжди захищати заповідальну свободу спадкодавця. Якщо хоча б один зі спадкодавців є італійцем, договір про спадкування і спільний заповіт як формальні конструкції в основному не припустимі незалежно від того, чи містять вони взаємопов'язані розпорядження спадкодавців. Спадкові договори заборонені, оскільки спадкодавець за ним зобов'язується на випадок смерті, стає боржником, що зобов'язувало б його виконувати свої зобов'язання й тим самим обмежувало б його заповідальну свободу. В Італії заборонені такі види договорів щодо спадщини: patti istitutivi (розпорядження власним майном), patti dispositivi (розпорядження очікуваним спадковим правом або заповідальним відмовою) і patti rinunciativi (відмова від майбутніх прав успадкування). Однак допускаються одночасні заповіти кількох осіб в одному документі, але вони повинні бути незалежними й автономними, тобто взаємопов'язаність розпоряджень у таких заповітах не повинна випливати з будь-яких обставин (ст. 635 ЦК), інакше ст. 458 ЦК про заборону спадкового договору застосовується навіть до формально окремих посмертних розпоряджень, якщо вони пов'язані один із одним за змістом.

На основі Закону від 14 лютого 2006 року № 55 у ст. 768 ЦК з'явився patto di famiglia в значенні договору про спадкування бізнесу, що свого часу було обмежено через суворе італійське право на обов'язкову частку (компенсаційні обов'язки наступників компанії) і заборони на відмову від спадщини та обов'язкової частки за ст. 458, абз. 2 ст. 557 ЦК Італії [24]. Поява в Італії сімейного пакту пов'язана з рекомендаціями Єврокомісії 1994 року про передачу малого й середнього бізнесу, у яких країнам-членам ЄС запропоновано допустити укладення спадкових договорів. У результаті в Італії за сімейним пактом власник компанії може за життя за згодою іншого з подружжя та інших обов'язкових спадкоємців передати частки участі в компанії одному або декільком нащадкам за плату або безкоштовно. Мета конструкції полягає в запобіганні дробленню бізнес-активів під впливом режиму майна подружжя та правил про обов'язкову спадкову частку в натурі [25].

Хоча німецьке законодавство в § 2302 BGB забороняє зобов'язання, пов'язані з установленням або невстановленням посмертних розпоряджень, воно, тим не менше, допускає договірні розпорядження на випадок смерті [24]. У Німеччині договір про спадкування є договором sui generis. Він не є розпорядчою угодою, так як речово-правовий статус живих осіб не змінюється, однак спадкодавець також і не укладає взаємного зобов'язального договору (зобов'язання встановити розпорядження на випадок смерті було б недійсним на підставі § 2302 BGB). Договір про спадкування вважається договором тільки тому, що договірна сторона (партнер) приймає заяву (оферту) спадкодавця про розпорядження, таким способом досягається їх обов'язкова сила. Договір про спадкування має подвійний юридичний характер: водночас є й розпорядженням на випадок смерті, і договором [24]. Такий договір має абсолютно спадковий характер, але угода має обов'язкову силу вже за життя сторін. Договір про спадкування не є договором на користь третіх осіб, навіть якщо він містить надання тільки третім особам, що можливо й допустимо [24].

Отже, у Німеччині договір про спадкування не вписується в традиційну систему зобов'язальних та абстрактно-розпорядчих угод [24], а утворює унікальне за своєю природою узгоджене двома або більше сторонами розпорядження, відкладене на випадок смерті, і зв'язує, але не зобов'язує спадкодавця.

Договір про спадкування в Австрії також має подвійну природу: угода між живими особами й посмертне розпорядження. Загальними положеннями договірного права регулюються здатність укладати договори, укладання та розірвання договору, наслідки відсутності волі, а спадкове право визначає спадкову дієздатність, допустимий вміст договору і його спадково-правову силу. При цьому в Австрії договір про спадкування є різновидом шлюбного пакту, становить його предмет (§ 1217 ABGB) [24].

Висновки

За спадковим договором, одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Спадковий договір є одностороннім, відплатним, алеаторним, консенсуальним. Він має зобов'язальний характер, є одним із видів договорів щодо відчуження майна, пов'язаний зі спадковими відносинами лише моментом переходу майна у власність набувача – смертю відчужувача, він не передбачає переходу майна від відчужувача до набувача в порядку спадкування внаслідок відсутності спадкового правонаступництва, тому автором запропоновано його розмістити в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право» ЦК України.

У законодавстві іноземних держав немає єдиного підходу до визначення та розуміння спадкового договору. Зокрема, ЦК Франції визнає спадковий договір як виняток із загального правила в досить обмеженому виді (як акт дарування) та забороняє договори про майбутній спадок, тобто договори про спадкування, договори зі спадщиною й відмову від спадщини; ЦК Польщі допускає виключно відмову спадкоємця від спадщини в спадковому договорі; ЦК Іспанії містить заборону на вчинення спадкових розпоряджень у рамках договору про спадкування; у Португалії допускається укладення спадкового договору як виняток, якщо розпорядження зроблені за допомогою шлюбного договору, який може бути укладений лише між нареченими, тобто до укладення шлюбу; Італійське законодавство визнає недійсним як договір про спадкування, так і спільний заповіт; у Німеччині договір про спадкування має подвійний юридичний характер: водночас є й розпорядженням на випадок смерті, і договором.

Список використаних джерел:

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А.С. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

2. Бичківський О.О. Спадковий договір: проблемні питання законодавчого врегулювання. *Вісник Запорізького національного університету*. 2010. № 2. С. 136–141.

3. Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 року № 7. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08 (дата звернення: 01.03.2021).

4. Кухарєв О.Є. Спадкове право : навчальний посібник. Київ : Алерта, 2013. 307 с.

5. Актуальні проблеми спадкового права : навчальний посібник / за заг. ред. проф. Ю.О. Заіки, ст. наук. співроб. О.О. Лов'яка. Київ : ЦУЛ, 2014. 127 с.

6. Цивільний кодекс України: Коментар / за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.М. Калітенко. Одеса : Юридична література, 2003. 1080 с.

7. Заїка Ю.О. Спадкове право України : навчальний посібник. Київ : Істина, 2006. 116 с.

8. Євстігнеєв А. Деякі аспекти спадкового договору. *Юридичний журнал*. 2005. № 10. С. 38.

9. Вербанський А.В., Карпенко Р.В. Дискусійні питання правової природи спадкового договору. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 3. С. 39–44.

10. Васильченко В.В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права. *Право України*. 2003. № 6. С. 115–119.

11. Скопиченко О.В. Спадковий договір в системі цивільно-правових договорів. *Молодий вчений*. 2015. Частина № 3. № 5. С. 79–82.

12. Ромовська З.В. Проблеми спадкового договору. *Юридична практика*. 2003. № 44 (306). С. 16.

13. Майданик Р.А. Спадковий договір у цивільному праві України. С. 92.

14. Печений О.П. Спадкове право. Харків : Фактор, 2012. 331 с.

15. Кухарев Є. Концепция наследственного договора в гражданском законодательстве Украины. *Сравнительное наследственное правоведение*. 2016. № 3. С 41–47.

16. Шевченко О. Заповіт як підстава спадкування. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 8. С. 37.

17. Мазуренко С. В. Історико-правовий нарис виникнення СД в Україні. *Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави*. Одеса : Юрид. літ., 2004. С. 167.

18. Обривкіна О.М. Особливості спадкового договору:правовий аспект. *Ірпінський юридичний часопис: науковий журнал*. 2019. № 2. С. 39–45.

19. Шама Н. Поняття та ознаки спадкового договору. *Вісник львівського університету. Серія «Юридична»*. 2009. № 49. С. 142–150.

20. Енциклопедія цивільного права України / відпов. ред. Я.М. Шевченко. Київ : Ін Юре, 2009. 952 с.

21. Никольский В. Об основных моментах наследования. Москва : Катков и К°, 1871. 107 с.

22. Schmoeckel M. Erbrecht.5 Aufl. Baden-Baden : Nomos, 2019. 314 p. P. 122.

23. Блинков О.Е. О допустимости коллективных завещаний в российском гражданском праве. *Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право»*. 2014. № 1. С. 10–15.

24. Лоренц Д.В. Наследственный договор: подход континентального права. *Российское право: состояние, перспективы, комментарии*. 2015. № 6. С. 105–129.

25. Петров Е.Ю., Ренц И.Г. Развитие российского наследственного права. *Закон*. 2017. № 6. С. 44–50.

Ilona Samoylova. Inheritance contract: legal nature according to the legislation of Ukraine and European countries

The article is devoted to defining the legal nature of the inheritance contract as a form of transfer of ownership of property. The connection of the specified contract with the obligatory right and hereditary legal relations is analyzed. The analysis of scientific positions of theorists-lawyers concerning definition of essence of the hereditary contract, its characteristics is resulted and carried out. Based on a thorough analysis of the provisions of regulations, in particular the Civil Code of Ukraine and scientific papers on the study of the inheritance agreement, it is established and substantiated that the inheritance agreement is unilateral, retaliatory, random, consensual. It is binding, is a type of contract for the alienation of property, and is related to inheritance only at the time of transfer of property to the purchaser – the death of the alienator, it does not provide for the transfer of property from the alienator to the acquirer by inheritance. In view of the above, the author proposes to place the provisions on the inheritance contract in Book Five "Obligatory Law" of the Central Committee of Ukraine. The civil legislation of European countries on the subject of legislative definition and regulation of relations concerning the inheritance contract, in particular France, Germany, Italy, Spain, Portugal, Poland and Austria, is considered and analyzed. It is concluded that in the legislation of foreign countries there is no single approach to the definition and understanding of the inheritance agreement. In particular, the French Central Committee recognizes an inheritance contract as an exception to the general rule in a rather limited form (as an act of gift) and prohibits future inheritance agreements, ie inheritance agreements, inheritance agreements and renunciation of inheritance; The Central Committee of Poland allows only the heir's refusal to inherit in the inheritance agreement; The Central Committee of Spain prohibits the commission of inheritance orders under an inheritance agreement; in Portugal, an inheritance contract may be concluded as an exception if the orders are made by means of a marriage contract, which may be concluded only between the bride and groom, before the marriage; Italian law invalidates both the contract of inheritance and the joint will; in Germany, the contract of inheritance has a dual legal character: it is both a death order and a contract.

Key words: inheritance agreement, contract law, inheritance, unilateral agreement, retaliatory agreement, random contract, consensual agreement.

УДК 347.44
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.10

Альона Силкіна,
аспірантка кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ТЕЛЕФОРМАТУ У ПРАВІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Для кожного творця, правовласника телевізійного формату важливо забезпечити належний захист телевізійного формату. Без належного захисту прав інтелектуальної власності буде неможливим міжнародне співробітництво й укладення договорів з контрагентами з різних країн. У статті аналізуються дві основні форми захисту прав інтелектуальної власності – юрисдикційна та неюрисдикційна. Застосування різних способів захисту є важливим у відносинах, що виникають у спорах, щодо телевізійних форматів.

На міжнародному рівні формат є новим об'єктом дослідження в праві інтелектуальної власності, тому законодавство щодо формату лише на стадії формування. Проте неурядові й урядові організації, такі як FRAPA та WIPO, розробляють нові способи захисту для чутливого об'єкта права ІВ-формату. Захищаючи формат як об'єкт права інтелектуальної власності, необхідно класифікувати елементи, з яких він складається, на групи відповідно до порушеного права. Так як формат складається з елементів, що охороняються авторським правом, та елементів, котрі є утилітарними й охороні не підлягають, суб'єктам, права яких порушено, необхідно обрати належний спосіб захисту порушеного права.

Задля недопущення порушення прав на формат суб'єкти мають здійснити превентивні заходи захисту. У статті наводиться комплекс необхідних превентивних заходів: реєстрація авторського права, реєстрація ТМ, підписання договорів про передачу прав на використання творів, розміщення комерційної інформації в цифрові сейфи WIPO Proof, I-Depot тощо. Цифрові сейфи WIPO Proof та i-Depot є додатковим способом захисту цінних цифрових активів, творів, дизайну продуктів, винаходів, комерційної таємниці, ідеї, навіть висновків продюсерів, отриманих у процесі розробок формату.

Правові системи охороняють об'єкти ІВ, наприклад, за допомогою патентного права, авторського права й реєстрацією товарних знаків, завдяки чому творці отримують визнання або фінансову винагороду за свої винаходи, твори. Забезпечуючи баланс інтересів винахідників і соціуму, система права інтелектуальної власності сприяє створенню умов для розвитку творчості й інновацій.

Ключові слова: авторське право, аудіовізуальний твір, класифікація форматів, складний комплексний об'єкт права інтелектуальної власності, телевізійний формат.

Постановка проблеми. Створення об'єктів права інтелектуальної власності потребує значних затрат часу, фінансів і творчої праці. Недобросовісні конкуренти, бажаючи отримати легкі гроші нелегальним шляхом, крадуть чужі ідеї та видають їх за власні. Незахищеність формату на певній території робить непривабливою таку систему законодавства для продавців форматів. Україна намагається гармонізувати законодавство відповідно до Європейських і міжнародних стандартів захисту права інтелектуальної власності. Форми захисту права інтелектуальної власності різняться залежно від країн.

Варто зазначити, що формат як об'єкт права інтелектуальної власності переважно досліджувався в працях зарубіжних учених, серед яких – В. Горчаков, В. Дозорцев, Г. Карнел, О. Кулініч, Р. Мідоу, А. Моран, Т. Орен, Б. Сойка, Д. Чалабі та ін. Проте на національному рівні не аналізувалися можливі способи захисту формату, а також превентивні заходи, такі як використання цифрових сейфів від ВОІС, Бенілюксу тощо.

Мета статті – розглянути особливості юрисдикційних і неюрисдикційних способів захисту форматів; класифікувати національні способи захисту та міжнародні, які використовуються суб'єктами телевізійної сфери; проаналізувати наявні класифікації різних науковців, сформулювати підхід щодо захисту прав на формат, а також визначити превентивні заходи забезпечення прав володіння форматом.

Виклад основного матеріалу. У національному законодавстві розрізняють дві основні форми захисту прав інтелектуальної власності – юрисдикційну й неюрисдикційну. Юрисдикційна форма захисту прав інтелектуальної власності полягає в тому, що особа, права якої порушено, звертається

© А. Силкіна, 2021

за захистом порушених прав до суду, інших компетентних державних органів, уповноважених ужити необхідні заходи для відновлення порушених прав і припинення правопорушення. У рамках юрисдикційної форми захисту прав, у свою чергу, виокремлюють загальний (судовий) і спеціальний (адміністративний) порядки захисту порушених прав інтелектуальної власності [4, с. 55].

Кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу відповідно до статті 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ). Неюрисдикційна форма захисту прав інтелектуальної власності передбачає дії юридичних і фізичних осіб щодо захисту прав інтелектуальної власності, які здійснюються ними самостійно (самозахист), без звернення за допомогою до державних або інших компетентних органів. Також способи захисту в праві інтелектуальної власності можна класифікувати на дві групи: загальні (котрі передбачені в статті 16 ЦКУ) та спеціальні (статті 276, 278, 279, 280 ЦКУ та статті Закону України (далі – ЗУ) «Про авторське право і суміжні права»). Наприклад, якщо порушуються права на елементи телевізійного формату, котрі підлягають захисту відповідно до ЗУ «Про авторське право та суміжні права», доцільно використовувати способи захисту, передбачені статтями 50 і 50-2 цього Закону. За захистом свого авторського права й (або) суміжних прав суб'єкти авторського права та суміжних прав мають право звертатися в установленому порядку до суду й інших органів відповідно до їхньої компетенції.

Спосіб захисту залежить від того елементу, який привалює у форматі або який порушено. Інколи правопорушник копіює одразу декілька елементів, звичайно, захищатися буде кожен елемент і фізична особа має обрати належний спосіб захисту. При захисті прав на формат суд може постановити рішення про застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню прав інтелектуальної власності й збереження відповідних доказів; зупинення пропуску через митний кордон України об'єктів, імпорт чи експорт яких здійснюється з порушенням прав інтелектуальної власності; застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності тощо. Власнику прав інтелектуальної власності дається можливість вибору способу захисту порушених прав. Суб'єкт має право на власний розсуд вимагати або відшкодування заподіяних збитків, або стягнення на свою користь доходу, одержаного правопорушником унаслідок правопорушення, або виплати компенсації. Якщо порушено немайнові права інтелектуальної власності, зокрема принижено честь, гідність автора, творця або завдано шкоди діловій репутації власника прав, то така моральна шкода відшкодовується грішми, іншим майном або в інший спосіб.

Науковець А. Горчаков до поширених випадків порушення прав на телевізійний формат зараховує такі: виробництво телевізійного продукту, схожого до ступеня змішування з іншим, уже наявним; неправомірне отримання доступу до ноу-хау правовласника формату; використання ідентичних і (або) подібних слоганів; копіювання творчого складника; незаконне отримання конкурентних переваг (недобросовісна конкуренція). Варто враховувати, що національні законодавства по-різному трактують на перший погляд подібні поняття. Недобросовісна конкуренція може бути у формі введення в оману клієнта (покупця, глядача) або незаконного отримання конкурентних переваг або ж полягати в паразитичній діяльності особи, що порушує права й інтереси правовласника формату. Наявні відмінності в національних законодавствах іноді призводять до того, що формат, успішно захищений на одній території, виявляється таким, що не підлягає охороні на іншій [3, с. 99].

На нашу думку, при захисті формату як об'єкта права інтелектуальної власності необхідно розділити об'єкти на групи відповідно до порушеного права. Так, усі елементи телевізійного формату поділяються на охоронювані об'єкти (сценарій, музика, зображення, комерційне найменування, образ ведучих, персонажі тощо) і ті, які не підлягають охороні авторським правом (ідея, бізнес-інформація). О. Кулініч виділяє у творі «юридично байдужі» та «юридично значущі» елементи. До юридично байдужих, тобто неохоронюваних елементів твору художньої літератури, зараховані тема, матеріал твору, сюжетне ядро, ідейний зміст. Їх запозичення не накладає на користувачів ніяких обов'язків, тобто не є порушенням авторського права. До юридично значимих (охоронюваних) елементів твору належать образи й мова твору. До об'єктів, що не охороняються авторським правом, належать передусім ті з них, які не володіють хоча б однією з ознак твору науки, літератури й мистецтва. Якщо особою в результаті зробленого досягнутий не творчий, а суто технічний результат, він нормами авторського права не охороняється. До такого роду результатів належать, зокрема, телефонні довідники, розклади руху, адресні книги тощо за умови, що упорядником не застосована оригінальна

система викладу довідкових даних [5, с. 120]. Групування елементів формату дає змогу побудувати правильну стратегію їх захисту й застосувати належним чином способи захисту, котрі передбачені цивільним законодавством. Наприклад, «юридично байдужі» елементи або утилітарні необхідно захищати в порядку договірного права, а «юридично значущі» – через реєстрацію авторських прав як превентивний спосіб, через судовий позов – як реальний захід.

Зазвичай в Україні телевізійний формат захищається шляхом реєстрації авторського права на літературний твір – сценарій. Першою спробою захисту прав на телевізійний формат була справа «Караоке на майдані» проти «Караоке біля фонтану» [8]. Проте автори відстоювали своє право лише на один елемент формату – сценарій, котрий включений у Державний реєстр свідоцтв про реєстрацію авторського права. На жаль, у 2001–2005 роки українська телевізійна спільнота не оперувала категорією «формат», а тому захищалися певні елементи, які підпадали під захист авторського права. Важливо поєднувати способи захисту й захищати одразу декілька елементів телевізійного формату, такі дії підвищують охороноспроможність формату загалом.

Необхідно здійснити комплекс дій: реєстрацію авторського права на сценарій, реєстрацію ТМ (наприклад, назва телепередачі), підписання договорів про передачу прав на використання творів (музики, сценарію, текстів), максимальну фіксацію будь-якого етапу розробки формату, створення біблії формату (докладний опис реалізації формату, реєстрація доменних імен, укладання договорів про конфіденційність з потенційними покупцями, яким ви пітчите формати, реєстрація опису формату як літературного твору (отримання свідоцтва про авторське право)), помістити комерційну інформацію в цифрові сейфи WIPO Proof, I-Depot тощо.

З одного боку, деякі елементи не підпадають під захист авторського права, проте не варто відхиляти інші механізми захисту об'єктів, які передбачені цивільним законодавством. Чинне законодавство передбачає широкий перелік способів захисту, які можуть використовуватися при невизнанні, оспорюванні авторського права й суміжних прав [5, с. 93]. Загалом продюсери використовують при захисті форматів нетипові реєстраційні системи. Однією з ефективних і популярних систем є база телевізійних форматів FRAPA [1]. Використовуючи систему реєстрації формату FRAPA (FRS), фізична або юридична особа реєструє власні творчі напрацювання, завантажуючи до системи ФРАПА: сценарій, опис ідеї, сюжетні лінії та різну документацію, яка стосується телевізійного формату. Після рішення Верховного суду Великобританії у 2016 році біблії використовувалися для визначення форматів як «драматичних творів» та, отже, придатних для захисту авторських прав.

Ще одним альтернативним вирішенням суперечок щодо формату є BOIB. У квітні 2010 року FRAPA об'єднала зусилля з BOIB, у рамках співпраці BOIB призначає експерта зі своєї групи медіаторів та арбітрів з питань кіно та ЗМІ для нагляду за переговорами, спрямованими на досягнення практичних рішень. Можливі способи вирішення спорів варіюються від домовленостей про сплату ліцензійного збору до навмисного розмежування спірного формату.

В Україні медіа групи також є членами організації ФРАПА та вдаються до захисту телевізійних форматів через механізми передбачені організацією. Наприклад, найбільша українська медіа група StarLightMedia приєдналася до FRAPA, провідної міжнародної асоціації визнання та захисту форматів з 2016 року. Також до спору, котрий розглядався у 2019 році Верховним Судом України, між Новим каналом «Ревізор» проти каналу 1+1 «Інспектор Фреймут» залучався аналіз ФРАПА як доказу. Експерти з FRAPA оцінили, чи «Інспектор Фреймут» є копією формату «Ревізор», використовуючи інформацію (включаючи посилання на відео), надану Новим каналом. Верховний Суд підтвердив порушення прав Нового Каналу й фактично захистив права на телевізійний формат «Ревізор».

Станом на 2020 рік в Україні з'явився ще один конфлікт з приводу прав на формат. У недобросовісній конкуренції знову звинувачується телевізійний канал «1+1», а саме підробці формату «The Masked Singer» у програмі «Маскарад». Телевізійний канал «Україна» збирається подавати позов до суду й звернутися щодо захисту своїх прав до Міжнародної організації з визнання та захисту форматів FRAPA (Format Recognition and Protection Association). До розгляду підключили FRAPA, і її експерти погодилися: проекти «Маскарад» на каналі 1+1 і «Маска» на каналі «ТРК Україна» схожі на 73%.

На нашу думку, формат необхідно захищати комплексно: юрисдикційними та неюрисдикційними способами захисту. Твердження, що формат не можна захистити авторським правом, а тому він не підлягає захисту, загалом є помилковим. Бюро інтелектуальної власності Бенілюксу (BOIP) надає послугу будь-яким фізичним і юридичним особам в охороні їхньої конфіденційної

інформації й навіть ідей у спеціальних цифрових сейфах. Тобто так можна захистити будь-які елементи телевізійних форматів. Телевізійні компанії в діяльності можуть використовувати цифрові сейфи i-DEPOT для зберігання інформації в конфіденційності. Наприклад, телевізійна компанія має ідею нового телевізійного формату й не бажає, щоб за межами компанії хтось дізнався, як працює продукт або відбувається процес зйомок. Або є інформація, і компанія приховує її від конкурента: бухгалтерські записи, бази даних клієнтів, напрацювання продюсерів, пілотні випуски програм тощо. Компанія може визначити перелік цінної інформації й захистити її як комерційну таємницю. Щоб мати змогу вжити законних заходів у разі крадіжки, важливо зберігати свою комерційну таємницю в таємниці та активно захищати. Це можна зробити за допомогою угод про нерозголошення й зберігаючи їх у цифровому сейфі, такому як i-DEPOT. Суд відповідної країни вирішить, чи допускати його до провадження. Європейські суди завжди приймають i-DEPOT як доказ.

27 травня 2020 року BOIB запровадила нову нотаріальну бізнес-послугу для новаторів у будь-якій галузі – «WIPO PROOF». «WIPO PROOF» – це цифрова нотаріальна послуга, що створює відбиток дати й часу на цифровому файлі – токен. Для створення токену використовується найвищий стандарт технології інфраструктури відкритих ключів, що відповідає стандарту RFC 3161. «WIPO PROOF» дає змогу створити захищені від несанкціонованого втручання докази того, що цифровий файл із вашими інтелектуальними активами існував у певний момент часу та що в нього не вносилися зміни.

Телевізійний формат не є об'єктом авторського права, а тому його складно захистити звичними реєстраційними системами права інтелектуальної власності. WIPO Proof дає суб'єктам цивільного права можливість підтвердити існування ідеї та творчих напрацювань у момент створення оригінального формату, що має принципове значення для його захисту від потенційного незаконного привласнення або посягань. Автори можуть використовувати маркери WIPO PROOF для підтвердження того, що вони створили оригінальний об'єкт раніше, ніж інші. Телевізійні програми є результатом праці кількох авторів. Доцільно враховувати існування кожного окремого елементу при захисті формату. WIPO PROOF дає змогу вести окремий облік віршів, сценарію, музичних творів і готових продуктів, що є цінним для вирішення в майбутньому потенційних суперечок щодо авторства [2]

Висновки

Формат – це комплексний об'єкт, захист кожного елементу не може обмежуватися виключно авторським правом. Навіть унікальна комбінація так званих «утилітарних» або «байдужих елементів» може підтверджувати факт подібності двох телевізійних форматів, що, безперечно, свідчить про порушення прав власника формату. Головною рекомендацією для організацій мовлення є превентивні заходи захисту: реєстрація прав на кожен елемент телевізійного формату (використання нових цифрових нотаріальних послуг від BOIB, Бенілюксу). Поєднання альтернативних способів захисту з тими, що передбачені законодавцем, надаватиме значні переваги при відстоюванні прав на формат у судовому чи арбітражному розгляді. Законодавець має враховувати нові тенденції, звернення суб'єктів телевізійного мовлення до неурядових організацій свідчить про неналежний рівень захисту форматів національною системою права.

Список використаних джерел:

1. FRAPA. Офіційний сайт неурядової організації захисту форматів. URL: https://frapa.org/format-registration/ (дата звернення: 15.02.2021).

2. BOIC. Офіційний сайт. URL: https://www.wipo.int/wipoproof/ru/ (дата звернення: 15.02.2021).

3. Горчаков А.В. Правова природа формату аудіовізуального твору : монографія. Москва, 2013. С. 142.

4. Захист прав інтелектуальної власності: норми міжнародного і національного законодавства та їх правозастосування : практичний посібник / Л. Доріс та ін. Київ, 2007. 448 с.

5. Кулініч О.О. Правова охорона персонажу літературного твору як «юридично значимого» елемента твору. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 53. С. 126–131. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2010_53_19. BOIP (дата звернення: 15.02.2021) ; *Офіційний сайт організації з прав ІС країн Бенілюксу*. URL: https://www.boip.int/en/entrepreneurs/ideas/your-idea-in-an-i-depot#i-depot-trade-secret-and-know-how (дата звернення: 15.02.2021).

6. Посібник для суддів з інтелектуальної власності / І.М. Бенедисюк та ін. Київ, 2018. 424 с. URL: http://www.nsj.gov.ua/files/1541665727 IntellProperty_Handbook_.pdf (дата звернення: 15.02.2021).

7. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 14.10.2020 № 3792-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12 (дата звернення: 15.02.2021).

8. Судове рішення № 22-ц-7206/2010. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/11862909# (дата звернення: 15.02.2021).

9. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 березня 2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 15.02.2021).

Alena Sylkina. Ways of the protection of a TV format in intellectual property law

It is important for every creator and owner of a television format to ensure proper protection of the television format. Without appropriate protection of intellectual property, rights international cooperation and signing contracts with counterparties from different countries will not be possible. This article analyzes two main forms of protection of intellectual property rights – jurisdictional and non-jurisdictional. The use of different methods of protection is important in the relations that arise in disputes over television formats.

At the international level, the format is a new subject of research in the law of intellectual property, so the legislation on the format is only at the stage of formation. However, non-regulatory organizations such as FRAPA and WIPO are developing new ways of protection for such a sensitive subject as the format. When capturing format as an object of intellectual property rights it is necessary to classify the elements of which it is composed into groups according to the violated right. So, as the format is composed of elements protected by copyright and elements that are utilitarian and not protected. Subjects, whose rights are violated, it is necessary to address the appropriate way to protect the violated right.

In order to prevent the violation of the rights to the format, the subjects have to take preventive measures of protection. This article provides a set of necessary preventive measures: copyright registration, trademark registration, signing agreements on the transfer of rights for the use of works, placement of commercial information in digital safes WIPO Proof, I-Depot, etc. WIPO Proof and i-Depot digital safes are an additional means of preserving valuable digital assets, creations, product designs, intellectual property, commercial secrets, ideas, and even opinions of producers obtained in the course of format development.

Legal systems protect IP objects, for example, through patent law, copyright and trademark registration, by which the creators receive recognition or financial reward for their works and creations. Ensuring the balance of interests of owners and society, the system of intellectual property rights creates conditions for the development of creativity and innovation.

Key words: copyright, audiovisual work, television format, complex object of intellectual property rights.

УДК 347.6(477):340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.11

Олександр Соболєв,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВО НА БАТЬКІВСТВО ТА МАТЕРИНСТВО: ВИКЛИКИ ЧАСУ

Стаття присвячена розгляду проблемних питань зовнішнього впливу на особисті немайнові права подружжя щодо здійснення дружиною та чоловіком свого права на материнство та батьківство. Установлено, що до таких факторів зовнішнього впливу належать складний матеріальний стан подружжя, бажання одиноких осіб або подружжя досягнути поставленої мети щодо певного стабільного становища в суспільстві, яка, на їхню думку, може бути обумовлена народженням чи не народженням дитини. Особливо важливим фактором, що з'явився останнім часом, є проблема глобального потепління, яку в тому числі пов'язують зі зростанням народонаселення.

На підставі історичних даних доведено, що протягом досить тривалого часу неабиякий вплив на демографічний розвиток суспільства чинила бідність певного прошарку населення. Це призводило до небажання подружжя мати дітей узагалі або скорочувати їх кількість у сім'ях. Цікавим є приклад, як ще на початку XX сторіччя жінки вдавалися навіть до магічних дій з метою недопущення народження дитини. У подальшому в статті наведено історичні факти щодо становлення інституту абортів у суспільстві (стосовно дозволів і заборони їх проведення).

Доведено, що й діаметрально протилежний стан особи чи подружжя (належність до соціально захищених верств населення) також негативно впливає на здійснення останніми свого немайнового права на материнство та батьківство. Підставою для цього є небажання «втратити» свій статус у суспільстві або, навпаки, не досягти бажаного.

Звернуто увагу, що неабиякий вплив на здійснення прав на материнство та батьківство має й актуальна сьогодні проблема, яка з'явилася останнім часом, а саме проблема глобального потепління, що, на думку деяких фахівців, пов'язана зі збільшенням народження дітей.

Висновки роботи базуються на тому, що, незважаючи на певні зовнішні умови, які впливають на здійснення дружиною або чоловіком свого права на материнство чи батьківство, кожен із подружжя сам повинен вирішувати долю існування своєї сім'ї.

Ключові слова: філософія права, особисті немайнові права, право на материнство, право на батьківство, соціальні умови, глобальне потепління.

Постановка проблеми. Статті 49, 50 Сімейного кодексу України від 10 січня 2002 року до особистих немайнових прав подружжя зараховують право на материнство та право на батьківство, передбачаючи, що дружина має право на материнство, а чоловік має право на батьківство. Небажання чоловіка мати дитину або нездатність його до зачаття дитини може бути причиною розірвання шлюбу. Такі ж наслідки тягне за собою відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини. При цьому право дружини на материнство та право чоловіка на батьківство означає як право мати дитину, так і право не мати дитини, утриматися від народження дітей. Такі положення сімейного законодавства про причину розірвання шлюбу в разі небажання дружини, чоловіка мати дітей або нездатності до народження дитини можуть свідчити про обмеження свободи поведінки жінки та чоловіка в шлюбі.

Висловлюється думка, що материнство та батьківство є базовим життєвим призначенням, закладеним і сформованим самою природою [1, с. 280]. Прикро констатувати той факт, що сьогодні материнство та батьківство втратило колишню ціннісну орієнтацію як підстави, що становить зміст буття сучасних жінки та чоловіка. Передусім це стосується катастрофічного зниження народження дітей в Україні. Статистичні дані підтверджують цю «сумну» статистику. Так, у 1989 році в Україні народилося 690 981 дітей, у 1991 році – 630 813 дітей, у 2001 році – 376 478 дітей, у 2019 році – 308 817 дітей (без урахування народження дітей на тимчасово окупованих територіях) [2]. Аналізуючи наведені статистичні дані про народження дітей в Україні

© О. Соболєв, 2021

за останні тридцять років, можна зробити висновок, що кількість новонароджених скоротилася більше ніж у два рази. І це не може не турбувати.

Неабияким чинником у цьому випадку є певні зовнішні соціальні умови, які впливають на життя сім'ї. Варто зазначити, що вказані умови можуть не тільки формувати та розвивати подружжя, а й пригнічувати, знищувати природні задатки й здібності, призводити до заперечення дітородних функцій, зміни традиційних соціальних ролей жінки та чоловіка в суспільстві.

Проблемні питання здійснення права на материнство та права на батьківство привертали увагу таких правників: Ю.В. Драгомирова [3, с. 56–59], О.В. Ієвіня [4, с. 97–100], В.Ю. Москалюк [5, с. 124–129] та ін. Але в дослідженнях у більшості своїй вони зверталися до сімейно-правових і цивільно-правових аспектів здійснення цих особистих немайнових прав, не досліджуючи ретельно фактори зовнішнього впливу на здійснення права на батьківство та права на материнство.

Метою статті є вивчення наслідків впливу певних соціальних факторів (бідність, прагнення до багатства, розкішного життя), екологічних факторів (наприклад, глобальне потепління) на здійснення подружжям особистого немайнового права на материнство та на батьківство, передбачених Сімейним кодексом України.

Виклад основного матеріалу. Однією із суттєвих умов, яка впливає на бажання батьків народжувати дітей, є соціальна незахищеність деякої частки населення, іншими слова, її бідність. Охарактеризувати цей феномен можна так. Бідною можна вважати людину, рівень прибутків якої не дає їй змоги отримати певний фізіологічно необхідний мінімум життєвих благ, такий як продукти харчування, одяг, послуги, можливість надати дітям гідну освіту, а дорослим – підвищити свою кваліфікацію, тобто загалом забезпечити собі «базову» без надлишків якість життя.

У 1798 році Томас Мальтус написав найбільш відоме есе «Досвід закону про народонаселення», яке також широко відоме як мальтузіанська пастка [6]. Узагалі так звана мальтузіанська пастка визначається як формальне слідство з теорії Мальтуса, згідно з якою зростання населення випереджає зростання виробництва, так як динаміка зростання населення спостерігається в геометричній, а виробництва – в арифметичній прогресії. Звідси випливає, що людство перебуває в пастці, воно приречене на безробіття, голод, зубожіння широких мас, якщо не буде налагоджено регулювання народжуваності [7, с. 265]. Мальтузіанська пастка стверджує, що в міру зростання населення світ не зможе підтримувати виробництво сільськогосподарських культур, щоб прогодувати населення, яке постійно зростає.

Наприкінці XVIII сторіччя, мешкаючи в Англії, Т. Мальтус став свідком зниження рівня життя в міру зростання народжуваності серед бідних. На підставі зроблених висновків він виступав за регулювання народжуваності, яке полягало в тому, щоб бідні родини ніколи не народжували дітей, яких би вони не змогли утримувати. Також він указував на те, що причина бідності суспільства нижчого прошарку населення полягає в його ж безвідповідальності.

Навряд чи саме ці думки Т. Мальтуса були достатньо розповсюдженими серед бідної частини українського суспільства. Але, як свідчить історія, на українських землях контролю народжуваності бідні сім'ї приділяли достатньо уваги.

Складні соціальні умови досить глибоко торкнулися основ материнства та батьківства соціально незахищених верств населення за часів середини XIX – початку XX ст., що потягло за собою відмову подружжя мати дітей у шлюбі. Із цього приводу хочеться навести таке: «А як же той повинен мудрувати, котрому приходитця жить всего тіко на одній півдесятині? От він і вигадує собі, шоб самому не мучиця на цім світі і діти шоб не терпіли ще більшої муки як він» [8, с. 120].

Проводячи екскурс в історію, необхідно зазначити, що випадки регулювання вагітності (контрацепція, не аборти!) були відомі ще в стародавніх у більшості своїй бідних українських сім'ях. Цікавий приклад наводить кандидат історичних наук І.В. Ігнатенко, яка зазначає, що контрацептивні засоби, які застосовували жінки в традиційному українському суспільстві, умовно можна розподілити на два види: раціональні (уживання відварів трав, коріння тощо) та ірраціональні (магічні). Також авторка схиляється до думки, що частіше застосовували саме магічні засоби контрацепції, і зазначає: «Зокрема, жінки їли хліб із шерстю ялової корови чи вівці. У цьому разі ялова корова мала «передати» свою безплідність жінці. Вважали, що дітей не буде й тоді, коли дати з'їсти плаценту свині. Окрім того, вірили, якщо три дні не ховати послід (плаценту), то три роки не буде дітей. Щоб уникнути нової вагітності, жінки також намагалися якомога довше годувати дитину груддю» [9, с. 226–227]. Зрозуміло, що зазначені засоби уникнути вагітності сьогодні можна сприйняти тільки як цікаві факти з історії українського суспільства.

Сьогодні в контексті здійснення права на материнство, крім застосування контрацептивних засобів щодо недопущення народження дитини, розглядається також проблема аборту, тобто штучного переривання вже наявної вагітності [10, с. 114].

Проблема абортів завжди була актуальною в суспільстві. У різні часи розвитку суспільства на законодавчому рівні дозволялося або заборонялося штучне переривання вагітності.

У перші роки після громадянської війни та озброєної інтервенції в зв'язку з економічною розрухою в державі 18 листопада 1920 року було дозволено проведення абортів, доки «моральні пережитки минулого й тяжкі економічні умови сьогодення ще змушують частину жінок зважитися на цю операцію». 27 червня 1936 року Постановою ЦВК та РНК СРСР у зв'язку з установленою шкідливістю абортів було заборонено проведення таких як у лікарнях і спеціальних медичних закладах, так і на дому в лікарів і на приватних квартирах вагітних. Проведення абортів дозволялося лише в тих випадках, коли продовження вагітності становило загрозу життю чи загрожувало тяжкими наслідками здоров'ю вагітної жінки, а так само за наявності тяжких захворювань батьків, які могли бути передані в спадок, виключно в обстановці лікарень і пологових будинків. За проведення абортів з порушенням вимог закону була передбачена кримінальна відповідальність. 23 грудня 1955 року заборона на проведення абортів була скасована на законодавчому рівні [11, с. 33–35].

Сьогодні, згідно зі ст. 50 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року, операція штучного переривання вагітності (аборт) може бути проведена за бажанням жінки в закладах охорони здоров'я при вагітності строком не більше ніж 12 тижнів. У випадках, установлених законодавством, штучне переривання вагітності може бути проведене при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів [12]. Ураховуючи наведене, необхідно зазначити, що саме жінка самостійно вирішує питання щодо проведення аборту чи ні. Тобто вона сама вирішує, здійснювати своє право на материнство чи ні. Логічно виникає питання: як у такому разі батько може здійснювати своє право на батьківство, якщо, згідно з наведеними законодавчими положеннями, його згода на штучне переривання вагітності жінкою не враховується? До такої позиції законодавця критично ставиться З.В. Ромовська, яка вказує: «Складається парадоксальна ситуація: для продажу одним з подружжя автомобіля потрібна згода другого, а питання проведення штучного переривання вагітності дружина має право вирішувати своєвільно» [13, с. 153].

Розглядаючи проблему планування сім'ї, пов'язану з рівнем економіки в державі, варто зазначити, що в деяких країнах запропоновані досить радикальні заходи. Так, Санджай Ганді свого часу висловлював думку стосовно того, що контроль народжуваності має бути невід'ємною частиною плану розвитку Індії. За його словами, програмі планування сім'ї потрібно надати «найпильнішої уваги й значення, тому що всі наші промисловості, економічні та сільськогосподарські успіхи не принесуть жодної користі, якщо населення й надалі зростатиме нинішніми темпами». Фактично він пропонував застосування примусової стерилізації під час надзвичайної ситуації [14, с. 123, 304].

Характеризуючи ситуацію в країні та вплив її на створення повноцінної сім'ї та народження дітей, хочеться знову звернутися до думки З.В. Ромовської, яка ще у 2003 році зазначала: «Нинішня ситуація в Україні дещо нагадує повоєнну – економічна криза, низький рівень життя, зростаюче безробіття основної маси населення... Нестатки, економічна залежність позбавили велику кількість жінок та чоловіків можливості вибору форми свого сімейного життя. І вони згоджуються на будь-які умови, щоб вижити» [10, с. 165]. На жаль, за минулий час суттєвих позитивних змін у країні не відбулося.

Але не тільки соціально незахищені верстви населення відмовляються від створення сім'ї та народження дітей. Сьогодні в суспільстві серед деяких громадян розповсюдженою є думка, що сім'я, народження й виховання дітей є досить серйозною перешкодою на шляху до досягнення своєї мети в житті. На жаль, прихильників цієї думки стає все більше. Отримання високого статусу в суспільстві, високооплачуваної роботи, як наслідок, дорогі розваги й дозвілля останнім часом стали пріоритетними цінностями людства. Планування сім'ї та народження дітей відійшло від пріоритетних напрямів суспільства. До небезпеки знищення подружніх і родинних цінностей майже неминуче додається й інша небезпека, а саме зниження народження дітей [15, с. 206–207]. Плюмар де Дангель зазначав, що бажання до розкоші призвело до зниження кількості шлюбів навіть серед забезпечених людей. Багато людей залишаються неодруженими, тому що більш престижно мати в конюшні шістьох коней, ніж подарувати державі шість дітей і жити скромно [15, с. 207]. Особливо це стосується так званої «золотої молоді». Але не

тільки ці верстви населення відмовляються від створення сім'ї та народження дітей. Люди, які не потрапили до цього соціального прошарку населення, але кожен день мріють про це, також не поспішають обзаводитися повноцінною сім'єю.

Суттєвим зовнішнім соціальним впливом, який також певним чином впливає на створення й існування сім'ї та можливість мати дітей, є досить актуальний останнім часом фактор глобального потепління. Логічно припустити, що подібні побоювання повинні неминуче позначитися на питанні планування сім'ї. Саме це вже відбувається в країнах Європи та США серед забезпеченої молоді, яка репродуктивні питання часто пов'язує з політикою [16, с. 178]. Сьогодні тема глобального потепління та, як наслідок, виникнення кліматичних війн і в подальшому загибель цивілізації загалом усе більше стає предметом політичних дебатів. У зв'язку з цим багато молоді всерйоз замислюється над тим, чи варто народжувати дітей у напівзруйнованому світі, повному страждань. Дітей, які зможуть тільки погіршувати кліматичну проблему своєю появою, ставши новими споживачами ресурсів [16, с. 178]. Ще у 2011 році Гвінн Дайєр зазначав: «Нас зараз так багато, і ми споживаємо стільки, що планета повинна бути відсотків на тридцять більше, щоб забезпечити нашу життєздатність. Якщо б решта світу підтримувала «західний» рівень життя, нам би треба було три-чотири таких планети» [17, с. 12].

Газета The Guardian у 2017 році опублікувала статтю під назвою «Бажаєте зупинити зміни клімату? Народжуйте менше дітей» [17], у газеті The New York Times з'явилася стаття «Додайте це в список запитань, що викликані зміною клімату: Чи варто заводити дітей?» [16, с. 179].

Цікавим є те, що газета The Guardian, згідно з новими дослідженнями, до найбільш ефективних засобів скорочення викидів вуглекислого газу на перше місце ставить необхідність народження в сім'ї хоча б на одну дитину менше. І тільки до наступних заходів зараховується продаж автомобіля, відмова від тривалих перельотів і вегетаріанська дієта.

Наявність у сім'ї на одну дитину менше заощадить 58,6 тони еквівалента CO_2 на рік [18].

Гвінн Дайєр зазначає: «Наші витрати енергії на душу населення великі понад усяку міру і продовжують зростати принаймні протягом життя ще двох поколінь. Єдиний спосіб привести нашу чисельність до більш-менш «стійкої» цифри – масова загибель через голод, війни та хвороби» [17, с. 293]. Звісно, щоб запобігти цим крайнім заходам, і пропонується, як уже зазначалося вище, зменшення народження дітей у сім'ях або відмова від їх народження зовсім. Досі це звучить як пропозиція засобів масової інформації, але хто дасть гарантію, що в найближчому майбутньому це не стане нормою існування людства та, як наслідок, не призведе до певних законодавчих вимог. У цьому випадку доречно навести слова Леона Фьорта – викладача теорії міжнародних відносин в Університеті Джорджа Вашингтона: «У міру наростання рівня загрози (мається на увазі глобальне потепління – *О. С.*) рішення будуть усе більш радикальними: морально нестерпними для тих, хто повинен їх приймати й виконувати, а в підсумку – такими, що знищують усяку мораль» [17, с. 41].

Висновки

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що в сучасних умовах розвитку суспільства на здійснення права на материнство та батьківство, передбаченого чинним сімейним законодавством України, має вплив ціла низка певних соціальних факторів, які тим чи іншим чином обумовлюють вирішення чоловіком і дружиною питання щодо здійснення ними права на батьківство та права на материнство. До таких факторів доцільно зарахувати соціальну незахищеність, нестерпну жагу до кар'єри, грошей, вплив кліматичних змін, узагалі небажання нести певну відповідальність, пов'язану зі створенням сім'ї та народженням і вихованням дітей. Зазначені фактори є вагомою перешкодою до здійснення подружжям свого права стати матір'ю та батьком дитини.

Незважаючи на це, варто зазначити, що здійснення проголошеного законодавством України права на материнство та батьківство в кінцевому підсумку залежить саме від дружини та чоловіка особисто.

Список використаних джерел:

1. Кизилова С.А., Ращикулина Е.Н. Ценности материнства и отцовства: подходы к определению. *Политика, экономика и социальная сфера: проблемы взаимодействия*. 2016. № 2. С. 280–284.

2. Населення України. Державна служба статистики України. URL: http://database.ukrcensus.gov.ua/MULT/Dialog/statfile_c.asp (дата звернення: 25.11.2020).

3. Драгомирова Ю.В. Право на материнство та батьківство як особисті немайнові права подружжя. *Часопис цивілістики*. 2016. Вип. 21. С. 113.

4. Ієвіня О.В. Право на материнство та батьківство як особисті немайнові права подружжя. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 484.

5. Москалюк В.Ю. Право на материнство (батьківство) за Сімейним кодексом України. *Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України* : матеріали Круглого столу, 25 травня 2006 р., м. Київ. Харків : Ксилон, 2007. С. 124–129.

6. Мальтус Т.Р. Опыт закона о народонаселении / перевод И.А. Вернера. Москва : Издание К.Т. Солдатенкова, 1895. 250 с.

7. Райзберг Б.А. Современный социоэкономический словарь. Москва : ИНФРА-М, 2009. 629 с.

8. Грушевський М., Кузеля З. Дитина у звичаях і віруваннях українського народу. Репр. вид. 1906 р. Київ : Інтелектуальна книга, 2017. 234 с.

9. Ігнатенко І.В. Шлюбно-сімейні стосунки у традиційній культурі українців. Харків : Книжковий Клуб «Клуб Сімейного Дозвілля», 2017. 240 с.

10. Ромовська З.В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 532 с.

11. Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния Украинской ССР. Москва : Государственное издательство юридической литературы, 1954. 104 с.

12. Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

13. Ромовська З.В. Українське сімейне право : підручник для студ. вищ. навч. закл. Київ : Правова єдність, 2009. 500 с.

14. Бенерджі Абхіджіт, Дуфло Естер. Економіка бідності. Як звільнити світ від злиднів / пер. з англ. В. Плискін. Київ : Наш формат, 2018. 312 с.

15. Перро Филипп. Роскошь: Богатство между пышностью и комфортом в XVIII–XIX веках / пер. с фр. А.Н. Смирновой. Санкт-Петербург : Издательство Ивана Лимбаха, 2014. 288 с.

16. Уоллес-Уэллс Д. Необитаемая Земля. Жизнь после глобального потепления / пер. с английского М. Финогенова. Москва : Индивидуум, 2020. 320 с.

17. Гвинн Дайер. Климатические войны / пер. с англ. В. Гончарова, А. Немировой. Москва : АСТ : Астрель ; Владимир : ВКТ, 2011. 317 с.

18. Carrington D. Want to Fight Climate Change? Have Fewer Children. *The Guardian*. 2017. 12 July.

Oleksandr Soboliev. The right to paternity and maternity: current challenges

The article is focused on the consideration of problematic issues of external influence on personal non-property rights of spouses in relation to a wife and a husband's realization of the right to maternity and paternity. It has been established that such factors of external influence include the difficult financial situation of the spouses, the desire of single people or spouses to achieve the goal of a certain stable position in society, which, in their opinion, may be due to the birth or non-birth of a child. A particularly important factor that has recently emerged is the problem of global warming, which is also associated with the growth of population.

Based on historical data, the author has proved that poverty of a certain layer of the population had for a long time the influence on the demographic development of society. That led to the spouses' reluctance to have children at all or to reduce their number in families. An interesting example is how women even resorted to magical acts to prevent the birth of a child in the early XX century. The author of the article has later presented historical facts about the formation of the institution of abortion in society (regarding abortions' permits and prohibitions).

It has been proved that the diametrically opposite condition of a person or spouses (belonging to socially protected segments of the population) also negatively affects the realization of the latter's inalienable right to maternity and paternity. The reason for this is the unwillingness to "lose" their status in society or, in contrast, not to achieve the desired.

Special attention of the author has been emphasized on the current and relevant problem, which has recently emerged, namely the problem of global warming, which, according to some experts, is associated with an increase in the birth of children, has a significant impact on the realization of the right to maternity and paternity.

The conclusions of the work are based on the fact that, despite certain external conditions, which affect the realization of the right of a wife or a husband to maternity or paternity, each spouse must decide the fate of own family.

Key words: philosophy of law, personal non-property rights, right to maternity, right to paternity, social conditions, global warming.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.12

Володимир Шемонаєв,
канд. юрид. наук, капітан далекого плавання,
доцент
Національного університету «Одеська морська академія»

МОРСЬКИЙ ПРОТЕСТ ПІД ЧАС ОФОРМЛЕННЯ ЗАГАЛЬНОЇ АВАРІЇ ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОКАЗІВ ДЛЯ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ

Інтенсивний розвиток торговельного мореплавання спричинив утворення і вдосконалення певних форм і методів захисту інтересів морського перевізника (судновласника) й власника вантажів, що перевозяться. У практиці торгового мореплавання сформувався звичай, згідно з яким Капітани суден заявляли зацікавленим особам про не залежні від екіпажу пригоди в рейсі, які спричинили втрату або пошкодження вантажів.

Якщо склалася надзвичайна ситуація, внаслідок якої судно і/або вантажі понесли навмисні розумні збитки під час порятунку від загальної для них небезпеки, судновласник може оголосити загальну аварію (англ. "general average").

У Родосскому праві, в Збірнику звичаїв та правил, які застосовувались у західній частині Середземного моря, цей звичай знайшов правове відображення. Процедура часів становлення морських перевезень, коли першою дією Капітана, що зійшов на берег, ставало вираження невдоволення руйнівною дією хвиль, штормовою погодою та іншими несприятливими факторами, від яких судно і вантаж могли постраждати під час рейсу, згодом отримала назву «морський протест». Цей термін прийнятий у практиці морського торговельного мореплавства як такий, що найбільш повно відображає сутність цього юридичного документа. Морський протест як метод захисту прав і законних інтересів судновласника має міжнародне значення, що відбилося в змісті норм, які регулюють процедуру його оформлення. Переважно законодавства різних країн визнають за морським протестом однакову роль у захисті інтересів судновласника.

Законодавство про торговельне мореплавство вимагало, щоб загальна аварія була офіційно посвідчена за допомогою морського протесту. Міжнародне морське право й національні законодавства передбачають низку обставин, які звільняють судновласника від відповідальності за заподіяння шкоди. Так, у Міжнародній конвенції про уніфікацію деяких правил про коносаменти, прийнятої в Брюсселі в серпні 1924 р., зазначено, що «ні перевізник, ні судно не будуть відповідальні за втрати або збитки, що виникли або стали результатом неморехідності, якщо ця неморехідність не викликана відсутністю належної дбайливості з боку перевізника» (ст. 4).

Ключові слова: загальна аварія, збитки, витрати, судно, фрахт, торгове мореплавство.

Постановка проблеми. Для того щоби сторона, зацікавлена в компенсації понесених збитків, могла зажадати від інших учасників морського підприємства участі в розподілі збитків, пов'язаних із загальною аварією, вона має бути документально підтверджена.

У всіх випадках, коли під час плавання або стоянки судна відбулися якісь події, внаслідок яких до судновласника можуть бути пред'явлені майнові вимоги, капітан зобов'язаний зробити заяву про морський протест.

Така заява робиться задля захисту прав і законних інтересів судновласника, щоб довести, що дійсне або передбачуване пошкодження судна або вантажу сталося внаслідок непереборної сили або таких небезпек чи випадковостей, за наслідки яких перевізник не відповідає, тому найбільш важливо для нас показати, що морський протест у правовому аспекті є найважливішим способом забезпечення доказів.

Науковий аналіз проблем, пов'язаних із загальною аварією і заявою морського протесту в Україні, здійснювався багатьма вітчизняними вченими. Серед них слід назвати В.В. Демиденко, А.Н. Шемякіна, А.О. Балобанова, які створили фундаментальну базу для подальшого дослідження питань, що розглядаються.

Метою статті є встановлення того, яким чином морський протест у правовому аспекті є найважливішим способом забезпечення доказів в разі загальної аварії.

© В. Шемонаєв, 2021

Виклад основного матеріалу. Однією з особливостей інституту захисту інтересів судновласника є наявність в морському праві норм, які передбачають право Капітанів суден за певних обставин заявляти морський протест. Якщо морський протест не буде здійснений, то Капітану і судновласнику доведеться доводити в судовому або арбітражному процесі ті обставини, які могли б знайти повне відображення і підтвердження у своєчасно заявленому морському протесті.

У вітчизняному законодавстві морський протест у правовому аспекті є важливим способом забезпечення доказів задля підтвердження фактів, що мають юридичне значення для вирішення судових та арбітражних справ, пов'язаних із мореплавством. Суд або арбітраж оцінюють докази за своїм внутрішнім переконанням. Ніякі докази не мають для суду або арбітражу заздалегідь установленої сили. У зв'язку з цим морський протест особливо важливий під час розгляду вимог, що виникли в результаті подій, учасниками або свідками яких були, як правило, лише працівники судновласника (перевізника). Морський протест – це самостійний спосіб забезпечення доказів. Суд має право забезпечити докази лише у справі, прийнятій до свого провадження.

Вчинення морських протестів є одним зі способів забезпечення доказів, необхідних у разі виникнення справи в суді. Однак з огляду на виняткову важливість морського протесту законодавець виніс його в окрему нотаріальну дію.

У всіх випадках, коли під час плавання або стоянки судна відбулися якісь події, внаслідок яких до судновласника можуть бути пред'явлені майнові вимоги, Капітан зобов'язаний зробити заяву про морський протест.

Така заява робиться задля захисту прав і законних інтересів судновласника, щоб довести, що дійсне або передбачуване пошкодження судна чи вантажу сталося внаслідок непереборної сили або таких небезпек чи випадковостей, за наслідки яких перевізник не відповідає. Якщо морський протест не буде здійснений, то Капітану і судновласнику доведеться доводити в звичайному порядку низку обставин, які могли б знайти в ньому повне відображення. До того ж у майбутньому судовому або арбітражному процесі представити докази щодо обставин події виявиться скрутним, а в деяких випадках навіть неможливим питанням.

Перша особливість морського протесту полягає в тому, що в правовому аспекті він є найважливішим способом забезпечення доказів для підтвердження юридичних фактів під час вирішення судових та арбітражних справ, пов'язаних із мореплавством. Серед різних форм та методів захисту прав і законних інтересів судновласника, що застосовуються в практиці морського транспорту, морський протест з огляду на його правове значення, порядок оформлення та наслідки застосування посідає особливе місце.

Друга особливість морського протесту полягає в тому, що процесуальне оформлення його здійснюється різними органами, що мають право здійснювати нотаріальні дії, а саме нотаріальними конторами, консульствами, а в окремих країнах – спеціальними чиновниками [1, с. 37].

Третя особливість полягає в тому, що право заяви морського протесту надано лише Капітанам морських суден. Це можуть робити також шкіпери несамохідних морських суден, якщо їм надано право підписувати коносаменти, а також Капітани річкових суден під час плавання між морськими або між морськими та річковими портами.

Четвертою особливістю морського протесту є необхідність заяви його у встановлений законом (КТМ України) термін, що відрізняється від термінів, передбачених для інших юридичних актів захисту інтересів боржників.

Відповідно до ст. 343 КТМ України, заява про морський протест робиться в порту України протягом двадцяти чотирьох годин з моменту оформлення приходу судна в порт. Якщо подія, що зумовлює необхідність заяви морського протесту, сталася в порту, протест повинен бути заявлений протягом двадцяти чотирьох годин з моменту події. Якщо виявиться неможливим заявити протест у встановлений термін, причини цього повинні бути зазначені в заяві про морський протест. За наявності підстав припускати, що подія, що відбулася, завдала шкоди вантажу, що знаходиться на судні, заява про морський протест має бути зроблена до відкриття люків. Вивантаження вантажу до заяви морського протесту може початися лише за крайньої необхідності (ст. 344 КТМ України).

П'ята особливість морського протесту полягає в тому, що він застосовується лише на морському транспорті. Навіть на повітряному транспорті, де умови експлуатації повітряних суден певною мірою схожі, подібних юридичних актів законом не передбачено.

Шоста особливість морського протесту характеризується його специфічною роллю в справі захисту інтересів судновласника, обов'язків і прав сторін у разі подання заяви про морський протест. Наприклад, принцип презумпції відповідальності перевізника за збереження прийнятого до перевезення

вантажу зобов'язує його доводити свою невинність в разі втрати або пошкодження вантажу. Інакше перевізник відшкодовує збитки, завдані власнику вантажу, навіть якщо ті завдані не з його вини. Оформлення Капітаном судна протесту переносить тягар доведення на потерпілу сторону, тобто не перевізник повинен доводити свою невинність у пошкодженні вантажу, а вантажовласник – вину перевізника.

Правила про морський протест мали широке застосування в практиці торгового мореплавання. Вони були в Статуті торговому, який вимагав, щоб загальна аварія була офіційно засвідчена за допомогою морського протесту (*Prova di hortuna*) [2, с. 235].

КТМ не розкриває поняття повної інформації. Як правило, в морському протесті повинно міститися таке:

1) точний опис обставин, за яких сталася пригода;

2) дані про пошкодження машин та судна;

3) дані про пошкодження, псування або загибель вантажу;

4) дані про перевантаження та переміщення вантажу;

5) відомості про проведені на судні виправлення, якщо до моменту заяви морського протесту такі виправлення були зроблені [3, с. 31].

Як обов'язкові реквізити морський протест повинен містити також таке:

1) дата та час подачі заяви;

2) місце подачі заяви;

3) кому адресовано заяву;

4) прізвище, ім'я та по батькові особи, яка подає заяву;

5) назва судна;

6) прапор судна;

7) повне найменування судновласника;

8) порт приписки;

9) реєстраційний номер;

10) звідки і куди прямує судно;

11) вказівка про мореходний стан судна на початку рейсу;

12) опис вжитих екіпажем заходів для запобігання шкоди;

13) вираз протесту проти можливих претензій;

14) перелік свідків події та вжитих заходів;

15) перелік документів, що додаються;

16) підпис особи, яка подає заяву, завірену судновою печаткою [4, с. 23].

В кінці заяви про морський протест зазвичай міститься така формула: «тому протестую проти всіх можливих претензій». Саме завдяки цій формулі заява Капітана про подію отримала назву «морський протест», оскільки Капітан судна протестував проти можливих претензій певних осіб до нього і судновласника на підставі того, що ним було вжито всіх необхідних заходів для запобігання заподіянню шкоди, проте не залежні від екіпажу обставини виявилися нездоланними.

У ст. 345 КТМ України говориться, що для підтвердження обставин, викладених у заяві про морський протест, Капітан судна одночасно із заявою або в термін не більше семи днів з моменту прибуття в порт, або з моменту події, якщо вона сталася в порту, зобов'язаний подати нотаріусу чи іншій посадовій особі (стаття 342 цього Кодексу) для перевірки судновий журнал і засвідчену Капітаном виписку із суднового журналу. Однак до заяви можуть прикладатися виписки не тільки із суднового журналу, але й з машинного, санітарного тощо залежно від характеру події і вжитих екіпажем судна заходів щодо запобігання шкоди від нього.

На відміну від заяви про морський протест, акт про морський протест складається за певною формою, яка була прийнята у 1949 р. в Амстердамі Міжнародним морським комітетом [4, с. 51]. Складання нотаріальними конторами акта про морський протест в Україні регулюється ст. ст. 94–95 Закону України «Про нотаріат». Відповідно до ст. 95 цього Закону, нотаріус на підставі заяви Капітана, даних суднового журналу, а також опитування самого Капітана і, за можливості, не менше чотирьох свідків з числа членів суднової команди, в тому числі двох, що належать до осіб командного складу, складає акт про морський протест і засвідчує його своїм підписом і печаткою. Примірник акта видається Капітану або уповноваженій ним особі.

На підставі ст. 94 для підтвердження обставин, викладених у заяві про морський протест, нотаріусу в межах строків, встановлених чинним законодавством, повинні бути представлені на огляд судновий журнал і засвідчену Капітаном виписку із суднового журналу.

Незважаючи на важливість морського протесту в питаннях забезпечення доказів, він не є безперечним доказом, а його зміст може бути спростовано іншими документами й доказами.

Судновий журнал є єдиним офіційним документом, у якому відображаються діяльність судна у всіх її проявах, об'єктивні умови та обставини, що супроводжують цю діяльність. Всі випадки пригод із судном повинні бути записані в журналі, можливо, більш докладно із зазначенням усіх обставин, за яких вони відбулися. Також докладно повинні бути описані ушкодження, завдані корпусу, спорядженню, головному двигуну судна, а також характер виправлення цих

ушкоджень. Записи повинні вестися в стислій, але зрозумілій формі, що не допускає ніяких сумнівів або різних тлумачень. Час виникнення кожної обставини, що належить до цього випадку, має записуватися з точністю до п'яти хвилин, а у випадках особливої важливості – до однієї хвилини. У судновий журнал записується у хронологічній послідовності все, що має значення для судна, вантажу, суднового екіпажу й судноводіння, зокрема навантаження, відхід, стан моря, погода, сила й напрямок вітру, курс, швидкість руху судна, події, заходи, яких вживається задля уникнення небезпеки.

Судновий журнал має велике доказове значення, оскільки записи в ньому робляться очевидцями і безпосередньо за тією чи іншою подією або за тими чи іншими заходами, вжитими задля уникнення небезпеки для судна, вантажу або для судна й вантажу. Судновий журнал ведеться вахтовими помічниками капітана під контролем Капітана.

Своєчасне отримання виписки із суднового журналу в порту призначення під час вручення Капітану аварійної підписки має для вантажоодержувача виключне значення, оскільки цим самим він перешкоджає можливій фальсифікації суднових журналів судновласником. Виписку, підписану Капітаном, вантажоодержувач висилає диспашеру, і якщо останній отримає від судновласника виписку із суднового журналу іншого змісту, то буде віддано перевагу тій, яка була підписана Капітаном у порту призначення.

В ході розрахунків щодо загальної аварії машинний журнал іноді буває не менш важливий, ніж судновий. Цінність його, як і суднового журналу, полягає в тому, що записи в ньому робляться в хронологічному порядку і безпосередньо в момент отримання й виконання команд. Шляхом зіставлення записів у машинному та судновому журналах іноді вдається встановити такі деталі події, які можуть мати вирішальне значення під час віднесення тих чи інших збитків до загальної аварії.

Про будь-яку подію, яка може спричинити загальну аварію, Капітану судна з огляду на його посадові обов'язки слід негайно сповістити судновласника і морського агента в порту призначення. У повідомленні морським агентам обов'язково має міститися прохання забезпечити отримання аварійної підписки.

Аварійна підписка – це письмове зобов'язання вантажоодержувача оголосити вартість вантажу і сплатити частку із загальної аварії, яка буде належати відповідно до диспаші, тому відсутність такої підписки може в подальшому надзвичайно ускладнити або взагалі унеможливити відшкодування збитків вантажоодержувачем. В іноземних портах практикується видача вантажовласниками аварійних бондів за формою Ллойда. Однак у них відсутнє зобов'язання вантажовласника повідомити вартість вантажу, тому від нього слід додатково вимагати заяву про вартість вантажу.

За відмови вантажоодержувачів від видачі аварійної підписки Капітан може, використовуючи право утримання вантажу, не видавати його до отримання цього документа. Якщо ж оформлення аварійної підписки затримується, Капітан може здати вантаж на склад, наказавши агенту видати його тільки після отримання аварійної підписки, тобто зобов'язання оплатити витрати з доставки вантажу на склад і вартість зберігання. Умова про заставне право або право утримання включено майже в усі форми коносаментів.

Про будь-які події із судном Капітан як посадова особа зобов'язаний інформувати судновласника і порт. Розслідування аварій з морськими суднами проводиться Капітанами морських портів. За результатами розслідування складається акт про аварію, в якому з усіма подробицями описуються обставини того, що сталося, стан судна перед виходом в рейс, кваліфікація екіпажу, виконання ним правил судноводіння та догляду за механізмами, стан навігаційних знаків, ступінь провини за аварію окремих осіб тощо. В особливо складних випадках до розслідування можуть бути залучені експерти.

Розслідування проводиться шляхом опитування особового складу судна, вивчення суднового й машинного журналів та інших документів.

Своєчасно і докладно складений акт про аварію може значно спростити розподіл збитків по загальній аварії, оскільки він є цінним документом для судження про причини й обставини аварії та заходи, вжиті для її ліквідації. Водночас такий акт є лише одним з видів доказів, який оцінюється диспашером під час розподілу збитків разом з іншими доказами.

Розподіл загальної аварії – справа трудомістка й складна, що вимагає високої кваліфікації диспашера. Під час виконання своїх функцій диспашер керується КТМ, зокрема Розділом IX «Надзвичайні морські події» (Глава 1 «Загальна аварія»).

До диспашного виробництва диспашер береться на підставі заяви зацікавленої сторони. До заяви повинні бути додані необхідні документи, що характеризують сутність події, суму понесених збитків та витрат, копія морського протесту, виписки із суднового журналу, аварійні підписки, рахунки на

зроблені витрати, копії актів огляду судна й вантажу, відомості про вартість судна й вантажу в момент закінчення рейсу, копії коносаментів, чартерів тощо.

Після розгляду заяви та доданих до неї документів диспашер виносить постанову про рід аварії, тобто визначає, якою є аварія: загальною або приватною. У постанові також зазначається, які додаткові документи, необхідні для складання диспаші, мають бути представлені, встановлюється строк для виконання цих вимог.

Відповідно до ст. 280 КТМ України, сторона, що вимагає розподілу загальної аварії, зобов'язана довести, що заявлені збитки дійсно повинні бути визнані загальною аварією. Особа, інтереси якої можуть бути порушені складанням диспаші, подає диспашеру заяву в письмовій формі про втрати або витрати, відшкодування яких вона вимагає, протягом дванадцяти місяців з дня закінчення загального морського підприємства. Якщо така заява не подана або протягом дванадцяти місяців після запиту про таку заяву особа не надала докази задля обґрунтування заявленої вимоги чи дані про вартість майна, диспашер має право складати диспашу на основі наявної у нього інформації; при цьому диспаша може оскаржуватися тільки на тій підставі, що вона є явно неправильною.

За виникнення під час складання диспаші питань, які потребують для їх вирішення спеціальних знань (в галузях судноводіння, суднобудування, ремонту суден, оцінки суден і вантажів тощо), диспашер має право доручити підготувати відповідний висновок призначеному ним експерту. Такий висновок оцінюється диспашером разом з іншими доказами.

Матеріали, на підставі яких складається диспаша, мають бути відкриті для ознайомлення, а диспашер на вимогу зацікавлених осіб зобов'язаний за їх рахунок видавати їм завірені копії цих матеріалів.

На початку диспаші наводиться постанова диспашера, що визначає рід аварії, і зазначається дата, коли він приступив до написання диспаші, потім наводиться перелік документів, покладених в основу диспаші. Далі розміщується визначення диспашера про вартість судна та вантажу в непошкодженому стані і розмір фрахту, зазначається, на чиєму ризику вони перебували. У наступному розділі наводиться розрахунок загальної та приватної аварій. У цьому розділі зазначаються суми, визнані загальною аварією; суми, визнані приватною аварією; наводяться пояснення й опис до статей збитків і витрат, а також мотивування віднесення збитку до загальної та приватної аварій; визначається вартість майна, що бере участь у покритті загальної аварії (контрибуційна вартість).

Загальна вартість майна (судна, вантажу та фрахту), пропорційно якій встановлюються внески на покриття збитків, що відшкодовуються у порядку розподілу загальної аварії (контрибуційна вартість майна), визначається відповідно до правил, установлених ст. 287 КТМ України, на основі дійсної чистої вартості цього майна після закінчення рейсу судна. До такої вартості додається сума, що відшкодовується в порядку розподілу загальної аварії за пожертвуване майно, якщо тільки ця сума в неї не включена.

Під час визначення контрибуційної вартості майна віднімаються всі додаткові витрати, зроблені щодо цього майна після акту загальної аварії, за винятком таких витрат, які визнаються загальною аварією або відносяться на судно на підставі рішення про виплату спеціальної компенсації.

Контрибуційна вартість вантажу визначається в момент вивантаження вантажу з огляду на вартість, яка встановлюється на підставі торгового рахунку, виставленого одержувачу, за відсутності рахунку – на підставі вартості вантажу в момент його відвантаження. Вартість вантажу включає витрати на страхування і фрахт, якщо тільки фрахт не перебуває на ризику вантажовласника. З вартості вантажу віднімаються суми всіх збитків від загибелі або пошкодження вантажу до його вивантаження або під час його вивантаження. Контрибуційна вартість вантажу, проданого поблизу місця призначення, визначається з огляду на суму чистого виторгу від продажу вантажу з додатком до неї суми, що відшкодовується в порядку розподілу загальної аварії.

Контрибуційна вартість судна визначається без урахування тієї обставини, що судно в момент акту загальної аварії зафрахтоване за бербоут-чартером або тайм-чартером.

Під час визначення контрибуційної вартості майна, що знаходилося на ризику судновласника, та плати за проїзд пасажирів віднімаються зроблені задля отримання фрахту й плати за проїзд пасажирів витрати (зокрема, витрати на заробітну плату членам екіпажу судна), які не довелося б нести, якщо судно і вантаж загинули б за таких обставин, що викликали загальну аварію, і які не можуть бути віднесені до загальної аварії.

Багаж пасажирів, в тому числі супроводжувані ними автомашини та інші особисті речі пасажирів, які не перевозилися на підставі коносамента, не беруться до уваги під час визначення контрибуційної вартості майна і внесків на покриття збитків, що від-

шкодовуються у порядку розподілу загальної аварії.

Диспашер також встановлює контрибуційний дивіденд і розподіл збитків та витрат між судном, вантажем і фрахтом. Контрибуційний дивіденд встановлюється з відношення суми загальної аварії до контрибуційного капіталу, а також складається баланс, у якому зазначається, яку суму й кому кожна із зацікавлених сторін має сплатити.

Закінчується диспаша підписом диспашера із зазначенням дати закінчення її складання.

За складання диспаші, відповідно до ст. 290 КТМ України, стягується збір, який включається в диспашу і розподіляється між усіма зацікавленими особами пропорційно часткам їх участі у загальній аварії.

Помилки в розрахунках, виявлені в диспаші після її реєстрації в реєстрі диспаш, можуть бути виправлені диспашером за своєю ініціативою або за заявою осіб, між якими розподілена загальна аварія, за допомогою складання доповнення до диспаші (аддендума), що є її складовою частиною.

Особи, між якими розподілена загальна аварія, можуть оскаржити диспашу в суді протягом шести місяців з дня отримання диспаші або аддендума до неї з обов'язковим повідомленням про це диспашера шляхом направлення йому копії позовної заяви.

Диспаша має силу доказу. Диспашер має право або, якщо буде потрібно, зобов'язаний взяти участь у розгляді спору про диспашу в суді й дати пояснення по суті справи. Суд, який розглядає спір про диспашу, може залишити диспашу в силі, змінивши її, або скасувати її і доручити диспашеру скласти новий документ відповідно до рішення суду. Якщо диспаша не оскаржена в термін, передбачений ст. 291 КТМ, або оскаржена, але залишена судом у силі, стягнення по ній може бути зроблено в порядку, встановленому законодавством України. Урядом затверджено перелік документів, за якими стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів органів, що вчиняють нотаріальні дії. До таких документів належить диспаша, що не оскаржена протягом терміну, встановленого КТМ України. Для одержання виконавчого напису подаються диспаша; довідка диспашера про те, що диспаша не скасована і не змінена судом.

Висновки

Однією з особливостей інституту захисту інтересів судновласника є наявність у морському праві норм, які передбачають право Капітанів суден за певних обставин заявляти морський протест. Якщо морський протест не буде здійснений, то Капітану та судновласнику доведеться доводити в судовому або арбітражному процесі ті обставини, які могли б знайти повне відображення й підтвердження у своєчасно заявленому морському протесті.

Під час оформлення акта про морський протест засвідчуються в установленому порядку обставини події і причини, що викликали його, а також інформація про збитки і про вжиті щодо запобігання або зменшення збитків заходи, що є підтвердженням обставин, дій, фактів.

Акт про морський протест – це документ, у якому викладаються в більш відкритій формі короткі записи суднового журналу. Він має обґрунтовані пояснення, підтверджені показаннями свідків, є самостійним способом забезпечення доказів.

У вітчизняному законодавстві морський протест у правовому аспекті є важливим способом забезпечення доказів задля підтвердження фактів, що мають юридичне значення для вирішення судових та арбітражних справ, пов'язаних з мореплавством.

Морський протест – це самостійний спосіб забезпечення доказів. Суд має право забезпечити докази лише у справі, прийнятій до свого провадження.

З огляду на своє правове значення, порядок оформлення, наслідки застосування морський протест посідає особливе місце серед численних форм і методів захисту прав і законних інтересів судновласника, що застосовуються в практиці роботи морського транспорту,

Вчинення морських протестів є одним із способів забезпечення доказів, необхідних у разі виникнення справи в суді.

Для того щоб сторона, зацікавлена в компенсації понесених збитків, могла зажадати від інших учасників морського підприємства участі в розподілі збитків, пов'язаних із загальною аварією, вона має бути документально підтверджена.

Значення окремих документів під час визначення загальної аварії нерівнозначне. За відсутності одних диспашер взагалі не може, наприклад, визнати факт наявності або відсутності загальної аварії або визначити, які збитки були фактично понесені сторонами. Інші документи служать лише для пояснення та уточнення окремих питань, і необхідність їх подання залежить від конкретних обставин.

Заява морського протесту робиться задля захисту прав і законних інтересів судновласника, щоб довести, що дійсне або передбачуване пошкодження судна або вантажу ста-

лося внаслідок непереборної сили або таких небезпек чи випадковостей, за наслідки яких перевізник не відповідає. Якщо морський протест не буде здійснений, то Капітану та судновласнику доведеться доводити у звичайному порядку низку обставин, які могли б знайти в ньому повне відображення. До того ж у майбутньому судовому або арбітражному процесі представити докази щодо обставин події виявиться скрутним, а в деяких випадках навіть неможливим питанням.

Основними, найбільш важливими документами, що вимагаються під час оформлення аварії, а також документами для складання й оскарження диспаші є судновий та машинний журнали, акт про аварію, а також акти, що встановлюють розміри аварії окремо по судну і вантажу.

Список використаних джерел:

1. Рябова У.В. Оформление морских протестов в некоторых иностранных государствах. Москва : Инф. сб. ЦБНТИ ММФ «Морское право и практика», 1971. № 49/264. С. 37–38.

2. Михаэйлис Е.В. Капитан судна, его права, обязанности и ответственность по русскому морскому торговому праву. Феодосия, 1916. 333 с.

3. Александрова К.И. Общая авария и порядок ее оформления. Москва, 1967. 33 с.

4. Сидоренко А.В., Короткова Л.А. Морской протест. Москва, 1974. 71 с.

5. Кодекс торговельного мореплавства України. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 47, 48, 49, 50, 51, 52. Ст. 349.

6. Сидоренко А.В. Чрезвычайные морские происшествия (правовые аспекты). Одесса : Латстар, 2001. 400 с.

7. Гревцова Т.П. Ответственность морского перевозчика за несохранность груза. Луганск, 2008. 40 с.

8. Ярмолович Р.П., Удолатий А.А. Общая авария, ее значение в коммерческой эксплуатации судна. *Сучасні проблеми підвищення безпеки судноводіння* : матеріали науково-методичної конференції (7–8 жовтня 2009 р.). Одеса : ОНМА, 2010. С. 124–125.

Volodymyr Shemonaiev. Maritime protest when drawing up general average as a way of securing evidence to confirm legal facts

The party interested in compensation the losses from other participants in a general average, must to be documentary confirmed.

Making an accident is a long and complicated process. The variety of types of general average losses, the presence on the ship of cargo of a large number of different owners make the distribution of a general average very laborious, requiring special knowledge and experience. The parties can prove the actual losses incurred only with the help of appropriate documents. The distribution of a general average is carried out by special persons – dispatchers with knowledge and experience in the field of the law of the sea. Only on the basis of documents the dispatcher can establish the actual circumstances of the incident.

The value of individual documents in determining a general average is not equal. In the absence of some, the dispatcher cannot at all, for example, recognize the fact of the presence or absence of a general average or determine what losses were actually incurred by the parties. Other documents serve only to explain and clarify certain issues, and the need for their submission depends on specific circumstances.

Sea protest as a method of protecting the rights and legitimate interests of the ship owner is of international importance, which is reflected in the content of the rules governing the procedure for its execution. Basically, the laws of different countries recognize the sea protest to have the same role in protecting the interests of the ship owner.

A sea protest is made in order to protect the rights and legitimate interests of the ship owner in order to prove that the actual or alleged damage to the ship or cargo occurred as a result of force majeure or such dangers or accidents for which the carrier is not responsible. If the sea protest is not completed, then the Master and ship owner will have to prove in the usual manner a number of circumstances that could be fully reflected in it. In addition, in a future judicial or arbitration process, it will be difficult, or even impossible, to provide evidence regarding the circumstances of the incident.

The main, most important documents required during the execution of the accident, as well as documents for the preparation and appeal of the dispatch are: ship and engine magazines, the accident report, as well as acts establishing the dimensions of the accident separately for the vessel and cargo.

Key words: general average, marine protest, losses, expenses, vessel, freight, merchant shipping.

УДК 347.962:346.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.13

Олена Борщевська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного і трудового права
Одеського національного морського університету

СУДОВИЙ ІМУНІТЕТ ДЕРЖАВИ В РОЗГЛЯДІ ПРИВАТНОПРАВОВИХ СПОРІВ ЗА УЧАСТЮ ІНОЗЕМНИХ ОСІБ

Наукова стаття присвячена аналізу правових норм щодо проблематики судового імунітету держави у разі розгляду приватноправових спорів. У статті подано аналіз судового імунітету держави виходячи з базових міжнародних конвенцій, таких як Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо обмеження відповідальності власників морських суден (Брюссель, 25 серпня 1924 року), Європейська конвенція про імунітет держав (ETS N 74) (Базель, 16 травня 1972 року), Конвенція ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власність від 02 грудня 2004 року. А також досліджується питання втілення положень цих Конвенцій в національне законодавство України. Акцент робиться на приватноправові принципи, які застосовуються в судовому процесі під час вирішення цивільних та господарських спорів. Визначається, що абсолютний імунітет притаманний більше публічно-правовим відносинам між державами, а в приватноправових відносинах держава виступає як рівний учасник міжнародного приватного права і вона апріорі має функціональний (обмежений) імунітет.

Авторка зазначає, що судовий імунітет держави ґрунтується в приватноправових спорах на раціональному економічному обґрунтуванні, оскільки країна повинна мати гарантії щодо того, що не стане вразливою для зазіхань інших держав.

Звертається увага на те, що питання судового імунітету держави у разі розгляду приватноправових спорів за участю іноземних осіб не врегульоване ні на рівні українського національного, ні на рівні міжнародного приватного права. Підкреслюється, що раціональним вирішенням проблеми є розробка універсального міжнародно-правового документа з питань визначення меж судового імунітету для країн, які бажають здійснювати торгівельні відносини, використовуючи саме приватноправовий принцип рівності держав між собою як учасників торгівельного, господарського, комерційного обороту.

Таким чином, слід зазначити, що теоретична розробка питань судового імунітету держави у розгляді приватноправових спорів за участю іноземних осіб має великий вплив на практичне втілення таких правових норм у законодавство України.

Ключові слова: функціональний (обмежений) імунітет, цивільний процес, господарський процес, міжнародне приватне право, позов до іноземної держави.

Постановка проблеми. В умовах виходу України на світову арену як рівноправного партнера в комерційних, господарських та інших приватноправових відносинах все більш актуальними стали питання дослідження судового імунітету держави у процесі розгляду приватноправових спорів за участю іноземних осіб. Дослідженнями судового імунітету держави займалися такі науковці, як М.М. Богуславский, І.І. Дахно, А.В. Попова, Г.С. Фединяк, Л.С. Фединяк, Д.І. Фельдман, М.Ю. Черкес, а також ряд зарубіжних науковців: Hines Julius H., Grant, Thomas D., Chen Ti-Chiang та інші. Але такі дослідження здебільшого обмежувалися публічно-правовим визначенням судового імунітету. Нині є актуальним розгляд питань судового імунітету в ракурсі приватно-правових акцентів.

Метою статті є науковий аналіз та дослідження приватноправових засад функціонування державного імунітету держави в спорах за участю іноземних осіб.

Виклад основного матеріалу. Інститут державного, дипломатичного та судового імунітету в міжнародному праві має важливе значення для міжнародного співтовариства. Актуальними стають питання, які пов'язані з правовими наслідками визнання позовів до іноземних держав та міжнародних організацій, які мають свій прояв як на міжнародно-правовому, так і на національному рівні.

© О. Борщевська, 2021

Більш того, іноді такі питання є суто політичними і потребують поєднання конститутивного й декларативного підходів. Але слід зважати на те, що такі питання за будь-яких політичних подій мають бути вирішені в правовому полі.

Перш за все треба підкреслити, що одним із методів господарського права, який використовується в господарсько-правових відносинах, є диспозитивний, що передбачає рівність сторін. У зв'язку з цим можна акцентувати на презумпції того, що держава є рівним учасником відносин у господарському праві. Вона не може мати будь-яких привілеїв щодо імперативності своїх вимог до інших учасників. Така позиція притаманна розгляду справ на національному рівні.

Інший бік проблематики полягає у вирішенні питань пред'явлення позову до іноземної держави, забезпечення позову і звернення стягнення на майно іноземної держави, яке знаходиться в Україні. Треба зауважити, що такі питання слід розглядати з позицій не тільки господарського та господарського процесуального права, а й з позицій міжнародного приватного права.

Так, невід'ємною властивістю держави як суб'єкта міжнародного приватного права є державний імунітет. Імунітет держави ґрунтується на тому, що вона володіє суверенітетом, і на тому, що всі держави рівні: par in parem non habet imperium [1, с. 63]. Варто зауважити, що, на відміну від господарського права, йдеться про рівність між собою саме держав, а не учасників господарських правовідносин. Термін «імунітет» у перекладі з латинської мови означає звільнення від чогось. Імунітет держави у широкому застосуванні – це принцип, згідно із яким до держави або її органів і представників не може бути заявлений позов в іноземному суді без її згоди [2, с. 154]. Цей принцип випливає із засад державного суверенітету, для розуміння якого велике значення має саме його правова природа. На першому етапі становлення даного інституту суди обґрунтовували право іноземної держави на імунітет міжнародною ввічливістю – comitas gentium. Загальноприйнятим у доктрині є розрізнення в даному понятті двох аспектів: імунітету власності держави та юрисдикційного імунітету, який у свою чергу поділяється на судовий, імунітет від попереднього забезпечення позову та імунітет від примусового виконання судового рішення [3].

Цікавою з погляду незалежності існування імунітету від акту визнання утворення як держави з боку інших держав є рішення у справі Wulfsohn v. Russian Federated Soviet Republic (1923 р.), в якому апеляційний суд Нью-Йорка встановив, що невизнання Сполученими Штатами певних урядів або держав не позбавляє їх права на судовий імунітет [4]. У своєму рішенні суд також визначив, що у вирішенні питання щодо імунітету важливішу роль буде відігравати не факт визнання, а здатність уряду контролювати державну територію, його авторитет серед населення тощо [5, с. 49]. Так, наприклад, у резолютивній частині інших судових рішень встановлюється схожа позиція судів: Banque de France v. Equitable Trust Co. (1929 р.) щодо імунітету власності та Underhill v. Hernandez (1897 р.) щодо судового імунітету (слід зазначити, що обґрунтування останньої справи щодо співвідношення визнання та імунітету було скоріше «obiter», оскільки на практиці відповідний імунітет був гарантований на основі наступного акта визнання, якому було надано зворотної сили) [6, с. 140-142]. Це стає особливо актуальним міжнародно-правовим прецедентом з огляду на деякі політичні процеси сучасного світу.

Д. Фельдман розрізняв дипломатичний та судовий імунітет і, підкреслюючи незалежність цих двох явищ, відзначав, що дипломатичне визнання сприяє практичному втіленню державного імунітету [7, с. 224].

У сучасному правовому світі діє правило «par in parem non habet jurisdictionem», яке означає «рівний не має юрисдикції над рівним», тобто державі не можна пред'явити позов до іншої держави, звернути стягнення на майно іноземної держави та здійснити інші процесуальні дії, окрім випадків, на які погодилася держава – потенційний відповідач.

Цікаву концепцію державного імунітету представляє І.І. Дахно. Він поділяє імунітет держави на абсолютний та функціональний (обмежений) [8, с. 77]. Вперше концепцію державного імунітету було закріплено в Брюссельській конвенції для уніфікації деяких правил щодо імунітету державних суден від 10 квітня 1926 року з наступними доповненнями. З неї випливає, що абсолютний державний імунітет – це право держави користуватися своїм суверенітетом у повному обсязі, включаючи всі державні, в тому числі майнові, інституції. З огляду на таку постановку питання, абсолютний імунітет держави не сприяє розвитку господарських правовідносин між державами, оскільки держави позбуваються права на судовий захист своїх майнових інтересів. Тому держави мусять, укладаючи договори, вносити умови взаємності чи можливість застосування реторсії, тим самим захищаючи свої права [9].

Тому натепер вектор політики більшості держав змістився до використання функці-

онального (обмеженого) імунітету держав. Головна ідея такого імунітету випливає перш за все з положення про те, що за умови діяльності держави як суверенної одиниці, як суб'єкта міжнародного права вона завжди має абсолютний імунітет. Навпаки, якщо держава діє як приватна особа в рамках дії міжнародного приватного права, зовнішньоекономічного права, то йдеться про її комерційну діяльність, і тому в такому разі вона абсолютного імунітету не має. Їй у такому разі притаманний функціональний (обмежений) суверенітет.

На концепції функціонального (обмеженого) імунітету базується Європейська (Базельська) Конвенція 1972 року (вступила в дію в 1976 році) [10]. Конвенція розмежовує приватноправові та публічно-правові дії, вказує на випадки, коли імунітет держави зберігається, а коли він не застосовується.

Таким чином, можна виокремити види застосування режиму функціонального (обмеженого) імунітету:

1. Позитивний функціональний (обмежений) імунітет – це імунітет договірних держав за цією Конвенцією, коли вони апріорі у позадоговірному порядку визнають юрисдикцію судів іншої Договірної держави (стаття 1):

а) у такому разі договірна держава не може посилатися на імунітет від юрисдикції в суді іншої Договірної держави, якщо вона бере участь з однією або декількома приватними особами в товаристві, асоціації або з юридичною особою, що має своє реальне чи офіційне місце знаходження або свою головну установу на території держави, де відбувається судовий розгляд, і якщо судовий розгляд пов'язаний з відносинами між державою, з одного боку, і організацією або одним з її учасників – з іншого, які випливають із цієї участі чи була досягнута домовленість про інше в письмовій формі (стаття 6);

б) у разі, якщо договірна держава має на території держави, де відбувається судовий розгляд, бюро, агентство або іншу установу, через які вона здійснює тим же чином, що і приватна особа, промислову, комерційну або фінансову діяльність, і якщо судовий розгляд стосується цієї діяльності бюро, агентства або установи, за винятком, якщо всіма сторонами в суперечці є держави і якщо сторони домовилися про інше в письмовій формі (стаття 7);

в) якщо судовий розгляд стосується: патенту на винахід, креслення або промислової моделі, виробничого або товарного знака, фірмового найменування або іншого аналогічного права, стосовно якого в державі, де відбувається судовий розгляд, була представлена або зареєстрована заявка, або яке охороняється іншим чином і щодо якої держава є заявником або власником (стаття 8);

г) якщо судовий розгляд стосується: права держави на нерухомість, на володіння або на користування такою нерухомістю державою; покладеного на нього зобов'язання або як на власника права на нерухомість, або як на власника або користувача цієї нерухомістю, і якщо нерухомість знаходиться на території держави, де відбувається судовий розгляд, чи судовий розгляд стосується права на майно, рухоме або нерухоме, залежне від права спадкування або дарування, або на безхазяйне майно (статті 9 та 10);

д) у разі коли судовий розгляд стосується відшкодування за тілесне пошкодження або матеріальний збиток, викликані фактом, що мали місце на території держави, де відбувається судовий розгляд, і якщо особа, яка завдала шкоди, знаходилося там у той момент, коли цей факт мав місце (стаття 11).

2. Умовний функціональний (обмежений) імунітет – це імунітет договірних держав, який базується на приватних договорах чи судових рішеннях поза межами Європейської (Базельської) Конвенції:

а) закріплюється, окрім іншого, міжнародною угодою; ясно вираженим становищем, які мають домовленості, складені в письмовій формі; або ясно вираженої згоди, даними після виникнення спору (стаття 2);

б) якщо держава посилається на імунітет від юрисдикції після прийняття рішення по суті питання, проте, якщо воно встановлює, що факти, на яких вона могла засновувати імунітет, могли стати їй відомі лише пізніше, вона може посилатися на імунітет у тому разі, якщо наведе ці факти якомога швидше (стаття 3);

в) виникає у разі, якщо держава не може посилатися на імунітет від юрисдикції в суді іншої Договірної Держави, коли судовий розгляд пов'язаний із зобов'язанням держави, яке в силу наявної угоди повинно бути здійснено на території держави, де відбувається судовий розгляд, чи трудовою угодою, укладеною між державою і фізичним особою, і робота підлягає виконанню на території держави, де відбувається судовий розгляд (статті 4 та 5);

г) коли держава погодилася в письмовій формі винести на арбітраж вже виниклі суперечки або ті, які можуть виникнути з цивільних або комерційних питань, вона не може посилатися на імунітет від юрисдикції в суді іншої Договірної Держави, на території або відповідно до законодавством якої повинен мати місце або мав місце арбітражний розгляд щодо будь-яких дій, пов'язаних:

з юридичної дійсністю або тлумаченням конвенції про арбітраж; з процедурою арбітражу; зі скасуванням вироку, якщо конвенція про арбітраж не передбачає іншого (стаття 12);

д) якщо Договірна держава заявляє в суді іншої Договірної Держави, де проводиться судовий розгляд, де вона не є стороною, що вона має право на майно, що є предметом спору, тією мірою, якою вона могла би послатися на імунітет, якби розгляд було спрямовано проти неї (стаття 13);

е) Договірна держава не може перешкоджати суду іншої Договірної держави управляти майном, таким як майно під опікою або майно банкрута, а також організовувати таке управління або наглядати за ним лише в силу того, що інша Договірна Держава має право на це майно (стаття 14).

З цієї класифікації можна виокремити поняття та елементи судового імунітету як найважливішого імунітету держави, який встановлює непідсудність суду іншої держави, хоча держава може бути учасником судового процесу, тобто до неї може бути поданий позов, вона може бути залучена як третя особа, можливе накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі і яке знаходиться на території України, а також можливе звернення стягнення на її майно в порядку примусового виконання рішення суду. Елементами судового імунітету є: імунітет від застосування заходів щодо попереднього забезпечення позову; імунітет від примусового виконання судового рішення (суд не має права застосувати примусові заходи щодо виконання рішення по відношенню до держави та її власності, навіть якщо держава є учасником процесу, оскільки участь у процесі не є висловлюванням згоди на виконання рішення); імунітет власності (недоторканість державної власності за кордоном); імунітет від застосування іноземного права (правочини, які укладені державою з приватними особами, регулюються правом, яке вибране сторонами, чи правом цієї держави).

Цікавою є думка Г.К. Дмитрієвої, яка розділяє функціональний та обмежений імунітет. З її погляду, функціональний імунітет виходить із розмежування функцій держави на публічно-правові та приватноправові [11, с. 263]. Але таке розмежування не можна визнати досконалим з точки зору того, що, наприклад, в англо-американській правовій системі немає поділу права на публічне та приватне. Тому про відокремлення функціонального імунітету можна говорити лише стосовно країн з романо-германською системою права, що з точки зору уніфікації законодавства згідно з Міжнародними конвенціями є неправильним.

Щодо обмеженого імунітету Г.К. Дмитрієва наголошує, що повинно бути сформульовано перелік конкретних випадків, коли держава не користується імунітетом. Такий перелік може бути договірним (двостороннім та багатостороннім) чи універсальним [12, с. 263].

Як приклад вона наводить випадки закріплення на законодавчому рівні так званого, на її погляд, обмеженого імунітету держави, які були введені, як виняток, у результаті судової практики в США (1976), Великобританії (1978), Сінгапурі (1979), Пакистані (1981), Південно-Африканській Республіці (1982), Канаді (1982), Австралії (1985).

Але, посилаючись на вище проаналізовану Європейську (Базенську) конвенцію про імунітет держав (1972) [13] та Конвенцію про юрисдикційні імунітети держав та їх власність, яка була прийнята 02 грудня 2004 року Генеральною Асамблеєю ООН [14], можна визнати, що таке виокремлення функціонального та умовного імунітетів держав є штучним, оскільки не визначає глибинної суті такого розмежування. Імунітет держави може бути чи абсолютним, тобто непорушним за будь-яких обставин, якщо держави не укладали чи не приєднувалися до міжнародних конвенцій щодо імунітету держав, чи функціональним (обмеженим). Такий імунітет у свою чергу поділяється на позитивний, за яким держави, які уклали чи приєдналися до Міжнародних конвенцій щодо імунітету держав, апріорі та у позадоговірному порядку визнають юрисдикцію судів іншої Договірної держави за умов, прописаних у таких міжнародних конвенціях. А також у функціональному (обмеженому) імунітеті можна виділити умовний функціональний (обмежений) імунітет у разі наявності у держав, які уклали чи приєдналися до міжнародних конвенцій щодо імунітету держав, приватноправових договорів чи судових рішень поза межами таких міжнародних конвенцій.

Що стосується України, то в Господарському процесуальному кодексі взагалі немає вказівок на будь-який імунітет держави у судових спорах. До останньої редакції Цивільного процесуального кодексу України частина перша статті 413 містила вказівку на судовий імунітет держави. Натепер, після затвердження нової редакції Цивільного процесуального кодексу України [15], згадування про судовий імунітет також зникло.

Чи не єдиним посиланням на судовий імунітет є стаття 76 та 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» [16]. Стаття 79 вищезазначеного Закону практично дублює статтю Цивільного процесу-

ального кодексу України, яка була з нього виключена, а саме: «Пред'явлення позову до іноземної держави, залучення іноземної держави до участі у справі як відповідача або третьої особи, накладення арешту на майно, яке належить іноземній державі та знаходиться на території України, застосування щодо такого майна інших засобів забезпечення позову і звернення стягнення на таке майно можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України» [17]. Таким чином, у нормі вказується, що у разі застосування такого імунітету неможливо пред'явити позов до іноземної держави, залучати іноземну державу до участі у справі як відповідача або третю особу, вживати заходів забезпечення позову або накладення арешту на майно, заборонено примусове звернення стягнень на майно іноземної держави, яке знаходиться в Україні. Єдиним винятком визнається згода на такі дії компетентного органу відповідної держави, якщо не передбачено іншого. Тобто, по суті, йдеться про абсолютний судовий імунітет держави, який поширюється на будь-яку власність держави, будь-які договори за участю держави, рахунки в банках, цінні папери. Це, з одного боку, забезпечує державі незалежність від тиску іноземних держав. Але не можна виключати, що держави будуть зловживати своїм імунітетом від юрисдикції іноземної держави. Якщо держава проголосить, наприклад, що усі літаки знаходяться під імунітетом держави, то чи можна вважати, що іноземні компанії не будуть мати права пред'являти позов за неякісні поставки товарів у судах своїх держав. Тому доцільно говорити про те, що іноземні компанії будуть ставити питання про відповідальність держави за цивільні договори компанії.

Висновки

Отже, тут доцільно говорити про те, що, якщо держава виступає як рівний учасник міжнародного приватного права, вона апріорі має функціональний (обмежений) імунітет. Абсолютний імунітет притаманний більше публічно-правовим відносинам між державами.

Таким чином, доцільно говорити про приведення статті 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» у відповідність до Європейської (Базенської) конвенції (1972) та Конвенції юрисдикційних імунітетів держав та їх власності (2004).

Щодо міжнародно-правових норм слід зауважити, що жодна міжнародна конвенція не вирішує проблеми співвідношення акта визнання та імунітету в повному обсязі. У жодній країні немає чіткого законодавчого визначення судового імунітету держави виходячи з раціонального економічного обґрунтування. Це пов'язано з тим, що жодна країна не бажає бути першою в цьому питанні, оскільки не має гарантій щодо того, що не стане вразливою для зазіхань інших держав. Зважаючи на те, що розглянуте вище питання не врегульоване ні на рівні українського національного, ні на рівні міжнародного приватного права, раціональним вирішенням проблеми є розробка універсального міжнародно-правового документа з питань визначення меж судового імунітету для країн, які бажають здійснювати торгівельні відносини, використовуючи саме приватноправовий принцип рівності держав між собою як учасників торгівельного, господарського, комерційного обороту. За основу можна взяти вищенаведену в даній статті класифікацію, яка розроблена на основі норм Європейської (Базенської) конвенції (1972). Але такий міжнародно-правовий документ не повинен ставати на перешкоді дотримання державного суверенітету та імунітету, який стосується публічно-правових відносин.

Список використаних джерел:

1. Попова А.В. Международное частное право. Спб.: Питер, 2010. 192 с.

2. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С Міжнародне приватне право : підручник. 4-те вид., перероб і допов. Київ: Атіка, 2009. 500 с.

3. Богуславский М. М. Международное частное право. Москва: Юрист, 2005. URL: http://lawtoday.ru/razdel/biblo/mejdu-4as-prav/031.php (дата звернення: 11.02.2021).

4. Hines Julius H. Why do Unrecognized Governments Enjoy Sovereign Immunity? A Reassessment of the Wulfsohn Case (Note). *Virginia Journal of International Law*. URL: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/vajint31&div=43&id=&page= (дата звернення: 11.02.2021).

5. Grant Thomas D. The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution. Greenwood Publishing Group, 1999. 257 p.

6. Chen Ti-Chiang. The International Law of Recognition. New York: Frederick A. Praeger, INC, 1951. 500 p.

7. Фельдман Д. И. Признание государств в современном международном праве. Казань: Изд-во Казанского университета, 1965. 260 с.

8. Дахно І.І. Міжнародне приватне право : навчальний посібник. Київ: МАУП, 2001. 316 с.

9. Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил щодо обмеження відповідальності власників морських суден (Брюссель, 25 серпня

1924 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_823#Text (дата звернення: 11.02.2021).

10. Європейська конвенція про імунітет держав (ETS N 74) (Базель, 16 мая 1972 года). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_060#Text (дата звернення: 11.02.2021).

11. Международное частное право / под. ред. Дмитриевой Г.К. Москва: ТК Велби, Проспект, 2004. 688 с.

12. Международное частное право / под. ред. Дмитриевой Г.К. Москва: ТК Велби, Проспект, 2004.

13. Європейська конвенція про імунітет держав (ETS N 74) (Базель, 16 мая 1972 года). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_060#Text (дата звернення: 11.02.2021).

14. Конвенція ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власність від 02 грудня 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_e50#Text (дата звернення: 11.02.2021).

15. Цивільний процесуальний кодекс від 18 березня 2004 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text (дата звернення: 11.02.2021).

16. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (дата звернення: 11.02.2021).

17. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 року № 2709-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text (дата звернення: 11.02.2021).

Olena Borshchevska. Judicial immunity in the consideration of disputes with the participation of foreign persons

The scientific article is devoted to the analysis of legal norms on the coverage of the issue of judicial immunity of the state in the consideration of private law disputes. The article analyzes the judicial immunity of the state on the basis of basic international conventions, such as the International Convention for the Unification of Certain Rules for the Limitation of Liability of Shipowners (Brussels, August 25, 1924), the European Convention on the Immunity of States (ETS No. 74) (Basel, 16 May 1972), the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property of December 2, 2004. The issue of implementation of the provisions of these Conventions into the national legislation of Ukraine is also investigated. Emphasis is placed primarily on private law principles that apply in litigation in resolving civil and commercial disputes. It is determined that absolute immunity is inherent in more public legal relations between states, and in private law relations the state acts as an equal participant in private international law and it a priori has functional (limited) immunity.

In the article, the author notes that the judicial immunity of the state is based in private law disputes on a rational economic basis, as the country must have guarantees that it will not become vulnerable to encroachment by other states.

Attention is drawn to the fact that the issue of judicial immunity of the state in the consideration of private law disputes involving foreign persons is not settled either at the level of Ukrainian national or at the level of private international law. It is emphasized that a rational solution to the problem is to develop a universal international legal document on defining the limits of judicial immunity for countries wishing to conduct trade relations, using the private principle of equality of states as participants in trade, economic and commercial turnover.

Thus, it should be noted that the theoretical development of issues of judicial immunity of the state in the consideration of private law disputes involving foreign persons has a great influence on the practical implementation of such legal norms in the legislation of Ukraine.

Key words: functional (limited) immunity, civil process, economic process, private international law, claim to a foreign state.

УДК 340;346.1;378
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.14

Оксана Вінник,
докт. юрид. наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник відділу міжнародного права та порівняльного правознавства
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

Ольга Шаповалова,
докт. юрид. наук, професор,
завідувачка кафедри господарського права
Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля,
провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення
галузевого інноваційного розвитку
Науково-дослідного інституту правового забезпечення інноваційного розвитку
Національної академії правових наук України

Тетяна Попович,
канд. юрид. наук, старший дослідник,
учений секретар
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ЮРИДИЧНА НАУКА, ЮРИДИЧНА ОСВІТА Й ЦИФРОВІЗАЦІЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВЗАЄМОДІЇ

Стаття присвячена традиційному поєднанню юридичної освіти та юридичної науки із сучасною проблемою їх цифровізації.

Цифровізація всіх сфер суспільного життя, включаючи вищу освіту, набула особливого поширення в минулому році у зв'язку з пандемією коронавірусу й карантинними заходами. Відповідно, дистанційна освіта стала популярною, що, проте, вимагає надання необхідних електронних засобів, включаючи електронні навчальні посібники та навчально-методичну літературу, електронні нормативні акти, доступ до електронних бібліотек і веб-сайтів наукових установ, на яких оприлюднюються результати наукових досліджень у вигляді монографій, збірників наукових праць, коментарів до законодавства, наукових статей, матеріалів наукових і науково-практичних конференцій.

Особливого значення набуває співпраця між вищими навчальними закладами (у нашому випадку юридичними) та науковими установами, що займаються науковими дослідженнями в галузі юриспруденції.

Прикладом такої співпраці є творчі зв'язки юридичного факультету Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля й Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України. Результатами такої співпраці стали електронний посібник «Господарське право в умовах цифровізації економіки», який розміщено на веб-сайті цього Університету; спільні наукові статті; обговорення студентами під час проведення студентських наукових заходів електронних публікації Інституту (монографій, збірників наукових праць, статей тощо), розміщених на його веб-сайті (ndippp.gov.ua).

Для підготовки кваліфікованих юристів така співпраця є дуже важливою, оскільки вона дає змогу не лише надати ключові знання про правове регулювання суспільних відносин (в історичному та сучасному аспектах), а й долучити студентів до наукової роботи. Участь викладачів університетів у таких дослідженнях (наприклад, з питань цифровізації) разом із колегами з Інституту дає студентам змогу бути обізнаними із сучасними юридичними проблемами та готувати їх до практичної діяльності, яка нерідко включає дослідницьку роботу.

Реалізації ефективної освітньої політики в сучасних умовах сприятиме збалансованість традиційної освіти в галузі юриспруденції з використанням електронного навчання. У зв'язку з тим що елек-

© О. Вінник, О. Шаповалова, Т. Попович, 2021

тронне навчання в основному функціонує з використанням цифрових технологій, існує необхідність уточнити цифрові права не лише учасникам навчального процесу, а й претендентам на електронні транзакції (майбутнім студентам), що реалізуються за допомогою Інтернету. Тому доцільно внести відповідні доповнення та інші зміни до спеціальних актів про вищу освіту.

Ключові слова: юридична освіта, юридична наука, цифровізація, приклади взаємодії/співпраці, удосконалення правового регулювання.

Постановка проблеми. Поступ цифровізації незаперечний майже в усіх ключових сферах суспільного буття. Це стосується й правової науки, і юридичної освіти. Події минулого й нинішнього років (короновірусна пандемія та запроваджені у зв'язку з нею карантинні заходи) возвеличили роль цифровізації в умовах значних обмежень особистого спілкування, включаючи різноманітні зібрання (конференції, вчені ради), інші людні заходи (у навчальних закладах – лекції, семінари, заліки, іспити, захист курсових, дипломних, магістерських робіт). У нагоді для підготовки студентів-юристів стали цифрові ресурси (зокрема Інтернет), завдяки яким можна вирішити ці проблеми: проведення наукових і навчальних заходів у режимі он-лайн, відвідування електронних бібліотек (сайту звичайної, аналогової, бібліотеки), пошук нормативно-правових актів на сайті Верховної Ради України, а наукових праць, у яких віддзеркалюються результати останніх наукових досліджень, – на сайтах науково-дослідних установ.

За цих умов збільшилася роль співпраці навчальних закладів і наукових установ, що забезпечує використання надбань науки при підготовці висококваліфікований фахівців (у нашому випадку – юристів). Попри важливість цієї складної проблеми, що потребує комплексного розв'язання, вона рідко відображається в наукових працях, хоча окремі аспекти все ж таки висвітлюються, а саме: щодо шляхів удосконалення юридичної освіти в Україні, у т. ч. впровадження централізованої інформаційної системи забезпечення навчального процесу та використання надбань правової науки при підготовці висококваліфікованих юристів [1; 2; 3], включно із зарубіжним досвідом [4] та історичним аспектом [5; 6], а також щодо ролі юридичної клініки [7].

Прикладом використання теоретичної підготовки студентів у процесі їх навчання та співпраці освіти й науки є щорічні наукові конференції за участю науковців, викладачів і студентів [8], а також спільні проекти вищих навчальних закладів і науково-дослідних установ, зокрема юридичного факультету Східноукраїнського університету імені Володимира Даля (далі – Університет) і Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України (далі – НДІ).

З огляду на відсутність комплексних праць з правових питань взаємодії юридичної наук, юридичної освіти й цифровізації, а також наявність прогалин у законодавстві про вищу освіту та наукову/науково-технічну діяльність щодо форм такої взаємодії та її стимулювання (попри нагальну потребу в цьому для підвищення якості підготовки висококваліфікованих юристів), зазначена проблема є вельми актуальною й потребує відповідного дослідження з напрацюванням практичних рекомендацій включно з удосконаленням нормативно-правового регулювання у сфері вищої освіти та науки.

Мета статті – наголосити на необхідності вирішення зазначеної проблеми й викласти бачення авторів щодо шляхів її вирішення, застосувавши комплекс наукових методів (включно з формально-логічним, емпіричним, прогностичним) і проаналізувавши приклад співпраці зазначених Університету та НДІ в нинішніх складних умовах і з метою сприяння підвищенню не лише якості, а й авторитету юридичної освіти, яка надається як традиційними юридичними факультетами відомих університетів, так і новими навчальними закладами, що утворилися протягом останніх 20–30 років і не мають ще сталих, сформованих протягом багатьох десятиріч і навіть понад століття, традицій.

Виклад основного матеріалу. Як свідчить історичний, міжнародний і власний (національний – України) досвід, підготовка висококваліфікованих правників передбачає поєднання глибоких теоретичних знань з правових дисциплін і практичних навичок, а в сучасних умовах – ще й ключових знань щодо користування електронними ресурсами (соціальними мережами, сайтами навчальних, наукових установ, правоохоронних органів, бібліотек тощо).

Широке застосування здобутків правової науки в навчальному процесі має забезпечити високу науково-теоретичну підготовку фахівців і формування в них навичок дослідницької роботи як при вирішенні практичних завдань на семінарських заняттях, так і в процесі наукової студентської роботи, що віддзеркалюється в підготовці курсових, дипломних, магістерських робіт, а згодом може мати продовження в написанні статей,

підготовці дисертацій, а також і в поточній практичній діяльності юристів, успіх у якій нерідко залежить від теоретичної підготовки фахівця.

У сучасних умовах високої ділової активності, розвитку інститутів громадянського суспільства притаманний для країни континентальної правової традиції акцент на теоретичну підготовку має поєднуватися з характерним для юридичної освіти США наголосом на практичну діяльність [9], адже гарна теорія має для юридичної практики неоціненне значення.

Нинішнє століття ознаменувалося стрімким поширенням цифровізації, що позначилося на всіх сферах суспільного буття, а в умовах нинішніх обмежень щодо особистого спілкування в реальному світі (через карантинні заходи), у тому числі в навчальному процесі, більш безпечним та адекватним згаданим заходам виявилася дистанційна форма спілкування. Відповідно, популярною (а в умовах суворого карантину – обов'язковою) стала *дистанційна* освіта, яка, однак, потребує забезпечення необхідними електронними засобами/ресурсами, серед яких – електронні навчальні посібники та навчально-методична література, нормативно-правові акти в електронній формі, доступ до електронних бібліотека і сайтів наукових установ, на яких оприлюднюються результати наукових досліджень у формі монографій, збірників наукових праць, коментарів до законодавства, наукових статей, матеріалів наукових і науково-практичних конференцій. Особливої ваги набуває співпраця закладів вищої освіти (у нашому випадку – юридичної) та наукових установ, що займаються науковими дослідженнями у сфері юриспруденції.

За цих умов у нагоді стали цифрові ресурси (зокрема Інтернет), завдяки яким можна вирішити низку проблем: проведення наукових і навчальних заходів у режимі он-лайн, відвідування електронних бібліотек (сайту звичайної, аналогової, бібліотеки), пошук нормативно-правових актів на сайті Парламенту (Верховної Ради України), а результатів проведених наукових досліджень – на сайтах наукових установ. Особливої ваги набуває співпраця закладів науки та освіти, що дає змогу поєднати їх ресурси для забезпечення якісної освіти.

Прикладом такої співпраці стали творчі зв'язки юридичного факультету Університету, що відсвяткував своє сторіччя, і НДІ, якому цього року виповнюється 25 років. У творчій співпраці цих закладів підготовлений електронний навчальний посібник «Господарське право в умовах цифровізації економіки», розміщений на сайті цього Університету [10]. Згодом надруковано й паперовий варіант цієї праці [11] для потреб тих студентів, які віддають перевагу традиційним (паперовим) книгам. Потреба в такій праці давно назріла, оскільки, по-перше, цифровізація триває вже чимало років, хоча стрімкий її поступ зумовили кілька факторів: потреба в дистанційному спілкуванні (у тому числі в процесі навчання) за допомогою цифрових технологій, дистанційний доступ до юридичних знань, правових документів, бібліотек, дистанційна участь у наукових заходах тощо. По-друге, наявна навчальна література з основних навчальних дисциплін, включаючи господарське право, мало віддзеркалює вплив цифровізації на суспільні відносини в певних сферах суспільного життя, включно зі сферою господарювання, а також їх правове регулювання та проблеми, що виникають при цьому (вади нормативно-правового регулювання, необхідність їх усунення та способи вирішення). Так, у сфері господарювання застосування цифрових технологій викликає появу якісно нових суб'єктів – віртуальних підприємств, яким не притаманні риси традиційних суб'єктів господарського права – статусу фізичної чи юридичної особи. З'явилися такі нетрадиційні об'єкти, як сайти, у тому числі бізнесового характеру на зразок Інтернет-магазинів, правовий режим яких досі чітко не визначений, що призводить до численних зловживань. Електронними послугами (включно з електронними платежами) користується все більше громадян і суб'єктів господарювання, проте досі на рівні законодавства не визначені цифрові права й обов'язки учасників цифровізованих відносин. Змінюються й відносини у сфері економічної конкуренції з появою на ринках віртуальних підприємств і з використанням цифрових платформ для рекламування та продажу/просування товарів/робіт/послуг, що також потребує корегування антимонопольно-конкурентного законодавства. Відносини у сфері господарювання стають більш прозорими з появою таких цифрових ресурсів, як електронні публічні реєстри, доступ до електронної форми актів законодавства через сайти органів влади (насамперед Верховної Ради України). Проте, з іншого боку, стає менш прозорим законодавства, що регулює відносини у сфері цифровізації через свою складність, численність нормативно-правових актів, відсутність уніфікованої термінології та ключового акта законодавства, що визначає основні засади нормативно-правового регулювання відносин у сфері цифрової

економіки. Згаданий навчальний посібник має на меті дати знання основних інститутів господарського права з урахуванням цифровізації в економічній сфері зі згаданих та інших питань. А електронна форма цього посібника, який розміщений на сайті Університету, забезпечить зручний доступ до нього студентів і викладачів, а також науковців, які займаються проблемами правового регулювання відносин у сфері господарювання.

Крім того, електронні видання НДІ (монографії, збірники наукових праць, статті, збірники матеріалів конференцій тощо), розміщені на його сайті (ndippp.gov.ua), стали предметом обговорення на наукових заходах за участі викладачів Університету та його студентів, а також запрошених наукових і науково-педагогічних працівників інших установ [12; 13].

Для підготовки кваліфікованих юристів подібна співпраця є вельми важливою, оскільки дає змогу дати ключові знання не лише щодо правового регулювання суспільних відносин (в історичному та сучасному аспектах), а й щодо теоретичного підґрунтя такого регулювання, проблем, що викликали появу тих чи інших нормативно-правових актів і/або проведення різноманітних реформ у сфері нормативно-правового регулювання, появи нових потреб і, відповідно, пошуку інноваційних підходів до такого регулювання, викликаних змінами в житті суспільства, його економічної та інших сфер. Це особливо актуально в сучасних умовах цифровізації суспільних відносин і необхідності подолання нових загроз суспільному благополуччю на зразок нинішньої коронавірусної пандемії та екологічних проблем, пов'язаних із глобальним потеплінням.

Участь викладачів Університету в подібних дослідженнях (наприклад, щодо цифровізації [14; 15; 16]) разом із колегами з НДІ дає можливість долучити студентів до актуальних правових проблем сьогодення й підготувати їх до практичної діяльності не лише з погляду застосування чинного нормативно-правового регулювання, а й можливості опосередковано брати участь у його вдосконаленні шляхом висловлення своєї позиції на наукових і науково-практичних конференціях, у популярних і наукових статтях, зайнятті науково-дослідною роботою в процесі підготовки дисертацій.

Використання надбань цифровізації позначилося й на методологічній базі, яка регламентує проведення навчальних занять і наукову діяльність студентів-юристів, збагативши її запровадженням цифрових ресурсів у освітній і науковий простір. Активний науковий супровід теоретичних і практичних занять надав нової більш високої якості процесу викладення навчальних дисциплін. Індивідуальні пошукові завдання щодо вивчення наукових проблем і шляхів їх розв'язання, які пропонують знані науковці, стало можливим поширювати й на студентів, а не лише аспірантів. Наприклад, дослідницьким завданням при підготовки до семінарських занять є підготовка доповіді з проблемних питань за темою, що розглядається. При проведенні семінарського заняття викладач оцінює підготовлені усні та/або письмові відповіді студентів, участь у дискусіях, уміння доводити власні думки й захищати свою позицію. Важливою є здатність студентів надавати особисту оцінку при порівнянні норм внутрішнього законодавства із зарубіжними аналогами та аргументувати свою точку зору. Популярними у зв'язку з цим стали прес-конференції доповідей студентів на електронних ресурсах Університету.

Стратегія цифрової трансформації сфери вищої юридичної освіти забезпечується не лише розвитком наукової та інноваційної діяльності вищих навчальних закладів, а й створенням організаційних умов щодо виявлення й підтримки обдарованої студентської молоді та її творчого зростання. Логічним наслідком розвитку наукового співробітництва студентів, у тому числі їхньої міжнародної співпраці у сфері науки та освіти, стає отримання ними статусу аспіранта, а далі – статусу наукових кадрів вищої кваліфікації. Одним із початкових стратегічних засобів такої трансформації варто вважати проведення щорічних Всеукраїнських конкурсів студентських наукових робіт.

Заради розвитку інтелектуального потенціалу талановитої молоді, підтримки наукової та творчої роботи студентів (курсантів), стимулювання їхнього інтересу до дослідницької роботи й оволодіння інноваційними технологіями передбачено певні процедури проведення конкурсів. Зокрема, фіналом на шляху до обрання переможців стає проведення підсумкової науково-практичної конференції в режимі он-лайн [8; 13], на якій студенти-учасники оприлюднюють свої наукові доповіді з наступним їх обговоренням та оцінкою професійним журі.

За умовами конкурсу, кращі роботи обираються за найбільшою кількістю голосів членів професійного журі – галузевої конкурсної комісії – та оцінкою рецензентів. Саме вони надають підстави для формування рейтингового списку конкурсантів і списку запрошених для участі в підсумковій науково-практичній конференції. Натомість видається доцільним розширити цифрові

можливості студентів, абітурієнтів, інших зацікавлених осіб відвідувати підсумкову науково-практичну конференцію в режимі он-лайн з правом голосування в соціальній мережі. Для популяризації студентської науки організаторам конкурсу доцільно запровадити таку додаткову номінацію переможця конкурсу – автор наукової роботи з найбільш високим рейтингом серед читачів і слухачів. З метою реалізації цієї пропозиції в Положення про Всеукраїнський конкурс студентських наукових робіт з галузей знань і спеціальностей [17] доцільно внести відповідне доповнення.

Також інноваційний потенціал юридичної е-освіти з використанням надбань юридичної науки стає гостро затребуваним при реалізації державної політики перехідного періоду, що особливо важливо для Університету, змушеного залишити окупований Луганськ і налагодити ефективну роботу в місті Сєвєродонецьку. Зокрема, у ст. 28 Законопроекту про державну політику перехідного періоду пропонується закріпити заходи формування стратегії громадянської освіти на деокупованих територіях. Одним із основних напрямів захисту прав і свобод цивільного населення на тимчасово окупованих територіях є забезпечення доступу до закладів освіти й засобів масової інформації України [18]. Унаслідок цього актуалізується пропозиція до закладів вищої освіти щодо регіональних потреб розширення інформаційних прав потенційних абітурієнтів з тимчасово непідконтрольної території в частині їх доступу до електронних ресурсів.

Отже, ефективність юридичної освіти та її високий рівень залежать від низки факторів, серед яких важливе місце посідають використання результатів сучасних наукових досліджень при підготовці правників, застосування цифрових ресурсів, що дає змогу вирішити комплекс завдань: доступ студентів до результатів наукових досліджень, оприлюднених в електронній формі, електронних навчальних посібників/підручників і навчально-методичної літератури, участь у наукових і науково-практичних конференціях та інших наукових заходах, а також юридичних клініках, що застосовують дистанційне надання консультацій/правової допомоги. Реалізації ефективної освітньої політики сприятиме збалансованість традиційної освіти в галузі юриспруденції з використанням юридичного електронного навчання. У зв'язку з тим що електронне навчання в основному функціонує з використанням цифрових технологій, існує необхідність уточнити цифрові права не лише учасникам навчального процесу, а й претендентам на електронні транзакції, що реалізуються за допомогою Інтернету.

Одним із основних напрямів реалізації цифрових прав учасників освітнього процесу є забезпечення доступу до електронних платформ навчальних закладів. Порівняно з наданням доступу до українських ЗМІ доступ до електронних платформ навчальних закладів надмірно обмежений. Отже, абітурієнт не може ознайомитися з навчально-методичним забезпеченням дисциплін, оскільки платформа MOODLE доступна лише для студентів. Доцільно було б розмістити описи дисциплін, робочі програми для вивчення дисциплін та іншу документацію на автономній інформаційній платформі, розробленій спеціально для здобувачів, аби вони могли оцінити свої очікування від навчального процесу в кожному конкретному навчальному закладі. Це важливо для профорієнтації майбутніх фахівців на найбільш ранньому етапі вибору професії. Тому доцільно внести відповідні доповнення, роз'яснення й інші зміни до спеціальних законів про освіту та підзаконних актів.

Висновки

Сучасна юридична освіта має ґрунтуватися, як це й традиційно передбачається, на досягненнях правової науки в поєднанні з навичками юридичної практики, а в сучасних умовах – із широким використанням надбань цифровізації, які дають змогу використати потенціал і юридичної освіти, і юридичної науки навіть в екстремальних умовах обмежень реального спілкування на зразок нинішньої короновірусної пандемії та пов'язаних із нею карантинних заходів. Про це свідчить і приклад співпраці НДІ і юридичного факультету Університету, зокрема її результати – навчальний посібник електронній і паперовій формах [11; 12], статті [15; 16; 17], використання результатів наукових досліджень у залученні студентів до наукової роботи [8; 13]. Разом із тим на законодавчому рівні нормативно-правове регулювання стимулювання форм такої співпраці вкрай лаконічне, як і використання електронних ресурсів при підготовці студентів, що не відповідає сучасним потребам юридичної освіти та правової науки й зумовлює доцільність унесення відповідних змін в акти законодавства про наукову/науково-технічні діяльність і вищу освіту.

Список використаних джерел:

1. Гусєва С.Д. Юридична деонтологія. 2. Основні шляхи удосконалення вищої юридичної освіти в Україні. URL: https://ukrtextbook.

com/yuridichna-deontologiya-gusaryev-s-d/yuridichna-deontologiya-gusaryev-s-d-2-osnovni-shlyaxi-udoskonalennya-vishho%D1%97-yuridichno%D1%97-osviti-v-ukra%D1%97ni.html (дата звернення: 12.02.2021).

2. Юридична наука – основа сильної та розвиненої України. URL: vnu.edu.ua/yuridichna-nauka-osnova-silnoyi-ta-rozvinenoyi-ukrayini (дата звернення: 12.02.2021).

3. Клубань М.В. Адміністративно-правові засади впровадження електронної освіти в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Київ : Науково-дослідний інститут інформатики і права Національної академії правових наук України, 2019. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/avtoreferat_kluban_m.v.pdf (дата звернення: 13.02.2021).

4. Проскурняк О.Г. Сучасна зарубіжна юридична освіта: історико-правове дослідження (на прикладі США, Великобританії і ФРН) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових учень». Львів, 2020. URL: https://lpnu.ua/sites/default/files/2020/dissertation/5666/avtoreferat-disertacii-na-zdobuttya-naukovogo-stupenya-kandidata-yuridichnikh-nauk-proskurnyaka.pdf (дата звернення: 13.02.2021).

5. Грекул-Ковалик Т.А. Розвиток юридичної освіти та науки на Буковині (1875–2015 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Львів, 2018. 24 с. URL: https://lpnu.ua/sites/default/files/2020/dissertation/1700/avtoreferatdysertaciyinazdobuttyanaukovogostupenyakandydatayurydychnyhnaukgrekul-kovalykta.pdf (дата звернення: 15.02.2021).

6. Міхневич Л. В. Розвиток юридичної науки і освіти в Київському комерційному інституті – Київському інституті народного господарства (1906–1930 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2009. 20 с.

7. Лоджук М.Т. Юридичні клініки в Україні: освіта та правова допомога : монографія. Одеса : Фенікс, 2015. 328 с.

8. Всеукраїнська науково-практична конференція до Дня науки. URL : http://conference.nau.edu.ua/index.php/SUO/index/schedConfs/archive (дата звернення: 13.02.2021).

9. Мелешевич А. У Могилянці навчаються найрозумніші студенти-правники країни. URL: https://www.ukma.edu.ua/index.php/news/1193-andrii-meleshevych-u-mohyliantsi-navchaiutsia-nairozumnishi-studenty-pravnyky-krainy (дата звернення: 13.02.2021).

10. Вінник О.М., Шаповалова О.В. Господарське право в умовах цифровізації економіки : навчальний посібник / за заг. ред. О.М. Вінник. Київ, 2020. 297 с. URL: http://dspace.snu.edu.ua:8080/jspui/bitstream/123456789/3845/1/Vinnyk_OM_Shapovalova_OV_Hospodarske_pravo_v_umovakh_tsyfrovizatsii_ekonomiky_Navch_pos_2020.pdf (дата звернення: 13.02.2021).

11. Вінник О.М., Шаповалова О.В. Господарське право в умовах цифровізації економіки : навчальний посібник / за заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 314 с.

12. Програма просвітницького та наукового заходу до 100-річчя СНУ ім. В. Даля. *Цифровізація сучасних бізнес-процесів як вектор нової економічної політики :* Круглий стіл. URL: https://fileview.fwdcdn.com/?url=https%3A%2F%2Fmail.ukr.net%2Fapi%2Fpublic%2Ffile_view%2Flist%3Ftoken%3DcRTZsKsTcWaNOvcN9Yriw3yPQ1C6oEtFU3xwEFESaKTf8H_aJJkKogOx1Uak3n9tiBpq2SGzYU2qfytkkQRDJIBtQB6x52kj4lE%253A5DIzr-HqZyMDIdQ_%26r%3D1611769192506&default_mode=view&lang=uk#start=0/ (дата звернення: 21.02.20210.

13. Цифровізація сучасних бізнес-процесів як вектор нової економічної політики : збірник наукових праць / за заг. ред. О.В. Шаповалової. Сєвєродонецьк : СНУ ім. В. Даля, 2019, 70 с. URL : http://pravo-snu.com.ua/наукові-видання/ (дата звернення: 13.02.2021).

14. Вінник О.М., Шаповалова О.В. Врегулювання/вирішення конфліктів/спорів у сфері цифрової економіки: загальні засади та специфіка щодо окремих категорій. *Актуальні проблеми права: теорія і практика :* збірник наукових праць № 37. Сєвєродонецьк : СНУ ім. В. Даля, 2019. С. 9–20.

15. The problem of ensuring the social direction of the legislation of Ukraine on the digital economy / O.M. Vinnyk, O.V. Shapovalova, N.B. Patsuriia, O.M. Honcharenko, K.V. Yefremova. *Asia Life Sciences.* 2020. Issue 1. P. 133–151. URL: https://drive.google.com/file/d/1_p5MXdlhEkkyKodqVRKWfj4MM33z7njr/view?usp=sharing (дата звернення: 27.01.2021).

16. Oksana M. Vinnyk, Dmytro V. Zadykhaylo, Olena M. Honcharenko, Olga V. Shapovalova, Nino B. Patsuriia. URL: Economic and Legal Policy of the State in the Field of Digital Economy https://www.lifescienceglobal.com/pms/index.php/ijcs/article/view/7087 (дата звернення: 16.02.2022).

17. Положення про Всеукраїнський конкурс студентських наукових робіт з галузей знань і спеціальностей : Наказ Міністерства освіти і науки України від 18.04.2017 № 605. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0620-17#Text (дата звернення: 20.02.2921).

18. Мінреінтеграції оприлюднило для обговорення законопроект про перехідний період в ОРДЛО та Криму. URL: https://zmina.info/news/minreintegracziyi-rozrobylo-zakonoproyekt-pro-perehidnyj-period-v-ordlo-ta-krymu/ ; https://drive.google.com/drive/folders/1nLqkGEZehlgOgi7K_0dthhSr3F--l188 (дата звернення: 20.02.2921).

Oksana Vinnyk, Olga Shapovalova, Tetiana Popovych. Legal science, legal education and digitalization: some aspects of interaction

The article is devoted to the traditional combination of legal education and legal science with the modern problem of their digitalization.

The digitalisation of all spheres of public life, including higher education, became particularly widespread last year due to the coronavirus pandemic and quarantine measures. Accordingly, distance education has become popular, which, however, requires the provision of the necessary electronic means, including electronic textbooks and teaching aids, electronic regulations, access to electronic libraries and websites of scientific institutions, which publish the results of scientific research in the form of monographs, collections of scientific papers, commentaries on legislation, scientific articles, materials of scientific and scientific-practical conferences.

Of particular importance is the cooperation between higher education institutions (in our case, legal) and research institutions engaged in research in the field of jurisprudence.

An example of such cooperation is the creative ties between the Faculty of Law of the Volodymyr Dahl East Ukrainian National University (hereinafter – the University) and the Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after Academician F.G. Burchak of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine (hereinafter – the Institute). The results of such cooperation were: an electronic manual "Business Law in the conditions of digitalization of the economy", which is posted on the website of this University; joint scientific articles; discussion by students during the student scientific activities of the electronic publications of the Institute (monographs, collections of scientific papers, articles, etc.) posted on its website (ndippp.gov.ua).

Such cooperation is very important for the training of qualified lawyers, as it allows not only to provide key knowledge about the legal regulation of public relations (in historical and modern aspects), but also to involve students in scientific work. The participation of university professors in such research (for example, on digitization) together with colleagues from the Institute allows students to be aware of current legal issues and prepare them for practical activities, which often include research work.

The implementation of effective educational policy in modern conditions will be facilitated by the balance of traditional education in the field of jurisprudence with the use of legal e-learning. Due to the fact that e-learning mainly works with the use of digital technologies, there is a need to clarify digital rights not only for participants in the learning process, but also for applicants for e-transactions (for future students) made via the Internet Therefore, it is advisable to make appropriate additions and other changes to special acts on higher education.

Key words: legal education, legal science, digitization, interaction/cooperation, improving legal regulation.

УДК 340.13+346Укр
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.15

Тетяна Капцова,
аспірантка
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПРОГАЛИНА В ПРАВІ ЯК ПЕРЕДУМОВА ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ АНАЛОГІЇ

Стаття присвячена визначенню шляхів виявлення та подолання прогалин законодавства і права України. Автором на основі аналізу наукових джерел, практики правозастосування досліджуються проблеми подолання невизначеності в праві шляхом виявлення причин виникнення прогалин у праві та шляхів їх подолання. Ознаками прогалини в праві, на думку автора, є сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, проте чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми.

Автором підкреслюється, що подолання прогалин у праві не пов'язане з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування, входять у сферу правового регулювання, але з певних причин залишаються не врегульованими повністю або в значній частині.

З огляду на те, що відповідно до ст. 11 ГПК України забороняється відмова у правосудді з причин неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, а ч. 10 ст. 11 ГПК України визначено, що, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а у разі відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права).

На підставі здійсненого дослідження автором робиться висновок про те, що юридична аналогія є важливим інститутом правового регулювання, головною функцією якого є подолання невизначеності у праві, що виникає внаслідок прогалин чи інших недоліків правової системи, з метою забезпечення відповідності між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин, а також з метою найбільш повної та оперативної реалізації завдань і функцій правового регулювання, зокрема, у сфері господарювання.

Ключові слова: невизначеність у праві, прогалина в праві, аналогія закону та аналогія права.

Постановка проблеми. Важливими факторами формування і функціонування будь-якої правової системи є її ефективність і цілісність, що здатні забезпечити фактичне досягнення поставлених перед нею цілей і завдань. Одним із важливих завдань держави є перетворення правової системи в цілісну взаємоузгоджену систему, що здатна реально і повно забезпечити пріоритет загальновизнаних прав і свобод особистості, доступність правосуддя і можливість судового захисту, а також ефективність та прозорість відновлення порушених прав.

У чинному українському законодавстві є численні прогалини та суперечності, окремі положення та навіть правові акти допускають різне тлумачення тих чи інших господарських відносин, що веде до виникнення численних дефектів у правозастосовній діяльності, порушення прав і законних інтересів громадян і суб'єктів господарювання. У таких умовах першорядного значення набуває здатність правової системи за допомогою наявних в ній інструментів адаптуватися до ситуацій, що вимагають оперативного вирішення правових конфліктів у разі виявлення прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин.

У правовій системі України таким «інструментом» є аналогія права і аналогія закону. Інститут аналогії покликаний забезпечити можливість прийняття рішення правозастосовними органами, зокрема господарським судом, за наявності прогалин у праві та сприяти повноцінному виконанню правом своїх завдань і функцій.

Теоретичну основу представленого дослідження склали праці українських і зарубіжних авторів. Серед вітчизняних науковців проблеми прогалин в законодавстві і праві досліджували: Ю.Л. Власов, В.С. Ковальський, І.П. Козинцев, М.В. Кравчук, Д.Д. Луспеник,

© Т. Капцова, 2021

О.В. Колотова, О.І. Косоренко, З.В. Ромовська, С.О. Погрібний, П.М. Рабінович, О.Ф. Скакун, С.Я. Фурса, М.В. Цвік, а також Д. Абушенко, С.С. Алексєєв, А. Барак, А.Т. Боннер, Я.М. Брайнин, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, С.І. Вільнянський, М.А. Гурвич, О.С. Іоффе, О.Е. Лейст, В.С. Нерсесянц, Р.О. Халфина, М.Д. Шаргородський, Л.С. Явіч та ін.

Мета та завдання дослідження полягає у визначенні ролі і значення прогалин у праві та прийнятності застосування аналогії як ефективного способу їх подолання.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у процесі виявлення та подолання прогалин у праві як передумов застосування аналогії закону і права та застосування аналогії в господарських правовідносинах.

Виклад основного матеріалу. Прогалини в праві є дефектами у зовнішньому вияві державної волі та/або її оформленні (в неповному або недостатньому використанні засобів юридичної техніки) за наявності прогалин і суперечностей в чинному законодавстві і праві [31, с. 24].

У загальному розумінні прогалина являє собою «пусте», «незаповнене місце», «пропуск»; у переносному – це хиба, недогляд, недолік. При цьому хиба характеризується як невиконання належного, недогляд, як помилка з необережності, а недолік – як недосконалість, неповнота. Традиційно актуальною для юридичної науки та практики залишається проблема подолання прогалин у законодавстві та праві, яка передбачає визначення дій суб'єкта правозастосування, що уможливлюють прийняття рішення в конкретній справі за відсутності відповідної норми права [21].

Варто відзначити, що відповідно до ст. 11 ГПК України забороняється відмова у правосудді з причин неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні відносини, а ч. 10 ст. 11 ГПК України визначено, що, якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а у разі відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права). Таким чином, наявність прогалин у праві є передумовою використання аналогії закону чи аналогії права як засобу подолання правової невизначеності, що знаходиться у сфері правового регулювання, в процесі реалізації права. Отже, встановлення наявності прогалини в праві є однією з основних умов допустимості застосування юридичної аналогії [26, с. 124]. Разом із тим з метою комплексного та всебічного вирішення завдання визначення меж допустимості застосування інституту юридичної аналогії слід насамперед точно визначити зміст і структуру зазначеного поняття.

Під межами допустимості застосування інституту аналогії слід розуміти таку сукупність аспектів, критеріїв та обмежень функції подолання прогалин, яка дозволить найточніше описати для певної правової системи в конкретний період її розвитку, прогалини у правовому регулюванні яких можуть бути подолані за допомогою аналогії права або аналогії закону.

На нашу думку, варто виділити такі критерії обмежень, які дозволять визначити межі допустимості застосування інституту аналогії в правовій системі України на сучасному етапі її розвитку: 1) встановлення наявності прогалини в праві як обов'язкової умови допустимості використання юридичної аналогії; 2) визначення кола суб'єктів застосування інституту аналогії права і аналогії закону; 3) визначення форм реалізації права, в яких можливе використання аналогії; 4) визначення сфер суспільних відносин, в яких можливе застосування аналогії.

Інститут аналогії є одним з найбільш давніх і ефективних механізмів подолання невизначеності в законодавстві і праві. Ставлення до інституту аналогії в історичному вимірі зазнало істотних змін – від загального несприйняття до абсолютного схвалення та розширеного застосування.

У праці Монтеск'є «Дух закону» була закріплена ідея абсолютного пріоритету закону і безпрогальність права [33, с. 40]. Проте в процесі зміцнення позицій позитивістського праворозуміння сталася метаморфоза у вирішенні проблеми прогалин у праві, яка фактично була зведена до задачі усунення прогалин шляхом застосування норм чинного законодавства. У XX ст. про безпрогальність права заявили прихильники нормативізму. Однак соціологічна юриспруденція на противагу їм повністю відкинула догму про безпрогальність права, стверджуючи, що відсутні норми закону цілком можуть бути усунуті завдяки безпрогальності правопорядку [24, с. 33].

Попри все різноманіття поглядів, можна виділити три варіанти обґрунтування безпрогальності права: 1) обожнювання права, 2) логічна замкненість права, 3) заборона відмови в правосудді [17, с. 13].

Є.В. Васьковський, прихильник логічної замкненості права, вже не цурався терміна «прогалина в праві» і навіть встановив,

в яких випадках можуть бути прогалини. Вони є тоді, «коли для будь-якої категорії випадків або зовсім немає норми, або існує норма, яка є незрозумілою, або існує кілька норм, які перебувають між собою в протиріччі, або наявна норма є неповною та незрозумілою» [7, с. 206; 8, с. 110]. Проте згодом він приходить знову до вихідного пункту про логічну замкненість права. «Прогалини, – каже він, – слід заповнити. Але як? Звернення за роз'ясненням і доповненням до законодавця призвело б до уповільнення справи, до нав'язування законодавцю ролі судді і до видання законів, раніше невідомих громадянам». Якщо суду надати право створювати нові норми самостійно, то справа зведеться до повного і безконтрольного суддівського розсуду, від якого недалеко і до свавілля. Залишається ще один і, на думку автора, єдино правильний шлях «заповнити прогалини за допомогою норм наявного законодавства, тобто витягати з наявних норм ще й інші, які явно не виражені, але implicite містяться в них. Це найбільш доцільний і правильний спосіб» [7, с. 208]. Таким чином, був запропонований спосіб подолання прогалин права за допомогою аналогії закону.

Теорія безпрогальності обґрунтовувала життєвість і ефективність права. Перший з цих варіантів набув поширення в період створення буржуазної системи права, коли навіть тлумачення законів заборонялося. Судді зобов'язані були в разі незрозумілості, неповноти і недостатності законів звертатися до самого законодавця.

З плином часу бурхливий розвиток суспільно-економічних відносин змінив підхід до обґрунтування безпрогальності права. Не відкидаючи повністю постулат про безпрогальність права, буржуазія дозволяє тлумачення законів і забороняє судді відмову в правосудді під приводом мовчання, неточності або недостатності законів. Звідси з'являється теорія логічної замкненості права. З'являються положення про нескінченність чинного права, про безмежний обсяг можливостей і право суддів на юридичні конструкції.

Як відзначав П.Є. Недбайло, теорія логічної безмежності права – це «перші кроки в напрямку надання суддям і чиновникам права прийняття рішення на власний вільний розсуд у напрямку визнання і подолання прогалин» в праві, що руйнують всю концепцію логічної замкненості і цілісності права» [19, с. 451].

Показова в цьому сенсі і позиція відомого російського юриста Н.М. Коркунова. Він так само, як і Є.В. Васьковський, визнає, що «силу закону має не тільки те, що в ньому прямо вказано, але і те, що логічно випливає зі вказаного». Але Н.М. Коркунов був активним прихильником визнання судової практики джерелом права. Тому він відкрито виступає за самостійну, творчу роль суду в усуненні суперечностей закону, заповнення прогалин і т. п. «Рідкісний законодавчий акт, – писав він, – має цілісне вираження єдиної думки. Якщо ж логічної єдності не можна знайти в самому законодавстві, його доводиться знаходити суду самостійно і це, звичайно, творча його діяльність» [14, с. 299].

Прихильник повної свободи суддівського розсуду Г.В. Демченко писав: «Не можна ж вимагати від загального закону того, що він дати не в змозі: не можна вимагати, щоб він охопив всю правову матерію життя суспільства в її найдрібніших подробицях, щоб він враховував всю різноманітність вічної мінливої дійсності, яка постійно змінюється. Надати загальне керівництво, ввести в обґрунтовані межі діяльність суду, вказати йому шляхи і засоби поведінки – ось що під силу законодавцю» [10, с. 345].

Соціологічна безпрогальність права є логічним завершенням вихідних положень юриспруденції в питаннях застосування права. Спочатку визнається, що всі закони мають прогалини, і робиться висновок про те, що їх заповнення має бути зроблено особами, що застосовують ці закони [30, с. 34-35]. Потім у законах починають бачити стільки недосконалостей, що прирівнюють їх до «порожнього звуку», який треба заповнити. Закон перестає вважатися правом, і таким оголошують правозастосовну діяльність. З ототожненням права і правопорядку фактичних відносин у суспільстві остаточно формується уявлення про прогальність права Е. Ерліхом [1, с. 170-202]. Він пише: «Жодна теорія застосування права не може скасувати того факту, що будь-яка система твердо встановлених правил поведінки за своєю природою має прогалину, що вона застаріває в той самий момент, коли вона встановлена, вона не в змозі охопити своїм регулюванням сучасність, і тим паче майбутнє; жодна теорія не може перешкодити розвитку суспільних явищ, до яких застосовується право, продовжити постійно розвиватися і щохвилини наповнювати новим змістом норми, які встановлені для їх вирішення» [1, с. 172].

Г.Ф. Шершеневич також вважав, що більш правильними є погляди тих, хто визнавав наявність прогалин у будь-якому чинному праві. «Чим більше відстало право від життя, тим більш казуїстично побудовано законодавство, – писав він, – тим імовірніші такі випадки прогалин» [32, с. 689].

З визнанням прогальності чинного законодавства і критикою необмеженої можливості тлумачення його змісту у виявленні волі законодавця окремі вчені намагалися визначити сутність прогалин, їх види і причини появи. Прогалини, на думку вчених, мають місце через помилку, недогляд законодавця або в силу будь-яких міркувань політики і т. п.

Ряд авторів (П.Є. Недбайло, М.Д. Шаргородський, О.С. Іоффе та ін.) прогалину в праві визначають як ситуацію, за якої суспільні відносини, які закріплені в загальній нормі права, не врегульовані конкретної нормою. Наприклад, за визначенням П.Є. Недбайла, «прогалина в праві – це фактична прогалина в законодавстві в сенсі відсутності конкретної норми для вирішення певних випадків, які перебувають у сфері впливу права» [19, с. 451]. Такий підхід до визначення такого явища називають у теорії права «вузьким». Основним положенням, загальним для всіх представників вузького підходу до визначення прогалини в праві, є те, що правове регулювання не охоплює і не повинно охоплювати собою всього різноманіття суспільних відносин.

Інший підхід до розуміння сутності прогалин у праві (В.В. Лазарєв, О.Е. Лейст) пов'язаний з більш широким трактуванням сфери суспільних відносин, що потрапляють у сферу інтересів правового впливу. Виходячи з, умовно кажучи, «широкого» розуміння прогалини в праві, В.В. Лазарєв визначає його як «повну або часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, здоровим глуздом і змістом чинного законодавства, а також іншими проявами волі, спрямованими на регулювання життєвих фактів у сфері правового впливу» [16, с. 37].

Прихильники даного визначення прогалин у праві зовсім не заперечують того факту, що прогалини можливі тільки у сфері правового регулювання і лише щодо фактів, які перебувають у сфері правового регулювання.

На сучасному етапі розвитку теорії держави і права (в якості загальноприйнятого визначення прогалини в праві) «прогалина в праві – це відсутність конкретного нормативного припису щодо фактичних обставин, що перебувають у сфері правового регулювання. Іншими словами, це відсутність норми права для врегулювання будь-якого виду суспільних відносин» [18, с. 340; 24, с. 33].

Разом із тим це визначення викликає сумніви та суперечки.

Зокрема, С.І. Вільнянський вважав, що прогалиною в праві є повна або часткова неврегульованість суспільних відносин правовими нормами, яка може виникнути внаслідок: а) відсутності норми; б) неповноти норми; в) суперечності норм права [9, с. 34].

Своєрідне трактування поняття «прогалина в праві» запропонував Л.С. Явіч, який вважав, що критерієм існування прогалини в правовій системі служить сенс наявних недосконалостей законоположень (їх явна неповнота), або початковий рівень формування суб'єктивного права в умовах несформованої повністю загальної норми [33, с. 142]. Фактично як основну підставу виявлення прогалини Л.С. Явіч пропонує розглядати відсутність «органічної єдності об'єктивного і суб'єктивного права».

У трактуванні прогалини в праві, запропонованому О.Е. Лейстом, звертає на себе увагу необхідність її визначення через суб'єктивний фактор – правосвідомість юриста, яку, ймовірно, і слід розглядати як фактор існування прогалини. Очевидно, що проявити себе цей фактор може тільки в процесі діяльності правозастосовних органів, коли, власне, і може виникнути необхідність юридичної кваліфікації конкретних фактів або суспільних відносин.

На думку П. Рабіновича, відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окресленій основними принципами права, свідчить про наявність прогалини в законодавстві [23, с. 140]. Як вказує О. Скакун, прогалина в законі – повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах [25, с. 554]. О. Колотова вважає, що прогалини в праві – це повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання за оцінкою суб'єкта правозастосування [12].

Сучасній українській доктрині притаманні різні підходи до визначення поняття «прогалина в праві». Варто виділити два основні підходи до визначення суті прогалини в праві. Зокрема, перший підхід характеризується тим, що дослідники визначають прогалину в праві як «відсутність норм права (або їхніх частин), що регулюють конкретні суспільні відносини у тому разі, якщо воно підлягає сфері правого регулювання» (О. Зайчук, Н. Оніщенко). Для позначення терміна «прогалина» використовуються такі визначення, як «незаповнене місце», «пропуск в друкованому тексті», «упущення», «недолік». Також висловлюється думка стосовно того, що про прогалини в праві можна говорити переважно в переносному значенні

як про одну із недосконалостей права, відсутності в ньому того, що повинно бути його необхідним компонентом. Інший підхід до розуміння суті прогалин у праві пов'язаний з ширшим трактуванням сфери відносин, які підлягають правовому регулюванню. Зокрема, прогалиною в праві є повна або часткова відсутність у чинному законодавстві необхідних юридичних норм (Т. Тарахонич, О. Тарнопольська) [13].

Сучасні дослідники цивільного права прогалиною вважають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для врегулювання колізійної ситуації [5, с. 46-48]. Ю. Заіка пропонує під прогалиною в праві розуміти випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою [11]. І. Спасибо-Фатєєва вказує, що, коли для конкретного випадку немає норми або коли наявні декілька норм, які суперечать одна одній, або коли чинна норма є неповною, тобто не враховує повністю всіх конкретних особливостей цього випадку, йдеться про прогалини в праві [27].

Різність думок дослідників про сутність прогалин у праві зумовлює настільки ж різноманітні підстави їх класифікації, які використовуються вченими для поділу всієї сукупності прогалин на певні види (класи, групи, різновиди). Залежно від приналежності прогалини до певного класу по-різному вирішується питання і про його подолання правозастосовними органами, зокрема органами правопорядку [15, с. 30].

Право – це не тільки структурно складна, динамічна система, але, на думку С. С. Алексєєва, система певною мірою «саморегулівна», «така, що сама налаштовується або підлаштовується» [2, с. 265]. Звичайно розвиток і зміна правової системи, її пристосування до нових умов відбувається головним чином ззовні, в результаті правотворчої роботи компетентних органів. Але і в самому праві існують внутрішні механізми, які в ряді випадків дають можливість долати прорахунки законодавця, забезпечити дію юридичних норм відповідно до вимог суспільних відносин. Цим і досягається «саморегулювання», «самоналаштування» правової системи, її ефективне функціонування в умовах мінливого середовища, що розвивається.

Першорядне значення в праві мають властивості нормативності і формальної визначеності, що забезпечують стабільність, стійкість правового регулювання суспільних відносин. Право покликане вирішувати довгострокові завдання – регламентувати суспільні відносини вперед, на єдиних загальних засадах. Воно не повинно своїм змістом реагувати на будь-які зміни суспільних відносин, тобто змінюватися негайно ж зі зміною суспільних відносин. Законодавець може піти і на відомі втрати, пов'язані з деяким відставанням правової форми від суспільних відносин, що швидко розвиваються, з метою досягнення стабільності та прогнозованості у розвитку правової системи.

Тому динамізм права (як його специфічна властивість) полягає не стільки в можливості внесення до нього змін шляхом правотворчості, скільки в наявності внутрішніх механізмів. Право, як своєрідна динамічна система, здатне оперативно враховувати потреби суспільного розвитку, зберігаючи весь час якість стійкої, стабільної нормативно-правової системи суспільного регулювання. У право як би закладається програма на випадок можливих прогалин, передбачаються прийоми їх подолання в процесі застосування права [28, с. 112].

Простота норм Господарського процесуального кодексу та висока кваліфікація суддів забезпечують швидкий та компетентний розгляд спорів. Водночас суспільні відносини мають динамічний характер. Тому проведення ревізії нормативно-правових актів є одним із завдань законотворчості, а також підставою для застосування судами аналогії закону та аналогії права під час застосування норм господарського законодавства.

Слід погодитися з думкою С.С. Алексєєва, що характеристика способу подолання прогалин у праві за допомогою аналогії як «аномальної», «нетипової» форми застосування права є неточною. Для права це цілком природний, нормальний порядок застосування, що забезпечує його функціонування як динамічної системи і «самоналаштування» відповідно до вимог суспільних відносин. Схожу позицію свого часу висловлював і А.С. Піголкін, який писав, що правові норми, які регулюють нормальні, звичайні відносини, можуть застосовуватись за аналогією і без спеціальної вказівки закону, оскільки це само собою розуміється [20, с. 56]. Нині цю думку підтримує О.А. Беляневич стосовно господарських правовідносин з огляду на відсутність у ст. 4 ГПК вказівки на застосування закону за аналогією [4, с. 82]. У сфері правозастосування немає нічого само собою зрозумілого: усі права та обов'язки мають бути встановлені прямо або непрямо, а в крайньому разі відносини повинні бути врегульовані в порядку аналогії закону або аналогії права. Але цей порядок діє обмежено; він підпорядковується умовам, які виключають можливість перетворення правозастосовних органів на органи, що здійснюють правотворчі функції [2, с. 265].

Одним із таких способів «самоналаштування» права є інститут аналогії (грец. Analogia) – відповідність, схожість. Терміном «аналогія» прийнято позначати схожість в якомусь відношенні між предметами і явищами, які є між собою різними. Виходячи з цього, під аналогією в області юриспруденції розуміється поширення області будь-якої норми права або певного комплексу норм на випадки, не передбачені в цій нормі або комплексі норм, але істотно схожі з ними.

За визначенням В.Ф. Асмуса, «аналогія – це висновок, що міститься в гіпотезі, про те, що властивість, яка належить предметам відомої групи і зустрічається в них разом із деякою сукупністю інших властивостей, буде належати, крім цих предметів, ще одному предмету, який схожий з предметами групи, оскільки має таку ж сукупність властивостей» [3, с. 333].

Аналогія є одним із найбільш багатоаспектних інститутів права, який знаходить своє вираження не тільки в тому, що даний інститут може скласти предмет дослідження як у загальній теорії права, так і в окремих галузях права, але і в тому, що при цьому необхідно враховувати власне правове і логічне значення аналогії.

Подолання прогалин у праві не пов'язане з розширенням сфери правового регулювання, оскільки суспільні відносини, які отримують юридичне опосередкування, входять у цю сферу, але з якихось причин залишаються не врегульованими повністю або в певній частині. Правозастосовна діяльність в такій ситуації дещо ускладнюється. Поряд зі звичайними стадіями застосування права (встановлення фактичних обставин справи, вибір і аналіз необхідної норми, прийняття відповідного рішення) з'являються нові: а) з'ясування правозастосовним органом того, чи входять фактичні обставини в сферу правового регулювання; чи мають вони юридичне значення, чи потребують вони правового опосередкування та вирішення по суті; б) вибір способу подолання прогалини.

Відповідно до пункту 1 статті 8 Цивільного кодексу України, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).

Зокрема, ВГС України у своєму інформаційному листі від 08.04.2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» відзначив, що відповідно до частини першої статті 4 ГК України не є предметом регулювання цього Кодексу, зокрема майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються Цивільним кодексом України, при цьому відповідно до частини першої статті 4 ГК України особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються цим Кодексом. Тому спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. При цьому, на думку ВГС України, слід враховувати, що відповідно до частини другої статті 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються з відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України [22].

Разом із тим ч. 3 ст. 4 ГК України визначає, що до господарських відносин, що виникають із торговельного мореплавства і не врегульовані Кодексом торговельного мореплавства України, застосовуються правила ГК України, тобто ч. 3 ст. 4 ГК України прямо встановлює обмеження застосування аналогії закону до певної групи господарських правовідносин.

Суспільні відносини, зокрема в майновій сфері, постійно розвиваються й удосконалюються, що зумовлює періодична поява нових видів господарсько-правових відносин та зобов'язань. Цілком природно, що в цих умовах законодавець не завжди встигає своєчасно відреагувати на нові життєві явища. Судовій практиці відомо безліч випадків застосування цивільного та господарського матеріального законодавства за аналогією. Наприклад, ВГС України у вищезгаданому листі зазначив, що спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. Наприклад, правила частини першої статті 232 ГК України, відповідно до якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями (залікова неустойка), підлягають переважному застосуванню перед правилами частини першої

статті 624 ЦК України, відповідно до якої неустойка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (штрафна неустойка) [22, п. 1]. Характерно, що судові органи, як правило, не вживають термін «аналогія» і вельми рідко посилаються у відповідних випадках на ст. 8 Цивільного кодексу України або ст. 4 ГК України, ч. 11 ст. 11 ГПК України. Застосування аналогії в галузі господарського права має відносну поширеність. У зв'язку з цим навряд чи можна погодитися з характеристикою аналогії як «аномальної», «нетипової» форми застосування права.

У літературі називають такі умови, за яких можливе застосування аналогії закону: суспільні відносини не врегульовані конкретною правовою нормою; підлягає вирішенню випадок, який не підпадає під винятки із загальних правил; є схожість суспільних відносин, не врегульованих законодавством, із суспільними відносинами, передбаченими тією чи іншою нормою права.

У дослідженні аналогії закону і аналогії права, їх соціальної цінності, призначення, місця і ролі в механізмі правового регулювання необхідно йти від простої зовнішньої форми (логічної основи) до більш складної внутрішньої форми, змісту, суті (юридичної природи).

Інститут аналогії має певну функцію, яка полягає в правовій оцінці дій, безпосередньо не врегульованих юридичними нормами, в казуальному подоланні прогалин у праві. Його призначення та мета полягають у тому, щоб забезпечити відповідність між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин та завданнями правового регулювання.

У літературі можна зустріти думку про те, що процес подолання прогалин за допомогою інституту аналогії слід відносити до індивідуального піднормативного регулювання суспільних відносин. Регулятивність у даному випадку автори вбачають у тому, що за допомогою інституту аналогії відбувається впорядкування відносин, не врегульованих правом, введення їх у певні рамки. На основі норми, яка регулює такий випадок, а також на основі юридичних принципів визначаються права і обов'язки сторін, межі їхньої поведінки у відповідній ситуації. Інститут аналогії виступає тут як фактор, що забезпечує організацію суспільних відносин, їх конкретність, спрямованість, зміст. Індивідуальність регламентування полягає в тому, що воно поширюється тільки на даний випадок і не має юридично обов'язкового значення для інших ідентичних ситуацій. У таких випадках регламентація відносин пов'язана тільки з конкретним випадком і не виходить за його межі. Піднормативний характер регулювання полягає в тому, що юридична дія, заснована на аналогії для усунення прогалин в праві, здійснюється на принципах, аналогічних тим, яким ця ситуація мала би підпорядковуватися в процесі нормативного регулювання вже опосередкованих правом суспільних відносин.

Разом із тим з такою позицією можна погодитися частково, оскільки аналогія сама собою нічого не регулює. Конституційний суд України неодноразово наголошував, що заповнення прогалин у законах має здійснювати законодавець внесенням до них змін і доповнень, а не Конституційний Суд України шляхом офіційного тлумачення їх правових норм (окремих положень) або застосуванням загальнотеоретичних засобів їх подолання – аналогії закону й аналогії права [29].

Аналогія забезпечує знаходження правового регулятора суспільних відносин, не врегульованих нормами конкретного змісту. Застосування аналогії закону та аналогії права є більш складним і творчим процесом, ніж звичайне застосування юридичних норм. Суб'єкт, що застосовує аналогію, повинен чітко уявляти всю систему права, її можливості, він повинен мати юридичну компетентність і нести відповідальність за рішення, що приймає. Саме з огляду на це, особлива увага в процесі підготовки суддів господарських судів має приділятися особі та компетенції судді, умовам формування його світогляду, а також судовому тлумаченню та правозастосуванню.

Висновки

Прогалина в праві являє собою повну або часткову відсутність у джерелах права норм конкретного змісту, необхідних для регулювання фактів, що підлягають правовому регулюванню. Ознаками прогалини в праві є така сукупність властивостей конкретної ситуації, за якої: відповідні правовідносини входять до сфери правового регулювання, чинні норми права не дозволяють винести однозначне рішення зі спірних правовідносин у зв'язку з повною відсутністю правового припису конкретного змісту чи неповнотою чинної правової норми.

Аналогія закону і аналогія права становлять єдиний правовий інститут у механізмі правового регулювання, головною функцією якого є казуальне подолання прогалин у праві з метою забезпечення відповідності між правом як динамічною системою і розвитком суспільних відносин, а також з метою найбільш повної та оперативної реалізації завдань правового регулювання.

Здійснене дослідження дозволило зробити висновок, що в сучасних умовах однією з властивостей права є неминуча його прогальність, аналогію закону і аналогію права в правовій системі України варто розглядати не як виняткові і тимчасові явища, а як природний інститут, зумовлений властивостями самого права. Використання аналогії закону або аналогії права як способів подолання прогалин у праві містить у собі певний творчий елемент, який разом із тим не перетворює правореалізаційну діяльність у нормотворчу.

Список використаних джерел:

1. Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903). // Ehrlich E. Recht und Leben. 1967. S. 170–202.

2. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Нормативные юридические акты. Применение права. *Юридическая наука (правоведение): Курс лекций* : в 2-х т. Т. 2 / науч. ред. Р.К. Русинов; отв. за вып. В.М. Семенов. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1973. 396 с.

3. Асмус В.Ф. Логика. Москва, 1947. 387 с.

4. Беляневич О. Судова практика як засіб забезпечення деонтичної повноти господарського договірного права. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 2. С. 82.

5. Борісова В., Баранова Л., Жилінкова І. Цивільне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 656 с.

6. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Одесса, 1901. 376 с.

7. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. Москва, 2002. С. 206.

8. Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов : Для начинающих юристов. Москва, 1913. С. 110.

9. Вильнянский С.И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. *Методические материалы ВЮЗИ*. М., 1948. Вып. 2. С. 34.

10. Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона. *Журнал министерства юстиции*. 1904. № 8. С. 345.

11. Заіка Ю. Українське цивільне право : навчальний посібник. Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 368 с.

12. Колотова О. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2010. 19 с.

13. Конституційний Суд України. Національна доповідь на тему: «Проблеми законодавчих прогалин в конституційній юриспруденції». URL: https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Ukraine_uk.pdf (дата звернення: 11.02.2021).

14. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 299.

15. Лазарев В.В. О видах пробелов в праве. *Правоведение*. 1969. № 6. С. 30.

16. Лазарев, В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва: Юридическая литература, 1974. С. 37.

17. Лазарев В.В. Пробелы в праве. Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права / науч. ред. А.К. Безин. Казань: Изд-во Казан, ун-та, 1969. 96 с.

18. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред.: Томсинов В.А. Москва: Зерцало, 2008. 452 с.

19. Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва: Госюриздат, 1960. 512 с.

20. Пиголкин А. С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве. *Советское государство и право*. 1970. № 3. С. 56.

21. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*: зб. наук. пр. Харків: Право, 2013. № 1(72). С. 44-56.

22. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : Інформаційний лист від 07.04.2008 р. № № 01-8/21. *Вісник господарського судочинства*. 2008. № 3. С. 45.

23. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2001. 176 с.

24. Рябова Д. Н. Пробелы в праве и способы их восполнения. *Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России*. Москва, 1999. С. 33.

25. Скакун О. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.

26. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

27. Спасибо-Фатеева И. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография. Харків : Право, 2011. 296 с.

28. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве. Вестник Московского университета. 2005. № 5. С. 111-121.

29. Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю „Амальгама Люкс“ щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 500 Цивільного кодексу України та статті 34 Господарського процесуального кодексу України у їх співвідношенні від 24 червня 2009 року № 34-у/2009. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v034u710-09#Text (дата звернення: 11.02.2021).

30. Чепульченко Т.О. Невечера С.А. Прогалини в праві та способи їх подолання в українському законодавстві. *Держава і регіони. Серія «Право»*. 2020. № 1 (67) Т.1. С. 34-35.

31. Шевченко Т.В. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання. *Право і суспільство*. 2013. № 1. С. 24.

32. Шершеневич, Г.Ф. Общая теория права. Москва: Изд. Бр. Башмаковых, 1911. 698 с.

33. Явич, Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. 288 с.

Tetiana Kaptsova. Gap in the law as a prerequisite for the application of legal analogy

The article is dedicated to finding out ways for identifying and overcoming the gaps in legislation and law of Ukraine. The author, basing on the analysis of scientific sources and law enforcement practices examines the problems of crossing over uncertainty in law by identifying the causes of gaps in it and the ways to overcome them. According to the author's opinion, features of the gaps in law are manifested by the complex of particular situation properties, in which relevant legal relations are included into the scope of legal regulation. However, current norms of law do not allow making unambiguous decision on disputed legal relations due to complete lack of legal prescription of special content or incompleteness of the current legal norm.

The author emphasizes that bridging the gaps in law is not associated with expanding the scope of legal regulation, since public relations, which receive legal mediation, fall within the sphere of legal regulation, but for some reason they remain unresolved entirely or partially.

In accordance with the Article 11 of the Code of Civil Procedure of Ukraine, the denial of justice on the grounds of incompleteness, ambiguity, inconsistency or absence of legislation governing the disputed relationship is prohibited; and Part 10 of the Article 11 of the Code of Civil Procedure of Ukraine defines, that if the disputed relationship is not regulated by law and there is no customized business turnover that can be applied to them, the Court takes up the Law governing these relations (analogy of legislation), and in case of its absence, the Court takes grounds of general principles and content (analogy of law).

Basing on the research activities, the author concludes that the jurisdictional analogy is an important institution of economic and legal regulation, the main function of which is to overcome uncertainty in the law caused by certain gaps or particular shortcomings of the legal system in order to ensure consistency between law as dynamic system and development of public relations, and to reach the most complete and efficient implementation of tasks and functions of legal regulation, in particular in the field of economy.

Key words: uncertainty in law, gap in law, analogy of economy and analogy of law.

УДК 346.546
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.16

Веста Малолітнева,
канд. юрид. наук, учений секретар
Державної установи «Інститут економіко-правових досліджень
імені В.К. Мамутова
Національної академії наук України»

«ЗЕЛЕНІ» Й СОЦІАЛЬНО ВІДПОВІДАЛЬНІ ЗАКУПІВЛІ ДЕРЖАВИ: ПОСИЛЕННЯ ПУБЛІЧНИХ НАЧАЛ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ТА НОВІ УМОВИ МІЖНАРОДНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Стаття присвячена питанням посилення публічно-правових начал у правовому регулюванні відносин із закупівель державою, що пов'язано з активним розвитком «зелених» та соціально відповідальних публічних закупівель і обумовлено процесами адаптації вітчизняних нормативно-правових актів до вимог Європейського Союзу (далі – ЄС) та реалізації Цілей сталого розвитку; новим рівнем конкуренції, особливо на міжнародних ринках публічних закупівель. На підставі аналізу законодавства та практики ЄС виявлено тенденції до поступового запровадження для замовників саме обов'язку здійснювати «зелені» публічні закупівлі, особливо у контексті нового «зеленого» курсу ЄС "Green deal", приєднання до якого в Україні визначено одним із пріоритетних кроків; обмеження дискреції замовників у виборі «що купувати», наприклад, шляхом установлення на законодавчому рівні конкретних вимог до деяких предметів закупівлі; обмеження свободи у виборі критеріїв оцінки тендерних пропозицій учасників закупівель, що наділяє закупівлі ознаками засобу державного регулювання господарської діяльності; посилення забезпечення відповідності все більшій кількості міжнародних стандартів у сфері охорони навколишнього середовища та прав людини протягом всіх етапів процедури закупівлі. Наголошено на тому, що «зелені» та соціальні вимоги у публічних закупівлях матимуть більший вплив у контексті захисту ринків публічних закупівель та конкурентоспроможності країн на міжнародних ринках, що вимагає від українських постачальників переходу від орієнтування на найменшу ціну як переваги у закупівлях до забезпечення відповідності високим соціальним та екологічним стандартам, адже в Україні досі переважає такий критерій оцінки тендерних пропозицій, як найнижча ціна. Ці процеси вказують на поступовий відхід від так званого економічного, приватноправового підходу до публічних закупівель, в основу якого покладено відмову від реалізації додаткових цілей державної політики у закупівлях. З огляду на такі тенденції у роботі запропоновано можливі шляхи поступового розвитку «зелених» та соціально відповідальних публічних закупівель в Україні. Наголошено на доцільності впровадження засад планування у сферу розвитку «зелених» закупівель.

Ключові слова: публічні закупівлі, охорона довкілля, соціальний захист, Угода про асоціацію з ЄС, «горизонтальні» цілі, конкуренція, засіб державного регулювання господарської діяльності, нецінові критерії оцінки тендерної пропозиції.

Постановка проблеми. Про необхідність ефективного державного регулювання економіки, отже, забезпечення істотного публічного начала у правовому регулюванні господарської діяльності, насиченість законодавства у сфері публічних (тоді – державних) закупівель публічно-правовими нормами неодноразово говорив у своїх роботах В.К. Мамутов [1]. Значною мірою це обумовлено особливою метою здійснення публічних закупівель, а саме забезпеченням потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад. Втім, слід констатувати новий етап посилення публічно-правових начал у законодавстві про закупівлі державою, що пов'язано з розвитком «зелених» та соціально відповідальних закупівель, а також обумовлено процесами адаптації вітчизняних нормативно-правових актів до вимог Європейського Союзу (далі – ЄС) та реалізації Цілей сталого розвитку; новим рівнем конкуренції, особливо на міжнародних ринках публічних закупівель. Ці процеси ставлять під сумнів можливість охоплення відносин у сфері закупівель так званим економічним [2, с. 63–132] або неоліберальним [3, с. 283–356] підходом, відповідно до якого держава повинна утримуватись від реалізації додаткових цілей державної політики у закупівлях, коли не має бути значної різниці між

© В. Малолітнева, 2021

приватними особами та державою під час закупівель. Це потребує переосмислення усталених позицій та розроблення нових напрямів розвитку законодавства у сфері публічних закупівель України.

Серед вітчизняних науковців актуальність дослідження особливостей правового регулювання відносин із здійснення «зелених» та соціально відповідальних закупівель зростає. Так, окремим аспектам розвитку «зелених» закупівель в Україні та міжнародному досвіду у цій сфері присвячено праці В.О. Буцького, І.В. Влялька, Н.Е. Конащук, К.С. Крицької, А.О. Сошникова, О.Г. Турченко, О.Л. Юдіцького, В.Ю. Халіної. При цьому соціально відповідальним закупівлям майже не приділяється увага, на відміну від зарубіжної наукової літератури. Втім, з огляду на особливості світових процесів, пов'язаних зі змінами клімату, а також боротьбу за чесну конкуренцію та захист ринків публічних закупівель зарубіжними країнами «зелені» й соціальні вимоги у публічних закупівлях набувають нового значення, що потребує переосмислення підходів до системи публічних закупівель та вироблення нових напрямів правого регулювання цих відносин.

Метою статті є виявлення та дослідження останніх тенденцій розвитку законодавства з публічних закупівель України, зокрема під впливом посилення «зелених» та соціальних вимог, а також розроблення відповідних пропозицій з розвитку «зелених» та соціально відповідальних публічних закупівель в Україні для забезпечення конкурентоспроможності України на міжнародних ринках публічних закупівель.

Виклад основного матеріалу. 19 квітня 2020 р. була введена в дію нова редакція *Закону України «Про публічні закупівлі», згідно з якою* правова основа відносин у сфері публічних закупівель зазнала значних змін, що здебільшого обумовлено виконанням Україною своїх зобов'язань щодо адаптації національного законодавства до вимог ЄС згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з одного боку, та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого боку, про що прямо зазначено у Преамбулі цього Закону. Слід відзначити, що нова редакція Закону України «Про публічні закупівлі» запроваджує істотно нові підходи до визначення технічних специфікацій та критеріїв оцінки тендерних пропозицій, що значною мірою відповідають положенням Директиви 2014/24/ЄС про публічні закупівлі та Директиви 2014/25/ЄС щодо здійснення закупівель організаціями, які здійснюють свою діяльність у водному, енергетичному, транспортному та поштових секторах, а також можуть змінити ситуацію в бік більш стратегічного використання публічних закупівель, зокрема реалізації «горизонтальних» [4, с. 149–186] цілей з охорони навколишнього середовища та соціального захисту.

Новою редакцією надаються значні можливості для здійснення та розвитку «зелених» публічних закупівель. Наприклад, серед критеріїв оцінки тендерних пропозицій запроваджено вартість життєвого циклу предмета закупівлі. Крім того, нині спрощено порядок застосування замовниками нецінових критеріїв оцінки пропозицій шляхом відмови від підходу, коли такі критерії могли застосовуватись лише в разі «складного або спеціалізованого характеру» закупівлі. Нині таких обмежень уже немає. Сьогодні «зелені» закупівлі ще не отримали свого розвитку в Україні, законодавець поки що дотримується позиції щодо наявності права, а не обов'язку у замовника здійснювати такі закупівлі. Однак аналіз законодавства ЄС та практики здійснення закупівель країн-членів ЄС свідчить про тенденції поступового переходу до обов'язкового характеру таких закупівель.

У зарубіжній науковій літературі досі наявні дискусії щодо того, наскільки «зелені» публічні закупівлі повинні мати саме обов'язковий характер. Так, деякі автори зазначають, що, відповідно до ст. 11 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС), яка передбачає, що вимоги з охорони довкілля повинні бути невід'ємною частиною визначення та реалізації політик і дій Союзу, замовники у країнах-членах ЄС під час здійснення закупівель повинні не ігнорувати питання охорони довкілля [5, с. 130]. Інші автори, навпаки, вважають, що ст. 11 ДФЄС адресована саме інституціям ЄС, що передбачає обов'язок інтеграції екологічних вимог під час розроблення законодавства та політик, втім, піддають під сумнів, що таке зобов'язання має охоплювати саме країни-члени ЄС [6, с. 342]. Аналіз останніх зарубіжних досліджень дає змогу відзначити значний наголос на необхідності забезпечення саме обов'язкового характеру «зелених» публічних закупівель. Так, в одній із робіт науковець зазначає, що формулювання ст. 18 Директиви 2014/24/ЄС про публічні закупівлі, незважаючи на її назву «Принципи закупівель», передбачає, що країни-члени ЄС мають вживати відповідних заходів задля забезпечення того, щобм під час виконання договору про закупівлю учасники дотримувались зобов'язань у сфері охорони навколишнього середовища,

соціального захисту та трудових прав, тобто це має накладати на країни-членів ЄС певні обов'язки. Для усунення дискусійного характеру у цьому питанні пропонується застосування формулювання у ст. 18 Директиви, яке би вказувало саме на обов'язок для країн-членів ЄС у цій сфері [7, с. 713]. Крім того, ним пропонуються шляхи посилення «зелених» публічних закупівель у ЄС. Наприклад, наголошується на пропозиції запровадження саме обов'язкових мінімальних показників із закупівель, які мають бути «зеленими», тобто йдеться про вимоги у законодавстві ЄС до країн-членів ЄС встановлювати певний відсоток закупівель, які мають бути «зеленими», з поступовим переходом на 100% на певну дату [7, с. 716]. Ще у 2008 р. Європейська комісія на рівні ЄС встановлювала таку мету: до 2010 р. 50% усіх закупівель мають бути «зеленими». Багатьма країнами-членами ЄС було розроблено національні плани, втім, вони мали переважно рекомендаційний характер [8]. Деякі автори навіть наголошують на хибності підходу Директиви 2014/24/ЄС, коли ст. 69 передбачено обов'язкову відмову в участі учасникам у разі вчинення ними порушень, передбачених ст. 18 (2) Директиви 2014/24/ЄС, якщо це привело до аномально низької ціни пропозиції, тобто автори звертають увагу на те, що такий обов'язок замовника виникає лише у прив'язці до аномально низької ціни, а не вчинення самого порушення. Таким чином, дослідники наголошують на тому, що такі порушення завжди мають тягти за собою відмову в участі у закупівлі на таких же умовах як, наприклад, порушення зобов'язань із виплати податків і зборів [9, с. 36].

Однак, незважаючи на цю дискусію, значна кількість фактів свідчить про те, що розвиток «зелених» публічних закупівель буде лише поглиблюватись і поступово набувати саме обов'язкового характеру. Нині ЄС поки дотримується позиції щодо обов'язковості «зелених» закупівель лише в окремих галузях та стосовно окремих товарів. У Новій індустріальній стратегії для Європи чітко зазначено, що замовники мають подавати приклад шляхом вибору саме екологічно чистих товарів, робіт та послуг. Як зазначено у документі, «завдяки «зеленим» публічним закупівлям замовники можуть допомогти переходу до більш сталого споживання та виробництва. Європейська комісія буде продовжувати розробляти законодавство у цій сфері» [10]. З новим «зеленим» курсом ЄС "Green deal" Європейська комісія планує запропонувати мінімальні саме обов'язкові критерії або цілі для публічних закупівель для окремих галузей або конкретних продуктів, а також закупівель, які фінансуються за рахунок коштів з фондів ЄС. Так, Європейська комісія зазначає, що «замовники по всій Європі будуть заохочуватись включати «зелені» критерії та використовувати маркування у своїх закупівлях» [11]. У нещодавній презентації Векторів економічного розвитку – 2030, визначених Кабінетом Міністрів України, зазначено про приєднання до «Європейського зеленого курсу» як пріоритетного кроку [12], тобто такі тенденції матимуть безпосередній вплив на розвиток системи публічних закупівель в Україні.

Нині у ЄС відбувається істотний вплив на свободу замовника у визначенні «що купувати». Так, Європейська комісія тривалий час намагалася відстоювати позицію щодо ролі закупівель як розвитку внутрішнього ринку, необхідності регулювання цих відносин задля усунення бар'єрів у торгівлі шляхом установлення правил саме «як купувати» для того, щоб не порушувати принцип недискримінації [13], тобто дотримувалась економічного підходу до закупівель [2, с. 63–132], змушуючи замовників прийняти «цінності ринку». Втім, із розвитком практики Суду ЄС, який не підтримав таку позицію Комісії у низці важливих рішень [14; 15], а також розвитком більш ціннісно орієнтованого підходу до ринку ЄС почала поступово зростати кількість вимог саме «що купувати» [16]. Ще під час роботи над новими Директивами ЄС у сфері закупівель 2014 р. Європейська комісія наголошувала на важливості публічних закупівель для досягнення цілей стратегії «Європа 2020», а серед засобів для їхньої реалізації визначала встановлення саме обов'язкових вимог для замовників «що купувати», тобто шляхом визначення певних вимог до предмета закупівлі [17].

Слід зазначити, що в Україні до редакції Закону України «Про публічні закупівлі» від 19 квітня 2020 р. також існував певний обов'язок у сфері «зелених» публічних закупівель, що відображало вимоги «що купувати», адже вони безпосередньо стосувались технічних характеристик предмета закупівлі, зокрема встановлювалась вимога, щоб такі характеристики передбачали вжиття заходів із захисту довкілля. Однак на практиці виконання цієї вимоги мало формальний характер, що полягало у наданні так званих інформаційних довідок, у яких учасник гарантував вжиття заходів із захисту довкілля [18; 19].

Втім, в Україні лише посилюються тенденції до встановлення вимог не просто «як купувати», щоб не допускати дискримінації та прозорості у процесі закупівлі, а саме вимог «що купувати». Так, 4 березня

2021 р. у першому читанні прийнято за основу проєкт Закону України про енергетичну ефективність. У цьому проєкті значну увагу приділено саме публічним закупівлям, наприклад, установлено вимогу під час проведення закупівель органами державної влади енергоспоживчих товарів, щоби клас енергетичної ефективності таких товарів відповідав максимальному класу енергетичної ефективності, встановленому нормативно-правовими актами у сфері енергетичного маркування, або індикативним показникам, визначеним нормативно-правовими актами у сфері екодизайну [20]. Ці положення відповідають вимогам Директиви 2012/27/ЄС і виступають яскравим прикладом вимог до замовників «що купувати», які С. Ерроусміт (S. Arrowsmith) визначає як засіб реалізації «горизонтальних» цілей у публічних закупівлях, що справляють значний вплив як на учасників закупівель, так і на самих замовників [4, с. 169]. Дійсно, вимоги «що купувати» призводять до обмеження свободи у виборі певних технічних характеристик відповідно до потреб та наявних ресурсів. У цьому разі публічні закупівлі виступають уже в ролі засобу державного регулювання, який за характером наближається до прямого, тобто з'являється елемент обов'язковості для замовника та обмеження його дискреції у виборі предмета закупівлі, а учасник, який бажає продавати для держави, має підлаштовуватись під конкретні вимоги. Відбувається це саме для реалізації «горизонтальних» цілей за відповідними напрямами державної політики. У цьому аспекті слід підтримати пропозиції науковців [21, с. 164; 22, с. 13–14] щодо необхідності визначення публічних закупівель у ст. 12 Господарського кодексу України як окремого засобу державного регулювання господарської діяльності.

Крім того, посилення публічно-правових начал у правовому регулюванні відносин у сфері публічних закупівель обумовлено новим рівнем міжнародної конкуренції. Соціальні та «зелені» вимоги у закупівлях все більше використовуються зарубіжними країнами для забезпечення чесних та рівних умов участі, а також захисту своїх ринків закупівель.

Так, через занепокоєння щодо закритості ринків публічних закупівель деяких третіх країн, з якими ЄС не має відповідних міжнародних угод у сфері закупівель, Європейською комісією було підготовлено Керівництво щодо участі постачальників та товарів з третіх країн у публічних закупівлях ЄС [23]. У цьому документі Європейська комісія наголошує на тому, що учасники з третіх країн не завжди дотримуються таких же високих стандартів, як постачальники з ЄС, та зазначає, що саме стратегічне використання публічних закупівель може сприяти не лише більш відповідальному використанню державних коштів, але й чесній конкуренції шляхом забезпечення того, що всі учасники мають дотримуватись однакових стандартів незалежно від свого походження [23, с. 18]. Таким чином, ЄС розглядає активне запровадження та здійснення «зелених», соціально відповідальних закупівель, а також закупівель для інновацій як забезпечення чесних умов участі у закупівлях і захисту свого ринку від недобросовісних учасників. Відкриття ринків та міжнародна торгівля все більше будуть залежати від дотримання вимог у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту.

Забезпечення дотримання соціальних та екологічних стандартів саме у ланцюгах поставок нині виступає наріжним каменем у питаннях чесної конкуренції у публічних закупівлях, особливо міжнародних, адже учасник, який формально відповідає всім вимогам замовника, зокрема у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту, може отримати договір про закупівлю, втім, задля економії може передати частину роботи субпідрядникам, які не дотримуються зазначених вимог. Наприклад, у дослідженнях у сфері міжнародної торгівлі у контексті необхідності дотримання вимог з охорони навколишнього середовища зустрічається таке поняття як «рай для забруднення» (*pollution heaven*) [24, с. 5], коли підприємства приймають рішення перенести своє виробництво у країни з нижчими екологічними стандартами.

Розглядаючи питання порушення прав людини у ланцюгах поставок у публічних закупівлях у сфері охорони здоров'я, науковці часто наводять приклад виробництва хірургічних інструментів у Пакистані. За деякими даними, у 2017 р. дві третини зі 150 млн. хірургічних інструментів одноразового та багаторазового використання вироблялися у м. Сіалкот, де понад 50 тис. робітників виконували більшу частину робіт вручну, працювали більше 80 годин на тиждень за низьку заробітну плату і часто зазнавали серйозних травм опорно-рухового апарату. До таких робіт залучались навіть діти, які працювали повний робочий день [25; 26, с. 9].

Такі виробництва називають «потогінними фабриками» (*sweat shops*). У США, наприклад, існують різні ініціативи, зокрема Консорціум, який виступає за закупівлі товарів, які вироблені без використання праці людей на таких фабриках (*the Sweatfree*

Purchasing Consortium). До цього об'єднання входять декілька міст із різних штатів США [27; 28, с. 74–75].

Все більше у науковій літературі та засобах масової інформації з'являється повідомлень про необхідність посилення санкцій для британських підприємств, які не можуть забезпечити, щоб їхні ланцюги поставок були вільними від примусової праці. Особливо наголошується на тому, щоби британські суб'єкти господарювання не допускали у своїх ланцюгах поставок участь підприємств, які отримують перевагу від використання примусової праці у регіоні Сіньцзянь на північному заході Китайської Народної Республіки (далі – КНР) [29]. Так, у Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії (далі – Великобританія) діє акт про сучасне рабство, відповідно до якого певні організації повинні щорічно публікувати звіт про заходи, яких вони вживають для запобігання сучасного рабства у своїй діяльності та своїх ланцюгах поставок [30].

Під час здійснення закупівель вимоги щодо відповідності міжнародним стандартам у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту, зокрема Конвенціям Міжнародної організації праці (МОП), набувають все більшої сили. Проста відповідність поступово посилюється конкретними заходами із забезпечення їхнього дотримання, наприклад, через запровадження процедур аудиту. Нещодавно Європейська комісія опублікувала найкращі практики здійснення соціально відповідальних публічних закупівель. Серед прикладів визначено закупівлі замовником у сфері транспорту в Лондоні, який закуповує форму для своїх працівників, що виробляють на фабриках у Народній Республіці Бангладеш та КНР. Згідно з вимогами договору про закупівлю, ці фабрики зобов'язані проходити незалежний аудит щодо відповідності Кодексу з дотримання етичних норм у рамках торговельно-економічної взаємодії (Ethical Trading Initiatives (ETI) Base Code) [31, с. 189].

Як уже було зазначено у попередніх дослідженнях [32, с. 207–209], багато країн розробили спеціальні механізми боротьби із соціальним демпінгом шляхом визначення переліку так званих ризикованих товарів з певних країн, тобто товарів, де є доведені підстави можливості порушення прав людини [33]. Для замовників розроблено та рекомендовано використовувати у договорах про закупівлю спеціальні положення про права людини у ланцюгах поставок щодо таких ризикованих товарів [34].

Деякі автори пропонують сформувати вимоги щодо захисту довкілля, соціального захисту та прав людини у ланцюгах поставок як стандартних умов договору про закупівлю, а також наголошують на посиленні цих вимог шляхом розроблення спеціальних процедур у разі виявлення порушень [9, с. 52].

Посилення публічно-правових начал у правовому регулюванні відносин у сфері публічних закупівель у контексті формування нових умов міжнародної конкуренції можна також проаналізувати на прикладі застосування критеріїв оцінки пропозицій учасників закупівель. Згідно з даними Європейської комісії, викладеними у документі про стратегічне використання публічних закупівель, у 2017 р. більше половини закупівельних процедур (55%) оцінювались на основі критерія найменшої ціни [35]. Тоді Комісія наголошувала на необхідності посилення використання інноваційних, «зелених» та соціальних критеріїв, адже Директиви ЄС у сфері закупівель надають широкі можливості замовникам у реалізації «горизонтальних» цілей політики ЄС [36, с. 13] та посилення якісної складової частини. Згідно зі статистичними даними ЄС у сфері публічних закупівель за 2019 р., значна частина країн-членів ЄС продовжує використовувати критерій найменшої ціни як критерій оцінки пропозиції (Румунія – 92%; Словаччина – 95%; Литва – 94%; Чехія – 81%; Болгарія – 81%) [37].

Втім, вважається, що пріоритизація критерія найнижчої ціни може спонукати учасників до економії на дотриманні соціальних стандартів, щоб зменшити свої витрати, що може призводити до порушення прав людини [25]. Ще у дослідженні 2012 р. з огляду на інтеграційний принцип, передбачений ст. 11 ДФЄС, наголошувалось на необхідності відходження від критерія оцінки найнижчої ціни. Змагання за найнижчу ціну стимулює низьку заробітну плату, умови праці та екологічні стандарти, що підриває якість та процеси сталого розвитку [38].

У Великобританії, де ще з 2012 р. діє Акт про соціальну цінність [39], взагалі пішли шляхом закріплення у певних видах закупівель обов'язку встановлювати конкретний критерій оцінки пропозиції. Соціальну цінність визначають як економічні, екологічні та соціальні переваги для конкретних територій/громад, де здійснює свою діяльність замовник, за винятком територій поза межами Великобританії. Нещодавно були внесені зміни щодо застосування таких вимог центральними урядовими органами. Якщо до цього замовник міг лише розглянути можливість досягнення соціальної цінності у закупівлях, то зараз уже встановлено обов'язок з проведення її оцінювання. Так,

відповідним соціальним цінностям у критеріях оцінки тендерних пропозицій має надаватись як мінімум 10% [40].

Цікаві тенденції прослідковуються у світі. За попередніми даними, з огляду на процеси приєднання КНР до Угоди СОТ про державні закупівлі, учасницею якої Україна є з 2016 р., у КНР було ініційовано перегляд законодавства у сфері закупівель задля приведення його у відповідність до вимог Угоди. Привертає увагу положення щодо перегляду підходу використання найменшої ціни як критерія оцінки пропозиції з наголосом на необхідність посилення якісної складової частини і запровадженням поняття «аномально низька цінова пропозиція» [41].

В Україні навіть після скасування у новій редакції Закону України «Про публічні закупівлі» від 19 квітня 2020 р. формулювання «закупівля, що має складний та спеціалізований характер», яке виступало перешкодою для замовників у використанні нецінових критеріїв, все одно рівень використання таких критеріїв залишається на низькому рівні, навіть поки не йдеться про соціальні або екологічні критерії, що детально обґрунтовано у дослідженні, підготовленого в межах програми інноваційних проєктів «Трансперенсі Інтернешенл Україна» [42]. Згідно з цим дослідженням, із січня 2017 р. замовники використали нецінові критерії у 0,7% усіх лотів, у яких їх могли використати [42, с. 40]. Найбільш часто замовники використовували такі нецінові критерії, як умови оплати, умови виконання договору про закупівлю та гарантію [42, с. 18], тобто в Україні досі переважає найнижча ціна як критерій оцінки тендерних пропозицій. Крім того, щодо розуміння самої ст. 29 Закону України «Про публічні закупівлі» склалась неоднозначна ситуація та наявні різні позиції Міністерства економічного розвитку і торгівлі України, яке вважало, що перелік нецінових критеріїв не є вичерпним [43], а також Антимонопольним комітетом України [44], практика якого навіть відповідно до нової редакції Закону вказує на те, що такий перелік є закритим, про що зазначено у деяких дослідженнях [32, с. 186; 42].

У п. 92 Преамбули Директиви 2014/24/ЄС та п. 97 Преамбули Директиви 2014/25/ЄС зазначено, що Директиви передбачають не вичерпний перелік можливих критеріїв оцінки, що включає екологічні та соціальні аспекти. Враховуючи світові тенденції до посилення застосування нецінових критеріїв та необхідності реалізації Цілей сталого розвитку, вважаємо доцільним розвиток підходу, за якого перелік нецінових критеріїв є примірним, а не вичерпним.

У презентації Векторів економічного розвитку Кабінету Міністрів України запровадження нецінових критеріїв оцінки тендерних пропозицій під час проведення публічних закупівель визначено в контексті саме розвитку конкуренції [12, с. 168]. Крім того, запровадження системи державних «зелених» закупівель також визначено у розділі конкурентоспроможності української промисловості [12, с. 169], тобто відбувається поступове формування розуміння важливості використання нецінових критеріїв оцінки пропозиції саме в аспекті забезпечення конкурентоздатності українських постачальників на міжнародних ринках закупівель.

Висновки

Нині відбувається новий етап посилення публічно-правових начал у законодавстві про закупівлі, що пов'язано з активним розвитком «зелених» та соціально відповідальних публічних закупівель, а також обумовлено процесами адаптації вітчизняного законодавства до вимог ЄС та реалізації Цілей сталого розвитку; новим рівнем конкуренції, особливо на міжнародних ринках публічних закупівель. Так, на основі аналізу законодавства та практики ЄС виявлено тенденції до поступового запровадження саме обов'язку замовника здійснювати «зелені» публічні закупівлі; обмеження дискреції замовників у виборі «що купувати», зокрема шляхом закріплення на законодавчому рівні конкретних характеристик до предмета закупівлі; обмеження свободи замовника у виборі критеріїв оцінки тендерних пропозицій учасників закупівель; посилення забезпечення відповідності міжнародним стандартам у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту. «Зелені» та соціальні вимоги у публічних закупівлях все більше відіграють важливу роль у контексті формування державами стратегій захисту своїх ринків публічних закупівель та конкурентоспроможності країн на міжнародних ринках. Отже, відносини у сфері закупівель не можуть охоплюватись лише приватно-правовим підходом.

З огляду на зазначені тенденції пропонується в Україні розпочати процес із розвитку «зелених» закупівель шляхом поетапного встановлення планів, тобто мінімального відсотку закупівель замовників, які мають бути «зеленими». Задля дотримання принципу пропорційності доцільно запровадити такий обов'язок для закупівель, що перевищують порогові показники, які можуть бути більшими за ті, що встановлені у Законі Україні «Про публічні закупівлі». Крім

того, доцільно розглянути запровадження обов'язкових «зелених» закупівель для деяких замовників, які реалізують свої функції або діяльність у певних галузях, де «зелені» закупівлі можуть значно вплинути на захист навколишнього середовища, а також конкурентоздатність України. Пропонується чітко визначити, що перелік нецінових критеріїв, передбачених у Законі України «Про публічні закупівлі», не є вичерпним. Також пропонується розпочати роботу з розроблення рекомендаційних умов договору про закупівлю товарів, робіт та послуг, щодо яких має бути підвищена увага у ланцюгах поставок у контексті дотримання зобов'язань у сфері охорони навколишнього середовища, соціального захисту та трудових прав.

Список використаних джерел:

1. Мамутов В.К. Усиление публичных начал в правовом регулировании хозяйственной деятельности. *Право Украины*. 2009. № 9. http://www.iepd.kiev.ua/wp-content/uploads/2016/11/Usilenie-publichnyih-nachal-v-pravovom-regulirovanii.pdf (дата звернення: 01.10.2020).

2. Trepte P. Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation. USA : Oxford University Press, 2004. 411 p.

3. Kunzlik P. Neoliberalism and the European Public Procurement Regime. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. 2013. Vol. 15. P. 283–356.

4. Arrowsmith S. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. 2010. Vol. 10. Issue 2. P. 149–186.

5. Wiesbrock A. An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of article 11 TFEU on public contracting in the EU. *Legal Issues of Economic Integration*. 2013. Vol. 40. Issue 2. P. 105–132.

6. Andrecka M. Corporate Social Responsibility and Sustainability in Danish Public procurement. *European Public Procurement & Public Private Partnership*. 2017. № 3. P. 333–345.

7. Kleoniki P. Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the EU Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool. *ERA Forum*. 2021. № 21. P. 699–721.

8. GPP National Action Plans. URL: https://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm (дата звернення: 01.03.2021).

9. Andhov M., Caranta R., Stoffel T., Grandia J., Wiesbrock et al. Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposal. SMART Project Report. 2020. 58 p.

10. A New Industrial Strategy for Europe: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM (2020)102 final. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-eu-industrial-strategy-march-2020_en.pdf (дата звернення: 01.03.2021).

11. Sustainable Europe Investment Plan. European Green Deal Investment Plan: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM/2020/21 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A52020DC0021 (дата звернення: 01.03.2021).

12. Вектори економічного розвитку 2030 : матеріали для обговорення / Кабінет Міністрів України. URL: https://nes2030.org.ua/docs/doc-vector.pdf (дата звернення: 02.03.2021).

13. Interpretative Communication on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement. *OJ*. 2001. № 333. P. 12–26.

14. Case C-513/99, Concordia Bus Finland. E.C.R. I-07213. 2002.

15. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Österreic. E.C.R. I-14527. 2003.

16. On the promotion of clean and energy-efficient transport vehicles: Directive 2009/33/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009. *OJ*. L. 120. P. 5–12.

17. Green paper on modernization of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market. COM/2011/0015 final. European Commission. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0015&from=EN (дата звернення: 01.03.2021).

18. Районна лікарня м. Берегово – будівництво. *Prozorro*. URL: https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-07-16-001513-b (дата звернення: 02.03.2021).

19. Реконструкція (будівництво гідротехнічних споруд (реконструкція очисних споруд «Харківські»)). URL: https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2017-04-28-002354-b (дата звернення: 02.03.2021).

20. Про енергетичну ефективність : проєкт Закону України від 17 грудня 2020 р. № 4507. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70687 (дата звернення: 04.03.2021).

21. Петруненко Я.В. Проблеми забезпечення ефективного використання державних коштів: господарсько-правовий аспект : монографія. Київ : Ліра-К, 2019. 416 с.

22. Щербина В.С. Поняття та види засобів державного регулювання господарської діяльності. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки*. 2012. Вип. 94. С. 10–15.

23. Guidance on the participation of third-country bidders and goods in the EU procurement market. Communication from the Commission. C (2019) 5494 final. URL: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/36601 (дата звернення: 01.03.2021).

24. Short answers to big questions on the WTO and the environment. World Trade Organization.

URL: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/envirqapublication_e.pdf (дата звернення: 01.03.2021).

25. Bhutta F.M. Time for a global response to labour rights violations in the manufacture of health-care goods. *Bulletin of the World Health Organization*. 2017. https://www.who.int/bulletin/volumes/95/5/17-193417/en (дата звернення: 01.03.2021).

26. Protecting Rights by Purchasing Right. The Human Rights Provisions, Opportunities and Limitations Under the 2014 EU Public Procurement Directives. Institute for Human Rights and Business. URL: https://www.ihrb.org/pdf/occasional-papers/Occasional-Paper-3-Protecting-Rights-by-Purchasing-Right.pdf (дата звернення: 01.03.2021).

27. Sweatfree purchasing Consortium. URL: https://buysweatfree.org (дата звернення: 01.03.2021).

28. Martin-Ortega O., O'Brien C.M. Advancing Respect for Labour Rights Globally through Public Procurement. *Politics and Governance*. 2017. Vol. 5. Issue 4. P. 69–79.

29. Cameron-Chileshe J. UK companies face fines over 'slave labour' China suppliers. *Financial Times*. 2021. 12 January. https://www.ft.com/content/0249203b-ce34-406c-ae4d-1bd031ced55b (дата звернення: 01.03.2021).

30. Publish an annual modern slavery statement. Guidance. URL: https://www.gov.uk/guidance/publish-an-annual-modern-slavery-statement (дата звернення: 01.03.2021).

31. Good Practice Cases. Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Cases. European Commission. 2020. 250 p.

32. Малолітнева В.К. Господарсько-правовий інститут публічних закупівель : монографія. Київ : Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова Національної академії наук України, 2020. 412 с.

33. The High Risk List. URL: https://www.anskaffelser.no/public-procurement/socially-responsible-public-procurement/information-about-high-risk-products (дата звернення: 10.11.2020).

34. Contract performance clauses for safeguarding basic human rights in the supply chain. URL: https://www.anskaffelser.no/verktoy/maler/contract-performance-clauses-safeguarding-basic-human-rights-supply-chain (дата звернення: 01.03.2021).

35. Making Public Procurement work in and for Europe: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM/2017/0572 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:572:FIN (дата звернення: 10.02.2021).

36. Semple A. Reform of the EU Procurement Directives and the WTO GPA: Forward Steps for Sustainability? 2012. P. 1–30. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2089357 (дата звернення: 21.02.2021).

37. Public Procurement. Single Market Scoreboard. *European Commission*. URL: https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm (дата звернення: 01.03.2021).

38. Procuring best value for money. Why eliminating the "lowest price" approach to awarding public contracts would serve both sustainability objectives and efficient public spending. *Client Earth*. 2012. URL: https://www.documents.clientearth.org/wp-content/uploads/library/2012-05-01-procuring-best-value-for-money-ce-en.pdf (дата звернення: 01.03.2021).

39. The Public Services (Social Value) Act 2012. An introductory guide for commissioners and policymakers. Department for Digital, Culture Media & Sport. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690780/Commissioner_Guidance_V3.8.pdf (дата звернення: 26.02.2021).

40. Procurement Policy Note – Taking Account of Social Value in the Award of Central Government Contracts. Action Note PPN 06/20. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/921437/PPN-06_20-Taking-Account-of-Social-Value-in-the-Award-of-Central-Government-Contracts.pdf (дата звернення: 26.02.2021).

41. China: Revising Tendering and Bidding Law. URL: https://trade.djaghe.com/?p=6363 (дата звернення: 01.03.2021).

42. Нецінові критерії в Prozorro: за що держава готова платити більше? *Трансперенсі Інтернешнл Україна*. 2021. URL https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2021/02/Netsinovi-kryteriyi-v-Prozorro.-Za-shho-derzhava-gotova-platyty-bilshe.pdf?fbclid=IwAR1uqxVgucBkkM_6_kdMPIvn2LzrjZleMe_onkOl0YZqrgrjLjj66cWrMso (дата звернення: 04.03.2021).

43. Щодо застосування нецінових критеріїв оцінки / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України від 8 жовтня 2018 р. № 3304-04/44053-06.

44. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 29 жовтня 2020 р. № 20175-р/пк-пз. URL: https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-10-02-001044-a (дата звернення: 10.02.2021).

Vesta Malolitneva. "Green" and socially responsible public procurement: strengthening the state regulation and defining new international competition terms and conditions

The present article is dedicated to the processes of strengthening state regulation in the field of public procurement, which is associated with the active development of "green" and socially responsible public procurement and is due to the processes of adaptation of domestic legislation to the European Union (EU) requirements and the implementation of the Sustainable Development Goals; a new level of competition, especially in international public procurement markets. Based on the analysis of EU legislation and practice, there are tendencies to: gradual introduction of the obligation for contracting authorities to carry out "green" public procurement, especially in the context of the EU "Green deal", accession to which is one of the priority aims in Ukraine; limiting the discretion of contracting authorities in choosing "what to buy", for example by setting at the legislative level the specific requirements for the subject-matter of the contract; restriction of freedom in the choice of award criteria, which gives procurement the characteristics of a means of state regulation of economic activity; strengthening compliance with the growing number of international standards in the field of environmental protection and human rights during all stages of the procurement procedure. It is emphasized that "green" and social requirements in public procurement will increasingly gain an impact in the context of protection of public procurement markets and competitiveness of states in international markets, which requires Ukrainian suppliers to move from the lowest price as an advantage during the procurement process to compliance with high social and environmental standards, as the lowest price is still prioritized in public procurement system of Ukraine. These processes indicate a departure from the so-called "economic", private-legal approach to public procurement, which is based on the refusal to implement horizontal aims in procurement. Taking into account such tendencies, the article suggests possible ways of gradual development of "green" and socially responsible public procurement in Ukraine. The author emphasizes the reasonability of introducing planning principles into the development of "green" procurement.

Key words: public procurement, environmental protection, social protection, EU-Ukraine Association Agreement, horizontal aims, means of state regulation of economic activity, non-price award criteria.

УДК 346.58
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.17

Віталій Олефір,
адвокат, юрисконсульт АТ «Фармак» (м. Київ)

ОСНОВНІ МЕХАНІЗМИ ТА ЗАСОБИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН

У статті досліджено правову природу та призначення механізмів і засобів регуляторного впливу держави на відносини у сфері міжнародної торгівлі. Проведено аналіз публічного та приватно-правового складників у регулюванні таких відносин.

Запропоновано підхід до класифікації регуляторних засобів на основі рівнів зовнішньоекономічних відносин, для випливу на які ці засоби застосовуються. Визначено основні функції Кабінету Міністрів України та Міністерства економічного розвитку, торгівлі і сільського господарства України у регулюванні зовнішньоекономічної діяльності на публічно-правовому рівні відносин.

Охарактеризовано такі засоби регулювання, як ліцензування, квотування, заборона експорту (імпорту), застосування технічних регламентів та стандартів, засоби тарифного регулювання, виокремлено спільні і відмінні риси їхньої правової природи. Визначено та охарактеризовано проблему інституційного складника ліцензування та квотування, запропоновано можливі шляхи її вирішення. Досліджено особливості застосування вказаних засобів у їх поєднанні та окремо, наведено приклади такого застосування у 2020, 2021 роках. Визначено функції тарифного регулювання, що диференціюють його від інших (нетарифних) засобів регуляторного впливу на діяльність у сфері міжнародної торгівлі.

Запропоновано як специфічний засіб регулювання зовнішньоекономічних відносин розглядати інститут граничних строків розрахунків за операціями з експорту та імпорту товарів, передбачений Законом України «Про валюту і валютні операції». Визначено механізм впливу вказаного засобу на дотримання дисципліни у сфері зовнішньоекономічних відносин суб'єктами господарювання.

Проаналізовано стан законодавчої бази у сфері регулювання зовнішньоекономічних відносин з виокремленням основних проблем. За результатами дослідження встановлено, що наявність значної кількості нормативних актів не сприяє зручності їх застосування та проведенню класифікації відповідних регуляторних засобів. Запропоновано передбачити в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» вичерпний перелік засобів державного регулювання зовнішньоекономічних відносин та їх офіційну класифікацію.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність, ембарго, ліцензування, квотування, мито, строки розрахунків.

Постановка проблеми. Глобальний світовий економічний простір вимагає від сучасної держави застосування відповідних регуляторних засобів, що мають поєднувати у собі як інтеграційний, так і захисний складники. Якщо інтеграційний складник спрямовує економічну політику на підтримання і розвиток участі держави та її резидентів – господарюючих суб'єктів – у якомога ширшому колі міжнародних торговельних відносин, то захисний складник покликаний забезпечувати економічну стабільність всередині держави, відстоювання національних економічних інтересів та добробуту населення.

Основою застосування таких регуляторних заходів виступає зовнішньоекономічна політика держави, яка, ґрунтуючись на загальновизнаних принципах та нормах міжнародного права, здійснюється державою, виходячи насамперед з національних інтересів. Враховуючи інтенсифікацію сучасних міжнародних торгових зав'язків, зокрема, через розвиток технологій та можливості прискореного обміну інформацією акценти регуляторного впливу на зовнішньоекономічні відносини змінюються від заборон, які виявляються все менш ефективними, до розширення кола дозволених операцій з одночасним посиленням нагляду з боку держави. Оскільки наведене є сталою загальносвітовою тенденцією, існує потреба дослідити та класифікувати ефективні механізми та засоби державного регулювання зовнішньоекономічних відносин.

Практичний аспект, що зумовлює актуальність такого дослідження, пов'язаний з приведенням законодавства України у відповідність до acquis communautaire, але не

© В. Олефір, 2021

обмежений ним, оскільки стосується розвитку експортного потенціалу України загалом.

Стан досліджень. Слід зазначити, що досліджувана тема широко висвітлена у вітчизняній та зарубіжній фаховій літературі. Її розробкою займалися О.П. Гребельник, М.Г. Шульга, А.В. Журавель, Л.М. Пісьмаченко (Івашова), В.Ю. Улида та інші дослідники, у працях яких розкриваються важелі зовнішньоекономічної політики держави у контексті сучасних глобалізаційних тенденцій.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження основних сучасних механізмів та засобів регуляторного впливу держави на відносини у сфері міжнародної торгівлі через призму їх класифікації, здійсненої виходячи з рівнів міжнародних торгових відносин, на яких ці засоби застосовуються.

Виклад основного матеріалу. Як і будь-яка державна політика, зовнішньоекономічна політика потребує відповідного регулювання та не може втілюватися без нього або перебувати поза його межами.

Як зазначає О. Мельник, «правове регулювання є процесом, спрямованим на те, щоб за допомогою правових засобів гарантувати поведінку, необхідну суспільству, спрямувати розвиток життєвих ситуацій у бажане русло» [8, с. 132, 133]. За визначенням, запропонованим В.Ю. Улидою, державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності – це система заходів, що застосовуються в межах складників зовнішньоекономічної політики держави стосовно різнохарактерних операцій суб'єктів господарювання на зовнішньому ринку, спрямованих на підтримку зовнішньоекономічних зв'язків та ефективної участі країни в процесах міжнародного поділу праці відповідно до національних інтересів [12, с. 135].

Як зазначається у літературі, змістом зовнішньоекономічної політики держави є міжнародне економічне співробітництво, яке може здійснюватися у таких організаційних формах, як: міжнародне економічне співробітництво держави з державою; співробітництво держави з міжнародними організаціями, зокрема економічними, на правах повноцінного членства; співробітництво держави з міжнародними економічними організаціями на правах асоційованого членства; економічне співробітництво держави з відповідною групою держав; співробітництво держави через певну міжнародну організацію з іншими державами, які не є її членами; співробітництво держави через певну міжнародну організацію з іншими державами, які є її членами [9, с. 105]. В.Г. Федоренко розглядає зовнішньоекономічну політику як структурний компонент явища загального – економічної політики [10, с. 481].

З наведеного можна дійти висновку, що механізмам та засобам, що покликані забезпечувати втілення зовнішньоекономічної політики, обов'язково має бути притаманний правовий характер, тобто втілення у відповідні правові норми, дотримання яких забезпечується інструментами контролю (нагляду) та інститутом відповідальності.

Слід зауважити, що механізм правового регулювання будь-яких суспільних відносин починається з визначення мети та завершується досягненням певного результату. Так, у літературі зазначається, що мета регулювання зводиться до забезпечення функціонування суб'єктів права відповідно до певних приписів та моделей, щоб соціальні процеси відбувалися в корисних для суспільства, держави та окремої особи напрямах [7, с. 182, 183].

Оскільки зовнішньоекономічна діяльність є сферою, у якій поєднуються як публічні, так і приватноправові відносини, держава застосовує специфічні засоби впливу. Водночас форми впливу (джерела регулювання, які втілюються у вигляді нормативно-правових актів) залишаються загальними в силу конституційного положення про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (стаття 19 Конституції України) [6].

У теорії адміністративного права вважається, що механізм регулювання включає, як правило, чотири елементи: 1) суб'єкт – орган або посадова особа, які здійснюють регуляторну діяльність; 2) об'єкт – процес, явище чи особа, щодо якого здійснюється регулювання; 3) засоби регулювання – сукупність прийомів та методів безпосереднього впливу об'єкта на суб'єкт; 4) «зворотній зв'язок» – характеристика зустрічного підкорення об'єкта владному впливу суб'єкта регулювання [1, с. 8, 9].

Таким чином, механізм та засоби державного регулювання зовнішньоекономічних відносин співвідносяться як ціле та частина. Механізм як ширше поняття в своїй основі має державне управління як вид управління соціального. У свою чергу засоби регулювання є конкретними прийомами реалізацій владного впливу і реальними (практичними) проявами державного механізму.

З урахуванням наведеного класифікацію засобів правового регулювання зовнішньоекономічної діяльності пропонується про-

водити через призму публічного та приватноправового рівнів зовнішньоекономічних відносин, умовно об'єднуючи їх у такі групи:

– засоби, що використовуються державою для участі у публічних (міжнародних) економічних зав'язках (публічний або міждержавний рівень міжнародних економічних відносин);

– засоби, за допомогою яких здійснюється державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності господарюючих суб'єктів (приватноправовий рівень міжнародних економічних відносин).

Дана класифікація пропонується як доповнення до традиційної класифікації, яка поділяє відповідні засоби державного регулювання на тарифні та нетарифні. Для обґрунтування її практичної цінності пропонується звернути увагу на таке.

Природа зовнішньоекономічної діяльності втілюється в перманентному існуванні міжнародних економічних зв'язків на двох рівнях: 1) рівень держав (правові форми: міжнародні конвенції, міждержавні, міжурядові та міжвідомчі угоди; угоди з міжнародними організаціями); 2) рівень бізнесу (зовнішньоекономічні договори (контракти)).

В обох названих сферах істотне значення має як внутрішньодержавна регуляторика (яка впливає на тих суб'єктів, які перебувають під суверенітетом держави), так і міждержавна координація. Щодо останньої вживання словосполучення «державне регулювання» вбачається не досить обґрунтованим, оскільки це означало би право однієї держави впливати на владну діяльність іншої, що суперечить концепції суверенітету, тому у міжнародних відносинах є неприпустимим.

Враховуючи викладене, запропонований поділ засобів регулювання у сфері зовнішньоекономічної діяльності умовно на засоби, що застосовуються на публічному рівні відносин, та засоби, які застосовуються на приватному рівні відносин, вбачається таким, що відповідає природі даної діяльності та узгоджується з її основними сферами.

Наведене знаходить своє підтвердження в нормах чинного законодавства.

Наприклад, відповідно до п. 8 частини другої статті 2 Закону України «Про Кабінет Міністрів України», до основних завдань Кабінету Міністрів України належать організація і забезпечення провадження зовнішньоекономічної діяльності, митної справи [4].

Відповідно до пункту 4 Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 11 вересня 2019 р. № 838), Мінекономіки відповідно до покладених на нього завдань проводить постійний моніторинг розвитку зовнішньоекономічних зв'язків, аналізує ефективність експорту та імпорту товарів (робіт, послуг), розробляє і забезпечує здійснення заходів щодо розвитку та вдосконалення структури експорту та імпорту товарів (робіт, послуг), розробляє рекомендації для відповідних галузей економіки з урахуванням кон'юнктурних змін на світовому ринку (п. 210); розробляє пропозиції щодо запровадження нових форм економічного співробітництва з іноземними державами та поліпшення торговельно-економічних відносин з ними (п. 212); здійснює загальну координацію діяльності української частини двосторонніх комісій, комітетів, координаційних рад та інших міжурядових органів з питань економічного співробітництва (п. 213); проводить в установленому порядку розслідування з метою встановлення фактів дискримінаційних та/або недружніх дій з боку інших держав, митних союзів чи економічних угруповань щодо законних прав та інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності України (п. 232) та інше.

Таким чином, держава в особі Кабінету Міністрів України, Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України бере безпосередню участь у міжнародних економічних зв'язках, взаємодії з іншими державами та міжнародними організаціями. Цей рівень є публічно-правовим, що й зумовлює особливі засоби, які можуть застосовуватися на ньому.

Прикладом засобів державного регулювання публічно-правового рівня є заходи, передбачені статтею 29 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», які можуть бути застосовані державою у відповідь на дискримінаційні та/або недружні дії інших держав, митних союзів або економічних угруповань (повне або часткове ембарго, позбавлення режиму найбільшого сприяння, запровадження спеціального мита тощо).

Незважаючи на те, що зазначені заходи можуть безпосередньо зачіпати інтереси суб'єктів приватного права, їхньою спільною рисою, яка визначає публічно-правову природу, є спрямованість насамперед на суб'єктів публічного права – держави, митні союзи або економічні угруповання. Тобто такі засоби застосовуються для досягнення не стільки суто економічних, скільки більшою мірою політичних (публічних) цілей.

На відміну від вищенаведених, засоби, за допомогою яких здійснюється державне

регулювання зовнішньоекономічної діяльності господарюючих суб'єктів, втілюються в інструментах, спрямованих на регулювання діяльності суб'єктів приватного права. Їхня особливість полягає в тому, що вони покликані досягати насамперед економічних цілей.

Такими засобами можуть виступати ліцензування, квотування, заборона експорту (імпорту), застосування технічних регламентів та стандартів, засоби тарифного регулювання та інші форми регуляторного впливу. Хоча слід визнати, що наведений перелік є орієнтовним та не претендує на роль вичерпного.

Легальна дефініція інституту ліцензування зовнішньоекономічних операцій викладена у статті 16 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», у частині першій якої ліцензування зовнішньоекономічних операцій визначається як комплекс адміністративних дій органу виконавчої влади з питань економічної політики з надання дозволу на здійснення суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності експорту (імпорту) товарів [5].

Іншим прикладом засобів регулювання у сфері зовнішньоекономічної діяльності, що реалізується на приватноправовому рівні відносин, є квотування. Регуляторний вплив даного засобу втілюється через встановлення граничного обсягу (квоти) виробництва чи обігу певних товарів і послуг.

Українським законодавством передбачено різні види квот, що можуть застосовуватися у зовнішньоекономічній діяльності: глобальні, групові, експортні (імпортні), індивідуальні, спеціальні.

Слід зазначити, що регуляторний вплив названих засобів може забезпечуватися як їх поєднанням, так і застосуванням кожного засобу окремо. Наприклад, надання суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності дозволу на здійснення протягом визначеного періоду експорту (імпорту) товарів, щодо яких не встановлюються певні квоти (кількісні або інші обмеження), є характерним для так званого неавтоматичного ліцензування. Натомість автоматичне ліцензування, навпаки, полягає у наданні суб'єкту зовнішньоекономічної діяльності дозволу на здійснення протягом визначеного періоду експорту (імпорту) товарів, щодо яких не встановлюються певні квоти (кількісні або інші обмеження).

Як цікавий приклад застосування названих засобів регулювання зовнішньоекономічної діяльності в їх поєднанні можна навести постанову Кабінету Міністрів України від 23 березня 2020 р. № 229 «Про внесення змін у додаток 1 до постанови Кабінету Міністрів України від 24 грудня 2019 р. № 1109» [11].

Цією постановою, прийнятою у березні 2020 року в рамках заходів, спрямованих на запобігання поширенню коронавірусної хвороби COVID-19, було встановлено ліцензування експорту товарів за кодом згідно з УКТЗЕД 2207 (спирт етиловий) строком до 1 червня 2020 року та одночасно запроваджено квоту на даний товар у обсязі 0 л. Завдяки цим заходам фактично було заборонено експорт спирту етилового, що дозволило в умовах епідемії забезпечити першочергове задоволення потреб внутрішнього ринку України. Це може розглядатися як прояв захисної функції зовнішньоекономічної політики України.

Втіленням практичного застосування державою названих засобів регулювання зовнішньоекономічної діяльності у 2021 році є постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2020 р. № 1329 «Про затвердження переліків товарів, експорт та імпорт яких підлягає ліцензуванню, та квот на 2021 рік», якою, зокрема, затверджено обсяги квот товарів, експорт яких підлягає ліцензуванню, та перелік товарів, експорт яких підлягає ліцензуванню.

Через притаманну названим засобам регулювання гнучкість ліцензування та квотування можна розглядати в якості динамічних засобів державного регуляторного впливу на зовнішньоекономічну діяльність. Водночас, попри безсумнівну ефективність та важливість таких регуляторних засобів, вони не завжди виконують ті функції, для виконання яких покликані. Наприклад, у літературі зазначається можливість зловживання ліцензуванням, що викликає зниження довіри до України як надійного партнера у зовнішньоекономічних відносинах, зниження інвестиційної привабливості національної економіки тощо [2, с. 42].

Слід погодитися, що наявність інституційного складника будь-яких регуляторних засобів теоретично може нести в собі ризики зловживання. Так, у разі запровадження ліцензування ліцензії видаються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері економічного розвитку, а також у межах наданих ним повноважень – відповідним республіканським органом Автономної Республіки Крим, структурним підрозділом обласної, Київської і Севастопольської міських державних адміністрацій (стаття 16 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

Тому для запобігання зловживанням потрібно констатувати важливість контр-

олю за дотриманням законодавства з боку органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь у запровадженні та реалізації заходів регулювання зовнішньоекономічної діяльності, та неухильність настання відповідальності для винних осіб у разі виявлення порушень законодавства.

Схожим за правовою природою на заходи ліцензування та квотування є інститут заборон на певні експортні, імпортні операції. Так, відповідно до статті 17 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в Україні забороняється експорт з території України предметів, які становлять національне, історичне, археологічне або культурне надбання українського народу, що визначається згідно із законами України; імпорт або транзит будь-яких товарів, про які заздалегідь відомо, що вони можуть завдати шкоди суспільній моралі, здоров'ю чи становити загрозу життю населення, тваринному світу та рослинам, або призвести до заподіяння шкоди навколишньому природному середовищу, якщо стосовно транзитних товарів не вжито необхідних заходів для запобігання такій шкоді; імпорт продукції та послуг, що містять пропаганду ідей війни, расизму та расової дискримінації, геноциду тощо, які суперечать відповідним нормам Конституції України; експорт природних ресурсів, які вичерпуються, якщо обмеження також застосовуються до внутрішнього споживання або виробництва; експорт та імпорт товарів, які здійснюються з порушенням прав інтелектуальної власності; експорт з території України товарів у межах виконання рішень Ради Безпеки ООН про застосування обмежень або ембарго на поставки товарів у відповідну державу.

Відмінність названого інституту полягає у тому, що, якщо в рамках ліцензій та/або квот відповідні операції є хоча й обмеженими, але можливими, в умовах заборони здійснення таких операцій стосовно відповідних видів товарів виключається.

Крім наведених, законодавством передбачено й інші засоби регуляторного впливу, які реалізуються на приватноправовому рівні зовнішньоекономічних відносин. До них, зокрема, можна віднести стандартизацію та технічне регулювання.

Технічні регламенти, фармакологічні, санітарні, фітосанітарні, ветеринарні та екологічні заходи, стандарти та вимоги до товарів, що імпортуються в Україну, застосовуються в порядку, встановленому законодавством України (статті 18 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»). Вказане можна розглядати як засіб регулювання зовнішньоекономічної діяльності, покликаний забезпечити відповідність імпортованої продукції певним вимогам (стандартам).

Правову основу застосування названих засобів становлять Закони України «Про стандартизацію», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про пестициди та агрохімікати», «Про лікарські засоби», «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» та інші нормативні акти, що встановлюють вимоги до відповідних видів продукції, яка імпортується в Україну.

Водночас заслуговує на увагу думка про те, що у визначенні кола засобів державного регулювання зовнішньоекономічних відносин не слід обмежуватися тільки положеннями профільного закону, адже відповідні правові інститути наявні і в інших законодавчих актах.

Як приклад можна навести інститут граничних строків розрахунків за операціями з експорту та імпорту товарів, передбачений статтею 13 Закону України «Про валюту і валютні операції» [3]. Так, пунктом 21 Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті, затвердженого постановою Правління НБУ від 2 січня 2019 року № 5, визначено, що граничні строки розрахунків за операціями з експорту та імпорту товарів становлять 365 календарних днів.

Оскільки негативним наслідком порушення даних строків для суб'єкта господарювання виступає стягнення на нього пені на користь держави у розмірі 0,3 відсотка суми неодержаних грошових коштів за договором (вартості недопоставленого товару), зупинення нарахування якої є можливим лише шляхом подання відповідного позову до суду або міжнародного комерційного арбітражу, такий засіб правового регулювання слід розглядати як досить ефективний та стимулюючий дотримання платіжної дисципліни всіма учасниками зовнішньоторговельних операцій.

Окрему групу становлять засоби, спрямовані на захист національного товаровиробника, передбачені законами України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту, «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну».

Усі вказані засоби регулювання вважаються нетарифними. Їхньою спільною рисою є відсутність самостійної мети наповнення державного бюджету.

Аналіз законодавства дозволяє погодитися з доводами М.В. Шульги про те, що «правова регламентація заходів нетарифного

регулювання регламентується величезною, не систематизованою кількістю правових актів різного рівня. Це є наслідком того, що взагалі вся сукупність таких заходів досі не отримала загальноприйнятої класифікації. Кожен, хто торкається цієї теми, для спрощення розгляду пропонує власне бачення: виокремлюючи тарифні заходи, все інше називає нетарифними заходами, навіть пряме втручання у зовнішню торгівлю» [13, с. 72, 73]. Слід констатувати, що наведені висновки дотепер залишаються актуальними.

Поряд із нетарифними, окремий вид засобів регуляторного впливу на зовнішньоекономічну діяльність становить тарифне регулювання. Правову основу останнього становлять Закони України «Про Митний тариф України», «Про вивізне (експортне) мито на відходи та брухт чорних металів», «Про вивізне (експортне) мито на живу худобу та шкіряну сировину», «Про ставки вивізного (експортного) мита на насіння деяких видів олійних культур» та інші.

Аналіз національного законодавства дає змогу виокремити дві основні функції мита: захисну (захист національного товаровиробника від іноземної конкуренції) та фіскальну (наповнення державного бюджету). Саме остання функція тарифного регулювання істотно вирізняє його від інших засобів (ліцензування, квотування, стандартизація тощо) та дозволяє виокремити його як специфічний інструмент, який не тільки справляє регуляторний вплив на відносини у сфері зовнішньої торгівлі, але й сприяє наповненню державного бюджету.

Природа як нетарифних, так і тарифних засобів, що реалізуються на приватноправовому рівні відносин, зумовлюється тим, що сторонами зовнішньоекономічної операції, на процес реалізації яких впливають ці засоби, є не публічні органи, а суб'єкти господарювання, на яких покладається дотримання відповідних правил під час здійснення імпортних операцій. Ці засоби, як правило, виступають інструментами досягнення економічних і в меншому ступені зовнішньополітичних цілей держави.

Окремо слід зауважити, що як для нетарифних засобів, так і для тарифного регулювання характерна несистематизованість законодавства, наявність значної кількості нормативно-правових актів, що не сприяє ані виробленню підходів до класифікації, ані зручності застосування.

Висновки

Сучасні глобалізаційні тенденції, поглиблення міжнародних торговельних та інституційних зв'язків вимагає від сучасної держави застосування специфічних методів регулювання, яким притаманне поєднання захисної, регуляторної та публічно-правової функцій, що має забезпечувати усунення зайвих бар'єрів у міжнародних економічних відносинах. При цьому, хоча більшість засобів державного регулювання зовнішньоекономічних відносин й покликана застосовуватися до суб'єктів приватного права (ліцензування, квотування, заборона експортних, імпортних операцій, стандартизації тощо), частина з них (наприклад, ембарго) представлена на публічному рівні зовнішньоекономічних відносин.

У зв'язку з цим в основу класифікації засобів регулювання зовнішньоекономічних відносин пропонується покласти функціональний критерій, класифікувавши їх залежно від того, на якому рівні відносин вони виконують свою функцію і на яких учасників цих відносин покликані впливати насамперед: на суб'єктів публічного права (заходи, що застосовуються на публічному рівні відносин і є інструментом досягнення не тільки зовнішньоекономічних, але й політичних цілей) або на господарюючих суб'єктів (заходи, що застосовуються на приватноправовому рівні відносин). Такий підхід здатний ефективно поєднуватися з існуючим поділом засобів регулювання на тарифні та нетарифні та враховує його, але водночас дозволяє охопити публічно-правовий (міждержавний) аспект зовнішньоекономічних відносин, якому існуюча класифікація не приділяє достатньої уваги.

Істотним недоліком державного регулювання зовнішньоекономічних відносин продовжує залишатися наявність значної кількості несистематизованих нормативних актів, дотичних до регулювання цієї сфери, що, природно, не сприяє зручності їх застосування. Враховуючи викладене, пропонується в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» як спеціальному нормативному акті передбачити вичерпний перелік та офіційну класифікацію засобів державного регулювання зовнішньоекономічних відносин, виходячи з рівнів відносин, на яких ці засоби застосовуються.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України : підручник / за ред. Ю. П. Битяка. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 544 с.

2. Дем'янко О. Ліцензування як один із важелів державного регулювання підприємницької діяльності. *Юридичний журнал.* 2009. № 5(83). С. 41-43.

3. Про валюту і валютні операції : Закон України від 21.06.2018 № 2473-VIII // *База даних*

«Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text (дата звернення: 01.03.2021).

4. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27.02.2014 № № 794-VII // *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text (дата звернення: 01.03.2021).

5. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 № 959-XII // *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12#Text (дата звернення: 01.03.2021).

6. Конституція України // *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 01.03.2021).

7. Красовська В.Г. Ефективність дії правових стимулів та обмежень у механізмі правового регулювання. *Право України*. 2010. № 6. С. 182-188.

8. Мельник О. Сфера правового регулювання: поняття, ознаки, види. *Право України*. 2010. № 9. С. 132-138.

9. Міжнародне економічне право : підручник / за ред. В. Опришка. Київ: КНЕУ, 2006. 191 с.

10. Основи економічної теорії / за ред. проф. Федоренка В.Г. Київ: Алерта, 2005. 487 с.

11. Про внесення змін у додаток 1 до постанови Кабінету Міністрів України від 24 грудня 2019 р. № 1109 : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 березня 2020 р. № 229 // *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/229-2020-%D0%BF#Text (дата звернення: 01.03.2021).

12. Улида В. Ю. Система державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності. *Вісник Національного університету цивільного захисту України*. 2015. Вип. 2. С. 132-139.

13. Шульга М. Г. Нетарифні заходи регулювання в зовнішньоекономічних відносинах. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 117. С. 69-76.

Vitaliy Olefir. Basic mechanisms and means of state regulation of foreign economic relations

The article examines the legal nature and purpose of mechanisms and means of regulatory influence of the state on relations in the field of international trade. The analysis of public and private-legal components in the regulation of such relations is carried out.

An approach to the classification of regulatory tools based on the levels of foreign economic relations to which these tools are applied is proposed. The main functions of the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture of Ukraine in the regulation of foreign economic activity at the public level of relations have been identified.

Such means of regulation as licensing, quotas, ban on export (import), application of technical regulations and standards, means of tariff regulation are characterized, common and distinctive features of their legal nature are singled out. The problem of the institutional component of licensing and quotas is defined and characterized, possible ways of its solution are offered. Peculiarities of application of the specified means in their combination are investigated, and separately, examples of such application in 2020, 2021 are resulted. The functions of tariff regulation that differentiate it from other (non-tariff) means of regulatory influence on activities in the field of international trade are determined.

It is proposed to consider the institution of deadlines for settlements on export and import of goods, provided by the Law of Ukraine "On Currency and Foreign Exchange Transactions", as a specific means of regulating foreign economic relations. The mechanism of influence of the specified institute on observance of discipline in the field of foreign economic relations by subjects of managing is defined.

The state of the legislative base in the field of regulation of foreign economic relations is analyzed, with the identification of the main problems. According to the results of the study, it is established that the existence of a significant number of regulations does not contribute to the convenience of their application and classification of the relevant regulatory tools. It is proposed to provide in the Law of Ukraine "On Foreign Economic Activity" an exhaustive list of means of state regulation of foreign economic relations, and their official classification.

Key words: foreign economic activity, embargo, licensing, quotas, duties, payment terms.

УДК 005.591:642.5-057.874
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.18

Галина П'ятницька,
докт. екон. наук, професор,
професор кафедри менеджменту
Київського національного торговельно-економічного університету

Наталія Федорченко,
докт. юрид. наук, професор,
завідувач кафедри загальноюридичних дисциплін, цивільного права
та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права

Ніла П'ятницька,
канд. екон. наук, професор,
Київський університет туризму, економіки і права

Олег Григоренко,
канд. техн. наук, доцент,
доцент кафедри інженерно-технічних дисциплін
Київського національного торговельно-економічного університету

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ХАРЧУВАННЯ В ЗАКЛАДАХ ЗАГАЛЬНОЇ СЕРЕДНЬОЇ ОСВІТИ

У статті проведено комплексний аналіз законодавчих та нормативно-правових актів, що створюють правове поле для організації процесів у сфері забезпечення харчування учнів у закладах загальної середньої освіти України та управління ними. Для досягнення мети застосовані загальнонаукові і спеціальні методи дослідження. Для обґрунтування включення в проєкт Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» економічного блоку питань проведено дослідження економічної ефективності прийняття відповідних організаційно-економічних рішень. Встановлено, що державне регулювання організації харчування у закладах загальної середньої освіти (ЗЗСО) має здійснюватися за такими напрямами, як визначення основних засад державної політики та механізму їх реалізації у сфері організації харчування учнів за місцем навчання; забезпечення управління у сфері організації харчування у ЗЗСО на всіх рівнях; впровадження прогресивних моделей управління процесом забезпечення харчування учнів у ЗЗСО; застосування інноваційних методів та форм організації обслуговування учнів; забезпечення якості та безпечності харчування учнів; побудова ефективних економічних відносин у сфері організації харчування у ЗЗСО. У проєкт Закону включені питання, які вперше набули нормативно-правового статусу, а саме способи забезпечення харчування учнів, фінансово-господарська діяльність підприємства-організатора харчування, визначення вартості харчування, формування штату працівників та їх соціальний захист, підвищення кваліфікації працівників, нові моделі забезпечення організації харчування у ЗЗСО. Доопрацьовані положення щодо визначення пільгових та непільгових категорій учнів, яких необхідно забезпечити безоплатним харчуванням. Обґрунтовано висновок, що системний підхід до вирішення комплексу питань, пов'язаних із нормативно-правовим урегулюванням, дасть змогу підвищити ефективність, безпечність та якість харчування, а також рівень керованості процесами, пов'язаними з організацією харчування учнів у закладах загальної середньої освіти.

Ключові слова: закон, законодавчі акти, управління, організація харчування, підприємство (заклад) ресторанного господарства, заклад загальної середньої освіти, безпечність та якість харчування.

Постановка проблеми. Вирішення проблем щодо управління процесами у сфері організації харчування учнів закладів загальної середньої освіти потребує створення законодавчої бази та механізмів реалізації державної політики в межах нормативно-правового поля. Це є запорукою забезпечення дітей у закладах загальної середньої

© Г. П'ятницька, Н. Федорченко, Н. П'ятницька, О. Григоренко, 2021

освіти достатнім, якісним і безпечним харчуванням, економічно заощадливого використання бюджетних коштів, виділених на організацію безоплатного харчування, створення умов для підвищення продуктивності праці та соціального захисту працівників, активного впровадження інновацій на всіх стадіях виробництва і реалізації продукції та організації обслуговування учнів. Це дає змогу також забезпечити державне врегулювання суспільних відносин у цій сфері, визначити компетенцію державних органів та органів місцевого самоврядування, а також права та обов'язки фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у цьому процесі.

До вирішення цього питання протягом багатьох років прикута увага як на провладному, так і на науковому рівнях. Перша спроба розроблення Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» була зроблена у монографії Г.Т. П'ятницької «Ресторанне господарство України: ринкові трансформації, інноваційний розвиток, структурна переорієнтація» [23, с. 459–464]. У 2014 році науковці вищих навчальних закладів розробили Закон України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти», який був зареєстрований Верховною Радою України від 3 червня 2014 року за № 4004а (до складу авторського колективу входили автори цієї статті). В наступні роки у Комітет з питань науки і освіти Верховної Ради України надійшла низка проєктів змін до чинних законів щодо категорій дітей, які повинні отримувати безоплатне пільгове або непільгове харчування [17]. Це питання розглядається у проєктах за такими реєстраційними номерами: від 23 січня 2015 року № 1834; від 20 лютого 2015 року № 2186; від 17 травня 2016 року № 4682; від 27 січня 2016 року № 3829; від 17 листопада 2017 року № 7314; від 1 грудня 2017 року № 7314-1; від 5 грудня 2017 року № 7314-2. Їх більшість Комітет з питань науки і освіти Верховної Ради України після розгляду рекомендував прийняти за основу. У вищеназваних документах депутати й науковці намагалися комплексно сформулювати певне коло питань, які регламентують роботу у цій сфері діяльності. Прийняття Закону залишається актуальним, але з огляду на те, що з того часу відбулося багато змін, Закон, як і інші документи, потребує перегляду й доопрацювання, тому у 2016–2020 роках нами проведено дослідження стану організації харчування учнів, що дало можливість виявити коло питань, які ще законодавчо не врегульовані, але пройшли апробацію і довели доцільність їх включення в проєкт Закону; сформувати структуру Закону згідно із сучасними вимогами; стисло сформулювати найбільш повне коло питань, що належить до сфери організації харчування учнів у ЗЗСО. Під час доопрацювання проєкту Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» (від 20 грудня 2019 року реєстраційний № 2664) [28] враховані також висновки Комітетів Верховної Ради України, які розглянули на своїх засіданнях вищеназваний проєкт і висловили свої зауваження та пропозиції.

Метою статті є проведення комплексного аналізу законодавчих та нормативно-правових актів, що створюють правове поле для організації процесів у сфері забезпечення харчування учнів у закладах загальної середньої освіти України та управління ними.

Для досягнення поставленої мети були використані загальнонаукові та спеціалізовані методи дослідження, зокрема методи порівняльного аналізу, анкетного опитування учнів та їх батьків, зібрані експертні думки та оцінки замовників послуг, а саме працівників управлінь освіти при районних у місті Києві державних адміністраціях, Департаменту освіти і науки – виконавчого органу КМДА, відповідального за організацію харчування у закладах освіти м. Києва, а також надавачів (виконавців) послуг з організації харчування – керівників підприємств-організаторів харчування у закладах загальної середньої освіти. Для обґрунтування проєкту Закону нами використані також електронні та друковані літературні джерела, що висвітлюють стан організації харчування учнів в Україні та власні дослідження організації харчування учнів методом безпосереднього спостереження за учасниками процесу виробництва готової продукції та обслуговування споживачів, а також їх анкетного опитування. Важливе місце у дослідженні посідає вивчення наявної законодавчої бази. Організацію харчування учнів закладів загальної середньої освіти (ЗЗСО) регламентують багато законів та підзаконних актів. Під час розроблення проєкту Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» використані Конституція України [1], закони України [2–11], що створюють правове поле для здійснення харчування учнів у закладах загальної середньої освіти, постанови Кабінету Міністрів України [12–13], що регламентують нормативи споживання харчових продуктів та продовольчої сировини, а також порядок організації харчування дітей у закладах освіти; накази центральних органів виконавчої влади [14–16], інші норма-

тивно-правові документи [17]; аудиторські звіти [18]; статистичні довідки [19–22] тощо.

Виклад основного матеріалу. Результатом проведеного дослідження було розроблення проєкту Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти». Для оцінювання значимості цього Закону була визначена масштабність діяльності у сфері організації харчування учнів ЗЗСО з використанням статистичних даних щодо кількості закладів загальної середньої освіти в Україні та учнів у них [19; 21; 22], аудиторського звіту від 14 вересня 2018 року № 070-5-13/59 за результатами планового аудиту ефективності функціонування процесу організації харчування учнів ЗЗСО у м. Києві за 2014–2017 роки [18] та інші документи. Згідно зі статистичними даними, за 2020–2021 навчальний рік в Україні налічувалося 14 815 денних закладів загальної середньої освіти, в яких навчалося 4 191 538 учнів (з денною формою навчання), середні витрати на одного учня у 2019–2020 навчальному році становили 23 108 грн. Згідно з аудиторським звітом [18, с. 8], питома вага видатків у загальному фонді бюджету м. Києва на забезпечення учнів безоплатним харчуванням коливається в межах від 4,0% до 5,5%. Середній контингент учнів, що безоплатно харчувався в м. Києві у 2017–2018 навчальному році, становив 42% від загальної кількості учнів [18, с. 10–11]. Наші дослідження в 10 школах м. Києва та Броварському районі Київської області у 2019–2020 навчальному році свідчать про те, що цей рівень є стабільним з незначним зростанням. Загалом в Україні у 2020–2021 навчальному році безоплатно харчуються 32% учнів [38].

Протягом 2015–2020 років, за нашими дослідженнями, в Україні застосовано принцип підвищення соціальних стандартів, зокрема за рішенням міських (обласних) рад (в м. Києві – за розпорядженням КМДА) з 2016 року безоплатне харчування почали отримувати діти із сімей загиблих (померлих) учасників антитерористичної операції, з 2017 року – діти із сімей киян, які загинули (померли) внаслідок захворювань, каліцтва, контузії та інших ушкоджень здоров'я, одержаних під час участі у Революції Гідності. Правомочність таких дій підтверджується статтею 17 Конституції України: «Держава забезпечує соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України, та інших військових формуваннях, а також членам їхніх сімей» [1]. У 2017 році у статтю 56 Закону України «Про освіту» [3] були внесені зміни, згідно з якими органи державної влади та органи місцевого самоврядування, у підпорядкуванні яких перебувають державні та комунальні заклади освіти, забезпечують безоплатним гарячим харчуванням, крім трьох раніше включених груп дітей, а саме дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування; дітей з особливими освітніми потребами, які навчаються у спеціальних та інклюзивних класах; дітей, які отримують допомогу відповідно до Закону України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям», ще одну, а саме дітей з числа осіб, визначених у статті 10 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» [6], якими є діти із сімей ветеранів війни, які навчаються в різних закладах освіти, в тому числі закладах загальної середньої освіти.

Крім того, за зазначений період кількість учнів, що харчується, значно збільшилася за рахунок дітей 1–4 класів непільгових категорій, питома вага яких у загальній кількості учнів, що харчується, у 2015–2017 роках становила в м. Києві 95,6–94,2% [18, с. 11]. За нашими вибірковими дослідженнями, в 10 школах м. Києва та Броварському районі Київської області у 2019–2020 роках кількість учнів 1–4 класів, в тому числі тих, що харчуються, перебуває на такому ж рівні. Про своєчасність та доцільність прийняття рішення щодо організації безоплатного харчування учнів 1–4 класів свідчать результати опитування батьків, проведеного Центром науково-освітніх інновацій та моніторингу у 2015 році [20]. На питання «Чи варто зберегти систему безкоштовного харчування у початковій школі у майбутньому?» 83,5% опитаних батьків відповіли «Так». Скасування безоплатного харчування вищеназваної категорії учнів відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» [9], за винятком дітей із сімей, які отримують допомогу відповідно до Закону України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям» [7], є порушенням статті 22 Конституції України, згідно з якою під час прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження обсягу наявних прав і свобод [1]. Про недоцільність такого рішення свідчить те, що після прийняття такого рішення до Комітету з питань науки і освіти Верховної Ради України надійшло 26 звернень місцевих органів виконавчої влади та місцевого самоврядування про повернення безоплатного харчування учням початкової загальноосвітньої школи [17].

Згідно з нашими дослідженнями, у 2018–2020 роках з'явилися ще дві групи

дітей із сімей, що опинилися у складних життєвих обставинах. Це діти із сімей, що переселилися з районів антитерористичної операції, які потребують соціальної підтримки, та діти з багатодітних сімей, за результатами оцінки потреб яких установлено, що вони теж перебувають у складних життєвих обставинах. Так, згідно з Рішенням міської ради «Про затвердження Програми підтримки багатодітних сімей та дітей пільгових категорій у м. Кривому Розі на 2016–2020 роки», у 2019–2020 навчальному році з 8 січня 2020 року здійснюється організація безкоштовного харчування для учнів 5–11 класів з числа багатодітних сімей за рахунок міського бюджету [24]. Рішенням Житомирської міської ради та виконавчого комітету Житомирської міської ради визначено пільгові категорії учнів, які також отримують безоплатне харчування за кошти місцевого бюджету: це діти, які є внутрішньо переміщеними особами [25]. Значна увага організації харчування пільгових категорій учнів та учнів початкової школи приділена в м. Полтава та інших містах України [26; 27]. Доцільність таких рішень підтверджується положеннями Закону України «Про охорону дитинства» [2], в якому надано визначення поняття «дитина, яка перебуває в складних життєвих обставинах»: це дитина, яка потрапила в умови, що негативно впливають на її життя, стан здоров'я та розвитку, у зв'язку з обставинами стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф, воєнних дій чи збройних конфліктів тощо, що встановлено за результатами оцінки потреб дитини.

З огляду на вищезазначене, а також у зв'язку з поданням до Верховної Ради України від 23 березня 2017 року за реєстраційним № 6230 проєкту змін до Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» [5] необхідно внести зміни до вищеназваного Закону шляхом викладення пункту 11 частини 1 статті 30 у такій редакції: «11) безоплатне харчування здобувачів освіти в закладах дошкільної, загальної середньої, професійної (професійно-технічної) чи фахової передвищої освіти, що розташовані на територіях радіоактивного забруднення, а також дітей, евакуйованих із зони відчуження, дітей, які є особами з інвалідністю внаслідок Чорнобильської катастрофи, і тих, які проживали у зоні безумовного (обов'язкового) відселення з моменту аварії до прийняття постанови про відселення. Дітям, які не харчуються в зазначених закладах освіти, а також за всі дні, коли вони не відвідували ці заклади, до досягнення повноліття виплачується грошова компенсація у порядку, що визначається Кабінетом Міністрів України». На нашу думку, ця категорія дітей повинна бути включена в розроблений нами проект Закону «Про харчування у закладах загальної середньої освіти».

Про необхідність упорядкування нормативно-правових документів у сфері організації харчування учнів свідчить також порівняльний аналіз включених у ці документи категорій учнів, забезпечених безоплатним харчуванням (табл. 1). Дані табл. 1 свідчать про те, що в досліджених правових актах спостерігається різний підхід до вирішення цього принципово важливого питання.

Велике значення має оцінка ступеня реалізації державної політики щодо соціального захисту найбільш вразливих категорій дітей, що навчаються у закладах загальної середньої освіти. Згідно з даними табл. 2, гаряче харчування за місцем навчання отримують більше 66% учнів денних ЗЗСО України, з них 34% харчуються за власні кошти, а 32% – безоплатно [22]. Під час аналізу структури учнів, що харчуються безоплатно, встановлено, що пільгова категорія учнів 1–11 класів становить більше 37%, непільгова категорія учнів 1–4 класів – майже 63% (табл. 2).

Під час аналізу структури пільгової групи учнів установлено, що перше місце посідають діти учасників бойових дій (26,78%), друге – діти з малозабезпечених сімей (22,12%), третє – діти, постраждалі внаслідок аварії на ЧАЕС (17,48%), четверте – діти з особливими освітніми потребами та діти з інвалідністю (14,88%), п'яте – діти з числа внутрішньо переміщених осіб (9,9%), шосте – діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування (8,83%).

При цьому слід зазначити, що в групі дітей, що постраждали внаслідок аварії на ЧАЕС, безоплатно харчується трохи більше 47% дітей, що свідчить про необхідність звернути увагу на вирішення цього надзвичайно важливого питання. В групі дітей початкової школи загалом в Україні безоплатно харчується до 49% дітей, тоді як у містах значно більше. Так, у місті Києві для всіх дітей початкової школи створені умови для отримання гарячого харчування, причому безкоштовно харчуються всі учні 1–4 класів у комунальних ЗЗСО. Створення законодавчої бази, в якій будуть закріплені відповідні нормативно-правові засади підвищення державних стандартів вирішення вищеназваних проблем, є важливою складовою частиною вдосконалення системи управління організацією харчування учнів у закладах загальної середньої освіти.

У проаналізованих нами законодавчих актах не знайшли належного відображення

Таблиця 1

Учні, забезпечені безоплатним харчуванням[1]

Категорії дітей	Закони України			Постанова КМУ № 116[3]
	Проєкт[2]	«Про освіту»	«Про охорону дитинства»	
1. Діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування	+	+	+	+
2. Діти з особливими освітніми потребами	+	+	+	+
3. Діти з інвалідністю	+	–	+	–
4 Діти 1–4 класів з малозабезпечених сімей	+	+	+	+
5 Діти 5–11 класів з малозабезпечених сімей	+	+	–	–
6. Діти, батьки яких захищають Батьківщину	+	+	+	–
7. Діти, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи	+	–	–	+
8. Діти, які є внутрішньо переміщеними особами	+	–	+	–
9. Діти в групах подовженого дня (10% учнів обід одержують безоплатно, 15% – зі знижкою наполовину)	+	–	–	+
10. До 25% дітей, що проживають у пришкільних інтернатах, харчуються безоплатно	+	–	–	+
11. Діти 1–4 класів непільгових категорій	+	–	–	+[4]

Примітки:

[1] розроблено авторами згідно з аналізом змісту законодавчих актів;

[2] проєкт Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти»;

[3] постанова КМУ «Про затвердження Порядку надання послуг з харчування дітей у дошкільних, учнів у загальноосвітніх та професійно-технічних навчальних закладах, операції з надання яких звільняються від обкладення податком на додану вартість» від 2 лютого 2011 року № 116 [13];

[4] у вищеназваній Постанові КМУ (пункт 5 абзацу 6) сказано, що «органи місцевого самоврядування можуть забезпечувати харчування учнів інших категорій та передбачати на зазначену мету відповідні видатки з місцевих бюджетів»

Таблиця 2

Склад учнів, що харчуються, у денних закладах загальної середньої освіти України у 2020–2021 навчальному році

№	Найменування показників	Відсоток учнів, що одержують	
		безоплатне харчування	зокрема, безоплатне пільгове харчування
1	Харчуються безоплатно (без дітей в інтернатних закладах)	100,0	–
1.1	зокрема, учні 1–4 класів непільгових категорій, що харчуються безоплатно	62,69	–
1.2	пільгові категорії дітей 1–11 класів, що харчуються безоплатно	37,31	100,0
1.2.1	з них: діти, постраждалі внаслідок аварії на ЧАЕС	6,52	17,48
1.2.2	діти-сироти, позбавлені батьківського піклування	3,3	8,83
1.2.3	діти з особливими освітніми потребами та діти з інвалідністю	5,55	14,88
1.2.4	діти з малозабезпечених сімей	8,25	22,12
1.2.5	діти з числа внутрішньо переміщених осіб	3,69	9,9
1.2.6	діти учасників бойових дій	9,99	26,78
1.2.7	інші	0,01	0,01

Джерело: розроблено авторами на основі «Зведеного звіту денних закладів загальної середньої освіти за 2020–2021 навчальний рік» [22]

такі важливі питання, як вимоги до чисельного та кваліфікаційного складу працівників шкільних їдальнь та їх соціального захисту; вимоги до конкурсного відбору виконавців, що надають послуги з організації харчування у ЗЗСО, шляхом посилення ролі якісних

показників організації харчування під час визначення переможця торгів; вимоги до управління у сфері організації харчування учнів та застосування автоматизованої системи управління; тільки частково розроблені рекомендації щодо регламентування фінансових питань, що сприяють підвищенню ефективності роботи у цій сфері діяльності та інші питання. Потребує доповнення також порядок надання послуг з організації харчування у ЗЗСО [14].

Більшість цих питань розроблено й представлено в «Методичних рекомендаціях з організації харчування учнів у загальноосвітніх навчальних закладах», затверджених Наказом Міністерства економіки України від 1 серпня 2006 року № 265 [16]. Незважаючи на те, що цей документ втратив чинність 16 жовтня 2015 року, на практиці директори комунальних та інших підприємств, що надають послуги з організації харчування у ЗЗСО, звертаються до цього документа під час вирішення організаційних, фінансово-господарських і соціальних питань, що виникають між суб'єктами господарювання сфери ресторанного господарства і ЗЗСО, зокрема широко використовують норматив кількості учнів, що харчуються (одержують обіди), що становить 83 учня на одного кухара.

Заслуговують на увагу висновки вищеназваного аудиторського звіту [18], який дав змогу виявити недоліки, пов'язані з недосконалістю чинного механізму вибору виконавців послуг харчування щодо визнання переможними економічні критерії, а саме найдешевшу вартість пропозиції учасниками закупівель послуг харчування [8]. При цьому часто постійно діючою адміністративною колегією Антимонопольного комітету України не враховуються вимоги замовників щодо неможливості прийняття пропозицій тих учасників, які повністю не відповідають вимогам тендерної документації щодо гарантування якості та корисності послуг з організації харчування стосовно енергоцінності та вмісту харчових речовин, важливих для здоров'я учнів, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження норм харчування у закладах освіти та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку» від 22 листопада 2004 року № 1591 [12]. Як показало дослідження, це відбувається через умисне демпінгування цін окремими суб'єктами господарювання, а саме учасниками процедур закупівель, шляхом необґрунтованого їх зниження на шкоду достатності та якості харчування. Характерно, що ці недоліки найчастіше виявляють у приватних підприємствах. Так, згідно з аудиторським звітом [18, с. 48], у примірному меню ТОВ «ПОНТЕМ.УА» нормативного рівня не досягає жодний показник під час оцінювання безоплатного сніданку учнів 1–4 та 5–11 класів: енергоцінність страв нижча за норматив на 12% та 7% відповідно, вміст у них білків – на 20% та 10%, вуглеводів – на 13% та 11%, жирів більше норми – на 78% та 70%, тобто надання послуг харчування за кількістю та якістю не відповідає стандартам, заявленим постачальником послуг під час їх закупівлі. Перевірки, проведені органами Головного управління Держпродспоживслужби, показали, що фактично під час надання послуг цим підприємством відхилення від нормативних показників були ще більшими через зменшення виходу готової продукції. В цьому разі постачальник послуг порушує статтю 117 Конституції України, згідно з якою виконання постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів України є обов'язковим, а також статтю 48, яка гарантує кожному громадянину право на достатнє харчування [1].

Були виявлені також певні недоліки щодо ефективності функціонування системи внутрішнього контролю процесу організації харчування учнів у закладах загальної середньої освіти, виконання районними управліннями освіти повноважень головних розпорядників бюджетних коштів на забезпечення харчування учнів ЗЗСО у м. Києві, а також виявлені ризики, які негативно впливають на виконання функцій і завдань цих установ. Так, за результатами внутрішнього планового аудиту встановлено таке [18]:

1) різке коливання вартості безкоштовного харчування учнів у комунальних закладах загальної середньої освіти різних районів м. Києва, в результаті чого між районами м. Києва нерівномірно розподіляються бюджетні кошти на харчування, що є порушенням статті 95 Конституції України, згідно з якою «бюджетна система України будується на засадах справедливого і неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами і територіальними громадами»;

2) в ході планових розрахунків потреби в бюджетних коштах в різних районах міста Києва за один і той же період використовуються без достатнього обґрунтування різні вихідні дані, зокрема за такими показниками, як кількість робочих днів, діто-днів, вартість продуктового набору на одного учня, що призводить до викривлення результатів розрахунків;

3) проблеми щодо контролю аналізу та розподілу фінансового забезпечення харчування через відсутність корпоративної мережі обміну аналітичною інформацією про стан виконання та результати забезпечення

харчування учнів, внаслідок чого дані аналітичної звітності окремих районів м. Києва мають викривлену інформацію, яка не відповідає даним бухгалтерського обліку та не відображає реальний стан рівня послуг харчування;

4) різний рівень підзвітності суб'єктів господарювання з комунальною та приватною формою власності приводить до того, що перші працюють відкрито і прозоро, а другі не надають необхідної інформації щодо планових та фактичних витрат на надання послуг з організації харчування, порушуючи принцип прозорості і відкритості у плануванні та використанні бюджетних коштів, задекларований у Законах України «Про доступ до публічної інформації» та «Про відкритість використання публічних коштів» [10; 11].

Підтвердженням цього положення є встановлені нами в результаті проведеного дослідження витрати загалом і в розрізі статей зокрема, які ми одержали тільки у комунальних підприємствах; дані про витрати у приватному підприємстві запозичені нами з вищеназваного аудиторського звіту [18, с. 21]. Результати дослідження представлені у табл. 3, 4. Як видно з табл. 3, витрати на приготування готової продукції, її реалізацію та організацію споживання у приватному підприємстві на 12,7% вищі, ніж у комунальному; собівартість продуктового набору у приватному підприємстві на 21% нижча, ніж у комунальному підприємстві, тобто комунальне підприємство забезпечує шкільні їдальні скомплектованими раціонами харчування більш високої якості та більш ефективно використовує виділені бюджетні кошти.

В ході дослідження нами була встановлена структура витрат у комунальному підприємстві (табл. 4). Як видно з табл. 4, витрати по відношенню до собівартості продуктового набору в комунальному підприємстві становлять 37,6%, необхідний прибуток – 1,9%, націнка на собівартість продуктового набору – 39,5%, тобто перебуває на рівні тієї націнки, яку встановлюють обласні (міські) державні адміністрації, а саме 40%. У приватному підприємстві, згідно з даними табл. 3, націнка досягає 100%. Це свідчить про те, що головним пріоритетом господарської діяльності приватного підприємства є не забезпечення якості та корисності харчування учнів, а одержання прибутку. Такий підхід є, з одного боку, неприйнятним під час організації харчування дітей за бюджетні кошти, а з іншого боку, несумісним з принципами господарської діяльності підприємства з приватною формою власності.

За даними табл. 4, більше 88% у складі витрат мають витрати на оплату праці. Серед інших витрат помітне місце посідають витрати на комунальні послуги, транспортування, придбання матеріалів та запчастин для ремонту приміщень та обладнання, придбання миючих та дезінфікуючих засобів, знос малоцінних предметів. Загалом дані табл. 4 свідчать про велику кількість питань, яку необхідно вирішити для того, щоби створити всі необхідні умови для забезпечення харчування учнів у закладах загальної середньої освіти. Дослідження цього питання дало змогу сформулювати в проєкті Закону вимоги до формування вартості харчування, оплати праці штатних працівників, витрат на оренду приміщень тощо. Проведені нами дослідження у Броварському районі Київської області дали змогу дійти висновку про те, що на приготування та обслуговування споживачів у шкільних їдальнях за децентра-

Таблиця 3

Структура вартості харчування у підприємствах ресторанного господарства з різною формою власності, %

№	Найменування показників	Приватні підприємства[1]	Комунальні підприємства	
			2017 рік[1]	2019 рік[2]
1.	Собівартість продуктового набору	50,0	71,0	71,68
2.	Витрати на оплату праці	39,74[3]	20,0	23,86
3.	Інші витрати		7,0	3,10
4.	Прибуток	10,26	2,0	1,36
5.	Разом	100,0	100,0	100,0

Примітки:

[1] розроблено авторами згідно з даними планового внутрішнього аудиту, проведеного Департаментом внутрішнього фінансового контролю та аудиту виконавчого органу Київської міської ради (КМДА) – аудиторський звіт від 14 вересня 2018 року № 070-5-13/59 [18, с. 20–21];

[2] згідно з результатами дослідження розробників проєкту Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти»;

[3] структуру витрат не встановлено через відмову керівництва приватного підприємства надати інформацію

Таблиця 4

Витрати комунального підприємства ресторанного господарства – організатора харчування учнів у ЗЗСО за 2019 рік

№	Найменування показників	Співвідношення до	
		собівартості набору продуктів, %	загальної вартості витрат, %
1.	Собівартість продуктового набору	100,0	
2.	Витрати, в тому числі на:	37,60	100,0
2.1	оплату праці	33,25	88,48
2.2	комунальні послуги	0,93	2,47
2.2	транспортування	0,86	2,28
2.3	придбання матеріалів та запчастин для ремонту приміщень та обладнання	0,60	1,64
2.4	придбання миючих та дезинфікуючих засобів	0,50	1,31
2.5	знос малоцінних предметів	0,30	0,79
2.6	охорону праці та пожежну безпеку	0,20	0,55
2.7	фінансові послуги[1]	0,20	0,55
2.8	медичний огляд працівників	0,16	0,44
2.9	придбання спеціального санітарного одягу	0,14	0,36
2.10	оренду приміщень та амортизацію основних фондів	0,10	0,26
2.11	обслуговування автоматизованої системи управління[2]	0,10	0,26
2.12	придбання канцтоварів	0,05	0,13
2.13	повірку вагів	0,04	0,01
2.14	інші витрати	0,10	0,26
2.15	податок на прибуток	0,07	0,21
3.	Необхідний прибуток	1,9	–
4.	Розмір необхідної націнки[3]: витрати (пункт 2) + прибуток (пункт 3)	39,50	–
5	Необхідна сума доходу (пункт 1 + пункт 2 + пункт 3)	139,50	–

Примітки:

[1] до фінансових послуг віднесені послуги банків з інкасації, внесок учасника тендерних торгів, платна довідка обласного (міського) управління статистики тощо;

[2] до витрат на обслуговування автоматизованої системи управління віднесені послуги програміста;

[3] граничний розмір націнки встановлюється обласними (міськими) державними адміністраціями; відповідно до Розпорядження Київської ОДА від 12 вересня 2012 року, встановлена торговельна націнка на продукцію власного виробництва – 40%; на закупні товари – 15%

лізованого способу організації харчування учнів у ЗЗСО вартість натурального продуктового набору, а також вартість витрат у 1,5–1,8 рази вища, ніж у ЗЗСО, у шкільних їдальнях яких харчування учнів забезпечують централізовано комунальні підприємства, створені територіальними громадами. Про низьку ефективність роботи шкільних їдальнь за децентралізованого способу організації харчування учнів у ЗЗСО зроблено висновок у аудиторському звіті (№ 070-5-13/59) [18, с. 30]. Як показало дослідження, головними причинами ризику щодо зростання витрат, а також ефективності та якості харчування учнів у шкільних їдальнях за децентралізованого способу організації харчування учнів у ЗЗСО є такі:

1) непрофесіоналізм керівників, відсутність або недостатність досвіду у працівників щодо виконання роботи на всіх стадіях виробництва готової продукції, зокрема на стадії постачання харчових продуктів та продовольчої сировини, що призводить до ризику закупки продуктів низької якості за завищеними цінами;

2) залучення до роботи зайвої кількості працівників не основного виробництва згідно з Типовими штатними нормативами закладів загальної середньої освіти, які затверджені МОНУ 6 жовтня 2010 року № 1205 [15], що приводить до зростання витрат на оплату праці, медичний огляд працівників, спеціальний санітарний одяг;

3) відсутність спеціалістів з фаховою освітою (інженерів-технологів, інженерів з обслуговування обладнання тощо), що негативно позначається на плануванні та виконанні технологічних процесів.

Беручи до уваги все вищезазначене, вважаємо, що децентралізована модель організації харчування учнів може застосовуватися тільки в тих випадках, коли централізовану модель не можна застосувати.

У проєкт Закону включені також питання, які вперше набули нормативно-правового статусу, зокрема способи забезпечення харчування учнів, способи організації виробництва, методи та форми обслуговування учнів; учасники процесу надання послуг харчування у закладах загальної середньої освіти; фінансово-господарська діяльність підприємства-організатора харчування, визначення вартості харчування, формування штату працівників та їх соціальний захист; нові моделі забезпечення організації харчування у закладах загальної середньої освіти.

Таким чином, у результаті глибокого аналізу соціально-економічних проблем щодо організації харчування учнів закладів загальної середньої освіти було визначено ключові питання, що потребують нормативно-правового врегулювання, використано наробки, що наявні в інших нормативно-правових документах та законодавчих актах, а також комплексно, системно сформульовані правові засади організації харчування у закладах загальної середньої освіти у новому проєкті Закону.

Висновки

Розроблений проєкт Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» [28], на нашу думку, дає змогу висвітлити основні вузлові питання, вирішення яких сприятиме комплексному і системному вирішенню основних проблем у цій сфері діяльності. Згідно з цим Законом мають будуть змінені всі інші закони та нормативно-правові акти, що регламентують діяльність у сфері організації харчування учнів. Крім того, прийняття Закону України «Про харчування у закладах загальної середньої освіти» сприятиме розробленню та прийняттю в установленому порядку інших нормативно-правових документів, у яких більш детально буде регламентовано порядок вирішення таких важливих питань, як технічне переоснащення їдальнь і буфетів у закладах загальної середньої освіти, організація державного контролю за забезпеченням розвитку їх матеріально-технічної бази; впровадження інноваційних форм організації виробництва та обслуговування в шкільних їдальнях, розроблення та впровадження автоматизованих систем управління організацією харчування учнів. Комплексне вирішення цих питань дає змогу запровадити інноваційні моделі управління у сфері організації харчування у закладах загальної середньої освіти, підвищити стандарти соціального захисту як споживачів, так і працівників шкільних закладів ресторанного господарства, а також є запорукою реалізації державної програми забезпечення учнів якісним, безпечним, збалансованим раціональним харчування, що сприятиме створенню умов для виховання здорового, фізично й розумово активного підростаючого покоління.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. *Офіційний вісник України*. 2010. № 72/1 (1 жовтня 2010 року). Ст. 2598. URL: https://www/president.gov.ua/documents/constitution.

2. Про охорону дитинства : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст. 142. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text.

3. Про освіту : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 38–39. Ст. 380. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text.

4. Про повну загальну середню освіту : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 31. Ст. 226. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/463-20#Text.

5. Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи : Закон України. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 16. Ст. 200. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/796-12#Text.

6. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 45. Ст. 425. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3551-12#Text.

7. Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 35. Ст. 290. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1768-14#Text.

8. Про публічні закупівлі : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 9. Ст. 89. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text.

9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 5. Ст. 50. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/911-19#Text.

10. Про доступ до публічної інформації : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text.

11. Про відкритість використання публічних коштів : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text.

12. Про затвердження норм харчування у закладах освіти та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку : Постанова КМУ від 22 листопада 2004 року № 1591. *Офіційний вісник України*. 2004.

№ 47. С. 33. Ст. 3107. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1591-2004-n#Text.

13. Про затвердження Порядку надання послуг з харчування дітей у дошкільних, учнів у загальноосвітніх та професійно-технічних навчальних закладах, операції з надання яких звільняються від обкладення податком на додану вартість : Постанова КМУ від 2 лютого 2011 року № 116 (із змінами згідно з Постановами КМУ від 11 січня 2012 року № 1 та від 18 січня 2016 року № 16). *Офіційний вісник України*. 2011. № 12. С. 58. Ст. 518. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/116-2011-n#Text.

14. Порядок організації харчування дітей у навчальних та оздоровчих закладах : Наказ МОЗУ/МОНУ від 1 червня 2005 року № 242/329. *Офіційний вісник України*. 2005. № 24. С. 111. Ст. 1373. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0661-05#Text.

15. Про затвердження Типових штатних нормативів закладів загальної середньої освіти : Наказ МОНУ від 6 грудня 2010 року № 1205.

16. Офіційний вісник України. 2010. № 101. С. 180. Ст. 3647. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1308-10#Text.

17. Про затвердження Методичних рекомендацій з організації харчування учнів у загальноосвітніх навчальних закладах : Наказ Міністерства економіки України від 1 серпня 2006 року № 265 (втратив чинність 16 жовтня 2015 року). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v0265665-06.

18. Про стан і проблеми нормативно-правового врегулювання харчування дітей та учнів у закладах освіти : Рішення Комітету з питань науки і освіти ВРУ від 27 лютого 2019 року, протокол № 10. URL: https://kno.rada.gov.ua/news/main_news/75284.html.

19. Аудиторський звіт за результатами планового аудиту ефективності за 2014–2017 роки : Департамент внутрішнього фінансового контролю та аудиту виконавчого органу Київської міської ради (КМДА). URL: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&g=Аудиторський+звіт+за+результатами+планового+аудиту+ефективності+за+2014-2017.

20. Про стан організації харчування у загальноосвітніх навчальних закладах м. Києва на початок 2017–2018 навчального року : Інформаційна довідка. URL: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&g=Інформаційна+довідка++Про+стан+організації+харчування+у+загальноосвітніх+навчальних+закладах+м.+Києва+за+2017-2018.

21. Організація харчування учнів у загальноосвітніх навчальних закладах м. Києва : Статистична довідка за результатами моніторингового дослідження / Центр науково-освітніх інновацій та моніторингу. 2015. URL: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&g=Статистична+довідка+за+результатами+моніторингового+дослідження+Організація+харчування+учнів+у+загальноосвітніх+навчальних+закладах+м.+Києва+2015 р.

22. Статистичні характеристики закладів загальної середньої освіти м. Києва (2017–2018 навчальний рік) / Департамент освіти і науки, молоді та спорту виконавчого органу Київської міської ради (Київської міської державної адміністрації), Освітня агенція м. Києва 2018 року. URL: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&g=Статистичні+характеристики+закладів+загальної+середньої+освіти+м.+Києва+2017-2018+р.

23. Зведений звіт денних закладів загальної середньої освіти на початок 2020/2021 навчального року. URL: https://iea.gov.ua/naukovo-analitichna-diyalnist/analitika/informatsijni-byuleteni/2021-2zvedeni-formi-statistichnoyi-zwitnosti-zzso.

24. Пятницька Г.Т. Ресторанне господарство України: трансформації, інноваційний розвиток, структурна переорієнтація : монографія. Київ : Київський національний торгово-економічний університет, 2007. 465 с.

25. Які категорії дітей харчуються в школах безкоштовно? URL: https://www.0352ua/news/2652576/aki-kategorii-ditej-harcuutsa-v-skolah-bezkostovno.

26. Які категорії дітей харчуються в школах безкоштовно? URL: zt-rada.gov.ua/?3398[0]=6139.

27. Харчування в навчальних закладах Полтави: вартість та хто має право на пільги. URL: https://kolo.news/category/osvita/9378.

28. Харчування для школярів 1–4 класів Полтави може знову стати безкоштовним. URL: https://kolo.news/category/osvita/17043.

29. Про харчування у закладах загальної середньої освіти : проєкт Закону України від 20 грудня 2019 року № 2664. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67754.

Halyna Piatnytska, Natalia Fedorchenko, Nila Piatnytska, Oleg Hrihorenko. State regulation of nutrition organization in general secondary education institutions

The article provides a comprehensive analysis of laws and regulations that create a legal framework for the organization and management of processes in the field of nutrition of students' in general secondary education in Ukraine. To achieve this goal, general scientific and special research methods are used. To substantiate the inclusion of the economic block of issues in the draft Law of Ukraine "Impregnation in general secondary education institutions", a study of the economic efficiency of making appropriate organizational and economic decisions was conducted. It is established that the state regulation of the organization of food in general secondary education institutions should be carried out in the following areas: determination of the basic principles of state policy and the mechanism of their implementation in the field of nutrition of students at the place of study; providing management in the field of food organization in general secondary education institutions at all levels; introduction of progressive models of management of the process of providing

food for students in general secondary education institutions; application of innovative methods and forms of student service organization; ensuring the quality and safety of student nutrition; building effective economic relations in the field of food organization in general secondary education institutions. The draft law includes issues that have acquired legal status for the first time, namely: ways to provide food for students, financial and economic activities of the enterprise-organizer of food, determining the cost of food, staffing and social protection; advanced training of employees; new models of food organization in general secondary education institutions and others. The provisions on determining the privileged and non-privileged categories of students who need to be provided with free meals have been finalized. It is concluded that a systematic approach to addressing a range of issues related to regulation will improve the efficiency, safety and quality of food, as well as the level of control over the processes related to the organization of student nutrition in general secondary education.

Key words: *law, legislative acts, management, organization of food, enterprise (institution) of restaurant economy, institution of general secondary education, safety and quality of food.*

УДК 346.546
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.19

Тетяна Швидка,
докт. юрид. наук, доцент, адвокат,
асистент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
ORCID ID: 0000-0002-6152-2705

ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ ТА ВПРОВАДЖЕННЯ ПРАВИЛ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

Ключовим елементом системи ринкових відносин виступає саме конкуренція, адже вона сприяє більш повному використанню потенціалу суспільства та узгодженості поведінки суб'єктів господарювання, теорія ринкової конкуренції швидко розвивається і набуває широкого практичного застосування. Названі причини дають можливість зрозуміти, що її вивчення має бути однією з найважливіших складових частин досліджень ринку, ринкових відносин та економіки, за результатами яких має бути створено підґрунтя для вироблення стратегії і тактики діяльності.

Конкуренція стимулює зниження цін, підвищення якості й розширення асортименту продукції, що випускається, впровадження науково-технічних досягнень, забезпечує чималий економічний ефект, хоча, безумовно, пов'язана з певними витратами (зокрема, з посиленням соціально-економічної диференціації в суспільстві). Водночас вона належить до неконтрольованих факторів, які впливають на діяльність організацій і якими останні не можуть керувати.

Конкурентне законодавство України містить норми, категорії та інститути декількох галузей права, спираючись на які, регулює різні за своїм змістом відносини з використанням норм матеріального та процесуального права. Крім того, завдяки наявності у законодавстві усього комплексу регуляторних, охоронних та спеціалізованих норм воно має комплексний характер, а його особливістю визнається поєднання творчої, стимулюючої та регуляторної функцій.

Варто також пам'ятати, що саме принцип добросовісності дає суб'єкту господарювання можливість провадити вільну підприємницьку діяльність на засадах конкурентного змагання з огляду на те, що необхідно неухильно дотримуватися прав інших учасників, усвідомлювати, що в разі порушення цього його може бути притягнуто до відповідальності, отже, інша сторона може скористатися правом на захист. Таким чином, визнання недобросовісної конкуренції правопорушенням фактично дає підстави для сприйняття добросовісної конкуренції загальновизнаним благом, що потребує належного та ефективного захисту.

Ключові слова: конкуренція, ринкова економіка, недобросовісна конкуренція, господарська діяльність, економічна політика держави.

Постановка проблеми. Основним поняттям, що використовується для відображення природи ринкових відносин, є поняття «конкуренція». Однак нині існує значна кількість наукових підходів до його тлумачення. За таких умов особливого значення набуває дослідження еволюції поглядів на сутність і зміст цього поняття, оскільки завдяки цьому можна систематизувати та врахувати за потреби рекомендації щодо підвищення рівня конкурентоспроможності як окремого економічного суб'єкта, так і економіки країни загалом. Більш того, від розуміння природи конкуренції, форм її прояву, методів конкурентної боротьби й чинників, що впливають на готовність суб'єктів економіки до такої боротьби, значною мірою залежить ефективність господарювання суб'єктів економіки.

Важливо відзначити, що проблемою є не визначення поняття конкуренції, а саме процес регулювання й захисту економічної конкуренції. Сьогодні немає реального закріплення правил і принципів конкуренції в жодному нормативно-правовому акті, як і немає єдиного підходу до бачення того, що саме є принципами й правилами конкуренції (отже, їх уніфікованого й загальноприйнятого трактування). Ми можемо знайти в законодавчих актах України лише перелік правопорушень та види відповідальності за них, проте й тут залишається проблемним питання процесуальних моментів притягнення до відповідальності.

Крім того, на законодавчому рівні не закріплено поняття добросовісної конкуренції. Закон оперує лише поняттям «недо-

© Т. Швидка, 2021

бросовісна конкуренція» та має перелік її проявів у спеціальному Законі, проте це не вирішує проблему боротьби з недобросовісними практиками з боку суб'єктів господарювання, тим паче проблему забезпечення добросовісної поведінки учасників ринку.

Питання правового забезпечення добросовісної конкуренції, економічної політики держави загалом та конкурентної зокрема розглядалися у працях таких науковців, як О. Бакалінська, О. Безух, О. Вінник, С. Валітов, Д. Задихайло, Н. Саніахметова, Ю. Тобота, К. Тотьєв, В. Щербина. Не можна оминути увагою здобутки представників класичної і неокласичної економічних шкіл. Класики економічної науки розглядали у своїх працях питання сутності економічної конкуренції та конкурентоспроможності. Зокрема, автором було проаналізовано праці А. Сміта, Д. Рікардо, Дж. Кейнса, П. Самуельсона, Дж. Робінсона, Й. Шумпетера, М. Портера, А. Маршала.

Незважаючи на те, що окреслене питання ставало предметом вивчення великої кількості фахівців – представників різних галузей знань, а також беручи до уваги особливості сучасної ринкової економіки, існує потреба в уточненні та конкретизації багатьох фундаментальних проблем, зокрема щодо сутності економічної конкуренції, добросовісності, принципів ринкової економіки.

Метою статті є визначення поняття конкуренції та правил конкуренції, які необхідно закріпити на законодавчому рівні.

Виклад основного матеріалу. З моменту набуття Україною незалежності і по сьогодні наша країна є державою з ринковою економікою саме через те, що, по-перше, реалізує конкурентну політику, по-друге, розробила і прийняла безліч законодавчих актів про захист економічної конкуренції, що, звісно, є одним із найголовніших механізмів забезпечення економічного зростання, досягнення цілей і виконання завдань сучасної конкурентної політики.

Зокрема, відповідно до ст. 42 Конституції України, «держава гарантує захист конкуренції в підприємницькій діяльності, забороняє обмеження конкуренції і зловживання монопольним становищем, а також недобросовісну конкуренцію». Водночас у ст. 92 Конституції України зазначено, що «правові засади і гарантії підприємництва і правила конкуренції, норми антимонопольного регулювання визначаються виключно законами України» [1]. Вбачається, що задля законодавчого й управлінського забезпечення реалізації гарантованого ст. ст. 13, 42 Конституції України права на підприємницьку діяльність, а також знаходження дієвого механізму регулювання конкуренції необхідно мати чітке уявлення про об'єкт владного впливу [1], бо саме особливості цього об'єкта зумовлюють форми, способи й засоби державного впливу.

Звісно, що для вирішення окресленого вище питання спочатку треба розібратися із сутністю поняття «конкуренція». У контексті цього зазначимо, що першим сформулював це поняття ще у 1776 р. відомий економіст Адам Сміт, який розглядав конкуренцію як суперництво, завдяки якому ціни підвищуються під час зменшення пропозиції товарів і знижуються тоді, коли пропозиція перевищує попит. Крім того, принцип «невидимої руки» фахівець визнав головним принципом конкуренції. До того ж цей принцип полягає в такому: обставини, незважаючи на прагнення бізнесменів отримати власну вигоду, щоразу складаються так, що вони, переслідуючи власний інтерес, одночасно мають задовольняти інтереси всього суспільства [2].

Значний внесок у розвиток теорії конкуренції зробив Й. Шумпетер, згідно зі вченням якого для суспільства досконала конкуренція є стимулом до зменшення витрат і наближення оплати праці до її граничної продуктивності. На переконання Й. Шумпетера, конкуренція буде ефективною лише за умов економічної динаміки. Такий стан забезпечується якісно новим рівнем виробництва, що базується на безперервному запроваджуванні нововведень; новаторстві на всіх рівнях технологій, управління й організації виробництва; освоєнні нових ринків збуту, сировини; підвищенні якості продукту [3].

Крім того, конкуренція є основним інструментом регулювання економіки ринкового типу, важливою складовою частиною ринкового середовища, що передбачає підвищення ефективності господарської діяльності та прискорення науково-технічного прогресу. З огляду на це в умовах ринкової економіки конкуренція виступає також невід'ємним елементом ринкового механізму господарювання, економічних зв'язків між виробниками і споживачами, але її характер і форми на окремих ринках і в різних ринкових ситуаціях неоднакові. З наведеного можна зрозуміти, що поняття «конкуренція» тісно пов'язане з такими поняттями, як «ринок» і «товарне виробництво».

Конкуренція стимулює зниження цін, підвищення якості й розширення асортименту продукції, що випускається, впровадження науково-технічних досягнень, забезпечує чималий економічний ефект, хоча, безумовно, пов'язана з певними витратами

(зокрема, з посиленням соціально-економічної диференціації в суспільстві). Водночас вона належить до неконтрольованих факторів, які впливають на діяльність організацій і якими останні не можуть керувати.

Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції», економічна конкуренція є «змаганням між суб'єктами господарювання, що здійснюється задля здобуття переваг над іншими суб'єктами господарювання, використовуючи власні переваги, завдяки чому виникає можливість для покупців та інших суб'єктів господарювання вибирати» [4]. Вона значно впливає на упорядкування цін, а також одночасно виступає стимулом до розвитку інноваційних процесів і механізмом витіснення неефективних суб'єктів господарювання з господарського обігу. Її основним змістом є максимальне «задоволення потреб населення, свобода доступу до різноманітних ринків, здешевлення продукції та підвищення її якості тощо».

Водночас С. Цюцюпа розглядає явище економічної конкуренції як регулятор пропорцій суспільного виробництва, який підвищує його ефективність, один із засобів успішного функціонування ринкової економіки, який в усіх своїх конкретних проявах спирається на об'єктивні процеси й закономірності, не вступаючи в суперечності з тенденціями прогресу продуктивних сил, а також як фактор утворення середньої норми прибутку й формування ринкової вартості товару, розрізнення товаровиробників за доходами. Отже, конкуренція – це економічний процес взаємодії, взаємозв'язку і боротьби між підприємствами, що виступають на ринку «задля забезпечення кращих можливостей збуту своєї продукції, задоволення різноманітних потреб покупців і одержання найбільшого прибутку» [5].

Підсумовуючи наведене, а також беручи до уваги результати досліджень інших науковців, можемо виокремити три основні підходи до визначення поняття «конкуренція». За першого, прихильниками якого виступають представники класичної економічної теорії, конкуренція розглядається як елемент ринкового механізму, що дає змогу врівноважити попит і пропозицію. Згідно з другим, що ґрунтується на сучасній теорії морфології ринку, конкуренція – це критерій визначення типу галузевого ринку. Відповідно до третього конкуренція трактується як змагальність, суперництво на якій-небудь території між окремими суб'єктами, зацікавленими в досягненні однакових цілей.

Конкурентне законодавство України містить норми, категорії та інститути декількох галузей права, спираючись на які, регулює різні за своїм змістом відносини з використанням норм матеріального та процесуального права. Крім того, завдяки наявності у законодавстві усього комплексу регуляторних, охоронних і спеціалізованих норм воно має комплексний характер, а його особливістю визнається поєднання творчої, стимулюючої та регуляторної функцій.

Як зазначає О. Бакалінська, конкурентне законодавство – це «засіб примирення і взаємодії між державою і приватним сектором економіки». З огляду на це в сучасній економіці основою під час створення ефективної системи правового регулювання можуть стати комплексність, баланс між саморегулюванням і державним регулюванням, характерні конкурентному законодавству. Наведене має велике значення, оскільки сьогодні саме формування єдиної внутрішньо узгодженої системи регулювання добросовісних конкурентних відносин в Україні визнається необхідною умовою ефективного функціонування й розвитку ринкової економіки. Отже, метою удосконалення правового регулювання конкурентних відносин має стати не витіснення ринкових регулюючих механізмів, що вже створені й діють, а навпаки, їх підтримка, доповнення і зміцнення [6, с. 20].

Варто також пам'ятати, що саме принцип добросовісності дає суб'єкту господарювання можливість провадити вільну підприємницьку діяльність на засадах конкурентного змагання, керуватися тим, що необхідно неухильно дотримуватися прав інших учасників, усвідомлювати, що в разі порушення цього його може бути притягнуто до відповідальності, отже, інша сторона може скористатися правом на захист. Підтвердженням важливості принципу добросовісності може служити той факт, що його порушення під час здійснення конкурентної боротьби зумовило потребу в розробленні та закріпленні механізмів міжнародно-правового захисту прав суб'єктів господарювання і споживачів від проявів недобросовісної конкуренції.

До того ж поняття «добросовісна конкуренція» є оцінним, його визначення, на жаль, на національному рівні не закріплено в жодному нормативно-правовому акті. Так, у 1900 р. відбулася Брюсельська дипломатична конференція, на якій були переглянуті положення Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 р. [7], де було наведено трактування, що ж саме визнається актом недобросовісної конкуренції. Зокрема, відповідно до ст. 10bis Конвенції, під недобросовісною конкуренцією розуміють будь-які дії, що суперечать звичаям, які склалися у промислових і торговельних справах. Крім

того, у Конвенції наводяться такі дії, що підпадають під поняття «недобросовісна конкуренція» і мають бути заборонені:

– усі дії суб'єктів господарювання, що можуть незалежно від способу викликати змішування щодо підприємства, продуктів або промислової чи торговельної діяльності конкурента;

– дії, які призведуть до дискредитації підприємства, продуктів і промислової чи торговельної діяльності конкурента (наприклад, поширення неправдивих тверджень під час провадження своєї діяльності);

– введення громадськості в оману під час здійснення своєї комерційної діяльності шляхом зазначення чи твердження неправдивих положень щодо способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів [6].

Згідно зі ст. 10 Паризької конвенції, уряди всіх держав, які її підписали, повинні забезпечити суб'єктів господарювання і громадян адміністративним і судовим захистом від недобросовісної конкуренції, з якою вони можуть стикнутися. Це означає, що громадянин або підприємець може звернутися за захистом своїх порушених прав до певних міжнародно-правових інституцій, якщо в межах національної системи їм не було надано належного захисту. Таким чином, визнання недобросовісної конкуренції правопорушенням фактично дає підстави для сприйняття добросовісної конкуренції загальновизнаним благом, що потребує належного та ефективного захисту [7].

Найбільш ґрунтовно зміст і сутність поняття «добросовісна конкуренція» розкриває О. Бакалінська. Так, на думку вченої, добросовісна конкуренція являє собою форму взаємодії учасників конкурентного змагання, за якої суб'єкти господарювання під час здійснення господарської діяльності дотримуються чесних і добрих звичаїв, вимог добросовісності, розумності та справедливості, завдяки чому отримують переваги в конкурентній боротьбі, а споживачі мають можливість вільно вибирати товари (роботи, послуги) належної якості [6, с. 15].

У преамбулі Договору про заснування Європейської Спільноти (1957 р.) як завдання визначено постійне гарантування розвитку й чесної конкуренції, до речі, остання проявляється саме в розумінні всіх «правил гри», зокрема знанні та дотриманні правил і принципів [8].

Як уже зазначалося, під час урегулювання відносин на ринках (точніше, під час закріплення механізмів) застосовуються певні правові категорії. Багато з них (наприклад, свобода волі у договорі, обов'язковість виконання зобов'язань та обіцянок, непорушність права власності та права вільно ним розпоряджатися) виходять, майже не змінюючись, ще з римських часів.

Антимонопольна політика – важлива складова частина діяльності найбільших міжнародних економічних організацій. Конференція ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКДАТ) у 1980 р. ухвалила «Комплекс узгоджених на багатосторонній основі принципів і правил контролю за обмежувальною діловою практикою» (Резолюція 35/63), на основі цього документа і під впливом антикартельного європейського законодавства міжурядова група експертів розробила «Типовий закон про конкуренцію» [9], прийнятий у 2000 р. в м. Женева. Цей документ поділений на дві частини, перша має назву «Проєкт вірогідних статей», а друга – «Коментарі до статей». Перша частина містить основні поняття, сферу дії, завдання та цілі, перелік дій, які визначаються як зловживання становищем на ринку, санкції, елементи захисту [10].

Через те, що в жодному нормативному акті не визначено правил економічної конкуренції, про що вже йшлося, їх можна встановити і сформувати шляхом аналізу такого поняття, як «недобросовісна конкуренція», а також положень таких законодавчих актів, як Закон України «Про захист економічної конкуренції», Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції», Закон України «Про Антимонопольний комітет», Закон України «Про природні монополії» [4; 11; 12; 13]. Вони будуть такими.

1) Використання суб'єктом господарювання своєї індивідуальної назви, власного товару, власного товарного знаку, реклами тощо.

2) Допускається продаж і використання товару власного виробництва або продаж і використання товару інших суб'єктів господарювання без зміни їх зовнішнього вигляду, назви та інших індивідуальних ознак.

3) Випускати в обіг товар, не схожий за зовнішніми ознаками на товар конкурента або з певними їх відмінностями, щоб не вводити споживача в оману.

4) Суб'єкт господарювання використовує порівняльну рекламу з іншими суб'єктами господарювання, якщо вона відповідає фактичним даним.

5) Поважати конкурентів, їх діяльність. Не поширювати неправдиву інформацію, яка може негативно вплинути на суб'єктів господарювання, завдати шкоди їх діловій репутації.

6) Гарантування права укладати договори й дотримуватись їх з будь-якими суб'єктами

господарювання. Не схиляти до розірвання договірних зв'язків з конкурентами.

7) Суб'єкти господарювання мають право провадити свою діяльність на рівних умовах.

8) Кожен наділений правом збирання необхідної інформації лише законним шляхом.

9) Суб'єкт господарювання має право на захист своєї комерційної інформації. Ніхто не має права її розголошувати, якщо це може призвести до негативних наслідків.

10) Використовувати комерційну інформацію можна лише у передбачених суб'єктом господарювання випадках.

11) Кожен наділений правом поширювати інформацію, яка є повною і точною.

12) Суб'єкт господарювання повинен провадити свою діяльність, керуючись принципами конкуренції. Якщо суб'єкт господарювання має домінуюче становище, від не повинен зловживати ним.

13) Забороняється перешкоджати іншим суб'єктам здійснювати свою діяльність на ринку.

14) Неухильне виконання обов'язку своєчасно надавати інформацію стосовно своєї діяльності антимонопольним органам.

15) Отримання чесного прибутку тощо.

Крім того, ринкові відносини передбачають наявність певних принципів, стандартів, правил, які регулюють такі відносини.

Кожен учасник ринку має право вступати чи не вступати в такі відносини, що складає його особисту свободу. Проте коли суб'єкт вступає в господарські ринкові відносини, він має право очікувати від інших учасників не створення перешкод для вільного доступу на ринок, свободи економічної діяльності за дотримання встановлених або визнаних правил проведення господарської діяльності, вимагати припинення неправомірних дій у конкуренції та відшкодування збитків. Тільки за умов дотримання всіма учасниками ринку певних правил і єдиного розуміння сутності таких відносин останні є дійсно вільними.

Висновки

Таким чином, у процесі господарської діяльності всі суб'єкти господарювання повинні утримуватися від дій, які заборонені, і дотримуватися правил, які встановлені для певного виду господарської діяльності, що забезпечує їх «технічну» рівність між собою під час ведення господарської підприємницької діяльності. Отримувати переваги у конкурентній боротьбі суб'єкти господарювання повинні завдяки власним рішенням, прийняття яких сприяє підвищенню ефективності порівняно з конкурентами й робить їх більш привабливими для споживачів. Будь-яке відхилення від приписів нормативних документів щодо вимог до здійснення господарської діяльності у певній сфері може приводити до отримання неправомірних переваг такого суб'єкта господарювання стосовно інших, які дотримуються встановлених приписів, не порушують заборони та спотворюють економічну конкуренцію.

Правила конкуренції необхідно розглядати не як просту сукупність правових норм, а як складну систему, що поєднує комплекс компонентів, які перебувають у взаємозв'язку між собою і впливають на весь господарський правовий порядок, який в умовах ринкової економіки передбачає існування, розвиток і захист економічної конкуренції як системоутворюючий принцип формування господарської системи.

Підсумовуючи, зазначаємо, що на цьому етапі Україна потребує вдосконалення свого законодавства, зокрема, стосовно економічної конкуренції, адже правила й принципи нині не мають свого закріплення в нормативній базі, а сформулювати їх можна лише через аналіз положень, що стосуються порушень у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96–ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Smith A. The Wealth of Nations. Glazgo : R.X. Campbell, A.S. Skinner, 1976. 1002 p.

3. Schumpeter J.A. Theoretical Problems of Economic Growth. 1947. URL: https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-economic-history/article/theoretical-problems-of-economic-growth/2567028DDB45AB8D90EA2753F5D78ABA.

4. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210–III. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 12. Ст. 64.

5. Цюцюпа С. Вплив конкуренції на інноваційну діяльність підприємства. *Вчені записки університету «КРОК». Серія: Економіка*. 2019. Вип. 1. С. 221–229. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vzuk_2019_1_29.

6. Бакалінська О. Правове забезпечення добросовісної конкуренції в Україні: проблеми теорії і практики : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.04 ; Національна академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф. Бурчака. Київ, 2015. 32 с.

7. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. *Верховна Рада України* : офіційний веб-портал. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_123.

8. Договір про заснування Європейської Спільноти. ЄЕС, Договір, Міжнародний документ

від 25 березня 1957 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017.

9. Resolution 35/63 adopted by the General Assembly at its 35th Session on 5 December 1980 (Restrictive business practices). 1980. URL: http://www.un.org/documents/ga/res/35/a35r63e.pdf.

10. Типовий закон про конкуренцію ООН. *Серія документів ЮНКТАД з проблематики законодавства та політики в галузі конкуренції.* Женева, 2000. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/law_competition.pdf.

11. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 36. Ст. 164.

12. Про Антимонопольний комітет України : Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 50. Ст. 472.

13. Про природні монополії : Закон України від 20 квітня 2000 р. № 1682-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2000. № 30. Ст. 238.

Tetiana Shvydka. Problems of ensuring fair competition and implementation of market economy rules

The main elements of the system of market relations is exactly competition – it contributes to a more complete use of the potential of society and the consistency of the behavior of business entities, the theory of market competition, is rapidly developing and acquires wide practical application. The listed reasons make it possible to understand that its study should be one of the most important components of market research, market relations and economics, the results of which should create a basis for developing a strategy and tactics of activity.

The competition stimulates a reduction in prices, an increase in the quality and expansion of the range of products, the introduction of scientific and technological achievements, provides a significant economic effect, although, of course, it is associated with certain costs (in particular, with an increase in socio-economic differentiation in society). At the same time, it belongs to uncontrollable factors that affect the activities of organizations and which the latter cannot control.

Competition legislation of Ukraine contains norms, categories and institutions of several branches of law, which regulate relations that are different in their content, using the norms of substantive and procedural law. In addition, due to the presence in the legislation of the entire complex of regulatory, protective and specialized norms, it has a complex character, and its peculiarity is recognized as a combination of creative, stimulating and regulatory functions.

It should also be remembered that it is the principle of good faith that gives a business entity the opportunity to conduct free entrepreneurial activities on the basis of competitive competition, guided by the fact that it is necessary to respect the rights of other participants, realizing that in case of violation of this, he can be held accountable, and therefore, the other party can exercise the right to defense. Thus, the recognition of unfair competition as an offense actually gives grounds for the perception of fair competition as a generally recognized good requires proper and effective protection.

Key words: *competition, market economy, unfair competition, economic activity, economic policy of the state.*

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.20

Ніна Гетьманцева,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувачка кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
ORCID ID: 0000-0002-3859-3046

Ганна Митрицька,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВІ ЗАСОБИ В МЕХАНІЗМІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАЙМАНОЇ ПРАЦІ

У статті розкрито правові засоби в механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці. Констатується, що механізм правового регулювання повинен показувати, як саме працює той чи інший засіб, первинна ланка (норма) чи інші юридичні інструменти (принцип, договір), щоб досягнути зазначеної мети в процесі правового регулювання.

Усі засоби механізму правового регулювання трудових відносин можна поділити на певні групи залежно від мети суб'єкта регулювання: на правові засоби державного регулювання, завдяки яким здійснюється регулювання трудових відносин, тобто жорстке і владне їх нормування державою шляхом видання законів, і правові засоби договірного регулювання, що об'єднують правові засоби індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання. Зауважується, що виокремлення правових засобів договірного регулювання пов'язане з утіленням норм трудового права в життя, практичну діяльність, досягненням мети суб'єктів договірного регулювання через правореалізаційну діяльність. Правові засоби договірного регулювання, на відміну від правових засобів державного регулювання, характеризуються елементами індивідуальності, оскільки суб'єкти індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання обирають їх для досягнення не абстрактної, а конкретної мети: задоволення своїх потреб та інтересів.

Робиться висновок, що правові засоби, які становлять складник механізму правового регулювання, слугують для того, щоб досягнути кінцеву мету правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці. Тому було б неправильним очікувати постановку кінцевої правової мети й визначення правових засобів, спрямованих на її досягнення, лише в нормативному правовому акті, вихідному від держави, оскільки в установленні кінцевої правової мети й визначенні відповідних їй правових засобів беруть участь суб'єкти всіх рівнів: державного, індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання.

Ключові слова: правове регулювання трудових відносин, договірне регулювання трудових відносин, нормативно-правові акти, норма права, трудові відносини, правові засоби.

Постановка проблеми. Правове регулювання є не тільки складним процесом, а й особливою системою юридичних засобів і явищ, за допомогою яких воно здійснюється. Це, у свою чергу, спонукало теоретиків права в 60–70-і рр. XX століття звернутися до більш глибокого вивчення й розробки поняття «механізм правового регулювання». Як відомо, уперше в радянській юриспруденції висунув ідею про механізм впливу права на суспільне життя Н.Г. Александров. Значну роль у цьому відіграли дослідження С.С. Алексєєва [1, с. 33–34]. Оскільки ця ідея виявилася досить продуктивною, то й намітилися відповідні тенденції, напрями в її розробленні. Загалом наукова концепція механізму правового регулювання повинна мати не тільки теоретичну, а й практичну значимість. Останню може надати дослідження саме галузевих аспектів механізму правового регулювання.

Метою статті є дослідження правових засобів у механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці.

На відміну від інших галузей права, де ця проблема так чи інакше висвітлювалася,

© Н. Гетьманцева, Г. Митрицька, 2021

у трудовому праві вона, на жаль, не знайшла відповідного відображення. Проте теоретико-методологічною основою дослідження стали праці відомих як радянських, так і сучасних учених, дослідників: М.Г. Александрова, С.С. Алексєєва, М.Й. Бару, С.В. Бобровник, С.В. Вишновецької, С.Я. Вавженчука, М.І. Іншина, В.Б. Ісакова, А.М. Колодія, О.В. Малька, О.І. Процевського, О.В. Петришина А.С. Піголкіна, С.П. Погребняка, М.П. Рабіновича, О.Ф. Скакун, О.В. Смирнова, Т.І. Тарахонич, М.В. Цвіка, Л.С. Явіча й інших.

Виклад основного матеріалу. Оскільки поняття механізму правового регулювання в трудовому праві є похідним від загальнотеоретичного розуміння механізму правового регулювання, то, здавалося б, достатньо загальному визначенню надати галузеві риси, показати їх специфіку. Але складність зумовлена тими причинами, що єдності думки в цьому питанні протягом багатьох років так і не досягнуто. Проаналізувавши погляди вчених [1, с. 30; 2, с. 267; 3, с. 413; 4; 5; 6] на поняття «механізм правового регулювання», можна зауважити спільне: всі автори солідарні в тому, що механізм правового регулювання – система або сукупність юридичних (правових) засобів. У цих поняттях хоча і є деяка схожість, але всі вчені, які досліджували це питання, зазначають, що сама категорія «механізм правового регулювання» розглядається неоднозначно. І справа тут не в тому, яке формулювання вкладається в це поняття, а яка суть закладена в ньому.

Розуміння категорії «засіб» із позиції права. Найбільш поширеним у теорії права є розуміння механізму правового регулювання як узятої в єдності системи правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини [2, с. 30, 267], досягаються цілі правового регулювання. Як видно із цього визначення, система правових засобів ототожнюється з механізмом правового регулювання, категорією, яка майже не застосовується в галузевих дослідженнях і відтак є малозрозумілою. Таке пояснення цієї категорії за допомогою системи правових засобів становить класичну логічну помилку – визначення одного невідомого через інше невідоме. Таке визначення нічого не визначає, ясності в розуміння ані механізму правового регулювання, ані правових засобів не надає. Сам термін «механізм» розглядається в одній площині, у сполученні з правовим регулюванням. У цьому сенсі, незважаючи на деякі розходження на визначення механізму правового регулювання, ця обставина не заважає вченим-авторам виокремлювати все ж ті самі стадії й елементи механізму. І справа тут не в різному розумінні категорії, що розглядається, а в тому, що науковці під різним кутом зору сприймають саме поняття «право» залежно від того, прихильниками яких шкіл вони є (природної чи позитивістської), а звідси й вкладають різну сутність у це поняття.

Поняття в праві за сутністю є провідними смисловими конструкціями, тому необхідно для їх визначення використовувати адекватні терміни. При цьому необхідно передусім ураховувати системні зв'язки всередині поняття й між поняттями, а також брати до уваги загальноприйняті лексико-семантичні норми функціонування різних значень терміна [7, с. 49]. Саме поняття «засіб» є універсальним, його можна застосувати до будь-чого, до будь-якого поняття, якщо необхідно продемонструвати його придатність для досягнення будь-якої мети (цілі). Сутність категорії засіб – у дистанції між метою і результатом [8, с. 199]. Саме зв'язок засобів з метою, яку визначає інтерес, пов'язує засіб із суб'єктивним моментом, тобто діяльністю, а об'єктивність засобів полягає в їх зв'язку з реальною дійсністю. Г.-В.-Ф. Гегель підкреслював підпорядкованість засобів меті: «... засіб саме і є те, що нічого собою не являє само по собі, а лише заради іншого й у цьому іншому має своє визначення і свою цінність» [9, с. 167]. Проте приєднання до поняття «засіб» указівки на його правовий характер дещо звужує сферу, у якій такі засоби можуть бути виявлені та використані. У силу невизначеності серед науковців самого поняття «право» таке звуження є незначним і водночас аморфним, щоб зрозуміти сутність цього явища. Поняття «засіб» у юриспруденції вживається в різноманітних значеннях: як елементи механізму [10, с. 14–16; 11], так і щодо права загалом. Учені як радянського періоду, так і сучасного в цьому сенсі найчастіше до правових засобів зараховували й зараховують юридичні норми, правовідносини, індивідуальні приписи або специфічні юридичні інструменти (важелі), які застосовуються суб'єктами правовідносин у діяльності: договори, відповідальність, заходи захисту, різні юридичні прийоми й конструкції (позовна давність, способи забезпечення зобов'язань тощо) [12, с. 283]. Під правовими засобами вчені трактували об'єктивовані субстанціональні юридичні явища, які наділені фіксованими властивостями та дають змогу реалізувати потенціал права, його силу [13, с. 349]; при цьому правові засоби, на думку вчених, характеризуються такими властивостями, як субстанціональність, можливість їх використання суб'єктами права, наявність у право-

вих явищах соціальної сили, свого роду юридичної енергії. При цьому юридичні засоби необхідно відмежовувати від інших компонентів правової дійсності: явищ правової діяльності та явищ суб'єктивної сфери [10, с. 15; 13, с. 349]. Прихильники діяльнісного підходу (К.В. Шундіков, О.В. Малько, О.В. Онуфрієнко та ін.) зосереджуються на тому, що поняття правових засобів як субстанціональних явищ не охоплює своїм обсягом діяльнісні феномени, а тому воно відображає лише частину істини [13, с. 349]. З огляду на це, усі заборони, дозволи та приписи, як і самі джерела права, у яких вони містяться, у сукупності є тільки частиною правового механізму – його статичним складником. Такий складник є тільки початковою базою для правового регулювання й обов'язково доповнюється динамічною частиною – технологіями, тими засобами-діяннями, які спрямовані на використання правового інструментарію. Звідси правові засоби – це правові явища, що виражаються в інструментах (установленнях) і діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей [14, с. 9–10; 15, с. 112; 16, с. 188]. Згідно з першим підходом, правові засоби втілені в нормах права, відповідно до другого підходу, правові засоби втілені в діях (діяльності) суб'єктів права. Розуміння правових засобів як норм права і правових інститутів характерно для позитивістської частини юриспруденції в силу особливостей її об'єкта й предмета. Саме в догматичній юриспруденції досліджуються норми права та їх взаємозв'язки між собою. Розуміння правових засобів як елемента правової діяльності – умов, способів і предметів, що використовує суб'єкт для досягнення його правової мети, характерно для юриспруденції соціологічної, що має справу з іншими об'єктом і предметом, ставить перед собою наукові проблеми іншого рівня. Тому й виходить, що в одному понятті зосереджуються декілька різних понять правових засобів, які сформульовані з різних точок зору на сутність, мету, предмет і завдання юриспруденції, і, замість комплексного підходу, усі різнопланові так звані субстанції «засмоктуються» в неупорядковану сукупність. З указаних позицій правові засоби, які розглядаються як парна категорія для правової мети, повинні утворювати відповідну систему, що й відповідає системі правової мети. Як правова мета утворює систему, так і правові засоби й правова діяльність утворюють відповідні системи. Тобто правовий засіб виявляється частиною системи: правова мета – правовий засіб – правова діяльність. Це пояснюється вже зазначеною парністю категорій «мета» і «засіб». При цьому необхідно зауважити, що сучасна філософська доктрина пропонує два підходи до інтерпретації сутності категорії «засіб»: як матеріальне явище, що використовується в діяльних процесах; і не лише як феномени матеріального характеру (техніка), але і як діяльні процеси з їх застосування (технології). Саме остання інтерпретація категорії «засіб» використана прихильниками діяльнісного підходу до вказаного поняття. Разом із тим необхідно зупинитися на певних міркуваннях: що є критерієм поділу правових засобів на засоби-установлення та засоби-діяння й чи є оправданою така класифікація? Адже останнє повністю включає в себе попереднє, бо без нього воно буде просто змістовно незавершеним. Крім того, як уже зауважувалося раніше, сутність категорії «засіб» – у дистанції між метою і результатом, а відтак неможливо віднайти таку систему координат, згідно з якою засоби-діяння могли бути поміщені в логічний ланцюг: мета – засіб – результат. Можна сказати, що правові (юридичні) засоби є тим пластом «вузлового» інструментарію, за допомогою яких або використовуючи які в процесі діяльності суб'єкти досягають своєї мети та результату, але це не сама діяльність. У широкому розумінні правовим засобом може бути все що завгодно, якщо воно призначене для досягнення правової мети. Тому деякими авторами категорія «правові засоби» за своїм змістом охоплює різнопланові юридичні явища, яка в теорії права розглядається як правові засоби в широкому й вузькому розумінні. У широкому розумінні правові засоби розглядаються як такі, що охоплюють своїм змістом «усю правову матерію – «тіло» права» [17, с. 31]. З огляду на це, до засобів правового регулювання трудових відносин необхідно було б зарахувати всі акти, які містять норми трудового права: норми міжнародних актів, нормативно-правові акти, принципи, угоди, що укладаються на генеральному, галузевому, територіальному рівнях, колективні договори, акти роботодавця, трудовий договір (контракт) тощо. У вузькому розумінні засоби правового регулювання розглядаються як особливі засоби, які регулюють поведінку людей тільки в рамках конкретних правовідносин. Отже, слідуючи логіці речей, стосовно трудового права сюди необхідно було б зарахувати трудовий договір (контракт). Ця класифікація, на наш погляд, є дещо штучною, оскільки для правильного розуміння правового засобу на чільне місце повинна ставитися мета людини (працівника), а не норма права. Проте мета

є різною, вона різниться залежно від суб'єктів, які її прогнозують, здійснюють, реалізують. Звідси й різний характер правових засобів, що задіяні в їх використанні. Так, чинна система індивідуальних трудових договорів не може підміняти колективні договори, оскільки не захищає повністю інтереси працівників. Життєвий рівень працівника залежить від багатьох факторів і виходить далеко за рамки компенсації за трудовий вклад, що оговорено трудовим договором. Тільки в колективному договорі, що укладається на рівні підприємства, установи, організації, фіксується низка соціальних гарантій (зайнятість, заробітна плата, охорона праці тощо). Якщо трудовий договір установлює лише права й обов'язки конкретного працівника та роботодавця, то колективний договір уміщує нормативні зобов'язання, що поширюються на всіх працюючих на цьому підприємстві, в установі, організації. З указаних позицій колективний договір є правовим засобом установлення умов праці, захисту й реалізації прав працівників у процесі праці, тоді як трудовий договір, як правовий засіб, укладається з метою реалізації права на працю особи саме в першочерговому його аспекті та в подальшому, в процесі трудової діяльності, набуває всі соціальні блага.

Призначення правових засобів у механізмі правового регулювання. Як зауважувалося, складники механізму правового регулювання можуть бути тільки правовими. Правовий характер будь-якого явища, у тому числі й засобу, полягає в тому, що воно передусім пов'язано з нормою права. Незважаючи на ту обставину, що в реальному світі дії й засоби перебувають у тісному взаємозв'язку, правові засоби не включають дії. Зрозумілим є той факт, що від знаряддя можуть залежати характер дій, що вчиняються, їх послідовність, тривалість, але разом із тим знаряддя не зливаються з дією, вони відокремлені та, як наслідок цього, мають розглядатися, вивчатися також самостійно. На перший погляд може здатися, що це суперечить логіці й не є виправданим, оскільки від механізму правового регулювання мовби відходять «загальновідомі його елементи»: юридичні факти (правомірні дії), акти застосування права (насамперед акти-дії). Однак те, що можна зібрати різні за своїм характером і природою явища, призводить якраз до певної невизначеності. Оскільки одні правові явища виступають як «регулятори», тобто проявляють свої регулятивні властивості, інші, на противагу їм, є тими явищами, що «регулюються» внаслідок взаємодії з ними. За С.С. Алексєєвим, подібні спроби зібрати різнопланові правові явища разом та охарактеризувати їх в одному ряду, є тим підходом, що не дає змогу описати механізм правового регулювання у вигляді функціонуючої системи, виокремити в ній визначальні структурні зв'язки [2, с. 281]. Механізм правового регулювання повинен показувати, як саме працює той чи інший засіб, первинна ланка (норма) чи інші юридичні інструменти (принцип, договір), щоб досягнути зазначеної мети в процесі правового регулювання. Механізм правового регулювання можна порівняти умовно з механізмом дії годинника: усі частини механізму відповідають за злагоджену роботу цілого годинника, причому всі вони діють у взаємодії, оскільки будь-який збій у роботі механізму може призвести до неефективної його роботи: відхилення часу в бік прискорення, або зменшення, або ж його зупинення. При цьому рух стрілки годинника з указівкою на відповідний час можна прирівняти до дії правового регулювання з його відповідними стадіями. Звідси всі засоби діють для того, щоб робота (рух) годинника була (був) точною(им), при цьому ми розрізняємо механізми, що приводять у дію годинник і, як наслідок цього, сам «результативний» рух годинника. Так і в праві, точніше, у механізмі правового регулювання механізм правового регулювання дає змогу глибше зрозуміти, як проходить трансформація вимог норм права, правових приписів у правомірну поведінку суб'єктів, із яких стадій складається цей процес, на яких саме етапах здійснюється збій, виникають перепони для реалізації права та як можна ліквідувати ці перепони [18, с. 575], завдяки яким правовим засобам буде це зробити ефективніше, щоб досягти мети, а отже, ефективного правового регулювання, оскільки воно не завжди є таким. Між тим елементи механізму правового регулювання повинні чітко відповідати на такі питання: що вони дозволяють і забороняють суб'єктам, якими методами вони регулюють їхні вчинки, чим (ким) приводиться в рух цей механізм [19, с. 32]. Тому якщо предмет відповідає на запитання «що?» (які відносини становлять об'єкт правового регулювання), метод – «як?» (у який спосіб регулюються ці відносини), функції – «навіщо?» (яке призначення цієї галузі), для принципів найбільше підходить питання «чому?» (які закономірності формують норми певної галузі права) [20, с. 163], то механізм правового регулювання показує, завдяки чому здійснюється правове регулювання.

Структурні взаємозв'язки механізму правового регулювання. Подібне співвідношення (щодо механізму дії годинника) можна

застосувати в питанні щодо структури механізму правового регулювання, тобто є складники його частини і є стадії (етапи) роботи цього механізму. У зв'язку з цим необхідно розмежувати й вихідні категорії. Відповідно, вони будуть називатися по-різному, залежно від того, ведемо ми мову про складники цього механізму, його елементи чи про його дію, тобто роботу. Тому одна з них може називатися як механізм правового регулювання й указувати на складники цього механізму. Інша може називатися як дія механізму правового регулювання й буде включати стадії (етапи) роботи цього механізму. Наглядним є взаємозв'язок між цими категоріями, причому в їх теоретичному використанні: можна говорити й про складники механізму правового регулювання через дії (функції), що ним виконуються, і про його функціонування (дії) через складові елементи (компоненти). Проте механізм правового регулювання не ототожнюється з правовим регулюванням, з відповідними його стадіями, оскільки самі по собі ці правові явища є різними за юридичною природою, кожне з яких відіграє самостійне функціональне призначення, незважаючи на спільність мети, особливо в галузевому аспекті. Якщо розглядати правове регулювання й механізм правового регулювання, то необхідно підкреслити, що правове регулювання – це завжди динаміка, процес впливу (дії) права на суспільні відносини, що складається з відповідних стадій. Механізм – це статико-динамічне явище, яке зосереджує в собі систему правових засобів, які використовуються на певних стадіях правового регулювання з метою ефективного його забезпечення (роботи). Динамічне тому, що всі правові засоби, як правило, впливають на майбутніх виконавців правового регулювання: їхню свідомість і поведінку, і під впливом же останніх зазнають функціональної дії, видозмінюються, удосконалюються або припиняють своє існування.

Зауважимо, що результат діяльності неможливо одержати тільки за допомогою правових засобів як субстанціональних явищ, оскільки вони не можуть самі по собі призвести до необхідного позитивного результату, проявити свої регулятивні властивості. Тут необхідні ще й активність, відповідні зусилля, дії, пов'язані з використанням правових засобів. Регулювання – це сукупна властивість права. Правове регулювання здійснюється за допомогою всього «динамічного інструментарію», особливого, властивого тільки праву механізму, усього комплексу динамічних систем і структур, покликаних юридично гарантувати досягнення правових завдань у рамках відповідних типів, моделей юридичного впливу на суспільні відносини [21, с. 264]. Тому можна стверджувати, що основною характеристикою механізму правового регулювання є його здатність до регулювання суспільних відносин. А якщо це так, то тільки здатність до правового регулювання робить сукупність правових засобів цілісністю, а не просто механічною сукупністю певних елементів. Є безспірним твердження, що правове регулювання не може забезпечити жоден з елементів механізму самостійно, воно здійснюється одночасно всіма його компонентами в їх органічному взаємозв'язку й завдяки цим зв'язкам. З іншого боку, хоча механізм правового регулювання утворюють елементи, які об'єднані різноманітними взаємозв'язками, але вони є водночас і відособленими один від одного, бодай навіть умовними межами, до настання відповідних обставин, можна сказати, життєвих обставин-умов, навколишніх факторів, що провокують суб'єктів на відповідну регулятивну дію правовими засобами.

Як висновок, до результату призводять не самі засоби, а дії, що здійснюються за допомогою засобів. У цій аксіомі й полягає важливість дій і водночас самостійність засобів, оскільки дає змогу, за С.С. Алексєєвим, механізм правового регулювання описати у вигляді функціонуючої системи, виокремити в ній визначаючі структурні зв'язки. З огляду на вказане, викликають заперечення погляди тих науковців, які включають до юридичних засобів відповідну активну поведінку суб'єктів, що виражена у вигляді актів-діянь, і включення в складник механізму правового регулювання суб'єктів, які здійснюють правове регулювання або правову діяльність. Людина є сама творцем права, на що неодноразово наголошувалося в юридичній літературі: зв'язок «людина-право» є домінантним, у ньому визначальним «елементом» є людина, оскільки вона – творець, суб'єкт права, а не складник правового механізму [19, с. 23]. Право твориться людиною і для людини (І. Іванов) [20, с. 108].

Типологія правових засобів у механізмі правового регулювання. Усі засоби механізму правового регулювання трудових відносин можна поділити на певні групи залежно від мети суб'єкта регулювання, а саме на правові засоби державного регулювання; правові засоби договірного регулювання, що об'єднує в собі правові засоби індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання. До правових засобів державного регулювання належать норми трудового права, принципи, міжнародні акти, що ратифіковані Україною та нормативно-правові акти. Завдяки цим правовим

засобам здійснюється регулювання трудових відносин, тобто жорстке і владне їх нормування державою шляхом видання законів. Правові засоби, які призначені для досягнення правової мети, зафіксовані в правовій нормі. Суб'єктом правових засобів державного регулювання є насамперед законодавець. Правовими засобами для законодавця є тільки правові норми, які можуть об'єднуватися в групи: інститути, підгалузі, галузі тощо. Установлюючи для учасників суб'єктивні права та юридичні обов'язки, що охороняються й гарантуються державою, норма трудового права надає трудовим відносинам правового характеру. Норми трудового права утворюють вихідну ланку механізму правового регулювання. Нормативна регламентація здійснюється шляхом не окремо взятих норм, а в їх єдності. Наприклад, норми трудового права, що регламентують договірні відносини, є системою норм, що визначають порядок укладення, зміни, виконання (розірвання) колективних (трудових) договорів. Тобто норми доповнюють одна одну, функціонують у поєднанні (співвідношенні). На основі норм трудового права визначаються як самі суспільні відносини (їх коло, суб'єкти, зміст), що регулюються трудовим правом, так і юридичні засоби забезпечення можливої або дійсної поведінки суб'єктів трудових правовідносин. Закон як різновидність нормативного правового акта є найважливішим елементом механізму правового регулювання, від якого безпосередньо залежить ефективність останнього. У законі передбачається й загальна модель механізму правового регулювання, яка вимагає доповнення та конкретизації підзаконними нормативними правовими актами.

Питання про юридичну силу нормативно-правових актів у механізмі правового регулювання має неабияке значення, а тому воно не може вирішуватися залежно від позиції вчених, це рішення має базуватися на чинному законодавстві. Чинність у буквальному розумінні слова означає прояв всіх властивостей і якостей того чи іншого нормативно-правового акта, що регулює трудові відносини, його здатність впливати на поведінку суб'єктів трудового права. Щоб проявити свою ефективність у механізмі правового регулювання трудових відносин необхідно, щоб нормативно-правові акти несли в собі можливість реалізації їх норм, нормативних положень, адже чинність (дія) ще не означає реалізацію відповідної норми чи її положень, але в будь-якому випадку вона створює юридичну можливість для такої реалізації. Реалізація ж починається тоді, коли дією нормативно-правових актів скористалися суб'єкти трудового права, її регулятивний вплив знаходить свій об'єкт. Сам же механізм реалізації вказує на впорядкування, характер зв'язків і включає різноманітні загальносоціальні та юридичні чинники, форми, способи, умови й гарантії здійснення норм трудового права та нормативно-правових актів, що регулюють трудові відносини. Тому правове регулювання й безпосередня реалізація права є різними поняттями, однойменно тому, як мати права і їх реалізовувати. А отже, механізм правового регулювання необхідно відрізняти від механізму його реалізації. Серед нормативно-правових актів, які посідають чільне місце в механізмі правового регулювання, особливе місце посідає Конституція України. Конституція України здійснює безпосередній вплив на створення будь-якого механізму правового регулювання, оскільки без урахування конституційних положень цей механізм буде бракованим, не зможе проявити свої цінності, правові властивості. Саме Конституція, яка регламентує положення, що саме людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3), права і свободи людини є невідчужуваними й непорушними (ст. 21), громадяни мають рівні конституційні права і свободи, є рівними перед законом (ст. 24) тощо, є рушійною силою цього механізму та орієнтиром для всіх суб'єктів, у тому числі трудового права. Саме в Конституції України встановлюються конституційно-правові норми, що є основоположними для всіх інших нормативно-правових актів, які виходять з її норм і забезпечують таким чином їх деталізацію. Створення механізму правового регулювання неможливе без інших законів як правових засобів, що засновані на конституційних положеннях, і вносять свою специфіку в механізм правового регулювання трудових відносин. В умовах так званої глобалізації виникають актуальні планетарні проблеми, у вирішенні яких заінтересовані всі держави, проходить інтенсивне зближення принципів, інститутів і норм національного (внутрішнього) і міжнародного права [22, с. 13]. Складається нове праворозуміння, яке дає можливість по-новому переоцінити старі підходи і принципи розгляду проблем пріоритету загальнолюдських цінностей. Воно включає ідеї примату права над державою, ідеї природних прав і свобод людини. Саме з такого праворозуміння випливає ідея примату міжнародного права над внутрідержавним. А отже, міжнародні акти (норми), які ратифіковані Україною, є складником механізму правового регулювання трудових відносин. Основні принципи, які закріплені

в міжнародних актах, виражено в інститутах трудового права. Особливе місце в механізмі правового регулювання посідають закони, у яких вирішуються практично всі найважливіші питання суспільного життя країни, адже від якості останніх залежить ефективність механізму правового регулювання трудових відносин. Серед таких особливе місце посідає кодифікований закон – Кодекс законів про працю (далі – КЗпП) України, який покликаний регулювати соціально-трудові відносини, метою і результатом яких є створення матеріальних і духовних цінностей для існування всього суспільства [20, с. 19].

Незважаючи на цю обставину, КЗпП України сьогодні не вільний від певних недоліків юридико-технічного характеру, серед яких – відсутність прописаних правових механізмів у реалізації його норм. Тому на допомогу йому приходять принципи правового регулювання трудових відносин, які задають загальну спрямованість правовому регулюванню трудових відносин, установлюють межі правового регулювання, ліквідовують дефекти в законодавстві й прогалини у праві, визначають зміст певних невизначеностей у праві, іншими словами, «принципи ніби розчинені у праві, пронизують майже всі його норми й інститути, як своєрідний вектор вони визначають напрям розвитку правової системи, впливають на зміст і розвиток усіх інших елементів правової матерії» [23, с. 221].

Як правило, у більшості випадків саме від законів залежить результативність роботи самого механізму правового регулювання трудових відносин, оскільки саме вони є головними провідниками в механізмі правового регулювання. Наскільки адекватно й усебічно їх положення будуть конкретизовані та деталізовані, настільки ефективним буде правове регулювання. Закон, з одного боку, є базовим, основним нормативним правовим актом, з іншого – він має найбільш загальний характер, у зв'язку з цим виникає необхідність розвитку, конкретизації, деталізації його положень, тому, як правило, у більшості випадків для його реалізації необхідні підзаконні нормативні правові акти. Це, у свою чергу, дає змогу забезпечити правореалізацію, підвищити дієвість та ефективність самого механізму правового регулювання трудових відносин. Юридична природа підзаконних нормативних правових актів визначає їх особливе значення в механізмі правового регулювання трудових відносин, оскільки деякі закони просто не працюватимуть через відсутність механізму реалізації їх нормативних положень. Закони та підзаконні нормативні правові акти в сукупності забезпечують стабільне й ефективне правове регулювання.

Отже, юридична сила закону визначає його місце й роль у механізмі правового регулювання трудових відносин. Крім того, специфіка трудових відносин, що підлягають регулюванню, зумовлює відповідні види нормативних правових актів, необхідних для реалізації механізму правового регулювання трудових відносин.

Нормативний правовий акт у механізмі правового регулювання трудових відносин виконує правовстановлюючу функцію, яка й визначає його провідну роль та основне місце в системі правових актів. Дослідити проблеми правового регулювання і його механізму необхідно в рамках правотворчої діяльності. Питання правового регулювання та реалізації права тісно пов'язані. Так як і перше, і друге є аспектами дії права, але якщо в механізмі правового регулювання формулюється мета регламентації відносин, то реалізація права – це вже є певний результат «роботи» цього механізму. Процес створення норм права потребує вивчення питань ефективності його дії, тому правове регулювання є «точкою дотику», «центром», де право як система норм і його реалізація як утілення права в життя пов'язані. Отже, правове регулювання трудових відносин – це регулювання цих відносин за допомогою спеціально-юридичних засобів.

Отже, до правових засобів державного регулювання належать норма трудового права – у ній визначаються мета, закладається правовий режим діяльності для суб'єктів трудового права, визначаються способи (методи) правового регулювання; принципи правового регулювання трудових відносин – визначають напрями правового регулювання трудових відносин, відображають найсуттєвіші риси правових норм, що регулюють трудові відносини, впливають на зміст і розвиток усіх інших елементів правової матерії; міжнародні акти (норми-принципи), які ратифіковані Україною, – основні правові положення, основоположні начала трудового права, що вироблені й визнані міжнародною співдружністю держав і відхилення від яких є недопустимим; нормативний правовий акт зосереджує всі юридичні засоби, є формою вираження норм трудового права, від якості якого залежить ефективність правового регулювання трудових відносин. Кожен з елементів посідає відповідне місце та взаємодіє з іншими елементами.

Підвищення ефективності «роботи» правових засобів у механізмі правового регулювання трудових відносин можливе, коли будуть задіяні насамперед правові засоби

індивідуально-договірного й колективно-договірного регулювання. Виокремлення цих правових засобів пов'язане з утіленням норм трудового права в життя, практичну діяльність, із досягненням мети суб'єктів індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання через правореалізаційну діяльність. Указані правові засоби характеризуються елементом індивідуальності, так як суб'єкти індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання обирають їх для досягнення не абстрактної, а конкретної мети, тобто задоволення своїх потреб, а відтак й інтересів. Суб'єктам індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання, якими є роботодавці, трудовий колектив, профспілки, працівники, має бути неодмінно надано достатній набір правових засобів, який би дав змогу досягти поставленої ними мети.

Недостатність правових засобів тягне ті самі негативні наслідки, що і їх непридатність. «Недостатність правових засобів, що надаються в розпорядження суб'єкта, якому задана деяка мета, має два однаково небажані наслідки: або мета впливу не досягається взагалі, або вона досягається, але вже незаконними засобами» [24, с. 38–40]. Обрання відповідних правових засобів проводиться безпосередньо суб'єктом права, але «правовим засобам не притаманний органічний зв'язок із суб'єктами правовідносин, вони лише «розгорнуті» до останніх своїми потенційними можливостями, які суб'єкти можуть використовувати, а можуть і не використовувати» [25, с. 222]. Від правильного вибору правових засобів залежить можливість досягнення мети суб'єктів трудових відносин, а отже, і кінцева їх мета. У роботодавця, на відміну від працівника, є більш широкі важелі щодо можливості самостійно або за погодженням із професійною спілкою обирати ті правові засоби, які здаються йому найбільш прийнятними до реалізації його правової мети.

За допомогою правових засобів індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання здійснюється адресний вплив права на конкретні ситуації, що виникають у різноманітних суспільних відносинах щодо безпосереднього застосування праці в суспільному виробництві, які опосередковані нормами трудового права. Правові засоби індивідуально-договірного та колективно-договірного регулювання продовжують регулювання державно-правових засобів, при цьому персоніфікуючи й індивідуалізуючи правові норми стосовно конкретних ситуацій, конкретних суб'єктів у конкретних правовідносинах. Від правових засобів колективно-договірного та індивідуально-договірного регулювання залежить якість здійснення нормативних приписів у конкретних життєвих ситуаціях: при поновленні на роботі, при переведенні на другу роботу, щодо виплати гарантійних і компенсаційних виплат, вихідної допомоги тощо.

Отже, можна визначити механізм правового регулювання в трудовому праві як засновану на єдності (системності) норм і принципів трудового права та публічно-правових і приватноправових начал сукупність правових засобів, за допомогою яких забезпечується здійснення (реалізація) трудових, соціально-економічних, виробничих потреб та інтересів суб'єктів трудових відносин і вирішується завдання й досягається мета трудового права.

Висновки

Усі правові засоби, що становлять складник механізму правового регулювання, слугують для того, щоб досягнути кінцеву мету правового регулювання трудових відносин. Було б неправильним очікувати постановку кінцевої правової мети й визначення правових засобів, спрямованих на її досягнення, лише в нормативному правовому акті, вихідному від держави, оскільки в установленні кінцевої правової мети та виробленні відповідних їй правових засобів беруть участь суб'єкти всіх рівнів: державного, індивідуально-договірного й колективно-договірного регулювання.

Список використаних джерел:

1. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва, 1966. 186 с.

2. Алексеев С.С. Общая теория права. Москва, 2009. 576 с.

3. Загальна теорія держави і права / М.В. Цвік та ін. Харків, 2002. 432 с.

4. Бобылев А.И. Механизм правового воздействия на общественные отношения. *Государство и право*. 1999. № 5. С. 104–109.

5. Скакун О.Ф. Теорія права і держави. Київ, 2016. 520 с.

6. Тарахонич Т.І. Механізм правового регулювання: теоретико-правові аспекти. *Правова держава :* щорічник наукових праць. 2002. Вип. 13. С. 103–108.

7. Головина С.Ю. Проблема выбора терминов для обозначения понятий в трудовом праве. *Правоведение*. 2000. № 5. С. 49–59.

8. Диалектика общественного развития. Ленинград, 1988. 260 с.

9. Гегель Г.В.Ф. Философия права. Москва, 1990. 524 с.

10. Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация. *Советское государство и право*. 1987. № 6. С. 12–9.

11. Сапун В.А. Механизм реализации советского права. *Правоведение*. 1988. № 1. С. 3–11.

12. Семьдесят лет советского государства и права / Н.С. Алексеев и др. Ленинград, 1987. 752 с.

13. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. Москва, 1999. 712 с.

14. Малько А.В Правовые средства как общетеоретическая проблема. *Известия Высших учебных заведений. Серия «Правоведение»*. 1999. № 2. С. 4–16.

15. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. Москва, 2003. 250 с.

16. Теория государства и права / А.В. Малько и др. Москва, 2009. 240 с.

17. Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. Москва, 2000. 256 с.

18. Теория государства и права / А.С. Пиголкин и др. Москва, 2011. 744 с.

19. Витченко А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. Саратов, 1974. 160 с.

20. Процевський О.І. Методологічні засади трудового права. Харків, 2014. 260 с.

21. Алексеев С.С. Собрание сочинений. Восхождение к праву: Поиски и решения. Москва, 2010. 495 с.

22. Лыгин Н.Я., Ткачев В.Н. Международно-правовые стандарты и конституционная законность в российской судебной практике. Москва, 2012. 526 с.

23. Погребняк С. Принципи права: доктринальні питання. *Право України*. 2013. № 9. С. 217–228.

24. Проблемы совершенствования советского законодательства. Москва, 1985. С. 36–52.

25. Алексеев С.С. Теория права. Москва, 1994. 224 с.

Nina Hetmantseva, Anna Mitrytska. Legal means in the mechanism of legal regulation of social relations in the field of wage labor

The article reveals the legal means in the mechanism of legal regulation of social relations in the field of wage labor. It is stated that the mechanism of legal regulation should show exactly how one or another means, primary link (norm) or other legal instruments (principle, contract) work in order to achieve the established goal in the process of legal regulation.

All means of the mechanism of legal regulation of labor relations can be divided into certain groups, depending on the purpose of the subject of regulation, like the legal means of state regulation, thanks to which the regulation of labor relations is carried out, that is, their rigid and imperious normalization by the state by the issuance of laws and legal means of contractual regulation consisting of legal means of individual-contractual and collective-contractual regulation.

It is noted that the allocation of legal means of contractual regulation is associated with the implementation of labor law in practice, practical activities, and the achievement of the goal of the subjects of contractual regulation through law enforcement activities. Legal means of contractual regulation, unlike legal means of state regulation, are characterized by elements of individuality, since the subjects of individual-contractual and collective-contractual regulation choose them to achieve not an abstract, but a specific goal: satisfaction of their needs and interests.

It is concluded that the legal means that constitute a component of the mechanism of legal regulation serve to achieve the ultimate goal of legal regulation of social relations in the field of wage labor. Therefore, it would be wrong to expect the establishment of the final legal goal and the definition of legal means aimed at achieving it only in a normative legal act emanating from the state, since subjects of all levels are involved in establishing the final legal goal and determining the legal means corresponding to it: state, individual-contractual, and collective contractual regulation.

Key words: legal regulation of labor relations, contractual regulation of labor relations, normative legal acts, norm of law, labor relations, legal means.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.21

Олександра Погорєлова,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри трудового права і права соціального забезпечення
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО ПРІОРИТЕТНОГО НАПРЯМУ РОЗВИТКУ ДОКТРИНИ ТРУДОВОГО ПРАВА В УМОВАХ СВІТОВОЇ ІНТЕГРАЦІЇ У ПРАВОВІЙ СФЕРІ ТА ДЕФІЦИТУ ГІДНОЇ ПРАЦІ В ГЛОБАЛЬНІЙ ЕКОНОМІЦІ

Стаття присвячена дослідженню змісту поняття «доктрина трудового права», визначенню пріоритетного напряму її розвитку, що зумовлюється наразі існуванням нових викликів і загроз сучасним трудовим відносинам, породжених негативними наслідками глобалізації через її надмірний і неконтрольований вплив на всі сфери суспільної діяльності, зокрема трудової.

Виходячи з наукових доробків сучасних вчених трудового права, автор пропонує розглядати концепцію гідної праці як доктрину трудового права у її вузькому розумінні.

У статті під час характеристики концепції гідної праці визначено догми трудового права, які є своєрідним «каркасом» для цієї концепції, а саме: «праця є вільною і не є товаром», «примусова праця заборонена», «трудові відносини є платними», «рівна плата за рівну працю», «заборона дитячої праці», «недопущення дискримінації в галузі праці», «свобода асоціації та реальне визнання права на ведення колективних переговорів»; «свобода слова і профспілкової діяльності як необхідна умова постійного прогресу» тощо. Вказані догми трудового права випливають з положень статуту МОП від 28.06.1919, Філадельфійської Декларації МОП від 10.05.1944, Декларації МОП про основоположні принципи і права у галузі праці від 18.06.1998, Декларації МОП про соціальну справедливість в цілях справедливої глобалізації від 10.06.2008.

Автор пропонує, враховуючи стрімке становлення концепції гідної праці під егідою МОП і ООН, її поступову інституалізацію в науково-правовій площині, у тому числі у трудоправовій, вважати цю концепцію пріоритетним напрямом розвитку сучасної доктрини трудового права як в Україні, так і в багатьох країнах світу, що підтримують Програму гідної праці МОП. Такий висновок обґрунтовується ще й тим, що саме ця концепція спроможна сьогодні бути гідною відповіддю новим викликам і загрозам сучасним трудовим відносинам, породженим негативними наслідками глобалізації через її надмірний і неконтрольований вплив на всі сфери суспільної діяльності, зокрема трудової.

Ключові слова: доктрина трудового права, догма трудового права, концепція гідної праці, Програма гідної праці МОП, конвергенція правових систем.

Постановка проблеми. Сучасні фундаментальні зміни у пізнанні права в умовах формування інформаційного та інноваційного суспільства як в Україні, так і в світі зумовлюють пошук у різних галузях правової науки, і трудоправової також, нових ракурсів у розумінні вже сформованих юридичних понять, поповнення понятійного апарату термінами, які відображають реалії сучасних правових систем, що все більше піддаються впливу юридико-конвергенційних процесів в умовах світової інтеграції у правовій сфері та глобалізації економіки.

У процесах конвергенції правових систем правова доктрина виступає як об'єднуючий, цементуючий фактор. Вона забезпечує узгоджене розуміння суспільних відносин, які виникають [1, с. 178]. Як правило, обмін та запозичення правових доктрин і верифікованих достатньою мірою концепцій правовими системами, у тому числі і правовою системою України, здійснюються напряму, оскільки вони не потребують формального закріплення в силу їх загальновизнаності, формування єдиного наукового та освітнього юридичного простору [2; с. 194].

У сучасних умовах суцільного дефіциту гідної праці, як ніколи, особливого значення набуває трудоправова наука в своєму концентрованому прояві як правова доктрина. Нині, особливо в нерозвинутих країнах, саме дефіцит і криза гідної праці стали

© О. Погорєлова, 2021

тими негативними чинниками глобалізаційної економіки, глобалізаційної торгівлі, що показали, як зайнятість більшості населення може супроводжуватися мінімальним рівнем оплати праці, суворим підляганням внутрішньому трудовому розпорядку роботодавця, незацікавленістю роботодавця у наданні можливостей для саморозвитку і самовдосконалення працівника через недофінансування професійного навчання з боку власника підприємства тощо. Отже, нині в науці трудового права України постала необхідність пошуку нового пріоритетного напряму розвитку модернової трудоправової доктрини, яка очікувано повинна вплинути на формування новітніх тенденцій удосконалення трудового законодавства, що зрештою повинно підвищити якість трудового життя працюючих, інакше кажучи, знизити рівень дефіциту гідної праці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика розвитку трудоправової доктрини в період становлення України як правової, демократичної і соціальної держави за останнє десятиріччя висвітлюється у монографічних виданнях О.І. Процевського [3], В.О. Процевського [4], С.В. Вишновецької [5], С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко [6], Л.П. Амелічевої [7] й ін. Окремі напрями становлення доктрини трудового права останніми роками визначалися і досліджувалися у наукових працях Н.Д. Гетьманцевої [8], В.В. Жернакова [9] О.А. Яковлєва [10] та ін. Нагальні проблеми правового, інформаційно-технічного, соціально-економічного характеру у сфері праці вимагають сьогодні комплексних підходів до виявлення пріоритетного напряму розвитку модернової доктрини трудового права.

Метою дослідження є уточнення змісту поняття «доктрина трудового права», визначення пріоритетного напряму її розвитку, що зумовлюється новими викликами і загрозами сучасним трудовим відносинам, породженими негативними наслідками глобалізації через її надмірний і неконтрольований вплив на всі сфери суспільної діяльності, зокрема трудової.

Виклад основного матеріалу. Уточнюючи зміст поняття «доктрина трудового права», з методологічного погляду відразу слід відзначити лаконічний, але надзвичайно змістовний концептуальний підхід до цього важливого питання вченого у галузі трудового права К. Л. Томашевського.

Варто підтримати його позицію щодо доцільності розгляду доктрини трудового права у широкому та вузькому розумінні [11, с. 100]. У широкому розумінні доктрина трудового права є синонімом науки трудового права, яка своєю чергою виступає самостійним видом галузевої юридичної науки та системою знань (уявлень, ідей, концепцій, вчень, теорій, шкіл, напрямів) про трудоправові явища (норми, стосунки, факти, механізми, процедури тощо) [11, с. 100]. З огляду на це, слушним є твердження Т. А. Зикіної про те, що саме трудове право покликано бути тією галуззю, яка повною мірою дозволяє реалізувати право працівника на гідну працю [12, с. 28].

Проте В. Г. Сойфер зауважує, що, як показують дослідження, деякі інститути і категорії трудового права, чинні норми трудового законодавства не тільки не враховують тенденції розвитку соціально-трудових відносин з розрахунком на майбутнє, але й ще формально виключають правове забезпечення відносин, які вже склалися на практиці або ще формуються [13, с. 90]. Зважаючи на недостатньо активну інституалізацію в науці трудового права України концепції гідної праці, яка позиціонується як модель ідеальних трудових відносин [14, с. 7], твердження В. Г. Сойфера, висловлене вченим ще десять років тому, не втрачає своєї актуальності і сьогодні.

Досліджуючи поняття доктрини трудового права у вузькому розумінні, К. Л. Томашевський вважає, що у цьому сенсі його слід розглядати як конкретне вчення, певну концепцію, теорію або школу в рамках науки (на кшталт доктрини (концепції) єдиного трудового правовідношення М. Г. Александрова, концепції множинності (розщеплення) трудових правовідносин В. М. Скобелкіна й ін.) [11, с. 100].

На наш погляд, у такому контексті наразі варто сприймати й концепцію гідної праці, у витоків якої стояв Генеральний директор Міжнародної організації праці Хуан Сомавія, який в кінці 90-х років XX століття зробив її засадничою для подальшої діяльності цієї поважної глобальної правозахисної інституції [15]. Саме зазначена концепція, на наш погляд, є наразі пріоритетним напрямом розвитку модернової доктрини трудового права.

З прийняттям Декларації МОП про соціальну справедливість у цілях справедливої глобалізації від 10.06.2008 [16] (або Програми гідної праці МОП, як ще прийнято називати цей документ у науковому вимірі) та резолюції ГА ООН від 25 вересня 2015 року № 70/1 про глобальні цілі сталого розвитку до 2030 року [17] (далі – ЦСР) відбулася інституалізація зазначеної концепції в міжнародних стандартах. Концепція гідної праці розпочала суттєво впливати на формування соціальної політики держав-членів МОП та ООН, на процес національної законотворчості з питань створення і забез-

печення гідних умов праці на національних виробництвах. До того ж і принципи гідної праці, що спочатку пропагувалися лише МОП, поступово були підтримані ООН на початку XXI століття і гармонійно увійшли в Цілі Сталого Розвитку.

Своєю чергою, інституалізація концепції гідної праці в міжнародних стандартах і на глобальному рівні не могла залишати осторонь і наукову спільноту. Зміст концепції гідної праці, її історіографія досліджувалися останнім часом у багатьох монографічних дослідженнях сучасних вчених трудового права [7], [12], [18], [19]. Багато системних наукових доробків, присвячених цій проблематиці, належать і вченим інших наук (економічних, соціологічних, технічних тощо) [20], [21], [22], [23], [24].

Характеризуючи концепцію гідної праці як доктрину трудового права у вузькому розумінні, неможливо не розглянути питання щодо догм трудового права, які є засадничими для цієї концепції. Ці догми також проходять свій шлях становлення, під якими в спеціальній літературі розуміються узагальнені поняття, що охоплюють собою аксіоми, загальновизнані принципи і норми трудового права, імперативні положення. Вони включають незаперечні істини та не вимагають доказів у сфері регулювання трудових та тісно з ними пов'язаних відносин [11, с. 100]. На наш погляд, оскільки догми трудового права є засадами законності правозастосовчої діяльності, ефективного правопорядку в суспільстві, зокрема у трудовій сфері, принципами, закладеними в основу концепції гідної праці, необхідно висвітлити їх значення детальніше.

Догмам трудового права притаманні позитивні риси, вони характеризують трудове право за формальними ознаками, визначаючи його своєрідність [25, с. 57]. У догмах трудового права знаходять своє відображення ті юридичні норми, відносини, факти та інший правовий «інструментарій», який забезпечує стабільність цієї галузі. Догми виступають тим «каркасом», в якому виражається предмет і метод трудового права і який поряд із принципами трудового права конституює саму цю галузь [11, с. 100].

Серед догм трудового права, які є своєрідним «каркасом», слід зазначити такі, як: «праця є вільною і не є товаром», «примусова праця заборонена», «трудові відносини є платними», «рівна плата за рівну працю», «заборона дитячої праці», «недопущення дискримінації в галузі праці», «свобода асоціації та реальне визнання права на ведення колективних переговорів»; «свобода слова і профспілкової діяльності як необхідна умова постійного прогресу» тощо, які випливають зі статуту МОП від 28.06.1919 [26], Філадельфійської Декларації МОП від 10.05.1944 [27], Декларації МОП про основоположні принципи і права у галузі праці від 18.06.1998 [28], Декларації МОП про соціальну справедливість в цілях справедливої глобалізації від 10.06.2008 [16].

Концепція гідної праці, що стрімко розвивається під егідою МОП, з часом стала суттєво впливати на міжнародно-правове регулювання праці в світі, роблячи його механізми більш дієвими й ефективними. Зазначене також свідчить, що концепція гідної праці дійсно є пріоритетним напрямом розвитку сучасної доктрини трудового права у широкому її розумінні.

У контексті зазначеного варто зауважити, що сучасний розвиток доктрини трудового права не вимагає кардинальної зміни наявного категоріального апарату, вдосконалення або уточнення окремих норм. Нині, на думку В. С. Венедиктова, з якою варто погодитися, важливим є саме активізація процесу розробки нових концептуальних підходів до правового регулювання трудових відносин, що виникають у нових економічних умовах, і визначення сфери дії трудового права загалом. При цьому воно повинно враховувати історичний розвиток права й економіки України, територіальне розташування країни, менталітет українського народу, процеси глобалізації та інтеграції суспільних відносин, міжнародні еталони і стандарти, а також інші чинники, які впливають на розвиток держави, суспільства й особи [29].

Висновки

Проведений аналіз спеціальної літератури за окресленою темою дослідження дозволяє зробити такі висновки.

Уточнено зміст поняття «доктрина трудового права», її розуміння у широкому і вузькому сенсі.

Вперше розглянуто концепцію гідної праці як доктрину трудового права у її вузькому розумінні.

Визначені догми трудового права, які є своєрідним «каркасом» для цієї концепції, а саме: «праця є вільною і не є товаром», «примусова праця заборонена», «трудові відносини є платними», «рівна плата за рівну працю», «заборона дитячої праці», «недопущення дискримінації в галузі праці», «свобода асоціації та реальне визнання права на ведення колективних переговорів»; «свобода слова і профспілкової діяльності як необхідна умова постійного прогресу» тощо. Вказані догми трудового права випливають із положень статуту МОП від

28.06.1919 [26], Філадельфійської Декларації МОП від 10.05.1944 [27], Декларації МОП про основоположні принципи і права у галузі праці від 18.06.1998 [28], Декларації МОП про соціальну справедливість в цілях справедливої глобалізації від 10.06.2008 [16].

Враховуючи стрімке становлення концепції гідної праці під егідою МОП і ООН, її поступову інституалізацію в науково-правовій площині, й у трудоправовій також, не викликає сумнівів, що саме вона є сьогодні пріоритетним напрямом розвитку сучасної доктрини трудового права як в Україні, так і в багатьох країнах світу, що підтримують Програму гідної праці МОП. Такий висновок обґрунтовується ще й тим, що саме ця концепція спроможна сьогодні бути гідною відповіддю на нові виклики і загрози сучасним трудовим відносинам, породжені негативними наслідками глобалізації через її надмірний і неконтрольований вплив на всі сфери суспільної діяльності, зокрема трудової.

Проведене дослідження не вичерпує всього комплексу проблемних питань, пов'язаних із визначенням пріоритетних напрямів розвитку сучасної доктрини трудового права, а отже, ці питання мають стати предметом подальших наукових розвідок.

Список використаних джерел:

1. Тодыка Ю. Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики. Харьков: Факт, 2000. 608 с.

2. Мочульська М., Семків В. Тенденції розвитку правової доктрини в контексті інтеграції та конвергенції правових систем. Instytut Prawa, Administracji i Zarządzania, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego. S.194-203.

3. Процевський О. І. Методологічні засади трудового права. *Правова доктрина України:* у 5-ти т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. Харків: Право, 2013. 760 с.

4. Процевський В. О. Приватноправове та публічно-правове регулювання соціально-трудових відносин : монографія. Харків, 2012. 332 с.

5. Вишновецька С. В. Методологія науки трудового права : монографія. Київ: Ніка-Центр, 2014. 320 с.

6. Прилипко С. М., Ярошенко О. М. Право на працю в системі прав людини. *Правова доктрина України :* у 5-ти т. Т. 3: Доктрина приватного права України. за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. Харків: Право, 2013. 760 с.

7. Амелічева Л.П. Теоретичні та аксіологічні засади правового регулювання гідної праці в сучасних умовах державотворення : монографія. Вінниця: ТОВ «Твори», 2020. – 360 с.

8. Гетьманцева Н. Д. Про нові контури трудового права в епоху запровадження цифрових технологій. *Проблеми реалізації прав громадян у сфері праці та соціального забезпечення* : тези доповідей та наукових повідомлень учасників IX Міжнародної науково-практичної конференції, яка присвячена 50-річчю створення кафедри трудового права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків, 11 жовтня 2019 р.). Харків: Право, 2019. С. 42–46.

9. Жернаков В. В. Право на гідну працю: питання формування і забезпечення. *Розвиток трудового права і права соціального забезпечення: теорія і практика :* тези доп. та наук. повідомл. учасників VIII Міжнар. наук.-практ. конф. 05.10.2018. Харків, 2018. С. 95–99.

10. Яковлєв О.А. Людиноцентристька парадигма як методологічна засада встановлення умов праці. *Проблеми кодифікації трудового законодавства України* : тези допов. учасн. Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 квітня 2017 р.), Київ: Прінт-Сервіс, 2017. С. 233.

11. Томашевский, К. Л. Очерки трудового права (История, философия, проблемы систем и источников) / науч. ред. О. С. Курылева. Минск : «Изд. центр БГУ», 2009. – 335 с.

12. Зыкина Т.А. Обеспечение права работника на достойный труд: современные проблемы : монография. Архангельск: ИД САФУ, 2014. 108 с.

13. Сойфер В.Г. Правовое регулирование трудовых отношений: запоздалый ответ на вызовы реальности. *Трудовое право*. 2010. № 10. С. 89-99.

14. Амелічева Л.П. Парадигма правового регулювання гідної праці в сучасних умовах розвитку трудового законодавства : автореф. дис... доктора юрид. наук: 12.00.05. Київ, 2020. 40 с.

15. ILO. 1999a. Report of the Director-General: Decent work. International Labor Conference, 87th Session, Geneva, 1999. URL: http://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/speeches/somavia/1999/seattle.htm. (дата звернення: 05.03.2021)

16. Декларация МОТ о социальной справедливости в целях справедливой глобализации от 10.06.2008. *Труд за рубежом*. 2008. № 4. С. 142–156.

17. Доклад о Целях в области устойчивого развития, 2017 год, ООН, Нью-Йорк. 60 с. URL: https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/thesustainabledevelopmentgoalsreport2017_russian.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

18. Панченко М.В. Теорія забезпечення гідної праці державних службовців України : монографія. Харків: ПромАрт, 2019. 440 с.

19. Леньшин А. А. Влияние концепции достойного труда Международной организации труда на развитие трудового законодательства стран Евразийского экономического союза : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Москва: ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МПОА)», 2017. 206 с.

20. Гідна праця: імперативи, українські реалії, механізми забезпечення : монографія / А. М. Колот, В. М. Данюк, О. О. Герасименко та ін.; за наук. ред. д. е. н., проф. А. М. Колота. Київ : КНЕУ, 2017. 500 с.

21. Реализация принципов концепции Достойного труда в России: региональный аспект (на примере Республики Башкортостан). Уфа: АНРБ, Гилем, 2012. 216 с.

22. Смирнова Т.В. Критерии достойного труда в интеллектуальной деятельности : дисс. ... канд. экон. наук: 08.00.05. Москва, 2010. 208 с.

23. Ghai D. Decent work: Concepts, models and indicators. Discussion paper. International Labour Organization (International Institute for Labour Studies). 2002. Geneva. 48 p. URL: https://goo-gl.su/4nCk (дата звернення: 05.03.2021).

24. Павлова Е. А. Реализация концепции достойного труда на предприятиях электроэнергетики : дисс. ... канд. экон. наук: 08.00.05. Саратов, 2012. 166 с.

25. Сидоренко О.М. Поняття та особливості догми права. Університетські наукові записки. 2005. № 1-2. С. 56 – 60.

26. Статут Міжнародної організації праці від 28.06.1919. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://cutt.ly/Xaq1v81 (дата звернення: 05.03.2021)

27. Декларація МОП стосовно цілей та завдань від 10.05.1944, Філад. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://cutt.ly/1a1LFCq (дата звернення: 05.03.2021).

28. Декларація МОП основних принципів та прав у світі праці від 18 червня 1998 року. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: https://cutt.ly/Saqbot9 (дата звернення: 05.03.2021).

29. Венедіктов, В.С. Концепція трудового права України в контексті сучасної правової доктрини. *Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Суми, 5-7 червня 2014 р. Суми : СумДУ, 2014. С. 129-135.

Oleksandra Pohorielova. On the priority area of the labor law doctrine in terms of the world legal integration and deficiency of decent work in the global economy

The article covers study of the content of the concept of "doctrine of labor law", establishing the priority of its development, which is currently attributable to the existence of new challenges and threats to modern labor relations caused by the negative effects of globalization due to its excessive and uncontrolled impact on all the areas of public activity, in particular the labor one.

Based on the scientific achievements of modern scientists of the labor law, the author proposes considering the concept of decent work as a doctrine of labor law in its narrow sense.

Characterizing the concept of decent work, the article determines the dogmas of the labor law, which are a kind of "framework" for this concept, namely: "labor is free and is not a product", "no forced labor", "labor relations are paid", "equal pay for equal work", "no child labor", "non-discrimination in the field of labor", "freedom of association and real recognition of the right to collective bargaining"; "freedom of speech and trade union activity as a necessary condition for continuous progress", etc. These dogmas of the labor law originate from the provisions of the ILO Charter dated 28.06.1919, ILO Philadelphia Declaration dated 10.05.1944, ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work dated 18.06.1998, and ILO Declaration on Social Justice for Fair Globalization dated 10.06.2008.

The author proposes, given the rapid formation of the concept of decent work under the auspices of the ILO and UN, its gradual institutionalization in the scientific and legal field, and labor law as well, no doubt, considering this concept a priority for the modern labor law doctrine in Ukraine and many countries around the world that support the ILO's Decent Work Agenda. This conclusion is also justified by the fact that this concept can today be a worthy response to new challenges and threats to the modern labor relations, caused by the negative effects of globalization due to its excessive and uncontrolled impact on all spheres of social activity, and labor as well.

Key words: the doctrine of labor law, the dogma of labor law, the concept of decent work, the ILO's Decent Work Program, and convergence of legal systems.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.22

Михайло Пожидаєв,
майор збройних сил України,
магістрант кафедри правового забезпечення
Національного університету оборони України імені Івана Черняховського

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ ІНТЕРНОВАНИХ ОСІБ

Автор досліджує проблемні питання правового регулювання права на працю інтернованих осіб. Автором відзначається, що правове регулювання права на працю інтернованих осіб особливо у контексті подання Кабінетом Міністрів України законопроєкту № 4321 «Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими та інтернованими особами в особливий період» є фрагментарним та недосконалим. Автор зазначає, що чинне законодавство, в якому наявні норми щодо реалізації права на працю інтернованими особами, формує комплекс ризиків посягання на гарантовані Конституцією України та міжнародними актами права та свободи людини і громадянина, пов'язані з можливістю обмеження інтернованої особи у виборі місця роботи та залучення цієї особи до примусової праці. Автор вказує, що іноземні громадяни, яких було інтерновано та які мають право працювати в Україні і, можливо, вже фактично працюють, не зможуть продовжувати свою трудову діяльність через примусове оселення в певній місцевості. Автор констатує, що обмеження реалізації права на працю для інтернованих осіб замінюється зобов'язанням держави, що здійснює інтернування, безоплатно забезпечити їх утримання. У контексті залучення інтернованих осіб до примусової праці автор порівнює правовий статус засуджених до позбавлення волі та інтернованих осіб. Автор вказує, що у межах виконання кримінального покарання існує можливість застосування примусової праці до осіб, які вчинили кримінальне правопорушення і тепер мають як відновити матеріальний стан потерпілих, так і проходити певний етап ресоціалізації, пов'язаний із прищепленням адекватного ставлення до чесної праці. Проте несправедливо та нелогічно, коли до примусової праці можуть залучатись іноземні громадяни, яких держава лише потенційно визнає небезпечними. Автор додає, що виходячи із загального правового статусу інтернованих осіб, визначеного у міжнародному гуманітарному праві, застосування примусу до праці до цих осіб виключається. На переконання автора, ці прогалини мають бути виправлені через розроблення законопроєкту «Про захист прав і свобод інтернованих осіб», в якому треба перебачити окремий розділ, положення якого стосуватимуться трудових відносин із інтернованими особами.

Ключові слова: інтерновані особи, соціальні права, право на працю, трудові відносини, засуджені.

Постановка проблеми. 5 листопада 2020 року Кабінет Міністрів України подав до Верховної Ради України законопроєкт № 4321 «Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими та інтернованими особами в особливий період» (далі – законопроєкт № 4321) [1], відповідно до якого у чинному законодавстві мають упроваджуватись загальні вимоги до здійснення заходів щодо поводження з інтернованими особами в особливий період відповідно до норм міжнародного гуманітарного права. Необхідність розробки цього законопроєкту пов'язана також із тим, що в результаті прийняття 8 лютого 2006 року Закону України «Про зняття застережень України до Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року» Україна в повному обсязі взяла на себе міжнародні зобов'язання щодо утримання військовополонених та інтернованих осіб відповідно до норм, визначених Женевськими конвенціями та додатковими протоколами до них. Законопроєкт № 4321 окреслив повноваження і завдання державних органів щодо поводження з інтернованими особами в особливий період. Проте у змісті законопроєкту № 4321 жодним чином не відображені організаційно-правові питання забезпечення прав і свобод інтернованих осіб, зокрема соціальних прав. Одним із найбільш важливих соціальних прав є право на працю, котре за змістом заходів, яким підлягають інтерновані особи згідно із законопроєктом № 4321, може бути суттєве обмежене. Відповідно, у юридичній науці постає потреба у дослідженні положень як національного, так і міжнародного законодавства, що гарантують реалізацію права на працю інтернованим особам.

© М. Пожидаєв, 2021

Аналіз останні досліджень і публікацій. Проблематика правового регулювання поводження з інтернованими особами розглядались у наукових розробках Т. І. Блистів, М. В. Грушко, І. М. Жаровскої, О. В. Сенаторової, Фаді Бені-Насера. Водночас аспекти трудових відносин з інтернованими особами та особливості реалізації ними права на працю, заважаючи на обмеження, яким вони піддаються, у юридичній науці досліджені не були.

Мета статті полягає у розкритті проблемних питань правового регулювання права на працю інтернованих осіб.

Виклад основного матеріалу. Законопроєкт № 4321 визначає інтернованих осіб як «осіб, яких піддано інтернуванню (примусовому оселенню у визначених місцях громадян держави, яка загрожує нападом чи здійснює агресію проти України, що перебувають на території України, якщо це є абсолютно необхідним для забезпечення національної безпеки України)». Себто суб'єктний статус інтернованих осіб визначається через процес інтернування. Причому, якщо розглядати поняття «інтернування», що наведене в Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, що затверджена наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 року № 164 (далі – Наказ № 164), то можна побачити, що для законопроєкту № 4321 була взята його додаткова частина, котра стосується «цивільних осіб однієї із сторін, що воює, які опинилися на території противника у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом» [2]. Основна частина терміна «інтернування» у Наказі № 164 стосується поселення нейтральною державою або іншою державою, що не є стороною міжнародного збройного конфлікту, осіб, які належать до збройних сил держав, що воюють, які змушені були увійти на її територію. Як бачимо, положення законопроєкту № 4321 за суб'єктним складом стосуються як цивільних осіб, так і військовослужбовців, які є громадянами держави, що загрожує нападом чи здійснює агресію проти України, і які перебувають на території України. За такої логікою інтернуванню можуть підлягати особи й у воєнний, і в мирний час. Підстава інтернування громадян інших держав визначена у законопроєкті № 4321 нечітко і передбачає застосування інтернування у випадках, коли це абсолютно необхідно для забезпечення національної безпеки України. І головне, що передбачив законопроєкт № 4321 у контексті цього дослідження, – це примусове оселення у визначених місцях осіб, які піддаються інтернуванню. Саме цей аспект проблеми інтернування за законопроєктом № 4321 прирівнює інтернованих до засуджених до позбавлення волі, які обмежені як у виборі місця перебування та проживання, так і у виборі місця роботи, що гарантується ч. 1 ст. 43 Конституції України [3].

Варто відзначити, що реалізація права на працю іноземців в Україні здійснюється відповідно до Закону України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 року № 5067-VI [4]. За загальним правилом роботодавці мають право залучати до роботи іноземців тільки на підставі дозволу на працевлаштування. Також Закон України «Про зайнятість населення» встановлює виключний перелік категорій іноземних громадян, які можуть працювати без дозволу на працевлаштування, до яких належать іноземці, котрі постійно проживають в Україні (на підставі посвідки на постійне проживання), працівники іноземних представництв, зареєстрованих в установленому порядку, біженці, які отримали дозвіл на імміграцію, працівники іноземних ЗМІ, акредитованих для роботи в Україна та інші. Виходить, що іноземні громадяни, яких було інтерновано та які мають право працювати в Україні і, можливо, вже фактично працюють, не зможуть продовжувати свою трудову діяльність через примусове оселення в певній місцевості. В умовах такого примусового оселення іноземці, які не отримали дозволу на працевлаштування або не мають право на працевлаштування згідно із законодавством, відповідно, не зможуть реалізувати право на працю у період інтернування. До речі, такі вимоги автоматично поширюються на біженців, які на законних підставах знаходяться в Україні та вже перебувають у прекарізованому [5, с. 25] становищі порівняно з іншими громадянами та іноземцями в плані доступності гідної праці.

Такі ж обмеження щодо вибору місця роботи притаманні трудовим відносинам засуджених до позбавлення волі. Згідно з ч. 1 ст. 118 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК) «засуджені до позбавлення волі мають право працювати. Праця здійснюється на добровільній основі на підставі договору цивільно-правового характеру або трудового договору, який укладається між засудженим та фізичною особою-підприємцем або юридичною особою, для яких засуджені здійснюють виконання робіт чи надання послуг. Такі договори погоджуються адміністрацією колонії та повинні містити порядок їх виконання» [6]. Тобто до праці засуджені залучаються

добровільно, однак вибір ними місця роботи має бути погоджений з адміністрацією колонії, а сама робота провадиться лише на території закладу виконання покарання на відміну, наприклад, від роботи осіб, засуджених до обмеження волі, які працюють «на виробництві виправних центрів, а також на договірній основі на підприємствах, в установах чи організаціях усіх форм власності за умови забезпечення належного нагляду за їхньою поведінкою» (п. 2.1. Інструкції про умови праці та заробітну плату засуджених до обмеження волі або позбавлення волі) [7]. Інтерновані особи у разі волевиявлення, спрямованого на реалізацію права на працю, будуть обмежені подвійно. По-перше, через примусове оселення у певному місці їхній вибір місця роботи буде суттєво звужений чи взагалі відсутній. По-друге, чинний порядок отримання дозволу на працевлаштування практично не можливо буде виконати через те, що обов'язок отримання такого дозволу покладається на роботодавця та він надається на чітко визначених підставах згідно із Законом України «Про зайнятість населення». Звідси можна констатувати, що принцип свободи праці, як він викладений у ч. 1 ст. 43 Конституції України, щодо інтернованих осіб суттєво звужується у питаннях можливості вибору роботодавця, місця роботи, робочого місця, трудової функції.

Водночас згідно зі ст. 81 Женевської конвенції від 12 серпня 1949 року про захист цивільного населення під час війни (далі – Женевська конвенція) «сторони конфлікту зобов'язані забезпечити безоплатне утримання інтернованих осіб та медичну допомогу, якої потребує стан їхнього здоров'я. Жодних вирахувань із грошової допомоги, заробітних плат чи виплат інтернованим не повинно бути використано для цілей виплат зазначених вище витрат. Держава, яка затримує, повинна забезпечувати підтримку всіх утриманців інтернованих, якщо ці утриманці не мають достатніх засобів існування чи неспроможні забезпечити свою життєдіяльність» [8]. Відповідно, обмеження реалізації права на працю для інтернованих осіб замінюється зобов'язанням держави, що здійснює інтернування, безоплатно забезпечити їх утримання. Дане положення та порядок його реалізації повинні знайти відображення у чинному законодавстві України.

Продовжуючи порівняння трудоправового статусу інтернованих осіб та засуджених до позбавлення волі, треба вказати, що згідно з ч. 2 ст. 118 КВК «засуджені до позбавлення волі, які мають заборгованість за виконавчими документами, зобов'язані працювати в місцях і на роботах, які визначаються адміністрацією колонії, до погашення такої заборгованості» [6]. Як бачимо, тільки у таких випадках законодавець щодо засуджених до позбавлення волі застосовує положення ч. 3 ст. 43 Конституції України про можливість використання примусової праці за вироком суду, відходячи від принципу заборони примусової праці. Слід зауважити, що згідно з п. 1 ст. 29 Конвенції Міжнародної організації праці від 1930 року № 29 примусовою працею є «будь-яка робота, що вимагається від будь-якої особи під загрозою будь-якого покарання, для якої ця особа не запропонувала добровільно своїх послуг» [9]. Як зазначає В. В. Жернаков, «примусова праця – це праця, мотиви до якої знаходяться зовні щодо "ego" людини і які з необхідністю та закономірністю підводять її до виконання роботи» [10, с. 36]. Логічно, що у межах виконання кримінального покарання існує можливість застосування примусової праці до осіб, які вчинили кримінальне правопорушення і тепер мають як відновити матеріальний стан потерпілих, так і проходити певний етап ресоціалізації, пов'язаний із прищепленням адекватного ставлення до чесної праці. Проте несправедливо та нелогічно, коли до примусової праці можуть залучатись іноземні громадяни, яких держава лише потенційно визнає небезпечними, без вчинення будь-якої дії та наявності вини особи. До такої нелюдської практики у XX ст. вдавались нацисти у концтаборах та комуністи у виправних таборах на кшталт ГУЛАГу. У XXI ст. вже наявна інформація про використання примусової праці інтернованих осіб-представників корінних етносів уйгурів та казахів у виправних таборах у Синьцяні в Китаї [11].

У свою чергу, у п. 11 Наказу № 164 вказується: «щодо осіб, свобода яких була обмежена, необхідно дотримуватися таких вимог <...>: у разі залучення до роботи забезпечувати їм умови праці та захист нарівні з місцевим цивільним населенням» [7]. Наказ № 164 до осіб, свобода яких була обмежена, відносить й інтернованих осіб. У цьому аспекті головне питання полягає у тому, на якій підставі залучаються до роботи інтерновані особи. Конструкція наведеної норми акцентує увагу на відсутності вольового елемента щодо реалізації права на працю. Тобто йдеться про те, що уповноважений державою орган має право залучати інтернованих осіб до праці, і про те, чи можна визнавати таке залучення примусовою працею. Як зазначає О. О. Конопельцева, «примусовій праці притаманні такі риси: 1) відсутність добровільного бажання особи надати свої послуги для виконання певної роботи (наприклад, наказ

про виконання роботи, що здійснюється під загрозою покарання у разі невиконання); 2) можливість застосування покарання чи насильства у випадку відмови від виконання такої роботи» [12, с. 103]. Аналіз Наказу № 164 дає підстави зробити висновок, що ним непередбачена можливість застосування покарання чи насильства у разі відмови інтернованої особи працювати. Натомість у Наказі № 164 у переліку серйозних порушень, спрямованих проти людей, за вчинення яких застосовується кримінальна відповідальність, відсутня така підстава, як примушування осіб, свобода яких була обмежена, до праці. Однак треба визнати, що інтерновані особи не мають залучатись примусово до праці, що у будь-якому разі буде суперечити зобов'язанням, які взяла на себе Україна згідно із Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, актами Міжнародної організації праці тощо. Крім того, згідно зі ст. 80 Женевської конвенції «інтерновані цілком зберігають свою громадянську правоспроможність і можуть її використовувати настільки, наскільки це дозволяє статус інтернованого» [8]. Відповідно, виходячи із загального правового статусу інтернованих осіб, визначеного у міжнародному гуманітарному праві, застосування примусу до праці до цих осіб виключається. Звісна річ, не виключається виконання інтернованими особами необхідної праці, адже, як вказував О. І. Процевський, «не можна ототожнювати примусову працю з поняттям необхідної праці. Примусова або обов'язкова праця, як це сформульовано у Конвенції МОП № 29, – та робота, виконання якої вимагається від будь-якої особи під загрозою покарання за відмову від її виконання. Необхідна праця – вкрай потрібна, закономірна праця. Коли ж мова йде про обов'язкову працю, то відразу з'являється відтінок повинності, примушування, приневолення» [13, с. 103]. Тому виглядає доцільним змінити зміст п. 11 Наказу № 164 таким чином: «інтерновані особи, які працюють у місці оселення користуються усіма трудовими правами і гарантіями, які передбачені трудовим законодавством України».

Висновки

Правове регулювання права на працю інтернованих осіб, особливо у контексті подання Кабінетом Міністрів України законопроєкту № 4321 «Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими та інтернованими особами в особливий період», є фрагментарним та недосконалим. Чинне законодавство, в якому наявні норми щодо реалізації права на працю інтернованими особами, формує комплекс ризиків посягання на гарантовані Конституцією України та міжнародними актами права та свободи людини та громадянина, пов'язані з можливістю обмеження інтернованої особи у виборі місця роботи та залучення цієї особи до примусової праці. Дані прогалини мають бути виправлені через розроблення законопроєкту «Про захист прав і свобод інтернованих осіб», в якому треба перебачити окремий розділ, положення якого стосуватимуться трудових відносин з інтернованими особами.

У світлі можливого прийняття законопроєкту № 4321 актуальним є дослідження проблемних питань правового регулювання соціального забезпечення інтернованих осіб.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими та інтернованими особами в особливий період : проєкт Закону України від 5 листопада 2020 р. № 4321. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70352 (дата звернення: 01.02.2021).

2. Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ Міністерства оборони України від 23 березня 2017 року № 164. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text (дата звернення: 01.02.2021).

3. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 01.02.2021).

4. Про зайнятість населення : Закон України від 05 липня 2012 року № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013. № 24. Ст. 243.

5. Новіков Д. О. Pluralitas non est poneda sine necessiate або місце теорій прекаріату у науці трудового права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 34. Т. 2. С. 22-26.

6. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15#Text (дата звернення: 01.02.2021).

7. Інструкція про умови праці та заробітну плату засуджених до обмеження волі або позбавлення волі : наказ Міністерства юстиції України від 7 березня 2013 року № 396/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0387-13#Text (дата звернення: 01.02.2021).

8. Женевська конвенція від 12 серпня 1949 року про захист цивільного населення під час війни. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 11.02.2021).

9. Про примусову чи обов'язкову працю: Конвенція Міжнародної організації праці від 1930 року № 29. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_136#Text (дата звернення: 11.02.2021).

10. Жернаков В. В. Поняття примусової праці за законодавством України. *Право України*. 1997. № 10. С. 35-39.

11. Информация для предпринимателей о синьцзянских цепочках поставок. URL: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Russian-Xinjiang-Supply-Chain-Business-Advisory.pdf (дата звернення: 01.02.2021).

12. Конопельцева О. О. Заборона примусової праці як принцип трудового права. *Право та інновації*. 2017. № 2. С. 98-104.

13. Процевський О. І. Новий зміст права на працю – основа реформування трудового законодавства України. *Право України*. 1999. № 6. С. 101-105.

Mykhailo Pozhydaiev. Legal regulation of the right to work of internees

The author explores the problematic issues of legal regulation of the right to work of internees. The author notes that the legal regulation of the right to work of internees, especially in the context of the Cabinet of Ministers of Ukraine's draft law № 4321 "On Amendments to Certain Laws of Ukraine on Regulation of Prisoners of War and Internees in a Special Period" is fragmentary and imperfect. The author notes that the current legislation, which contains rules for the exercise of the right to work by internees, forms a set of risks of encroachment on the rights and freedoms of man and citizen guaranteed by the Constitution of Ukraine and international acts, related to the possibility of restricting the internee involvement of this person in forced labor. The author points out that foreign nationals who have been interned and who have the right to work in Ukraine and may already be actually working will not be able to continue their employment due to forced settlement in a certain area. The author states that the restriction of the exercise of the right to work for internees is replaced by the obligation of the internment state to ensure their maintenance free of charge. In the context of the involvement of internees in forced labor, the author compares the legal status of convicts and internees. The author points out that within the framework of criminal punishment there is a possibility of applying forced labor to persons who have committed a criminal offense and now have to restore the financial situation of victims and undergo a certain stage of resocialization associated with instilling an adequate attitude to honest work. However, it is unfair and illogical when foreign nationals, whom the state only potentially considers dangerous, can be involved in forced labor. The author adds that based on the general legal status of internees, as defined in international humanitarian law, the use of forced labor against these persons is excluded. According to the author, these gaps should be corrected through the development of a draft "On protection of the rights and freedoms of internees", which should provide a separate section, the provisions of which will relate to labor relations with internees.

Key words: internees, social rights, right to work, labor relations, convicts.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.23

Ольга Храбатин,
аспірантка
Харківського університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-2485-8293

ЕФЕКТИВНІСТЬ КОЛЕКТИВНОГО ДОГОВОРУ ЯК ПОКАЗНИК РЕАЛІЗАЦІЇ КОЛЕКТИВНО-ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті з урахуванням чинного законодавства України та наукової доктрини досліджено питання сутності та властивостей колективно-договірного регулювання та ефективності його реалізації на сучасному етапі. Автор підкреслює, що колективний договір є нормативно-правовим актом, який має публічно-правову й приватно-правову природу, метою якого є регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин та узгодження інтересів працівників та роботодавців. Автор звертає увагу на те, що завдяки нормативним умовам, що становлять його зміст, колективний договір є базою для нормативно-правового регулювання соціально-трудових відносин підприємства, установи, організації.

У статті виявлено та окреслено ключові проблеми показника ефективності колективного договору який, на думку автора, необхідно розглядати одночасно з таких позицій, як повнота відображення правового призначення колективного договору (де б відображалась його якісна змістовна частина), доступність для здійснення контрольних функцій за взяті зобов'язання. Автор зауважує, що призначення колективних договорів у виробничо-трудовій сфері має характеризуватися рівнем трудових прав і гарантій працівників, адже їх підвищення є основним призначенням колективного договору. Чим краще рівень трудових прав і гарантій працівників під час укладення колективного договору, тим ефективніше зміст цього акту, тому якість і значення рівня трудових прав і гарантій для працівників є одними з важливих властивостей змісту колективного договору як основи колективно-договірного регулювання. Робиться висновок, що забезпечення і реалізація рівня трудових прав і гарантій є основною властивістю колективного договору і показником ефективності колективно-договірного регулювання. Сьогодні необхідні пошуки нових способів захисту прав працівників, що можуть бути прийняті на локальному рівні та встановлені в колективному договорі. Сучасні реалії потребують розроблення цілої системи заходів, спрямованих на стимулювання сторін до укладення колективних договорів. В умовах ринкової економіки необхідно звертати увагу та вдосконалювати саме ті соціально-трудові гарантії, які пов'язані з колективно-договірним процесом.

Ключові слова: колективний договір, колективно-договірне регулювання, захист трудових прав працівників, соціальне партнерство, захист трудових прав.

Постановка проблеми. Забезпечення ефективного захисту трудових прав працівників насамперед визначається станом соціально-трудових відносин та рівнем розвиненості їх колективно-договірного регулювання. Проблема розвитку колективно-договірного регулювання соціально-трудових відносин, а також її вплив на ефективну реалізацію трудових прав працівників залишається в Україні все ще не вирішеною. Дослідження шляхів її вирішення в умовах ринкової економіки набули пріоритетного значення, оскільки йдеться про інтереси більшості верств населення, соціальну спрямованість економічних реформ у країні та їх результативність [1, с. 331].

Проблеми, пов'язані з розумінням сутності та значення колективно-договірного регулювання у захисті трудових прав працівників, були предметом пильної уваги науковців. Отже, в юридичній літературі вчення про колективний договір знайшло розвиток у роботах Н.Г. Александрова, Л.Я. Гінцбурга, Г.С. Гончарової, Н.Д. Гетьманцевої, В.В. Жернакова, Р.І. Кондратьєва, З.Я. Козак, О.І. Процевського, Г.І. Чанишевої та інших учених. Проте сучасні умови диктують зміну характеру й змісту колективно-договірного регулювання, в основу якого закладений такий акт локальної нормотворчості, як колективний договір.

Метою статті є виявлення та окреслення основних властивостей колективно-договірного регулювання та ефективності їх реалізації на сучасному етапі.

© О. Храбатин, 2021

Виклад основного матеріалу. Ринкова економіка, функціонування різних форм власності повинні супроводжуватися зміною і переміщенням пріоритетів у правовому регулюванні трудових відносин. Держава, що проголосила себе в Конституції України як демократична, правова і соціальна держава, повинна прагнути до демократичного рівня розвитку, гарантувати й захищати права та законні інтереси своїх громадян. Це стосується насамперед працівників, які створюють матеріальні та духовні блага й забезпечують не тільки свої потреби, але й потреби суспільства загалом і, звісно, держави, тому в Україні зусилля законодавця під час вирішення проблем захисту прав працівників мають бути спрямовані передусім на удосконалення правової бази держави загалом та в питаннях регулювання заробітної плати зокрема, включаючи насамперед соціальне партнерство, колективно-договірне регулювання, в основі якого лежить такий важливий договірний акт, як колективний договір.

Якщо говорити про роль держави у соціальному партнерстві, то необхідно сказати, що вона є специфічною. Її специфічність пояснюється двояким положенням: з одного боку, держава є власником певної частки засобів виробництва, тому є роботодавцем, а з іншого боку, держава є гарантом дотримання соціальними партнерами чинних законів, гарантом соціального миру у суспільстві. Звідси випливає, що соціальне партнерство як принцип трудового права виступає правовою формою, яка сприяє досягненню соціального балансу між найманими працівниками, роботодавцями і державою [2, с. 241]. Окрім того, рівень захисту громадян державою на міжнародній арені багато в чому визначається обсягом прав громадян і ступенем їх реалізації. Сучасні реалії зводяться до того, що в трудовому законодавстві встановлено лише мінімальні гарантії, а підвищення цих гарантій багато в чому залежить від бажання і можливостей самого підприємства, установи, організації, тобто договірного рівня.

Сьогодні є очевидним те, що створення належних умов праці, адекватна заробітна плата, охорона праці і здоров'я робітників, їх захист повинні стояти на порядку денному. В цьому важливу роль має відігравати договірне регулювання трудових відносин. Саме колективний договір є нормативно-правовим актом, який має публічно-правову і приватно-правову природу, метою якого є «регулювання виробничих, трудових і соціально-економічних відносин і узгодження інтересів працівників та роботодавців» [3].

Пріоритетна роль колективного договору в ієрархії локальних нормативно-правових актів обумовлена його правовою природою, а саме договірним порядком прийняття, широким колом соціально-трудових відносин, що становлять предмет його регулювання.

Завдяки нормативним умовам, що становлять зміст колективного договору, колективний договір є базою для нормативно-правового регулювання соціально-трудових відносин підприємства, установи, організації. З урахуванням економічних можливостей підприємства, установи, організації колективний договір є стимулом працівників до творчої і продуктивної праці шляхом установлення моральних і матеріальних заохочень у вигляді додаткових відпусток, надбавок і доплат до основної заробітної плати, пільг і компенсацій. В умовах ринкової економіки договірне регулювання трудових відносин набуває особливого значення. Воно дає змогу враховувати інтереси працівника та роботодавця, галузеву та локальну специфіку підприємства, фінансово-економічний стан роботодавця [4, с. 140]. Звісно, потрібно враховувати економічні можливості підприємства, установи, організації, але не потрібно забувати про те, що саме цей акт соціального партнерства може підвищити інтерес працівників до продуктивної і творчої праці шляхом установлення матеріальних і моральних стимулів у вигляді надбавок і доплат до основної заробітної плати, різних пільг і компенсацій. Кваліфіковане розроблення колективного договору дасть змогу закласти в ньому значні можливості для підвищення стимулу працівників, тому у встановленні умов праці, різних пільг і гарантій колективному договору відводиться особлива захисна роль, яка проявляється в підвищенні гарантій трудових прав працівників.

Незважаючи на значення колективно-договірного регулювання в реалізації прав та інтересів працівників на підприємствах, установах, організаціях, сьогодні доводиться констатувати, що рівень ефективності колективних договорів як актів локальної нормотворчості бажає кращого. Практично питання визначення понять «ефективний колективний договір», «ефективне колективно-договірне регулювання» є неопрацьованим з юридичної точки зору, що призводить до низької ефективності договорів, недостатнього рівня вимог за основними пунктами переговорів, невміння голів профспілок визначати реальні можливості роботодавця, відсутності зв'язку норм і положень колективних договорів з нормами й положеннями угод, що укладаються на генеральному, галузевому та територіальному рівнях, наявності великої кількості формальних, неконкретних

пунктів і пунктів, які суперечать трудовому законодавству. До колективного договору часто включаються інформаційні умови, які не підвищують ефективність колективного договору, крім того, включаються навіть питання, які не є предметом договірного регулювання.

За структурою колективні договори також можуть бути однаковими, тобто мати однакові пункти, наприклад, про те, що за роботу за суміщенням здійснюється доплата, але в одних колективних договорах вона може встановлюватись до 50%, а в інших – до 30% або взагалі не встановлюватися. Це говорить про те, що однієї структури колективного договору мало для оцінки їх реального впливу на реалізацію прав працівників. Отже, структура колективного договору має значення, але не впливає на змістовну ефективність колективного договору як такого.

В юридичній літературі не склалося взагалі думки про те, яку властивість (властивості) змісту колективного договору необхідно використовувати як показник ефективності колективних договорів і, звісно, самого процесу договірного регулювання. На перший погляд, для характеристики ефективності колективного договору можна використовувати повноту і зміст актів; повне й точне визначення в них умов здійснення трудової діяльності на підприємстві, установі; максимум використання через колективний договір можливостей і засобів для підвищення рівня трудових і соціальних гарантій, що надаються працівникам; наявність у змісті колективного договору зобов'язань, що поліпшують становище працівників, порівняно з чинним законодавством, наявність зобов'язань з найбільш значущих проблем.

На нашу думку, використання цих властивостей як показника ефективності колективного договору необхідно розглядати одночасно з таких позицій, як повнота відображення правового призначення колективного договору, де б відображалась якісна змістовна частина колективного договору, доступність для здійснення контрольних функцій за взяті зобов'язання.

Постає питання про те, як визначити ефективність колективних договорів, які фактори повинні сприяти цьому. На нашу думку, ефективність колективних договорів має визначатися як за оцінкою змістовної частини, так і за повнотою відображення у договорі проблем колективно-договірного регулювання на рівні підприємства, установи, організації. Крім того, така ефективність колективних договорів має також визначатися ефективністю вжиття тих заходів, що передбачені самим колективним договором.

Як підкреслює Н.Д. Гетьманцева, не менш важливою складовою частиною ефективності договірного регулювання є якість змістовної частини самих документів. Оскільки умови колективного договору можуть бути повністю виконані, але якщо за своїм змістом колективний договір «не надавав» працівникам нічого суттєвого в підвищенні оплати праці, встановленні різних надбавок, доплат до посадових окладів (тарифних ставок), покращенні соціально-побутового обслуговування, організації належних умов праці тощо, навряд чи можна назвати такий колективний договір ефективним [5, с. 493], тому насамперед ефективність колективних договорів як інструментів соціального управління повинна проявлятися не тільки щодо їх фактичної реалізації, але й передусім у забезпеченні положень змістовної частини рівнем трудових прав та гарантій працівників порівняно зі встановленими у законодавстві. Саме тут, як зазначає вчена, повинна чітко проявлятися регулятивна дія нормативної частини колективного договору та поєднання державного і договірного регулювання [5, с. 493], адже призначення колективно-договірного регулювання полягає в реалізації такого принципу: кожен наступний рівень соціально-партнерських угод (колективних договорів) не може погіршувати умов угод (договорів) більш високого рівня та повинен відрізнятися від попереднього більшою вигодою для працівників [6, с. 110].

Загалом призначення колективних договорів у виробничо-трудовій сфері має характеризуватися рівнем трудових прав і гарантій для працівників, адже підвищення їх рівня є основним призначенням колективного договору. Чим кращим стає рівень трудових прав і гарантій працівників під час укладення колективного договору, тим ефективнішим стає зміст цього акту. Відповідно, якість і значення рівня трудових прав і гарантій для працівників є одними з важливих властивостей змісту колективного договору, тому чим вищий рівень трудових прав і гарантій для працівників, закладений у змісті колективного договору, тим ефективніший колективний договір загалом. Отже, значення рівня трудових прав і гарантій є одним з важливих показників і, відповідно, властивостей колективного договору, який укладається на підприємстві, установі, організації і поширює свою дію на всіх працівників незалежно від того, чи є вони членами профспілки, а також є обов'язковим як для роботодавця, так і для працівників підприємства [3]. Окрім того, рівень трудових прав і гарантій працівників

у трудовому законодавстві використовується як певний показник. Так, рівень мінімальних трудових прав і гарантій працівників забезпечується державою на централізованому рівні шляхом прийняття нормативно-правових актів. Цей рівень може бути підвищений за рахунок колективно-договірного регулювання шляхом укладення колективних договорів. Зокрема, ст. 9-1 КЗпП України закріплює, що підприємства, установи, організації в межах своїх повноважень і за рахунок власних коштів можуть встановлювати додаткові порівняно із законодавством трудові і соціально-побутові пільги для працівників.

Необхідно відзначити, що рівень трудових прав і гарантій працівників, що приймаються на підприємстві, шляхом фіксування їх у колективному договорі є доступним і піддається контролю як профспілками, так і державними органами. Уявляється, що основними напрямами розвитку договірного регулювання на підприємствах, установах, організаціях є вдосконалення системи трудових відносин і зайнятості особливо вразливих верств населення, які самостійно не можуть конкурувати на ринку праці, підвищення кваліфікації, перенавчання вивільнених працівників, стимулювання праці, забезпечення належної охорони праці, отже, збереження здоров'я працівників у процесі самої праці, житлово-побутове забезпечення працівників. Однак, як уже зазначалося, значна частина цих питань реалізується роботодавцем з огляду на його фінансові можливості, тому держава також повинна розробляти певні програми, що спрямовані на підвищення заінтересованості роботодавця у створенні гарантій для працівників шляхом прийняття податкових пільг.

Рівень трудових прав і гарантій для працівників є комплексною характеристикою конкретизованих і реалізованих в трудовому законодавстві, колективно-договірних актах статутних прав, що становлять зміст правового статусу працівників, їх забезпеченості щодо можливості працювати за конкретною спеціальністю, кваліфікацією, посадою, сприятливих умов праці та відповідної оплати, необхідного відпочинку, здорових і безпечних умов праці, соціально-побутового обслуговування та необхідних гарантій, які сприяють свободі дій працівників щодо здійснення своїх прав і зобов'язують роботодавця дотримуватися прав працівників та діяти відповідним чином (в рамках, визначених законом, колективним договором, контрактом).

Висновки

Забезпечення і реалізація рівня трудових прав і гарантій є основною властивістю колективного договору і показником ефективності колективно-договірного регулювання.

Сучасні умови диктують необхідність пошуку нових підходів до регулювання соціально-трудових відносин та вдосконалення трудового законодавства загалом. Договірне регулювання, засноване на соціальному діалозі, має сприяти збільшенню кількості укладених колективних договорів, тому сучасні реалії потребують розроблення цілої системи заходів, спрямованих на стимулювання сторін до укладення колективних договорів.

Трудове право як ніколи стає гнучким, тому велику увагу необхідно приділяти договірному регулюванню, в основі якого закладений колективний договір. Сьогодні необхідні пошуки нових способів захисту прав працівників, що можуть бути прийняті на локальному рівні, а також установлені в колективному договорі. В умовах ринкової економіки необхідно звертати увагу та вдосконалювати саме ті соціально-трудові гарантії, які пов'язані з колективно-договірним процесом.

Список використаних джерел:

1. Качан Є.П., Прохоровська С.А. Вплив колективно-договірного регулювання на ефективність використання трудового потенціалу. С. 330–337. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/32607004.pdf.

2. Процевський О.І. Методологічні засади трудового права : монографія. Харків : ХНАДУ, 2014. 260 с.

3. Про колективні договори і угоди : Закон від 1 липня 1993 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3356-12.

4. Мельник К.Ю. Трудове право України : підручник. Харків : Діса плюс, 2014. 480 с.

5. Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин : монографія. Чернівці : Технодрук, 2015. 592 с.

6. Грищенко Н.Н. Философия справедливости. Экономика и организация производства. *ЭКО*. 1996. № 7. С. 110.

Olga Khrabatyn. The effectiveness of the collective agreement as an indicator of the implementation of collective agreement regulation

The article, taking into account the current legislation of Ukraine and the scientific doctrine, examines the essence and properties of collective-contractual regulation and the effectiveness of its implementation at the present stage. The author emphasizes that the collective agreement is a normative legal act that has a public and private legal nature, the purpose of which is "to regulate industrial, labor

and socio-economic relations and to harmonize the interests of workers and employers". The author draws attention to the fact that due to the normative conditions that make up its content, the collective agreement is the basis for the legal regulation of social and labor relations of an enterprise, institution, organization. The article identifies and outlines the key problems of the efficiency indicator of the collective agreement, which, according to the author, must be considered simultaneously from such positions as: completeness of reflecting the legal purpose of the collective agreement (where its qualitative content would be displayed), accessibility for exercising control functions for the undertaken obligations.

The author notes that the appointment of collective agreements in the production and labor sphere should be characterized by the level of labor rights and guarantees of workers because their increase is the main purpose of the collective agreement. The better the level of labor rights and guarantees of employees when concluding a collective agreement, the more effective the content of this act becomes. Therefore, the quality and significance of the level of labor rights and guarantees for employees are one of the important properties of the content of the collective agreement as to the basis for collective agreement regulation. Today, it is necessary to search for new ways to protect the rights of workers, which can be adopted at the local level and established in the collective agreement. In a market economy, it is necessary to pay attention and improve precisely those social and labor guarantees that are associated with the collective bargaining process. It is concluded that ensuring and implementing the level of labor rights and guarantees is the main property of a collective agreement and an indicator of the effectiveness of collective agreement regulation.

Key words: collective agreement, collective bargaining regulation, protection of workers' labor rights, social partnership.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.24

Людмила Асанова,
аспірант кафедри публічного управління та адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

МІСЦЕ ЕЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТООБІГУ В ЗАГАЛЬНІЙ СИСТЕМІ ДІЛОВОДСТВА

Глобальне впровадження інформаційних технологій, розвиток інформаційних відносин дали змогу використовувати технічні, телекомунікаційні ресурси та Інтернет на службі, в медицині, у навчанні і побуті, що, своєю чергою, вимагає постійного розроблення, вдосконалення та оновлення нормативно-правової бази України, створення спеціальних норм та правил регулювання у цій сфері. Верховною Радою України були прийняті закони України, які набули чинності, «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис», «Про телекомунікації», «Про обов'язковий примірник документів», «Про Національну програму інформатизації», «Про Національну систему конфіденційного зв'язку», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», та ін. Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» визначаються основні організаційно-правові засади електронного документообігу та використання електронних документів. Відповідно, законом встановлено, що електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа, зокрема, електронний цифровий підпис. Юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Проте маємо певні обмеження, встановлені законом, на застосування електронного документа як оригіналу. Зокрема, в електронній формі не може бути створено оригінал свідоцтва про право на спадщину; інший документ, який, згідно із законодавством, може бути створений лише в одному примірнику, допоки не буде створено централізованого сховища оригіналів електронних документів. Електронний цифровий підпис дає змогу підтвердити цілісність електронного документа, тобто його захищеність від несанкціонованого спотворення, руйнування або знищення в процесі руху від відправника до одержувача, та ідентифікувати підписувача, що дозволяє використовувати його в електронному діловодстві. Це елемент високотехнологічного і прогресивного підходу, що суттєвого підвищить ефективність роботи державних органів.

Ключові слова: оптимізація, автоматизація, скорочення, електронні документи.

Постановка проблеми. Необхідність запровадження електронного документообігу в установі, автоматизованого контролю виконання на всіх етапах роботи з документами нині не викликає сумнівів. Система електронного документообігу кардинально підвищує якість роботи виконавців, забезпечує підготовку документів у встановлені строки, автоматизацію процесів розмноження документів, відстеження переміщення паперових документів усередині організації, здійснення контролю дотримання порядку передачі конфіденційної інформації.

Варто зазначити, що важливу роль у запровадженні електронного документообігу відіграє підтримка керівництвом установи та бажання працівників здійснювати кроки до новітніх технологій, освоювати нові висоти. Поступове і планомірне впровадження елементів електронного документообігу, починаючи з внутрішніх документів, проведення навчальної роботи обов'язково матимуть свої плоди.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Інформаційно-аналітична діяльність органів влади, роль інформації в процесі ухвалення державно-управлінських рішень є предметом досліджень таких учених, як В. Бакуменко, А. Дєгтяр, І. Древицька, Д. Дубов, В. Князєв, В. Марущак, Ю. Машкаров, В. Мороз, Н. Нижник, І. Парубчак, Л. Приходченко, М. Сендзюк, В. Тертичка, В. Тронь та ін.

Питання впровадження в Україні технологій електронного урядування розглядають О. Баранов, О. Васильєва, Р. Войтович, О. Голобуцький, В. Дрешпак, О. Карпенко, І. Клименко, І. Козюра, І. Коліушко, К. Линьов, І. Лопушинський, С. Попов, А. Семенченко, С. Чукут та ін. Науковими дослідженнями аспектів електронного документообігу в різних сферах управління, у тому числі на державному та регіональному рівнях, займалися такі вчені, як Н. Кунанець, Ю. Ковтанюк, О. Січова, М. Салтевський, М. Цивін, Н. Лиско, М. Шерман, Л. Філіппова, О. Наконечна, І. Ситник, В. Писаренко та ін.

© Л. Асанова, 2021

Утім, попри значний науковий інтерес фахівців до інформаційно-аналітичної діяльності органів влади, електронного урядування та впровадження електронного документообігу, багато теоретичних, методологічних та практичних питань, особливо в умовах сучасного швидкозмінного середовища державного управління, залишаються невирішеними. Незначне коло дослідників вивчає важливі питання теоретико-методологічного обґрунтування механізмів упровадження електронного документообігу.

Формулювання завдання дослідження. Мета статті – сформулювати поняття «електронний документ», «електронний підпис», визначити переваги електронного документообігу порівняно з паперовим; визначити критерії ефективності електронного документообігу та його місце у загальній системі діловодства; встановити залежність ефективного управління та координації структурних підрозділів від формування коректних бізнес-процесів.

Виклад основного матеріалу. Значну роль в упорядкуванні роботи з документами й оптимізації документаційних процесів відіграла Єдина державна система діловодства, яка була затверджена Кабінетом Міністрів України у 1973 році.

Єдина державна система діловодства – науково упорядкований комплекс правил, нормативів і рекомендацій щодо організації і ведення документаційного забезпечення управління, починаючи з моменту створення або отримання документа і до відправлення його в архів. Впровадження на той час ЄДСД в апаратах міністерств і відомств не тільки дозволило привести документаційне обслуговування у відносну однорідність у галузі, але й створило передумови для переходу до активного впровадження автоматизованих систем управління. Це згодом віднайшло своє відображення у «Примірній інструкції з діловодства у Міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих органах виконавчої влади», затвердженій Постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 1997 року № 1153, Державних стандартах.

Ефективність управління насамперед залежить від вирішення завдань оперативного і якісного формування електронних документів, контролю їх виконання, а також продуманої організації їх зберігання, пошуку і використання. Потреба в ефективному управлінні електронними документами призвела до створення систем електронного діловодства, покликаних забезпечити процес створення, управління доступом і розповсюдження великих обсягів документів у комп'ютерних мережах, конвертацію і безпеку даних, а також контроль над потоками документів в організації [5].

Системи електронного діловодства (СЕД) – нове покоління систем автоматизації підприємств, основними об'єктами автоматизації в яких є документи і бізнес-процеси, що подаються як рух документів і їх обробка [4].

Запровадження автоматизованого контролю виконання на всіх етапах роботи з документами кардинально підвищує якість роботи виконавців, забезпечує своєчасну підготовку документів. Такі процеси документообігу, як розмноження документів, відстеження переміщення паперових документів усередині організації, здійснення контролю дотримання порядку передачі конфіденційної інформації, також певною мірою можуть бути автоматизовані.

Спільне використання систем електронного діловодства і сховищ інформації дозволяє систематизувати і поєднувати інформацію, що полегшує її аналіз і складання звітів. Для пошуку закономірностей у великих масивах даних можна приймати більш ефективні рішення і здійснювати ефективні дії, що базуються на відповідних технологіях фільтрування інформації з баз даних. Це буде можливо тільки в системі управління, побудованій на основі цілком електронного документообігу. Інформаційні безпаперові технології полегшують процес управління. Електронні технології забезпечують автоматизований і централізований обмін масивами інформації та можливість користування лише необхідною відфільтрованою за певними параметрами інформацією з усіх доступних джерел [6].

Системи електронного діловодства і документообігу можуть сприяти створенню нової організаційної культури в органах влади, зробивши роботу державних службовців більш легкою, цікавою і значимою. Інформаційні технології дозволяють державним службовцям працювати над виконанням внутрішньовідомчих завдань, а також об'єднувати зусилля у вирішенні спільних завдань одночасно з іншими установами, в режимі реального часу візувати, корегувати та створювати документи, приймати управлінські рішення. Електронний документообіг, зокрема, має стати провідником, завдяки якому органи влади перейдуть на новий рівень взаємовідносин з населенням, а державні службовці будуть прямо відповідати на запити громадян і ставитися до них як до клієнтів, надаючи якісний сервіс [5].

Неможливо недооцінити залежність ефективності управління підприємствами й організаціями від коректної, вчасної постановки завдань, оперативного і якісного проходження електронних документів, контролю за виконанням, а також забезпечення організації збереження, пошуку і використання. Саме система електронного документообігу (СЕД) дозволяє забезпечити обіг електронних документів таким чином. Тому впровадження СЕД для підвищення ефективності документообігу в установі, здійснення ефективного управління і функціонування організації потребує більш детального визначення бізнес-процесів та їхньої відповідності програмному забезпеченню.

На думку галузевих вчених, електронний документообіг включає процес створення документів, їх опрацювання, передачу, збереження, вивід інформації, що циркулює в установі, на основі використання комп'ютерних мереж. Під керування електронним документообігом прийнято розуміти організацію руху документів між підрозділами установи, групами користувачів чи окремими користувачами. При цьому рух документів означає не їх фізичне переміщення, а передачу прав на їх застосування з повідомленням конкретних користувачів і контролем за їх виконанням. СЕД установи має забезпечувати процес створення документів, керування ними, доступу до них і розповсюдження великих обсягів документів у комп'ютерних мережах, а також контроль над потоками документів в установі. Ці документи мають зберігатися в спеціальних сховищах або в ієрархії файлової системи. Типи файлів, що підтримують СЕД, включають: текстові документи, зображення, електронні таблиці, аудіодані, відеодані і Web-документи. До загальних можливостей СЕД належать: створення документів, керування доступом, конвертація даних і забезпечення безпеки даних.

У зв'язку з цим можемо зробити висновок, що головне призначення СЕД – це організація збереження електронних документів, а також роботи з ними, здійснення пошуку як за символами, так і за контекстом.

В ідеально налаштованих бізнес-процесах СЕД повинні автоматично відображатися зміни в документах, терміни виконання документів, рух документів, а також контролюватися всі їх версії і підверсії. СЕД повинна охоплювати весь цикл діловодства установи – від створення документа або отримання документа до його знищення або передачі на архівне зберігання.

Поруч з іншими завданнями СЕД, потребує вирішення питання поєднання різних потоків документів центрального та територіального підрозділів у єдину систему. Вони повинні забезпечувати гнучке керування документами як за допомогою чіткого визначення маршрутів руху, так і шляхом вільної маршрутизації документів.

Для ефективного управління та координації роботи структурних підрозділів у СЕД повинне бути реалізоване чітке розмежування рівнів доступу користувачів до різних документів залежно від їхньої компетенції, займаної посади і повноважень. Окрім того, СЕД повинна відображати номенклатуру посад існуючої організаційно-штатної структури і справ системи діловодства установи, а також інтегруватися з наявними корпоративними системами.

У більшості СЕД реалізована ієрархічна система збереження документів (за принципом «шафа/папка»). Кожен документ поміщується в папку, що у свою чергу знаходиться на полиці і т. д. Будь-якому документу в СЕД властивий певний набір реквізитів (наприклад, його назва, автор документа, номер та час його створення й ін.). Набір реквізитів одного типу документа має бути незмінним. Для кожного типу документів за допомогою візуальних засобів створюється шаблон картки, де в зрозумілому графічному вигляді представлені найменування атрибутів документа. Під час введення документа в СЕД береться необхідний шаблон і заповнюється картка (заповнюються поля картки). Картка має бути обов'язково зв'язаною із самим документом [6].

Для розроблення етапів проходження документів в установі необхідно розглянути поняття «вільної» і «жорсткої» маршрутизації документів. Під час застосування «вільної» маршрутизації будь-який користувач системи, що бере участь у документообігу, може за своїм розсудом змінити існуючий маршрут проходження документів або зазначити новий маршрут. Під час застосування «жорсткої» маршрутизації маршрути проходження документів чітко регламентовані, при цьому користувачі не мають можливості їх змінювати. Як правило, вибір маршрутизації залежить від виду документообігу установи (централізованого, децентралізованого або змішаного). Для розмежування повноважень і контролю за доступом до документів пропонується визначити види доступу, а саме:

– повний контроль над документом;

– право редагувати, але не знищувати документ;

– право створювати нові версії документа, але не редагувати його;

– право анотувати документ, але не редагувати його і не створювати нові версії;

– право читати документ, але не редагувати його;

– право доступу до картки в режимі перегляду, але не до вмісту документа;

– повна відсутність прав доступу до документа.

Існує можливість проведення аудиту роботи з документом, оскільки кожна дія користувача протоколюється.

Додатковою перевагою роботи в СЕД є можливість одночасного опрацювання документа декількома користувачами з функцією збереження версій і підверсій документа. Така практика застосовується у Національному антикорупційному бюро України щодо підготовки та погодження структурними підрозділами проєктів розпорядчих документів Директора Національного бюро, проєктів договорів, візування вихідних листів [7].

Для здійснення контролю виконання важливою є фіксація факту створення або надходження документа шляхом позначення на ньому реєстраційного номеру, дати та часу.

Ще одна перевага електронного документообігу – це можливість відправляти вихідні документи, що створюються та підписуються в установі в електронному вигляді, через Систему електронної взаємодії органів виконавчої влади, що значно прискорює надходження документа до адресата, а також зменшує вартість послуги у разі відправлення службового листа у паперовому вигляді.

Таким чином, електронний документообіг посідає визначне місце у загальній системі діловодства та забезпечує **ефективний обіг** документів установи за рахунок:

– автоматичного контролю виконання, прозорості діяльності організації на всіх рівнях;

– усунення дублювання і багаторазового проходження документів;

– забезпечення чіткої авторизації доступу до інформації, за рахунок чого підвищується персональна відповідальність працівників за дії чітко в рамках наданих повноважень;

– фіксації діяльності установи в цілому;

– оптимізації бізнес-процесів і автоматизація виконання і контролю;

– скорочення обігу паперових документів;

– спрощення і здешевлення збереження паперових документів за рахунок наявності оперативного електронного архіву;

– організації єдиного централізованого сховища документів;

– формалізації правил виконання технологічних процесів створення й обробки документів, актуальності і вірогідності їхніх маршрутних схем,

– поліпшення засобів контролю над ходом виконання технологічних процесів обробки документів, регулювання і керування системою документообігу, що забезпечить скорочення термінів виконання робіт, істотне підвищення продуктивності праці;

– підвищення ступеня захищеності даних, залучених у документообіг, забезпечення їхньої конфіденційності за рахунок застосування будь-яких, у тому числі ліцензованих (сертифікованих) засобів шифрування інформації;

– досягнення високого ступеня незалежності роботи над документами від особистих якостей персоналу за рахунок автоматичного виконання більшості формальних дій;

– можливості створення і керування низкою завдань;

– можливості одержання статистичних і аналітичних зведень,

– створення та використання електронної номенклатури справ установи (відомості про документи, які зберігаються в архіві, їх розміщення, номер справи, опис, термін зберігання) [6].

Висновки

Важко переоцінити значимість електронного документообігу в загальній системі документального забезпечення установи та його роль у менеджменті. Поряд з іншими засобами комунікації, процесом передачі/отримання актуальної та своєчасної інформації до/від зовнішніх користувачів можна визначити систему електронного документообігу.

Не останню роль також відіграє підтримка керівництвом установи та працівниками бажання здійснювати кроки до пізнання новітніх технологій, освоєння нових висот. Поступове і планомірне впровадження елементів електронного документообігу, починаючи з внутрішніх документів, проведення навчальної роботи обов'язково матимуть свої плоди.

Список використаних джерел:

1. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 36. С. 275.

2. Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 № 852-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 36. С. 276.

3. Сельченкова С.В. Діловодство : практичний посібник. Київ: Інкунабула, 2009. 480 с.

4. Шувалова Н.Н. Основи діловодства. Мова службового документа. URL:https://stud.com.ua/21890/dokumentoznavstvo/sistemi_avtomatizatsiyi_dilovodstva (дата звернення: 12.02.2021).

5. Чукут С.А., Буряченко К.Л. Блокчейн чи система електронного документообігу: сучасні тенденції впровадження в органах виконавчої влади України. *Інвестиції: практика та досвід*. 2018. № 1. С. 70-76.

6. Кукарін О. Б. Електронний документообіг та захист інформації : навчальний посібник. Київ: НАДУ, 2015. С. 84.

7. Інструкція з діловодства у Національному антикорупційному бюро України : затверджена Наказом Директора Національного антикорупційного бюро України від 19.02.2019 № 26. URL: https://nabu.gov.ua/sites/default/files/page_uploads/23.02/26_nakaz.pdf (дата звернення: 12.02.2021).

Liudmyla Asanova. The place of electronic document management in the general system of office work

Global introduction of information technologies, development of information relations, allowed to use technical, telecommunication resources and the Internet at work, in medicine, in training and life, which in turn requires constant development, improvement and updating of the legal framework of Ukraine, creation of special norms and regulatory rules in this area. The Verkhovna Rada of Ukraine adopted the laws of Ukraine, which entered into force, "On electronic documents and electronic document management", "On electronic digital signature", "On telecommunications", "On mandatory copies of documents", "On the National Informatization Program", "About the National system of confidential communication","About protection of information in information and telecommunication systems", etc. The Law of Ukraine "On Electronic Documents and Electronic Document Management" defines the basic organizational and legal principles of electronic document management and the use of electronic documents. Accordingly, the law stipulates that an electronic document is a document in which information is recorded in the form of electronic data, including mandatory details of the document, in particular, an electronic digital signature. The legal force of an electronic document cannot be denied solely because it has an electronic form. However, we have certain restrictions set by law on the use of an electronic document as an original. In particular, the original certificate of the right to inheritance may not be created in electronic form; another document, which, according to the law, can be created only in one copy until a centralized repository of originals of electronic documents is created. Electronic digital signature allows you to confirm the integrity of the electronic document, ie its protection from unauthorized distortion, destruction or destruction in the process of movement from sender to recipient, and identify the signatory, which allows its use in electronic record keeping as a high-tech and progressive approach. government agencies.

Key words: optimization, automation, reduction, electronic documents.

УДК 342.95:347.962:336.225.611
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.25

Яна Бенедик,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Василь Бенедик,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник,
науковий консультант судді Конституційного Суду України

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ФОРМУВАННЯ СИСТЕМ ДЕКЛАРУВАННЯ СТАТКІВ СУДДЯМИ

У статті досліджується досвід побудови систем декларування статків суддями в національних правопорядках окремих, переважно європейських, держав. Основну увагу приділено чотирьом ключовим проблемам: a) запровадженню системи декларування для суддів як специфічних суб'єктів; b) порядку оприлюднення та режиму доступу до інформації, що міститься в деклараціях суддів; c) системі інститутів, уповноважених здійснювати збір і перевірку декларацій суддів; d) юридичній відповідальності за неподання декларацій або зазначення недостовірної інформації в них. Робиться низка висновків: у державах, яким притаманні значні показники розвитку й стабільності функціонування демократичних інститутів, спеціальні законодавчі вимоги стосовно обов'язкового декларування статків суддями та відповідне інституційне забезпечення переважно відсутні; у країнах, де такий обов'язок установлено, декларування суддями здійснюється або за загальними правилами, або відповідно до визначених спеціальними законами правил і процедур, які можуть відрізнятися від загальних з огляду на специфічний статус суддів; у більшості досліджуваних держав декларації суддів знаходяться у відкритому доступі та зазвичай публікуються на спеціальних онлайн платформах, хоча в окремих випадках доступ до відповідної інформації може надаватися тільки на підставі мотивованих запитів зацікавлених осіб. Звертається увага на те, що залежно від специфіки інституційного механізму системи декларування досліджувані держави можна поділити на три групи: ті, у яких акумулювання та перевірка декларацій суддів здійснюється органами суддівського врядування, їх спеціальними підрозділами; ті, де воно здійснюється в межах системи суцільного декларування статків державними службовцями – єдиним контролюючим антикорупційним і/або податковим органом; ті, де воно здійснюється спільними зусиллями органів судового врядування й антикорупційними, податковими або іншими уповноваженими органами. Також більшість держав тяжіє до криміналізації порушень правил і процедур декларування статків державними службовцями загалом і суддями зокрема.

Ключові слова: державний контроль, системи декларування статків, декларування статків суддями, зарубіжний досвід.

Постановка проблеми. Протягом майже всього періоду незалежності України питання запобігання корупції та боротьби з корупцією було й залишається одним із головних на порядку денному політико-правового та наукового дискурсів. У цьому контексті, як відносно новий інститут національного права, декларування статків державних службовців, закономірно посідає чільне місце серед інструментів запобігання й виявлення корупції та конфлікту інтересів. Наявні дослідження у відповідній сфері переважно концентруються на механізмах контролю стосовно виконавчої та законодавчої гілок влади. При цьому сьогодні детальні дослідження особливостей механізмів декларування статків щодо суддів, запроваджені в різних національних юрисдикціях, є нечисленними.

Метою статті є ідентифікація та аналіз наявних світових практик формування й функціонування систем декларування статків суддями, їх інституційного забезпечення, виокремлення їх особливостей і проведення відповідної класифікації.

Виклад основного матеріалу. Загалом механізми декларування статків державних службовців, інкорпоровані в низку міжнародно-правових інструментів, є розповсюдженими в численних національних правопорядках і визнаються як ключовий інструмент забезпечення прозорості й під-

© Я. Бенедик, В. Бенедик, 2021

звітності органів державної влади, запобігання корупції та боротьби з нею [1, с. 1].

Запровадження механізмів розкриття інформації щодо статків державних службовців набуло особливо значного поширення в національних правопорядках протягом останніх трьох десятиліть. Цьому, серед іншого, сприяло прийняття у 2003 році Конвенції ООН проти корупції [2], частина 5 статті 8 якої встановлює, що «кожна Держава-учасниця прагне, у належних випадках і згідно з основоположними принципами свого внутрішнього права, запроваджувати заходи й системи, які зобов'язують державних посадових осіб надавати відповідним органам декларації, серед іншого, про позаслужбову діяльність, заняття, інвестиції, активи та про суттєві дарунки або прибутки, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів стосовно їхніх функцій як державних посадових осіб».

Також «кожна Держава-учасниця розглядає можливість створення, відповідно до свого внутрішнього права, ефективних систем, які передбачають розкриття фінансової інформації щодо відповідних державних посадових осіб, і встановлює відповідні санкції за недотримання цих вимог. Кожна Держава-учасниця також розглядає можливість ужиття таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб дозволити своїм компетентним органам здійснювати обмін такою інформацією з компетентними органами інших Держав-учасниць, якщо це необхідно для розслідування, заявлення прав і вжиття заходів щодо повернення доходів, здобутих злочинним шляхом, визначених цією Конвенцією» (частина 5 статті 52 Конвенції).

Крім цього, регіональні міжнародні договори закріплюють еквівалентні зобов'язання, адресовані державам-учасницям (наприклад, Конвенція Африканського Союзу щодо запобігання та протидії корупції [3] – стаття 7, Арабська конвенція проти корупції [4] – стаття 28, Міжамериканська конвенція проти корупції [5] – стаття III).

Незважаючи на те що, як демонструють численні дослідження у сфері декларування статків посадовими особами органів законодавчої та виконавчої влади, базовою метою реалізації відповідних інструментів є забезпечення загальної культури доброчесності, безпосередні цілі імплементації таких ініціатив є специфічними для кожної держави, що зумовлює особливості правового й інституційного механізмів, упроваджених для їх досягнення на національному рівні. У відповідних державах орган, уповноважений забезпечувати збір та управління інформацією про майно й доходи посадових осіб, як правило, має автономний статус і наділений мандатом на здійснення антикорупційної діяльності або аудиторського (фінансового) контролю [1, с. 3].

Водночас, якщо вести мову про суддів як державних службовців зі спеціальним статусом зі змісту Висновку № 21 (2018) Консультативної ради європейських суддів (КРЄС) «Про запобігання корупції серед суддів», можна зробити висновок, що надійна система декларування статків може сприяти виявленню та подальшому уникненню конфлікту інтересів, отже, слугувати більшій прозорості судової системи та підтримці загальної атмосфери доброчесності суддів [6, para. 39].

Однак, ураховуючи право судді на приватне життя та право на приватність членів його сім'ї, упровадження відповідної системи має суворо відповідати принципу пропорційності. Першим елементом останнього є питання необхідності. У багатьох державах-членах Ради Європи, де корупція не є проблемою, не видається необхідним запровадження обов'язкової системи декларування статків [6, para. 40]. Крім того, навіть у країнах, де існує система декларування майна й доходів, належну увагу завжди варто приділяти пропорційності заходів, опосередкованих функціонуванням відповідної системи. Розкриття інформації зацікавленим сторонам, що не належать до судової влади, має здійснюватися лише за умови наявності достовірних і законних підстав. При цьому конфіденційна інформація ніколи не повинна розголошуватися, а приватність третіх осіб, таких як члени сім'ї судді, повинна базуватися на додаткових гарантіях, порівняно з тими, що мають бути забезпечені самим суддям [6, para. 41].

У цьому контексті визначення особливостей функціонування системи декларування статків для суддів логічно потребує висвітлення низки специфічних аспектів: a) чи є такий механізм настільки ж розповсюдженим, як і системи декларування, упроваджені для виконавчих і законодавчих органів; b) які цілі найчастіше переслідуються в контексті запровадження декларування статків стосовно суддів; c) чи регулюються системи декларування стосовно суддів тими ж правовими нормами, що застосовуються до інших осіб; d) у чому полягають особливості інституційного механізму декларування для суддів; e) чи є уповноважені інститути однаковими для всіх гілок влади або відповідні повноваження покладаються на специфічну інституцію, інтегровану в національну систему судових органів; f) на кого покладається вимога стосовно декларування статків у межах судових органів; g) які категорії інформації

найчастіше висвітлюються в деклараціях; h) чи є декларації суддів доступними для громадськості; i) чи є декларації такими, що підлягають перевірці та моніторингу; j) чи передбачаються в національному законодавстві санкції за недотримання зобов'язання з декларування статків або подання недостовірної інформації, тощо [1, с. 2].

Зважаючи на вказане, це дослідження зосереджене на чотирьох ключових проблемах: a) запровадження системи декларування для суддів як специфічних суб'єктів; b) порядок оприлюднення й режим доступу до інформації, що міститься в деклараціях суддів; c) система інститутів, уповноважених здійснювати збір і перевірку декларацій суддів; d) юридична відповідальність за неподання декларацій або зазначення недостовірної інформації в них.

У державах, які запровадили систему декларування статків, можна виокремити два підходи до визначення кола суб'єктів, на яких покладаються відповідні зобов'язання: a) обов'язок оприлюднювати інформацію стосовно наявного майна й доходів покладається на всіх державних службовців; b) адресатами зобов'язань щодо декларування майна й доходів є обмежене коло державних службовців, зважаючи на належність до конкретної гілки влади (наприклад, тільки посадові особи виконавчих органів влади), спосіб призначення на посаду, специфіку повноважень, розмір винагороди за виконання професійної діяльності, місця певної посади в ієрархії органів державної влади або поєднання відповідних критеріїв [1, с. 4].

За результатами дослідження законодавства 158 держав, здійсненого експертами Світового банку, виявлено, що в 56% національних правопорядків судді та прокурори зобов'язані декларувати власні майно й доходи (для суддів вищих судових інстанцій відповідний показник дещо вищий і становить 59%; водночас показники обов'язкового декларування статків для депутатів національних парламентів і членів урядів становлять 90% і 92% відповідно) [7, с. 20].

Ініційований 1 січня 2012 р. Групою держав проти корупції (Group of States against Corruption – GRECO) четвертий раунд оцінювання показників упровадження антикорупційних ініціатив у державах-учасницях (нині 49), присвячений запобіганню корупції серед членів парламентів, суддів і прокурорів, дав змогу виявити загальні тенденції стосовно впровадження системи розкриття інформації щодо майна суддів у досліджуваних правопорядках. Так, окремі держави-учасниці не покладають на суддів зобов'язання стосовно декларування доходів (крім ситуацій неплатоспроможності або позасудової діяльності судді), інші ж вимагають разове подання декларацій у межах процедури призначення на посаду судді або відзначаються існуванням системи декларування статків усіма посадовими особами, включаю суддів і членів їхніх сімей. В останньому випадку моніторинг оприлюдненої інформації уповноваженими органами має визначатися високим ступенем надійності. Крім того, на думку GRECO, криміналізації мають підлягати зазначення неправдивої інформації в деклараціях суб'єктами, на яких покладаються відповідні зобов'язання.

Примітно, що GRECO дотримується досить прагматичного підходу стосовно запровадження системи обов'язкового декларування статків суддями. Так, якщо ті чи інші національні правопорядки відзначаються низькими показниками корупції й значною довірою суспільства до судової влади, упровадження відповідних механізмів не вважається обов'язковим [8, с. 21].

Відтак переважно в державах, що визначаються значними показниками розвитку й стабільності функціонування демократичних інститутів, законодавчі вимоги стосовно обов'язкового декларування статків суддями відсутні. До таких держав належать Австрія [9, para. 123], Бельгія [10, para. 115], Кіпр [11, para. 152], Сполучене Королівство [12, para 132], Франція [13, para. 102-105], Мальта [14, с. 110], Швейцарія [15, para. 172], Ісландія [16, para. 110], Люксембург [17, para. 130], Данія [18, para. 109], Нідерланди [19, para. 112], Іспанія [20, para. 109], Німеччина [21, para. 173], Швеція [22, para. 128].

У цьому контексті варто зазначити, що в більшості згаданих держав на суддів розповсюджуються механізми фіскального контролю, які застосовуються до всіх платників податків (Кіпр, Мальта, Швейцарія, Люксембург тощо).

Водночас судді є повноцінними суб'єктами декларування статків у Болгарії, Албанії, Словаччині, Польщі, Естонії, Чорногорії, Латвії, Хорватії, Грузії, Азербайджані (тобто вказаний механізм переважно притаманний молодим демократіям), Норвегії та США.

Відповідні держави залежно від специфіки комплексу правових норм, якими встановлюється зобов'язання суддів декларувати власні статки, можна розподілити на дві групи: a) держави, у яких діють загальні для всіх, включаючи суддів, правила стосовно декларування майна та доходів (Албанія [23, с. 6], Естонія [24, para. 132], Чорногорія [25, para. 100], Латвія [26, para. 59], Грузія

[27, para. 120], Азербайджан [28, para. 74], США [29, para. 197] – щодо суддів системи федеральних судів); b) держави, у яких вимоги щодо декларування статків суддів базуються на профільних «судових» законодавчих актах, отже, відрізняються від вимог, що висуваються до інших державних службовців у відповідній сфері (Болгарія [30, para. 65], Норвегія [31, para. 142], Польща [32, para. 140], Хорватія [33]).

Досить нетиповим на загальному тлі є підхід, утілений у законодавстві Португалії, відповідно до якого суб'єктами декларування статків є тільки судді Конституційного Суду, які прирівнюються до «політичних» посадових осіб (political officeholders) [34, para. 128].

У досліджуваних державах правила, які стосуються регулярності подання декларацій, загалом співпадають. Так, судді подають декларації при призначенні або обранні на посаду, виході у відставку/звільненні з посади, протягом певного, установленого законом, строку після виходу у відставку, у разі суттєвих змін фінансового стану та на щорічній основі протягом усього строку повноважень.

Вимоги ж стосовно інформації, яка повинна відображатися в деклараціях суддів, не є однорідними. Так, разом із загальними для всіх національних правопорядків вимогами, відповідно до яких у деклараціях зазначається інформація щодо нерухомого та рухомого майна, загальної суми доходів, отриманих протягом звітного періоду тощо, в окремих державах існують специфічні правила щодо змісту відповідних декларацій. У деклараціях можуть не вказуватися дані стосовно майна/фінансових зобов'язань, вартість/сума яких не перевищує встановленої законом граничної межі (наприклад, у Словаччині – EUR 6600 для нерухомого та рухомого майна [35, para. 93], боргів і подарунків [36, para. 39]; Польща – еквівалент EUR 2423 для нерухомого майна та зобов'язань [32, para. 140]; Естонія – EUR 3500 для зобов'язань [24, para. 56]), повинні зазначатися дані щодо участі в адміністративних і контрольних органах підприємств і неурядових організацій (Болгарія [30, para. 65]), володіння корпоративними правами (зокрема в Норвегії, якщо вартість акцій перевищує еквівалент EUR 24578 або у володінні знаходяться понад 10% акцій компанії [31, para 144]) тощо.

За загальним правилом, декларації суддів мають містити інформацію стосовно майна й доходів чоловіка/дружини та дітей, що проживають разом із декларантом, а також близьких родичів.

У контексті визначення загальних стандартів стосовно порядку оприлюднення й режиму доступу до інформації, що міститься в деклараціях державних службовців, неможливо констатувати існування однорідного підходу. З одного боку, забезпечення загального доступу до відповідної інформації може сприяти зміцненню довіри громадськості до представників органів державної влади, а також слугувати підвищенню ефективності систем моніторингу та контролю, зважаючи на залучення до цього процесу широкого кола зацікавлених осіб, зокрема представників неурядових організацій і засобів масової інформації [1, с. 7–8]. З іншого боку, обмеження доступу до декларованої інформації може бути виправдане необхідністю забезпечення права на повагу до приватного життя, а також запобіганням будь-яким протиправним посяганням на життя й майно декларанта та членів його сім'ї. Особливої гостроти дискусія із цього питання набуває стосовно суддів, з огляду на їхній спеціальний статус і гарантії незалежності під час здійснення ними правосуддя, а також заборону будь-якого впливу з боку третіх осіб. Наприклад, у Сербії з публічного доступу вилучаються декларації суддів, що розглядають справи, пов'язані з організованою злочинністю, корупційними правопорушеннями та іншими тяжкими злочинами [37, с. 3].

Відповідно до звіту Міжнародної асоціації суддів, запровадження публічних реєстрів декларацій суддів може бути виправдане, лише якщо це обумовлюється конкретними обставинами, зокрема у випадках, коли існують обґрунтовані підозри стосовно вчинення правопорушення конкретним суддею або на тлі загальної дисфункції національної системи правосуддя, а відповідні заходи мають бути пропорційними чинній ситуації [38, с. 8].

Водночас у тих державах, де декларації підлягають оприлюдненню, дані стосовно судді підлягають попередньому редагуванню шляхом вилучення з них будь-якої чутливої інформації (наприклад, адреси помешкання, номерного знака автомобіля, ідентифікаційного коду, реквізитів банківських рахунків тощо) [37, с. 3].

Держави, законодавством яких установлено вимогу декларування суддями майна та доходів, за критерієм відкритості доступу до декларацій можна умовно поділити на дві групи: a) держави з відкритим публічним доступом до відповідної інформації та b) держави, які тією чи іншою мірою такий доступ обмежують.

Так, у більшості досліджуваних держав – Норвегії [31, para. 143], Словаччині

[35, para. 93], Польщі [39, para. 13], Естонії [24, para. 132], Чорногорії [25, para. 52], Латвії [26, para. 131], Хорватії [40, para. 26], Грузії [27, para. 60] – декларації суддів знаходяться у відкритому доступі та зазвичай публікуються на спеціальних онлайн платформах (офіційних сайтах).

На противагу цій практиці, в Азербайджані інформація, відображена в деклараціях про статки суддів, має конфіденційний характер і не підлягає оприлюдненню [28, para. 74], а в США [29, para. 199], Польщі (до 2017 року) [32, para. 141], Хорватії (до 2018 року) [33, para. 116] доступ до відповідної інформації надається (надавався) на підставі мотивованих запитів зацікавлених осіб.

При цьому, відповідно до естонського [24, para. 132] й латвійського [26, para. 130] законодавства, з публічного доступу вилучається інформація стосовно третіх осіб, що є членами сім'ї, родичами, контрагентами, кредиторами чи боржниками декларанта.

Практика держав стосовно регламентації діяльності спеціальних органів, покликаних здійснювати збір, аналіз і перевірку декларацій суддів, а так само прямо чи опосередковано брати участь у притягненні осіб до відповідальності за порушення правил декларування, також не є однорідною, що насамперед зумовлено унікальним історичним досвідом, особливостями національних правових систем, специфікою організації та функціонування судової влади.

Так, в окремих державах декларації суддів підпадають під контроль з боку органів, що здійснюють моніторингові функції стосовно й інших державних службовців (наприклад, податкові служби або антикорупційні комісії). В інших державах перевірка майнових декларацій судів здійснюється органами, безпосередньо інтегрованими в структуру національної судової системи. Останній підхід систематично зазнає критики, що спирається на низку аргументів, зокрема вказівку на відсутність у представників судової влади належної компетентності щодо надання фахової оцінки фінансової звітності, нестачу належних матеріальних, технічних і людських ресурсів для ефективного виконання релевантних функцій, на противагу вже чинним податковим та антикорупційним органам, а також наявність потенційних ризиків невиявлення ймовірних порушень відповідних процедур через презюмовану корпоративну солідарність між особами, уповноваженими здійснювати перевірку декларацій, і суддями-декларантами [37, с. 3].

Видається доцільним, зважаючи на особливості національних інституційних механізмів у досліджуваній сфері, розподілити держави за цим критерієм на три групи: a) держави, у яких акумулюванням і перевіркою декларацій суддів опікуються органи суддівського врядування, їх спеціальні підрозділи; b) держави, у яких отримання, збір та оцінка декларацій суддів здійснюється разом із деклараціями інших державних службовців єдиним контролюючим антикорупційним і/або податковим органом; c) держави, у яких процес збору і моніторингу декларацій здійснюється спільними зусиллями органів судового врядування та антикорупційними, податковими або іншими уповноваженими органами.

До першої групи належать Болгарія, де перевірка доброчесності й декларацій стосовно майна та доходів суддів здійснюється Інспекторатом Вищої ради правосуддя, наділеним широкими повноваженнями стосовно збору будь-якої релевантної інформації з державних реєстрів і баз даних [30, para. 67].

При цьому, незважаючи на те що Інспекторат інтегровано в структуру Вищої ради правосуддя, Генеральний інспектор і десять інспекторів (увесь склад органу) є формально та функціонально незалежними й обираються Парламентом. Однак такий підхід до формування особового складу зазнає нищівної критики як на національному рівні, так і з боку інституцій Європейського Союзу. Нині пропонується передати повноваження щодо обрання членів Інспекторату безпосередньо вищим судовими органами або З'їзду суддів [41].

У Словаччині еквівалентні функції виконує спеціальна Комісія з контролю майнових декларацій суддів, інтегрована в структуру Ради правосуддя [36, para. 45].

Функції щодо збору й оприлюднення декларацій суддів у Норвегії здійснюється Судовою адміністрацією (Norwegian Courts Administration), яка, однак, не здійснює їх систематичну перевірку (система побудована на довірі до суддів, а перевірка здійснюється в конкретних випадках, якщо є обґрунтована підозра щодо вчинення порушення) [31, para. 145–146].

До другої групи держав належать Естонія, де збір і перевірка декларацій здійснюється Парламентським антикорупційним комітетом [24, para. 132]; Чорногорія, у якій перевірка декларацій посадових осіб, включаючи суддів, реалізується Комісією із запобігання конфлікту інтересів [25, para. 54]; Латвія – Бюро щодо запобігання корупції та боротьби з корупцією й Державна податкова служба [26, para. 135]; Грузія, де Бюро державної служби є інституцією виключно уповноваженою здійснювати збір та оцінку майнових декларацій державних службовців

[27, para. 68] (з 2017 року в його структурі функціонує Департамент з моніторингу майнових декларацій) [42, para. 82].

Польща та Хорватія відзначаються змішаною системою контролюючих органів і відтак належать до третьої групи держав.

У Польщі збір і первинна оцінка декларацій суддів здійснюється спеціальними комісіями, створеними в межах апеляційних судів (складаються з голови та п'яти суддів, які обираються зі складу суду), при цьому перевірка декларацій голів апеляційних судів здійснюється Фіскальною комісією Національної ради правосуддя. Водночас перехресна перевірка здійснюється податковими органами. Останні у випадку виникнення сумнівів щодо достовірності інформації, указаної в декларації, можуть ініціювати процедуру наступного моніторингу, здійснювану Центральним антикорупційним бюро [32, para. 147, 149–150, 153].

У свою чергу, у Хорватії перевірка декларацій суддів здійснюється Державною радою правосуддя. Паралельно моніторинг стосовно достовірності відповідних даних забезпечується податковими органами. Майнові декларації всіх інших посадових осіб перевіряються незалежним та автономним органом – Комісією щодо запобігання конфлікту інтересів [33, para. 117].

Притягнення до юридичної відповідальності часто сприймається як дієвий інструмент і вирішальний засіб досягнення мети системи декларування державними службовцями власних статків, фундаментальним аспектом забезпечення її високої ефективності. Водночас держави, розробляючи механізм притягнення до відповідальності винних осіб і встановлюючи відповідні санкції, повинні чітко усвідомлювати їх цільове призначення, забезпечувати послідовність і сталість і гарантувати пропорційність їх застосування.

У досліджуваних державах юридична відповідальність стосовно декларування переважно передбачена за порушення процедурних (неподання чи несвоєчасне подання декларацій) і «якісних» (точність, повнота й достовірність даних) вимог. При цьому все більше держав тяжіють до практики криміналізації вказаних порушень.

Так, у Польщі з 2016 року введено кримінальну відповідальність за умисне надання державними службовцями, зокрема й суддями, недостовірних даних у деклараціях, а неподання чи несвоєчасне подання декларацій тягне за собою дисциплінарну відповідальність, що в окремих випадках призводитиме до звільнення з посади [32, para. 157; 43, para. 29].

В Естонії поряд із дисциплінарною відповідальністю особи, які не дотримали обов'язку декларування або подали недостовірні дані в деклараціях, нестимуть кримінальну відповідальність [24, para. 142].

У свою чергу, у Грузії кримінальна відповідальність передбачена за неподання декларації й унесення в неї неповних чи недостовірних даних, а за несвоєчасне направлення декларацій особа може бути притягнута до адміністративної відповідальності [27, para. 134].

Водночас, відповідно до законодавства Латвії, за такі порушення особа може бути притягнута тільки до адміністративної відповідальності [26, para. 136], у Норвегії – до дисциплінарної чи адміністративної відповідальності (залежно від ступеня вини, умислу, негативних наслідків таких дій тощо) [31, para. 148], а в Словаччині [35, para. 97] і Хорватії [33, para. 117] – тільки до дисциплінарної відповідальності.

Висновки

Світова практика побудови систем декларування статків суддями є дуже неоднорідною. У державах, яким притаманні значні показники розвитку й стабільності функціонування демократичних інститутів, спеціальні законодавчі вимоги стосовно обов'язкового декларування статків суддями та відповідне інституційне забезпечення переважно відсутні (Австрія, Бельгія, Франція, Швейцарія, Нідерланди, Німеччина тощо). Водночас у більшості із цих національних правопорядків на суддів розповсюджуються механізми фіскального контролю, які застосовуються до всіх платників податків.

Держави ж, у яких на суддів покладено обов'язок декларувати власні статки, можна розподілити на дві групи: a) ті, у яких діють загальні для всіх, включаючи суддів, правила декларування майна та доходів; b) ті, у яких вимоги щодо декларування статків суддів базуються на профільних «судових» законодавчих актах, отже, відрізняються від вимог, що висуваються до інших посадових осіб у відповідній сфері.

Щодо інформації, яка повинна бути внесена до декларацій, в окремих державах запроваджено специфічні обмеження та винятки. Так, наприклад, можуть не вказуватися дані стосовно майна/фінансових зобов'язань, вартість/сума яких не перевищує встановленої законом граничної межі, повинні зазначатися дані щодо участі в адміністративних і контрольних органах підприємств і неурядових організацій, володіння корпоративними правами тощо.

У більшості досліджуваних держав декларації суддів знаходяться у відкритому доступі та зазвичай публікуються на спеціальних онлайн платформах. На противагу цій практиці, в Азербайджані інформація, відображена в деклараціях про статки суддів, має конфіденційний характер і не підлягає оприлюдненню, а в США, Польщі (до 2017 року), Хорватії (до 2018 року) доступ до відповідної інформації надається (надавався) на підставі мотивованих запитів зацікавлених осіб.

Зважаючи на особливості національних інституційних механізмів у досліджуваній сфері, видається можливим розподілити досліджувані юрисдикції на три групи: a) держави, у яких акумулюванням і перевіркою декларацій суддів опікуються органи суддівського врядування, їх спеціальні підрозділи; b) держави, у яких отримання, збір та оцінка декларацій суддів здійснюються разом із деклараціями інших державних службовців єдиним контролюючим антикорупційним і/або податковим органом; c) держави, у яких процес збору та моніторингу декларацій здійснюється спільними зусиллями органів судового врядування й антикорупційними, податковими або іншими уповноваженими органами.

У досліджуваних державах юридична відповідальність стосовно декларування переважно передбачена за порушення процедурних (неподання декларацій чи несвоєчасне подання) і «якісних» вимог (точність, повнота та достовірність даних). При цьому все більше держав тяжіють до практики криміналізації вказаних порушень.

Список використаних джерел:

1. Launch of the Global Judicial Integrity Network. Financial Disclosure by Judges Session. Monday April 9th 2018, United Nations Vienna. URL: https://www.unodc.org/documents/ji/discussion_guides/Financial_Disclosure_by_Judges.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

2. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції, 2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text (дата звернення: 05.03.2021).

3. African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 01.07.2003. URL: https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption (дата звернення: 05.03.2021).

4. Arab Anti-Corruption Convention, 21.12.2010. URL: https://star.worldbank.org/sites/star/files/Arab-Convention-Against-Corruption.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

5. Inter-American Conventions against Corruption, 29.03.1996. URL: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

6. CCJE Opinion No. 21 (2018) 'Preventing Corruption Among Judges'. URL: https://www.vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/vys_21.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

7. Rossi Ivana M., Pop Laura, Berger Tammar. Getting the Full Picture on Public Officials: A How-To Guide for Effective Financial Disclosure. 2017. 125 c. URL: https://star.worldbank.org/sites/star/files/getting-the-full-picture-on-public-officials-how-to-guide.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

8. Corruption Prevention: Members of Parliament, Judges and Prosecutors. Conclusions and Trends. GRECO, 2017. URL: https://rm.coe.int/corruption-prevention-members-of-parliament-judges-and-prosecutors-con/16807638e7 (дата звернення: 05.03.2021).

9. GRECO Evaluation Report. Austria. GrecoEval4Rep(2016)1 of 21.10.2016.

10. GRECO Evaluation Report. Belgium. Greco Eval IV Rep (2013) 8E of 28.03.2014.

11. GRECO Evaluation Report. Cyprus. GrecoEval4Rep(2017)7 of 01.07.2016.

12. GRECO Evaluation Report. United Kingdom. Greco Eval IV Rep (2012) 2E of 19.10.2012.

13. GRECO Evaluation Report. France. Greco Eval IV Rep (2013) 3E of 06.12.2013.

14. GRECO Evaluation Report. Malta. Greco Eval IV Rep (2014) 4E of 12.12.2014.

15. GRECO Evaluation Report. Switzerland. GrecoEval4Rep(2016)5 of 02.12.2016.

16. GRECO Evaluation Report. Iceland. Greco Eval IV Rep (2012) 8E of 22.03.2013.

17. GRECO Evaluation Report. Luxembourg. Greco Eval IV Rep (2012) 9E of 21.06.2013.

18. GRECO Evaluation Report. Denmark. Greco Eval IV Rep (2013) 6E of 28.03 2014.

19. GRECO Evaluation Report. Netherlands. Greco Eval IV Rep (2012) 7E of 21.06.2013.

20. GRECO Evaluation Report. Spain. Greco Eval IV Rep (2013) 5E of 06.12.2013.

21. GRECO Evaluation Report. Germany. Greco Eval IV Rep (2014) of 10.10.2014.

22. GRECO Evaluation Report. Sweden. Greco Eval IV Rep (2013) 1E of 18.10.2013.

23. Analysis of the System of Asset Declarations of Constitutional Court Judges in Albania. Balkan Investigative Reporting Network in Albania. Tirana, 2017. 44 c. URL: https://birn.eu.com/wp-content/uploads/2017/07/Asset_Declarations-Constitutional_Court_Judges.pdf (дата звернення: 05.03.2021).

24. GRECO Evaluation Report. Estonia. Greco Eval IV Rep (2012) 5E of 07.12.2012.

25. GRECO Evaluation Report. Montenegro. Greco Eval IV Rep (2014) 6E of 19.06.2015.

26. GRECO Evaluation Report. Latvia. Greco Eval IV Rep (2012) 3E of 07.12.2012.

27. GRECO Evaluation Report. Georgia. GrecoEval4Rep(2016)3 of 02.12.2016.

28. GRECO Evaluation Report. Azerbaijan. Greco Eval IV Rep (2014) 2E of 10.10.2014.
29. GRECO Evaluation Report. United States of America. GrecoEval4Rep(2016)10 of 02.12.2016.
30. GRECO Compliance Report. Bulgaria GrecoRC4(2017)9 of 23.06.2017.
31. GRECO Evaluation Report. Norway. Greco Eval IV Rep (2013) 10E of 20.06.2014.
32. GRECO Evaluation Report. Poland. Greco Eval IV Rep (2012) 4E of 19.10.2012.
33. GRECO Evaluation Report. Croatia. Greco Eval IV Rep (2013) 7 of 20.06.2014.
34. GRECO Evaluation Report. Portugal. Greco Eval IV Rep (2015) 5E of 04.12.2015.
35. GRECO Evaluation Report. Slovak Republic. Greco Eval IV Rep (2013) 2E of 18.10.2013.
36. GRECO Addendum to the Second Compliance Report. Slovak Republic. GrecoRC4(2019)8 of 22.03.2019.
37. The case for asset declarations in the judiciary: Identifying illicit enrichment and conflicts of interests. U4 Brief, 2014. 5 p. URL: https://www.cmi.no/publications/5136-the-case-for-asset-declarations-in-the-judiciary (дата звернення: 05.03.2021).
38. Report of the IAJ 1st Study Commission on measures to promote integrity and combat corruption within the judiciary. International Association of Judges Report. 2016. URL: https://www.ajoa.asn.au/wp-content/uploads/2015/08/Report-of-the-IAJ-1st-Study-Commission-on-measures-to-combat-corruption.pdf (дата звернення: 05.03.2021).
39. GRECO Addendum to the Second Compliance Report. Poland. GrecoRC4(2018)11 of 22.06.2018.
40. GRECO Second Compliance Report. Croatia. GrecoRC4(2018)14 of 07.12.2018.
41. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. 2020 Rule of Law Report 'The rule of law situation in the European Union'. COM/2020/580 final. Brussels, 30.09.2020. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1602583951529&uri=CELEX%3A52020DC0580 (дата звернення: 05.03.2021).
42. GRECO Compliance Report. Georgia. GrecoRC4(2019)9 of 22.03.2019.
43. GRECO Second Compliance Report, Poland. GrecoRC4(2017)2 of 24.03.2017.

Yana Benedyk, Vasyl Benedyk. A foreign experience of developing the asset declaration systems for judges

The article deals with the foreign experience of establishing judges' asset declarations systems in the national legal systems of particular, mostly European, countries. The attention is concentrated on four main issues: a) an introduction of an asset declaration system for judges considering their specific legal status; b) disclosure of information concerning judges' asset declaration; c) the system of institutions authorized to accumulate and verify judges' asset declarations; d) legal liability for failure to submit declarations or providing false/misleading information. A number of conclusions are made, e.g., there are no legal requirements for the mandatory judges' asset declaration and its appropriate institutional support in countries with significant indicators of the democratic institutions' development and stability; on the other hand, in countries where such an obligation is provided, assets declaring is performed either according to the general rules applicable to all public officials or in line with the rules and procedures which are set by a special law and may differ due to the specific status of judges; in the vast majority of the examined countries, judges' asset declarations are publicly available and usually published online, although in some cases, access to the relevant information may be provided only based on the duly motivated request. Depending on the institutional mechanism's specifics, the examined countries may be divided into three groups: those in which the judicial authorities and their special subdivisions perform the accumulation and verification of judges' asset declarations; in which it is performed by the single supervisory anti-corruption and/or tax body as a part of integral public officials' asset declaring system; in which it is performed by the joint efforts of the judicial authorities and anti-corruption, tax or other authorized bodies. Furthermore, the vast majority of countries tend to criminalize violation of the asset-declaring rules and procedures by public officials, in general, and judges, in particular.

Key words: state control, asset declarations systems, judges' asset declarations, foreign experience.

УДК 342.95:349.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.26

Григорій Грянка,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Київського інституту інтелектуальної власності та права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗЕМЕЛЬНІ ВІДНОСИНИ ЯК ОБ'ЄКТ ОХОРОНИ НОРМАМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНОГО ПРАВА

Стаття присвячена комплексному дослідженню теоретичних та правових засад регулювання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин. Земля – частина навколишнього природного середовища, яка розташована на поверхні земної кори і характеризується ґрунтовим покривом, рельєфом, простором, рослинністю, надрами, водними об'єктами, є основним засобом виробництва у сільському і лісовому господарстві та місцем розташування об'єктів нерухомого майна.

Досліджено поняття «земельні відносини». Земельні правовідносини – це суспільні відносини, що існують у зв'язку зі здійсненням прав і законних інтересів власників землі та землекористувачів, їхніх обов'язків; діяльністю юрисдикційних органів та інших суб'єктів щодо володіння, користування та розпорядження землею, її раціонального використання, відтворення та охорони.

Аналіз чинних нормативно-правових актів, наукових джерел дав можливість розкрити сутність та зміст земельних відносин, дослідити сучасний стан публічного управління ними. Земельні відносини становлять коло однорідних суспільних відносин: їх суб'єктами можуть бути фізичні, юридичні особи, органи державної влади та місцевого самоврядування, іноземні держави, міжнародні організації, громадські об'єднання та організації – носії суб'єктивних юридичних прав та обов'язків; їх загальним об'єктом є земля, а безпосередніми об'єктами можуть виступати земельні ділянки, земля як природний ресурс, у тому числі ґрунти, інформація про землі; їх зміст становлять відносини права власності на землю та землекористування, їх раціонального використання, відтворення та охорони, діяльності органів публічного управління відповідно до специфіки категорій земель, особливостей загального та безпосереднього об'єктів.

Встановлено склади адміністративних проступків, що вчиняються у сфері земельних відносин. Здійснено аналіз адміністративної відповідальності за ці проступки та запропоновано авторське бачення основоположних висновків, визначень, змін і доповнень до чинного законодавства, що покликані сприяти розв'язанню проблеми адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин.

Ключові слова: земля, земельні відносини, Держгеокадастр, адміністративно-правове забезпечення.

Постановка проблеми. Перехід від адміністративно-директивної до ринкової економіки не може бути безболісним. Ситуація, що складається на місцях у процесі реформування земельних відносин, зумовлює низку проблем, про що свідчать факти невпинного збільшення випадків незаконного заволодіння земельними ділянками. Недостатньо реалізується одне з головних завдань земельної реформи – раціональне використання та охорона земель. Роботи щодо раціоналізації землекористування та охорони земель проводяться досить повільно, внаслідок чого деградація ґрунтового покриву деяких територій досягла критичного стану. Водночас сучасна система заходів адміністративної відповідальності не здатна вплинути на оптимізацію землекористування та охорони земель, зменшилася кількість осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності за псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель. Отже, сьогодні виникла нагальна потреба в детальному дослідженні природи земельних відносин та їх нормативно-правового регулювання, а також у вивченні змісту правопорушень у цій сфері та особливостей застосування адміністративних санкцій за їх вчинення з метою удосконалення та підвищення ефективності інституту адміністративної відповідальності.

Методологічну основу для дослідження проблем теоретичних та правових засад регу-

© Г. Грянка, 2021

лювання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин заклали праці Г. М. Беженар, Є. С. Бердніков, В. К. Гуревський, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко та інші. Безпосередньо проблемам теоретичних та правових засад регулювання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин присвятили свої праці: О. Ю. Дрозд, Д. М. Лук'янець, Л. В. Мілімко, А. М. Мірошниченко, Н. І. Титова, М. В. Шульга. Праці згаданих авторів мають важливе наукове і практичне значення. Проте в них не приділялася достатня увага аналізу сутності та змісту земельних відносин, сучасному стану публічного управління ними, встановленню складів адміністративних проступків, що вчиняються у сфері земельних відносин, а також комплексному дослідженню причин та умов їх вчинення.

Мета статті – дослідити теоретичні та правові засади регулювання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері земельних відносин.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується. Запорукою виконання цих конституційних положень є встановлення державою ефективного механізму забезпечення права на землю, важливим складником якого повинні бути й адміністративно-правові засоби, що передбачають відповідальність за порушення такого права [1].

Перехід від адміністративно-директивної до ринкової економіки не може бути безболісним. Ситуація, що складається на місцях у процесі реформування земельних відносин, зумовлює низку проблем, про що свідчать факти невпинного збільшення випадків незаконного заволодіння земельними ділянками: за даними Держгеокадастру за 2018 рік, здійснені 15 594 перевірок дотримання вимог земельного законодавства, винесено 1 932 клопотання, 5 331 припис, 4 542 протоколи, 4 149 постанов про накладення адміністративних стягнень на суму 1,3 млн. грн., 1 421 матеріал направлено до прокуратори [2]. Також недостатньо реалізується одне з головних завдань земельної реформи – раціональне використання та охорона земель. В Україні залишається найвищою у світі розораність сільськогосподарських угідь – 78 %. Роботи щодо раціоналізації землекористування та охорони земель проводяться досить повільно, внаслідок чого деградація ґрунтового покриву деяких територій досягла критичного стану. Водночас сучасна система заходів адміністративної відповідальності не здатна вплинути на оптимізацію землекористування та охорони земель, що підтверджують конкретні статистичні дані (за 2015–2018 роки на 27 % зменшилася кількість осіб, притягнутих до адміністративної відповідальності за псування і забруднення сільськогосподарських та інших земель). Такі фактичні показники суперечать проголошеному Земельним кодексом України положенню, що використання власності на землю не може завдавати шкоди правам і свободам громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі [3].

Отже, сьогодні виникла нагальна потреба в детальному дослідженні природи земельних відносин та їх нормативно-правового регулювання, а також у вивченні змісту правопорушень у цій сфері та особливостей застосування адміністративних санкцій за їх вчинення з метою удосконалення та підвищення ефективності інституту адміністративної відповідальності.

Особливе місце в системі суспільних відносин посідають *правові відносини*. Їхня суть полягає у тому, що це відносини, які врегульовані нормами права, і їх учасники наділяються взаємними правами та обов'язками. Правові відносини становлять соціальний зв'язок; є наслідком свідомої вольової діяльності; виникають, припиняються або змінюються, як правило, на основі норм права; вони мають, як правило, двосторонній характер і є особливою формою взаємного зв'язку між конкретними суб'єктами через їхні права, обов'язки і відповідальність; охороняються державою і забезпечуються заходами державного впливу [4, с. 345–347].

Серед них виокремлюються правовідносини, об'єктом яких є землі. Згідно з пунктом 1 статті 2 Земельного кодексу (далі – ЗК) України, земельні відносини – це суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею [5].

У наукових працях [6; 7] та ЗК України вживається термін «земельні відносини» як тотожний поняттю «земельні правовідносини», тобто використовується синонімічний ряд однотипних термінів. Водночас можна не погодитися з цією точкою зору, оскільки земельні відносини – це відносини загального плану, які не завжди урегульовані нормами права. Натомість земельні правовідносини – це суспільні відносини, що підлягають правовому регулюванню.

Земельні відносини регулюються переважно самостійною галуззю права – земельним правом. Із цього приводу Д. М. Лук'янець

зазначає, що слід звернути увагу на той факт, що в значній кількості сфер реалізації виконавчої влади існує, крім адміністративно-правового, ще й цивільно-правове регулювання. Це стосується, перш за все, транспортної, енергетичної, будівельної, аграрної, земельної, банківської та багатьох інших сфер. З огляду на це, можна, поєднавши відповідні адміністративно-правові та цивільно-правові норми, отримати нові, так би мовити, предметні галузі права з аналогічними назвами. Ці галузі права є результатом логічного розвитку двох зазначених фундаментальних галузей права. Їх (предметні галузі) не можна ставити поруч на один щабель у загальній структурі системи права з цивільним або адміністративним правом, оскільки вони є результатом розвитку останніх [8, с. 101].

У ЗК України закріплено, що земельні відносини – це суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею. У своїй сукупності повноваження щодо володіння, користування та розпорядження землею становлять зміст права власності і мають свої особливості в кожній формі власності на землю (державній, комунальній, приватній).

З огляду на реальні обставини право власності на землю може бути обмежене законодавством. Обмеження прав на землю спричинені обмеженістю земельних ресурсів у природі й неможливістю їх заміни у процесі господарської діяльності [9, с. 125]. Основні обмеження прав на землю закріплені у статті 111 ЗК України, а саме: право на земельну ділянку може бути обмежене законом або договором шляхом встановлення: заборони на продаж або інше відчуження певним особам протягом установленого строку; заборони на передачу в оренду (суборенду); права на переважну купівлю у разі її продажу; умови прийняття спадщини тільки визначеним спадкоємцем; умови розпочати і завершити забудову або освоєння земельної ділянки протягом встановлених строків; заборони на провадження окремих видів діяльності; заборони за заміну цільового призначення земельної ділянки, ландшафту та зовнішнього виду нерухомого майна; умови здійснити будівництво, ремонт або утримання дороги, ділянки дороги; умови додержання природоохоронних вимог або виконання визначених робіт; умови надавати право полювання, вилову риби, збирання дикорослих рослин на своїй земельній ділянці в установлений час і в установленому порядку; інших зобов'язань, обмежень або умов. Ці обмеження мають переважно адміністративно-правову природу, хоча в окремих випадках вони встановлюються нормами цивільного права. Виключно адміністративно-правовими засобами здійснюється державна реєстрація обмежень використання земельної ділянки, що діє протягом терміну, встановленого законом або договором.

Повноваження щодо володіння і користування землею становлять зміст права землекористування. Ці повноваження мають постійні користувачі земельними ділянками державної або комунальної власності (пункт 1 статті 92 ЗК України), тимчасові землекористувачі на основі строкового платного користування на умовах оренди (пункт 1 статті 93 ЗК України) та ін. Землекористувач у процесі її використання, самостійно здійснюючи ці повноваження, повинен раціонально використовувати земельну ділянку, здійснювати заходи щодо її відтворення та охорони.

Крім цього, земельні правовідносини мають специфічні особливості залежно від цільового призначення земель. Так, відповідно до статті 19 ЗК України, землі в Україні за цільовим призначенням поділяються на такі категорії: сільськогосподарського призначення; житлової та громадської забудови; природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення; оздоровчого призначення; рекреаційного призначення; історико-культурного призначення; лісового фонду; водного фонду; промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та іншого призначення.

Поняття «земля» у ЗК України не закріплено, однак закріплено в Законі України «Про охорону земель»: зокрема, у статті 1 визначено, що земля – це поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею [10]. На нашу думку, це поняття не відображає поняття землі як об'єкта правових відносин, а характеризує її лише як природний ресурс, тому спробуємо з'ясувати значення цього поняття у правовому аспекті.

Термін «земля» прийнято розглядати у двох аспектах. Земля як земна куля, частина космічної матерії, планета Сонячної системи має природне походження, створена без участі людини і як природний дар належить усьому людству. Земля у цьому розумінні охоплює не лише її поверхню, але і надра та все з нею пов'язане (ґрунти, води (поверхневі та підземні), ліси, рослинний і тваринний світ та ін.) [11, с. 9].

У підручнику «Земельне право» (1949 р.) за редакцією Н. Д. Казанцева і А. А. Рускола висловлено думку про те, що земля є всеза-

гальною умовою праці, операційним базисом та основним засобом виробництва в деяких галузях народного господарства [12, с. 3–12].

У Державних стандартах «Земля. Терміни і визначення» земля трактується як найважливіша частина навколишнього природного середовища, що характеризується простором, рельєфом, ґрунтовим покривом, рослинністю, надрами, водами, є головним засобом виробництва у сільському господарстві, а також просторовою базою для розміщення галузей народного господарства [13].

Особливе розуміння досліджуваного поняття наведене Н. І. Титовою. Вона зазначає, що категорія «земля» це певною мірою особливий за походженням різновид майна, частина матеріального світу, відокремлена від природного середовища працею людини. Категорія «землі» в її розумінні – це природний компонент, органічна частина довкілля. На її думку, лише як природний компонент і складова частина довкілля земля виступає об'єктом земельних відносин [14, с. 14]. Хоча ця позиція і не знайшла підтримки в наукових колах, на нашу думку, частіше термін «землі» вживається як узагальнене поняття об'єкта навколишнього природного середовища, а термін «земля» – коли йдеться про неї як об'єкт земельних, цивільних чи адміністративних правовідносин.

Земельне законодавство України містить велику кількість норм екологічної спрямованості (наприклад, стаття 167 ЗК України «Охорона земель від забруднення небезпечними речовинами», стаття 168 «Охорона ґрунтів», стаття 31 Закону України «Про охорону земель», яка визначає нормативи гранично допустимого забруднення ґрунтів та ін.). Об'єктом відносин, що закріплені у вказаних статтях, не є ані земельна ділянка, ані право на неї чи на земельний пай. У цьому разі об'єктом є земля саме як природний об'єкт чи природний ресурс, що характеризується екологічними ознаками. У нормативних актах він позначений двома термінами: «землі» чи «ґрунти». Саме як природний об'єкт земля виконує найважливіші функції: є засобом виробництва в лісовому та сільському господарстві тощо.

Зокрема, В. К. Гуревський, Г. М. Беженар, Є. С. Бердніков та інші вчені наголошують на тому, що основним об'єктом використання земель є ґрунти, які відіграють особливу роль у сфері сільськогосподарського виробництва. Саме відносини щодо охорони ґрунтів є об'єктом правової охорони від протиправних посягань через вчинення адміністративних проступків, що полягають у псуванні й забрудненні сільськогосподарських та інших земель (стаття 52 КУпАП) або знятті та перенесенні ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу (стаття 53-3 КУпАП).

Статтями 22–25-1 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» визначено, що джерелами інформації про стан навколишнього природного середовища є дані моніторингу, кадастрів природних ресурсів, реєстри, автоматизовані бази даних [15].

Інформація як об'єкт земельних відносин має як адміністративно-правову, так і цивільно-правову природу. Законодавчо визначено, що така інформація формується переважно спеціально уповноваженими органами управління (у земельних кадастрах, у реєстрах земельних ділянок, прав на них та обмежень на земельні ділянки тощо), а також міститься у цивільно-правових угодах (договорах купівлі-продажу, міни, оренди, земельного сервітуту, іпотеки тощо). Зміст правовідносин з приводу інформації про землі та права на них становлять сукупність прав та обов'язків заінтересованих суб'єктів у цій інформації. До таких суб'єктів, наприклад, можуть належати органи земельних ресурсів, покупці земельних ділянок, нотаріус, суд, органи прокуратури та ін. Саме суспільні відносини щодо надання повної і достовірної інформації про землі та права на них є безпосереднім об'єктом адміністративного проступку, передбаченого статтею 53-2 КУпАП.

Суб'єктами земельних відносин в Україні, згідно з п. 2 ст. 2 ЗК України, є громадяни, юридичні особи, органи місцевого самоврядування та органи державної влади. Тобто до кола суб'єктів Кодекс відносить осіб, які є суб'єктами права власності на землі й суб'єктами управлінських відносин та які наділені чинним законодавством відповідними правами й обов'язками.

Варто погодитися з точкою зору А. М. Мірошниченка, що не можна зводити коло учасників земельних правовідносин до суб'єктів права власності. За змістом прав та обов'язків їх поділяють на чотири категорії: органи державної влади і місцевого самоврядування, що мають право на регулювання використання земель; власники землі й землекористувачі – носії прав та обов'язків з раціонального використання й охорони земель; громадські екологічні об'єднання, наділені правом громадського контролю за використанням земель; органи судово-прокурорського нагляду, що здійснюють нагляд за законністю у сфері земельних правовідносин.

Отже, коло суб'єктів правовідносин у сфері володіння, користування і розпоря-

дження землею є вужчим, ніж коло суб'єктів земельних правовідносин.

Земельні ресурси України – найдорожче багатство її народу. Цінність землі як національного багатства полягає в її багатофункціональному призначенні. Навкруги нас немає нічого більш вічного, необхідного і незамінного, як земля. Вона є головним засобом виробництва в сільському господарстві та просторовим базисом розміщення та розвитку всіх інших галузей господарства. Про величезне значення землі говорить і те, що вона не є продуктом людської діяльності, вона – творіння самої природи, а тому збільшити запаси земельних ресурсів за бажанням чи потребою людини неможливо. Збільшення населення світу вимагає особливої уваги до раціонального використання й охорони земельних ресурсів, оскільки потрібно буде задовольняти потреби населення у сільськогосподарській продукції і створювати сприятливі умови для проживання людей.

Земельні правовідносини – це суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням прав і законних інтересів власників землі та землекористувачів, їхніх обов'язків; діяльністю юрисдикційних органів та інших суб'єктів щодо володіння, користування і розпорядження землею, а також її раціонального використання, відтворення та охорони.

Однією з основних природних ознак землі є її нерухомість. Тому для визначення юридичної природи землі як об'єкта земельних відносин важливим є з'ясування співвідношення таких понять, як земля і нерухомість. Відповідно до ст. 13, 14 Конституції України термін «земля» вживається у самостійному значенні без будь-якого співвідношення з іншими об'єктами нерухомості. Водночас у ст. 142 Конституції України визначено, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, а також земля, що є у власності територіальних громад. У теорії земельного права немає єдиного підходу до розуміння землі як нерухомості, в економічному і правовому розумінні земля та інші об'єкти природного походження не є майном, у зв'язку з чим вони в законодавчому порядку виокремленні із системи майнових відносин. На мою думку, земля – це різновид майна, але особливого за своїм походженням, екологічною, економічною, політичною, соціальною та державно-правовою цінністю. Тому в законодавстві доцільно запровадити таке поняття, як нерухома власність. У силу своїх об'єктивних факторів земля є нерухомістю, незалежно від того, чи розміщено на ній те або інше нерухоме майно. Усі інші об'єкти на землі визнаються нерухомістю, якщо їх не можна відокремити від землі без заподіяння значної шкоди. Таке розуміння співвідношення землі та розташованих на ній майнових об'єктів є загальноприйнятим і закріплюється у цивільному та земельному законодавстві багатьох зарубіжних держав, що є визначальним для регулювання земельних відносин, захисту майнових, фінансових, корпоративних та інших прав і охоронюваних законом інтересів власників землі [16, с. 25].

Висновки

Отже, земельні відносини становлять коло однорідних суспільних відносин: а) їх суб'єктами можуть бути фізичні, юридичні особи, органи державної влади та місцевого самоврядування, іноземні держави, міжнародні організації, громадські об'єднання та організації – носії суб'єктивних юридичних прав та обов'язків; б) їх загальним об'єктом є земля, а безпосередніми об'єктами можуть виступати земельні ділянки, земля як природний ресурс, у тому числі ґрунти, інформація про землі; в) їх зміст становлять відносини права власності на землю та землекористування, їх раціонального використання, відтворення та охорони, діяльності органів публічного управління, відповідно до специфіки категорій земель, особливостей загального та безпосереднього об'єктів. Саме суспільні відносини щодо надання повної і достовірної інформації про землі та права на них є безпосереднім об'єктом адміністративного проступку, передбаченого статтею 53-2 КУпАП.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/–254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 18.02.2021).

2. Публічний звіт Держгеокадастру за 2018 рік. Держгеокадастр. 2019. URL: http://land.gov.ua/wp-content/uploads/2018/03/pub_rep_2018.pdf. (дата звернення: 18.02.2021).

3. Мілімко Л. В. Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері земельних відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2009. 20 с.

4. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с.

5. Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовт. 2001 р. № 2768-III \ Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14 (дата звернення: 18.02.2021).

6. Земельне право України : підручник / Гуревський В. К., Беженар Г. М., Бердніков Є. С.

та ін.; за ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. Київ: Істина, 2003. 448 с.

7. Мірошниченко А. М. Земельне право України : навчальний посібник. Київ: Алерта, ЦУЛ, 2011. 678 с.

8. Лук'янець Д. М. Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання : монографія. Суми: ВДТ «Університетська книга», 2006. 367 с.

9. Аграрное, земельное и экологическое право Украины. Общие части учебных курсов : учебное пособие / под ред. А. А. Погребного, И. И. Каракаша. Харьков: Одиссей, 2000. 368 с.

10. Про охорону земель : Закон України від 19 черв. 2003 р. № 962-IV. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/962-15 (дата звернення: 18.02.2021).

11. Шульга М. В. Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. Харьков: Фирма «Консум», 1998. 224 с.

12. Земельное право : учебник / сост. А. А. Рускол и др.; под ред. Н. Д. Казанцева, А. А. Рускола. Москва: Госюриздат, 1949. 415 с.

13. Охрана природы. Земля. Термины и определения : ГОСТ 17.5.1.05-80 : утвержден и введен в действие Постановлением Государственного комитета СССР по стандартам от 28 окт. 1985 г. № 3453.

14. Титова Н. І. Землі як об'єкт правового регулювання. *Право України*. 1998. № 4. С. 10–15.

15. Про охорону навколишнього природного середовища: Закон від 25 черв. 1991 р. № 1264-XII / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12 (дата звернення: 18.02.2021).

16. Дрозд О. Ю. Земля як об'єкт земельних відносин. *Адвокат*. 2009. № 1. С. 24–26.

Hryhorii Hrianka. Land relations as an object of protection of the rules of administrative and tort law

The article is devoted to a comprehensive study of theoretical and legal principles of regulation of administrative responsibility for offenses in the field of land relations. Land – part of the environment, which is located on the surface of the earth's crust and is characterized by soil cover, terrain, space, vegetation, subsoil, water bodies, is the main means of production in agriculture and forestry and the location of real estate objects.

The concept of «land relations» is investigated. Land relations are social relations that have to do with the exercise of the rights and legitimate interests of landowners and land users, their responsibilities; activities of jurisdictions and other entities in the possession, use and disposal of land, its rational use, reproduction and protection.

The analysis of the existing normative legal acts, scientific sources made it possible to reveal the nature and content of land relations, to explore the current state of public management of them. Land relations constitute a circle of homogeneous social relations: subjects may be individuals, legal entities, state and local governments, foreign states, international organizations, public associations and organizations – holders of subjective legal rights and duties; the common object of which is land and the immediate objects may be land, land as a natural resource, including soils, land information; their content is the relationship of land ownership and land use, their rational use, reproduction and protection, the activities of public authorities, in accordance with the specifics of land categories, features of general and direct objects.

The composition of administrative misconduct committed in the field of land relations has been established. The analysis of administrative responsibility for these offenses is carried out and the author's vision of the basic conclusions, definitions, changes and amendments to the current legislation, which are intended to contribute to solving the problem of administrative liability for offenses in the field of land relations, is proposed.

Key words: land, land relations, Geocadastre, administrative and legal support.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.27

Олексій Дніпров,
докт. юрид. наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права
ORCID ID: 0000-0002-7157-9748

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ В УМОВАХ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРЕДМЕТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Актуальність статті полягає в тому, що нині для належного функціонування правової та демократичної держави неможливо обійтися без наявності правових норм, які регулюють суспільні відносини в межах країни. Особливе значення серед них посідають адміністративно-правові відносини, які безпосередньо пов'язані з реалізацією суб'єктами публічного адміністрування своїх повноважень. При цьому в умовах розширення предмета адміністративного права зазначені відносини набувають особливого значення, а тому ця проблематика характеризується актуальністю та доцільністю її дослідження. У статті на основі концептуальних наукових розробок та сучасних досліджень здійснено аналіз адміністративно-правових відносин в умовах розширення предмета адміністративного права з урахуванням людиноцентристського підходу до ведення адміністративної діяльності, тобто здійснення публічного адміністрування. Визначено, що у зв'язку з трансформацією предмета адміністративного права й зміни концептуальних засад адміністративно-правових відносин відбулася фактична зміна їх сутності, а також певне розширення. Вказано, що сьогоднішні, говорячи про адміністративні правовідносини, варто враховувати те, за яких обставин ці відносини виникають: у процесі провадження виконавчо-розпорядчої діяльності уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації або під час надання адміністративних послуг приватним особам (фізичним та юридичним особам). Зроблено висновок, що з урахуванням зазначеної специфіки адміністративно-правових відносин будуть розрізнятися й ознаки цих правовідносин, тоді як структурний складник залишатиметься сталим. Запропоновано ознаки адміністративно-правових відносин поділяти на три групи: загальні, спеціальні та особливі. До загальних ознак варто відносити ті риси, які притаманні будь-яким адміністративно-правовим відносинам; до спеціальних – ті, які випливають із предмета адміністративного права та пов'язані або з виконавчо-розпорядчою діяльністю суб'єктів публічного адміністрування, або з публічно-сервісною діяльністю означених суб'єктів; до особливих – ті, які притаманні конкретній сфері або галузі суспільного життя.

Ключові слова: адміністративно-правові відносини, предмет адміністративного права, виконавчо-розпорядча діяльність, публічно-сервісна діяльність, надання адміністративних послуг.

Постановка проблеми. Будь-яке суспільство не може взаємодіяти роздрібнено, хаотично та неврегульовано. Саме тому ще споконвіків взаємини між народами, племенами та окремими суспільними групами були врегульовані традиціями і звичаями. Пізніше почали з'являтися закони (як приклад, XII таблиць, Хамурапі, Ману), які закріплювали настанови соціального, релігійного, культурного та морального спрямування суспільства. З часом настанови трансформувались у норми, тобто правила поведінки, визначені правовими актами.

Нині для належного функціонування правової та демократичної держави неможливо обійтися без наявності правових норм, які регулюють суспільні відносини в межах країни. Особливе місце серед них посідають адміністративно-правові відносини, які безпосередньо пов'язані з реалізацією суб'єктами публічного адміністрування своїх повноважень. При цьому в умовах розширення предмета адміністративного права означені відносини набувають особливого значення, а тому ця проблематика характеризується актуальністю та доцільністю її дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Адміністративно-правові відносини належать до фундаментальних інститутів адміністративного права, адже пронизують всю діяльність, пов'язану зі здійсненням публічного адміністрування. Саме тому вони ставали предметом наукового інтересу багатьох учених, серед яких варто відзначити таких, як: В. Авер'янов, В. Галунько, І. Гри-

© О. Дніпров, 2021

ценко, Т. Коломоєць, В. Колпаков, С. Короєд, О. Кузьменко В. Курило, Р. Мельник, В. Олефір, Г. Пономаренко, А. Пухтецька, Д. Радько, О. Харитонова, В. Шкарупа, В. Шуба, та інших. Однак проблематика адміністративно-правових відносин як загалом, так і в окремих сферах суспільного життя належить до динамічних складників адміністративного права, а тому потребує постійного дослідження з метою визначення тенденцій розвитку та змін.

Формулювання цілей статті. Мета статті – на основі концептуальних наукових розробок та сучасних досліджень здійснити аналіз адміністративно-правових відносин в умовах розширення предмета адміністративного права з урахуванням людиноцентристського підходу до введення адміністративної діяльності, тобто здійснення публічного адміністрування.

Виклад основного матеріалу. Дотримуючись логіки викладу матеріалу, насамперед необхідно визначити місце досліджуваних відносин у загальній системі відносин, які виникають у соціумі (зокрема, у межах певної держави). Так, адміністративно-правові відносини є різновидом правових відносин, які належать до суспільних відносин.

У свою чергу, правовідносинами є, за поглядом В. Копейчикова та А. Колодія, врегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких виступають як носії взаємних суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, що забезпечуються державою [1, с. 138]. На думку О. Скакун, правовідносини – це врегульовані нормами права та забезпечувані державою вольові суспільні відносини, що виражаються в конкретному зв'язку між суб'єктами – правомочними (носіями суб'єктивних прав) і зобов'язаними (носіями обов'язків) учасниками цих відносин [2, с. 382-384]. Тобто з вказаних трактувань випливає, що в загальному вигляді правовідносинами виступають суспільні відносини, учасники яких мають діяти відповідно до правових норм, якими регламентована їхня поведінка.

Дещо іншої позиції дотримуються автори підручника «Загальна теорія держави і права», вказуючи, що правовідносинами є відносини між людьми, які є юридичним вираженням економічних, політичних, сімейних, процесуальних та інших суспільних відносин, де одна сторона на основі правових норм вимагає від іншої виконання певних дій або утримання від них, а інша сторона зобов'язана виконати ці вимоги [3, с. 336]. У цьому контексті необхідно звернути увагу на те, що цією дефініцією фактично визначено, що будь-який прояв суспільних відносин, незалежно від сфери й галузі життєдіяльності, має бути регламентовано правовими нормами. Це й виступає головною умовою ідентифікації відносин саме як правових, а не будь-яких інших.

Одним із різновидів правових відносин виступають адміністративні правовідносини, які донедавна характеризували виключно виконавчо-розпорядчу діяльність у межах державного управління. Зупиняючись на цьому детальніше, необхідно розглянути наукові тлумачення вказаних правових відносин.

Насамперед звернемося до наукових поглядів одного із фундаторів адміністративного права В. Авер'янова. На його думку, адміністративно-правовими відносинами виступають врегульовані нормами адміністративного права суспільні відносини, в яких їх сторони (суб'єкти) взаємозв'язані й взаємодіють шляхом здійснення суб'єктивних прав і обов'язків, встановлених і гарантованих відповідними адміністративно-правовими нормами [4, с. 177-178]. Водночас О. Харитонова, досліджуючи концептуальні засади та правову природу адміністративно-правових відносин, під останніми розуміє врегульовані правовими нормами відносини, що виникають та існують між суб'єктами публічного права, і спрямовані на впорядкування стосунків у суспільстві, забезпечення засобами державного примусу правопорядку, добробуту та безпеки громадян і суспільства [5, с. 7].

Досить узагальнене визначення надає Д. Бахрах, відповідно до поглядів якого адміністративно-правові відносини є врегульованими нормами адміністративного права суспільними відносинами, що складаються у сфері діяльності виконавчої влади [6, с. 190]. Як бачимо, науковець досить вагомо звужує сферу дії адміністративних правовідносин, пов'язуючи їх лише з діяльністю органів виконавчої влади, тим самим залишаючи поза увагою всіх інших суб'єктів публічного адміністрування. Так, детально не зупиняючись на системі означених суб'єктів (це фактично виходить за межі нашого дослідження й може слугувати предметом наукового інтересу для подальших досліджень), зазначимо, що система органів публічного адміністрування є трикомпонентною та складається, окрім органів виконавчої влади, також із системи органів місцевого самоврядування й суб'єктів делегованих повноважень (наприклад, громадських об'єднань). Чітке визначення у межах дефініції адміністративно-правових відносин вказаних суб'єктів відіграє визначальну

роль, адже вони належать до структури цих правовідносин.

Продовжуючи розгляд трактування адміністративно-правових відносин, необхідно відзначити позицію С. Стеценка, який наголошує, що їх (тобто адміністративно-правові відносини) слід розглядати як результат впливу адміністративно-правових норм на поведінку суб'єктів адміністративного права, внаслідок якого між ними виникають правові зв'язки [7, с. 80]. При цьому науковець зауважує, що завдяки існуванню означених правовідносин можливо віднайти й простежити всю комплексність й структурно-процесуальну складність адміністративного права.

Цікавими видаються погляди Е. Шевченка, згідно з якими адміністративні правовідносини – це врегульовані адміністративно-правовими нормами на засадах «влада-підпорядкування» взаємовідносини (взаємозв'язки), що виникають у сфері публічного (державного і самоврядного) управління, між органами державного управління та іншими суб'єктами адміністративного права з реалізації їхніх суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, що здійснюються в особливому правовому режимі забезпечення їх законності з боку держави [8, с. 1119]. З вказаного тлумачення випливає застаріле натепер розуміння як сутності адміністративно-правових відносин зокрема, так і предмета адміністративного права загалом.

Так, з урахуванням людиноцентристського підходу предмет адміністративного права розширився шляхом віднесення до нього, окрім виконавчо-розпорядчої діяльності та відповідних правовідносин, які при цьому виникають, також надання адміністративних послуг та публічно-сервісної діяльності суб'єктів публічного адміністрування. За таких обставин змінюється сутність відповідних адміністративно-правових відносин, які нині вже не визначаються виключно як відносини влади-підпорядкування, а характеризуються також горизонтальними зв'язками між їх сторонами (учасниками).

На додаток до вказаного, натепер основною адміністративно-правовою доктриною вітчизняного адміністративного права є людиноцентристська ідеологія, згідно з якою держава має дбати про інтереси громади, тобто діяти на «благо людини», за допомогою всебічного забезпечення пріоритету її прав, свобод й інтересів у сфері діяльності публічної адміністрації – органів виконавчої влади та місцевого самоврядування [9, с. 58].

Дещо наближену до сучасних реалій дефініцію наводили В. Галунько та В. Олифер ще десять років тому, розуміючи під адміністративними правовідносинами форму соціальної взаємодії публічної адміністрації та об'єктів публічного управління, що виникає на підставі адміністративно-правих норм з метою забезпечення прав та свобод людини і громадянина, нормального функціонування громадянського суспільства і держави, учасники якої мають суб'єктивні права і несуть юридичні обов'язки [10, с. 70]. Тобто з визначеного випливає, що сучасне адміністративне право, а відповідно, й адміністративно-правові відносини мають бути спрямовані на забезпечення прав та свобод людини і громадянина.

З цього приводу слушну думку висловлює В. Курило, який виокремлює основну сутність адміністративно-правових відносин, якою виступає формування і зміцнення в українському суспільстві нової доктрини адміністративного права – доктрини публічно-сервісного права, основним призначенням якого є служіння держави інтересам людини [11, с. 16].

Для чіткого розуміння адміністративно-правових відносин та відповідних трансформаційних змін предмета адміністративного права, якими фактично й виступають зазначені відносини, необхідно визначити характерні риси та особливості таких правовідносин.

Загалом, адміністративним правовідносинам притаманні такі ознаки: а) вони є різновидом правовідносин, а отже, їм притаманні усі основні властивості останніх; б) мають державно-владну природу, яка проявляється у двох аспектах: по-перше, у тому, що як мінімум одна зі сторін є суб'єктом державно-владної діяльності; по-друге, пов'язані з реалізацією владних повноважень; в) їм властивий управлінський характер; г) можуть виникати з ініціативи лише однієї сторони і без згоди на це іншої; в) як правило, сторони перебувають у нерівному правовому становищі [12, с. 76]. На жаль, означені відносини не розкривають сутність оновленого предмета адміністративного права, а визначають застарілі, традиційні для радянського адміністративного права, характерні риси адміністративно-правових відносин управлінського спрямування. За таких обставин необхідно визначити основні ознаки сучасних адміністративно-правових відносин в рамках людиноцентристської ідеології.

У свою чергу, В. Курило та І. Городецька здійснили детальний огляд наукових джерел, пов'язаних з дослідженнями адміністративних правовідносин, та зробили висновок, що більшість учених-адміністративістів виділя-

ють десять головних ознак цих правовідносин. До таких ознак належать:

1) вони нерозривно пов'язані з адміністративно-правовими нормами, виникають і здійснюються на їх основі;

2) їх сторонами виступають суб'єкти адміністративного права;

3) однією зі сторін обов'язково є носій юридично-владних повноважень (орган публічної адміністрації, орган публічного управління, посадова особа чи громадська організація, наділена такими повноваженнями);

4) це особливий зв'язок між їх учасниками, один з яких за даних обставин має право вимагати від іншого такої поведінки, яку передбачено адміністративно-правовими нормами;

5) формуються (складаються) у сфері управління, публічного (державного і самоврядного) управління, і насамперед у зв'язку зі здійсненням органами виконавчої влади своїх владно-розпорядчих функцій, взаємодії публічної адміністрації та об'єктів публічного управління, виконання адміністративних зобов'язань публічної адміністрації перед суспільством;

6) можуть виникати за ініціативою будь-якої зі сторін, згода іншої сторони не є обов'язковою умовою для їх виникнення;

7) порушення однією із сторін своїх обов'язків зумовлює її відповідальність не перед іншою стороною, а перед державою в особі її компетентних органів;

8) за порушення однією із сторін своїх обов'язків застосовуються, як правило, заходи адміністративного примусу, адміністративної та дисциплінарної відповідальності;

9) суперечки, що виникають між сторонами адміністративних правовідносин, вирішуються як у судовому, так і в позасудовому (адміністративному) порядку;

10) мають державно-публічний характер [13, с. 33].

Тобто, виокремлюючи ознаки адміністративно-правових відносин, необхідно виходити з доктрини адміністративного права та людиноцентристської ідеології, яка формує відповідні правові підходи до здійснення публічного адміністрування. Залежно від того, який прояв або вид публічного адміністрування реалізується – владно-розпорядчий (державно-управлінський) або публічно-сервісний, необхідно й виокремлювати загальні та спеціальні ознаки адміністративно-правових відносин.

При цьому варто зауважити, що натепер вже є розподіл ознак вказаних відносин на загальні та спеціальні. Так, до загальних ознак належать ті ознаки, які притаманні будь-яким адміністративно-правовим відносинам, а до спеціальних – ті, які притаманні для певної сфери суспільного життя або галузі (наприклад, у сфері охорони навколишнього природного середовища, у сфері приватної охоронної діяльності тощо).

За такої постановки питання доцільно сформувати цілий комплекс ознак, які характерні адміністративно-правовим відносинам в окремій сфері життєдіяльності. Тому пропонуємо ознаки адміністративно-правових відносин поділяти на три групи: загальні, спеціальні та особливі. Щодо загальних вже було наголошено, що ними мають бути ті риси, які характеризують будь-які адміністративні правовідносини. У даному контексті спеціальні риси – ті, які випливають із предмета адміністративного права та пов'язані або з виконавчо-розпорядчою діяльністю суб'єктів публічного адміністрування, або з публічно-сервісною діяльністю таких суб'єктів. У свою чергу, особливими ознаками мають бути ті, які притаманні конкретній сфері суспільного життя.

Висновки

Отже, підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що сучасна трансформація предмета адміністративного права зумовила зміну концептуальних засад адміністративно-правових відносин. Як наслідок, відбулася фактична зміна їхньої сутності, а також певне розширення. Так, нині, говорячи про адміністративні правовідносини, варто враховувати те, за яких обставин ці відносини виникають: у процесі провадження виконавчо-розпорядчої діяльності уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації або під час надання адміністративних послуг приватним особам (фізичним та юридичним особам). З урахуванням зазначеної специфіки адміністративно-правових відносин будуть розрізнятися ознаки цих правовідносин, тоді як структурний складник залишатиметься сталим.

Список використаних джерел:

1. Правознавство : підручник для студ. вищих навч. закладів / ред.: В. Копєйчиков, А. Колодій. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 752 с.

2. Скакун О. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с.

3. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / М. Цвік, В. Ткаченко, Л. Богачова та ін.; за ред. М. Цвіка, В. Ткаченка, О. Петришина. Харків: Право, 2002. 432 с.

4. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. Том 1. Загальна частина / ред. колегія: В. Авер'янов (голова). Київ: Видавництво «Юридична думка», 2004. 584 с.

5. Харитонова О. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та правова природа : автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2004. 36 с.

6. Бахрах Д. Административное право : учебник для вузов. Москва: Издательство ВЕК, 1999. 368 с.

7. Стеценко С. Адміністративне право України : навчальний посібник. Київ: Атіка, 2008. 624 с.

8. Шевченко Е. Визначення поняття адміністративно-правових відносин з урахуванням пріоритетного значення та ролі в них суб'єкта адміністративного права (на прикладі адміністративного суду). *Форум права*. 2011. № 1. С. 1116-1122.

9. Авер'янов В. Утвердження принципу верховенства права у новій доктрині українського адміністративного права. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. № 11. С. 57-70.

10. Адміністративне право України в сучасних умовах (виклики початку XXI століття) : монографія. В. Галунько, В. Олефір, М. Пихтін, О. Онищук та ін.; за заг. ред. В. Галунька. Херсон : Херсонська міська друкарня, 2010. 378 с.

11. Курило В. Адміністративні правовідносини у сільському господарстві України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2008. 39 с.

12. Литовченко О. Поняття та види адміністративно-правових відносин, які виникають у судовій системі. *Право.ua*. 2015. № 3. С. 73-78.

13. Курило В., Городецька І. Місце та роль адміністративних правовідносин у механізмі адміністративно-правового регулювання у галузі охорони, використання і відтворення тваринного світу в Україні. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки»*. 2017. № 4. С. 30-35.

Oleksii Dniprov. Administrative and legal relations in the conditions of transformation of the subject of administrative law

The relevance of the article is that today for the proper functioning of the rule of law and democracy it is impossible to do without the existence of legal norms governing public relations within the country. Of particular importance among them are administrative and legal relations, which are directly related to the exercise of public administration by their subjects of public administration. At the same time, in the context of expanding the subject of administrative law, these relations acquire special significance, and therefore this issue is characterized by the relevance and feasibility of its study. The article analyzes, on the basis of conceptual scientific developments and modern research, administrative-legal relations in the context of expanding the subject of administrative law, taking into account the human-centric approach to the introduction of administrative activity, ie the implementation of public administration. It is determined that in connection with the transformation of the subject of administrative law and the change of the conceptual principles of administrative-legal relations, there was an actual change in their essence, as well as a certain expansion. It is stated that today, when talking about administrative legal relations, it is necessary to take into account the circumstances under which these relations arise: in the process of executive and administrative activities by authorized public administration entities or when providing administrative services to individuals (individuals and legal entities). It is concluded that taking into account the specified specifics of administrative-legal relations, the features of these legal relations will also differ, while the structural component will remain constant. It is proposed to divide the features of administrative and legal relations into three groups: general, special and specific. The general features include those relations that are inherent in any administrative and legal relations; to special – those that follow from the subject of administrative law and are related either to the executive and administrative activities of public administration entities, or to the public service activities of these entities; to specific – those that are inherent in a particular area or sphere of public life.

Key words: administrative-legal relations, subject of administrative law, executive-administrative activity, public-service activity, rendering of administrative services.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.28

Юрій Лавренюк,
канд. наук з держ. упр.,
докторант
Національного університету «Одеська юридична академія»

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ РЕГУЛЯТИВНИХ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ГАРАНТІЙ ЗАКОННОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ УКРАЇНИ

Стаття присвячена здійсненню систематизації регулятивних адміністративно-правових гарантій законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України, створенню підґрунтя для: сприйняття цих гарантій цілісною, комплексною системою; вдосконалення на цій основі здійснення функції планування у публічному адмініструванні у сфері економіки в частині забезпечення державних інтересів.

Доведено, що систематизація регулятивних адміністративно-правових гарантій законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України створює підстави для сприйняття вказаних гарантій у широкому розумінні як цілісного, комплексного, ієрархічного, полісистемного правового явища, тобто системи. Критерії вказаної систематизації характеризують ключові риси цієї системи. За критерієм спрямованості виділено гарантії: спрямовані безпосередньо на забезпечення законності у досліджуваній сфері; спрямовані на забезпечення реалізації загальних гарантій законності у досліджуваній сфері (політичні, соціальні, економічні, ідеологічні). За критерієм функції публічного адміністрування, що реалізується: гарантії стратегічного планування; гарантії визначення сфер недержавної власності; гарантії публічного адміністрування у сфері зовнішньоекономічної діяльності; гарантії забезпечення збалансованості форм та методів публічного адміністрування у сфері економіки. При цьому певна умовність систематизації за останнім критерієм полягає у можливості віднесення окремих гарантій лише до певних напрямів (наприклад, заходи митного контролю), а окремих – до кількох одночасно (наприклад, адміністративна процедура розгляду звернень фізичних та юридичних осіб).

Пріоритетним напрямом застосування вказаної систематизації щодо наукових досліджень визначено можливість опрацювання вказаних гарантій саме як системи, тобто подальше застосування щодо них системного та функціонального підходів, що, у свою чергу, створить основу для деталізації та уточнення наукових результатів.

Пріоритетним напрямом практичного застосування цієї систематизації визначено вдосконалення на її основі переліку Векторів економічного розвитку Національної економічної стратегії 2030. Зокрема, обґрунтовано необхідність у доповненні її такими складниками, як: методологічні засади перегляду стратегічних пріоритетів розвитку економіки, методологічні засади перегляду балансу адміністративних та економічних методів публічного адміністрування, визначення проміжної періодизації у реалізації Стратегії.

Ключові слова: регулятивні норми, охоронні норми, гарантії законності, способи забезпечення законності, економічні інтереси, державний інтерес, публічне адміністрування.

Постановка проблеми. Із гносеологічної точки зору дієвим методом отримання нового знання про досліджуваний об'єкт є систематизація, що дозволяє представити його як систему із чітко відокремленими один щодо одного елементами, з одного боку, але інституційно самостійну – з іншого [1, с. 584]. Попри значну розгалуженість адміністративно-правових гарантій законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України, їх реалізація можлива лише у комплексі та взаємодії, тому дослідження таких гарантій саме як системи створює підстави для розкриття закономірностей їх функціонування, за діалектичним підходом. Це, у свою чергу, дозволить визначати напрями їх застосування надалі. Попри наведене, у науці адміністративного права відсутня розроблена систематизація досліджуваних адміністративно-правових гарантій та відсутні поточні наукові напрацювання у цьому напрямі. Вказане відобра-

© Ю. Лавренюк, 2021

жається й у актуальному визначенні стратегічних пріоритетів розвитку економіки. Так, Векторами економічного розвитку Національної економічної стратегії 2030 передбачено більше 20 відповідних напрямів. Однак окремі напрями публічного адміністрування у сфері економіки, на наш погляд, отримали недостатнє висвітлення, наприклад: методологія перегляду стратегічних пріоритетів розвитку економіки, методологія перегляду балансу адміністративних та економічних методів публічного адміністрування, визначення проміжної періодизації у реалізації Стратегії [2, с. 2, 3, 27]. Вважаємо, що вказані недоліки ускладнюватимуть реалізацію вказаної Стратегії. Окреслені пріоритети виділено з огляду на функції публічного адміністрування у сфері економіки та з урахуванням окремих інших структурних елементів системи вказаних гарантій. Тому систематизація адміністративно-правових гарантій створить підстави для подальшого розвитку публічного адміністрування в окресленій сфері, а отже, й для законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тематично дотичними публікаціями можна визначити такі, що присвячені тематиці: видів способів забезпечення законності (С.С. Вітвіцький, К.О. Голікова, М.М. Ейдельберг, В.В. Пахомов, О.А. Марушій, Н.І. Мозоль, В.М. Соловйов та деякі інші); сутність правових, зокрема адміністративно-правових, гарантій (І. Личенко, С.І. Шило); публічне адміністрування у сфері економіки (Р.Є. Строцький, О.В. Золотоноша, О.А. Шатило, А.С. Зілінська та деякі інші).

Постановка завдання. Тому актуальним є здійснення систематизації регулятивних адміністративно-правових гарантій законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України, створення підґрунтя для: сприйняття цих гарантій цілісною, комплексною системою; вдосконалення на цій основі здійснення функції планування у публічному адмініструванні у сфері економіки в частині забезпечення державних інтересів.

Виклад основного матеріалу. У теорії права сформувалася систематизація гарантій правової законності за комплексним критерієм сфери суспільних відносин, у якій вони існують, та методів правового регулювання, що застосовуються до їх врегулювання: загальносоціальні та спеціально-юридичні. Так, до перших віднесено: економічні, політичні, соціальні, ідеологічні. До других віднесено: юридичні умови, правові способи, організаційно-правові засоби [3, с. 497]. Актуалізація пріоритету прав людини у сучасній парадигмі адміністративного права [4, с. 77] зумовлює виділення у сучасній літературі з теорії права відповідної системи гарантій прав людини: загальні (політичні, соціально-економічні, ідеологічні) та спеціальні/юридичні (національні, міжнародні, інституціональні, судові) [5, с. 304-307]. Спрямованість цього дослідження привертає увагу, передусім, до юридичних гарантій законності досліджуваної діяльності – відповідних адміністративно-правових засобів та заходів. Водночас не можна ігнорувати тісний взаємозв'язок юридичних гарантій із загальними: право утворюється на основі відповідних суспільних процесів і впливає на них; з іншого боку, право є проміжним пунктом у пізнанні між власне суспільними відносинами та філософією, а отже, уможливлює формування правосвідомості, що є невід'ємним елементом сучасної правової реальності [6, с. 461; 7, с. 67-68]. Тому цінність адміністративно-правових засобів та заходів – не тільки як гарантій законності досліджуваної діяльності, але й як чинників, що сприяють розвитку загальних гарантій законності досліджуваної діяльності.

Суб'єктами забезпечення економічних інтересів України варто визначити не тільки суб'єктів державної влади, але й невладних суб'єктів, насамперед громадські організації, представників бізнесу, фізичних осіб у передбачених законом випадках, окремі міжнародні організації та деяких інших. У своїй діяльності вони, на відміну від владних суб'єктів, користуються свободами, зміст яких визначається не тільки позитивним законодавством, а є значно ширшим, оскільки зумовлений засадами природного права [6, с. 685-686]. Тому діяльність цих суб'єктів охоплюється не тільки вимогами правової законності, але й положеннями принципу верховенства права.

Функціональний підхід передбачає опрацювання напрямів діяльності або функціонування досліджуваного феномена як підґрунтя характеристики його сутності [8, с. 86]. У цьому контексті вихідного значення набувають актуальні напрями публічного адміністрування у сфері економіки: визначення стратегічних пріоритетів розвитку економіки на визначений період; визначення частки недержавної форми власності та сфери її застосування; публічне адміністрування у сфері зовнішньоекономічної діяльності; визначення та підтримування балансу форм та методів публічного адміністрування у конкретний період

часу [9 с. 340-343]. Досліджуючи адміністративно-правові засоби та заходи здійснення цих функцій, варто зауважити, що застосовуються вони переважно у тісному взаємозв'язку, адже визначення стратегічних пріоритетів розвитку економіки та визначення сфери недержавної форми власності потребує різних даних, методів їх застосування та відповідних адміністративних процедур. З огляду на викладене перспективною є систематизація досліджуваних гарантій за критерієм функції публічного адміністрування, що реалізується через її застосування.

В актуальній філософській літературі системний підхід отримав визначення особливої стратегії пізнання, що уявляє досліджуваний об'єкт як систему, для якої характерно: цілісність, примат цілого над частинами, ієрархічність, полісистемність [1, с. 584]. У сучасній методології правового пізнання системний підхід отримав ще назву системного методу, що являє собою найвищу ланку серед засобів інструментального рівня методології правового пізнання: методи, концепти, категорії, поняття [6, с. 460]. Аналіз сучасних наукових досліджень, дотичних тематиці забезпечення економічних інтересів держави, дозволяє виділити такі опрацьовані сфери адміністративно-правових гарантій: протидія тіньовій економіці (О.В. Тильчик, 2018 р. [10]), забезпечення митної безпеки (О.І. Попівняк, 2020 р. [11]), інформаційна політика щодо захисту економічних інтересів України (Н.А. Литвин); антикорупційна стратегія щодо подолання корупційних ризиків (О.П. Рябченко, Л.О. Винниченко-Кумкова); діяльність правоохоронних органів у цьому напрямі (В.Я. Мацюк); запобігання та протидія ухиленню від сплати податків у сфері зовнішньоекономічної діяльності (Г.В. Соломенко) [12, с. 141, 175, 239, 258, 268]. Векторами економічного розвитку Національної економічної стратегії 2030 передбачено близько 20 актуальних напрямів розвитку економіки, кожен з яких передбачає застосування не тільки економічних, але й адміністративних методів публічного адміністрування, досягнення показників у відповідних сферах на державному рівні [2, с. 2]. Крім того, мають бути враховані напрацювання, присвячені методам публічного адміністрування у сфері економіки: надання адміністративних послуг (З.Л. Панькова), дозвільна діяльність (О.В. Джафарова, 2015 р.) та деяких інших. Окреслений огляд актуальних наукових напрацювань дає підстави для виділення наступного критерію систематизації розглядуваних гарантій – сфери економіки, публічне адміністрування у якій здійснюється. При цьому певна умовність такої систематизації полягає у віднесенні окремих гарантій лише до певних напрямів, а окремих – до кількох одночасно.

Роль належного здійснення правозастосовної діяльності у досягненні кінцевої мети демократичної, соціальної, правової держави проявляється в її призначенні – гарантуванні реалізації суб'єктивних прав, свобод, законних інтересів у разі, коли адресати відповідних норм не можуть їх реалізувати самостійно, без «посередництва» уповноважених суб'єктів [5, с. 265]. У зв'язку із цим можна погодитися думкою, що законність є визначальною умовою буття держави [13, с. 251]. Втім, правозастосовною діяльністю не обмежуються напрями реалізації повноважень суб'єктів державної влади. Іншим не менш значним напрямом є нормотворення як діяльність, спрямована на видання нормативно-правових актів [5, с. 210]. У науці адміністративного права нормотворча діяльність отримала реалізацію як виконавчо-розпорядча (управлінська) діяльність, що є одним з ключових напрямів сучасного публічного адміністрування в цілому [9, с. 20-21]. У сфері публічного адміністрування економіки нормотворча діяльність набуває особливого значення з огляду на впливову роль планування та регуляторної діяльності. Тому виділені правозастосовні гарантії варто доповнити правотворчими гарантіями.

Висновки

Отже, систематизація регулятивних адміністративно-правових гарантій законності діяльності щодо забезпечення економічних інтересів України створює підстави для сприйняття вказаних гарантій у широкому розумінні – як цілісного, комплексного, ієрархічного, полісистемного правового явища, тобто системи. Критерії вказаної систематизації характеризують ключові риси цієї системи. За критерієм спрямованості необхідно виділяти гарантії: спрямовані безпосередньо на забезпечення законності у досліджуваній сфері; спрямовані на забезпечення реалізації загальних гарантій законності у досліджуваній сфері (політичні, соціальні, економічні, ідеологічні). За критерієм функції публічного адміністрування, що реалізується: гарантії стратегічного планування; гарантії визначення сфер недержавної власності; гарантії публічного адміністрування у сфері зовнішньоекономічної діяльності; гарантії забезпечення збалансованості форм та методів публічного адміністрування у сфері економіки. За критерієм сфери економіки, що є об'єктом публічного

адміністрування (перелік не є вичерпним): гарантії протидії тіньовій економіці; гарантії митної безпеки; гарантії реалізації інформаційної політики щодо захисту економічних інтересів України; гарантії реалізації антикорупційної стратегії щодо подолання корупційних ризиків. При цьому певна умовність систематизації за останнім критерієм полягає у можливості віднесення окремих гарантій лише до певних напрямів (наприклад, заходи митного контролю), а окремих – до кількох одночасно (наприклад, адміністративна процедура розгляду звернень фізичних та юридичних осіб).

Пріоритетним напрямом застосування вказаної систематизації щодо наукових досліджень є можливість опрацювання вказаних гарантій саме як системи, тобто подальше застосування щодо них системного та функціонального підходів, що, у свою чергу, створить основу для деталізації та уточнення наукових результатів.

Пріоритетним напрямом практичного застосування цієї систематизації є вдосконалення на її основі переліку Векторів економічного розвитку Національної економічної стратегії 2030. Зокрема, вбачається необхідність у доповненні її такими складниками, як: методологічні засади перегляду стратегічних пріоритетів розвитку економіки, методологічні засади перегляду балансу адміністративних та економічних методів публічного адміністрування, визначення проміжної періодизації у реалізації Стратегії.

Список використаних джерел:

1. Філософський енциклопедичний словник / редкол.: В. І. Шинкарук (голова) та ін.; Л. В. Озадовська, Н. П. Поліщук (наук. ред.); І. О. Покаржевська (худ. оформлення). Київ: Абрис, 2002. 742 с.

2. Національна економічна стратегія 2030. Вектори економічного розвитку. URL: https://nes2030.org.ua/#rec245890384 (дата звернення: 21.01.2021).

3. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. 520 с.

4. Коломоєць Т.О., Колпаков В.К. Сучасна парадигма адміністративного права: ґенеза і поняття. *Право України*. 2017. № 5. С. 71-79.

5. Теорія держави і права / за ред. О.В. Петришина. Харків: Право, 2015. 368 с.

6. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Харків: Право, 2017. Т. 2: Філософія права / редкол.: С.І. Максимов (голова) та ін. 1128 с.

7. Актуальні проблеми філософії права : посібник / О. М. Балинська, А. С. Токарська, В. А. Ященко; за заг. ред. О. М. Балинської. Львів: ЛьвДУВС, 2017. 612 с.

8. Юрчишин В. Функціональний підхід як метод наукового пізнання кримінальних процесуальних функцій прокурора у досудовому розслідуванні. *Юридична Україна*. 2014. № 4. С. 86-90.

9. Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. Адміністративне право України. Повний курс : підручник. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.

10. Тильчик О.В. Адміністративно-правове забезпечення протидії тінізації економіки: теорія і практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2018. 33 с.

11. Попівняк О.І. Адміністративно-правові засади забезпечення митної безпеки правоохоронними та митними органами : дис. ... д-ра філософії: 081-Право. УДФСУ, Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2020. 225 с.

12. Правове забезпечення захисту економічних інтересів держави. Теоретико-прикладне дослідження : монографія / за ред. О.П. Рябченко. Суми: видавничо-виробниче підприємство «Мрія», 2020. 352 с.

13. Адміністративне право: підручник / за ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, В.В. Зуй. Харків: Право, 2010. 624 с.

Yurii Lavreniuk. Arrangement of regulatory administrative-legal guarantees for the legality of activity on serving the economic interests of Ukraine

The article is devoted to the systematization of regulatory administrative and legal guarantees of the legality of activities to ensure the economic interests of Ukraine, the creation of a basis for: the perception of these guarantees as a holistic, comprehensive system; to improve on this basis the implementation of the planning function in public administration in the field of economics in terms of ensuring state interests.

It is proved that the systematization of regulatory administrative and legal guarantees of legality of activities to ensure the economic interests of Ukraine creates grounds for the perception of these guarantees in a broad sense as a holistic, comprehensive, hierarchical, polysystemic legal phenomenon, ie system. The criteria of this systematization characterize the key features of this system. According to the criterion of orientation, guarantees are distinguished: aimed directly at ensuring legality in the research area; aimed at ensuring the implementation of general guarantees of legality in the study area (political, social, economic, ideological). According to the criterion of the implemented public administration function: guarantees of strategic planning; guarantees for defining areas of non-state property; guarantees of public administration in the field of foreign economic activity; guarantees of ensuring the balance of forms and methods of public administration in the field of economics. At the same time, a certain conditionality of systematization according to the last criterion is the possibility of assigning certain guarantees only to certain areas (for

example – customs control measures), and some – to several at once (for example, administrative procedure for reviewing appeals of individuals and legal entities).

The priority direction of application of the specified systematization concerning scientific researches is defined by a possibility of working out of the specified guarantees as systems, the further application concerning them of system and functional approaches that in turn will create a basis for detailing and specification of scientific results.

The priority of practical application of this systematization is the improvement of the list of Vectors of economic development of the National Economic Strategy 2030. In particular, the need to supplement it with such components as: methodological principles of reviewing strategic priorities of economic development, methodological principles of reviewing the balance of administrative and economic methods determination of intermediate periodization in the implementation of the Strategy.

Key words: regulatory norms, protective norms, guarantees of legality, ways of ensuring legality, economic interests, state interest, public administration.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.29

Ярослава Лакійчук,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник секретаріату Вченої ради
Національної академії внутрішніх справ

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ УЧАСНИКІВ ДОРОЖНЬОГО РУХУ В УКРАЇНІ

Актуальність статті полягає в тому, що права людини, як і її обов'язки, становлять найважливіший соціальний і політико-правовий інститут, який об'єктивно постає мірилом досягнень певного суспільства, показником рівня його цивілізованості, адже саме за допомогою цього інституту особа залучається до матеріальних і духовних благ, до законних форм волевиявлення і реалізації власних інтересів. Від рівня забезпеченості прав людини і громадянина значною мірою залежать життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека безпосередньо особистості. Наголошено, що основа сучасної системи забезпечення безпеки дорожнього руху, у тому числі адміністративно-правового статусу його учасників, була закладена на теренах нашої держави ще у далекому минулому, пройшла ряд певних етапів свого історичного розвитку, всебічне дослідження яких, на нашу думку, дозволить не тільки виявити певні їх особливості на кожному етапі розвитку, але й взаємозв'язок між ними, що, у свою чергу, дасть змогу спрогнозувати стан його функціонування та можливого потенційного розвитку задля позитивного коригування поведінки учасників дорожнього руху в Україні в майбутньому. У статті розкриваються історико-правові засади становлення та розвитку законодавчого забезпечення адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху. Проведений авторський аналіз різних історичних періодів розвитку законодавства дав можливість з'ясувати, що система прав та обов'язків учасників дорожнього руху нині закріплена Конституцією України, Законом України «Про дорожній рух», Правилами дорожнього руху, що визначають основний зміст адміністративно-правового статусу таких учасників. Залежно від характеру учасників дорожнього руху чинне законодавство фіксує основні права та обов'язки фізичної особи, юридичних осіб. З'ясовано, що першим нормативно-правовим актом, що мав істотне значення у закріпленні адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху, у тому на території СРСР, стала «Міжнародна конвенція щодо автомобільного руху» 1926 року (м. Париж). Конвенція містила більш докладні, ніж попередня конвенція, вимоги до обладнання автомобілів, що беруть участь у міжнародному русі, а також спеціальні положення про форму, розміри дорожніх знаків і місця їх установки.

Ключові слова: адміністративно-правовий статус, учасники дорожнього руху, безпека дорожнього руху, законодавство.

Постановка проблеми. Права людини, як і її обов'язки, становлять найважливіший соціальний і політико-правовий інститут, який об'єктивно постає мірилом досягнень певного суспільства, показником рівня його цивілізованості, адже саме за допомогою цього інституту особа залучається до матеріальних і духовних благ, до законних форм волевиявлення і реалізації власних інтересів. Від рівня забезпеченості прав людини і громадянина значною мірою залежать життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека безпосередньо особистості.

Прагнучи збудувати правову, демократичну, соціальну державу, сучасна Україна переживає перехідний період, характерний тим, що в усіх сферах життя суспільства відбуваються масштабні реформаторські процеси. Усе більш очевидними стають як деякі позитивні результати змін, так і негативні явища й тенденції, які характеризують складність, суперечливість і повільність поступу України на шляху до європейських і світових стандартів дотримання прав людини. Це певною мірою стосується і проблеми забезпечення прав та свобод людини і громадянина у сфері дорожнього руху. Її розв'язання передбачає створення певних передумов, за яких реалізація прав і свобод особи є безперешкодною і максимально ефективною, а захист від вчиненого правопорушення сприяє їх відновленню і притягненню винуватої особи до відповідальності.

Мета статті полягає в розгляді історико-правових засад становлення й розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху в Україні.

© Я. Лакійчук, 2021

Виклад основного матеріалу. Основа сучасної системи забезпечення безпеки дорожнього руху, у тому числі адміністративно-правового статусу його учасників, була закладена на теренах нашої держави ще у далекому минулому, пройшла ряд певних етапів свого історичного розвитку, всебічне дослідження яких, на нашу думку, дозволить не тільки виявити певні їхні особливості на кожному етапі розвитку, але й взаємозв'язок між ними, що, у свою чергу, дасть змогу спрогнозувати стан його функціонування та можливого потенційного розвитку задля позитивного коригування поведінки учасників дорожнього руху в Україні в майбутньому.

Слід зазначити, що історія становлення та розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху починається з моменту появи першого гужового транспорту (кінець XVII століття), коли питання забезпечення безпеки дорожнього руху вперше стали об'єктом правового регулювання [20, с. 14], а середина XVIII століття ознаменувалась появою значної кількості міських кінних перевезень. На той час Україна була частиною Російської імперії, а тому період розвитку правового статусу учасників дорожнього руху в Україні у зазначений проміжок часу можна назвати етапом розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху у період входження України до складу Російської імперії (XVIII – початок XX століття).

Отже, поява у XVIII столітті на вулицях великих міст достатньої кількості екіпажів сприяло появі певних правових норм, що зобов'язували водія екіпажу діяти відповідним чином, зокрема: вибрати безпечну для руху швидкість, дотримуватись черговості проїзду перехресть, напрямку руху у транспортному потоці тощо. Проте, незважаючи на наявність певних правил поведінки на дорозі, дисципліна учасників дорожнього руху була вкрай низькою. Так, з боку водіїв екіпажів нерідко порушувався безпечний швидкісний режим, що дуже часто призводило до скоєння дорожньо-транспортних пригод. Як правило, знайти винуватця пригоди було вкрай складно, адже після її скоєння винна у цьому особа зникала з місця пригоди, а спеціальних відмінних ознак, за якими можна було б відрізнити той чи інший екіпаж, на той час ще не було [3, с. 19]. Згодом візникам почали видавати спеціальні жетони, які містили два номери. Перший номер означав належність візника до конкретного міста чи району міста, а другий – його особистий номер [3, с. 20]. Збільшення сухопутних перевезень та зростання торговельно-економічних зв'язків сприяло удосконаленню процесу організації гужового сполучення, покращенню будівництва та експлуатації доріг, що, безперечно, мало позитивний вплив на забезпечення безпеки дорожнього руху. З метою припинення лихацтва на транспортних шляхах та запобігання йому Олександр I у 1802 році видав Указ «Про заборону швидкої їзди», який вперше на законодавчому рівні визначив відповідальність за порушення правил руху гужового транспорту не тільки візника, але й власника екіпажу. Серед заходів впливу на правопорушників імператор встановив такі, як відсилка до гамівного будинку, конфіскація коня, штраф (тільки у разі необхідності лікування постраждалого від пригоди). Дорожній рух став невід'ємною та важливою частиною життя кожної людини, розвитку суспільства, а тому потребував більш масштабного та детального правового регулювання. Таким документом стало «Наставление старостам извощичьим и извощикам» від 1812 року, що визначало обов'язки візників та було певним прообразом сучасних Правил дорожнього руху. Відповідальність за порушення у сфері безпеки дорожнього руху встановлювалась прийнятим у 1845 році нормативно-правовим актом «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных» лише у разі скоєння дорожньо-транспортної пригоди з тяжкими наслідками, а також у разі ушкодження покриття вулиць чи доріг. До винної у скоєнні подібних діянь особи застосовувались такі санкції: штраф, арешт, биття різками, обов'язок відшкодувати спричинену шкоду потерпілому [3, с. 20].

Друга половина XIX століття характеризується спробами впровадження різних саморушних екіпажів на паровій, електричній чи бензиновій тязі, і, врешті-решт, наприкінці XIX – початку XX століть розпочалось виробництво бензинових автомобілів. Так, в Україні перший автомобіль з'явився в Одесі, а згодом декілька приватних автомобілів іноземного виробництва – у м. Києві [1, с. 8]. Поява автомобілів на дорогах країни зумовила потребу прийняття правових актів, що встановлюють правила користування транспортними засобами та поведінки на дорозі. Так, у 1896 році Міністерством шляхів сполучення була прийнята постанова № 7453 «О порядке и условиях перевозки тяжестей и пассажиров по шоссе ведомства путей сообщения в самодвижущихся экипажах», що закріплювала основні правила руху і експлуатації автомобілів [3, с. 22]. Наприкінці 1908 року були затверджені «Технические правила о движении автомобилей по шоссе ведомства путей сообщения».

Вже у 1909 році була здійснена перша спроба уніфікації правил дорожнього руху на міжнародному рівні шляхом прийняття згоди, що мала назву «Міжнародна конвенція стосовно переміщення автомобілів» [10]. У 1910 році вона була ратифікована Російською імперією та з 01 травня стала обов'язковою до виконання на всій території держави [3, с. 22]. Конвенція складалася з 15 статей і містила перелік обов'язкових вимог до автомобіля, водія, порядку обгону, уніфікувала чотири міжнародних попереджувальних знаки («Лоток», «Перекресток», «Вираж», «Переезд рельс») і рекомендувала їх встановлення на відстані близько 250 м до перешкоди. Також була закріплена форма міжнародного водійського посвідчення (міжнародне дорожнє свідоцтво для тимчасового пересування за кордоном) [10].

Кінець XIX – початок XX століття на території Європи, у тому числі сучасної України, характеризується розвитком міжнародно-правових відносин у сфері безпеки дорожнього руху, появою розвиненої системи організації міських перевезень, контролю за дорожнім рухом, а також страхуванням транспортних засобів їх власниками. Також на початку XX століття на вулицях і дорогах великих міст з'являється ще більше видів транспортних засобів, зокрема гужова повозка, мотоцикл, автомобіль та трамвай. Проте адміністративно-правовий статус нових учасників дорожнього руху не був регламентованим. Більш того, постійне збільшення транспортних засобів на дорогах Російської імперії вимагало прийняття спеціальних правових норм, що закріплювали б на законодавчому рівні права, обов'язки та відповідальність учасників дорожнього руху, а також регулювали комерційну діяльність перевізників [3, с. 23].

Наступним історичним етапом розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху є час Української революції (також Перші визвольні змагання) – низки подій, пов'язаних з національно-визвольною боротьбою українського народу у 1917–1921 роках. Тому, виходячи з назви зазначеного періоду розвитку України як держави, цілком логічно можна назвати наступний етап розвитку правового статусу учасників дорожнього руху як розвиток адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху у період Української революції 1917-1921 років, або розвиток у революційний період.

27 квітня 1917 року Тимчасовим урядом було винесено постанову «Об учреждении Автомобильного отдела», до повноважень якого належав контроль за використанням автотранспорту і запчастин, розробка та подання Тимчасовому уряду проектів про необхідні заходи [16, с. 923–938]. Першим нормативно-правовим актом того часу у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху став Декрет Ради народних комісарів від 10 червня 1920 року «Правила автодвижения по городу Москве и ее окрестностям», підписаний її Головою В. Ульяновим. У цьому нормативно-правовому акті на законодавчому рівні закріплювався порядок реєстрації автомобілів, що випускаються на лінію, форма шляхових листів та посвідчень водіїв, вимоги до водіїв, зокрема наявність документів, що підтверджують законність права керування транспортними засобами. Гранично допустимою межею швидкості для вантажних машин встановлено не більше ніж 15 верст на годину, за порушення якої водія притягали до відповідальності [2, с. 49].

Деякі положення зазначеного документа актуальні і сьогодні. Так, у розділі «Про номерні знаки» зазначено, що кожен автомобіль, що рухається по м. Москві та Московській губернії, повинен бути оснащений двома друкованими номерними знаками (попереду та позаду), які потрібно зберігати у чистому й справному вигляді, щоб відповідати певному призначенню – ідентифікації автомобіля під час його руху [3, с. 25].

У червні 1921 року Центральний виконавчий комітет та Рада народних комісарів СРСР ухвалили Декрет «Про порядок накладення адміністративних стягнень», яким за порушення у сфері безпеки дорожнього руху передбачені покарання: штраф, примусові роботи та позбавлення волі. Розмір стягнення Декретом не визначався, адже його встановлювали місцеві Ради з огляду на інтенсивність руху й особливості міської транспортної мережі [21, с. 50].

29 грудня 1922 року між РРФСР, УРСР, БРСР та ЗСФРР був підписаний Договір про створення СРСР, а тому подальший розвиток адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху відбувається вже в період входження України до складу СРСР 1922-1991 років.

Першим нормативно-правовим актом, що мав істотне значення для закріплення адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху, у тому числі на території СРСР, стала «Міжнародна конвенція щодо автомобільного руху» 1926 року (м. Париж). Конвенція містила більш докладні, ніж попередня конвенція, вимоги до обладнання автомобілів, що беруть участь у міжнародному русі, а також спеціальні положення про форму, розміри дорожніх знаків і місцях їх установки. Вперше була введена трикутна

форма для попереджувальних знаків. До вже прийнятих раніше знаків було додано два нових: «Залізничний переїзд» та «Зупинка обов'язкова» [10].

Адміністративна відповідальність за порушення вимог нормативно-правових актів у сфері безпеки дорожнього руху була закріплена в Адміністративному кодексі УРСР 1927 року – єдиному кодифікованому законодавчому акті того часу. А вже у 1930 році у Москві, Ленінграді, Києві та Харкові запроваджуються правила дорожнього руху, що закріплюють обов'язки для водіїв транспортних засобів, зокрема: 1) легкові автомобілі і мотоцикли можуть рухатися по вулицях зі швидкістю не більше 25 верст на годину, а вантажні – не більше 15 верст на годину. Вночі за відсутності світлових ліхтарів автомашини не повинні розвивати швидкість понад 10 верст на годину; 2) кожна автомашина повинна мати два друкованих номерні знаки. Передній номерний знак повинен бути укріплений вертикально на лівому передньому крилі на особливому кронштейні, прикріпленому до крила наскрізними болтами, задній номерний знак повинен бути укріплений позаду, на кузовній частині або на особливій стійці, не нижче аршини від землі. На мотоциклах передній номерний знак прикріплюється до переднього щитка або вилки, а задній – до багажника. Написані власноруч номерні знаки аж ніяк не допускаються [8].

У 1931 році у Женеві на черговій конференції з безпеки дорожнього руху була прийнята «Конвенція про введення одноманітності в сигналізацію на дорогах», яка розширила номенклатуру дорожніх знаків до 26 і розділила їх на три групи: попереджувальні, наказові, вказівні. Слід зазначити, що у 1933 році в СРСР були затверджені «Правила по застосуванню в межах СРСР Міжнародної конвенції щодо автомобільного руху». У цих Правилах викладена сутність Паризької конвенції щодо автомобільного руху 1926 року і Женевської конвенції про введення одноманітності в сигналізацію на дорогах 1931 року, а в додатку Правил містилися «Основні правила їзди на автомобілях і мотоциклах в межах СРСР» [10].

Слід зазначити, що у 1936 році ухвалою РНК СРСР було створено Державну автомобільну інспекцію та включено її до складу Головного управління міліції НКВС СРСР. Постановою РНК СРСР від 03 липня 1936 року № 1182 було затверджено Положення про ДАІ ГУНКВС СРСР. Відповідно до цього Положення ДАІ було надано такі права: припиняти експлуатацію технічно несправних автомобілів і мотоциклів; порушувати перед кваліфікаційною комісією питання про позбавлення водіїв права керувати транспортними засобами за систематичне грубе порушення правил руху; накладати на осіб, винних у порушенні встановлених на автомобільному транспорті правил і норм, грошові штрафи [19, с. 132–133].

Згодом, у 1940 році, постановою РНК УРСР було затверджено Правила руху й користування автогужовими шляхами УРСР. Чинність зазначених Правил поширювались на всі шляхи загального користування й на будь-якого роду та типу автомобільні перевізні засоби (легкові, вантажні та спеціальні автомобілі, автобуси тощо). Особливістю даної постанови є встановлення нового виду адміністративного стягнення – штраф на місці [18].

17 квітня 1947 року була прийнята постанова Рада Міністрів УРСР № 511, якою затверджено єдині тарифи на пасажирські автобусні перевезення на території УРСР, а також встановлено відповідальність у вигляді штрафу за безквитковий проїзд, перевезення вантажу без попередньої оплати тощо [4].

З метою розвитку міжнародного дорожнього руху та його безпеки шляхом встановлення єдиних правил руху між країнами світу у м. Женеві 19 вересня 1949 року була підписана «Конвенція про дорожній рух». Даний нормативно-правовий акт має велике значення для розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху, адже закріплює на міжнародному законодавчому рівні їхні права та обов'язки. Конвенція 1949 року містить протокол про дорожні знаки та сигнали, який затверджує категорії дорожніх знаків (попереджувальні, заборонні та наказові), а також їх розмір, колір та правила їх розміщення.

09 червня 1959 року постановою Ради Міністрів РСФСР було затверджене Положення про порядок користування автомобільними дорогами, відповідно до якої на автомобільних шляхах було заборонено: проїзд транспортних засобів, загальна висота яких з вантажем перевищувала вказані на шляхово-сигнальних знаках габарити; провіз вантажів, що виступають за габарити транспортного засобу, встановлені стандартом або технічними умовами, а також вантажів, що виступають за задній борт більш ніж на 2 м, або тих, що волочаться по дорозі тощо [17, с. 79–80].

Наступним нормативно-правовим актом, що має суттєве значення у визначенні та закріпленні на законодавчому рівні адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху, є Правила руху вулицями та дорогами СРСР, введені в дію 01 листопада 1960 року відповідно до розпорядження

Ради Міністрів Української РСР від 07 липня 1960 року № 930-Р. Дія зазначених Правил поширювалась на всі дороги, вулиці (провулки), інші проїзди загального користування, рух якими дозволяється лише правою стороною проїзної частини [9].

Усі учасники дорожнього руху повинні дотримуватись вимог дорожніх знаків, розмітки, сигналів світлофора та регулювальника, бути уважними до дорожніх умов та порядку руху. Також даний нормативно-правовий акт закріплює правила для пішоходів та пасажирів, правила для велосипедистів, загальні обов'язки водіїв, вимоги безпеки під час перевезення людей, порядок руху транспортних засобів, гужового транспорту, вимоги до технічного стану транспортних засобів, користування освітлювальними приладами, дії учасників дорожнього руху у разі скоєння дорожньо-транспортних пригод тощо.

У 1968 році була прийнята Конвенція про дорожній рух (ратифікована Українською РСР лише 25 квітня 1974 року), відповідно до якої учасниками дорожнього руху визнавались водій, велосипедист, вершник, візник, погонич тварин та пішохід [6]. Також на законодавчому рівні закріплювались їхні обов'язки, умови та порядок руху. Більш детально про Конвенцію про дорожній рух 1968 року мова піде у підрозділі 1.3. «Міжнародно-правові стандарти адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху» розділу 1 цього дисертаційного дослідження.

З 1 січня 1973 року вступили в дію нові Правила дорожнього руху, які закріплювали загальні обов'язки для водіїв, пасажирів та пішоходів, порядок руху, зупинку чи стоянку транспортних засобів, правила проїзду перехресть, пішохідних переходів, зупинок загального користування та залізничних переїздів, перевезення людей та вантажів, перелік дорожніх знаків та сигналів регулювальника, правила руху у темну пору доби, буксирування транспортних засобів тощо [11].

Наступним важливим кроком в історії розвитку адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху є прийняття 13 жовтня 1980 року Основ законодавства СРСР і союзних республік про адміністративні правопорушення [7, с. 35]. Вперше на законодавчому рівні було сформульовано положення про адміністративну відповідальність та наведено поняття адміністративного правопорушення (проступку), під яким розумілася протиправна, винна (навмисна або необережна) дія (бездіяльність), що посягає на державний або громадський порядок, соціалістичну власність, права та свободи громадян або встановлений порядок управління, за яку законодавством передбачено адміністративну відповідальність. Після ухвалення Основ законодавства СРСР та союзних республік про адміністративні правопорушення в усіх союзних республіках, у тому числі й УРСР, почали працювати над кодифікацією законодавства про адміністративну відповідальність [7, с. 35].

Згодом, 07 грудня 1984 року, постановою Верховної Ради УРСР № 8073-Х було ухвалено Кодекс Української РСР про адміністративні правопорушення, який став єдиним кодифікованим законодавчим актом у галузі адміністративного права, норми якого встановлювали адміністративну відповідальність за правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху [5].

16 липня 1986 року наказом МВС СРСР № 139 були затверджені нові Правила дорожнього руху, які вперше на законодавчому рівні закріпили визначення учасника дорожнього руху, яким визнавалась особа, що бере безпосередню участь у процесі руху як водій, пішохід, пасажир транспортного засобу, погонич тварин [12].

У 1993 році був прийнятий Закон України «Про дорожній рух» [14] та постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил дорожнього руху» [13], які закріпили адміністративно-правовий статус учасників дорожнього руху України як самостійної та незалежної держави. У 2001 р. постановою Кабінету Міністрів України затверджені Правила дорожнього руху, які чинні і до сьогодні [15].

Висновки

У статті розкриваються історико-правові засади становлення та розвитку законодавчого забезпечення адміністративно-правового статусу учасників дорожнього руху. Проведений авторський аналіз різних історичних періодів розвитку законодавства дав можливість з'ясувати, що система прав та обов'язків учасників дорожнього руху нині закріплена Конституцією України, Законом України «Про дорожній рух», Правилами дорожнього руху, що визначають основний зміст адміністративно-правового статусу таких учасників.

Список використаних джерел:

1. Автомобільний транспорт України: стан, проблеми, перспективи розвитку : монографія / за заг. ред. А. М. Редзюка. Київ: ДП «Державтотрансндіпроект», 2005. 400 с.

2. Бронштейн Л. А., Шульман А. С. Экономика автомобильного транспорта : учебник. Москва: Транспорт, 1976. 184 с.

3. Войтенков Е. А. Историко-правовые особенности и этапы становления отечественной системы обеспечения безопасности дорожного движения. *Общество и право*. 2010. № 3 (30). С. 17–28.

4. Збірник постанов і розпоряджень Уряду УРСР. 1947. № 8. Ст. 43. С. 15.

5. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 груд. 1984 р. № 8073-X. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення: 12.01.2021).

6. Конвенція про дорожній рух від 8 листоп. 1968 р. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_041 (дата звернення: 12.01.2021).

7. Літошенко О. С. Адміністративна відповідальність в системі юридичної відповідальності : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2004. 199 с.

8. Первым правилам дорожного движения в Советском Союзе – 95 лет. URL: http://probok.net/blog/4942/ (дата звернення: 12.01.2021).

9. Правила движения по улицам и дорогам СССР : введены в действие с 01 ноября 1960 года в соответствии с распоряжением Совета Министров Украинской ССР от 07.07.1960 г. № 930-р. Областная книжная типография Днепропетровского областного издательства, 1961.

10. Правила дорожного движения и международные Конвенции по дорожному движению. Студопедия. URL: https://studopedia.org/2-126396.html (дата звернення: 12.01.2021).

11. Правила дорожного движения СССР 1973 года. *За рулем*. 1972. декабрь. URL: https://www.zr.ru/archive/zr/1972/12/pravila-dorozhnogo-dvizhieniia (дата звернення: 12.01.2021).

12. Правила дорожного движения: введ. в действие 1 янв. 1987 г. 2-е изд., стер. Киев: Техника, 1988, 48 с.

13. Правила дорожнього руху : постанова Кабінету Міністрів України від 31 груд. 1993 р. № 1094 / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1094-93-%D0%BF (дата звернення: 12.01.2021).

14. Про дорожній рух: Закон від 30 черв. 1993 р. № 3353-XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3353-12 (дата звернення: 12.01.2021).

15. Про Правила дорожнього руху : постанова Кабінету Міністрів України від 10 жовт. 2001 р. № 1306 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-%D0%BF (дата звернення: 12.01.2021).

16. Собрание узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при правительствующем Сенате. 1917. Отд. 1. № 105. С. 923–934.

17. Столбов Б. А., Суетенков Ю. С., Зимина А. Г. Сборник законодательства и иных нормативных актов об административной ответственности. Москва: Юрид. лит., 1978. 520 с.

18. Центральний державний архів вищих органів влади та управління України. Рада Народних Комісарів УРСР. 1918-1996 рр. Спр. 212. Постанови Ради Народних Комісарів УРСР, червень 1940 р. 179 арк.

19. Шевченко А. Є. Організаційно-правові аспекти становлення та адміністративної діяльності спеціальних підрозділів НКВС України на транспорті у кінці 20-х – середині 40-х рр. XX ст. : монографія. Київ: Нац. акад. України, Ін-т історії України, 2005. 472 с.

20. Шевченко П. Н. Этапы развития системы безопасности дорожного движения в российском государстве. *Вестник Московского университета МВД России*. 2013. № 11. С. 13–17.

21. Шудріков В. М. Правові та організаційні засади нагляду підрозділами ДАІ МВС України за технічним станом транспортних засобів : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Донецьк, 2008. 204 с.

Yaroslava Lakiichuk. Historical-legal fundamentals for the development of an administrative-legal status of road users in Ukraine

The relevance of the article is that human rights, as well as its responsibilities, are the most important social and political and legal institution, which objectively is a measure of the achievements of a society, an indicator of its level of civilization, because it is through this institution a person is involved. material and spiritual goods, to legitimate forms of expression of will and realization of own interests. Life and health, honor and dignity, inviolability and security of the individual directly depend on the level of human and civil rights. It is emphasized that the basis of the modern system of road safety, including the administrative and legal status of its participants, was laid in our country in the distant past, passed a number of stages of its historical development, a comprehensive study of which, in our opinion, will not not only to identify certain features at each stage of development, but also the relationship between them, which, in turn, will predict the state of its operation and possible potential development to positively correct the behavior of road users in Ukraine in the future. The article reveals the historical and legal principles of formation and development of legislative support for the administrative and legal status of road users. The author's analysis of different historical periods of development of the legislation provided an opportunity to find out that the system of rights and responsibilities of road users, currently enshrined in the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine "On Road Traffic", the Rules of the Road. status of such participants. Depending on the nature of road users, the current legislation fixes the basic rights and responsibilities of individuals and legal entities. It was found that the first legal act that was essential in consolidating the administrative and legal status of road users, including in the USSR, was the "International Convention on Road Traffic" in 1926 (Paris). The convention contained more detailed requirements than the previous convention for the equipment of cars involved in international traffic, as well as special provisions on the shape, size of road signs and their locations.

Key words: administrative and legal status, road users, road safety, legislation.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.30

Владислав Пінчук,
ад'юнкт кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ОСНОВНІ ФОРМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті здійснено загальнотеоретичний аналіз підходів до розуміння поняття «адміністративно-юрисдикційна діяльність Національної поліції України», виокремлено його сутність, встановлено ознаки адміністративно-юрисдикційної діяльності як базові елементи, що формують його сутність, окреслено основні напрями адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України. Звернуто окрему увагу на сутність адміністративної діяльності Національної поліції України, оглянуто її структуру та виявлено роль і місце безпосередньо адміністративно-юрисдикційної діяльності. У результаті ретроспективного огляду джерел зроблено висновок, що найбільш влучні та значимі позиції, що стосуються сутності діяльності органу охорони правопорядку як державної інституції, належить інтерпретувати щодо функціонування Національної поліції сьогодення. У статті визначено, що адміністративною діяльністю Національної поліції України є комплекс визначених чинним законодавством прав, повноважень та обов'язків Національної поліції України щодо здійснення своїх функцій і виконання покладених Законами України завдань із забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Водночас визначення, що характеризують поняття юрисдикції, частково взаємопоглинаються, а з урахуванням того, що чинним законодавством таке поняття не регламентовано, слід врахувати зазначені позиції вчених. Автором доведено, що адміністративно-юрисдикційною діяльністю Національної поліції України є регламентований чинним законодавством комплекс прав, повноважень і обов'язків поліцейських щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення, винесення у них відповідних постанов та накладення санкцій без звернення до суду. Поряд із цим у статті зазначено, що ознаками адміністративно-юрисдикційної діяльності є: унормованість (тобто чітка визначеність у чинному законодавстві), наявність охоронюваних законом суспільних відносин, що забезпечуються в адміністративний спосіб; обов'язковість результату розгляду адміністративної справи до звернення до суду (у спосіб винесення попередження, накладення штрафу, штрафних балів); право накладати адміністративні стягнення на місці вчинення правопорушення. Також автором було додатково аргументовано позицію вітчизняних учених щодо форм адміністративно-юрисдикційної діяльності.

Ключові слова: адміністративна діяльність, юрисдикція, адміністративно-юрисдикційна діяльність, правопорушення, поліція.

Постановка проблеми. Права і свободи людини і громадянина виступають основоположним фактором демократичності будь-якої держави. Українське суспільство, що утвердило в Конституції України прагнення до укріплення та розбудови правової держави, взяло на себе зобов'язання із забезпечення належного дотримання прав і свобод людини і громадянина, а також укріплення відповідного інституту.

Одним із важливих видів діяльності органів охорони правопорядку є адміністративна діяльність. Національна поліція України, як один із основних таких органів, здійснюючи свої повноваження виключно у межах і у спосіб, передбачених Законами України, має широке коло обов'язків у сфері адміністративної діяльності.

Водночас адміністративно-юрисдикційна діяльність Національної поліції України як складова частина адміністративної діяльності останнім часом детально досліджується ученими. Реформа органів поліції значно вплинула на відповідний процес, оскільки сутність та зміст адміністративно-юрисдикційної діяльності міліції та нинішньої поліції сутнісно відрізняється. Саме тому з урахуванням нинішнього стрімкого розвитку законодавства, а також трансформаційних процесів усередині поліції України актуальності набуває тематика адміністративно-юрисдикційної діяльності,

© В. Пінчук, 2021

дослідження її поняття, ознак та основних напрямів.

Метою статті є загальна характеристика поняття, ознак та основних форм адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України. Постановка мети, своєю чергою, дозволяє окреслити перелік **завдань**, до яких належить: загальнотеоретичний аналіз підходів до розуміння поняття «адміністративно-юрисдикційна діяльність Національної поліції України», виокремлення його сутності; встановлення ознак адміністративно-юрисдикційної діяльності як базових елементів, що формують його сутність; окреслення основних форм адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України.

Виклад основного матеріалу. Окреслена актуальність зумовлює необхідність систематизації та виокремлення понять, що потребують додаткового дослідження, з метою їх подальшого застосування у ході дослідження та з'ясування за допомогою них сутності адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України.

З погляду науковців, у загальному вигляді адміністративно-юрисдикційну діяльність поліції розуміють як діяльність із розгляду справ про адміністративні правопорушення, винесення по них відповідних постанов та накладення санкцій без звернення до суду [1]. Водночас нами пропонується розглянути відповідне питання більш детально та комплексно.

Слід звернути окрему увагу на сутність адміністративної діяльності Національної поліції України, оглянути її структуру та виявити роль і місце безпосередньо адміністративно-юрисдикційної діяльності.

В. Авер'янов, І. Голосніченко мають схожість у поглядах на дану проблематику і зазначають, що, виходячи з особливостей сфери внутрішніх справ, визначених відносин виконавчо-владної діяльності та теорії адміністративного права, можна визначити, що адміністративна діяльність органів внутрішніх справ – це урегульована нормами адміністративного права їхня виконавчо-владна діяльність, яка спрямована на забезпечення особистої безпеки громадян, захист їхніх прав і свобод, законних інтересів, публічної безпеки та боротьбу з правопорушеннями [2; 3, с. 7]. На нашу думку, розглядаючи дані джерела, слід виокремити найбільш влучні та значимі позиції, що стосуються сутності діяльності органу охорони правопорядку як державної інституції, що здійснює забезпечення прав і свобод людини і громадянина. До таких позицій із наведеного слід віднести: урегульованість нормами адміністративного права (тобто систему взаємодії «особа – держава»), спрямованість на забезпечення публічної безпеки і порядку, а також забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

Наведені нами виокремлені та інтерпретовані позиції цілком передають сутність завдань Національної поліції України, визначених чинним законодавством.

Поряд із цим М. Корнієнко, І. Остапенко визначають, що «це специфічна, виконавчо-розпорядча, підзаконна, державно-владна діяльність з організації та здійснення охорони громадського порядку, забезпечення громадської безпеки, попередження й припинення злочинів та інших правопорушень» [4, с. 8; 5, с. 8]. А, наприклад, О. Коренєв адміністративну діяльність ОВС визначає як цілеспрямовану, організуючу, виконавчу і розпорядницьку діяльність, що полягає у безпосередньому, повсякденному, практичному здійсненні завдань і функцій держави у сфері внутрішніх справ [6, с. 38].

Варто підкреслити, що дане поняття включає в себе не лише термін «унормованість» (тобто закріплення у конкретних нормах права відповідно до регламентованої процедури), а й превентивну функцію поліції – діяльність щодо припинення злочинів та інших правопорушень і запобігання їм.

Одним з інноваційних поглядів на визначену нами проблематику є позиція О. Калюка, С. Константінова, В. Кулікова, викладена у посібнику «Адміністративна діяльність Національної поліції», яка полягає у тому, що «адміністративна діяльність Національної поліції» – це виконавчо-розпорядча, підзаконна, державно-владна діяльність із забезпечення адміністративно-правовими засобами публічної безпеки і порядку, попередження й припинення злочинів та інших правопорушень, надання публічних послуг фізичним та юридичним особам [7, с. 9].

Таким чином, адміністративною діяльністю Національної поліції України, на нашу думку, є комплекс визначених чинним законодавством прав, повноважень та обов'язків Національної поліції України щодо здійснення своїх функцій і виконання покладених Законами України завдань із забезпечення прав і свобод людини і громадянина.

Поряд із цим треба аргументувати, що адміністративна та адміністративно-юрисдикційна діяльність співвідносяться в науці як загальне та частина, оскільки адміністративно-юрисдикційною діяльністю, як зазначено на початку статті, на думку окремих учених, є позасудовий розгляд справ про адміністративні правопорушення та вине-

сення по них відповідних постанов і накладення санкцій. Проте поняття юрисдикції, входячи до складу понятійно-категоріального апарату зазначеної проблематики, все ж залишає відкритими деякі питання, у зв'язку із чим пропонується його дослідити.

На думку С. Каринського, юрисдикцією є судочинство, підсудність, підвідомчість справ суду [8, с. 827], що логічно обґрунтовується з точки зору дослідження організаційних засад судової гілки влади, виконання судами і суддями своїх безпосередніх функцій. Крім того, юрисдикція як компетенція судових органів щодо розгляду цивільних, кримінальних та інших справ і коло питань, що належать до ведення держави або державної установи, розглядається В. Гіжевським та В. Головченком [9, с. 525].

А. Пиголкін, В. Аргунов та А. Аргунов розуміють юрисдикцію в державному управлінні як сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори і справи про правопорушення та застосовувати юридичні санкції [10, с. 526; 11], що в контексті нашого дослідження більш точно та зрозуміло характеризує такі дії Національної поліції України, більше того, знаходить своє формальне відображення у чинному законодавстві.

Водночас найбільш детально та комплексно юрисдикційну сутність у системі державної влади характеризує В. Глуховеря, який визначає її як «вид діяльності органів публічної влади, безпосередньо пов'язаний з охороною суспільних відносин, що полягає в розгляді суб'єктом владних повноважень (органами публічної адміністрації) юридичної справи по суті та прийнятті по ній рішення, виконання якого може забезпечуватися примусовою силою держави [12, с. 12].

Наведені визначення, що характеризують поняття юрисдикції, частково взаємопоглинаються, а з урахуванням того, що чинним законодавством таке поняття не регламентовано, слід, врахувавши зазначені позиції, аргументувати, що адміністративно-юрисдикційною діяльністю Національної поліції України є регламентований чинним законодавством комплекс прав, повноважень і обов'язків поліцейських щодо розгляду справ про адміністративні правопорушення, винесення у них відповідних постанов та накладення санкцій без звернення до суду.

Слід підкреслити, що Національна поліція України – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки й порядку. Організація, повноваження та порядок діяльності центральних органів виконавчої влади України визначені Законом України № 3166-VI від 17 березня 2011 року «Про центральні органи виконавчої влади» [13].

Наведені вище позиції щодо поняття та сутності адміністративно-юрисдикційної діяльності дають підстави говорити про її ознаки та основні форми.

Так, на нашу думку, ознаками адміністративно-юрисдикційної діяльності є: унормованість (тобто чітка визначеність у чинному законодавстві), наявність охоронюваних законом суспільних відносин, що забезпечуються в адміністративний спосіб; обов'язковість результату розгляду адміністративної справи до звернення до суду (шляхом винесення попередження, накладення штрафу, штрафних балів); право накладати адміністративні стягнення на місці вчинення правопорушення.

Ці та інші встановлені вченими ознаки характеризують сутність адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України, дають підстави говорити про взаємозумовленість поняття з ознаками, що свідчить про слушність такої позиції та її правову визначеність.

Поряд із цим основні напрями адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України також досліджувались багатьма вченими.

Так, на думку О. Горбунова, правові форми здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності зумовлені їх безпосереднім цільовим призначенням, що визначено нормативними актами. Вчений зазначає, «якщо в якості критеріїв класифікації видів юрисдикційної діяльності Національної поліції України вибрати характер, особливості і ступінь складності фактичної сторони адміністративних правопорушень та пов'язану з цим складність юрисдикційної процедури (мається на увазі її об'єм і межі), то можна навести таку класифікацію адміністративно-юрисдикційних проваджень в Національній поліції України: а) загальне (повне) провадження; б) скорочене (прискорене) провадження; в) ускладнене (розширене) провадження; г) провадження в органах другої інстанції (наприклад, посадовою особою вищого рангу (посади), порівняно з працівником, який первинно розглядав матеріали адміністративної справи)» [14, с. 24-27].

Спірним є питання віднесення до адміністративно-юрисдикційних повноважень окремих процедур і водночас не віднесення інших, проте єдиною й об'єктивною підставою їх віднесення до юрисдикційної діяльності є «досудовість» вирішення спору.

Тобто після вчинення особою адміністративного правопорушення уповноважена посадова особа органу поліції в межах власних повноважень притягає таку особу до відповідальності шляхом накладення на неї адміністративного стягнення власною постановою чи в іншій юридичній формі закріплення адміністративно-процесуальних рішень.

На думку О. Горбунової, для діяльності Національної поліції України характерним є те, що, крім юрисдикційних дій (розгляд і вирішення конкретних справ, здійснення повноважень щодо накладення адміністративних чи дисциплінарних стягнень або прийняття інших рішень тощо), вона також пов'язана з реалізацією компетенції не юрисдикційного характеру як самими суб'єктами адміністративної юрисдикції, так і іншими посадовими особами Національної поліції України, що не мають юрисдикційних повноважень. [14, с. 24-27]. Проте ми не погоджуємося з даною позицією, оскільки Національна поліція України, як орган державної виконавчої влади, зобов'язана діяти виключно в межах і у спосіб, передбачених чинним законодавством України

Так, дослідивши позицію О. Горбунової, належить погодитись із науковцем щодо віднесення до форм адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України: загальної (повної) форми провадження; скороченої (прискореної) форми провадження; в) ускладненої (розширеної) форми провадження; провадження в органах другої інстанції (наприклад, посадовою особою вищого рангу (посади) порівняно з працівником, який первинно розглядав матеріали адміністративної справи).

Висновки

Загальнотеоретичний аналіз підходів до розуміння поняття «адміністративно-юрисдикційна діяльність Національної поліції України», виокремлення його сутності, встановлення ознак адміністративно-юрисдикційної діяльності як базових елементів, що формують його сутність, окреслення основних напрямів адміністративно-юрисдикційної діяльності Національної поліції України дали підстави сформулювати висновки про те, що адміністративно-юрисдикційною діяльністю Національної поліції України є визначена чинним законодавством процедура розгляду адміністративних правопорушень уповноваженими на це поліцейськими без звернення до суду, що характеризується унормованістю, наявністю декількох суб'єктів, обов'язковістю прийняття рішення та притягнення до відповідальності до звернення до суду та іншими ознаками. Основними формами, описаними у статті, стали загальна, скорочена, ускладнена та форма провадження в другій інстанції.

Список використаних джерел:

1. Безпалова О. Загальна характеристика адміністративно-юрисдикційної діяльності поліції. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2020. № 3. С. 139-147. URL: https://doi.org/10.34015/2523-4552.2019.3.10 (дата звернення: 22.01.2021).

2. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина : підручник / за заг. ред. І. П. Голосніченка, Я. Ю. Кондратьєва. Київ: Укр. Акад. внутр. Справ, 1995. 177 с.

3. Аверьянов В. Б. Функции и организационная структура органа государственного управления. Київ : Наук думка, 1979. С. 3–8.

4. Адміністративна діяльність. Частина особлива : підручник / за заг. ред. О. М. Бандурки. Харків : Ун-т внутр. справ – «Еспада», 2000. 368 с.

5. Адміністративна діяльність : навчальний посібник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. О. І. Остапенка. Львів : ЛІВС, 2002. 252 с.

6. Административная деятельность органов внутренних дел. Часть Общая : учебник / под ред. А.П. Коренева. 3-е изд. Москва : Моск. акад. МВД России, Изд-во «Щит-М», 2000. 304 с.

7. Корнієнко М. В. Поняття «особливих умов» в діяльності органів внутрішніх справ. *Вісник Університету внутрішніх справ*. 2000. № 10. С. 107–111.

8. Каринский С.С. Юрисдикция. Словарь иностранных слов / под общ. ред. И.В. Лехина, С.М. Локшиной, Ф. Н. Петрова. Москва : Гос. изд-во иностр. и нац. слова-рей, 1954. С. 827.

9. Популярна юридична енциклопедія / кол. авт. : В. К. Гіжевський, В. В. Головченко, В. С. Ковальський (кер.) та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 528 с.

10. Пиголкин А.С. Юрисдикция. Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев ; редкол. : М. М. Богуславский и др. 2-е изд., доп. Москва : Сов. эн-циклоп., 1987. С. 526.

11. Аргунов В.В., Аргунов А.В. О понятии юрисдикции. *Законодательство*. 2008. № 11. С. 56–65.

12. Адміністративно-юрисдикційна діяльність Національної поліції України : навчальний посібник / за заг. ред. заслуженого юриста України В.А. Глуховері. Дніпро : Дніпроп. держ. унт внутр. справ, 2016. 264 с.

13. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII / Верховна Рада України. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19 (дата звернення: 22.01.2021).

14. Горбунова О.Ю. Адміністративно-юрисдикційна діяльність національної поліції України. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки»*. 2017. № 1 (1).

Vladyslav Pinchuk. Concepts, signs and main forms of administrative and jurisdiction activity

The article provides a general theoretical analysis of approaches to understanding the concept, administrative and jurisdictional activities of the National Police of Ukraine, highlights its essence, identifies features of administrative and jurisdictional activities as basic elements that form its essence, outlines the main areas of administrative and jurisdictional activities of the National Police of Ukraine. Special attention is paid to the essence of the administrative activity of the National Police of Ukraine, its structure is inspected and the role and place of direct administrative-jurisdictional activity are revealed. Considering retrospective sources, it is pointed out that the most accurate and significant positions concerning the essence of the activity of the law enforcement body as a state institution should be interpreted for the functioning of the National Police today. The article stipulates that the administrative activity of the National Police of Ukraine is a set of rights, powers and responsibilities of the National Police of Ukraine defined by current legislation to perform its functions and perform the tasks set by the Laws of Ukraine to ensure human and civil rights and freedoms. At the same time, the analysis of definitions that characterize the concept of jurisdiction is partially mutually absorbed, and given the fact that the current legislation does not regulate such a concept, it is necessary to take into account these positions of scholars. The author proves that the administrative and jurisdictional activity of the National Police of Ukraine is a set of rights, powers and responsibilities of police officers regulated by current legislation to consider cases of administrative offenses, issue relevant resolutions and impose sanctions without going to court. Along with this, the article states that the signs of administrative-jurisdictional activity are: standardization (ie clear definition in the current legislation), the presence of legally protected public relations, provided in an administrative manner; binding nature of the result of the administrative case before going to court (by way of issuing a warning, imposing a fine, penalty points); the right to impose administrative penalties at the scene of the offense. At the same time, the author additionally argued the position of domestic scholars on the forms of administrative and jurisdictional activities.

Key words: administrative activity, jurisdiction, administrative-jurisdictional activity, offense, police.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.31

Владислав Сулацький,
ад'юнкт кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ПРЕВЕНТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

У статті здійснено загальнотеоретичний аналіз підходів до розуміння поняття «адміністративно-правовий механізм» та «превентивна діяльність» з подальшим окресленням їх змісту та встановленням взаємозв'язку, з'ясовано сутність адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України, узагальнено запропоновані ученими актуальні проблеми із зазначеної тематики та власні напрацювання, надано відповіді на проблемні питання в межах тематики статті. Актуалізовано, що описове поняття «механізм» у словникових джерелах найбільш точно виражає теоретико-побутову сутність поняття механізму, що може бути корисним під час інтерпретації визначених у словнику ознак на поняття адміністративного права, проте в праві існують власні напрями наукового тлумачення поняття адміністративно-правового механізму. Безпосередньо поняттям механізму у праві охоплюється комплекс взаємоузгоджених методів, способів, засобів, що дають можливість належним чином організувати системне та послідовне функціонування будь-якого інституту права чи його галузі. Водночас автором зроблено висновок про те, що, крім звичного тлумачення поняття механізму, механізм правового регулювання залишає свою регулюючу сутність та загальні способи функціонування, проте набуває окремих, специфічних ознак, таких як унормованість, формальна визначеність, необхідність проходження певної процедури, а також найважливішої, якою є поширення на усі верстви суспільства для обов'язкового виконання. Сформовано позицію про те, що сутність адміністративно-правового регулювання полягає не виключно у встановленні зобов'язань і заборон, оскільки таку позицію, на нашу думку, слід доповнювати також правами, повноваженнями та іншими елементами, що наявні в системі взаємодії з державницьким апаратом. Суб'єктивні юридичні права визначені та закріплені у чинних нормативно-правових актах, а також виступають одним із базових елементів адміністративно-правового регулювання. Доведено, що адміністративно-правовим механізмом є комплекс чинних положень законодавства, що складаються зі взаємоузгоджених методів, способів, засобів, що дають можливість належним чином організувати системне та послідовне функціонування будь-якого інституту права чи його галузі. Водночас поняття превентивної діяльності Національної поліції Україні визначено як будь-які дії добровільного або примусового характеру або комплекс таких дій, передбачених чинним законодавством України, що вчинені уповноваженими особами поліції перед початком вчинення правопорушення та спрямовані на його попередження.

Ключові слова: адміністративно-правовий механізм, механізм у праві, превентивна діяльність, превенція, поліція, запобігання злочинам.

Постановка проблеми. Актуальність зазначеної тематики перш за все обумовлена стрімкими євроінтеграційними намаганнями України, що вибрала своїм шляхом розвиток і утвердження демократичних інституцій, верховенство права над законом, а також інтеграцію до європейського співтовариства.

Однією з найважливіших засад будь-якого демократичного суспільства є надійність функціонування інституту прав і свобод людини й громадянина, а також як рівень дотримання цих прав і свобод всіма громадянами, так і рівень нагляду за їх дотриманням спеціально уповноваженими органами державної влади та подальше притягнення до відповідальності винних у їх порушенні.

Такі вихідні положення, факт про те, що Національна поліція України – це центральний орган виконавчої влади, який служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку [1], а також наше власне переконання в тому, що саме Національна поліція України здійснює основні та найбільш комплексні дії з утвердження інституту прав і свобод людини

© В. Сулацький, 2021

й громадянина в державі обґрунтовують необхідність проведення наукових розвідок у цьому напрямі.

Реагування на вчинені правопорушення – це лише одна з функцій Національної поліції України. Крім неї, не менш важливою, на нашу думку, є превентивна діяльність. Цей напрям дає змогу сформувати базові, засадничі положення у формуванні правосвідомості кожного громадянина зокрема та соціуму загалом з питань дотримання прав і свобод людини й громадянина.

Науковцями неодноразово досліджувались різні елементи адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України, проте комплексного відображення в працях ця тематика не отримала. Саме тому автором пропонується здійснити наукове дослідження саме за визначеною тематикою.

Метою статті є загальна характеристика поняття та структури адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України. Постановка мети дає змогу окреслити перелік завдань, до яких належать загальнотеоретичний аналіз підходів до розуміння поняття «адміністративно-правовий механізм» та «превентивна діяльність» з подальшим окресленням їх змісту та встановлення взаємозв'язку; з'ясування сутності адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України, встановлення її ролі серед інших органів охорони правопорядку; узагальнення запропонованих ученими актуальних проблем із зазначеної тематики та власних напрацювань; надання відповідей на проблемні питання в межах тематики статті.

Виклад основного матеріалу. З окресленої тематики слід перш за все зазначити, що питання превентивної діяльності Національної поліції України та її адміністративно-правовий механізм знаходять відображення у працях учених, роз'ясненнях практиків та інших джерелах.

На нашу думку, слід розпочати з аналізу понятійно-категоріального апарату окресленої теми та визначити, що закладено в сутність понять «адміністративно-правовий механізм» та «превентивна діяльність» з подальшим окресленням їх змісту та встановленням взаємозв'язку.

Так, у Великому тлумачному словнику сучасної української мови поняття механізму тлумачиться як внутрішня побудова, система, сукупність станів і процесів, що формують фізичне, хімічне та інше явище [2]. На нашу думку, таке описове поняття найбільш точно виражає теоретико-побутову сутність поняття механізму, що може бути корисним під час інтерпретації визначених у словнику ознак поняття адміністративного права. Проте в праві існують власні напрями наукового тлумачення поняття адміністративно-правового механізму.

В. Авер'янов та Д. Лафт більш точно формулюють поняття механізму, що в подальшому може бути застосовано в контексті тематики, та визначають його як «певний набір взаємоузгоджених відносин, методів і засобів, які забезпечують належне функціонування системи, або складне системне утворення, що органічно поєднує в собі різні складові елементи» [3].

Отже, на нашу думку, безпосередньо поняттям механізму в праві охоплюється комплекс взаємоузгоджених методів, способів, засобів, що дають можливість належним чином організувати системне та послідовне функціонування будь-якого інституту права чи його галузі.

Водночас Ю. Тодика стверджує, що категорія «механізм» характеризується тим, що «недостатньо мати матеріальні норми, розвинену систему законодавства, необхідні ще чіткі механізми їх впровадження в життя, що повною мірою стосується і адміністративно-правової сфери» [4]. Нами цілком підтримується ця позиція, оскільки дійсність, відображаючи об'єктивні реалії, вказує саме на це. Регулююча сутність будь-якого механізму відображає його місце в системі права та спрямовує вектор подальшого розвитку.

Більш детально поняття правового регулювання дасть змогу виявити сутність саме адміністративно-правового механізму. П. Рабінович правове регулювання розглядає як «здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини задля їх упорядкування, закріплення, охорони й розвитку» [5, с. 44]. Подібної думки дотримується С. Алексєєв, який тлумачить правове регулювання як здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних приписів тощо) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини задля їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних потреб [6, с. 145].

Проаналізовані підходи дають підстави стверджувати, що, крім звичного тлумачення поняття механізму, механізм правового регулювання залишає свою регулюючу сутність та загальні способи функціонування, проте набуває окремих, специфічних ознак, таких як унормованість, формальна визначеність, необхідність проходження певної процедури,

а також найважливішої, якою є поширення на всі верстви суспільства для обов'язкового виконання.

Безпосередньо сутність поняття адміністративно-правового регулювання виступала предметом досліджень багатьох авторитетних учених, завдяки чому ми, узагальнивши їх позиції та інтерпретувавши вже сформоване попередньо бачення, удосконалюємо відповідне поняття та розуміємо його сутність.

Так, В. Разводовський визначає адміністративно-правове регулювання як комбінацію способів правового регулювання, в якій переважають зобов'язання та заборони [7, с. 169]. З цієї позиції випливає, що сутність адміністративно-правового регулювання полягає виключно у встановленні зобов'язань і заборон, проте таку позицію, на нашу думку, слід доповнювати також правами, повноваженнями та іншими елементами, що наявні в системі взаємодії з державницьким апаратом. Суб'єктивні юридичні права, визначені та закріплені у чинних нормативно-правових актах, виступають одним із базових елементів адміністративно-правового регулювання.

А. Матвійчук розуміє адміністративно-правове регулювання як «виконавчо-розпорядчу діяльність державних організацій, наділених державно-владними повноваженнями, спрямовану на стабілізацію суспільних відносин шляхом прийняття нормативно-правових актів та забезпечення їх виконання» [8, с. 122], що повністю висвітлює зазначену нами сутність та відмінність саме адміністративно-правового механізму від механізму загального, а саме його нормативну визначеність, котра регламентована чинним законодавством і без нього (тобто дотримання відповідних юридичних процедур) діяти не буде.

Крім цього, у підручнику «Адміністративне право» за авторством В. Четверікова правове регулювання в адміністративній юридичній галузі визначається як нормотворча і правозастосовча діяльність органів виконавчої влади, державного управління щодо здійснення функцій реєстрації юридичних осіб, здійснення податкової політики, ліцензування, акредитації, контролю, адміністративного нагляду, стандартизації, сертифікації, квотування тощо [9, с. 204]. Такий погляд, на нашу думку, деталізує лише окремі аспекти адміністративно-правового механізму, що виступає основним суспільним регулятором у взаємовідносинах «особа – держава».

Так, узагальнивши наявні позиції, маємо акцентувати увагу на тому, що адміністративно-правовим механізмом є комплекс чинних положень законодавства, що складаються зі взаємоузгоджених методів, способів, засобів, що дають можливість належним чином організувати системне та послідовне функціонування будь-якого інституту права чи його галузі.

Водночас поняття превентивної діяльності Національної поліції України також не тлумачиться одностайно, що викликає певні питання та потребує додаткової наукової уваги, як і проблематика взаємопов'язаності функціонування адміністративно-правового механізму та превентивної діяльності Національної поліції України.

Сьогодні такі довідкові видання, як «Великий тлумачний словник сучасної української мови», «Тлумачний словник української мови» сутність терміна «превенція» розглядають як запобігання злочинам, попередження чогось або запобігання чомусь [2; 11].

Слід зазначити, що наведена у довідкових виданнях ємна сутність поняття превенції в контексті діяльності Національної поліції України, хоч і не визначає всього комплексу заходів, проте дає підстави говорити про характерну ознаку такої діяльності, а саме попередність, тобто це будь-які дії, вчинені уповноваженими особами Національної поліції України, що здійснені перед початком вчинення правопорушення та спрямовані на його попередження.

Подібної думки дотримується український лінгвістичний простір, котрий має аргументи, що синонімами слова «превентивний» є такі: «запобіжний», «профілактичний», «попереджувальний» [12].

Крім цього, слід звернути увагу на наукові тлумачення термінів «превенція» та «превентивна діяльність», а також їх співвідношення, оскільки останні розуміються як базове та похідне, що досить широко застосовується в діяльності адміністративного права, зокрема діяльності Національної поліції України.

Чинне законодавство України регламентує, що поліція, відповідно до покладених на неї завдань, здійснює превентивну та профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненню правопорушень [1]. Крім того, окремі науковці підкреслюють, що термін «превенція» використовується під час визначення поняття поліцейського заходу, котрий визначається як дія або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права й свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень [1; 13].

Таким чином, нами розуміється поняття превентивної діяльності Національної полі-

ції Україні як будь-які дії добровільного або примусового характеру або комплекс таких дій, передбачених чинним законодавством України, вчинені уповноваженими особами поліції перед початком вчинення правопорушення та спрямовані на його попередження.

Більш детально про структуру адміністративно-правового механізму превентивної діяльності можна говорити, конкретизувавши загальні форми цієї превентивної діяльності та її види.

Так, О. Бандурка вважає, що поняття превентивної діяльності найчастіше використовується під час розкриття основних повноважень поліції, одним з яких є здійснення превентивної та профілактичної діяльності, спрямованої на запобігання вчиненню правопорушень (правове виховання; постійне інформування населення про стан правопорядку і боротьби із злочинністю; агітаційно-роз'яснювальна робота серед населення; критика антигромадських проявів; вжиття заходів заохочення; робота з правопорушниками, особами з так званих груп ризику; поширення й популяризація передового досвіду в боротьбі з порушеннями громадського порядку) [14, с. 34]. Слід цілком погодитись із запропонованими формами превентивної діяльності Національної поліції України, оскільки саме в них уточняється та відображається сутність такої діяльності. Належить також підкреслити, що цим частково взаємообумовлюється тісний взаємозв'язок понять адміністративно-правового механізму та превентивної діяльності поліції, що, на нашу думку, в цьому контексті розуміються як ціле та частина.

Висновки

На основі загальнотеоретичного аналізу підходів до розуміння понять «адміністративно-правовий механізм» та «превентивна діяльність» з подальшим окресленням їх змісту та встановленням взаємозв'язку, з'ясування сутності адміністративно-правового механізму превентивної діяльності Національної поліції України, узагальнення запропонованих ученими актуальних проблем із зазначеної тематики та власних напрацювань, надання відповідей на проблемні питання в межах тематики статті автором аргументовано, що адміністративно-правовий механізм превентивної діяльності Національної поліції України – це комплекс положень законодавства, що регламентує діяльність Національної поліції України у векторі забезпечення можливості використання своїх прав, свобод, обов'язків і повноважень задля належної організації системного та послідовного, добровільного або примусового здійснення комплексу дій перед початком вчинення правопорушення, спрямованих на його попередження.

Список використаних джерел:

1. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 року № 580-VIII / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2003. 1440 с.

3. Державне управління в Україні : навчальний посібник / за заг. ред. В. Авер'янова. Київ : СОМІ, 1999. С. 36.

4. Лафта Д. Менеджмент. Москва : ПБОЮЛ Григорян А., 2002. 264 с.

5. Тодыка Ю. Конституция Украины – основной закон государства и общества : учебное пособие. Харьков : Факт, 2001. С. 337.

6. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. 9-ге вид., зі змін. Львів : Край, 2007. 188 с.

7. Алексеев С. Теория права. Москва : БЕК, 1995. 320 с.

8. Разводовський В. Особливості нормативно-правового регулювання державно-управлінських відносин у транспортній сфері. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2003. Вип. 23. С. 167–174.

9. Матвійчук А. Визначення адміністративно-правового регулювання у сфері забезпечення регуляторної політики. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 18. С. 121–124.

10. Четвериков В. Административное право : учебник. Москва : Эксмо, 2010. 608 с.

11. Тлумачний словник сучасної української мови / укладачі Л. Коврига, Т. Ковальова, В. Пономаренко / за ред. В. Калашника. Харків : Белкаркнига, 2005. 800 с.

12. Український лінгвістичний портал. *Словники України on-line* / Український мовно-інформаційний фонд НАН України. 2012. URL: http://www.ulif.org.ua/UMIF.

13. Булатін Д. Адміністративно-правові засади здійснення превентивної діяльності поліцією: порівняння досвіду України та країн ЄС : дис. ... докт. філософ. наук : спец. 12.00.07 «Право». Харків, 2020. 247 с.

14. Безпалова О., Джафарова О., Князєв С. та ін. Адміністративна діяльність поліції у питаннях та відповідях : навчальний посібник / за заг. ред. О. Бандурки. Харків : ХНУВС, 2017. 242 с.

Vladyslav Sulatskyi. The concept and structure of the administrative and legal mechanism of preventive activity of the National Police of Ukraine

The article provides a general theoretical analysis of approaches to understanding the concept of "administrative and legal mechanism" and "preventive activities" with further delineation of their content and establishing the relationship, clarifies the essence of the administrative and legal mechanism of preventive activities of the National Police of Ukraine, on this topic and their own work and provided answers to problematic questions within the subject of the article. It is actualized that the descriptive concept of "mechanism" in dictionary sources most accurately expresses the theoretical and everyday essence of the concept of mechanism, which can be useful in interpreting the features defined in the dictionary on the concept of administrative law, there are their own directions of scientific interpretation of the concept "administrative and legal mechanism". Directly the concept of mechanism in law covers a set of mutually agreed methods, methods, tools that allow to properly organizing the systematic and consistent functioning of any institution of law or its branch. However, the author concluded that in addition to the usual interpretation of the concept of mechanism, the mechanism of legal regulation, retains its regulatory essence and general modes of operation, but still acquires certain, specific features such as standardization, formal certainty, the need for a procedure, and most importantly – the spread to all segments of society for mandatory implementation. The position is formed that the essence of administrative and legal regulation is not exclusively in the establishment of obligations and prohibitions, as such a position, in our opinion, should be supplemented by rights, powers and other elements that exist in the system of interaction with the state apparatus. Subjective legal rights are defined and enshrined in current regulations are one of the basic elements of administrative law. It is proved that the administrative-legal mechanism is a set of current provisions of legislation, consisting of mutually agreed methods, methods, tools that allow to properly organizing the systematic and consistent functioning of any legal institution or its branch. At the same time, the concept of preventive activity of the National Police of Ukraine is defined as any actions of voluntary or coercive nature or a set of such actions provided by current legislation of Ukraine, committed by authorized police officers before the offense and aimed at preventing it.

Key words: administrative-legal mechanism, mechanism in law, preventive activity, prevention, police, crime prevention.

УДК 342.15:35078:341.221.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.32

Ольга Царенко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративної діяльності
Національної академії Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

Роман Стецун,
слухач факультету підготовки керівних кадрів
Національної академії Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

ПУБЛІЧНЕ АДМІНІСТРУВАННЯ МОРСЬКОГО ПРОСТОРУ

У статті розкрито шляхи удосконалення законодавства з питань публічного адміністрування морських просторів. Досліджено прогалини та колізії правових норм морського законодавства у прикордонній сфері. З'ясовано сутність поняття публічного адміністрування морських просторів. Окреслено основні види юрисдикції держави, а саме кримінальну, цивільну, адміністративну та судову юрисдикції. Наголошено на тому, що прибережна держава у прилеглій зоні може здійснювати обмежений контроль для запобігання порушенням чи для покарання за порушення певних правил (митних, фіскальних, імміграційних та санітарних), а також мати права та обов'язки щодо затонулих археологічних та історичних об'єктів. У виключній (морській) економічній зоні України держава має юрисдикцію щодо створення й використання штучних островів, установок і споруд; морських наукових досліджень; захисту і збереження морського середовища. Проведено аналіз норм Закону України «Про державний кордон України» щодо внесення змін до статей 28, 29, 31. Розглянуто адміністративні процедури за участю органів Морської охорони Державної прикордонної служби України. Зазначено підстави зупинки та огляду судна, яке не відповідає на сигнал опиту, перебуває в закритому для плавання районі або здійснює плавання з відключеним (несправним) обладнанням для автоматичної ідентифікації судна, порушує інші правила заходження у води України, плавання й перебування в них, а також займається промисловою та іншою діяльністю на порушення законодавства України та міжнародних договорів України. Виявлено, що у Морській охороні прикордонні наряди не виконують завдань, пов'язаних із супроводженням судна в порт, запропоновано зазначити це у законі про військовослужбовців, які несуть службу у Морській охороні. Звернено увагу на те, що для Державної прикордонної служби України слід законодавчо передбачити право знімати із судна й затримувати осіб, які вчинили дії, що мають ознаки правопорушень, відповідальність за які передбачена законодавством України. Досліджено наслідки затримання іноземних невійськових суден. Викладено пропозиції до закону з визначенням таких етапів адміністративної процедури, як конвоювання судна до порту, передача цього судна уповноваженим законом представникам/суб'єктам, а також буксирування та постановка на причал.

Ключові слова: державний кордон, морський кордон, морська охорона, затримка судна, прибережні води, внутрішні води України, територіальне море України, виключна (морська) економічна зона України, адміністративна юрисдикція, Державна прикордонна служба України.

Постановка проблеми. Адміністративна юрисдикція держави у прибережних водних просторах, здійснювана через систему органів державної влади шляхом виконання ними державно-владних повноважень і вчинення управлінського (адмініструючого) впливу на суспільні відносини, що виникають щодо діяльності у цих просторах, не може не викликати нині пильного дослідницького інтересу. Цілком очевидним і таким, що ґрунтується на нормах національного законодавства, є той факт, що у прибережних водах органи державної влади України здійснюють широке коло повноважень, чинять повсякденний управлінський вплив на суспільні відносини, які виникають стосовно діяльності (правомірної чи неправомірної) у цих просторах.

Дослідження правового регулювання морських просторів проводилось такими науковцями, як Т.В. Аверочкіна, Г.А. Анцелевич, М.А. Баймуратов, А.В. Войцеховський, А.Ф. Висоцький, В.В. Гуцуляк, В.Н. Денисов, І.В. Дмитриченко, В.Г. Досковский, В.М. Корецький, С.С. Кузнєцов, А.М. Шемякин, А.А. Щипцов. У їхніх роботах проведено аналіз правового статусу і режиму морських просторів, їх класифікацію, розкрито зміст

© О. Царенко, Р. Стецун, 2021

юрисдикції прибережних держав, а також особливості правового регулювання міждержавних відносин щодо морських просторів. Водночас питання публічного адміністрування морських просторів органами Морської охорони Державної прикордонної служби України залишилось осторонь наукової уваги.

Метою статті є дослідження актуальних проблем публічного адміністрування морських просторів Державною прикордонною службою України, наголошення на необхідності внесення змін у чинне законодавство України щодо приведення до єдиного розуміння окремих понять.

Виклад основного матеріалу. Публічне адміністрування морськими просторами здійснюється на підставі міжнародного та національного законодавства прибережною державою. Поняття «публічне адміністрування» щодо морських просторів було вжито Т.В. Аверочкіною. На її думку, публічне (державне) адміністрування у прибережних водах – це значний складник управлінської (адмініструючої) діяльності будь-якої держави, береги якої обмивають моря, океани, ріки, що сполучають континенти і країни [1, с. 127–130]. Ю.І. Цвіркун зазначає, що категорія «публічне адміністрування» має два розуміння: функціональне – врегульована нормами адміністративного права діяльність уповноважених суб'єктів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших недержавних суб'єктів, яким делеговано владні повноваження), спрямована на забезпечення прав та інтересів приватних осіб у публічній сфері; організаційне (публічна адміністрація) – сукупність уповноважених суб'єктів, пріоритетом діяльності яких є забезпечення, реалізація та захист прав фізичних і юридичних осіб у публічній сфері [2, с. 31]. Як «діяльність та взаємодію визначених державою суб'єктів (суб'єктів публічного адміністрування)» розуміє публічну адміністрацію К.В. Бондаренко [3, с. 36]. Загалом розділяючи вищезазначені думки, ми вважаємо доречним зазначити, що публічне адміністрування морських просторів також полягає у діяльності уповноважених суб'єктів, серед яких центральне місце посідають органи охорони державного кордону та Морської охорони Державної прикордонної служби України. Ці суб'єкти делеговані державою для реалізації її юрисдикції у морських просторах. Т.В. Аверочкіна виокремлює такі основні види юрисдикції держави, як кримінальна, цивільна, адміністративна та судова [4].

Слід враховувати, що морські простори класифікуються на види залежно від їхнього правового режиму. Юрисдикція прибережної держави поширюється на внутрішні води та територіальне море, що становлять державну територію.

Окремими правовими режимами володіють прилегла зона та виключна морська (економічна) зона. Як зазначено у Пояснювальній записці до проєкту Закону України «Про прилеглу зону України», ця зона є тією ділянкою морського простору, де прибережна держава може здійснювати обмежений контроль для запобігання порушенням чи для покарання за порушення певних правил (митних, фіскальних, імміграційних та санітарних), а також мати права та обов'язки щодо затонулих археологічних та історичних об'єктів [5]. У виключній економічній зоні (далі – ВЕЗ) наявні суверенні права задля розвідування, розроблення, збереження природних ресурсів та управління ними, а також щодо інших видів діяльності у сфері економічної розвідки та розроблення зазначеної зони (виробництво енергії шляхом використання води, течій і вітру); юрисдикція щодо створення й використання штучних островів, установок і споруд; морських наукових досліджень; захисту і збереження морського середовища тощо (ст. 56 UNCLOS'82) [6, с. 44].

Державна прикордонна служба України наділена повноваженнями від імені держави вживати заходів державного примусу в межах територій юрисдикції. Однак процес визначення цих повноважень до логічного завершення законодавцем ще не здійснений. Закон України «Про державний кордон України» [7] був прийнятий ще на початку становлення державності та незалежності України у 1991 році та був ствердженням територіальної цілісності нашої держави та верховенства державної влади в межах державного кордону. Проте слід зазначити, що цей законодавчий акт подекуди характеризується невідповідністю іншим Кодексам та Законам, фундаментальним змінам у законодавстві та структурі державних органів, що свідчить про наявність колізій та прогалин у законодавстві, що регулює прикордонну сферу.

Пунктами 1, 2 абзацу 1 статті 28 Закону України «Про державний кордон України», яка має назву «Права органів Державної прикордонної служби України щодо іноземних і українських невійськових суден», на органи Державної прикордонної служби України покладено права запропонувати судну показати національний прапор, якщо його не піднято; запропонувати судну змінити курс, якщо він веде в закритий для плавання район [7].

На нашу думку, словосполучення «запропонувати» в контексті виконання функцій правоохоронного органу вжито некоректно. В системі забезпечення національної безпеки на морі доцільно використовувати термін «вимагати від судна». Так буде чітко сформульовано державний примус до особливих суб'єктів права, а саме іноземних та українських невійськових суден.

Таким чином, невиконання законних вимог Морської охорони (а не «пропозицій» від слова «запропонувати») матиме правові наслідки, зокрема буде суттєвою підставою для зупинки й огляду (затримання) судна; притягнення капітана до адміністративної відповідальності за статтею 185-10 Кодексу України про адміністративні правопорушення [8]; стягнення у судовому порядку завданих збитків.

У пункті 3 абзацу 1 статті 28 Закону України «Про державний кордон України» передбачено для органів Державної прикордонної служби України під час виконання покладених на них завдань щодо іноземних та українських невійськових суден право зупинити судно й провести його огляд в разі невиконання судном певних визначених статтею вимог [7].

Закон визначає, що такі вимоги до судна можуть виражатися у такому: не відповідає на сигнал опиту; перебуває в закритому для плавання районі; порушує інші правила заходження у води України, плавання й перебування в них; займається промисловою та іншою діяльністю на порушення законодавства України, міжнародних договорів України.

Варто підкреслити необхідність уніфікувати підстави огляду, розмежувати дії щодо зупинки та огляду (на практиці огляд здійснюється без зупинки суден, які стоять на якорі) та наблизити норму пункту 3 абзацу 1 статті 28 Закону України «Про державний кордон України» до вимог сьогодення. Доцільно було б доповнити текст статті такими словами: «зупинити судно та/або провести огляд судна задля виявлення, припинення або попередження фактів порушень законодавства, у тому числі якщо воно не відповідає на сигнал опиту, перебуває в закритому для плавання районі або здійснює плавання з відключеним (несправним) обладнанням для автоматичної ідентифікації судна, порушує інші правила заходження у води України, плавання й перебування в них, а також займається промисловою та іншою діяльністю на порушення законодавства України та міжнародних договорів України. Огляд судна включає перевірку суднових приміщень, суднових та навігаційних документів, документів членів екіпажу і пасажирів, зняття копій цих документів, може включати перевірку документів на вантажі».

В пункті 4 абзацу 1 статті 28 Закону України «Про державний кордон України» визначено можливість поміщення на судно в необхідних випадках прикордонного наряду для супроводження судна в порт або з порту до державного кордону України. Проте слід зазначити, що у Морській охороні прикордонні наряди службу не несуть (не виконують завдання щодо супроводження суден, покладені на Морську охорону). Крім того, залучення до несення служби на кораблях та катерах Морської охорони прикордонних нарядів від органів охорони державного кордону тільки для супроводження суден є недоцільним, тому варто замінити у статті термін «прикордонний наряд» на словосполучення «військовослужбовці Державної прикордонної служби України».

Доречним буде звернути увагу на пункт 5 абзацу 1 статті 28 Закону України «Про державний кордон України», у якому передбачено право «знімати із судна і затримувати осіб, які вчинили злочин і підлягають кримінальній відповідальності за законодавством України» [7]. За вчинення адміністративних правопорушень Державна прикордонна служба України має право затримувати осіб на підставі статей 262, 263 Кодексу України про адміністративні правопорушення [8], проте пункт 5 абзацу 1 статті 28 цього Закону такого права не передбачає.

Подібна прогалина у праві може призвести до оскарження дій представників Морської охорони, що здійснюють адміністративно-юрисдикційні процедури. Важливо зазначити, що в оперативно-службовій діяльності Державної прикордонної служби України трапляються випадки отримання доручень про затримання суден від органів прокуратури та інших органів, які, відповідно до Кримінального процесуального кодексу України [9], не є органами досудового розслідування, тому пропонуємо замінити термін «підлягають кримінальній відповідальності» на словосполучення «дії, що мають ознаки правопорушень, відповідальність за які передбачена законодавством України».

Назва статті 29 цього Закону «Підстави затримання органами Державної прикордонної служби України іноземних та українських невійськових суден» [7], на жаль, не відповідає змісту самої статті. Норма про те, що іноземне невійськове судно, яке перебуває в територіальному морі та внутрішніх водах України, затримується органами

Державної прикордонної служби України та конвоюється в найближчий порт або інший відповідний пункт, не передбачає можливості затримання українських суден, тому абзац 1 частини 1 статті 29 Закону України «Про державний кордон України» доцільно викласти в такій редакції: «Українські та іноземні невійськові судна, які перебувають у внутрішніх водах і територіальному морі України, можуть бути затримані за рішенням уповноваженого органу України та доставлені (супроводжені) до найближчого відкритого порту України або інший визначений пункт». Така редакція передбачатиме надання Морській охороні диспозитивних повноважень.

Важливо підкреслити, що у пункті 1 абзацу 1 частини 1 статті 29 Закону України «Про державний кордон України» доцільно з урахуванням норм Закону України «Про національну безпеку України» [10] замість словосполучення «на шкоду безпеці України» вжити фразу «національним інтересам».

Серед підстав затримання суден у пункті 4 абзацу 1 частини 1 статті 29 Закону України «Про державний кордон України» є «висадка чи посадка людей, вивантаження чи навантаження вантажів у не встановлених для цього місцях або у встановлених місцях, але без дозволу компетентних органів України» [7]. Слід сказати про нечітку та неоднозначну правову кваліфікацію цих протиправних дій. Оскільки термінів «бункерування, скидання у воду тварин, товарів, іншого майна» у Законі не зазначено, тому, ймовірно, під час судових розглядів відсутність таких норм може призвести до уникнення від відповідальності правопорушників або оскарження дій представників Морської охорони, які здійснюють процесуальні дії. У зв'язку з цим пункт 4 абзацу 1 частини 1 статті 29 Закону України «Про державний кордон України» необхідно доповнити термінами «вивантаження, навантаження, бункерування, скидання у воду вантажів, товарів та іншого майна».

У статті 31 Закону визначено, що затримані іноземні невійськові судна передаються у встановленому порядку уповноваженим представникам відповідних іноземних держав або видворяються за межі територіального моря та внутрішніх вод України, або у випадках, передбачених законодавством України, конфіскуються за рішенням суду [7]. Однак те, яким чином здійснювати передачу суден, як їх конвоювати, на яких підставах і кому саме здійснювати оплату портових служб та підтримання життєдіяльності суден, не визначено. Це є свідченням відсутності адміністративної процедури за участю органів Державної прикордонної служби України щодо наслідків затримання іноземних невійськових суден. Етапи такої адміністративної процедури мають передбачати конвоювання суден до порту, передачу цього судна уповноваженим законом представникам/суб'єктам, а також у законодавчому порядку має врегульовуватися питання буксирування та постановки на причал суден.

У зв'язку з цим пропонується суттєво змінити й доповнити норми статті 31 Закону та викласти її в такій редакції.

«Затримані невійськові судна конвоюються (супроводжуються) до найближчого відкритого порту та передаються представникам порту, іншого уповноваженого органу (за рішенням якого затримано судно) або органу досудового розслідування. За заявкою Державної прикордонної служби України або іншого уповноваженого органу адміністрацією порту на безоплатній основі виділяється причал для постановки затриманого судна.

У разі відмови капітана слідувати до порту або технічної несправності затриманого невійськового судна за заявкою Державної прикордонної служби України адміністрація порту на безоплатній основі забезпечує буксирування та постановку такого судна на причал.

Затримані іноземні невійськові судна можуть видворятись уповноваженим органом за межі внутрішніх вод та територіального моря України, передаватись уповноваженим представникам відповідних іноземних держав або за рішенням суду конфіскуватися».

Варто навести приклад, що тільки нещодавно в Україні вперше було за рішенням суду конфісковано судно. Судовий розгляд тривав майже три місяці: опитування свідків, покази правопорушника, вивчення доказів, але зрештою, Кілійським районним судом винесено постанову, якою громадянина України визнано винним у вчиненні правопорушення за статтею 204-1 КУпАП. На нього накладено штраф у розмірі 5 100 грн., а швидкісний катер конфісковано [11]. Очевидно, що за часів незалежності України подібна завершеність судових процесів не була проведена з причин відсутності у законодавстві адміністративних процедур та правил поводження персоналу Державної прикордонної служби України з порушниками морського законодавства про державний кордон.

Вищевикладена редакція статті дасть змогу нівелювати виникаючі питання щодо оплати роботи портових служб під час постановки суден до причалів портів, що визна-

чено у статті 29 Закону України «Про державний кордон України», а також питання щодо забезпечення життєдіяльності затриманих суден під час стоянки на рейдах портів та біля причалів. Запропонована редакція статті 31 нарешті врегулює проблемні питання щодо подальшої передачі та постановки затриманих суден, оскільки сьогодні ці питання законодавством не врегульовано. Крім того, пропонована редакція охопить усі основні правові аспекти наслідків затримання судна.

Висновки

Задля посилення результативності заходів з протидії правопорушенням та правового захисту персоналу Морської охорони під час виконання завдань з огляду на зміну меж компетенції та структури Морської охорони, актуальність забезпечення національної та прикордонної безпеки на морі, низку правових прогалин, які виявлені під час оперативно-службової діяльності Державної прикордонної служби України, наявну судову практику та проблематику, яка може виникнути у подальшому, існує необхідність внесення змін до Закону України «Про державний кордон України».

Список використаних джерел:

1. Аверочкіна Т.В. Публічне адміністрування у прибережних морських водах: міжнародно-правовий базис. *Правове життя сучасної України* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 15 травня 2020 року) : у 3 т. / відп. ред. М.Р. Аракелян. Одеса : Гельветика, 2020. Т. 2. С. 127–130. URL: http://surl.li/mstp.

2. Цвіркун Ю.І. Розгляд та вирішення в адміністративному судочинстві справ щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації : дис. ... докт. юрид. наук. Запоріжжя, 2020. С. 71–72. URL: http://phd.znu.edu.ua/page/dis/07_2020/Tsvirkun.pdf.

3. Бондаренко К.В. Правові основи публічного адміністрування національно-безпековою сферою в Україні : дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2020. 512 с. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/disertaciya_bondarenko.pdf.

4. Аверочкіна Т.В. Деякі аспекти здійснення адміністративної юрисдикції в морських просторах. URL: https://blog.interlegal.com.ua/deyaki-aspekti-zdijsnennya-administrativno-yurisdikci-ukra-ni-v-morskix-prostorax.

5. Проєкт Закону про прилеглу зону України від 16 травня 2018 року № 8361. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64003.

6. Аверочкіна Т.В. Адміністративний примус у прибережних водах України. *LEX PORTUS*. 2018. № 1 (9). С. 44–61. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/156902886.pdf.

7. Про державний кордон України : Закон України від 4 листопада 1991 року № 1777-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1777-12#Text.

8. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text.

9. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI.

10. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 року № 2469-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text.

11. Вперше в історії незалежної України суд постановив конфіскувати плавзасіб, на якому було порушено державний кордон. URL: http://surl.li/mstu.

Olha Tsarenko, Roman Stetsun. Public administration of maritime space

This article reveals ways to improve legislation on public administration of maritime spaces. The article is devoted to the study of gaps and conflicts of legal norms of maritime legislation in the sphere of border guarding. The essence concept of public administration of maritime spaces is clarified. The main types of state jurisdiction are outlined: criminal, civil, administrative and judicial jurisdiction. It is emphasized that a coastal state in the adjacent area may exercise limited control to prevent violations or to punish violations of certain rules (customs, fiscal, immigration and sanitary), as well as have rights and responsibilities for sunken archaeological and historical sites. And in the exclusive (marine) economic zone of Ukraine, the state has jurisdiction over: the creation and use of artificial islands, installations and structures; marine research; protection and preservation of the marine environment. The analysis of norms of the Law of Ukraine "On the State Border of Ukraine" concerning modification of articles 28, 29, 31 is carried out. Administrative procedures with the participation of the Maritime Guard of the State Border Guard Service of Ukraine are considered. The grounds for stopping and inspecting a vessel are outlined that does not respond to the request signal, is in a closed area or sails with disconnected (faulty) equipment for automatic identification of the vessel, violates other rules of entry into the waters of Ukraine, swimming and staying in them, and also engages in industrial and other activities in violation of the legislation of Ukraine and international treaties of Ukraine. It was found that border guards of the Maritime Guard do not perform tasks related to escorting vessels to the port; it is proposed to specify in the law about the servicemen carrying out duties in the Maritime Guard. Attention is drawn to the fact that the State Border Guard Service of Ukraine should be legally provided with the right to remove from the vessel and detain persons who have committed acts that have signs of offenses, the responsibility for which is provided by

the legislation of Ukraine. The consequences of detaining foreign non-military vessels were studied. Proposals to the law are set out with the definition of such stages of the administrative procedure as escorting the vessel to the port, transfer of this vessel to the authorized representatives/entities, as well as towing and berthing.

Key words: state border, sea border, maritime protection, ship delay, coastal waters, internal waters of Ukraine, territorial sea of Ukraine, exclusive (marine) economic zone of Ukraine, administrative jurisdiction, State Border Guard Service of Ukraine.

УДК 342.25
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.33

Карім Ємельяненко,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
Національного університету біоресурсів і природокористування України

УТВОРЕННЯ СТАРОСТИНСЬКИХ ОКРУГІВ В ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАДАХ

В умовах подальшої розбудови України на демократичних, правових засадах, здійснення адміністративно-територіальних змін одним із головних завдань для держави є всебічне забезпечення прав і свобод людини і громадянина, рівної зручності користування державними сервісами в нових умовах сталого сучасного розвитку. Тому дослідження проблематики функціонування органів місцевого самоврядування в сучасних умовах та нових українських реаліях сьогодні є особливо затребуваними та актуальними. Разом з останніми виборчими процесами місцевого рівня змінився адміністративно-територіальний устрій України, утворились нові місцеві ради – об'єднані територіальні громади міст, сіл та селищ, отримавши разом із тим нові повноваження та можливості. Слід зауважити, що зазначені адміністративні зміни – утворення нових громад – відбувалися саме через приєднання малих населених пунктів до більших, об'єднання цілого ланцюга населених пунктів до районного центру, невеликого міста, селища чи містечка. І функціонування новоутворених громад у новому форматі системи місцевого самоврядування має перші як успішні результати, так і незручності для їх мешканців, спричинені результатами реалізації реформи у новостворених територіальних громадах та змін щодо повноважень посадових осіб старостинських округів громад. Тому в статті розглянуто поняття і сутність старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах в аспекті правової науки і законодавчого забезпечення; зроблено висновок щодо ефективності здійснення управлінських функцій об'єднаними територіальними громадами на приєднаних територіях через утворення старостинських округів. Запропоновано визначення та зауваження щодо необхідності встановлення критеріїв в нових законотворчих ініціативах, зокрема в питаннях утворення та формування старостинських округів в новостворених об'єднаних територіальних громадах.

Ключові слова: старостинський округ, об'єднана територіальна громада, законотворчі ініціативи, критерії, органи місцевого самоврядування.

Постановка проблеми. Впровадження нових підходів та стандартів в адміністративно-територіальному устрої сформувало після останніх чергових місцевих виборів нову адміністративну карту України. Разом із набуттям нових повноважень об'єднаними територіальними громадами досить гостро викристалізувались проблемні питання щодо адміністративного устрою вже всередині громад, зокрема питання формування старостинських округів, куди рада громади має призначити своїм рішенням посадову особу – старосту. І тими проблемними питаннями, якими нещодавно опікувалась сільська чи селищна рада, тепер опікуватиметься староста, який не має належних повноважень та суттєвих важелів впливу для розв'язання питань округу в раді громади. Звичайно, парламентарі, намагаючись швидко реагувати на неочікувані виклики адміністративної реформи, через законодавчі ініціативи намагаються внести швидкі коригування, які, на наш погляд, лише дезорганізують доступ місцевого жителя (зокрема, сільської місцевості) до отримання адміністративної послуги чи можливості особистого звернення до посадової особи органу місцевого самоврядування. Разом із підготовкою відповідних законотворчих ініціатив проблематика сучасного місцевого самоврядування щодо переходу на новий рівень ефективності перебуває у центрі уваги як правників-адміністративістів та конституціоналістів, так і фахівців публічного адміністрування та управління.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблематикою функціонування та діяльності органів місцевого самоврядування займалися сучасні вітчизняні вчені і визнані фахівці, зокрема: В.Б. Авер'янов, П.М. Рабінович, В.С. Куйбіда, В.І. Борденюк, В.В. Толкованов, Ю.В. Ковбасюк, К.О. Ващенко, М.В. Пітцик, М.О. Пухтинський, С.М. Серьогін, В.В. Ладиченко, О.В. Батанов та інші, а також міжнародні дослідні інституції та їх представництва в Україні. Водночас слід відзначити, що дослідженнями впровадження законотвор-

© К. Ємельяненко, 2021

чих ініціатив щодо утворення старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах у наукових розробках було приділено недостатньо уваги.

Формулювання цілей статті. Метою статті є дослідження певних критеріїв і підходів щодо утворення старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах і, зокрема, законотворчих ініціатив щодо змін у повноваженнях старости як посадової особи місцевого самоврядування.

Виклад основного матеріалу. Формування старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах та повноваження старост регламентуються Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» (далі – Закон) [1]. Так, у ст. 1 Закону старостинський округ визначено як частину території об'єднаної територіальної громади, утвореної відповідно до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» [2], на якій розташовані один або декілька населених пунктів (сіл, селищ), крім адміністративного центру об'єднаної територіальної громади, визначену сільською, селищною, міською радою з метою забезпечення представництва інтересів жителів такого населеного пункту (населених пунктів) старостою. А п. 1 ч. 3 ст. 26 Закону [1] визначено, що утворення старостинських округів відбувається виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради об'єднаної територіальної громади, утвореної відповідно до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» та п. 2 ч. 3 тієї ж статті – затверджено Положення про старосту. Щодо останнього, то Положення про старосту села (селища), сільської (селищної, міської) об'єднаної територіальної громади має бути розроблено та прийнято радою об'єднаної громади відповідно до законів України «Про місцеве самоврядування в Україні» [1], «Про добровільне об'єднання територіальних громад» [2] та статуту сільської (селищної, міської) об'єднаної територіальної громади; має визначати права і обов'язки старости, а також порядок його обрання та припинення повноважень, порядок звітування, відповідальність та інші питання, пов'язані з діяльністю старости.

Таким чином, з метою забезпечення ефективного представництва на території сільської, селищної чи міської об'єднаної громади рада такої об'єднаної громади своїм рішенням визначає певну кількість старостинських округів з наступним призначенням туди старости. Тобто рада громади визначає один або декілька населених пунктів або частину території територіальної громади, в яких представництво інтересів жителів цих територій (населених пунктів) буде здійснюватися старостою. Тому можна стверджувати, що рада об'єднаної громади, приймаючи рішення про старостинські округи на території громади, може самостійно, відповідно до чинного законодавства, однак без дотримання певних вимог чи критеріїв утворювати такі «адміністративні одиниці» на своїй території, куди призначає відповідним рішенням і свого представника – старосту. Слід підкреслити, що для формування радою громади старостинських округів чинним законодавством не передбачено вимог, нормативів чи будь-яких визначників, а отже, раді громади не заборонено у разі формування старостинського округу також вносити зміни в адміністративні межі функціонуючого старостинського округу: переносити населені пункти (або їх частини) з одного старостинського округу в інший без збільшення чи зменшення кількості таких округів; зменшувати кількість одиниць округів шляхом об'єднання деяких старостинських округів у території громади. На практиці причинами ініціювання подібних проектів рішень радою громади є критерій забезпечення рівномірного розподілу кількості жителів громади за певними старостинськими округами (або певна місцева особливість, наприклад місцевість чи розташування певних суспільно значимих об'єктів). На наше переконання, дані особливості щодо утворення старостинських округів було б доцільно закріпити у підзаконному акті центрального органу виконавчої влади у вигляді критеріїв чи альтернативних вимог, обовязкових до виконання об'єднаними територіальними громадами, ліквідуючи тим самим експлуатацію такої ситуації місцевими елітами в практичному аспекті.

Щодо старости як посадової особи місцевого самоврядування, що покликана здійснювати функцію повноважного представника громади в межах старостинського округу, зазначимо таке. Відповідно до п. 1 статті 5 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» [1], староста, як посадова особа, входить до системи місцевого самоврядування та відповідно до п. 4 статті 54-1 здійснює ряд повноважень. Стосовно старости, на наш погляд, доречно зауважити, що до набрання чинності Виборчим кодексом [3] та до чергових місцевих виборів у 2020 році, частиною 2 статті 14^1 Закону [4] було закріплено, що староста обирається жителями села, селища (сіл, селищ), розташованого на території відповідного старостинського округу, на основі загального, рівного, пря-

мого виборчого права шляхом таємного голосування в порядку, визначеному законом, і здійснює свої повноваження на постійній основі. Однак норми Закону щодо виборності старост втратили чинність [4], а відповідно, повноваження та механізм призначення на посаду старост стали регламентуватися новими нормами ст. 54-1 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» [1]. Дана законодавча новела разом з утворенням старостинських округів та призначенням старост, на наш погляд, дещо знівелювала представницьку функцію старости як посадової особи, тим самим поширюючи «політичне забарвлення» на певну частину об'єднаної територіальної громади. Адже законодавцем не деталізовано процедурні питання затвердження старости на посаді, визначено лише, що пропозиції щодо кандидатури старости має вносити відповідний сільський, селищний, міський голова. Так, пп. 1 та 2 ст. 54-1 Закону визначено, що кандидатура на посаду старости затверджується сільською, селищною, міською радою на строк її повноважень за пропозицією відповідного сільського, селищного, міського голови, за старостою закріплюється статус члена виконавчого комітету сільської, селищної, міської ради за посадою, і він працює в ньому на постійній основі. Також слід звернути увагу, що ч. 5 ст. 47 Закону передбачено, що постійні комісії ради попередньо розглядають кандидатури осіб, які пропонуються для обрання, затвердження, призначення або погодження відповідною радою, готують висновки з цих питань. Щодо порядку організації роботи старости зазначено, що він регламентується не лише законодавством про місцеве самоврядування, але й Положенням про старосту, яке кожна об'єднана територіальна громада має затвердити.

Таким чином, після результатів чергових місцевих виборів 2020 року за новим виборчим законодавством та на новій адміністративно-територіальній основі парламентські законотворчі зусилля було знову спрямовано на врегулювання та унормування організації місцевого самоврядування з метою обмеження політичного впливу старост на підвідомчих їм старостинських округах.

Одною з таких резонансних законодавчих ініціатив став проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо розвитку інституту старост» [5]. Даним законопроектом законодавець, намагаючись удосконалити нову систему координат у місцевому самоврядуванні, що сформувалась після останніх місцевих виборів за новим виборчим законодавством [3], на наше переконання, навпаки, дезорганізує функціонування місцевого самоврядування, обмежуючи, з одного боку, доступ мешканця до адміністративних послуг та сервісів, з іншого боку, віддаляє доступ до реалізації та вирішення місцевих питань мешканцями громади. У законопроекті пропонується удосконалити механізм та порядок набуття та дострокового припинення повноважень старостами як посадовими особами місцевого самоврядування, а також виключити деякі відсильні норми до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», що породжують певний правовий нігілізм у застосуванні правових норм у даній сфері.

І, таким чином, одна з новел згаданої законодавчої ініціативи стосується старости, який за чинним виборчим законодавством не обирається на посаду безпосередньо жителями громади, інтереси якої він має представляти у раді об'єднаної громади. Нагадаємо, що на відміну від сільських, селищних, міських голів, які обираються безпосередньо жителями адміністративно-територіальної одиниці, старост мають затверджувати на посаду сільські, селищні, міські ради за поданням відповідного сільського, селищного, міського голови [1]. Однак при цьому проектом закону [5] передбачена умова, а саме внесення кандидатури старости лише за результатами громадського обговорення (громадських слухань, зборів громадян, інших форм консультацій з громадськістю), проведеного у межах відповідного старостинського округу. Перераховані форми громадського обговорення, на наш погляд, не можуть бути альтернативою загальному, рівному, прямому виборчому праву, здійснюваному громадянами шляхом таємного голосування, і є перешкодою на шляху ефективності реалізації виборчого права та реального волевиявлення загалом. Застосування одночасно декількох видів безпосередньої демократії (громадських слухань, зборів громадян, інших форм консультацій з громадськістю), які не є тотожними, а відповідно, і різними за своєю правовою природою, завданнями та юридичними наслідками, мають на меті лише застосування фактору волевиявлення. Аналогічні зауваження стосуються й п. 6 ст. 54-1 доповнень законопроекту [1] щодо повноважень старости, який не рідше одного разу на рік звітує про свою роботу перед радою, жителями старостинського округу у порядку, визначеному Положенням про старосту.

Також проект закону [5] пропонує доповнення новим п. 4 ст. 54-1 із зазначенням, що старостинський округ утворюється, як правило, у складі населеного пункту (населе-

них пунктів), на території яких проживає не менше, ніж півтори тисячі жителів, що, на наш погляд, є адміністративно не виправданим критерієм. Адже такий критерій може слугувати як об'єднуючим, так і роз'єднуючим чинником у прийнятті рішень радою громади, зокрема, може лише прискорити процес поглинання великими новоствореними громадами численних старостинських округів через їх розширення чи об'єднання і призначення однієї посадової особи на посаду старости на більшу територію, який час від часу втрачає свої повноваження з черговими і подібними законодавчими змінами. Неможливо, на наш погляд, обійти увагою суттєві новели щодо повноважень головної посадової особи старостинського округу об'єднаної територіальної громади – старости. Виключення п. 2 ст. 54-1 Закону [1], яким вказується, що староста є членом виконавчого комітету сільської, селищної, міської ради за посадою і працює в ньому на постійній основі, на наше переконання, нівелює опосередкований вплив представництва старостинського округу в раді громади через його виконавчий орган. Слід також констатувати, що староста за чинним Законом [1] наділений досить обмеженим колом повноважень, однак якщо законодавець заміняє слова «село» або «селище» словом «старостинський округ», то це, відповідно, розширює повноваження старости як посадової особи на декілька «адміністративних поселень». Новим п. 2 ст. 54-1 законопроекту староста лише формально «виростає» як посадова особа місцевого самоврядування, зокрема, староста працює у відповідній раді на постійній основі і не може суміщати свою службову діяльність з іншою роботою, у тому числі на громадських засадах (за винятком викладацької, наукової та творчої у позаробочий час), займатися підприємницькою діяльністю, одержувати від такої діяльності прибуток, якщо інше не передбачено законом, однак жодним чином така посадова особа не наділена повноваженнями видавати власні нормативно-правові акти [1].

Висновки

Отже, підсумовуючи викладений матеріал дослідження щодо питання утворення старостинських округів в об'єднаних територіальних громадах, пропонуємо унормувати та узагальнити особливості щодо утворення старостинських округів, зокрема закріпити у підзаконному акті центрального органу виконавчої влади у вигляді критеріїв чи альтернативних вимог для об'єднаних територіальних громад, ліквідуючи тим самим викривлення в практичному застосуванні законодавства на місцевому рівні. А також, коментуючи нові законодавчі пропозиції щодо удосконалення інституту старост в об'єднаних територіальних громадах, варто відзначити, що ч. 1 ст. 140 Розділ XI Конституції України передбачено право добровільного об'єднання в одну громаду лише жителів кількох сіл. Однак такі поняття, як «старостинський округ» або «староста», Конституція України не регламентує. Тому законодавцю, на наш погляд, варто починати «дореформування» органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з Основного Закону, хоча певна частина експертного середовища [6] даної сфери має відмінну від нашої позицію.

Список використаних джерел:

1. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 року № 280-97. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D 1%80#Text (дата звернення: 12.02.2021).

2. Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 05.02.2015 року № 157-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19#Text (дата звернення: 12.02.2021).

3. Виборчий кодекс : Закон України від 19.12.2019 року № 396-IX. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20#Text (дата звернення: 12.02.2021).

4. Про внесення змін до деяких законів України щодо визначення територій та адміністративних центрів територіальних громад : Закон України від 16.04.2020 р. № 562-IX. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws /show/562-20#Text (дата звернення: 12.02.2021).

5. Про внесення змін до деяких Законів України щодо розвитку інституту старост : проєкт закону України від 22.12.2020 року № 4535–IX. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70734 (дата звернення: 12.02.2021).

6. Про законопроект № 4535 або що не вийшло сказати під час круглого столу. URL : https://decentralization.gov.ua /news/13265 (дата звернення: 12.02.2021).

Karim Yemelianenko. The formation of starosta's districts within amalgamated territorial communities

The article examines the concept and essence of local districts in united territorial communities in the context of legal science and legislative support. The definition and list of criteria for new legislative initiatives in the formation of local districts in the newly formed united territorial communities are proposed. Today the article is relevant and in demand because it examines the problems of the functioning of local

self-government bodies in modern conditions and new Ukrainian realities. Along with the latest regular electoral processes in Ukraine, the administrative-territorial structure has changed significantly, new local councils have been established – united territorial communities of cities, villages and towns, thereby receiving new powers and opportunities from the state. In the article, the author pays special attention to the fact that the designated administrative changes that established new communities were carried out precisely by joining small settlements to large ones, joining a whole chain of settlements to the regional center, small town, village, town. In the article, the author attempts to show that the functioning of the established communities in the new format of the local self-government system has both the first successful results and inconveniences for the residents of the communities, which they received as a result of the implementation of the reform in their new territorial communities and changes in the officials executive powers of starosta's districts. That is why the author of the article considered the concept and essence of starosta's districts in united territorial communities in the context of legal science and legislative support; the author draws a conclusion regarding the effectiveness of the implementation of administrative functions by the united territorial communities within the starosta's districts. The author of the article proposes a definition and comments on the need to establish conditions in new legislative initiatives, specifically, in the matter of establishment and formation of Starostin districts in the united territorial communities.

Key words: local district, united territorial community, legislative initiatives, markers, local government bodies.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.34

Павло Пилипишин,
канд. юрид. наук,
докторант кафедри теорії та історії держави і права
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова

ІНДИВІДУАЛІСТИЧНА КОНЦЕПЦІЯ У ФІЛОСОФІЇ ПРАВА ФРЕНСІСА БЕКОНА

У статті робиться спроба розкриття індивідуалізму через аналіз філософсько-правової спадщини Ф. Бекона, котрий одним із перших мислителів Нового часу спрямував свій індивідуалістичний ідеал в майбутнє. Його філософські погляди сформувалися на основі досягнень гуманізму і натурфілософії Відродження, а тому він вважав, що вищим завданням науки є панування людини над природою і покращення людського життя.

Виявлено, що Ф. Бекон висунув проблему свободи людини в її ставленні до природи з матеріалістичних позицій, оскільки вважав, що свобода полягає в позбавленні людини від залежності від стихійних сил природи і у встановленні її панування над силами природи. Тому свобода людини розуміється як активне використання нею законів природи для своїх цілей. Для підкорення сил природи людина повинна за допомогою науки постійно вдосконалювати свій інтелект.

Визначено, що Ф. Бекон виділяє два основних критерії, які стають основою індивідуалістичної концепції. Йдеться про розум та любов. Як вважає мислитель, насамперед індивід повинен любити себе, а любов до ближнього є лише похідною від себелюбства. Індивідуалізм Бекона при цьому не переростає в егоїзм, а навпаки, має поміркований характер, ґрунтуючись на засадах альтруїзму, патріотизму та всезагального блага. З точки зору дослідницької парадигми для нас важливо підкреслити, що цей мислитель ніяким чином не применшував суспільне благо, а навпаки, відстоював велич суспільного блага перед індивідуальним. На думку Бекона, ні особисте життя людини, ні душевна безтурботність чи безпристрасна споглядальність, ні самозаспокоєність, самообмеження або ж прагнення до індивідуальної насолоди не витримують критики, якщо тільки підійти до цього життя з точки зору критеріїв його суспільного призначення.

У концепції Бекона чітко простежується антропоцентрична теорія, яка склалася в епоху Відродження, однак основним вираженням сутності людини є розум. Саме розум як можливість вільно діяти і творити своє життя, як відлік системи цінностей та основа пізнання стає основою новоєвропейської раціоналістичної лінії філософсько-правової думки. Для мислителя розум – єдиний шлях підкорити природу та розширити її владу над нею. Саме тому розум і свобода – взаємопов'язані категорії, адже свобода – це активне використання індивідом законів природи для своїх цілей. У свою чергу, наука – це багаж знань, а її завдання – покращити життя людини. Однак, щоб мати бажання накопичувати знання, користуватися розумом, людині потрібний стимул, і цим стимулом є любов – любов до себе, не егоїзм, оскільки філософ розмежовує поняття самовдосконалення та самозадоволення.

Ключові слова: індивідуалізм, гуманізм, Новий час, свобода, розум, любов, доброта.

Постановка проблеми. XVII століття не без підстав називають «століттям геніїв», вказуючи на різноманіття, унікальність і творчу міць великих представників культури цього часу. Досить згадати імена Бекона, Декарта, Паскаля, Спінози, Лейбніца, без яких би не відбувся незвичайний злет філософсько-правової думки. Для характеристики концепції індивідуалізму у філософії Нового часу варто розглянути філософсько-правові думки цих філософів, оскільки саме вони дають можливість побачити народження уявлення про людину (особистість) як суб'єкта, що мислить та пізнає. Розпочинати цей розгляд потрібно з видатного філософа Ф. Бекона, філософсько-правові погляди якого зробили значний внесок в індивідуалістичну філософію.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Філософсько-правова спадщина Нового часу цікавила багатьох науковців, зокрема: В.В. Коромислова, Є.А. Мазуренко, М.Ю. Неврозова, Є.В. Суконкіну, В.П. Шаповалова, З.В. Шевченко та ін. Разом із тим їхній науковий аналіз не стосувався розкриття філософсько-правової концепції Ф. Бекона через пошук індивідуалістичних поглядів цього філософа.

Мета статті полягає у розкритті філософсько-правової спадщини Ф. Бекона та виокремленні у ній індивідуалістичних поглядів.

© П. Пилипишин, 2021

Виклад основного матеріалу. Рубіж століть (кін. XVI – поч. XVII ст.) можна виділити як перехідний період від Відродження до Нового часу, представлений філософією Ф. Бекона і Р. Декарта, що вплинула на подальший поворот атомізму в бік механіцизму. Багато дослідників вважають, що у період розвитку філософського вчення Бекона і Декарта ще складно шукати чітку межу між філософією Ренесансу і філософією Нового часу, оскільки майже у всій Європі ще були актуальними ідеї Ренесансу. Лише факт відкидання прогресивною частиною суспільства феодальних стосунків і відповідного мислення став остаточною розбіжністю мислення Ренесансу зі схоластичним Середньовіччям. Їх програмним вираженням стала філософія Нового часу, яка містила в собі вже усвідомлені інтереси та погляди, котрі в цілісній теоретичній формі вперше були виражені у філософії Бекона і Декарта. Часи поступової стагнації економіки італійських міст стали періодом формування їхніх філософських систем, а центр розвитку переміщається в Англію, Голландію і частково до Франції [1].

Філософія Ф. Бекона виросла на ґрунті натурфілософії Відродження, враховувала традиції англійського номіналізму, а також демокритівського атомізму і пов'язаного з ним принципу причинності. Замислюючись про філософську модель способу пізнання, науки, він зазначає, що, «якщо не припустити існування атома, нелегко осягнути думкою і висловити в словах справжню тонкість природи, яка знаходиться в самих речах» [2, с. 117].

Ф. Бекон, створивши науковий метод, став першим філософом, який спрямував свій індивідуалістичний ідеал в майбутнє. Його філософські погляди сформувалися на основі досягнень гуманізму і натурфілософії Відродження і піддавали різкій критиці схоластичні концепції попередньої філософії. Вище завдання науки – це панування людини над природою і покращення людського життя. Цінностями гуманістичної філософії майбутнього для нього є пізнання причин і прихованих сил речей і панування людиною над природою, доки все не стане для неї можливим. Ф. Бекон фактично був першим в історії філософії гуманістом, який вважав, що всі суспільно-правові проблеми сучасності можна вирішувати за допомогою науки [3, с. 22]. Науку слід розвивати, на думку Бекона, «ні заради свого духу, ні заради якихось вчених суперечок, ні ради того, щоб нехтувати останніми, ні заради користі і слави, ні для того, щоб досягти влади, ні для якихось інших низьких намірів, але заради того, щоб мало від неї користь і успіх саме життя» [4, с. 155]. Ф. Бекон вважав, що вищим завданням пізнання і всіх наук є удосконалення людського життя, а це можливо тільки «підкоряючись законам природи», пізнаючи і практично використовуючи їх: «Бо людина слуга і тлумач природи, стільки здійснює і розуміє, скільки охопила в порядку природи справою або роздумом <...> Ніякі сили не можуть розірвати або роздрібнити ланцюг причин; і природа перемагається тільки підпорядкуванням їй. Отже, два людських прагнення – до знання і могутності – воістину збігаються в одному і тому ж» [5, с. 83]. Ф. Бекон вважає, що людина повинна втручатися у закони природи, ланцюг причин для удосконалення свого життя, розширення своїх можливостей: «метою <...> є пізнання причин і прихованих сил усіх речей і розширення влади людини над природою, доки все не стане для неї можливим» [6, с. 509].

Свобода, згідно з Ф. Беконом, полягає в позбавленні людини від залежності від стихійних сил природи і у встановленні її панування над силами природи. Вперше проблема свободи людини в її ставленні до природи з матеріалістичних позицій докладно була розроблена Ф. Беконом, який підкреслював, що над природою панують, тільки якщо її підкоряють. Свобода людини полягає в активному використанні нею законів природи для своїх цілей. У міру розширення і поглиблення людської свободи розширюється можливість перетворення природної випадковості (речі природи) в соціальну необхідність («в технічний засіб») для досягнення своїх цілей і задоволення своїх життєвих потреб, поки людина не досягне того становища, при якому все служить людині. Відкриваючи і використовуючи природні і суспільні закони, людина знаходить справжню свободу. На цьому шляху можна подолати будь-які труднощі, і ніщо не може безвихідно перешкоджати їй у досягненні цілей [7, с. 31, 32].

Ф. Бекон розробив дослідно-індуктивний метод пізнання, згідно з яким від одиничних фактів відбувається рух до пізнання загального. Пізнання законів природи, причинності здійснюється шляхом спостереження, збору фактів, їх систематизації, узагальнення, аналізу, порівняння і експерименту [8, с. 31]. Тільки пізнання спрямовує людину до мети і визначає шлях до діяльності. Недостатні знання призводять до обмеження волі, а знання у формі науки панують над вірою і навіть над самим розумом, який є найважливішою частиною душі й управляє найбільшою волею. «Адже на

землі, звичайно, немає ніякої іншої сили, крім науки і знання, яка б могла затвердити свою верховну владу над духом і душами людей, над їхніми думками і уявленнями, над їхньою волею і вірою» [7, с. 135].

Ф. Бекон у центр своєї уваги ставить не досягнення душевної гармонії, пов'язаної зі споглядальним способом життя, а підкорення сил природи за допомогою науки через удосконалення інтелекту (очищення його від «ідолів») і оволодіння істинним методом пізнання – індукцією. Як підкреслює Ф. Бекон, не можна побудувати справжню науку про природу навіть на основі таких максимально загальних понять, як «субстанція», «якість», «дія», та інших, мислимих як абсолютно об'єктивних, сутностей. Повна об'єктивність існування належить, передусім, індивідуальним речам, і про це ніколи не слід забувати. Тут Ф. Бекон виявився продовжувачем гносеологічної лінії номіналізму, який досяг великого впливу в кінці Середньовіччя, притому особливо в Англії [9, с. 54]. У цю епоху знаходить підтвердження вислів Ф. Бекона про те, що «наука налаштовує і направляє розум на те, щоб він відтепер ніколи не залишався в спокої і, так би мовити, не застигав в своїх недоліках, а, навпаки, постійно спонукав себе до дії і прагнув до вдосконалення» [2, с. 134].

Основною ознакою індивіда як людини, за Беконом, є доброта: «Поміж всіх доброчесностей доброта є найважливішою, оскільки природа її божественна; без неї людина – лише метушливе, шкідливе та жалюгідне створіння, не краще за плазунів. Схильність творити добро закладена глибоко в природі людській» [10, с. 377, 368]. В Епоху Нового часу філософсько-правове розуміння взаємовідносин людини і суспільства пов'язане з визнанням людини найвищою цінністю суспільного життя. Укорінена в той час думка, що любов людини до самої себе допомагає любові до інших, має дуже давні витоки, адже ще в Біблії сказано про те, що необхідно полюбити ближнього свого як самого себе [11, с. 36].

Основою індивідуалістичних концепцій Бекона є розум людини та любов. Як вважає мислитель, насамперед індивід повинен любити себе, а любов до ближнього є лише похідною від себелюбства. Індивідуалізм Бекона при цьому не переростає в егоїзм, а навпаки, має поміркований характер, ґрунтуючись на засадах альтруїзму, патріотизму та всезагального блага [12, с. 29]. Разом із тим мислитель навчає: «Люди, занадто себелюбні, шкодять суспільству. Обери розумну середину між себелюбством та суспільним обов'язком; будь вірним собі настільки, щоб не опинитися віроломним по відношенню до інших, особливо перед правителем та батьківщиною. Власна особа – жалюгідна мета для людських прагнень» [10, с. 403]. З точки зору дослідницької парадигми для нас важливо підкреслити, що цей мислитель жодним чином не применшував суспільне благо, а навпаки, відстоював велич суспільного блага перед індивідуальним, діяльного життя перед споглядальним, самовдосконалення особистості перед самозадоволенням. Така позиція дозволила йому підвести під спільний знаменник моральні цінності епікурейців, скептиків і стоїків. На думку Бекона, ні особисте життя людини, ні душевна безтурботність чи безпристрасна споглядальність, ні самозаспокоєність, самообмеження або ж прагнення до індивідуальної насолоди не витримують критики, якщо тільки підійти до цього життя з точки зору критеріїв його суспільного призначення. Тому не випадково для Бекона центральною категорією суспільного блага стало поняття боргу, тобто певних обов'язків і прихильності людини щодо інших людей. У концепції Бекона чітко простежується антропоцентрична теорія, яка склалася в епоху Відродження, однак основним вираженням сутності людини є розум. «Людина – майстер власної долі – повинна вміло користуватися своєю лінійкою та правильно прикладати її, тобто примушувати свій розум визначати значення та цінність усіх речей залежно від того, наскільки вони сприяють досягненню нею власних цілей та щастя, турбуючись про це постійно, а не від нагоди до нагоди» [13, с. 91, 464].

Висновки

Отже, Ф. Бекон виділяє два основних критерії, які стають основою індивідуалістичної концепції. Йдеться про розум та любов. Саме розум як можливість вільно діяти і творити своє життя, як відлік системи цінностей та основа пізнання стає основою новоєвропейської раціоналістичної лінії філософсько-правової думки. Для мислителя розум – єдиний шлях підкорити природу та розширити її владу над нею. Саме тому розум і свобода – взаємопов'язані категорії, адже свобода – це активне використання індивідом законів природи для своїх цілей. У свою чергу, наука – це багаж знань, а її завдання – покращити життя людини. Однак, щоб мати бажання накопичувати знання, користуватися розумом, людині потрібний стимул, і цим стимулом є любов – любов до себе, не егоїзм, оскільки філософ розмежовує поняття самовдосконалення та самозадоволення.

Список використаних джерел:

1. История философии в кратком изложении / пер. с чеш. И.И. Богута. Москва: Мысль, 1994. 590 с. URL : http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000196/index.shtml (дата звернення: 01.02.2021).
2. Бэкон Ф. Сочинения : в 2 т. / пер. с англ. Г.М. Леонычева. Москва: Мысль, 1971. Т. 2. 376 с.
3. Невзоров М. Ю. Гуманистическая направленность правовой культуры (Социально-философский аспект) : дис. ... канд. филос. наук : 09.00.11. Липецк, 2004. 155 с.
4. История философии : учебное пособие для вузов / А.Н. Волкова, В.С. Горнев, Р.Н. Данильченко и др. ; под ред. В.М. Мапельман и Е.М. Пенькова. Москва: «Изд-во ПРИОР», 1997. 464 с.
5. Бэкон Ф. Великое восстановление наук. *Сочинения* : в 2-х т. Москва: Мысль, 1971. Т. 1. С. 57-83.
6. Бэкон Ф. Новая Атлантида. *Сочинения*. Москва: Мысль, 1977. Т. 2. С. 487-525.
7. Шаповалов В. П. Проблема генезиса человеческой свободы (Философско-методологические аспекты) : дисс. ... канд. филос. наук : 09.00.01. Владивосток, 2003. 196 с.
8. Коромыслов В. В. Сущность человека и проблема всеобщего : автореферат дис. ... кандидата философских наук : 09.00.01. Пермь, 2007. 207 с.
9. Суконкина Е. А. Атомизм в философской онтологии и теории познания : диссертация ... кандидата философских наук : 09.00.01. Нижний Новгород, 2006. 171 с.
10. Бэкон Ф. Сочинения : в 2-х т. / пер. с англ. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Мысль, 1977. Т. 2. 575 с.
11. Мазуренко Е. А. Одиночество как феномен индивидуальной и социальной жизни : дис. ... канд. филос. наук : 09.00.11 Архангельск, 2006. 186 с.
12. Шевченко З. В. Індувідуалізм як складова розвитку демократії : дис. ... канд. юрид. наук : 09.00.03. Київ, 2005. 228 с.
13. Бэкон Ф. Сочинения : в 2-х т. / перевод с англ. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Мысль, 1977. Т. 1. 567 с.
14. Грищук О.В. Філософія конституційних цінностей : монографія. Київ: «Компанія ВАІТЕ». 2019. 416 с.

Pavlo Pylypyshyn. The individualistic concept in Francis Bacon's philosophy of law

There was made an attempt in the article to reveal the individualism through the analysis of philosophical and legal heritage of F. Bacon, who was one of the first thinkers of the New Age, who aimed his individualist ideal at future. His philosophical views were formed on the basis of the achievements of humanism and of natural philosophy of the Renaissance, and therefore he believed that the supreme task of science was human domination over the nature and improvement of human life.

It was defined that F. Bacon had presented the issue of human freedom in its relation to nature from a materialistic perspective, as he believed that liberty involved human deprivation of dependence on the natural forces and his domination over the forces of nature. Therefore, human freedom is understood as an intensive use of the laws of nature for their own purposes. To overmaster the natural forces, a person has constantly to improve his intellect with the help of science.

It was determined that F. Bacon singled out two main criteria which formed the basis of the individualist concept. This is mind and love. As the thinker considers, an individual, first of all, should love himself, and love for his neighbors is only a derivate of self-love. Yet, Bacon's individualism does not develop into egoism, but, on the contrary, is modest in scope, based on the principles of altruism, patriotism and the common good. From the perspective of the research paradigm, it is important for us to emphasize that this thinker in no way diminished the public good, but, on the contrary, defended the greatness of public welfare before the individual one. In Bacon's opinion, neither person's private life, nor mental tranquility or impassive contemplation, nor self-complacence, self-restraint or aspiration to individual pleasure do not hold up against the criticism, if only to approach this life in terms of the criteria of its social role.

In Bacon's concept, there can be clearly traced the anthropocentric theory, that developed during the Renaissance, though the main expression of human's essence is mind. Exactly the mind as a possibility to act freely and to create one's own lives, as measurement of value system and basis for cognition became the background of the new European rationalist line of philosophical and legal thought. For the thinker, the mind is the only way to overmaster the nature and extend his power over it. Therefore, mind and freedom are interconnected categories, as freedom is an intensive use by an individual of natural laws for his own purposes. In its turn, science is a wealth of knowledge, and its task is to make human life better. However, a person needs motivation in order to have the desire to gain knowledge and to use the mind, and love is such a motivation – self-love, not selfishness, because the philosopher distinguishes between notions of self-perfection and self-satisfaction.

Key words: individualism, humanism, the New Age, freedom, mind, love, kindness.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.35

Дмитро Стрілко,
викладач кафедри правознавства та фінансів
Полтавського інституту економіки і права
Відкритого міжнародного університету розвитку людини «Україна»

ПРАВОВИЙ НІГІЛІЗМ ТА ШЛЯХИ ЙОГО ПОДОЛАННЯ В СУЧАСНИХ УМОВАХ

У статті проаналізовано зміст правового нігілізму як однієї з поширених форм деформації правосвідомості. Розглянуто історичні коріння та основні причини поширення правового нігілізму як соціально негативного явища. Звернено увагу на розвиток правового нігілізму та його існування в Російській імперії, а також у СРСР. Зазначено, що після розпаду Радянського Союзу явища правового нігілізму не зникли, а навпаки, навіть поширилися. Окреслено форми прояву правового нігілізму як антипода правової культури і деформації правосвідомості у сучасному українському суспільстві. Наведено характеристику основних рис сучасного правового нігілізму. Зазначено, що слід відрізняти правовий нігілізм від критики права й правового негативізму не лише за сутністю, але й за наслідками. Висловлено переконання, що не є нігілізмом боротьба з антинародним тоталітарним режимом, нехтуванням свободами і правами людей. Наголошено на тому, що правовий нігілізм присутній на всіх рівнях правосвідомості (повсякденної, професійної, наукової). Обґрунтовано ідею, що в процесі становлення й розвитку основ громадянського суспільства і правової держави правовий нігілізм продовжує проявляти свій потенціал, чим гальмує прогресивні правові перетворення. Запропоновано основні шляхи подолання правового нігілізму в українському суспільстві на сучасному етапі формування в Україні соціальної правової держави. Серед способів подолання правового нігілізму названо такі: пропаганда правосвідомості; підвищення рівня культури населення (не тільки загальної, але й правової); вдосконалення чинного законодавства; попередження правопорушень; правове виховання; масова правова просвіта; зміцнення державної дисципліни, правопорядку і законності; забезпечення свобод і прав людини; шанобливе ставлення до особистості людини; правові реформи; підготовка висококваліфікованих юристів. Зроблено висновок, що повністю подолати правовий нігілізм неможливо, але можна мінімізувати його рівень шляхом вжиття низки комплексних заходів, консолідації суспільства, забезпечення принципу верховенства права, здійснення правового виховання громадян щодо патріотизму та відповідальності за свою країну.

Ключові слова: правосвідомість, деформація, правовий нігілізм, правовий ідеалізм, право, закон, держава, правова культура.

Постановка проблеми. В Конституції нашої країни закріплено положення, за яким Україна є суверенною, незалежною, демократичною, соціальною і правовою державою. Це означає, що в такій державі основну роль покликані відігравати право, закон, порядок, повага до прав і свобод людини та громадянина, які визнаються найвищою соціальною цінністю. Їх захист та гарантування є обов'язком держави. Однак практичному втіленню цих та інших гуманістичних ідей, проголошених Конституцією, перешкоджають різноманітні негативні фактори, серед яких слід назвати правовий нігілізм. За даними соціологічних досліджень, він є поширеним не лише у свідомості населення, але й серед державних посадовців, що є несумісним з розбудовою та існуванням правової держави. Саме його вплив, зрештою, здатний загальмувати проведення демократичних реформ в Україні.

Проблему правового нігілізму як негативного явища досліджували у своїх роботах А.М. Шульга, С.С. Алексеєв, М.І. Матузов, В.А. Туманов, О.В Дручек, М.В. Цвік, А.І. Луцький та інші науковці. Основа теоретичного знання з цієї тематики була сформульована вищезгаданими вченими, проте наявних напрацювань ще недостатньо для вирішення практичних проблем у цій сфері, оскільки у зв'язку з динамічністю та змінами у суспільстві потрібно розширити шляхи подолання правового нігілізму на етапі розвитку сучасної української держави.

Метою статті є аналіз сутності правового нігілізму як одного з поширених видів деформації соціальної правосвідомості. Для досягнення мети автором були поставлені такі завдання:

– розкрити зміст поняття «правовий нігілізм»;

© Д. Стрілко, 2021

– виокремити причини виникнення та поширення правового нігілізму;

– визначити основні напрями подолання цього явища в сучасній Україні.

Виклад основного матеріалу. Загалом нігілізм (від лат. "nihil" – «ніщо») – це заперечення усталених суспільних норм, ідеалів, принципів, законів, авторитетів, традицій тощо [11, с. 425]. Він може бути моральним, естетичним, релігійним, політичним, правовим тощо залежно від тієї сфери, про яку йдеться. Розглядаючи кожну з цих сфер окремо, можемо побачити, наскільки нігілізм у кожній з них різниться за причинами виникнення, наслідками, формою прояву.

О.В. Дручек визначає правовий нігілізм як свідомо-вольове заперечення чинного права активною або пасивною поведінкою конкретних осіб чи окремих суспільних груп, що ускладнює чи унеможливлює правове регулювання й призводить до руйнування держави та занепаду суспільства [3, с. 18]. На думку В.І. Червонюка, правовий нігілізм – це сформоване в суспільній свідомості чи психіці окремої людини негативне ставлення до права, яке виявляється в запереченні його соціальної цінності [12, с. 129]. На наш погляд, правовий нігілізм – це деформований стан правосвідомості особи, групи, суспільства, який характеризується свідомим ігноруванням вимог закону та запереченням цінності права.

Слід відрізняти правовий нігілізм від критики права й правового негативізму. Критика спрямована на заперечення «дефектних» норм, консервативних правових звичок, негативних правових стереотипів, недосконалих юридичних інститутів, тоді як правовий нігілізм – це незгода з прогресивними ідеями, ідеалами, цінностями в правовій сфері [7, с. 17]. Відмінність вбачається в їх результатах (наслідках). Якщо правовий нігілізм підриває правові підвалини суспільства, є гальмом прогресивного правового розвитку, то конструктивна критика є умовою вдосконалення правової системи, фактором соціально-правового прогресу. Щоб критика, перш за все від юристів, не перетворилась на свою протилежність, а саме безпідставне заперечення, вона має бути компетентною, конструктивною і конкретною. Правовий нігілізм пов'язаний із запереченням соціальної цінності права як такої, а за правового негативізму правопорушник усвідомлює цінність правового регулювання, але його особисті інтереси нині розходяться із суспільними [3, с. 67].

Також не є нігілізмом боротьба з антинародним тоталітарним режимом, нехтуванням свободами і правами людей. Коли нігілізм перетворюється на природне заперечення реакційного, консервативного і старого, він перестає бути нігілізмом у його власному розумінні. Наприклад, як прогресивну діяльність оцінює історія діяльність революціонерів Є.М. Коновальця, П.Ф. Болбочана, М.І. Міхновського та інших, хто виступав проти соціального гноблення, самодержавства.

Правовий нігілізм присутній на всіх рівнях правосвідомості. На рівні повсякденної правосвідомості правовий нігілізм виражають такі поширені думки-прислів'я: «Закон – дишло, куди повернув, туди й вийшло», «Закон, що стовп: не перескочити, але обійти можна», «Що нам закони, коли судді знайомі», «Суддя, що тесляр: що забажає, те й вирубне», «Коли гроші говорять, правда мовчить». На рівні наукової правосвідомості правовий нігілізм виражають такі вчення, як анархізм, лівий радикалізм (П. Прудон, М. Бакунін, М. Штірнер). На рівні професійної правосвідомості правовий нігілізм виражають різні стереотипи мислення юристів-практиків, котрі не мають нічого спільного з принципом законності, що є основою діяльності посадової, службової особи. Наприклад, вважається, що «зі злочинністю можна боротися злочинними методами», «була б людина, а стаття для неї знайдеться» [13, с. 34].

Відзначимо, що правовий нігілізм має різний ступінь інтенсивності, тому прийнято розрізняти дві його форми, а саме активну й пасивну. Активна форма нігілізму характеризується свідомо ворожим ставленням до права і законів, а також пропагандою свого світогляду (анархізмом). Пасивній формі притаманне байдуже ставлення до права, а також недооцінка його значення і ролі [10, с. 23].

Витоки правового нігілізму сягають в історичне минуле України, коли багатовіковим порушенням прав людини в Російській імперії та СРСР сформувалося зневажливе ставлення до права як виразника інтересів тільки владних структур, яке покликане було виконувати лише каральні функції. Виникненню та розвитку нігілістичних поглядів у дореволюційний період сприяла також суспільно-політична думка. В особі слов'янофілів, народників, анархістів культивувалась ідея шкідливості, непотрібності правових норм та необхідності їх заміни моральними регуляторами поведінки. У післяреволюційний період існував комуністичний нігілізм, який на теоретичному (ідеологічному) рівні закріплював зневажливе ставлення до права, проголошуючи його тимчасовим явищем, а владу пролетаріату – необмеженою законом [5, с. 426].

Під впливом зазначених історичних факторів, зокрема радянського періоду, однією з рис української ментальності стала неповага до права, специфічна «дефектна» правосвідомість. Її основними властивостями стали ототожнення права із законом, в якому цінується не правовий зміст, а владно-державницька природа, сприйняття права як заборони, а не можливості, а також невіра в його силу як ефективного інструменту захисту інтересів людини.

Після розпаду Радянського Союзу явища правового нігілізму не зникли, а навпаки, навіть поширилися. Водночас змінились передумови, причини зневажливого ставлення до закону в Україні. Серед найпоширеніших сучасних джерел цього явища, можна виокремити такі.

1) Правовий ідеалізм. Переоцінка об'єктивних можливостей права, його ролі у вирішенні найскладніших проблем суспільства є приводом у розчаруванні в ньому [8, с. 12]. Законодавець, окрилений правовим ідеалізмом, може здійснювати надмірне правове регулювання, що нерідко приводить до утворення надлишкового масиву нормативно-правових актів, частина яких може суперечити один одному, а частина – взагалі бути непридатною в практичних умовах. Зрештою, відбувається дискредитація права і втрата віри в нього.

Правовий ідеалізм супроводжує людську цивілізацію практично на всьому шляху її розвитку. Ще Платон наївно вважав, що побудувати ідеальну державу можливо за умови прийняття лише ідеальних законів. В епоху Просвітництва вважали достатнім прийняття нових законів за знищення старих, щоб царство розуму було досягнуто. Інерція правового ідеалізму була продовжена і навіть певною мірою посилена форсованими, але безсистемними планами «перебудови» країни в другій половині 80-х років. Одним із прикладів юридичного ідеалізму і крайнього суб'єктивізму може слугувати так зване антиалкогольне законодавство.

На жаль, ще й сьогодні достатньо людей і навіть політиків помилково покладають на закон занадто великі надії щодо перебудови нашого суспільства.

2) Низький рівень культури правозастосування. Судова й слідча практика дає численні приклади порушень, котрі свідчать не стільки про незнання закону слідчими, прокурорами, суддями, скільки про неповагу до нього, про впевненість у безкарності, байдужості до долі людини.

3) Недоліки законодавчої техніки. Правові колізії, незрозумілість термінів та професійна стилістика текстів законодавства ускладнюють сам процес їх застосування, що приводить до збільшення кількості непорозумінь між населенням та суб'єктами правозастосування, дискредитації права загалом.

4) Політичний радикалізм та популізм як прояви політичної кризи. Прихильниками радикальної політики та популізму право сприймається не інакше, як зовнішні обмеження благородних політичних мотивів, хитрощі політичного противника або як інструмент підтримки здійснення певної політичної лінії [1, с. 76].

5) Соціально-економічна нестабільність. В умовах інфляційних процесів відчай та відсутність засобів для існування є поштовхом до скоєння правопорушень. Саме правовий нігілізм у 90-ті роки був викликаний економічним станом країни після розпаду Радянського Союзу і повного впровадження ринкової економіки замість планової. Тоді в Україні було безперервне інфляційне зростання, рівень життя падав, в результаті чого почалося загострення криміногенної обстановки.

6) Романтизація злочинного світу в кінематографі, художній літературі та інших сферах мистецької діяльності (наприклад, фільм режисера Олексія Сидорова «Бригада»).

Наслідками вищезазначених причин, як свідчать непоодинокі події суспільно-політичного життя, є різноманітні прояви нігілістичних настроїв. Серед основних можна назвати такі:

– свідоме недотримання або невиконання правових приписів органами державної влади, організаціями та громадянами (наприклад, ухилення від сплати податків суб'єктами підприємницької діяльності);

– «війна законів та судових рішень», тобто видання суперечливих або таких, що виключають дію один одного, нормативно-правових актів та судових рішень;

– неузгодженість дій та конфронтація окремих гілок влади; це свого роду «номенклатурний» або «елітарний» нігілізм, пов'язаний із «паралічем» влади, а будь-які суперечки серед органів влади означають недосконалість права, закону; тут поєднуються державний і правовий нігілізм, який дезорганізує норми управління, що склалися у суспільстві;

– підміна законності політичною, ідеологічною або прагматичною доцільністю;

– порушення прав і свобод людини й громадянина тощо [6, с. 546–547].

Специфічними рисами поширення правового нігілізму в нашій державі сьогодні є його масовість, оскільки він поширений не тільки серед громадян, але й в офіційних колах, а саме в державних структурах, у вико-

навчій і законодавчій гілках влади, в правоохоронних органах. Крім цього, він має агресивний, демонстративний та неконтрольований характер. Нарешті, правовий нігілізм проявляється в різноманітних формах, зокрема від ідеологічної до побутової.

Лише після з'ясування джерел та проявів юридичного нігілізму можна окреслити основні шляхи його подолання в таких чотирьох сферах:

– у сфері загальнодержавної стратегії – спрямованість державної політики на захист інтересів особистості, всебічне забезпечення добробуту громадян, суворе дотримання Конституції і законів усіма державними органами, запозичення позитивних правових надбань інших держав світу, подальша інтенсивна інтеграція до міжнародного права (ратифікація, приєднання, підписання);

– у сфері правотворчості – професійна законодавча діяльність, розширення кола суб'єктів законодавчої ініціативи, широке публічне висвітлення законопроєктної діяльності, вдосконалення правової експертизи нормативно-правових актів;

– у сфері правозастосування – ліцензування юридичних професій, розвиток судової системи, забезпечення прямої дії норм Конституції, проведення практичних семінарів для працівників державних органів, створення консультативних рад при юридичних відомствах;

– у сфері юридичного виховання – популяризація правових знань через різні форми правового виховання, пробудження інтересу до правових знань і забезпечення їх доступності.

Варто звернути увагу на підготовку кваліфікованих кадрів, а саме юристів, які зможуть досконало і на професійному рівні тлумачити закон і служити Феміді.

Висновки

Повністю подолати правовий нігілізм неможливо, але можна мінімізувати його рівень шляхом вжиття низки комплексних заходів, консолідації суспільства, забезпечення принципу верховенства права, здійснення правового виховання громадян у напрямі патріотизму та відповідальності за свою країну. Вищезазначене обумовлює перспективність дослідження цієї теми в майбутньому задля вироблення пропозицій щодо вдосконалення вітчизняного законодавства та юридичної техніки, формування високого рівня правовосвідомості населення України.

Список використаних джерел:

1. Демидов А.И. Политический радикализм как источник правового нигилизма. *Государство и право*. 1992. № 4. С. 73–78.

2. Дзьобань О.П. Передумови та сенс правового нігілізму. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серія «Філософія права»*. 2009. Вип. 1. С. 42–50.

3. Дручек О.В. Детермінанти правового нігілізму: загальна характеристика. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2009. № 3. С. 16–27.

4. Дручек О.В. Правовий нігілізм як вид деформації правової свідомості правоохоронця: причини, форми прояву. *Юридичний вісник Причорномор'я*. 2011. № 1. С. 278–288.

5. Дручек О.В. Еволюція терміна «нігілізм» та національно-історична ґенеза феномена нігілізму. *Юридичний вісник Причорномор'я*. 2011. № 2. С. 420–432.

6. Загальна теорія держави і права : підручник / за ред. М.В. Цвіка. Харків : Право, 2015. 584 с.

7. Луцький А.І. Правовий нігілізм в умовах формування української правової держави. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*. 2010. № 1. С. 16–19.

8. Матузов Н.И. Правовой нигилизм и правовой идеализм как две стороны «одной медали». *Правоведение*. 1994. № 2. С. 3–16.

9. Пінська О.С. Деформація правової свідомості та її класифікація. *Право і безпека*. 2011. № 1. С. 24–33.

10. Туманов В.А. О правовом нигилизме. *Советское государство и право*. 1989. № 10. С. 20–27.

11. Філософський енциклопедичний словник / за ред. В.І. Шинкарук. Київ : Абрис, 2002. 742 с.

12. Червонюк В.И. Теория государства и права : учебное пособие. Москва : ИНФРА, 2003. 256 с.

13. Шульга А.М. Правовий нігілізм: український досвід. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2010. № 4. С. 32–36.

Dmytro Strilko. Legal nihilism and ways to overcome it in modern conditions

The article analyzes the content of legal nihilism as one of the common forms of deformation of legal consciousness. The historical roots and the main reasons for the spread of legal nihilism as a social negative phenomenon are considered. Attention is paid to the development of legal nihilism and its existence in the Russian Empire, as well as in the USSR. It is noted that after the collapse of the Soviet Union, the phenomena of legal nihilism did not disappear, but on the contrary – even spread. Forms of manifestation of legal nihilism as an antipode of legal culture and deformation of legal consciousness in modern Ukrainian society are outlined. The main features of modern legal nihilism are characterized. It is noted that legal nihilism should

be distinguished from criticism of law and legal negativism not only by essence but also by consequences. It is believed that the fight against an anti-popular totalitarian regime, disregard for freedoms and human rights cannot be considered as nihilism. It is emphasized that legal nihilism is present at all levels of legal consciousness (everyday, professional, scientific). The article substantiates the idea that in the process of formation and development of the foundations of civil society and the rule of law, legal nihilism continues to show its potential and thus inhibit progressive legal transformations. The main ways of overcoming legal nihilism in the Ukrainian society at the present stage of formation of the social rule of law in Ukraine are offered. Among the ways to overcome legal nihilism are: propaganda of legal conscientiousness; raising the level of culture of the population (not only general but also legal); improvement of current legislation; crime prevention; legal education; mass education in the law; strengthening state discipline, legal order and legitimacy; ensuring freedoms and human rights; respect for the personality of an individual; legal reforms; training of highly qualified lawyers, etc. It is concluded that legal nihilism cannot be completely overcome, but its level can be minimized by applying a number of comprehensive measures, consolidating society, ensuring the rule of law, providing legal education of citizens in the direction of patriotism and responsibility for their country.

Key words: legal conscientiousness, deformation, legal nihilism, legal idealism, law, state, legal culture.

УДК 340.1:347.121
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.36

Юлія Тріпак,
здобувач ОС «Бакалавр»
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

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ПОСМЕРТНУ ТА ПОСТМОРТАЛЬНУ РЕПРОДУКЦІЮ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті досліджено проблеми реалізації права людини на застосування новітніх методик народження дитини, а саме посмертну та постмортальну репродукцію. Проаналізовано їх розмежування на основі порядку проведення та сутності, запропоновано авторське бачення їхнього визначення та аспекти співвідношення.

Зроблено висновок, що право на посмертну репродукцію закріплено у національному законодавстві, чого не можна сказати про постмортальну у зв'язку з відсутністю всебічного дослідження цього способу відтворення людини. Однак народження дитини після смерті одного з батьків має бути достатньо обґрунтованим рішенням, підтвердженим відповідними документами (підписання договору щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, інформованої згоди, згоди між партнерами). При цьому важливо, щоб для здійснення цих репродуктивних методів існували належні підстави, що мають нормативно регулюватися з огляду на фактор ризику використання таких методів, процедуру їх здійснення, подальше становлення у суспільстві дитини, народженої відповідним способом.

Наголошено на тому, що юридичну практику Ізраїлю щодо складання біологічного заповіту у нашій країні запровадити неможливо, оскільки немає для цього відповідних легальних підстав, однак підтримується позиція щодо обов'язковості підписання договору про надання послуг стосовно проведення посмертної репродукції. Отже, обґрунтовано необхідність розширення меж договірного регулювання посмертної та постмортальної репродукції шляхом виокремлення окремого виду цивільно-правових договорів та встановлення факту наявності волевиявлення не лише особи-донора, але й особи-реципієнта.

Констатовано факт, що у законодавстві зарубіжних держав також спостерігаються численні прогалини щодо регулювання процедури застосування досліджуваних новітніх репродуктивних технологій. Крім того, у країнах прецедентного права законодавство нерідко перебуває у колізії із судовою практикою. У вітчизняній же правовій системі, яка тяжіє до романо-германської, за наявності правових прогалин реалізація досліджуваного права взагалі залишається під питанням.

Ключові слова: права людини, реалізація прав людини, репродукція, посмертна репродукція, постмортальна репродукція, кріоконсервація, інформована згода, порівняльно-правовий аналіз, договірне регулювання.

Постановка проблеми. У процесі зростання інноваційних та прогресивних технологій удосконалення людського життя репродуктивне право зазнає вагомих змін, отже, потребує значної уваги, особливо в питаннях реалізації репродукції, пов'язаної зі смертю одного з батьків. У науковому баченні репродуктивне право у контексті його трансформації є малодослідженим, а напрацювання щодо постмортальної репродукції у національному законодавстві є практично відсутніми. Очевидно, медичні досягнення значно передують правовим, а це наштовхує на продовження аналізу сутності як посмертної, так і постмортальної репродукції, процесу та процедури їх здійснення, способів їх правового визначення та регулювання.

Основою дослідження вибраної тематики слугували праці Г.В. Анікіної, В.І. Чечерського, І.О. Максимової, А.О. Куценка, М.Л. Шелютто, О.Є. Кухарєвої та інших учених. Проте науковий доробок не вичер-

© Ю. Тріпак, Т. Міхайліна, 2021

пує усієї проблематики вибраної теми, що підтверджує її актуальність та необхідність подальшого розроблення, зокрема в контексті порівняльно-правових досліджень.

Метою статті є здійснення порівняльно-правового аналізу проблем реалізації права на посмертну та постмортальну репродукцію.

Виклад основного матеріалу. Сімейним кодексом України (далі – СКУ) закріплено інститут сім'ї та похідних від нього відносин. Зокрема, ч. 1 ст. 4 СКУ передбачено, що особа, яка досягла шлюбного віку, має право на створення сім'ї. Держава створює людині умови для материнства та батьківства, забезпечує охорону прав матері та батька, матеріально й морально заохочує і підтримує материнство та батьківство (ч. 2 ст. 5 СКУ) [1]. Однією з умов набуття статусу матері чи батька є надання державою жінкам та чоловікам можливості застосування методик допоміжних репродуктивних технологій. Відповідно до п. 1.2. Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, затвердженого Наказом МОЗ «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» (далі – Порядок) від 9 вересня 2013 р. № 787, допоміжні репродуктивні технології (далі – ДРТ) – методики лікування безпліддя, за яких маніпуляції з репродуктивними клітинами, окремі або всі етапи підготовки репродуктивних клітин, процеси запліднення і розвитку ембріонів до перенесення їх у матку пацієнтки здійснюються *in vitro* (техніка виконання експерименту чи інших маніпуляцій у спеціальному лабораторному посуді або у контрольованому середовищі поза живим організмом) [2].

До різновидів ДРТ прийнято відносити досить новітні експериментальні способи відтворення людини, а саме посмертну та постмортальну репродукції. Деякі вчені ототожнюють ці способи, однак, досліджуючи їх сутність, можемо виокремити низку особливих характерних ознак кожного способу, що унеможливлює їх уподібнення.

По-перше, потрібно зазначити, що «ідеальним» наслідком здійснення як посмертної, так і постмортальної репродукції є народження дитини після смерті одного з батьків. Однак подальший опис здійснення обох видів репродукції передбачатиме чоловіка-донора та жінку-реципієнта, оскільки здійснення медичних маніпуляцій із жінкою теоретично хоч і можливо після смерті, проте на практиці застосовано не було.

По-друге, необхідно проаналізувати, яким чином реалізуються обидві процедури. Так, здійсненню посмертної репродукції передує волевиявлення живої особи зберегти генетичний матеріал (гамети) на випадок неможливості зачаття дитини за життя без явних ознак погіршення стану здоров'я або, навпаки, у разі передбачуваної неминучої смерті чи з урахуванням очікуваного летального результату стосовно особи, яка прагне до народження дитини. Виконання посмертної репродукції можливе за рахунок таких методів:

– біопсія яєчок – хірургічна операція, за якої отримують сперматозоїди за допомогою відкриття 2–3 см шкіри яєчка для отримання шматочка тканини і разом з нею сперматозоїдів;

– пункція або прокол яєчка – отримання сперматозоїдів безпосередньо з яєчка або придатка шляхом аспірації голкою під місцевою анестезією та ультразвуковим контролем;

– пункційна біопсія (TESA – голкова біопсія декількох ділянок яєчка, MESA – мікрохірургічна аспірація сперми з епідермісу).

Важливо зазначити, що ці методи здійснюються після волевиявлення особи і до моменту настання її смерті. Після смерті відібрані генетичні матеріали одним із зазначених вище методів вживляються до тіла жінки-реципієнта задля її запліднення. Вагомим аспектом у процесі здійснення посмертної репродукції є той факт, що, як правило, волевиявлення не обмежене бажанням однієї особи-донора і у своїй сутності корелюється з волевиявленням партнера-реципієнта. До того ж часовий період здійснення кріоконсервації сперми становить близько 7–10 років, а іноді навіть більше.

Для проведення постмортальної репродукції необхідні як констатація біологічної смерті людини, так і вилучення самого генетичного матеріалу у вже померлої особи (витяг сперми померлого можливий протягом 24–36 годин [3]), що здійснюється зазвичай шляхом видалення одного або двох яєчок [4].

По-третє, визначення сутності цієї специфічної репродукції (у обох її вимірах) неможливе без визначення її поняття, тому посмертну репродукцію прийнято розглядати як народження дитини після смерті одного з батьків [5, с. 1]. Однак, враховуючи вищенаведені факти, пропонуємо визначити поняття посмертної репродукції (*posthumus*) таким чином: проведення маніпуляцій із генетичним матеріалом, вилученим до моменту смерті особи-донора, задля запліднення особи-реципієнта. Постмортальна репродукція (*post-mortem*) визначатиметься як проведення маніпуляцій із

генетичним матеріалом шляхом його вилучення протягом 24–36 годин із тіла померлої особи-донора задля запліднення особи-реципієнта.

Наступним етапом у дослідженні цієї теми є аналіз процесу здійснення відповідної репродукції у контексті договірних відносин. Подальше дослідження пропонується у таких двох категоріях: договірні відносини між особою-донором та медичним закладом, що надає послуги забору гамет і посмертне запліднення ними особи-реципієнта (посмертна репродукція); відносини згоди між партнерами, а саме донором та реципієнтом.

Відповідно до п. 1.8. Порядку, питання щодо застосування методик ДРТ вирішується після оформлення заяви пацієнта/пацієнтів щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій за формою, наведеною в додатку до цього Порядку, медичного огляду та відповідного обстеження [2]. У Порядку також передбачено, що донорство гамет здійснюється за наявності відповідної інформованої добровільної згоди на донорство сперми. У такому разі варто підтримати позицію Г.В. Анікіної, яка зазначає, що для зачаття дитини після смерті її батьків потрібна обов'язкова згода на проведення такої репродуктивної програми, тобто якщо особа, залишивши свій генетичний матеріал, виразила свою згоду на його використання після смерті, то зачаття дитини можливе [5, с. 4].

Слушною також є позиція В.І. Чечерського, який вбачає оптимальним через приписи законодавства зобов'язати відповідні заклади охорони здоров'я або спеціалізовані установи, що здійснюють кріоконсервацію репродуктивних клітин, визначити в договорах на кріоконсервацію (замороження) гамет однією з обов'язкових умов порядок їх використання у разі смерті цієї особи та перелік осіб, яких має бути поінформовано про їх наявність [6, с. 36].

Цікавим науковим відкриттям у дослідженні цієї теми стала думка І. Розенблюма, який запропонував для більшої визначеності під час посмертного встановлення волі людини щодо посмертної репродукції (згоди або її відсутності, волевиявлення особи, уповноваженої розпоряджатися генетичним матеріалом померлого) створити біологічний заповіт, який можуть складати ізраїльські військовослужбовці з урахуванням ризику їх загибелі або поранення, що виключає можливість мати дітей [7].

Очевидно, що біологічний заповіт у нашій країні запровадити неможливо, оскільки немає для цього відповідних легальних підстав, однак, підтримуючи позицію більшості науковців, наголошуємо на обов'язковості підписання договору про надання послуг щодо проведення посмертної репродукції. Передбачена Порядком письмова згода про застосування ДРТ задля запліднення не може бути за аналогією використана для посмертної репродукції, оскільки останню не прийнято відносити до методів лікування та подолання безпліддя, а тому, будучи окремим способом зачаття дитини, ця репродукція потребує більшого правового регулювання у вигляді укладання цивільно-правових договорів, що міститимуть детальний опис усіх істотних умов.

Отже, російськими науковцями Н.Д. Еріашвілі та І.О. Максимовою було встановлено, що з огляду на те, що основне завдання цього договору у рамках досліджуваної теми полягає у здійсненні права на посмертну репродукцію, то цей договір слід визначити як «договір платного надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції». Вказівка у назві договору на мету відповідних послуг дасть змогу одразу звернути увагу на особливості у суб'єктному складі, природі, змісті, а також на необхідність дотримуватися низки імперативних правил, наприклад, таких, що визначають суттєві послуги цього договору [8, с. 120]. Трактуючи цю позицію відповідно до національного законодавства, вважаємо необхідним на законодавчому рівні закріпити та впровадити як один із видів договорів у сфері медичних послуг договір щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції із застосуванням до нього положень Глави 63 Цивільного кодексу України. При цьому з огляду на особливість цих правовідносин такий договір міститиме характерні ознаки, зумовлені наявністю як спеціальних суб'єктів (виконавця – юридичної особи у вигляді медичного закладу з надання послуг кріоконсервації гамет та/або посмертної репродукції; замовника – фізичної особи), так і особливого предмета (визначена сукупність та послідовність медичних маніпуляцій задля здійснення необхідних для посмертної репродукції ДРТ) і об'єкта (гамети у вигляді кріоконсервованих статевих клітин та/чи репродуктивних тканин) договору.

Деякі вчені наголошують також на обов'язковості та всебічності інформування пацієнта (особи-донора) щодо всіх можливих ризиків проведення посмертної репродукції на кожному з її етапів, у зв'язку з чим пропонуються наявність та необхідність підписання інформованої згоди. Так, Б. Атвел пропонує іноді розширити сферу стандарт-

ної інформаційної згоди з обов'язком більшої деталізації та інформативності такої. Для того щоби визначити, чи достатньо стандартної інформаційної згоди пацієнту, авторкою запропоновано відповідний тест. По-перше, процедура, яка вимагає особливих застережень, має бути такою, що не є необхідною з медичної точки зору для пацієнта. По-друге, процедура має бути складною і незворотною. Процедурами, які могли би відповідати цьому тесту, наприклад, є донорство яйцеклітин, сперми, сурогатне материнство, установка імплантів молочних залоз, генетичні тести, стерилізація, багато форм косметичної хірургії, можливо, навіть татуювання [9, с. 608–610].

Оскільки запропонований у дослідженні договір щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, є основним засобом регулювання відносин у сфері надання медичних послуг щодо посмертної репродукції, то підписання інформованої згоди можна розглядати як додаток до нього або як факультативний засіб, застосування якого відбувається в індивідуальному порядку. Передбачається, що договір міститиме перелік усіх медичних послуг, особливості, умови та порядок їх проведення, у зв'язку з чим вагомість інформованої згоди втрачається з огляду на змістовність умов договору, якщо інше не буде передбачено договором.

Проте, крім можливості існування інформованої згоди, слід зазначити про необхідність підписання згоди між партнерами, а саме донором та реципієнтом, оскільки без такої використання гамет після смерті чоловіка є неможливим. Ця згода є підтвердженням не лише волевиявлення однієї особи на використання після її смерті гамет задля запліднення, але й волевиявлення іншої особи (реципієнта) на проведення маніпуляцій щодо вживлення відповідних гамет до її організму задля запліднення після смерті донора. Отже, особа-реципієнт має бути обов'язково зазначена у договорі.

Щодо правового регулювання постмортальної репродукції, то, незважаючи на те, що посмертна репродукція є більш «піддатливою» в процесі законодавчого закріплення, постмортальна викликає багато запитань і сумнівів. Деякі науковці передбачають можливість вилучення статевих клітин і, відповідно, запліднення ними іншої особи після смерті пацієнта на підставі встановлення волевиявлення померлої особи (наявність відповідної згоди). Існують навіть випадки застосування цієї репродукції за кордоном. Подібний приклад був у Великобританії у червні 2007 р., коли 42-річна жінка дізналася про смерть чоловіка під час операції і подала строковий судовий запит на вилучення у нього генетичного матеріалу. Запит був задоволений, і кріоконсервовані гамети були збережені у відповідній клініці. Подібна ситуація відома у США. У 1999 р. жінка звернулася до суду з проханням отримати гамети від нещодавно померлого чоловіка. Генетичний матеріал був отриманий через 30 годин після смерті чоловіка і зберігався протягом 15 місяців. Коли закінчився період трауру, була проведена методика ICSI. Жінка завагітніла і народила здорову дівчинку. Австралійка Джоселін Едвардс виграла справу у суді та отримала право вилучити та кріоконсервувати гамети чоловіка, який загинув за два дні до підписання документів, необхідних для проведення екстракорпорального запліднення (ЕКЗ). Однак тепер вона повинна отримати дозвіл на використання матеріалу, оскільки в законодавстві Австралії (як і в законодавстві Великобританії) процедура запліднення від померлого чоловіка законодавчо не врегульована [5, с. 6]. Отже, у законодавстві зарубіжних держав також спостерігаються численні прогалини щодо регулювання процедури застосування досліджуваних новітніх репродуктивних технологій. Крім того, у країнах прецедентного права законодавство нерідко перебуває у колізії із судовою практикою. У вітчизняній же правовій системі, яка тяжіє до романо-германської, за наявності правових прогалин реалізація досліджуваного права взагалі залишається під питанням.

Висновки

Отже, право на посмертну репродукцію закріплено у національному законодавстві, чого не можна сказати про постмортальну у зв'язку з відсутністю всебічного дослідження цього способу відтворення людини. Однак народження дитини після смерті одного з батьків має бути достатньо обґрунтованим рішенням, підтвердженим відповідними документами (підписання договору щодо надання медичних послуг, спрямованих на реалізацію посмертної репродукції, інформованої згоди, згоди між партнерами). При цьому важливо, аби для здійснення цих репродуктивних методів існували належні підстави, що має нормативно регулюватися з огляду на фактор ризику використання таких методів, процедуру їх здійснення, подальше становлення у суспільстві дитини, народженої відповідним способом. Спектр недосліджених питань з цієї теми залишається достатньо широким, що є основою для продовження аналізу усіх її аспектів.

Список використаних джерел:

1. Сімейний кодекс України : від 10 січня 2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради*. 2002. № 21–22. Ст. 135 (із змінами).
2. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 р. № 787. *Офіційний вісник України*. 2013. 11 листопада.
3. Филимонова И.В. Проблемы правового регулирования постмортальной репродукции в семейном законодательстве России. *Политика, государство и право*. 2015. № 2. URL: http://politika.snauka.ru/2015/02/2333 (дата звернення: 09.03.2020).
4. Bahm M.S., Karkazis K., Magnus D. A content analysis of posthumous sperm procurement protocols with considerations for developing an institutional policy. *Fertility and sterility*. 2013. № 100. 10.1016. URL: www.researchgate.net/publication/239943354. A content analysis of posthumous sperm procurement protocols with considerations for developing an institutional policy (дата звернення: 09.03.2020).
5. Аникина Г.В. К вопросу о правовом регулировании постмортальной репродукции. *Наука. Общество. Государство*. 2013. № 2. С. 1–11.
6. Чечерський В.І. Використання кріоконсервованих гамет та ембріонів як гарантія реалізації права людини на репродуктивне відтворення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 4. С. 34–37.
7. Rosenblum I. The Biological Willtm – a New Paradigm in ART? URL: www.newfamily.org.il/en/4905/the-biologicalwill%E2%84%A2-%E2%80%93-a-new-paradigm-in-art.
8. Эриашвили Н.Д., Максимова И.А. О допустимости сделки об оказании медицинских услуг при реализации права на посмертную репродукцию. 2015. № 7. С. 116–121.
9. Atwell B.L. The Modern Age of Informed Consent. *University of Richmond Law Review*. 2006. Vol. 40. № 2. P. 591–612.

Yuliia Tripak, Tetiana Mikhailina. Enjoyment of the right to postmortem and postmortal reproduction: comparative-legal aspect

The scientific article examines the problems of implementing the human right to use the latest methods of child birth, namely: posthumous and post-mortem reproduction. Their differentiation based on the order of conduct and essence is analyzed, and the author's vision for their definition and aspects of correlation is proposed.

It is concluded that the right to posthumous reproduction is enshrined in national legislation, which cannot be said about postmortem reproduction, due to the lack of a comprehensive study of this method of human reproduction. However, the birth of a child after the death of one of the parents must be a sufficiently reasonable decision, confirmed by relevant documents (signing a contract for the provision of medical services aimed at the implementation of post-mortem and posthumous reproduction, informed consent, consent between partners). At the same time, it is important that there are appropriate grounds for the implementation of these reproductive methods, which should be regulated by law, taking into account the risk factor for using such methods, the procedure for their implementation, the further formation of a child (born in the appropriate way) in society, and so on.

It is noted that the legal practice of Israel regarding the preparation of a biological will cannot be introduced in our country, since there are no appropriate legal grounds for this, however, the position on the obligation to sign a contract for the provision of services for post-mortem and posthumous reproduction is supported. This means that the necessity of expanding the boundaries of contractual regulation of post-mortem and posthumous reproduction is justified by identifying a separate type of civil law contracts and establishing the fact that there is an expression of the will not only of the donor person, but also of the recipient person.

It is stated that there are also numerous gaps in the legislation of foreign countries regarding the regulation of the procedure for using the latest reproductive technologies. In addition, in countries of case law, legislation is often in conflict with judicial practice. In the domestic legal system, which tends to the Romano-Germanic one, if there are legal gaps, the implementation of the rights under study generally remains questionable.

Key words: human rights, realization of human rights, reproduction, posthumous reproduction, post-mortem reproduction, cryopreservation, informed consent, comparative legal analysis, contractual regulation.

УДК 343.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.37

Олена Олійник,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗУМОВЛЕНІСТЬ ВИНИКНЕННЯ, ІСНУВАННЯ ТА ПРИПИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН ПРИНЦИПАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Автор статті аналізує вплив окремих принципів кримінального права на виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин. Що стосується загальноправових, то, наприклад, принцип законності в кримінальному праві означає, що всі положення, які лежать в основі притягнення особи до кримінальної відповідальності за скоєне, призначення покарання, звільнення від нього або настання інших кримінально-правових наслідків вчинення кримінального правопорушення, повинні бути сформульовані виключно в законі як у вищому акті законодавчої влади, тобто єдиним джерелом кримінального права є кримінальний закон. Принцип верховенства права ґрунтується на визнанні та беззастережному сприйнятті найвищої цінності людської особистості, її невідчужуваних прав і свобод. Галузеві ж принципи мають більш специфічну та вузьку сферу впливу на правовідносини. Водночас вони більш конкретні за своїм змістом та спрямованістю впливу. Так, принцип невідворотності кримінальної відповідальності означає, що особа, яка вчинила передбачене КК України суспільно небезпечне діяння певного виду, має зазнати впливу відповідних заходів кримінально-правового характеру. Він має попереджувальний, стримуючий вплив на нестійких осіб, які схильні до порушення закону про кримінальну відповідальність. У свою чергу принцип здійснення правосуддя лише судом як міжгалузевий принцип ґрунтується на положеннях ст. 124 Конституції України, де йдеться про здійснення правосуддя в Україні виключно судами, про недопущення делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами, про поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення, а також про розгляд судами у передбачених законом випадках інших справ тощо. Що стосується інституційних та міжінституційних принципів кримінального права, то автор зазначає, що останні також мають вузьку сферу впливу на правовідносини, водночас зменшувати їх вплив не варто. Визначено, що у разі, якщо вчиняється кримінальне правопорушення, виникають кримінально-правові відносини, у процесі розвитку яких реалізуються і принципи кримінального права. Саме останні створюють необхідний формат, в межах якого функціонують кримінально-правові відносини. При цьому основу кримінально-правових відносин становлять переважно загальноправові та галузеві принципи кримінального права, а втілення та реалізація інституційних і міжінституційних кримінально-правових принципів відбувається у міру розвитку таких відносин.

Ключові слова: кримінально-правові відносини, принципи кримінального права, механізм кримінально-правового регулювання.

Постановка проблеми. Проблематиці розвитку вчення про зумовленість виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин присвячували свої праці такі вчені: П.П. Андрушко, В.О. Беньківський, П.С. Берзін, А.А. Васильченко, А.С. Горелик, Ю.В. Грачева, Н.М. Кропачев, П.С. Матишевський, Є.С. Назимко, А.В. Савченко, А.Н. Тарбагаев, П.А. Фефелов, В.Д. Філімонов, С.Д. Шапченко та багато інших.

Водночас окремі аспекти порушеного нами питання залишились поза увагою вітчизняних та зарубіжних науковців.

Так, кримінально-правові відносини становлять собою такий елемент механізму кримінально-правового регулювання, який включає відносини, що виникають, існують та припиняються у зв'язку із: 1) вчиненням кримінального правопорушення або іншої кримінально-правової аномалії (у цьому випадку закон про кримінальну

© О. Олійник, 2021

відповідальність передбачає відповідні заходи кримінально-правового характеру, які застосовуються за вчинення кримінального правопорушення та інших різновидів кримінально-правової аномалії (це зумовлює виникнення загальноохоронних та спеціально-охоронних кримінально-правових відносин)); 2) окремими різновидами поведінки, які не належать до «кримінально-правових аномалій», проте виключають при цьому суспільну небезпечність і/або протиправність та застосування внаслідок цього заходів кримінально-правового впливу (це зумовлює виникнення загальнорегулятивних кримінально-правових відносин)) [1, с. 51–52].

Метою статті є з'ясування ступеня впливу принципів кримінального права на виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин.

Виклад основного матеріалу. Отже, проаналізуємо далі вплив окремих принципів кримінального права на виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин. Почнемо із загальноправових. Так, принцип законності в кримінальному праві, як ми зазначали вище, означає, що всі положення, які лежать в основі притягнення особи до кримінальної відповідальності за скоєне, призначення покарання, звільнення від нього або настання інших кримінально-правових наслідків вчинення кримінального правопорушення, повинні бути сформульовані виключно в законі як у вищому акті законодавчої влади, тобто єдиним джерелом кримінального права є кримінальний закон. Вчинення кримінального правопорушення або іншої кримінально-правової аномалії пов'язане з порушенням закону про кримінальну відповідальність. До моменту появи заборони щодо вчинення певних дій на рівні кримінального закону будь-яка поведінка, в тому числі суспільно небезпечна, не входитиме до кола питань та суспільних відносин, які охороняються та регулюються нормами кримінального закону. Отже, у принципу законності з'являється можливість впливати на суспільні відносини лише з появою кримінального закону, який забороняє певну протиправну поведінку.

Принцип верховенства права ґрунтується на визнанні та беззастережному сприйнятті найвищої цінності людської особистості, її невідчужуваних прав і свобод, які, як наголошує один із творців доктрини верховенства права А. Дайсі, є «основою, а не результатом права країни», а правила, що лежать в основі конституційного кодексу, є «не джерелом, а наслідком прав осіб» [2, с. 522–527]. Положеннями, які пояснюють сутність цього принципу, «наповнені» практично всі норми кримінального закону, оскільки саме останній покликаний охороняти права та свободи кожної людини та кожного громадянина від суспільно небезпечних посягань (кримінальних правопорушень). Тому в разі вчинення кримінального правопорушення виникають кримінально-правові відносини, «вмикається» механізм кримінально-правового регулювання та «спрацьовують» норми, що спрямовані за забезпечення безпеки громадян від суспільно небезпечних діянь. Згадані норми закону про кримінальну відповідальність є прямим свідченням реалізації принципу верховенства права як принципу права.

Одним із неодмінних елементів верховенства права є юридична визначеність, яка вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними. За твердженням Ю.І. Матвеєєвої: по-перше, основу правової визначеності становить формальна визначеність змісту правових норм, яка досягається шляхом логічного, послідовного та повного врегулювання суспільних відносин і надання цим відносинам певної форми; по-друге, розуміння принципу правової визначеності було сформульоване в практиці ЄСПЛ, який розглядає його як один з основних елементів верховенства права; зміст останнього, на їхню думку, становить вимога якості законів, яка має такі ознаки, як чіткість, точність, зрозумілість та передбачуваність законодавства, що досягається в процесі нормотворення шляхом використання засобів нормопроєктної техніки [3, с. 96–97].

Принцип соціальної справедливості ґрунтується на визнанні справедливості ознакою права. У кримінальному праві він означає відповідність видів «кримінально-правової аномалії» та інших діянь, що враховуються у змісті відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання, передбаченим за їх здійснення кримінально-правовим наслідкам. Попри те, що даний принцип прямо не сформульований ні в міжнародно-правових актах, ні в Конституції України, національний законодавець намагався втілити його у кожну норму закону про кримінальну відповідальність, адже ідеєю появи самої галузі кримінального права є саме встановлення соціальної справедливості. Тому в разі порушення норм кримінального закону починає діяти принцип соціальної справедливості, сутність якого полягає у відновленні порушеної рівноваги та прав потерпілої від кримінального правопорушення особи. У цьому разі треба

сказати, що вся діяльність правозастосовчих органів спрямована на відновлення соціальної справедливості, що є завданням не лише закону про кримінальну відповідальність, а й відповідних правоохоронних органів.

Сутність принцип гуманізму кримінального права полягає у включенні до останнього таких положень: забезпечення прав людини кримінальним законодавством; гуманізації кримінально-правової політики держави (зокрема, скорочення кола осіб, які підлягають кримінальній відповідальності); обмеження заходів, які застосовуються до особи, що вчинила кримінальне правопорушення, лише мінімально необхідними та достатніми для досягнення цілей її виправлення та превенції; розробка та впровадження альтернативних кримінальному покаранню заходів впливу на особу, що вчинила кримінальне правопорушення; заборони моделювання та застосування будь-яких заходів впливу на особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, з метою спричинення фізичних або психічних страждань.

Принцип гуманізму впливає на існування кримінально-правових відносин переважно тоді, коли вирішується доля особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, тобто під час оголошення такій особі підозри про вчинення кримінального правопорушення, судового розгляду кримінального провадження та винесення вироку (обвинувального чи виправдувального). Даний принцип, реалізуючись у кримінально-правових відносинах, повинен призводити до хоча б часткового задоволення інтересів осіб, які потрапили в поле дії кримінального закону.

Щодо принципу рівності громадян перед законом у кримінальному праві, то його основу становлять вимоги рівних підстав для застосування кримінальної відповідальності та рівних критеріїв визначення змісту і розмірів кримінальної відповідальності. Можна сказати, що цей принцип під час впливу на виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин може вступати в конфлікт із загальноправовим принципом гуманізму та галузевим принципом індивідуалізації застосування заходів кримінально-правового характеру, адже відповідно до положень, які покладені в його основу, під час притягнення до кримінальної відповідальності особи та призначення їй покарання такі заходи мають застосовуватись лише з урахуванням індивідуальних, конкретно визначених ознак вчиненого суспільно небезпечного діяння особи та обставин, що «супроводжують» вчинення такого діяння.

Галузеві принципи мають більш специфічну та вузьку сферу впливу на правовідносини. Водночас вони більш конкретні за своїм змістом та спрямованістю впливу. Так, принцип невідворотності кримінальної відповідальності, який означає, що особа, яка вчинила передбачене КК України суспільно небезпечне діяння певного виду, має зазнати впливу відповідних заходів кримінально-правового характеру. Він має попереджувальний, стримуючий вплив на нестійких осіб, які схильні до порушення закону про кримінальну відповідальність. Тобто вчинення особою кримінального правопорушення «покладає» на неї обов'язок зазнати обмежень, які встановлені кримінальним законом. Реалізація розглядуваного виду правовідносин переважно покладена на правозастосовчі органи, які й повинні стежити за втіленням цього принципу в життя.

Принцип винної відповідальності, як і більшість галузевих принципів, покладений в основу діяльності правоохоронних органів, які уповноважені притягнути до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили кримінальні правопорушення. При цьому згадані органи мають довести до відома суду всі отримані докази (як ті, що доводять вину підозрюваної особи, так і ті, що виправдовують її).

Принципи індивідуалізації застосування заходів кримінально-правового характеру та принцип диференціації заходів кримінально-правового характеру тісно пов'язані між собою. При цьому можливість вибору заходів кримінально-правового характеру та їх індивідуалізація безпосередньо залежать від кримінального закону, в якому наданий виключний перелік таких заходів. Недотримання розглядуваних принципів тягне за собою порушення положень інших принципів, таких як принцип законності, принцип гуманізму тощо.

Зазначені вище принципи включаються в процес розвитку кримінально-правових відносин на стадії судового розгляду кримінального провадження, оскільки саме в цей момент постає питання про те, яке саме покарання із передбачених законом необхідно застосувати, щоб воно було дійсно необхідним та достатнім в даному конкретному випадку.

Принцип здійснення правосуддя лише судом як міжгалузевий принцип ґрунтується на положеннях ст. 124 Конституції України, де йдеться про здійснення правосуддя в Україні виключно судами, про недопущення делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами, про поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення, а також про розгляд судами у передбачених

законом випадках інших справ тощо [86]. Цей принцип пов'язується виключно з формальними (процедурними) умовами визначення застосування покарання [4, с. 96–97]. На фоні вивчення впливу цього принципу на реалізацію кримінально-правових відносин можна стверджувати таке: розглядувана стадія відносин між особою, яка вчинила кримінальне правопорушення, та державою в особі уповноважених правоохоронних органів включає в себе елементи не лише кримінально-правових відносин, а й переважно кримінально-процесуальних, адже основою для вирішення справи в суді виступає саме кримінальне процесуальне законодавство.

Принцип обов'язкового виконання судових рішень також лише частково стосується реалізації кримінально-правових відносин. Цей принцип і ті відносини, на розвиток яких він безпосередньо впливає, скоріше виступають результатом, до якого прагнуть правозастосовні органи в процесі здійснення своєї діяльності. Результат діяльності правозастосовних органів, які прагнуть виконання рішення суду, засновані вже на діяльності інших органів, які не мали повноважень щодо встановлення самого факту вчинення кримінального правопорушення, доведення вини конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення. Кримінально-виконавчі установи та інші установи юстиції мають справу вже безпосередньо з виконанням рішень суду. Цим і зумовлюється специфіка впливу даного принципу на розвиток кримінально-правових відносин.

Принцип доведеної вини, який полягає в тому, що покарання за вчинення суспільно небезпечного діяння може призначатися лише за умови доведеності винної поведінки, не має абсолютно самостійного значення. Він безпосередньо пов'язаний із попередньо розглянутими нами принципами (зокрема, законністю, невідворотністю кримінальної відповідальності та винної відповідальності). Даний принцип залучається до процесу реалізації кримінально-правових відносин в основній його частині, адже сутністю кримінально-правових відносин є встановлення не лише особи, яка причетна до вчинення суспільно небезпечного діяння, а й вини останньої.

Принцип розумності строків полягає у виконанні кожної процесуальної дії або ж прийнятті кожного процесуального рішення у строки, що є об'єктивно необхідними для такого виконання та прийняття (ч. 1 ст. 28 КПК України) [5].

Серед інституційних принципів кримінального права ми згадували такі принципи: принципи сумірності (відповідності) призначеного покарання тяжкості кримінального правопорушення, обставинам його вчинення та особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, й принцип обов'язкового психіатричного лікування у разі застосування примусових заходів медичного характеру – та, відповідно, надавали їм характеристику.

Перший із названих принципів передбачає врахування залежності покарання, що призначається, його суворості від тяжкості вчиненого особою кримінального правопорушення. Сутність цього принципу випливає з положень принципу законності, принципу рівності громадян перед законом тощо. Цей принцип реалізується під час «оцінки» результатів кримінально-правових відносин, коли відбувається призначення покарання винній особі, та полягає у вимозі до такої особи понести певні обмеження, встановлені законом. Водночас така оцінка (підсумок) кримінально-правових відносин не є обов'язковою, оскільки особу, в разі наявності для цього підстав, можуть звільнити як від кримінальної відповідальності, так і від кримінального покарання. Положення цього принципу спрямовані на те, щоб правозастосовчі органи під час реалізації кримінально-правових відносин зосередили свою увагу на обставинах, які впливають на призначення винній особі кримінального покарання.

Принцип обов'язкового психіатричного лікування у разі застосування примусових заходів медичного характеру визначає зміст примусових заходів медичного характеру, що застосовуються до такої особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, та зумовлює її обов'язкове лікування. В основі цього принципу, як і більшості інших, лежить принцип законності, принцип гуманізму та принцип верховенства права. Можливості згаданих принципів спрямовані на максимальне забезпечення прав сторін кримінально-правових відносин, учасників кримінального процесу, оскільки дуже важливим у разі виявлення причин, які унеможливлюють відповідальність особи за свої вчинки через стан психічного здоров'я, шляхом правильної спрямованості кримінально-правових відносин, повернути в суспільство не лише соціально, а й психічно здорову особистість. Саме таким чином розглядуваний нами принцип повинен реалізуватись у кримінально-правових відносинах.

До міжінституційних принципів кримінального права ми відносимо: принцип карального впливу, принцип економії кримінальної репресії та принцип відшкодування та усунення заподіяної шкоди.

Принцип карального впливу зумовлює зміст покарання та виражається у позбавленні чи обмеженні прав і свобод засудженого, покладенні на нього певних обов'язків. Сутність цього принципу закладена безпосередньо в зміст кримінально-правових відносин. Кожна фізична особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності та скоїла діяння, яке підпадає під ознаки кримінального правопорушення, описаного в кримінальному законі, має зазнати карального впливу цього закону.

Принцип економії кримінальної репресії пов'язаний зі змістом і застосуванням призначення покарання, звільнення від покарання та примусових заходів виховного характеру. Він полягає у недоцільності надмірного карального впливу на осіб, які не досягли певного віку, які скоїли нетяжкі кримінальні правопорушення тощо. Зазвичай цей принцип починає впливати на кримінально-правові відносини за наявності спеціального суб'єкта (неповнолітнього, особи віком понад 65 років і т. ін.). Що стосується реалізації принципу економії кримінальної репресії в кримінально-правових відносинах у разі застосування заходів виховного характеру, то тут він спрацьовує за наявності спеціального суб'єкта, яким виступає неповнолітня особа, яка вчинила кримінальний проступок або нетяжкий злочин та в разі щирого каяття та подальшої бездоганної поведінки на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання (ч. 1 ст. 105 КК України).

Щодо принципу відшкодування та усунення заподіяної шкоди, то на практиці можуть виникнути проблеми, коли потрібно відшкодувати не матеріальну (не майнову) шкоду, а, наприклад, шкоду моральну. При цьому у кримінальному судочинстві існує такий процес, як медіація (з англ. «mediation» – посередництво), тобто вид альтернативного врегулювання суперечок, метод їх вирішення із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікації і проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоб вони самі змогли вибрати той варіант рішення, який би задовольняв інтереси і потреби усіх учасників конфлікту [6]. Слід підкреслити, що медіація забезпечує більш ефективне розв'язання проблеми відшкодування моральної та/або матеріальної шкоди, надає можливість сторонам впливати на рішення, що приймається у справі, допомагає зняти емоційне напруження, а також звільнити суддів від навантаження у зв'язку з розглядом справ невеликої тяжкості і зосередитися на більш серйозних справах [7].

Отже, медіація у кримінальному судочинстві має багато переваг порівняно із загальним судовим порядком розв'язання «кримінально-правових конфліктів», тому її запровадження в Україні вважаємо ефективним, і це сприятиме реалізації принципу відшкодування та усунення заподіяної шкоди. Необхідні пропозиції з цього приводу мають бути внесені до КК України.

Висновки

Кримінально-правові принципи безпосередньо впливають на виникнення, існування та припинення кримінально-правових відносин у зв'язку з: а) вчиненням кримінального правопорушення чи іншої кримінально-правової «аномалії»; б) окремими різновидами поведінки, які не належать до «кримінально-правових аномалій», проте виключають суспільну небезпечність і/або протиправність та застосування заходів кримінально-правового впливу. Вчинення особою кримінального правопорушення або іншої кримінально-правової «аномалії» зумовлено порушенням закону про кримінальну відповідальність. За відсутності кримінально-правової заборони певного діяння будь-яка поведінка не буде охоплюватися сферою формування та існування принципів кримінального права. Звідси можливість вплинути на суспільні відносини виникне лише з появою кримінального закону, який заборонятиме певну протиправну поведінку. У разі, якщо вчиняється кримінальне правопорушення, виникають кримінально-правові відносини, у процесі розвитку яких реалізуються і принципи кримінального права. Саме останні створюють необхідний формат, в межах якого функціонують кримінально-правові відносини. При цьому основу кримінально-правових відносин становлять переважно загальноправові та галузеві принципи кримінального права, а втілення та реалізація інституційних і міжінституційних кримінально-правових принципів відбувається у міру розвитку таких відносин.

Список використаних джерел:

1. Берзін П. С. Механізм кримінально-правового регулювання: загальнотеоретичні аспекти. *Право і громадянське суспільство*. 2014. № 1. С. 45–66.

2. Дайсі А. Вступ до вчення про право конституції. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права*. Київ, 2008. С. 509–530.

3. Матвєєва Ю. І. Поняття та розуміння принципу правової визначеності. *Наукові записки НаУКМА*. 2017. Т. 200. Юридичні науки. С. 93–97.

4. Фристер Г. Уголовное право Германии. Общая часть Strafrecht. AllgemeinerTeil / пер. с нем. 5-е изд. Москва : Инфотропик Медиа, 2013. 712 с.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 02.02.2021).

6. Медіація. *Вікіпедія – вільна енциклопедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Медіація (дата звернення: 02.02.2021).

7. Жмудь В. Запровадження процедури медіації (примирення) у законодавстві України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_11347 (дата звернення: 02.02.2021).

Olena Oliinyk. Conditionality of the origin, existence and termination of criminal legal relations by the principles of criminal law

The author of the article analyzes the impact of certain principles of criminal law on the emergence, existence and termination of criminal law relations. With regard to common law, for example, the principle of legality in criminal law means that all the provisions underlying the prosecution of a person for an offense, sentencing, release from him or the occurrence of other criminal consequences of a criminal offense must be formulated exclusively in the law as in the highest act of the legislature, ie the only source of criminal law is the criminal law. The principle of the rule of law is based on the recognition and unconditional perception of the highest value of the human person, his inalienable rights and freedoms. Sectoral principles have a more specific and narrow sphere of influence on legal relations. At the same time, they are more specific in their content and direction of influence. Thus, the principle of inevitability of criminal liability, which means that a person who has committed a socially dangerous act of a certain type under the Criminal Code of Ukraine, must be affected by appropriate measures of a criminal nature. It has a preventive, deterrent effect on vulnerable individuals who are prone to violating the law on criminal liability. In turn, the principle of administration of justice only by the court as an intersectoral principle is based on the provisions of Art. 124 of the Constitution of Ukraine, which deals with the administration of justice in Ukraine exclusively by courts, the prevention of delegation of court functions, as well as the appropriation of these functions by other bodies or officials, the extension of court jurisdiction to any legal dispute and any criminal charges, and on consideration by courts in cases of other cases provided by law, etc. As for the institutional and inter-institutional principles of criminal law, the author notes that the latter also have a narrow sphere of influence on legal relations, while their influence should not be reduced. It is determined that if a criminal offense is committed, then there are criminal-legal relations, in the process of development of which the principles of criminal law are realized. It is the latter that create the necessary format within which criminal law relations function. At the same time, the basis of criminal law relations is mainly common law and sectoral principles of criminal law, and the implementation and realization of institutional and interinstitutional criminal law principles occurs as the development of such relations.

Key words: criminal law relations, principles of criminal law, mechanism of criminal law regulation.

УДК 343.451+343.452+343.543
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.38

Тімеа Прокопчук,
аспірант кафедри адміністративного і фінансового права юридичного факультету
Національного університету біоресурсів і природокористування України

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ІНФОРМАЦІЇ З ОБМЕЖЕНИМ ДОСТУПОМ

У статті аналізується низка міжнародних нормативно-правових актів, що містять стандарти кримінально-правової охорони інформації з обмеженим доступом. Проаналізовано їх основний зміст, поділено їх на групи за предметом правового регулювання та юридичною силою.

Зокрема, автором поділено типи міжнародних стандартів кримінально-правової охорони інформації з обмеженим доступом на три групи, а саме на міжнародні конвенції, предметом регулювання яких є права людини, міжнародні конвенції щодо боротьби з певними злочинними явищами (транснаціональна злочинність, кіберзлочинність, легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом), міжнародні конвенції у сфері господарської діяльності, а також акти рекомендаційного характеру – декларації, резолюції, рекомендації.

Автором встановлений логіко-правовий зв'язок між вимогами міжнародних договорів та існуючими у кримінальному законі юридичними складами кримінальних правопорушень (ст. 163, 182, ч. 2 ст. 209-1, ст. 232, 261-2, 381, 387 КК України).

Визначено, що загалом міжнародні стандарти у сфері кримінально-правової охорони інформації з обмеженим доступом втілені адекватно в чинне законодавство. Однак подальшого наукового осмислення потребує питання обставин, за яких діяння, яке формально порушує вимоги закону, все ж не утворюватиме кримінальне правопорушення. Так, у вітчизняному кримінальному законодавстві відсутні застереження про те, що ніхто не може бути покараний під приводом національної безпеки за оприлюднення таємної інформації, якщо оприлюднення не завдає реальної шкоди національній безпеці і, очевидно, не зможе завдати шкоди законним інтересам національної безпеки або громадський інтерес до цієї інформації перевищує шкоду від її оприлюднення. Також не можна вважати такими, що досконало відповідають принципу правової визначеності (чіткості та конкретності, щоб кожна окрема особа могла визначити, чи є певна дія протиправною), тексти диспозицій статей КК України, які передбачають юридичні склади кримінальних правопорушень за розголошення інформації з обмеженим доступом. При цьому автор наголошує на тому, що членство України у міжнародних організаціях зобов'язує дотримуватися міжнародних норм і принципів.

Ключові слова: таємна інформація, міжнародні стандарти, вимоги міжнародної спільноти, розголошення інформації, таємниця, кримінальне правопорушення.

Постановка проблеми в загальному вигляді. Правове забезпечення права на доступ до інформації є однією з найважливіших гарантій становлення будь-якого демократичного суспільства. Зокрема, право на пошук та отримання інформації є одним з основних складників свободи поглядів та їх вираження, яка захищається на рівні статті 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Останнім часом з'явилась і стрімко підтримується тенденція визнання права на інформацію як самостійного права, оскільки воно відіграє ключову роль в існуванні демократії, участі суспільства у житті держави. У будь-якому разі право на інформацію нерозривно пов'язане також з іншими основними правами людини, такими як свобода думки та право на недоторканість особистого життя. Разом із тим держава вправі запроваджувати особливий режим охорони інформації певних типів в інтересах особистості та суспільства, у тому числі передбачаючи кримінальну відповідальність за її розголошення. Однак межа між правомірною та неправомірною поведінкою у сфері розголошення інформації з обмеженим доступом доволі тонка. Метою даної статті є з'ясування думки міжнародної спільноти з цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. У науковій літературі питанню вивчення міжнародних стандартів у сфері кримінальної відповідальності

© Т. Прокопчук, 2021

за розголошення інформації з обмеженим доступом приділено мало уваги. Однак певні аспекти проблеми було висвітлено у працях П.П. Андрушка, О.П. Горпинюк, О.О. Дудорова, О.О. Житного, В.О. Навроцького, О.В. Прохніцького, О.В. Сосніної, В.Я. Тація, М.І. Хавронюка та інших.

Постановка завдання. Завданням статті є комплексне дослідження основних міжнародних стандартів у сфері кримінально-правової охорони інформації з обмеженим доступом.

Виклад основного матеріалу. Відповідальність, у тому числі кримінальна, за розголошення інформації з обмеженим доступом та за шкоду, завдану внаслідок цього, є важливим аспектом у системі правової охорони інформації з обмеженим доступом. Результати відповідних кримінальних проваджень здатні впливати на репутацію, довіру, авторитет держави у міжнародних відносинах.

Систематизацію положень міжнародного законодавства здійснено за трьома критеріями, а саме предметом регулювання, обов'язковим чи рекомендаційним характером (юридичною силою) та ступенем конкретності норми.

1) міжнародні конвенції про права людини

Стаття 12 Загальної декларації прав людини [1] закріплює, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, тайну його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань. Відповідно до положень статей 5, 8, 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [2] кожен має право на свободу та особисту недоторканність, на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції, а також на свободу вираження поглядів, що включає право поширювати інформацію.

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів 2009 року [3], яка ратифікована Україною лише 20 травня 2020 року, кожна Сторона гарантує право кожному, без дискримінації за будь-якою ознакою, на доступ, за вимогою, до офіційних документів, що знаходяться в розпорядженні державних органів.

Важливим у контексті дослідження є положення ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до якого органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Право поширювати інформацію відповідно до ч. 2 ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду.

Про можливе обмеження права особи на інформацію йдеться також у ч. 3 ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [4], відповідно до якого користування передбаченими в пункті 2 цієї статті правами накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними: a) для поважання прав і репутації інших осіб; b) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення.

Цікавим видається також положення ч. 4 ст. 4 Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля [5]: у запиті, про надання екологічної інформації може бути відмовлено, якщо її оприлюднення може негативно вплинути на:

а) конфіденційність діяльності державних органів у випадках, коли така конфіденційність передбачається національним законодавством;

б) міжнародні стосунки, національну оборону або державну безпеку;

в) відправлення правосуддя, можливість для осіб бути відданими під справедливий судовий розгляд або спроможність державних органів проводити розслідування кримінального чи дисциплінарного характеру;

г) конфіденційність комерційної та промислової інформації у випадках, коли така конфіденційність охороняється законом з метою захисту законних економічних інтересів. У цьому контексті інформація про викиди, яка стосується охорони навколишнього середовища, підлягає оприлюдненню;

д) права інтелектуальної власності;

е) конфіденційність особистих даних і (чи) архівів, що стосуються фізичної особи, коли ця особа не дала громадськості згоди на оприлюднення такої інформації згідно з положеннями національного законодавства;

є) інтереси третьої сторони, яка надала інформацію, якщо ця сторона не зв'язана зобов'язаннями діяти належним чином або якщо на цю сторону не може бути покладено такого зобов'язання, і в тих випадках, коли ця сторона не дає згоди на оприлюднення відповідного матеріалу; або

ж) навколишнє середовище, на яке поширюється така інформація, наприклад місця розмноження рідкісних видів.

Зазначені вище підстави для відмови у відкритті інформації тлумачаться з урахуванням зацікавленості громадськості в її оприлюдненні та з огляду на те, чи стосується інформація, що міститься у запиті, викидів у навколишнє середовище.

Стаття 3 згадуваної вище Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів містить ширший перелік кола інтересів, для захисту яких інформація може бути обмеженою, а саме:

a. національної безпеки, оборони та міжнародних відносин;

b. громадської безпеки;

c. попередження, розслідування та судового переслідування кримінальної діяльності;

d. дисциплінарного розслідування;

e. перевірки, контролю та нагляду з боку державних органів;

f. приватного життя та інших законних приватних інтересів;

g. комерційних та інших економічних інтересів;

h. економічної, монетарної політики і політики обмінного курсу держави;

i. рівності сторін у судовому провадженні та ефективного здійснення правосуддя;

j. навколишнього середовища, або

k. обговорень всередині державного органу або між такими органами стосовно вивчення питання.

У доступі до інформації, що міститься в офіційному документі, може бути відмовлено у разі, якщо її розголошення завдасть або ймовірно може завдати шкоди хоча б одному з інтересів, перелічених у пункті 1, якщо тільки відсутній переважаючий суспільний інтерес в оприлюдненні такої інформації (ч. 2 ст. 3 Конвенції).

Причому тлумачення вказаних вище випадків обмеження свободи слова у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права міститься у так званих Йоганнесбурзьких принципах «Національна безпека, свобода висловлювання і доступ до інформації» [6]. Зокрема, як принципи обмеження визначено: 1) визначеність законом; 2) захист законних інтересів національної безпеки; 3) узгодженість із принципами демократичного суспільства.

Так, кожне обмеження свободи висловлювання чи доступу до інформації має бути передбачено законом. Закон повинен бути загальнодоступний, чіткий, конкретний, щоб кожна окрема особа могла визначити, чи є певна дія протиправною. Закон повинен передбачити адекватні гарантії проти порушення цих вимог, зокрема оперативний, повний, ефективний юридичний розгляд обґрунтованості обмеження незалежним судом чи органом правосуддя (принцип 1.1).

Держава не може категорично відмовляти у доступі до всієї інформації, що стосується національної безпеки, але в законі мають бути чітко обумовлено конкретні і вузькі категорії інформації, що мають залишатися закритими з метою забезпечення законних інтересів національної безпеки (принцип 12).

Окрім цього, обмеження, що запроваджується для захисту інтересів національної безпеки, не є легітимним, якщо його істинним призначенням не є захист безпеки країни або її територіальної цілісності від застосування або загрози застосування сили, або можливості країни протистояти застосуванню, або загрозі застосування сили, що надходить від зовнішнього джерела, такого як, наприклад, військова загроза, або ж з внутрішнього, такого як, наприклад, підбурювання до насильницького повалення влади (принцип 2).

У разі запровадження надзвичайного стану, в умовах загрози існуванню держави, про що офіційно законно оголошено відповідно до норм вітчизняного та міжнародного законодавства, держава може запроваджувати обмеження на свободу висловлювання та доступу до інформації, але лише тою мірою, якою цього вимагає ситуація, і лише тоді, коли це не суперечить іншим зобов'язанням уряду з міжнародного права (принцип 3).

Окрему увагу слід приділити принципу 15 «Загальне правило оприлюднення таємної інформації», відповідно до якого ніхто не може бути покараний під приводом національної безпеки за оприлюднення таємної інформації, якщо:

a) оприлюднення не завдає реальної шкоди національній безпеці і, очевидно, не зможе завдати шкоди законним інтересам національної безпеки;

b) громадський інтерес до цієї інформації перевищує шкоду від її оприлюднення.

Так само ніхто не може стати об'єктом переслідування з міркувань національної безпеки за розголос інформації, що була отримана на державній службі, якщо громадське зацікавлення в отриманні цієї інформації перебільшує шкоду від її розголосу (принцип 16).

Окрім цього, відповідно до Йоганнесбурзьких принципів, якщо інформація вже стала загальнодоступною, хай навіть незаконним шляхом, будь-які обґрунтування щодо припинення її розголосу поступаються перед правом суспільства на отримання інформації (принцип 18). Тобто, по суті, юридичне значення має лише те розголошення, яке вчинено щодо відповідної інформації вперше. Якщо інформація вже загальнодоступна, повторне її поширення не може вважатись неправомірним.

З приводу санкцій за злочини у цій сфері зазначається, що обмеження, санкції, покарання повинні бути сумірні з тяжкістю скоєного злочину (принцип 24).

2) Міжнародні конвенції щодо боротьби з певними злочинними явищами

Відповідно до ст. 5 Конвенції про кіберзлочинність [7] кожна сторона вживає такі законодавчі та інші заходи, які можуть бути необхідними для встановлення кримінальної відповідальності відповідно до її внутрішнього законодавства за навмисне серйозне перешкоджання функціонуванню комп'ютерної системи шляхом введення, передачі, пошкодження, знищення, погіршення, заміни або приховування комп'ютерних даних без права на це. Вказана норма конвенції є підґрунтям для існування у КК України у тому числі і юридичного складу кримінального правопорушення за ст. 361-2.

Уже після змін до розділу XVI Особливої частини КК України було ратифіковано 06 липня 2010 року ще одну конвенцію у даній сфері – Конвенцію про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних [8]. Відповідно до статті 7 цієї конвенції для захисту персональних даних, що зберігаються у файлах даних для автоматизованої обробки, уживають відповідних заходів безпеки, спрямованих на запобігання випадковому чи несанкціонованому знищенню або випадковій утраті, а також на запобігання несанкціонованим доступу, зміні або поширенню.

Згідно з п. b) ч. 2 ст. 13 Конвенції Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму [9] кожна Сторона вживає, зокрема, таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для того, щоб заборонити, якщо необхідно, особам, зазначеним у підпункті "a", розголошувати факт того, що передано повідомлення про підозрілу операцію або пов'язану з нею інформацію, або того, що проводиться чи може бути проведене розслідування відмивання грошей. Законом України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 06 грудня 2019 року було змінено диспозицію ч. 2 ст. 209-1 КК України і відображено відповідну «вимогу».

Положеннями ч. 1-2 ст. 24 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності [10] визначено, що кожна держава-учасниця вживає у межах своїх можливостей належних заходів, спрямованих на забезпечення ефективного захисту від імовірної помсти або залякування щодо свідків, які беруть участь у кримінальному провадженні та дають свідчення у зв'язку зі злочинами, що охоплюються цією Конвенцією, і у відповідних випадках щодо їхніх родичів та інших близьких їм осіб. Заходи, передбачені в пункті 1 цієї статті, без шкоди для прав обвинувачуваного, у тому числі для права на належний розгляд, можуть, зокрема, включати заходи, передбачені в пункті 1 цієї статті, без шкоди для прав обвинувачуваного, у тому числі для права на належний розгляд, можуть, зокрема, включати:

a) встановлення процедур для фізичного захисту таких осіб тією мірою, якою це необхідно і практично може бути здійснене, наприклад для їхнього переселення в інше місце, і прийняття таких положень, які дозволяють у відповідних випадках не розголошувати інформацію, що стосується особи і місцезнаходження таких осіб, або встановлюють обмеження на таке розголошення інформації;

b) прийняття правил доведення, що дозволяють свідчити у такий спосіб, який забезпечує безпеку свідка, наприклад дозвіл свідчити за допомогою засобів зв'язку, таких як відеозв'язок або інші належні засоби.

Положення цієї статті застосовуються також до потерпілих, оскільки вони є свідками (ч. 4 ст. 24 конвенції). На нашу думку, цим положенням кореспондує норма ст. 381 КК України.

3) Конвенції у сфері господарської діяльності

Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року [11], яка набула чинності для України лише 25 грудня 1991 року, у статті 10bis визначила поняття недобросовісної конкуренції як

будь-якого акту конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах, а також закріпила зобов'язання забезпечити громадянам країн, що беруть участь у Союзі, ефективний захист від недобросовісної конкуренції та законні засоби для ефективного припинення всіх дій, зазначених у статтях 9, 10, 10 bis (стаття 10ter).

4) Декларації, резолюції, рекомендації

Серед Резолюцій ООН рекомендаційного характеру у сфері інформації з обмеженим доступом слід проаналізувати кілька положень. Наприклад, про необхідність збереження таємниці (не уточняється якої) слідством йдеться в Резолюції ООН «Про попередження злочинності та кримінальне правосуддя в контексті розвитку: реалізація та перспективи міжнародного співробітництва» [12]. Зокрема, у п. 56 вказано, що ризик упередженості кримінального переслідування з особистих чи політичних причин можна звести до мінімуму за рахунок дотримання найвищих стандартів професіоналізму, об'єктивності, нерозголошення таємниці та чесності слідчого органу.

Сенс слідчої таємниці у резолюції обґрунтовано тим, що у разі її забезпечення знижується до мінімуму можливість знищення доказів, залякування свідків і фальсифікації виправдувальних доказів. При цьому саме слідчий орган повинен контролювати, наскільки повно і з якого часу така інформація може ставати гласною (п. 62 декларації).

Коли інформація про слідство або про підозрюваного, яка охороняється судовою таємницею, розголошується через те, що хтось зі співробітників органу, який веде слідство, не може змиритися із затримками та обмеженнями, що накладаються законами про нерозголошення службової таємниці, і приймає особисте рішення, вважаючи, що викриття виправдане, то це не на користь правосуддю. Подібні ситуації викликають зрозумілу підозру у тому, що за допомогою засобів масової інформації переслідується особистий інтерес або інтерес відомства. Таких ситуацій, за яких незаконним способом можна забруднити репутацію, слід уникати, за рахунок ефективних адміністративних заходів та покарань не допускати їх виникнення. Натомість якщо закони та процедури суспільства диктують необхідність розголошення ходу слідства і в результаті відповідна публікація у ЗМІ перешкоджає здійсненню кримінальної дії або розширюється обсяг наявних даних та доказів, то це служить інтересам правосуддя (п. 61 резолюції).

В «Основних принципах незалежності судових органів», що схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН [13], визначений зміст професійної таємниці суддів. Зокрема, відповідно до ст. 15 Принципів, судді зобов'язані зберігати професійну таємницю щодо своєї роботи та конфіденційної інформації, отриманої в ході виконання ними своїх обов'язків, за винятком відкритих судових розглядів, і їх не можна примушувати давати свідчення з таких питань. Однак міри відповідальності за порушення заборони на рівні вказаного вище документа не визначені.

Рекомендації щодо захисту медичної таємниці містяться у «Принципах захисту осіб з психічними захворюваннями і поліпшення психіатричної допомоги», затверджених Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 46/119 [14]. Зокрема, відповідно до принципу 6 «Конфіденційність» повинно поважатися право на конфіденційність інформації стосовно всіх осіб, до яких застосовуються дані принципи. При цьому цікавим є у цьому контексті положення принципу 18 «Процедурні гарантії», відповідно до якого копії документації пацієнта і будь-яких звітів, а також документів, які надані на розгляд, повинні бути передані пацієнту й адвокату пацієнта, окрім тих особливих випадків, коли встановлено, що відкриття пацієнту особливих даних спричинить серйозну шкоду його здоров'ю чи виникнення небезпеки для інших. Внутрішнє законодавство може передбачати, що будь-який документ, який не передано пацієнту, повинен бути переданий, якщо це можна зробити конфіденційно, особистому представнику й адвокату пацієнта. Якщо певна частина документа зберігається в таємниці від пацієнта, то останній або його адвокат повинні бути повідомлені про це і про причини цього, і це повинно бути предметом судового розгляду.

У структурі Ради Європи керівним органом є Комітет Міністрів, який наділений повноваженнями приймати рішення щодо висловлених Парламентською асамблеєю рекомендацій, пропозицій міжурядових комітетів та конференцій галузевих міністрів.

У сфері інформаційного простору Комітетом Міністрів Ради Європи затверджено велику кількість нормативних актів рекомендаційного характеру. Відзначимо, до прикладу, Декларацію про свободу комунікацій в Інтернеті від 28 травня 2003 року. У принципі 1 визначено, що країни-члени не будуть застосовувати до змісту (контенту) в Інтернет обмеження, що перевищуватимуть аналогічні обмеження по відношенню до інших засобів постачання змісту (контенту) [15].

Цікавими є також положення Рекомендації Rec(2003)13 Комітету Міністрів дер-

жавам-членам щодо надання інформації через засоби масової інформації стосовно кримінального судочинства [16]. Зокрема, ще у преамбулі наголошується на тому, що висвітлення засобами масової інформації в інформуванні громадськості стосовно кримінального судочинства є необхідним, аби зробити очевидною стримуючу функцію кримінального права, так само як і у забезпеченні громадського нагляду за функціонуванням системи кримінального судочинства. Межі надання інформації ЗМІ визначено у принципі 6 рекомендації, а саме: щодо кримінальних судових процесів, що становлять суспільний інтерес, або інших кримінальних судових процесів, які привернули особливу увагу громадськості, судові органи та правоохоронні служби мають інформувати засоби масової інформації про суттєві власні дії, доки це не перешкоджає тайні слідства та міліцейського розслідування або затримує чи заважає завершенню судового процесу. Крім цього, можна сказати, що на рівні принципу 10 визначений зміст судової таємниці: «У контексті кримінального судочинства, особливо коли залучено присяжних засідателів або суд присяжних, судові органи та правоохоронні служби мають утримуватися від оприлюднення інформації, яка тягне за собою ризик значної шкоди справедливості судового розгляду».

Крім цього, дотичною до проблем кримінальної відповідальності за розголошення інформації про вжиті щодо особи заходи захисту є Рекомендація Rec (2005) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо захисту свідків та осіб, які співпрацюють з правосуддям [17]. Однак проаналізовані рекомендації вказівок чи порад власне кримінально-правового характеру не містять.

Також Україна є членом ряду міжнародних організацій, наприклад Всесвітньої організації охорони здоров'я, Організації Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури, Світової організації торгівлі, які також розробляють рекомендації для країн-членів. Зокрема, додатком 1С до Угоди про заснування Світової організації торгівлі, яка набрала чинності для України 16 травня 2008 року [18], є Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності [19]. У статті 39 даної угоди визначено поняття комерційної таємниці («нерозкритої інформації» за термінологією самого документа), а також висловлено вимогу надавати захист нерозкритої інформації для забезпечення ефективного захисту конкуренції. При цьому Члени, вимагаючи як умову отримання дозволу на збут фармацевтичної продукції або продукції сільськогосподарської хімії, у якій використовуються нові хімічні речовини, надання нерозкритих даних випробувань або інших даних, отримання яких потребує значних зусиль, повинні надавати захист таким даним від нечесного комерційного використання. Крім того, члени захищають такі дані від розкриття, за винятком тих випадків, коли це необхідно для захисту населення або якщо не вжито заходів для забезпечення захисту таких даних від нечесного комерційного використання. У цьому контексті доречно відзначити, що ст. 232 КК України не містить кваліфікуючих ознак щодо розголошення комерційної таємниці з використанням службового становища (наприклад, у дозвільному органі).

Висновки

Таким чином, проаналізовані вище міжнародні документи містять вимоги та рекомендації у трьох ключових напрямах, а саме щодо дотримання у кримінальному законі принципу правової визначеності задля розмежування правомірної та протиправної поведінки, забезпечення ефективних заходів боротьби з певними міжнародними злочинними явищами (корупція, легалізація доходів, одержаних злочинним шляхом, кіберзлочинність, транснаціональна організована злочинність), а також обставин, що виключають злочинність діяння чи звільнення від відповідальності за порушення національного закону щодо розголошення інформації. У чинному КК України більша частина міжнародних вимог відображена адекватно, окрім обставин, за яких діяння, яке формально порушує вимоги закону, все ж не утворюватиме кримінальне правопорушення (обставин, які виключають злочинність діяння чи звільняють від кримінальної відповідальності), можливість та необхідність імплементації яких у кримінальний закон є предметом окремого дослідження. Крім цього, відкритим залишається питання про ефективність упроваджених кримінально-правових засобів захисту інформації з обмеженим доступом.

Список використаних джерел:

1. Всеобщая декларация прав человека. 1948. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 28.01.2021).

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. 1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 28.01.2021).

3. Конвенція Ради Європи про доступ до офіційних документів. 2009. URL: https://zakon.rada.

gov.ua/laws/show/994_001-09#Text (дата звернення: 28.01.2021).

4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. 1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#o100 (дата звернення: 30.01.2021).

5. Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (Орхуська Конвенція). 1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_015#o66 (дата звернення: 30.01.2021).

6. Йоганнесбурзькі принципи «Національна безпека, свобода висловлювання і доступ до інформації». 1995. URL: http://www.ji.lviv.ua/n32texts/johannesburg.htm (дата звернення: 30.01.2021).

7. Конвенція про кіберзлочинність. 2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#o41 (дата звернення: 28.01.2021).

8. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. 1981. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_326#Text (дата звернення: 28.01.2021).

9. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. 2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_948#Text (дата звернення: 28.01.2021).

10. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності. 2000. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789#Text (дата звернення: 22.01.2021).

11. Паризька конвенція про охорону промислової власності. 1883. – URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_123#o185 (дата звернення: 23.01.2021).

12. Попередження злочинності та кримінальне правосуддя у контексті розвитку: реалізації та перспективи міжнародного співробітництва. Практичні заходи боротьби з корупцією. 1990. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_785#Text (дата звернення: 28.01.2021).

13. Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року. 1985. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_201#Text (дата звернення: 28.01.2021).

14. Резолюція 46/119 «Захист осіб з психічними захворюваннями та поліпшення психіатричної допомоги». 1992. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_905#Text (дата звернення: 23.01.2021).

15. Декларація про свободу комунікацій в Інтернеті, затверджена Комітетом Міністрів Ради Європи. 2003. URL: https://cedem.org.ua/library/deklaratsiya-pro-svobodu-komunikatsij-v-internet/ (дата звернення: 28.01.2021).

16. Рекомендація Rec (2003)13 щодо надання інформації через засоби масової інформації стосовно кримінального судочинства прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 10 липня 2003 року на 848-му засіданні заступників Міністрів. 2003. URL: https://cedem.org.ua/library/rekomendatsiya-rec-2003-13-shhodo-nadannya-informatsiyi-cherez-zasoby-masovoyi-informatsiyi-stosovno-kryminalnogo-sudochynstva/ (дата звернення: 30.01.2021).

17. Рекомендація Rec (2005) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо захисту свідків та осіб, які співпрацюють з правосуддям. 2005. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2005_9_2005_04_20.pdf (дата звернення: 30.01.2021).

18. Угода про заснування Світової організації торгівлі. 1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_342#Text (дата звернення: 21.01.2021).

19. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. 1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text (дата звернення: 28.01.2021).

Timea Prokopchuk. International standards of criminal law protection of information with limited access

A number of international regulations containing standards of criminal law protection of information with limited access have been analyzed in the article. Their main content has been analyzed; they have been divided into groups according to the subject of legal regulation and legal force.

In particular, the types of international standards of criminal law protection of the information with limited access were divided by the author for three groups, namely international conventions, the subject of regulation of which are human rights, international conventions on combating specific criminal phenomena (transnational crime, cybercrime, money laundering), international conventions in the field of commercial activity, and acts of recommendatory nature – declarations, resolutions, recommendations. The logical and legal connection between the requirements of international treaties and the existing legal structures of criminal offenses in criminal law are established by the author (Articles 163, 182, 209-1 p. 2, 232, 261-2, 381, 387 of the Criminal Code of Ukraine). It is determined that in general, international standards in the field of criminal law protection of information with limited access are adequately implemented in the current legislation. However, the issue of the circumstances under which an action will not constitute a criminal offense even so it formally violates the requirements of the law requires further scientific sensemaking. Thus, there are no reservations in the domestic criminal legislation that no one can be punished under the pretext of national security for disclosure of secret information if the disclosure does not cause real harmto national security, and, obviously, shall not be able to cause a harm to legitimate interests of national security, or the public interest in this information outweighs the harm of its disclosure. In addition, there cannot be considered as

being perfectly corresponding to the principle of legal certainty (clarity and specificity so that each individual could determine whether a particular action is illegal) texts of dispositions of articles of the Criminal Code of Ukraine, which provide legal structure of criminal offenses for disclosure of information with limited access. At that, the author emphasizes that Ukraine's membership in international organizations obliges it to adhere to international norms and principles.

Key words: classified information, international standards, requirements of the international community, disclosure of information, secrecy, criminal offense.

УДК 343.2/.7+343.8:348.851
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.39

Олександра Смушак,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри кримінального права та кримінології
Національного університету «Одеська юридична академія»

Богдан Дердюк,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДО ПИТАННЯ ПРО ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «ПРИЧЕТНІСТЬ ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ»

У статті розглянуто поняття інституту причетності до кримінального правопорушення в кримінальному праві, аналізуються його основні риси й особливості, які в сукупності зможуть визначити його якісну характеристику та своєрідність порівняно з іншими суміжними поняттями.

Дається аналіз видів причетності до кримінального правопорушення. Зокрема, аналізуються особливості видів причетності до кримінального правопорушення та їх законодавче регулювання й закріплення в чинному КК України. У зв'язку з тим що інститут причетності до кримінального правопорушення не отримав належного закріплення в чинному кримінальному законі й у теорії кримінального права, у цьому питанні існують певні розбіжності. Звертається увага на низку недоліків, які містяться в чинному законодавстві стосовно закріплення видів причетності до кримінального правопорушення. Разом із тим указується на актуальність законодавчого регулювання інституту причетності до кримінального правопорушення. Сьогодні саме інститут причетності до кримінального правопорушення може стати дієвим інструментом, який допоможе органам дізнання та досудового розслідування не тільки своєчасно розкривати кримінальні правопорушення, а й сприяти запобіганню суспільно-небезпечним діянням, викриттю винних і виявленню латентних кримінальних правопорушень. Отже, на всіх етапах розвитку кримінального права одним із основних завдань є запобігання злочинності. Це зумовлено тим, що діяння причетних осіб створюють сприятливі умови для здійснення злочинної діяльності іншими особами, сприяють приховуванню кримінальних правопорушень і злочинців чи добутого злочинним шляхом майна. Варто зазначити, що причетність впливає на кваліфікацію діяння та визначення як виду, так і розміру покарання, а отже, на долю особи, яка притягується до кримінальної відповідальності.

Автори статті, розглядаючи правову природу інституту причетності до кримінального правопорушення, з урахуванням наукових досліджень теорії кримінального права подають власне бачення щодо його інтерпретації. Запропонована дефініція причетності до кримінального правопорушення.

Ключові слова: причетність до кримінального правопорушення, приховування, потурання, неповідомлення, сприяння, співучасть.

Постановка проблеми. Традиційно у вітчизняному кримінальному праві проблема причетності до кримінального правопорушення досліджувалася в межах інституту співучасті в кримінальному правопорушенні. Сучасне кримінальне законодавство не містить у Загальній частині КК України 2001 р. спеціального інституту причетності до кримінального правопорушення й не користується терміном «причетність». Чинне законодавство не розкриває поняття причетності до кримінального правопорушення, цей термін використовується в теорії кримінального права, але єдиної точки зору стосовно його змісту немає. Потрібно зазначити, що причетність впливає на кваліфікацію діянь і визначення виду та розміру покарання.

Закономірним є інтерес науковців до проблеми, які виникають при застосуванні інституту причетності до кримінального правопорушення в кримінальному судочинстві. Його теоретичним і практичним питанням присвячені праці таких учених, як Г.І. Баймурзін, І.А. Бушуєв, Г.Б. Вітенберг, Т.В. Губаєв, М.К. Гнетнєв, А.В. Зарубін, В.Н. Зирянов, Н.С. Косякова, А.Н. Лемешко, А.Д. Макаров, С.Н. Таганцев, А.А. Піон-

© О. Смушак, Б. Дердюк, 2021

товський, Б.Т. Разгільдієв, В.Г. Смірнов, М.Х. Хабібулін, А.Н. Ігнатов та інші.

Мета статті полягає в здійсненні аналізу істотних рис інституту причетності до кримінального правопорушення, виявлення його своєрідності порівняно з іншими суміжними поняттями, а також розробці теоретичних положень, що стосується поняття причетності до кримінального правопорушення.

Виклад основного матеріалу. Тема ця складна та не вичерпана, попри значні внески науковців, на практиці залишається ще досить багато проблемних питань, які створюють проблеми у кваліфікації діянь і визначенні виду та розміру покарання.

У юридичній літературі немає єдиної думки стосовно змісту інституту причетності до кримінального правопорушення. Більшість авторів притримується думки, що поняття причетності охоплює три види злочинної діяльності: 1) приховування; 2) неповідомлення; 3) потурання. Майже всі дослідники, характеризуючи причетність до кримінального правопорушення, указують на дві відмінні ознаки: 1) наявність певного зв'язку з уже наявним явищем, а саме вчиненим кримінальним правопорушенням, кримінальним правопорушенням, яке готується або вчиняється; 2) відсутність сприяння вчиненню самого кримінального правопорушення [1, с. 49–50].

А.А. Піонтовський стверджував, що причетністю є діяння, яке вчинене у зв'язку з учиненням виконавцем кримінального правопорушення, але при цьому не є однією з причин його вчинення [2, с. 318].

Н.Г. Радунцева, Б.Т. Разгільдієв, Н.С. Косякова розуміють під причетністю до кримінального правопорушення заздалегідь необіцяне умисне суспільно небезпечне діяння, пов'язане із кримінальним правопорушенням, але яке не сприяє його скоєнню та перешкоджає виявленню кримінального правопорушення і злочинця [3, с. 180].

Г.І. Баймурзін визначає причетність як суспільно небезпечну діяльність осіб [4, с. 50].

З останнім визначенням не можна погодитися, тому що воно не відображає в повному обсязі змісту причетності, оскільки причетність є не зовсім діянням, так як дві її форми, потурання і неповідомлення про кримінальне правопорушення, можна визначити як «бездіяльність».

Суспільна небезпека причетності до кримінального правопорушення обумовлюється тим, що вона створює умови для вчинення кримінального правопорушення, не дає змоги органам дізнання та досудового розслідування своєчасно виявити, припинити та розкрити кримінальне правопорушення.

На підставі досягнень теорії кримінального права й чинного Кримінального кодексу (далі – КК) України (ч. ч. 6 і 7 ст. 27 КК України) варто відрізняти три види причетності до кримінального правопорушення: 1) заздалегідь не обіцяне приховування кримінального правопорушення; 2) неповідомлення про кримінальне правопорушення; 3) потурання кримінальному правопорушенню. М.І. Мельник виділяє ще один вид причетності до кримінального правопорушення – заздалегідь необіцяне сприяння учасникам злочинних організацій (ст. 256 КК України) [5, с. 184].

Цьому питанню присвячене дисертаційне дослідження М.К. Гнетьєва, який визначає теоретичні основи кримінальної відповідальності за сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їхньої злочинної діяльності й унесення науково обґрунтованих пропозицій для вдосконалення норм КК України в частині відповідальності за це діяння [6, с. 6].

Чинний КК України не передбачає такого спеціального складу кримінального правопорушення, як «неповідомлення». Відповідальність за таке діяння відома в КК 1960 р. (ст. 186 КК України), який містив вичерпний перелік кримінальних правопорушень, за заздалегідь необіцяне приховування яких передбачена кримінальна відповідальність. Убачається, що скасування цього виду причетності в чинному КК України є не обґрунтованим (скасована відповідальність навіть за недонесення про особливо тяжкі злочини).

У чинному КК України (ч. 6 ст. 27) визначена лише одна форма причетності – заздалегідь необіцяне переховування. Заздалегідь необіцяне переховування кримінального правопорушення – це активна діяльність особи з переховування злочинця, знарядь і засобів учинення кримінального правопорушення, слідів кримінального правопорушення чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів. Особи, які вчинили ці діяння, підлягають кримінальній відповідальності лише у випадках, передбачених у ст. ст. 198 і 396 КК України. Кримінальна відповідальність за заздалегідь необіцяне приховування кримінального правопорушення можлива тільки при приховуванні тяжких та особливо тяжких злочинів (ч. 1 ст. 396 КК України). Відповідно до ч. 2 ст. 396 КК України, не підлягають кримінальній відповідальності за заздалегідь необіцяне приховування злочину члени сім'ї чи близькі родичі особи, яка вчинила злочин, коло яких визначається законом.

Потурання як форма причетності до кримінального правопорушення пов'язана

з невиконанням особою покладених на неї юридичних обов'язків щодо запобігання кримінальному правопорушенню чи припинення кримінального правопорушення. У теорії кримінального права потурання визначається як бездіяльність будь-якої особи, яка не припиняє правопорушення, створює умови для його вчинення (О.М. Лемешко) [7, с. 10].

Потурання кримінальному правопорушенню можливе на стадії підготовки до кримінального правопорушення. Правова оцінка потурання залежить від того, чи було воно заздалегідь обіцяне. Коли потурання було заздалегідь обіцяне, то воно утворює співучасть у кримінальному правопорушенні. Якщо потурання не було заздалегідь обіцяним, воно може бути визнано відповідним службовим зловживанням (ст. ст. 364, 423 КК України). У науковій літературі висловлюється пропозиція, передбачити в КК України спеціальну норму про кримінальну відповідальність за потурання кримінальному правопорушенню, яка передбачала б відповідальність за заздалегідь необіцяне потурання, що вчиняється службовою особою правоохоронного органу (О.М. Лемешко).

М.І. Мельник, В.А. Клименко виділяє ще один вид причетності як заздалегідь необіцяне сприяння учасникам злочинних організацій – це особливий вид причетності, оскільки цей вид причетності належить лише до окремих злочинів, які пов'язані зі створенням і функціонуванням злочинних організацій (ст. 255 КК України) [5, с. 187].

А.Д. Макаров обґрунтовує наявність причетності до злочину як особливої й самостійної форми злочинної діяльності. Він відзначав, що причетність відрізняється від співучасті. Ця відмінність полягає в ознаках, які характеризують співучасть: 1) участь у злочині двох і більше осіб; 2) спільна їхня діяльність; 3) спільний умисел.

Спільна діяльність як об'єктивна ознака співучасті означає: а) спільні дії, які вчиняються узгоджено співучасниками, взаємодоповнюючи та взаємообумовлюючи один одного; б) спільний злочинний результат; в) причинний зв'язок між спільними діями та спільним результатом.

Умисний характер співучасті означає: а) кожний співучасник усвідомлює шкідливість не тільки своїх діянь, а й діянь інших співучасників; б) кожний співучасник передбачає шкідливість наслідків не тільки власних дій, а й дій інших співучасників; в) кожний співучасник бажає настання шкідливих наслідків не тільки власних дій, а й дій інших співучасників. Водночас вона має низку спільних характеристик, які дають змогу об'єднати приховування, недонесення та потурання в єдине поняття причетності до кримінального правопорушення [8, с. 59]. По-перше, це суспільно небезпечне діяння (дія або бездіяльність) причетних осіб, не будучи співучастю в кримінальному правопорушенні, завжди пов'язана із цим кримінальним правопорушенням. Це проявляється в тому, що особа, яка дізналася про вчинення кримінального правопорушення й переховує злочинця, не повідомляє компетентні органи про те, що вона бачила, або про те, що готується кримінальне правопорушення, при цьому не протидіяла вчиненню цього кримінального правопорушення, маючи таку можливість. По-друге, діяльність причетних осіб хоча й пов'язана з учиненням кримінального правопорушення, але не є й не може вважатися причиною злочинного результату. Ця діяльність не знаходиться в причинному зв'язку з фактом учинення кримінального правопорушення. По-третє, інститут причетності до кримінального правопорушення полягає в тому, що ця діяльність пов'язана зі злочинами третіх осіб. А.М. Трайнін визначав, що причетність – це так званий зв'язок третіх осіб зі злочинцями [9, с. 132]. М.І. Мельник, В.А. Клименко вважають, що причетність до злочину – це умисна дія або бездіяльність, яка пов'язана зі здійсненням злочинної діяльності іншою особою [4, с. 184]. Аналогічної точки зору дотримується С.І. Селецький [10, с. 114]. По-четверте, у діях, які пов'язані з причетністю до кримінального правопорушення, на відміну від співучасті, відсутня ознака спільності, а саме спільність злочинного результату, а також причинний зв'язок між спільними діями та спільним злочинним результатом. Відповідальність самих причетних осіб має індивідуальний характер. Ступінь суспільної небезпеки причетності до кримінального правопорушення значною мірою визначається ступенем суспільної небезпеки основного кримінального правопорушення. Наприклад, переховування вбивці небезпечніше від переховування особи, яка скоїла грабіж. Але це означає лише залежність розміру покарання від тяжкості скоєного кримінального правопорушення, але не визначає залежності настання відповідальності причетних до нього осіб від відповідальності основного злочинця, який може з тих чи інших причин і не понести покарання.

Висновки

Аналізуючи вищенаведені ознаки причетності до кримінального правопорушення, можна дати таке визначення причетності до кримінального правопорушення.

Причетність до кримінального правопорушення – це умисна дія або бездіяльність,

яка посягає на суспільну безпеку, передбачена кримінальним законом і пов'язана із закінченим кримінальним правопорушенням або діями, які утворюють незакінчене кримінальне правопорушення, не сприяють його підготовці й учиненню, а отже, не знаходяться в причинному зв'язку зі злочинним результатом.

Причетність до кримінального правопорушення володіє спеціальними властивостями, виступає як своєрідний каталізатор злочинності. Тому можливості вдосконалення юридичної та, зокрема, кримінально-правової її регламентації є досить актуальними.

Список використаних джерел:

1. Косякова Н.С. Прикосновенность к преступлению по российскому уголовному праву: становление, состояние и перспективы развития : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Москва, 2001. 212 с.

2. Пионтовский А.А. Советское уголовное право. 3-е изд., испр. и дополн. Москва – Ленинград, 1929. Т. 1 : Общая часть. 372 с.

3. Радунцева Н.Г. Уголовная ответственность за ранее обещанное укрывательство : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Омск, 1980. 180 с.; Разгильдиев Б.Т. Уголовно-правовые проблемы прикосновенности к преступлению : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Москва, 1979. С. 63; Костякова Н.С. Прикосновенность к преступлению по российскому уголовному праву: становление, состояние и перспективы развития : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Москва, 2001. С. 51.

4. Баймурзин Г.И. Ответственность за прикосновенность к преступлению по советскому уголовному праву : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Москва, 1966. 279 с.

5. Мельник М.І., Клименко В.А. Кримінальне право України. Загальна частина. Київ, 2008. 376 с.

6. Гнетнєв М.К. Кримінальна відповідальність за сприяння учасників злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Луганськ, 2010. 235 с.

7. Лемешко О.М. Кримінально-правова оцінка потурання вчиненню злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право». Харків, 2008. 10 с.

8. Макаров А.Д. Уголовная ответственность за прикосновенность к преступлению : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право». Москва, 2003. 179 с.

9. Трайнин А.Н. Учение о соучастии. Москва, 1941.

10. Селецький С.І. Кримінальне право. Загальна частина : навчальний посібник. Київ, 2007. 264 с.

Oleksandra Smushak, Bogdan Derdyuk. On the issue of the content of the concept "involvement" in a criminal offense

The concept of the institution of implication in a crime is considered in the article, its main features and peculiarities are analyzed, which together will be able to determine its qualitative characteristic and originality in comparison with other related concepts.

The analysis of types of implication in a crime is given. In particular, the peculiarities of the types of implication in a crime and their legislative regulation and consolidation in the current Criminal Code of Ukraine are analyzed. Due to the fact that the institution of implication in a crime has not been properly enshrined in the current criminal law and in the theory of criminal law, there are some differences on this issue. Attention is drawn to a number of shortcomings which are contained in the current legislation regarding the consolidation of types of involvement in a criminal offense. At the same time, the urgency of the legislative regulation of the institution of implication in a crime is pointed out. Today, the institution of involvement in criminal offenses can become an effective tool that will help the bodies of inquiry and pre-trial investigation not only to timely detect criminal offenses, but also to help prevent socially dangerous acts, expose perpetrators and identify latent criminal offenses. Thus, at all stages of the development of criminal law, one of the main tasks is to prevent crime. This is due to the fact that the actions of those involved create favorable conditions for the commission of criminal activities by others, contribute to the concealment of criminal offenses and criminals, or criminally obtained property. It should be noted that involvement affects the qualification of the act and the definition of both the type and amount of punishment, and hence the fate of the person prosecuted. The author of the article, considering the legal nature of the institution of involvement in a criminal offense, taking into account scientific research in the theory of criminal law, gives his own vision of its interpretation. A definition of involvement in a criminal offense is proposed.

Key words: implication in a crime, concealment, indulgence, non-notification, assistance, complicity.

УДК 343.914
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.40

Марина Хоменко,
студентка V курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Михайло Романов,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінології і кримінально-виконавчого права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ У МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЗАСУДЖЕНИХ

Стаття присвячена дослідженню питання захисту прав засуджених у контексті застосування практики Європейського суду з прав людини. Захист прав засуджених є правовим інститутом, що гарантує дотримання загальних прав людини з огляду на специфіку для відповідних осіб. Особлива увага приділена застосуванню рішень ЄСПЛ у справах, стороною яких є Україна, а саме «Бігун проти України», «Полторацький проти України», «Коваль проти України», «Віслогузов проти України». У них проаналізовано вплив наведених рішень ЄСПЛ та висловлених рекомендацій на фактичний стан захисту прав засуджених, а також пропозиції з удосконалення кримінально-виконавчого законодавства України. Розглянуто актуальні зміни в законодавстві, що впливають на визначення та захист прав засуджених. Підкреслено основні порушення, що були з боку України як держави-підписанта Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також правові висновки, відповідальність, визначену ЄСПЛ. Серед найбільш частих порушень варто згадати обмеження права на побачення з родиною, заборону зустрічей з представником, отримування пошти, ненадання кваліфікованої чи необхідної медичної допомоги, дискримінацію та обмеження права підтримувати будь-який зв'язок із зовнішнім світом. Зазначено, що захист прав засуджених у ЄСПЛ є механізмом запобігання неправомірним втручанням і зловживанням з боку держави, який за допомогою винесення рішень і присудження відповідних компенсацій перетворює принципи, закріплені в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з декларації, на реальні правовідносини. Підкреслено, що саме можливість захисту створює умови для існування, підтримання та гарантування відповідних правовідносин. Водночас зазначено, що правове регулювання у цій сфері та фактична реалізація закріплених положень належним чином не забезпечують захист прав засуджених згідно з міжнародними стандартами, адже кількість рішень проти України є досить значною порівняно з країнами Ради Європи.

Ключові слова: міжнародно-правова практика, механізм захисту, порушення права засудженого, сутність захисту прав засудженого, забезпечення прав засудженого.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини є універсальним механізмом захисту порушених прав. Йому притаманний всеохоплюючий характер, адже Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод дуже ефективно працює щодо засуджених, підкреслюючи, що засуджені – теж люди. Нині вплив рішень ЄСПЛ є досить значним та охоплює різноманітні правові аспекти: від боротьби зі злочинністю та забезпечення судочинства до захисту прав і свобод засуджених осіб. Україна є державою, що підписала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та має зобов'язання щодо її впровадження на своїй території, тому актуальним та важливим є забезпечення реалізації цих положень на практиці в контексті захисту прав засуджених.

Зазначена проблематика є актуальною, оскільки випадки звернення до ЄСПЛ є непоодинокими і стосуються, зокрема, захисту прав та інтересів засуджених. Відповідній проблематиці приділяли увагу П.П. Андрушко, О.О. Дудорова, К.П. Задоя, П.П. Андрушко, Т.І. Фулей та інші науковці.

Метою статті є вивчення теоретичних та практичних аспектів використання практики ЄСПЛ через призму захисту прав засуджених, дослідження рішень Європейського суду з прав людини у справах, де Україна виступає стороною, та їх впливу на захист прав засуджених.

© М. Хоменко, М. Романов, 2021

Виклад основного матеріалу. Міжнародна співпраця держав у галузі прав людини відбувається у формі запровадження певних стандартів щодо змісту правового статусу індивіда та прийняття державами зобов'язань дотримуватися цих стандартів у своєму внутрішньому законодавстві та в повсякденній діяльності. Важливою функцією Європейського суду з прав людини є забезпечення неухильного дотримання і виконання норм Конвенції державами-учасницями. Важливість Конвенції обумовлена не тільки широтою закріплених у ній прав, але й механізмами захисту, створеними для розслідування можливих порушень і для забезпечення виконання обов'язків, передбачених Конвенцією. Вона дає право громадянину держави, у якій поширилась юрисдикція Європейського суду, звернутися до цього органу, якщо громадянин вважає, що його права було порушено й суд виніс несправедливе рішення. Стаття 55 Конституції України надає право громадянам України звернутись із заявою до Європейського суду [13]. Впровадження норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод сприяє використанню принципів, які в ній закріплені, а також впровадженню положень, що містяться в рішеннях ЄСПЛ, оскільки вони є реакцією на порушення державою-учасницею. Діяльність ЄСПЛ можна розглядати як механізм захисту прав засуджених, гарантування яких покладається на державу [1, с. 146].

Як відомо, у 2014 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів», що стимулював реалізацію різних напрямів забезпечення прав засуджених, що стали предметом цього дослідження. Крім того, Верховна Рада прийняла Закон України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо гуманізації порядку та умов виконання покарань)» від 6 вересня 2016 р., яким урегульовано питання примусового годування засуджених, зазначені додаткові гарантії захисту прав засуджених жінок та жінок, які мають при собі дітей, а також неповнолітніх [2]. Зазначений Закон також розширив перелік заходів заохочення, що можуть застосовуватись до засуджених, що забезпечить їх реальний вплив на поведінку засуджених. Аналізуючи наведений Закон, можемо сказати про те, що законодавець намагається удосконалити законодавство у сфері захисту прав засуджених [3]. Відповідно до ст. 1 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, держави-учасниці беруть на себе обов'язок щодо забезпечення кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, прав і свобод, передбачених Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод. Це положення, безсумнівно, стосується забезпечення захисту прав засуджених осіб [4].

Рішення ЄСПЛ містять позиції, що сприяють забезпеченню запобігання катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження. Україна посідає одне з перших місць за кількістю справ серед держав-членів Ради Європи, які перебували на розгляді в ЄСПЛ [6]. Загалом у ЄСПЛ перебувало 56 250 справ проти держав – сторін Конвенції, на Україну припадали 7 100 справ, а це означає, що 12,6% від загальної кількості справ стосуються вірогідного порушення прав людини з боку держави. У ЄСПЛ можна оскаржити порушення державою в особі її органів, установ, організацій, посадових осіб чи інших владних суб'єктів прав людини або основоположних свобод, які передбачені Конвенцією про захист прав та основоположних свобод людини та Протоколів до неї [6]. Засуджений має право подати скаргу до ЄСПЛ після того, як вичерпав усі доступні ефективні національні засоби юридичного захисту, в Україні це означає, що справу повинні розглянути усі інстанції [1, с. 146–148].

У справі «Бігун проти України» заявники стверджували, що була наявна абсолютна заборона тривалих побачень з родичами, яка до травня 2014 р. існувала в Україні для засуджених до довічного позбавлення волі, що порушило їхні права.

Заявники зазначали, що, згідно зі ст. 8 Конвенції, «кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом». ЄСПЛ дійшов висновку, що в цій справі було порушення ст. 8 Конвенції і присудив сплатити заявнику відповідну компенсацію [7].

ЄСПЛ розглядав скаргу у справі «Полторацький проти України», де піднімалось питання щодо тримання, поводження із заявником у так званому коридорі смерті в СІЗО Івано-Франківської області. Полторацький скаржився на обмеження права на побачення з родиною, на те, що йому не дозволяли мати зустрічі з адвокатом, а також відсилати й отримувати листи, дивитися телебачення і мати будь-який зв'язок із зовнішнім світом. ЄСПЛ зазначив, що таке втручання може бути виправданим лише у разі застосування «відповідно до закону». Проте у цій справі

Суд вважає, що не можна сказати, що втручання у право заявника на повагу до приватного і сімейного життя та кореспонденцію було здійснено «відповідно до закону», як вимагається ст. 8 Конвенції, отже, зазначену статтю Конвенції було порушено [8].

Справи щодо України стосуються порушення ст. 3 Конвенції, а саме таких різноманітних аспектів, як, наприклад, неналежні умови тримання під вартою («Віслогузов проти України», «Данкевич проти України», «Коваль проти України» тощо); незабезпечення своєчасної та належної медичної допомоги («Кучерук проти України», «Пєтухов проти України» тощо). «Коваль проти України» – справа, що також висвітлює низку порушень прав засуджених. Заявник скаржився на неналежне поводження з ним під час перебування під вартою. Коваль скаржився на те, що державні органи не забезпечили належного та необхідного лікування та медичної допомоги. Він зазначав, що неналежні умови тримання його під вартою спричинили тяжкі страждання і погіршення його стану здоров'я. Заявник звертався до ст. 3 Конвенції, що забороняє катування або нелюдське чи таке, що принижує гідність, поводження. Як зазначено у п. 66 рішення, під час перебування під вартою поводження з ним було жахливим і мало цілеспрямований характер зламати його моральний опір і примусити свідчити проти третіх осіб та зізнатися у злочинах, які він не вчиняв. Важливим аспектом є висвітлення порушень, пов'язаних із побутовими умовами засуджених. Так, Коваль наголошує у скарзі на тому, що камери СІЗО № 13 були повні паразитів. Відкритий туалет був розташований недалеко від стола на підвищенні навпроти дверей камери розміром у 12 квадратних метрів, у якій перебувало вісім в'язнів. Хворі в'язні, переведені з інших установ виконання покарань або слідчих ізоляторів, деякі з яких страждали на туберкульоз та венеричні захворювання, перебували з іншими в'язнями у тих самих приміщеннях, створюючи небезпеку зараження [9].

У справі «Віслогузов проти України» заявник скаржився на те, що під час відбування покарання йому кілька разів примусово вводили психотропний препарат; камери були переповненими, харчування було недостатнім, а санітарно-гігієнічні умови – незадовільними; побутові умови тримання були неналежними з огляду на переповненість камер і відсутність вентиляції; протягом усього часу відбування покарання він був позбавлений медичної допомоги. Внаслідок цього було порушено ст. 3 Конвенції, яка передбачає, що нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню. ЄСПЛ констатував наявність правопорушень прав засудженого, а також зобов'язав Україну відшкодувати 8 тисяч євро заявнику [10].

Однією з останніх справ є справа «Бєляєв та інші проти України». Заявниками є засуджені до довічного позбавлення волі, що відбувають покарання. Вони зазначали, що зазнали порушення права на повагу до приватного і сімейного життя через відсутність можливості мати тривалі візити зі своїми близькими родичами, членами сімей. Проте урядом були спростовані відповідні вимоги, але Суд визнав порушення ст. 14 Конвенції (заборона дискримінації) разом зі ст. 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя) [11, с. 18–19].

Також однією з останніх справ є справа «Сукачов проти України», де заявник скаржився на погану вентиляцію, систему водовідведення, антисанітарні умови тримання та тримання засуджених у переповнених камерах. Він стверджував, що це саме по собі становило порушення ст. 3 Конвенції, проте він не мав ніяких ефективних засобів правового захисту щодо своїх скарг. Беручи до уваги поточні міркування та наявну проблему, яка існувала протягом багатьох років, значну кількість осіб, на яку вона вплинула або здатна вплинути, а також термінову необхідність забезпечити їм необхідне та доречне відшкодування на національному рівні, Європейський суд вирішив застосувати процедуру пілотного рішення в цій справі та назвав комплексні заходи для вирішення структурної проблеми. Зрештою, враховуючи постійний та триваючий характер проблеми та явну відсутність будь-якого конкретного рішення, Європейський суд закликав українські органи влади забезпечити доступні ефективні превентивні та компенсаторні засоби захисту [14].

Як свідчить практика ЄСПЛ, права засуджених у нашій країні, на жаль, перебувають на неналежному рівні забезпечення. Такі справи, як «Вінтман проти України», «Логвіненко проти України», «Петухов проти України», «Сукачов проти України», красномовно вказують на недосконалість засобів забезпечення та захисту прав засуджених. У сьомій періодичній доповіді України про виконання положень Конвенції ООН проти катувань та нелюдяного або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання Уряд відповідав на рекомендації і питання, які були сформульовані Комітетом ООН проти катувань та жорстокого поводження, і, як вбачається зі змісту відповідей, реформування

і вдосконалення процесу виконання покарань в Україні все ще перебувають на низькому рівні реалізації. Багато проблем і складнощів існує саме у сфері забезпечення й реалізації прав засуджених. Нині засуджені поінформовані про всі механізми захисту, тому більшість засуджених вміє ними користуватися і, незважаючи на деякі перешкоди з боку окремих посадових осіб органів та установ виконання покарань, робить це [15, с. 2–4].

Висновки

Підсумовуючи викладене, доходимо висновку, що вплив рішень ЄСПЛ набуває суттєвого значення у зв'язку з адаптацією законодавства України до стандартів Європейського Союзу стосовно захисту прав засуджених. Конвенція про права людини містить низку статей щодо захисту осіб, які відбувають покарання у місцях позбавлення волі, оскільки вони є частиною загальних невід'ємних прав людини, які мають бути захищені державою, яка підписала Конвенцію. Засуджена особа має право на захист у разі порушення права, отже, може звертатися за захистом, зокрема, до Європейського суду з прав людини. Варто зазначити, що відповідний механізм захисту від порушення прав засуджених дедалі частіше використовується. Процедура є досить тривалою, але справедливість, неупередженість рішення та наявність справедливих висновків відіграють значну роль у відповідних рішеннях.

Список використаних джерел:

1. Ільїна О.В. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2019. № 5. URL: http://apnl.dnu.in.ua/5_2019/32.pdf.

2. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо гуманізації порядку та умов виконання покарань : Закон України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1488-19.

3. Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо вдосконалення порядку застосування до засуджених заходів заохочення і стягнення : Закон України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1487-19.

4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11 та 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12 та 13. *Право України*. 2010. № 10.

5. Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

6. Центр інформації про права людини. URL: https://humanrights.org.ua/material/ukrajina_vzhe_ne_lider_za_kilkistjiu_skarg_proti_neji_u_jespl_aktualna_statistika_vid_jevrosudu_ta_minjiust.

7. Справа «Бігун проти України» (Заява № 30315/10). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d50#Text.

8. Справа «Полторацький проти України» (Заява № 38812/97). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_838#Text.

9. Справа «Коваль проти України» (Заява № 65550/01). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_143#Text.

10. Справа «Віслогузов проти України» (Заява № 32362/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_568#Text.

11. Огляд рішень Європейського суду з прав людини. Рішення за період з 3 червня 2019 року по 7 червня 2019 року / відп. за вип. О.Ю. Тарасенко, Д.П. Мордас, Р.Ш. Бабанлі. Київ, 2019. Вип. 21. 36 с.

12. Блажівська Н.Є. Виконання рішень Європейського суду з прав людини. Порівняльний аспект. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2010. № 2.

13. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр. та доп. Київ, 2015. 208 с.

14. Роль ЄСПЛ у забезпеченні належного та ефективного механізму захисту прав людини в Україні. *Юридична Газета*. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/rol-espl-u-zabezpechenni-nalezhnogo-ta-efektivnogo-mehanizmu-zahistu-prav-lyudini-v-ukrayini.html.

15. Справа «Сукачов проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f12#Text.

16. Романов М.В. Захист прав засудженого як правовий феномен. С. 2–4. URL: http://www.lsej.org.ua/7_2020/86.pdf.

Maryna Khomenko, Mykhailo Romanov. The European Court of Human Rights in the mechanism of defense of the rights of the condemned

The article is devoted to the study of the protection of the rights of convicts in the context of the application of the case law of the European Court of Human Rights. The protection of the rights of convicts is a legal institution that guarantees the observance of universal human rights, taking into account the specifics of the persons concerned. Particular attention is paid to the application of ECtHR decisions in cases to which Ukraine is a party: "Runner v. Ukraine", "Poltoratsky v. Ukraine", "Koval v. Ukraine", "Visloguzov v. Ukraine". It analyzes the impact of these decisions of the ECtHR and the recommendations made on the actual state of protection of the rights of convicts, as well as proposals to improve the criminal executive legislation of Ukraine. Current changes in the legislation that affect the definition and protection of the rights of convicts are considered. The main violations committed by Ukraine as a signatory to the Convention for

the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and legal conclusions are highlighted, as well as the responsibility determined by the ECtHR. The most common violations include restrictions on the right to see a family, a ban on meeting with a representative, receiving mail, failure to provide qualified or necessary medical care, discrimination, and restrictions on maintaining any contact with the outside world. It is pointed out that the protection of the rights of convicts in the ECtHR is a mechanism to prevent unlawful interference and abuse by the state, which through decision-making and awarding appropriate compensation transforms the principles enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from a declaration into a real legal relationship. It is emphasized that the possibility of protection creates the conditions for the existence, maintenance and guarantee of the relevant legal relationship. At the same time, it is noted that the legal regulation in this area and the actual implementation of the enshrined provisions do not protect the rights of convicts in accordance with international standards, as the number of decisions against Ukraine is quite significant compared to Council of Europe countries.

Key words: international legal practice, protection mechanism, violation of the convict's right, essence of protection of the convict's rights, ensuring the convict's rights.

УДК 343
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.41

Олена Гарасимів,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

Олександра Захарова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

Олена Ряшко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

УГОДА ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті розглядаються питання сутності та значення кримінального провадження на підставі угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості. Однак, незважаючи на наявність певної джерельної бази з цього предмета дослідження, деякі питання розуміння та застосування угоди про визнання винуватості у кримінальному провадженні України залишаються актуальними і потребують додаткового вивчення. Основний акцент у статті робиться на положенні, яке визнає угоду між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим певним компромісним рішенням, взаємовигідним обом сторонам та обумовлює вирішення питань щодо юридичної відповідальності підозрюваного чи обвинуваченого.

Наголошується, що сутність цього інституту, з одного боку, полягає у пом'якшенні покарання обвинуваченого, а з іншого – в забезпеченні процесуальної економії кримінального судочинства, скороченні процедури судового розгляду та досудового розслідування, наближення їх до європейських стандартів.

Акцентується увага на тому, що зарубіжні інститути кримінального процесу пройшли великий історичний шлях становлення та розвитку інституту угоди про визнання винуватості, особливо це стосується кримінального процесу США. Суттєва різниця полягає у тому, що у США дозволяється укладати угоду у кримінальному провадженні, в якому бере участь потерпілий, на відміну від України. Крім того, сам потерпілий в ініціюванні та укладенні угоди відіграє неабияку роль, оскільки визнання вини в кримінальному процесі США автоматично тягне за собою винесення обвинувального вироку. Це автоматично призводить до обов'язкового з'ясування прокурором правової позиції потерпілого, що не може не визнаватися позитивною практикою.

Зазначається, що диференціація кримінального процесу набуває особливої актуальності та спонукає науковців і практиків до знаходження компромісу між прискоренням кримінального провадження та дотриманням прав особи у кримінальному провадженні, тобто підкреслюється важливість максимально раціонального здійснення кримінального провадження.

Ключові слова: компроміс, прокурор, підозрюваний, обвинувачений, процесуальні наслідки.

Постановка проблеми. Згідно з ч. 4 ст. 469 КПК України угода про визнання винуватості може бути укладена у провадженні щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої чи середньої тяжкості, тяжких злочинів, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам.

Тобто угоду про визнання винуватості між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим не може бути укладено у кримінальному провадженні: 1) щодо особливо тяжких злочинів; 2) щодо кримінальних правопорушень, внаслідок яких завдано шкоду інтересам особи (а не державним чи суспільним інтересам); 3) в якому бере участь потерпілий.

Крім того, виходячи з положень ст. 468 КПК України, угоду про визнання винуватості: 1) може бути і не укладено – якщо її сторони не дійшли згоди. Так, у ч. 6 ст. 469 КПК України зазначено, що у разі недосягнення згоди на укладання

© О. Гарасимів, О. Захарова, О. Ряшко, 2021

угоди факт її ініціювання і твердження, зроблені з метою її досягнення, не можуть розглядатися як відмова від обвинувачення або як визнання своєї винуватості. 2) може бути укладено з часу появи у кримінальному провадженні підозрюваного і аж до часу, доки обвинувачений (він же підсудний) не набув статус засудженого чи виправданого – до виходу суду у нарадчу кімнату для ухвалення вироку (ч. 5 ст. 469 КПК України); 3) не може бути укладено з особою, звільненою після затримання, якщо їй не повідомлено про підозру протягом 24 годин з моменту затримання (ст. 278 КПК України).

Актуальність дослідження інституту угоди про визнання винуватості (Глава 35 Кримінального процесуального кодексу України (КПК України)) не викликає сумніву, адже, незважаючи на велике зацікавлення науковців цим правовим явищем, деякі питання застосування угоди досі залишаються проблемними та дискусійними у зв'язку з тим, що питання підстав та умов таких угод сприймаються неоднозначно.

Доволі часто угоди про визнання винуватості судом не затверджуються, що є доволі негативним моментом, оскільки наслідками цього є унеможливлення вирішення конфлікту надалі, оскільки повторне звернення з угодою в одному кримінальному провадженні не допускається (ч. 8 ст. 474 КПК України).

Аналіз досліджень та публікацій. Інститут кримінального провадження на підставі угод є предметом дослідження багатьох вітчизняних науковців та практиків. Теоретичні аспекти інституту угоди про визнання винуватості досліджували В.І. Бояров, Г.П. Власова, М.М. Михеєнко, Л.Л. Нескороджена, І.В. Паризький, О.А. Парфило, Г.П. Середа, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, М.І. Хавронюк, А.О. Хоренжій та інші вітчизняні науковці. Незважаючи на те, що вказане питання розглядалося провідними процесуалістами, воно залишається остаточно не вирішеним та потребує подальшого ґрунтовного аналізу.

Метою статті є окреслення деяких позитивних та негативних моментів щодо укладання угоди про винуватість у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Особливе місце у науці кримінального процесу займає інститут співпраці підозрюваного зі стороною обвинувачення, який у вітчизняному кримінальному процесі отримав назву угоди про визнання винуватості.

Правова природа угоди про визнання винуватості в українському процесуальному законодавстві полягає у тому, що вона укладається лише щодо кримінальних проступків, кримінальних правопорушень, внаслідок яких шкода завдана лише державним чи суспільним інтересам.

Угода про визнання винуватості може бути укладена за ініціативою прокурора або підозрюваного чи обвинуваченого. КПК України чітко не визначено порядок та строки переговорів. Крім того, питання про співвідношення часу, який витрачається на ініціювання та укладення угоди, із встановленими законом строками досудового розслідування також залишається неврегульованим.

З огляду на рекомендації Ради Європи та досвід зарубіжних країн, інститут угоди про визнання винуватості знайшов своє відображення в п. 3 ч. 4 ст. 469 КПК України, який передбачає укладення угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим у провадженні щодо особливо тяжких злочинів, учинених за попередньою змовою групою осіб, організованою групою чи злочинною організацією або терористичною групою за умови викриття підозрюваним, який не є організатором такої групи або організації, злочинних дій інших учасників групи чи інших учинених групою або організацією злочинів, якщо повідомлена інформація буде підтверджена доказами [1, с. 188].

Відсутність достатньої правозастосовної практики спонукає до вивчення досвіду інших країн, у більшості яких вказаний інститут зародився та був законодавчо регламентований раніше, ніж у національному законодавстві.

Якщо порівнювати американську модель угоди про визнання винуватості з національними нормами, то в Україні сторона обвинувачення не може поступатися у зменшенні обсягу первинного обвинувачення і покарання в обмін на визнання обвинуваченим вини. Згідно з чинним КПК України угода зі стороною обвинувачення укладається тільки за умови повного визнання вини за обвинуваченням, що інкримінується, а домовленість сторін стосується виключно виду та розміру покарання.

Перш за все, характерною особливістю досудового провадження в США є те, що в ньому значно скорочено «відстань» від моменту вчинення злочину до прийняття кінцевого процесуального рішення щодо кримінальної події. Суть укладення даної угоди полягає в тому, що сторони обвинувачення й захисту доходять згоди щодо вирішення справи, включаючи пункти обвинувачення, за якими особа визнає себе винною. Відповідну угоду нерідко укладають тоді,

коли обвинувачений визнає себе винним у вчиненні менш тяжкого злочину або не за всіма пунктами обвинувального акта, або коли обвинувач, будучи не впевненим, що присяжні визнають обвинуваченого винним у вчиненому ним злочині, пред'являє обвинувачення у вчиненні злочину меншого ступеня тяжкості (наприклад, вчинення умисного вбивства зобов'язує прокурора доказувати, що обвинувачений мав умисел саме на вчинення вбивства, а не іншого злочину) [2, с. 173].

Сполучені Штати перші у світі запровадили в межах національної системи кримінальної юстиції механізми альтернативного правосуддя на підставі угоди між обвинуваченим та прокурором: визнання вини в інкримінованому злочині «в обмін» на більш м'яке покарання, затверджене судом без традиційного розгляду кримінальної справи.

Варто зазначити, що в США, на відміну від держав континентального права, у тому числі України, спостерігається тісний взаємозв'язок між власне положеннями матеріального кримінального права та кримінально-процесуальними нормами (американські правники ще називають їх процедурними нормами) [3, с. 153].

Інститут угоди про визнання винуватості доволі розвинений у кримінальних процесах США, Великобританії та Канади, де 70–90 % усіх кримінальних проваджень вирішуються через укладання угоди між сторонами обвинувачення та захисту. Тому угода про визнання винуватості є основним способом вирішення значної кількості кримінальних справ у судах США й більшості держав, які належать до англосаксонської правової сім'ї. Така ситуація зумовлена тим, що укладання угод вигідне для обох сторін провадження. Обвинувачений може отримати значно менше покарання, а прокурору не потрібно доводити винуватість обвинуваченого в судовому порядку [4, с. 160]. Якщо узагальнено охарактеризувати угоду про визнання вини, то її кримінально-правовий зміст може бути подано у вигляді своєрідного компромісу інтересів: обвинувачений погоджується визнати себе винним у вчиненні одного чи декількох епізодів злочинної діяльності; в обмін на це сторона обвинувачення погоджується виключити з обвинувального висновку декілька пунктів обвинувачення і надалі не продовжувати кримінальне переслідування за ними. Також сторона обвинувачення в аналізованій угоді може пообіцяти обвинуваченому зменшити вид та розмір покарання, на якому наполягатиме під час відповідного етапу судового розгляду справи. Так само, як і щодо будь-якої юридичної угоди (контракту), на практиці можуть виникнути ситуації, коли угода про визнання винуватості порушується однією зі сторін, які її уклали [3, с. 154].

Сторона захисту у кримінальному провадженні насамперед зацікавлена в тому, що укладення угоди з прокурором про визнання винуватості припускає пом'якшення покарання чи повне звільнення від відбування покарання. Таким чином, запропонована в угоді міра покарання повністю узгоджується сторонами з урахуванням характеру обвинувачення й обставин, які зобов'язаний враховувати прокурор.

Характер поглядів на цей правовий інститут коливається від повного заперечення до не менш повного визнання. Як правило, сам термін «угода про визнання винуватості» викликає негативний образ прокурора й адвоката, які, незважаючи на певні службові обмеження та етичні принципи, небезкорисно «торгуються» про вирішення справи. Захист й обвинувачення «про щось домовляються», потім представляють своє рішення підсудному й судді, і провадження закінчується [2, с. 173].

Найбільшим недоліком інституту визнання винуватості, безсумнівно, слід визнати самообмову обвинуваченого, вірогідність якої є досить високою, враховуючи непоодиноке бажання прокурорів досягти визнання вини обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. У такому випадку укладення угоди потягне за собою не тільки засудження невинного, а й залишить непокараною винну особу – завдання кримінального провадження, які чітко визначені у ст. 2 КПК України, не будуть досягнуті. Крім того, не слід забувати про правові наслідки затвердження угоди про визнання винуватості, які полягають у тому, що укладанням угоди обмежується право обвинуваченого, його захисника чи законного представника оскаржувати вирок в апеляційному чи касаційному порядках. Вони вправі його оскаржити виключно з підстав призначення судом більш суворого покарання, ніж узгоджене сторонами угоди, ухвалення вироку без його згоди на призначення покарання, невиконання судом вимог, які передбачені законом, щодо роз'яснення обвинуваченому наслідків укладення угоди, а також перевірки відповідності змісту угоди встановленим законом вимогам.

Деякі науковці досить категорично заперечують взагалі можливість існування інституту угоди у кримінальному провадженні. Система угод про визнання вини підштовхує обвинувачів до незаконних дій і різноманіт-

них зловживань (наприклад, сподівання на укладення угоди може викликати бажання прокурора перебільшити із самого початку вину обвинуваченого. Крім того, можна говорити про такі негативні аспекти угоди: а) держава користується великою владою над обвинуваченим, а погроза посилення кримінальних санкцій після суду змушує обвинувачених відмовлятися від своїх конституційних прав; б) адвокат може мати стимули наполягати на визнанні вини, навіть якщо угода не відповідатиме інтересам його клієнта; в) неправильно з моральної точки зору змушувати одних обвинувачених давати покази проти інших в обмін на менше покарання [5, с. 110].

Не можемо не погодитися, що ця точка зору має певний сенс, не викликає жодних сумнівів суперечність та неоднозначність інституту угод у кримінальному провадженні, зумовлена специфікою правової системи України та рівнем правосвідомості населення, однак, на наш погляд, позитивні сторони цього інституту, безперечно, переважають. У цьому аспекті необхідно враховувати факт добровільної згоди особи на укладання угоди.

Отже, кримінальне провадження у будь-якому разі повинно вестися повно й неупереджено, а обвинувачуваний та його захисник повинні мати змогу ознайомитися з усіма матеріалами кримінальної справи. Така модель є протилежною американській, але вона гарантує «право на обізнаність» у матеріалах кримінального провадження не тільки прокурору як представнику держави, а й особі, яка має намір визнати свою вину в обмін на зміну покарання (поступку з боку держави) [6, с. 302].

Незважаючи на позитивну динаміку укладання угод про визнання винуватості в кримінальних провадженнях, є чимало суперечностей і прогалин під час застосування відповідних норм КПК України, які зводять нанівець позитивний зміст інституту угод як вияву демократизму в кримінальному процесі України, а саме: угода про визнання винуватості укладається у провадженнях, у яких бере участь потерпілий, незважаючи на пряму заборону, викладену в ч. 4 ст. 469 КПК. В угодах про визнання винуватості прокурорами визначаються, а суддями затверджуються умови й зобов'язання, які об'єктивно неможливо виконати. Стаття 472 КПК не містить конкретизованих вимог щодо чіткості та безспірності викладених в угоді умов, а тому тексти затверджених угод про визнання винуватості часто є такими, що можуть неоднаково трактуватися сторонами провадження, як наслідок, зобов'язання за угодами просто не виконуються. Більшість угод про визнання винуватості укладається стороною обвинувачення з єдиною визначеною умовою – визнання підозрюваним (обвинуваченим) своєї винуватості в суді [4, с. 160].

Особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, отримала можливість узгодження умов своєї відповідальності (звільнення від покарання, у деяких випадках – застосування альтернативного покарання або його зниження), що дасть змогу уникнути невизначеності щодо покарання у суді в обмін на вчинення дій, спрямованих на відновлення порушених прав потерпілого, відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також беззаперечне визнання винуватості та співпрацю з правоохоронними органами [7, с. 11].

Висновки

Таким чином, аналіз ст. 472 КПК України доводить, що суть змісту угоди про визнання винуватості включає в себе такі принципові та важливі моменти: 1) визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення; 2) умови часткового звільнення підозрюваного, обвинуваченого від цивільної відповідальності у вигляді відшкодування державі збитків внаслідок вчинення ним кримінального правопорушення.

На наш погляд, угода про визнання винуватості здебільшого є взаємовигідним компромісом для сторін кримінального провадження, здатним реально вирішити соціальний конфлікт та задовільнити обидві сторони.

Проведене дослідження дає підставу стверджувати, що інститут угоди про визнання винуватості, безперечно, є позитивною новелою кримінального процесуального законодавства України, однак практика його застосування виявила низку наявних в українському кримінальному процесуальному законодавстві проблем, які потребують вирішення.

Безперечно, поява глави 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» у КПК значно спростила процедуру розгляду певної категорії кримінальних справ, скоротила строки тримання осіб під вартою, загальні процесуальні строки розгляду кримінальних проваджень, а також зменшила навантаження на систему судових і правоохоронних органів, тобто практично цілком себе виправдала, та й загалом варто визнати позитивну динаміку розвитку інституту угод про визнання винуватості у кримінальному провадженні.

Список використаних джерел:

1. Кубарєв І.В. Барган С.С. Закордонний досвід регламентації співпраці підозрюваного зі стороною обвинувачення. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 3 (72). С. 188-193.

2. Кріпак А.А. Особливості укладання угоди про визнання винуватості у кримінальному процесі України через призму зарубіжного досвіду. *Вісник пенітенціарної асоціації України*. 2017. № 1. С. 170-176.

3. Каменський Д.В. Укладання угод про визнання винуватості у вчиненні економічних правопорушень: вітчизняний та американський підходи. *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка*. 2020. Вип. 4. С. 152-157.

4. М. Корнієнко. Особливості кримінального провадження на підставі угоди про визнання винуватості: український і зарубіжний досвід. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 159-165.

5. Губська О.А. Угода про визнання вини у кримінальному процесі: досвід і практика застосування. *Правничий вісник Університету «КРОК»*. С. 106-114.

6. Довбенко К.О. Угода про визнання винуватості у кримінальному процесі України. *Молодий вчений*. 2017. № 4. С. 303-306.

7. Дьомін Ю. Інститут угод у кримінальному провадженні: важливі аспекти правозастосування. *Вісник Національної Академії прокуратури України*. 2013. № 4. С. 11-19.

Olena Garasymiv, Oleksandra Zakharova, Olena Ryashko. Plea agreement in criminal proceedings

The article considers the essence and significance of criminal proceedings on the basis of an agreement between the prosecutor and the suspect or accused to plead guilty. However, despite the existence of a certain source base on this subject of research, some issues of understanding and application of the plea agreement in the criminal proceedings of Ukraine remain relevant and need further study. The main emphasis of the article is on the provision that recognizes the agreement between the prosecutor and the suspect or accused as a certain compromise solution, mutually beneficial to both parties and stipulates the issues of legal liability of the suspect or accused. It is emphasized that the essence of this institution, on the one hand, is to mitigate the punishment of the accused, and on the other – to ensure procedural economy of criminal proceedings, reduce the procedure of trial and pre-trial investigation, bringing them closer to European standards. Emphasis is placed on the fact that foreign institutions of criminal procedure have come a long way in the formation and development of the institution of plea agreements, especially this activity concerns the US criminal process. The significant difference is that in the USA it is allowed to conclude an agreement in criminal proceedings in which the victim participates, in contrast to Ukraine. In addition, the role of the victim himself in initiating and concluding the agreement plays a significant role, as a guilty plea in the US criminal process automatically entails a conviction. This automatically leads to a mandatory clarification by the prosecutor of the legal position of the victim, which can not but be recognized as a positive practice.

We should not forget about the legal consequences of approving a plea agreement, which are that the conclusion of the agreement restricts the right of the accused, his defense counsel or legal representative to appeal the verdict on appeal or in cassation. They have the right to appeal only on the grounds that the court has imposed a more severe punishment than agreed by the parties to the agreement, passing a sentence without his consent to sentencing, failure of the court to comply with the requirements of the law to explain the consequences of the agreement. legal requirements.

Key words: compromise; prosecutor; suspect; accused, procedural consequences.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.42

Андрій Жук,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

РОЛЬ ПРОКУРОРА В МЕХАНІЗМІ ОХОРОНИ ПРАВ, СВОБОД ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПІДОЗРЮВАНОГО В РАЗІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ «ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ»

Метою статті є характеристика ролі прокурора у механізмі охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою. Запропоновано механізм охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою, що включає прокурорський нагляд. Систематизовані головні напрями участі прокурора у такому механізмі, зокрема: самостійне складання або погодження відповідного клопотання слідчого до слідчого судді (оцінка достатності підстав для звернення); доведення необхідності застосування запобіжного заходу тримання під вартою під час розгляду клопотання слідчим суддею або судом (доказування). Запропоновано алгоритм участі прокурора у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою щодо підозрюваного, який включає такі етапи: ініціювання (шляхом складання клопотання) або погодження застосування певного заходу забезпечення кримінального провадження (реалізація повноважень, визначених у п. 10 ч. 2 ст. 36 Кримінального процесуального кодексу України); обрання певного заходу забезпечення кримінального провадження (доведення перед представниками судової влади умов і підстав для застосування конкретного заходу); постановлення/складання рішення щодо обраного заходу забезпечення кримінального провадження; застосування/виконання заходу забезпечення кримінального провадження (нагляд за додержанням встановлених законом порядку і умов безпосередньої реалізації заходу); скасування/зміна заходу забезпечення кримінального провадження. На кожному з цих етапів участь прокурора у забезпеченні законності застосування запобіжного заходу тримання під вартою відбувається у своєрідних формах, із використанням відповідних засобів та методів прокурорської діяльності. Виокремлено повноваження прокурора у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою, а саме: самостійне ініціювання обрання, зміни чи скасування запобіжного заходу тримання під вартою шляхом подання клопотання слідчому судді, суду; погодження відповідного клопотання слідчого; участь у судовому засіданні щодо його розгляду; виконання ухвал слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу тримання під вартою; контроль за виконанням такого заходу; апеляційне оскарження рішень слідчого судді.

Ключові слова: підозрюваний, кримінальне провадження, заходи забезпечення кримінального провадження, тримання під вартою, прокурор, прокурорський нагляд.

Постановка проблеми. Надання можливості органам розслідування застосовувати потужний арсенал примусових заходів вимагає забезпечення надійних кримінальних процесуальних механізмів недопущення порушень прав і свобод людини та громадянина. Тому на прокуратуру, як незалежний орган влади, покладається обов'язок забезпечити точне та неухильне виконання законів органами досудового розслідування. Саме органи прокуратури зобов'язані активно проводити наглядову діяльність з метою чіткого й цілковитого виконання завдання з виявлення, усунення порушень закону та запобігання їм під час провадження досудового розслідування.

Охорона прав і свобод підозрюваного у досудовому розслідуванні напряму залежить від законності прийнятих процесуальних рішень і виконуваних дій компетентними державними органами і посадовими особами. Ця обставина свідчить, що без суворого дотримання прав та законних інтересів особи, охорони їх від різних порушень немає і не може бути законності.

Здійснюючи нагляд за виконанням законів органами досудового розслідування під час розслідування кримінальних правопо-

© А. Жук, 2021

рушень, прокурор реалізує даний напрям своєї діяльності у нерозривній єдності з охороною прав і свобод людини і громадянина та законності в процесуальній діяльності посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження та наділені функціями із застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти проблеми реалізації прокурором своїх функцій досліджено в наукових роботах А. М. Бабошина, А. П. Бегми, І. В. Гловюк, В. О. Гринюка, Ю. В. Коробки, І. В. Рогатюка, А. І. Палюха, О. В. Поповича, Б. А. Тугутова, Г. Є. Тюріна, В. І. Фаринника, М. В. Чорноусько, А. В. Чубикіна, В. М. Юрчишина та ін. Вагомий внесок згаданих учених у розроблення вказаної проблематики є безперечним, однак в умовах докорінних змін законодавства та правозастосовної практики кримінальна процесуальна діяльність прокурора під час досудового розслідування набула особливого значення та потребує окремого комплексного дослідження, результатом якого мають стати науково обґрунтовані пропозиції, спрямовані на вирішення наявної проблеми реалізації його функції у механізмі охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою.

Метою статті є характеристика ролі прокурора у механізмі охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою.

Завданнями статті є:

1) окреслити основні проблемні питання забезпечення прав і свобод підозрюваного під час застосування запобіжного заходу тримання під вартою у кримінальному провадженні;

2) сформувати концептуальні засади удосконалення діяльності прокурора у механізмі охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою.

Виклад основного матеріалу. Однією з важливих умов розбудови демократичної держави європейського зразка є створення дієвої системи кримінальної юстиції, яка здатна забезпечити безпеку громадян, захист їхніх прав і свобод, а також інтересів суспільства й держави від кримінальних правопорушень. Це зумовило прийняття нового Кримінального процесуального кодексу (КПК) України (2012), який докорінно змінив систему кримінального провадження, правовий статус багатьох його учасників, процесуальну форму здійснення досудового розслідування та судочинства, і як релевантний наслідок цих новацій в Україні почала формуватися правозастосовна практика, що відповідає європейським стандартам захисту прав людини та здійснення правосуддя.

Реформування системи кримінальної юстиції також вплинуло і на органи, які здійснюють досудове розслідування, формують та підтримують обвинувачення. Важливим складником цієї системи є прокуратура, правовий статус якої зазнав суттєвих коригувань у результаті конституційної реформи в Україні. На сучасному етапі можна констатувати відповідність правового статусу прокуратури європейським рекомендаціям щодо ролі цієї інституції в державі [1].

Обмеження сфери функціонування прокуратури кримінальним судочинством позначилося на її ролі та значенні в системі органів державної влади, зумовило необхідність упровадження нових правових механізмів, що забезпечують реалізацію її конституційних функцій. Відповідно до ст. 131-1 Конституції України, прокуратура здійснює підтримання публічного обвинувачення в суді та організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення, відповідно до закону, інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку. Про зміну правового статусу прокуратури свідчить також і розміщення ст. 131-1 в розділі VIII Конституції України, який має назву «Правосуддя», що демонструє підхід законодавця до визначення її ролі як найважливішого органу, який формує обвинувачення під час досудового розслідування, підтримує публічне обвинувачення в суді як сторона кримінального провадження, ініціює здійснення правосуддя та сприяє реалізації права на справедливий суд як обвинуваченого й потерпілого, так і інших учасників кримінального провадження, законні інтереси яких потребують судового захисту у зв'язку з вчиненням кримінального правопорушення [2].

Свою процесуальну функцію прокурор здійснює від імені та в інтересах держави, тобто діє ex-oficio, що сприяє реалізації головного конституційного обов'язку держави щодо утвердження і забезпечення прав та свобод людини (ст. 3 Конституції України) [2; 3]. Кримінальна процесуальна діяльність прокурора безпосередньо впливає на ефективність реалізації державної політики у сфері протидії злочинності. Важливе значення має діяльність прокурора під час досудового розслідування, оскільки саме на цій стадії кримінального провадження під

керівництвом прокурора здійснюються процесуальні дії, спрямовані на розкриття кримінального правопорушення, збирання доказів причетності конкретної особи до його вчинення, та формується база майбутнього публічного обвинувачення.

Рекомендації КЕС (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи «Щодо ролі прокурорів у системі кримінального правосуддя» визнають, що процесуальне керівництво може здійснюватися прокуратурою з наданням прокурорам владних повноважень щодо органів розслідування [4, с. 140]. На думку А. Дворника, саме повноваження прокурора є одним з основних елементів його правового статусу, які з набуттям чинності новим КПК України зазнали чимало змін щодо їх кількості, змісту та концептуальних підходів [5, с. 105].

У КПК України процесуальне керівництво прокурора досудовим розслідуванням визначається як форма прокурорського нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування (ч. 2 ст. 36 КПК України), внаслідок використання якої прокурор забезпечує професійне, ефективне та законне виконання слідчим поставлених перед ними завдань [6, с. 163].

Функція прокурорського нагляду за додержанням законів у досудовому розслідуванні реалізується здебільшого прокурором вищого рівня (керівником органу прокуратури), а функція процесуального керівництва – переважно прокурором, який здійснює повноваження прокурора у конкретному кримінальному провадженні (процесуальним керівником) [6, с 166]. Трансформація правового статусу прокурора у КПК України зумовили докорінну зміну форм та напрямів його участі у вирішенні питань про застосування запобіжного заходу тримання під вартою, що надзвичайно актуалізує наукове осмислення відповідної проблематики [7, с. 45].

Системний аналіз положень КПК України дозволяє виокремити декілька груп повноважень прокурора у разі застосування заходів забезпечення кримінального провадження: самостійне ініціювання обрання, зміни чи скасування заходів забезпечення шляхом подання клопотання слідчому судді, суду; погодження відповідного клопотання слідчого; участь у судовому засіданні щодо його розгляду; виконання ухвал слідчого судді, суду про застосування заходів забезпечення; контроль за виконанням запобіжних заходів; апеляційне оскарження рішень слідчого судді відповідно до ч. 1, 2 ст. 309 КПК України [8, с. 142].

Втім, у ч. 2 ст. 36 КПК України закріплене лише загальне повноваження прокурора погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК України, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання, при цьому жодних конкретних повноважень щодо нагляду за додержанням законності під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження вказана стаття не містить [8, с. 143].

У рамках повноважень прокурора щодо забезпечення законності під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження на керівників органів прокуратури та галузевих підрозділів апаратів прокуратур усіх рівнів покладено обов'язок: здійснювати контроль за законністю застосування заходів забезпечення кримінального провадження; забезпечувати неухильне дотримання прав підозрюваного, у тому числі припинення обмежень, яких він зазнав у зв'язку із застосуванням запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, після закінчення дії відповідної ухвали суду або її скасування; проводити перевірки, результати яких розглядати на оперативних нарадах у кожному випадку погодження клопотань про продовження строків тримання підозрюваних під вартою, якщо це пов'язано з неналежним виконанням службових обов'язків; зберігати в матеріалах наглядового провадження матеріали, пов'язані із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження та ін. [8, с. 144].

Більшість положень нормативно-правового акта має суто деталізуючий та організаційний характер. Крім цього, видається декларативним обов'язок прокурора вживати заходи щодо припинення обмежень, яких підозрюваний зазнав у зв'язку із застосуванням запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, після закінчення дії відповідної ухвали суду або її скасування, оскільки ні КПК України, ні чинний Закон України «Про прокуратуру» [9] не передбачає форми припинення цих обмежень, до того ж частково ці повноваження вже покладені на слідчого суддю (ст. 206 КПК України). Проте, незважаючи на суперечливість окремих обов'язків, покладених на прокурора галузевим наказом, на підставі цих положень можна констатувати, що прокурорський нагляд у механізмі застосування заходів забезпечення кримінального провадження є систематичною та багатоаспектною діяльністю [8, с. 145].

Практика свідчить, що прокурор майже ніколи самостійно не готує клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, але й не здійснює ретельну перевірку підготовлених слідчим клопотань. Процесуальний керівник часто займає пасивну, подекуди суто формальну позицію під час судового розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, яка часто зводиться до озвучення положень КПК України щодо конкретного кримінального провадження. Крім того, окремі прокурори навіть вважають, що присутність слідчого цілком достатня для обґрунтування у судовому засіданні клопотання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Так, у п. 5 ч. 2 ст. 40 КПК України визначено, що слідчий органу досудового розслідування уповноважений звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. У п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України вказано, що прокурор уповноважений погоджувати або відмовляти у погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про застосування заходів забезпечення кримінального провадження у випадках, передбачених КПК України, чи самостійно подавати слідчому судді такі клопотання [3].

Отже, підводячи підсумок та проаналізувавши дане питання, вважаємо за можливе скласти алгоритм участі прокурора у разі застосування заходів забезпечення кримінального провадження, що має такі етапи:

1) ініціювання (шляхом складання клопотання) або погодження застосування певного заходу забезпечення кримінального провадження;

2) обрання певного заходу забезпечення кримінального провадження;

3) постановлення/складання рішення щодо обраного заходу забезпечення кримінального провадження;

4) застосування/виконання заходу забезпечення кримінального провадження;

5) скасування/зміна заходу забезпечення кримінального провадження.

На кожному з цих етапів участь прокурора у забезпеченні законності застосування запобіжного заходу тримання під вартою відбувається у своєрідних формах і властивими лише їм засобами та методами прокурорської діяльності [10, с. 60].

Так, на першому етапі прокурор реалізує повноваження, визначене у п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України. Оцінюючи роль прокурора на цьому етапі, доцільно підтримати висновок дослідників про те, що в кожному випадку застосування заходу забезпечення прокурор фактично попередньо вирішує зазначене питання, здійснюючи при цьому досудову перевірку законності й обґрунтованості застосування конкретного заходу забезпечення у кримінальному провадженні. Без позитивного волевиявлення прокурора щодо необхідності застосування заходу забезпечення, оформленого у вигляді клопотання встановленої форми, складеного або затвердженого прокурором, слідчий суддя не має права розглянути і вирішити це питання [10, с. 60].

Як правило, саме прокурор є ініціатором застосування заходу забезпечення, визначаючи його вид і зміст зобов'язань, які він передбачає. Прокурор бере участь у вирішенні питання про застосування заходу забезпечення слідчим суддею, судом, що здійснюється шляхом участі прокурора у розгляді клопотання про застосування заходу забезпечення. Відповідно до ч. 1 ст. 193 КПК України розгляд клопотання про застосування певного заходу забезпечення відбувається за участю прокурора, підозрюваного, обвинуваченого, його захисника. Отже, основним завданням прокурора на цьому етапі є доведення перед представниками судової влади умов і підстав для застосування конкретного заходу для того, аби переконати їх у тому, що рішення про застосування одного із видів заходів забезпечення, який обмежує права і свободи підозрюваного, обвинуваченого, відповідає характеру певного суспільного інтересу (визначеним у КПК конкретним підставам і меті), що, незважаючи на презумпцію невинуватості, превалює над принципом поваги до свободи особистості [3; 10, с. 61].

На етапі виконання заходу забезпечення прокурор здійснює нагляд за додержанням встановлених законом порядку і умов безпосередньої реалізації заходу. При цьому необхідно враховувати, що у законодавстві передбачено диференціацію суб'єктів виконання різних заходів забезпечення. Тому предмет і зміст наглядової діяльності прокурора на цьому етапі різняться залежно від виду заходу забезпечення. Як відомо, за видом примусу заходи забезпечення в літературі поділяються на фізично-примусові та психолого-примусові: фізично-примусові заходи (взяття під варту, затримання) фізично обмежують особисту свободу підозрюваного, обвинуваченого, ізолюючи його від суспільства; психолого-примусові заходи пов'язані із застосуванням щодо підозрюваного, обвинуваченого психічного впливу [11, с. 250]. Інакше кажучи, прокурорський нагляд за виконанням другої групи заходів

забезпечення необхідно розглядати в контексті продовження функції прокуратури щодо нагляду за додержанням законів під час виконання судових рішень у кримінальних провадженнях, а також у разі застосування інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян. Тобто якщо на етапах ініціювання та обрання цих запобіжних заходів прокурор діяв суто в межах функції нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, то на етапі виконання цих запобіжних заходів він виходить за межі кримінального провадження. Повноваження його при цьому регулюються не ст. 36 КПК України, а ст. 44, 45 Закону України «Про прокуратуру» [9], Законом України «Про попереднє ув'язнення» [12], а на відомчому рівні він керується не наказом Генерального прокурора України від 28 березня 2019 року № 51 «Порядок організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні» [13], а наказом Генерального прокурора України від 3 серпня 2020 року № 353 «Про організацію діяльності прокурорів з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян» [14].

В організаційному аспекті на вказаних етапах розмежовуються суб'єкти прокурорської діяльності: якщо на етапах ініціювання і обрання цього запобіжного заходу виступав прокурор – процесуальний керівник досудового розслідування, то на етапі виконання такого заходу перевірки здійснюють з урахуванням підпорядкованості та адміністративно-територіального розташування об'єктів нагляду.

Висновки

Запропоновано механізм охорони прав, свобод та законних інтересів підозрюваного у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою, що включає прокурорський нагляд. Систематизовані головні напрями участі прокурора у такому механізмі, зокрема: самостійне складання або погодження відповідного клопотання слідчого до слідчого судді (оцінка достатності підстав для звернення); доведення необхідності застосування запобіжного заходу тримання під вартою під час розгляду клопотання слідчим суддею або судом (доказування). Запропоновано алгоритм участі прокурора під час застосування запобіжного заходу тримання під вартою щодо підозрюваного, який включає такі етапи: ініціювання (шляхом складання клопотання) або погодження застосування певного заходу забезпечення кримінального провадження (реалізація повноважень визначених у п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК України); обрання певного заходу забезпечення кримінального провадження (доведення перед представниками судової влади умов і підстав для застосування конкретного заходу); постановлення/складання рішення щодо обраного заходу забезпечення кримінального провадження; застосування/виконання заходу забезпечення кримінального провадження (нагляд за додержанням встановлених законом порядку і умов безпосередньої реалізації заходу); скасування/зміна заходу забезпечення кримінального провадження. На кожному з цих етапів участь прокурора у забезпеченні законності застосування запобіжного заходу тримання під вартою відбувається у своєрідних формах, із використанням відповідних засобів та методів прокурорської діяльності.

Системний аналіз положень КПК України дозволив виокремити повноваження прокурора у разі застосування запобіжного заходу тримання під вартою, а саме: самостійне ініціювання обрання, зміни чи скасування запобіжного заходу тримання під вартою шляхом подання клопотання слідчому судді, суду; погодження відповідного клопотання слідчого; участь у судовому засіданні щодо його розгляду; виконання ухвал слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу тримання під вартою; контроль за виконанням такого заходу; апеляційне оскарження рішень слідчого судді. На наш погляд, діяльність прокурора щодо забезпечення їх законності на всіх етапах застосування запобіжного заходу тримання під вартою у правовому й організаційному аспектах має бути цілісною і розглядатися в контексті участі прокурора у кримінальному провадженні.

Список використаних джерел:

1. Рогатюк І. В. Теоретичні, правові та праксеологічні основи кримінальної процесуальної діяльності прокурора у досудовому розслідуванні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ : НАВС, 2018. 40 с.

2. Конституція України: Закон від 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 01.02.2021).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон від 13.04.2012 р. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 01.02.2021).

4. Рекомендація REC (2000) 19 Комітету Міністрів державам-членам «Про роль служби публічного обвинувачення в системі кримінальної юстиції» (Ухвалена Комітетом Міністрів 6 жовтня 2000 року на 724-му засіданні заступників міністрів). *Право*. URL: http://pravo.org.ua/files/zarub_zakon/rek_2000.pdf. (дата звернення: 01.02.2021).

5. Дворник А. Мета і завдання прокурора у досудовому кримінальному провадженні. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2013. № 2. С. 105–111. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnapu_2013_2_22 (дата звернення: 11.02.2021).

6. Руденко М. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як нова функція прокуратури України: поняття, зміст і структура. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 160–168.

7. Сакал В. М. Місце та роль прокурора – процесуального керівника в організації досудового розслідування. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 41–51.

8. Завтур В. М. Прокурор як суб'єкт доказування при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 140–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vkc_2016_3_20 (дата звернення: 11.02.2021).

9. Про прокуратуру : Закон від 14 жовт. 2014 р. № 1697-VII. *Верховна Рада України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18 (дата звернення: 01.02.2021).

10. Лапкін А. В. Забезпечення прокурором законності застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 58–63.

11. Кримінальний процес : підручник / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. Харків : Право, 2010. 608 с.

12. Про попереднє ув'язнення : Закон від 30 черв. 1993 р. № 3352-XII. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3352-12#Text (дата звернення: 01.02.2021).

13. Порядок організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні : наказ Генерального прокурора України від 28 берез. 2019 р. № 51. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0363-19#Text (дата звернення: 01.02.2021).

14. Про організацію діяльності прокурорів з нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян : наказ Генерального прокурора України від 03 серп. 2020 р. № 353. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0353905-20#Text (дата звернення: 01.02.2021).

Andrii Zhuk. The role of the prosecutor in the mechanism of protection of the rights, freedoms and legitimate interests of the suspect in the application of the preventive measure of detention

The purpose of the article is to characterize the role of the prosecutor in the mechanism of protection of the rights, freedoms and legitimate interests of the suspect in the application of pre-trial detention. A mechanism for protecting the rights, freedoms and legitimate interests of the suspect in the application of a preventive measure of detention, including prosecutorial supervision, is proposed. Systematized the main directions of the prosecutor's participation in such a mechanism, in particular: independent preparation or approval of the relevant petition of the investigator to the investigating judge (assessment of the sufficiency of grounds for appeal); proving the need to apply a precautionary measure of detention during the consideration of the petition by the investigating judge or the court (evidence). An algorithm for the prosecutor's participation in the application of a preventive measure of detention against a suspect is proposed, which includes the following stages: initiation (by filing a petition) or approval of a certain measure to ensure criminal proceedings (implementation of powers defined in paragraph 10 part 2 of Article 36 of the Criminal Procedure Code Ukraine); election of a certain measure to ensure criminal proceedings (proving to the representatives of the judiciary the conditions and grounds for the application of a particular measure); decision/drafting of a decision on the chosen measure to ensure criminal proceedings; application/implementation of a measure to ensure criminal proceedings (supervision of compliance with the procedure and conditions of direct implementation of the measure established by law); cancellation/change of the measure of securing criminal proceedings. At each of these stages, the prosecutor's participation in ensuring the legality of the application of a preventive measure of detention takes place in a unique form, using the appropriate means and methods of prosecutorial activity. The powers of the prosecutor in the application of a preventive measure of detention are singled out, namely: independent initiation of election, change or cancellation of a preventive measure of detention by submitting a petition to the investigating judge, court; approval of the relevant request of the investigator; participation in a court hearing on its consideration; execution of decisions of the investigating judge, the court on the application of a preventive measure of detention; control over the implementation of such a measure; appeal against the decisions of the investigating judge.

Key words: suspect, criminal proceedings, measures to ensure criminal proceedings, detention, prosecutor, prosecutorial supervision.

УДК 347.963:659.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.43

Володимир Клочков,
канд. юрид. наук, старший радник юстиції,
прокурор відділу Головного слідчого управління
Генеральної прокуратури,
докторант
Національного транспортного університету

ОРГАНІЗАЦІЯ І ПРОЦЕСУАЛЬНЕ КЕРІВНИЦТВО ПРОКУРОРОМ ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ

У статті досліджується проблема законодавчого забезпечення діяльності процесуального керівника – прокурора та керівника прокуратури – щодо кримінального провадження в досудовому розслідуванні.

Обґрунтовано, що доповнена конституційна норма про організацію і процесуальне керівництво прокуратурою досудового розслідування є однією з важливих функцій. Але в деяких законах не повністю вказано зміст цієї конституційної норми. Це призвело до їх різного тлумачення серед учених і працівників правоохоронних органів, а також у правозастосовній практиці.

Стверджується, що в ст. 25 Закону України «Про прокуратуру» функція нагляду за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, є ширшою за нагляд у формі процесуального керівництва.

Звернута увага, що прокурор повинен виконувати завдання кримінального провадження про охорону прав і свобод і законних інтересів, забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування.

У Кримінальному процесуальному кодексі України не вказано сутність поняття терміна «організація», а тому не зрозуміло, у чому сутність організаційної діяльності прокуратури в цьому напрямі. У зв'язку з цим на основі аналізу норм Кримінального процесуального кодексу України досліджені форми «організації» цієї діяльності.

Визначено поняття термінів «процесуальне керівництво» та «процесуальний керівник», а тому запропоновано внести доповнення до ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України.

Важливим є те, що прокурор і слідчий, керівник органу досудового розслідування повинні виконувати вимоги ч. 2 ст. 2 Кримінального кодексу України, яка передбачає вчинення особою діяння, яке містить 4-елементний склад злочину. Визначено, які критерії неефективності прокурорського нагляду в цьому напрямі. Стверджується, що взаємодія діяльності прокурора зі слідчим має вагоме значення у вирішенні завдань кримінального провадження. Зроблено висновок, що необхідно чітке розмежування повноважень вищевказаних прокурорських посад. Запропоновано внесення певних змін до законів, які повинні повністю відповідати вказаній конституційній нормі. Обґрунтовується, що необхідно мінімізувати необґрунтовані факти при повідомленні про підозру, що забезпечуватиме право людини не бути притягнутим до кримінальної відповідальності.

Наголошується, що процедура повідомлення про підозру та висунення обвинувачення без допитів у вчиненні злочину поєднують різні правові системи, що є не зовсім правильним.

Ключові слова: прокурор, керівник прокуратури, процесуальне керівництво, слідчий, організація розслідування злочинів, повідомлення про підозру.

Постановка проблеми. Установлена конституційна норма (ч. 2. ст. 131-1 Конституції України, доповнено у 2016 р.) про організацію та процесуальне керівництво прокуратурою досудового розслідування є однією з важливих функцій. Незважаючи на це, у ч. 2 ст. 2 Закону України (далі – ЗУ) «Про прокуратуру» (2015 р.) залишалася функція нагляду за додержанням законів органами, які проводять досудове слідство тощо.

У частині 2 ст. 36 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України (уведений у 2012 р.) передбачено процесуальне керівництво прокурором за досудовим розслідуванням, що є формою нагляду. Це зумовлена тим, що впроваджено принцип незмінності прокурора в ході кримінального провадження, а тому збір доказів при розслідуванні для формування обвинувачення та підтримання його в суді. За відсутності додаткового розслідування підвищена відповідальність прокурора й органів прокуратури за якість досудового розслідування.

Метою статті є визначення та вирішення проблем щодо організації й процесуального керівництво прокурором досудовим розслідуванням.

© В. Клочков, 2021

Виклад основного матеріалу. Виконуючи функцію нагляду, прокурор здійснює процесуальне керівництво з метою ефективного підтримання обвинувачення в суді.

Системний аналіз цих законодавчих норм дає підстави зробити висновок про їх неповну відповідність Основному закону. Це призвело до їх різного тлумачення. Так, у науково-юридичній літературі виникли дискусії, оскільки немає єдиного погляду щодо розрішення дослідженої проблеми. Деякі вчені вказують на неможливість розмежування прокурорського нагляду та процесуального керівництва за досудовим розслідуванням. Більша частина вчених підтримує єдину функцію прокурорського нагляду та процесуальне керівництво за досудовим розслідуванням. Інші вважають, що прокурорський нагляд і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням – це дві самостійні функції.

Так, В.М. Юрчишин уважає, що законодавець припустився методологічної помилки, оскільки визначив процесуальне керівництво формою нагляду, а не додатковою функцією [1, с. 26].

В.П. Комарчук дійшов висновку: «Законодавець помилився, визнавши процесуальне керівництв в якості форми нагляду, а не самостійної функції. Ця недосконалість законодавчої техніки повинна бути найближчим часом усунена. Наглядова функція повинна бути визначена основною» [2, с. 85].

В.М. Сакал підтримує точку зору науковців (М.В. Руденко, В.М. Юрчишина та інших), які пропонують на законодавчому рівні чітко й однозначно розмежувати функції нагляду за додержанням законів у досудовому провадженні й керівництва розслідуванням [3, с. 49].

Автором розроблено та направлено відповідним особам законопроекти та пояснювальні записки щодо ЗУ «Про прокуратуру», КПК України, Трудового кодексу України, Конституції України.

При їх підготовці, вивчивши наукові праці, дійшов висновку, що деякі вчені підтримують таке рішення законодавця. Так, В.С. Бабкова зробила висновок, що законодавець завершив дискусію щодо форм прокурорського нагляду на досудових стадіях. Вона не бачить різниці між прокурорським наглядом і процесуальним керівництвом, уважає, що вони тотожні [4, с. 71].

Але І.І. Шульган та інші переконані, що прокурорський нагляд і процесуальне керівництво є несумісними видами діяльності [5, с. 520].

Зі змісту ст. 25 ЗУ «Про прокуратуру» випливає, що функція нагляду за додержанням законів органами, які провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, є ширшою за нагляд у формі процесуального керівництва та включає її.

Викладене дає змогу зробити висновок, що процесуальне керівництво є формою (методом, способом) прокурорського нагляду за досудовим розслідуванням як єдиного цілого.

Здійснюючи нагляд у формі процесуального керівництва за розслідуванням кримінального правопорушення, прокурор повинен виконувати завдання кримінального провадження, у тому числі охорона прав і свобод і законних інтересів, забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування. Виконання прокурором завдання в кримінальному провадженні, передбаченого ст. 2 КПК України, має сприяти здійсненню ним наданих процесуальних повноважень. Тому прокурор повинен організувати нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування кримінального правопорушення у формі процесуального керівництва.

Системний аналіз ст. 36 КПК України дає можливість зробити й такий висновок. Законодавець дає узагальнену назву процесуальної форми реалізації ч. 2. ст. 131-1 Конституції України про організацію та процесуальне керівництво прокуратурою досудовим розслідуванням.

Але в цій нормі КПК України немає жодного терміна «організація» й не вказано його поняття. Тому точно не визначено, у чому сутність організаційної діяльності прокуратури в цьому напрямі. Немає жодного терміна «організація» й у ст. 25 ЗУ «Про прокуратуру». Лише в Наказі Генерального прокурора України «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» від 19 грудня 2012 р. № 4 (з відповідними внесеними ним змінами) уживається такий термін. У ньому запропоновано забезпечити єдину систему організації нагляду за додержанням законів усіма органами досудового розслідування.

Згідно з тлумачним словником, термін «організація» означає таке: створювати, засновувати що-небудь, залучаючи до цього інших, спираючись на них; здійснювати певні заходи громадського значення, здійснюючи їх підготовку та проведення; чітко налагоджувати, належно впорядкувати що-небудь.

Незважаючи на це, у тексті ст. 36 та інших норм КПК України вбачаються такі форми «організації».

Розгляд заяв і повідомлень про кримінальне правопорушення, призначення процесуального керівника, відсторонення його

від виконання службових обов'язків, визначення законності його та інших учасників сторони обвинувачення процесуальних дій.

Організовує розгляд і вирішення скарг і розгляд заяв людини та громадянина, які надходять у зв'язку з розслідування кримінального правопорушення. Крім того, до організації в цьому напрямі можуть належати й інші форми.

Важливим в організації розслідування кримінального правопорушення є планування розслідування, хоча це не процесуальне дія. Цей тезис обґрунтовується такими обставинами.

Автор тривалі роки працював слідчим, старшим слідчим прокуратури, слідчим з особливо важливих справ прокуратури СРСР, в. о. начальника слідчого відділу Київської міжобласної спеціальної прокуратури, а тому добре знає, що керівники прокуратур вимагали складення плану розслідування злочину в кримінальній справі.

Після призначення слідчим з особливо важливих справ прокуратури СРСР автора планували направити розслідувати масові заворушення в 1990 р. Ошської області Киргизької РСР. Тому готувався у відрядження. Але, ураховуючи професійні та моральні якості, керівництво слідчого управління прокуратури СРСР прийняло рішення, направити автора в слідчу групу, розслідувати злочини, пов'язані з подіями 12 січня 1991 р. в м. Вільнюсі Литовської РСР. Перебуваючи в прокуратурі Литовської РСР, ознайомився з відповідними документами кримінальної справи, у тому числі щодо подій у телевежі, де загнули люди та співробітник «Альфа» КДБ СРСР В.В. Шатських, навіть бронежилет не врятував йому життя, оскільки куля влучила в спину, у поясницю, коли нахилився. Під час цих подій для підтримання правопорядку перебували військовослужбовці ВДВ Псковської дивізії.

Після вивчення й аналізу цих даних висунув напрями розслідування, питання, які необхідно з'ясувати; визначив перелік слідчих дій, способи та засоби їх здійснення; продумав тактику проведення окремих слідчих дій; склав погоджений відповідний план попереднього розслідування. Потім зі слідчою групою прибув у цю дивізію ВДВ. Згідно з планом дій, ми зробили багато різних слідчих дій, особисто допитали багатьох керівників полку, рот, взводів і їхніх підлеглих десантників. Допит розділяв на 4 стадії: установлення психологічного контакту (цей метод допомагав розкривати різні злочини, навіть керівники прокуратур, де працював, ураховуючи досвід, направляли в різні адміністративні райони розслідувати вбивства, зґвалтування); вільну розповідь; постановку питань; ознайомлення допитуваного з протоколом і записом показань.

Призначено та проведено багато судово-медичних експертиз. За номерами багато знайдено та проведено виїмки вогнестрільне зброї, яку десантники мали під час тих подій.

Наглядаючий прокурор слідчого управління Генеральної прокуратури СРСР А.І. Юмашкін, ознайомившись із цими та іншими процесуальними документами, за результатами перевірки склав відповідну позитивну довідку, у якій указав на виконаний великий обсяг якісної роботи.

При розслідуванні інших злочинів у кримінальних справах складалися відповідні плани, які погоджувалися з прокурором. За проявлений професіоналізм, сумлінність достроково присвоєно класний чин – радник юстиції (підполковник).

Як указано вище, особисто призначено багато судово-медичних експертиз. І знову, як раніше, до призначення слідчим з особливо важливих справ СРСР звернув увагу, що слово «судово» є зайвим і громіздким.

У Генеральній прокуратурі України дав цьому обґрунтовування, а потім науково дослідив цю проблему. Саме в плані розслідування формуються завдання слідчих (розшукових) дій. План розслідування повинен складатися слідчим і погоджуватися прокурором, а також ураховувати пропозиції кожного з них.

Наступною формою є організація взаємодії між слідчим, оперативними працівниками, експертами та спеціалістами.

Така форма взаємодії дає можливість зібрати й дослідити докази винуватості особи в учиненні злочину, установити інші обставини, прийняти законне процесуальне рішення.

Вимоги прокурора – процесуального керівника є документом з організації досудового розслідування.

Важливі форми організації в цьому напрямі можуть бути такі.

Налагодження систематичного обміну інформацією і звітності про результати роботи за певний строк у кримінальному провадженні. Забезпечення професійного керівника слідчо-оперативної групи. Забезпечення заходів щодо неприпустимості витоку секретних даних у ході проведення негласних слідчих (розшукових) дій, розголошення інформації досудового слідства. Здійснення інших оперативних заходів для розслідування злочину. Вищевикладене дає змогу зробити такий висновок.

Процесуальне керівництво – це організація прокурором процесу досудового роз-

слідування кримінального правопорушення, визначення його напрямів, взаємодія процесуальних дій, забезпечення при їх розслідуванні законів іншими учасниками з боку обвинувачення.

Процесуальний керівник повинен не лише здійснювати нагляд за законністю проведення слідчих (розшукових) дій, а й брати участь у їх проведенні або самостійно проводити.

Він не має повноваження проводити розслідування в повному обсязі, але має право проводити окремі слідчі (розшукові) дії та інші процесуальні дії. Прокурор доручає органу досудового розслідування виконання вимоги закону, які визначають підстави та процесуальний порядок проведення ними певних слідчих (розшукових), негласних слідчих дій, прийняття законного й обґрунтованого рішення. Прокурор повинен впливати на порушення вимог законів органами, які проводять досудове слідство та оперативно-розшукову діяльність. КПК України підвищив функцію судового контролю за дотриманням прав і свобод та інтересів людини, яку виконує слідчий суддя. Тепер більшість певних слідчих (розшукових), негласних слідчих дій проводяться за згодою слідчого судді. На підставі викладеного виникло питання: яким способом вирішити цю проблему?

Треба в ч. 3 ст. 2 ЗУ «Про прокуратуру» внести зміни та привести у відповідність до вищевказаної конституційної функції. Також привести КПК України у відповідність до Конституції України.

Статтю 36 КПК України доповнити окремою ч. 2, що прокурор організовує досудове розслідування кримінального правопорушення у формі процесуального керівництва. Це означає: «організація процедури досудового розслідування; визначення напрямів розслідування; координація процесуальних дій; забезпечення додержання законів у ході розслідування».

У цій або іншій нормі КПК України вказати повноваження керівника прокуратури щодо організації прокурорського нагляду в цьому напрямі. У зв'язку з цим змінити нумерацію відповідних частин ст. 36 КПК України.

Важливим є те, що прокурор і слідчий, керівник органу досудового розслідування повинні виконувати вимоги ч. 2 ст. 2 Кримінального кодексу (далі – КК) України, яка передбачає вчинення особою діяння, що містить склад злочину.

До нього входять такі елементи: об'єкт, об'єктивна сторона злочину, суб'єкт, суб'єктивна сторона. Якщо не має одного елементу, то не буде злочину.

Автор перевіряв матеріали кримінальних справ і наглядові провадження до них, звернув увагу, що в дорученнях і вказівках прокурора, планах розслідування, складених слідчим, немає інформації щодо встановлення цих елементів злочину. Тому прокурори та слідчі закривають кримінальні провадження.

Якщо обвинувальний акти з кримінальними провадженнями прокурорами передано до суду, то вони обґрунтовано виносять виправдувальні вироки.

З метою всебічного, повного й неупередженого, ефективного розслідування кримінального правопорушення п. 3 ч. 2 ст. 36 КПК України доповнити другим реченням у такій редакції: «вимагати встановлювати об'єкт, об'єктивну сторона злочину, суб'єкт і суб'єктивну його сторону».

Доповнити другим реченням ч. 4 ст. 38 КПК України (органи досудового розслідування) у такій редакції: «Установлювати об'єкт, об'єктивну сторону злочину, суб'єкт і суб'єктивну його сторону».

Розглянувши вищевказану проблему, досліджуємо таку.

Повноваження прокурора можуть бути покладені керівником системи прокуратури на іншого прокурора цієї системи прокуратури через неефективне здійснення прокурором нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування (ч. 3 ст. 37 КПК України).

Але підстави для заміни прокурора цією та іншими нормами КПК України не розкрито, а тому є оціночним і передбачає керівником прокуратури на свій розсуд давати оцінку діяльності підлеглого прокурора.

Поняття неефективності прокурорського нагляду варто розглядати в змісті й критеріях ефективності діяльності прокурора.

Критерії ефективності діяльності прокурора в кримінальному провадженні наявні в ст. 2 та інших нормах КПК України.

Важливим показником ефективності діяльності прокуратури є досягнення мети – стан захищеності інтересів людини, суспільства та держави, своєчасне запобігання реальним погрозам, виявлення, припинення реальних погроз.

Неефективність нагляду прокурора має здійснюватися в системному зв'язку не тільки зі ст. 2 та іншими нормами КПК України, які закріплюють завдання, засади кримінального провадження, статус прокурора. Обов'язково враховувати характер причинений дій чи бездіяльності прокурора та наслідки, що настали в ході досудового розслідування.

Необхідно з'ясовувати, активно чи пасивно взаємодіє прокурор зі слідчим у кримінальному провадженні, що впливає на

швидкість, повноту й неупередженість розслідування кримінальних правопорушень.

Так, ефективна взаємодія прокурора та слідчого дає можливість зібрати й дослідити докази винуватості особи в учиненні злочину, установити інші обставини, прийняти законне процесуальне рішення.

Формами взаємодії є доручення та вказівки прокурора слідчому, органу розслідування, оперативним підрозділам на проведення СРД та НСРД, які передбачені відповідними нормами КПК України.

Взаємодія прокурора зі слідчим та іншими учасниками кримінального провадження в межах визначених повноважень спрямована на виконання завдань, передбачених КПК України.

Вивчення прокурорсько-слідчої практики, перегляд телепередач та Інтернету, публікацій у газетах показало, що існують суттєві проблеми взаємодії між слідчим і прокурором у ході розслідування злочинів у кримінальних провадженнях.

Ці та інші причини призводять до тяганини в розслідуванні кримінальних правопорушень, зумовлюють порушення прав потерпілих і підозрюваних. Ураховуючи, що недостатньо науково досліджено цю форму діяльності між різними органами державної влади, автор багато років займається цією проблемою. Із цією метою науково обґрунтовано певні загальні елементи форм взаємодії. За цією темою підготовано та надруковано 19 наукових статей [6, с. 23; 7, с. 33–39; 8, с. 328–332].

Викладене дає змогу зробити висновок, що критеріями неефективності нагляду прокурора можуть бути такі: невиконання завдань у кримінальному провадженні в розумні строки, у тому числі невикористання повноважень; порушення засад у кримінальному провадженні, які негативно вплинули на обґрунтованість і повноту в розслідуванні злочину, відсутність реагування слідчим на ці порушення.

На підставі викладеного варто ст. 37 КПК України доповнити частиною 4 в редакції запропонованих критеріїв неефективності.

З метою підвищення ефективності в роботі прокурори повинні впливати на порушення вимог законів і підзаконних актів. ЗУ «Про прокуратуру» з метою усунення порушень законів не передбачено заходи впливу прокурорів. Але у вищевказаному Наказі Генерального прокурора закріплено відповідні вимоги щодо проведення перевірок і вжиття заходів.

Тому керівники прокуратур усіх рівнів, структурних підрозділів, їх перші заступники та заступники в межах повноважень зобов'язані забезпечити вивчення стану додержання правоохоронними органами повноти і правильності вимог ст. 214 КПК України щодо своєчасності внесення відомостей до ЄРДР, повноти і правильності кваліфікації злочинів; перевірки схоронності вилученого й арештованого майна та документів.

З метою забезпечення впливу на порушення в діяльності органів, які провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідства, керівники прокуратур повинні застосовувати повноваження, передбачені ч. 1 ст. 25 ЗУ «Про прокуратуру» щодо надання письмових указівок, а процесуальні керівники на підставі ст. 36 КПК України – вимоги прокурора.

Правовий аналіз статей 3, 36, 37 та інших норм КПК України, статей 2, 25 та інших норм ЗУ «Про прокуратуру» свідчить, що в них немає визначення терміна «процесуальне керівництво».

У статті 3 КПК України є перелік основних термінів, які частіше вживаються, указано їх визначення (понять) для однакового розуміння в кримінальному провадженні, реалізацію прав і законних інтересів певних осіб.

Визначення цих термінів є обов'язковим для використання всіма правоохоронними й іншими системами, службовими особами в кримінальному провадженні.

Тому ст. 3 КПК України необхідно доповнити пунктом у редакції, що термін «процесуальне керівництво» означає організацію процедури досудового розслідування; визначення напрямів розслідування; взаємодію процесуальних дій; забезпечення додержання законів у ході розслідування.

Процесуальні повноваження керівників системи прокуратури, відповідних прокурорів вищого рівня, процедуру їх реалізації вказано лише елементами залежно від стадії досудового розслідування в кримінальному провадженні.

На відміну від повноважень процесуального керівника, КПК України не містить окремої статті або інших положень із цих питань стосовно керівників прокуратури.

Більшу того, у нормах КПК України зміщені поняття прокурора-процесуального керівника та керівника прокуратури.

Так, п. 9 ч. 1 ст. 36 КПК України встановлено, що процесуальний керівник уповноважений продовжувати строки досудового розслідування. Однак статями 294 та 295 КПК України передбачено, що такі повноваження має керівник прокуратури. Крім того, ст. 246 КПК України встановлено підстави проведення негласних слідчих (розшукових) дій, у якій передбачено повноваження прокурора. Але чітко не встановлено, який про-

курор: процесуальний керівник або керівник прокуратури – здійснює ці повноваження. Такою особою є процесуальний керівник, але ст. 36 КПК України не встановлено цих повноважень.

Автор підготував статтю, а на міжнародній науково-практичній конференції в Академії адвокатури запропонував удосконалити КПК України щодо розгляду заяв про вчинення злочинів. Академік В.Г. Гончаренко погодився із цим і пояснив, що в КПК України необхідно повністю вносити зміни. Хотіли «мерседес», а отримали «запорожець».

На підставі викладеного вирішити таку проблему можна шляхом чіткого розмежування повноважень цих прокурорських посад і внесення змін до відповідних статей КПК України.

Автором досліджено проблеми продовження строків тримання під вартою в ході нагляду прокурора за додержання прав, свобод і законних інтересів особи на стадії досудового слідства [9, с. 51].

Тримання під вартою понад установлені законом строки є грубим порушенням законності, прав і свобод громадянина [10, с. 66; 11, с. 112–114].

При розслідуванні кримінального правопорушення прокурору необхідно з'ясовувати дотримання конституційних прав і свобод людини.

Аналіз прокурорсько-слідчої та судової практики, публікацій у засобах масової інформації, перегляд телепередач свідчить про проблеми, які виникають при повідомленні про підозру в учиненні кримінального правопорушення.

Треба мінімізувати необґрунтовані факти при повідомленні про підозру, що буде забезпечувати право людини не бути незаконно притягнутим до кримінальної відповідальності.

У пункті 3 ч. 1 ст. 276 КПК України вказано третій випадок повідомлення про підозру з наявності достатніх доказів, зібраних від початку розслідування, для підозри особи в учиненні кримінального правопорушення.

Варто звернути увагу на те, що прокурору необхідно більш уважно вивчати матеріали кримінального провадження.

Якщо дійти висновку, що недостатньо доказів для повідомлення про підозру, то необхідно матеріали кримінального провадження повернути слідчому з письмовими вказівками щодо проведення конкретних процесуальних (розшукових) дій, перевірки певних фактів, витребування відповідних документів та інформації.

Отримані докази знову підлягають оцінці щодо їх достатності для повідомлення про підозру в учиненні кримінального провадження.

На підставі ухвали слідчого судді, суду обирається відповідний запобіжний захід. Після цієї слідчої дії норми КПК України гарантують права підозрюваного. Це рішення слідчого судді є додатковою гарантією прав і законних інтересів особи в досудовому розслідуванні. До того ж є формою взаємодії прокуратури й суду в таких аспектах: функціональному, процесуальному й організаційному.

У частині 2 ст. 177 КПК України передбачено, що підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри. Обґрунтованість підозри варто визначати як сукупність зібраних доказів про вчинення особою злочину.

Тому забороняється слідчому, прокурору ініціювати перед слідчим суддею, судом застосування до підозрюваного, обвинуваченого певного запобіжного заходу за відсутності обґрунтованої підозри в учиненні злочин.

Існують факти, коли особу, яка вчинила злочин (про це є достатні докази, навіть у ЗМІ про це повідомляють), неодноразово допитають як свідка. Такі дії слідчі виконують на підставі норм КПК України. Але багато громадян і деякі вчені не згодні із цим.

У зв'язку з цим прокурори повинні вживати заходи щодо недопущення тяганини та активізації в розслідуванні кримінального правопорушення. Повідомлення про підозру без достатніх доказів не відповідає ЗУ «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду».

Особа має право звертатися про відшкодування збитків, якщо провадження на підставі п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України закрито й підозра не обґрунтована.

Закриття кримінального провадження потрібно після дослідження всіх обставин злочину та безпосереднього дослідження й оцінювання слідчим, прокурором показань, речей і документів у їх сукупності.

Звертаємо увагу на те, що у ЗМІ, по телебаченню, навіть у науково-юридичній літературі на стадії досудового розслідування вживаються терміни, що особі пред'явлено обвинувачення.

Відповідно до норм КПК (1961 р.), були такі процесуальні дії на стадії слідства: допит підозрюваного; винесення постанови про притягнення обвинувачення та допит обвинуваченого.

Однак, відповідно до ст. 42 КПК України (підозрюваний, обвинувачений), під час розслідування злочину в кримінальному провадженні передбачено, що обвинуваченим (підсудним) є особа, обвинувальний акт щодо якої передано до суду.

Але статус обвинуваченого (підсудного) набуває, коли обвинувальний акт прокурором передано до суду з відповідною його реєстрацією в суді. До цього він залишається підозрюваним.

Висновки

Отже, працівник канцелярії районного чи місцевого суду, який не є учасником кримінального провадження, шляхом фіксації в журналі надходження обвинувальних актів надає підозрюваному статус обвинуваченого.

Така процедура оголошення підозри та висунення обвинувачення без допитів у вчиненні злочину поєднує різні правові системи, що є не зовсім правильним. Це призводить до порушення прав і свобод людини та принципу верховенства права, передбаченого Конституцією України. У Генеральній прокуратурі та Академії прокуратури автор багаторазово вносив пропозиції та зауваження до відповідних законопроектів, у тому числі неодноразово до нового КПК України. Час і прокурорсько-слідча практика показали, що вони є обґрунтованими й актуальними. Підготовлені та опубліковані наукові статті у фахових виданнях підтверджують цей тезис.

Викладене дає змогу зробити висновок, що запропоновані заходи сприятимуть підвищенню ефективності роботи прокурора в організації та процесуальному керівництві в кримінальному провадженні.

Список використаних джерел:

1. Юрчишин В.М. Прокурор як процесуальний керівник досудового розслідування. *Адвокат*. 2012. № 7. 26–30.

2. Комарчук В.П. Процесуальне керівництво прокурора як гарантія дотримання законності при досудового розслідуванні. *Проблеми реформування прокуратури :* матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (Харків, 15 квіт. 2016) / редкол. : Л.М. Москвич (голова), А.В. Лапкін, І.В. Юревич та ін. Харків : Право, 2016. Т. 1. С. 84–88.

3. Сакал В.М. Місце та роль прокурора – процесуального керівника в організації досудового розслідування. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 41–51.

4. Бабкова В.С. Проблеми здійснення прокурором наглядових повноважень у формі процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2012. № 3. 71–73.

5. Шульган І.І. Процесуальне керівництво досудовим розслідування як окрема функція прокуратури. *Національного університету «Львівська політехніка. Серія «Юридичні науки»*. 2016. № 837. С. 516–520.

6. Клочков В.Г. Взаємодія Генеральної прокуратури України з вищими органами державної влади щодо охорони прав і свобод громадян. *Міліція*. 2009. № 4. С. 23.

7. Клочков В.Г. Взаємодія Генеральної прокуратури України з вищими органами державної влади щодо охорони прав і свобод громадян. *Вісник прокуратури*. 2011. № 5. С. 33–39.

8. Клочков В.Г. Взаємодія Генеральної прокуратури України із засобами масової інформації. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 3. С. 328–332.

9 Клочков В.Г. Прокурорський нагляд за законністю та обґрунтованістю обрання та продовження строків тримання під вартою : навчальний посібник для студ. вищ. навч. закл. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. 64 с.

10. Клочков В.Г. Про вдосконалення процедури обчислення строків тримання під вартою. *Право України*. 1999. № 1. С. 66–67.

11. Клочков В.Г. Судья должен продлевать срок содержания под. стражей. *Прокурорская и следственная практика*. Москва, 1997. № 2. С. 112–114.

Volodymyr Klochkov. Organization and procedural management of the prosecutor's presidential investigation

The article examines the problem of legislative support for the activities of the procedural head – the prosecutor and the head of the prosecutor's office regarding criminal proceedings in the pre-trial investigation.

It is substantiated that the amended constitutional norm on the organization and procedural management of the pre-trial investigation by the prosecutor's office is one of the important functions. However, some laws do not fully specify the content of this constitutional norm. This has led to their different interpretations among scholars and law enforcement officers, as well as in law enforcement practice. It is alleged that Art. 25 of the Law of Ukraine "On the Prosecutor's Office" the function of monitoring compliance with the law by bodies conducting operational and investigative activities, inquiries and pre-trial investigation, is broader than supervision in the form of procedural guidance.

Attention is drawn to the fact that the prosecutor must perform the tasks of criminal proceedings for the protection of rights and freedoms and legitimate interests, ensuring a prompt, complete and impartial investigation. The Code of Criminal Procedure does not specify the essence of the concept of the term "organization", and therefore it is not clear what is the essence of the organizational activities of the prosecutor's office in this direction. In this regard, on the basis of the analysis of the norms of the Criminal Procedure Code, the forms of "organization" of this activity are investigated.

The notion of the terms procedural management and procedural manager is defined, and therefore it is proposed to make additions to Article 3 of the Criminal Procedure Code. It is important that the prosecutor

and the investigator, the head of the pre-trial investigation body, must comply with the requirements of Part 2 of Article 2 of the Criminal Code, which provides for the commission of an act that contains 4 elements of a crime.

The criteria for the ineffectiveness of prosecutorial supervision in this direction have been determined. It is alleged that the interaction of the prosecutor with investigators are important in solving the problems of criminal proceedings. It is concluded that a clear delineation of the powers of the above-mentioned prosecutorial positions is needed.

It is proposed to make certain changes to the laws, which must fully comply with the specified constitutional norm.

It is substantiated that it is necessary to minimize unsubstantiated facts when reporting a suspicion that will ensure the human right not to be prosecuted.

The article emphasizes that the procedure of notification of suspicion and indictment without questioning for a crime combines different legal systems, which is not entirely correct.

Key words: prosecutor, head of the prosecutor's office, procedural management, investigator, organization of crime investigation, suspicion report.

УДК 343.148
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.44

Віктор Халявка,
заступник директора центру – завідувач відділу автотехнічних досліджень та криміналістичного дослідження транспортних засобів Черкаського науково-дослідного експертно-криміналістичного центру Міністерства внутрішніх справ України

Олександр Юрчик,
старший судовий експерт сектору автотехнічних досліджень відділу автотехнічних досліджень та криміналістичного дослідження транспортних засобів Черкаського науково-дослідного експертно-криміналістичного центру Міністерства внутрішніх справ України

ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК МІЖ ДІЯМИ УЧАСНИКІВ ДОРОЖНЬОГО РУХУ ТА ВИНИКНЕННЯМ ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНОЇ ПРИГОДИ

Актуальність статті полягає в тому, що в експертній практиці під час проведення автотехнічної експертизи, за умови необхідності спеціальних пізнань, на підставі проведених досліджень експерт-автотехнік може зробити висновок про причину і необхідні умови виникнення дорожньо-транспортної пригоди та встановити причинний зв'язок між окремими обставинами події. Причина – це явище, яке зумовлює або породжує інше явище. Причинний зв'язок – це об'єктивний зв'язок між дією (бездіяльністю) тієї чи іншої особи і певним наслідком, до якого призвели дії цієї особи. Питання про причинний зв'язок постає, коли особа притягається до відповідальності за шкідливі наслідки її дії або бездіяльності у разі правопорушення. Якщо закон, забороняючи те чи інше діяння, пов'язує відповідальність за нього з настанням певного шкідливого наслідку, то для притягнення особи, винної у вчиненні цього діяння, до відповідальності треба, крім інших обставин, встановити і те, що до цього наслідку призвели її дії або бездіяльність. У кримінальному праві причинний зв'язок є необхідним елементом об'єктивної сторони тих складів злочину, які містять вказівку не лише на заборонене діяння, а й на його шкідливий наслідок. Відсутність причинного зв'язку між протиправним діянням особи і певним шкідливим наслідком виключає можливість притягнення особи до відповідальності. У цивільному, трудовому, адміністративному праві обов'язок відшкодувати заподіяну шкоду також можна покласти лише на особу, діяння якої є причиною цієї шкоди. У процесі розгляду справ, пов'язаних з порушенням правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів, виникає необхідність у допомозі експерта-автотехніка, висновки якого зрештою стануть чи не найголовнішими для суду. Залучення експерта та проведення судової експертизи є однією із важливих форм використання спеціальних знань у судочинстві. Дорожньо-транспортна пригода має свої специфічні закономірності виникнення та розвитку. Основною причиною майже всіх дорожньо-транспортних пригод є порушення Правил дорожнього руху, але не завжди дані порушення можуть перебувати у причинному зв'язку з виникненням пригоди. Досить часто перед експертом-автотехніком ініціатор проведення експертизи ставить питання про причинний зв'язок між діями учасників дорожнього руху і виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

Ключові слова: учасник дорожнього руху, водій, пішохід, транспортний засіб, причина, судовий експерт, судова автотехнічна експертиза.

Постановка проблеми. В експертній практиці під час проведення автотехнічної експертизи, за умови необхідності спеціальних пізнань, на підставі проведених досліджень експерт-автотехнік може зробити висновок про причину і необхідні умови виникнення дорожньо-транспортної пригоди та встановити причинний зв'язок між окремими обставинами події.

Постановка завдання. Мета статті – оцінка причинного зв'язку між діями учасників дорожнього руху і виникненням дорожньо-транспортної пригоди експертом-автотехніком у рамках проведення судової експертизи. У процесі дослідження було розкрито поняття причинного зв'язку між діями (бездіяльністю) тієї чи іншої особи, яка є учасником дорожнього руху, і певним

© В. Халявка, О. Юрчик, 2021

наслідком, до якого призвели ці дії. Розглянуто встановлення експертом-автотехніком обставин, які призвели до виникнення дорожньо-транспортної пригоди.

Виклад основного матеріалу. У Правилах дорожнього руху України зазначено, що дорожньо-транспортна пригода – це подія, що сталася під час руху транспортного засобу, внаслідок якої загинули або поранені люди чи завдані матеріальні збитки [6]. Причиною дорожньо-транспортної пригоди є обставина, що спричинила виникнення аварійної обстановки, тобто обставина, в якій водій був позбавлений можливості запобігти події [2, с. 357] (перевищення водієм швидкості руху, несвоєчасне вжиття заходів щодо уникнення ДТП, дії пішоходів та ін.).

Дуже часто причиною виникнення дорожньо-транспортної пригоди є дії пішоходів, які своїми неправомірними діями створюють небезпеку для руху транспортного засобу. Наприклад, якщо пішохід у забороненому для переходу місці, порушуючи вимоги Правил дорожнього руху України, почав раптово перебігати проїзну частину перед самим транспортним засобом, коли водій не встигав навіть привести в дію гальма. За таких умов (коли водій позбавлений можливості запобігти наїзду) в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди з технічної точки зору буде вихід пішохода на смугу руху транспортного засобу в момент, коли водій не мав технічної можливості уникнути наїзду на останнього шляхом застосування екстреного гальмування в умовах місця ДТП.

Якщо під час досліджень експертом буде встановлено, що водій транспортного засобу мав технічну можливість запобігти наїзду на пішохода шляхом своєчасного застосування екстреного гальмування в умовах місця ДТП, в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди з технічної точки зору будуть невідповідність дій водія транспортного засобу вимогам Правил дорожнього руху України.

Аналізуючи вищенаведені приклади, можемо узагальнити, що необхідною умовою виникнення даної дорожньо-транспортної пригоди є обставини, які створили небезпечну обстановку. Так, однією з необхідних умов виникнення даної пригоди є порушення пішоходом вимог Правил дорожнього руху України, але подія могла і не мати місця, якби водій вчасно застосував екстрене гальмування в умовах місця пригоди з метою уникнення наїзду на пішохода [2, с. 357].

В експертній практиці під час проведення автотехнічних досліджень експерт-автотехнік вирішує питання про причинний зв'язок між діями учасників дорожнього руху та фактом виникнення дорожньо-транспортної пригоди лише у разі, коли для цього необхідні спеціальні (технічні) пізнання в галузі автотехнічних досліджень.

У деяких випадках експерт в межах своєї компетенції не може вирішити питання, які дії учасника дорожнього руху стали причиною виникнення дорожньо-транспортної пригоди. Наприклад, водій В., керуючи технічно справним автомобілем ВАЗ-2107, рухаючись по прямій ділянці дороги в задовільних дорожніх умовах, за відсутності перешкод та небезпеки для його руху допустив з'їзд з проїзної частини на узбіччя, де допустив наїзд на дерево. У даному випадку експерт не може вирішити питання про те, що знаходиться в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди, оскільки з'їзд з проїзної частини відбувся на технічно справному транспортному засобі за відсутності зовнішніх факторів, що спонукали водія екстрено виконувати ті чи інші норми Правил дорожнього руху України, тобто розвиток ситуації повністю визначався вибраним водієм на свій розсуд рішенням та його реалізацією в робочому режимі або неспроможністю водія з тих чи інших причин виконати необхідні прийоми керування транспортним засобом (застосування під час руху неправильних прийомів керування, відсутність у особи навиків керування транспортним засобом, перебування водія в стані сп'яніння, водій під час руху відволікався від керування транспортним засобом або заснув за кермом та ін.)

Виходячи з експертної практики, розглянемо деякі випадки встановлення експертом причинного зв'язку між діями учасників дорожнього руху та фактом виникнення дорожньо-транспортної пригоди.

1. Перевищення водієм швидкості руху.

Якщо швидкість руху, яку вибрав водій транспортного засобу, не відповідала вимогам розділу 12 Правил дорожнього руху України, то таку швидкість слід вважати за перевищену.

Перевищення швидкості руху може бути у двох випадках:

– перевищення дозволеної швидкості руху, встановленої вимогами Правил дорожнього руху України на відповідній ділянці дороги;

– перевищення допустимої (безпечної) швидкості руху з урахуванням дорожньої обстановки чи технічного стану транспортного засобу.

Відповідно до вимог пункту 1.10. Правил дорожнього руху України [6]:

– видимість у напрямку руху – максимальна відстань, на якій з місця водія можна чітко розпізнати межі елементів дороги та розміщення учасників руху, що дає змогу водієві орієнтуватися під час керування транспортним засобом, зокрема, для вибору безпечної швидкості та здійснення безпечного маневру;

– недостатня видимість – видимість дороги в напрямку руху менше 300 м у сутінках, в умовах туману, дощу, снігопаду тощо;

– обмежена оглядовість – видимість дороги в напрямку руху, яка обмежена геометричними параметрами дороги, придорожніми інженерними спорудами, насадженнями та іншими об'єктами, а також транспортними засобами;

– темна пора доби – частина доби від заходу до сходу сонця.

У темну пору доби, в умовах недостатньої видимості чи обмеженої оглядовості, водій повинен вибрати таку швидкість руху, щоб мати змогу зупинити транспортний засіб у межах видимості дороги.

Як приклад розглянемо наїзд на пішохода, що перетинав проїзну частину у невстановленому місці. На підставі проведених досліджень експерт може дати висновок про те, що перевищення водієм транспортного засобу швидкості руху перебуває в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди, якщо під час руху з дозволеною (допустимою) швидкістю водій мав технічну можливість уникнути наїзду на пішохода шляхом застосування екстреного гальмування в умовах місця ДТП. Якщо ж водій транспортного засобу не матиме технічної можливості уникнути наїзду на пішохода шляхом застосування екстреного гальмування в умовах місця ДТП під час руху з дозволеною (допустимою) швидкістю руху, то невідповідність дій водія вимогам Правил дорожнього руху України (з технічної точки зору) не перебуватиме в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди.

Під час проведення досліджень за фактом втрати керування транспортним засобом на ділянці дороги із закругленням експерт може зробити висновок, що причиною виникнення дорожньо-транспортної пригоди (з технічної точки зору) є перевищення водієм допустимої швидкості руху, якщо вибрана водієм швидкість руху транспортного засобу перевищувала максимально допустиму на даному закругленні дороги швидкість руху, внаслідок чого відбувається занос автомобіля.

2. Несвоєчасне вжиття заходів щодо уникнення ДТП.

У разі, якщо час з моменту виникнення небезпеки для руху до моменту спрацювання органів керування (гальм, керма) перевищує суму нормативного часу реакції водія і часу запізнювання спрацьовування органів управління, можна вважати, що водій несвоєчасно вжив заходів для уникнення події. За даних обставин експерт може зробити висновок, що в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди (з технічної точки зору) перебувають дії водія, що не відповідають вимогам Правил дорожнього руху України, якщо буде встановлено, що за умови своєчасного вжиття заходів останній мав технічну можливість уникнути пригоди.

Як приклад розглянемо наїзд на пішохода, що перетинав проїзну частину у невстановленому місці. Водій транспортного засобу застосував гальмування, і наїзд на пішохода стався в процесі гальмування транспортного засобу. З одного боку, водій виконав вимоги п. 12.3. Правил дорожнього руху України, але, провівши розрахунки часу руху пішохода з моменту виникнення небезпеки для руху і до моменту наїзду, експерт встановив, що у разі своєчасного застосування гальмування водій транспортного засобу мав технічну можливість уникнути наїзду на пішохода. Отже, в діях водія вбачається невідповідність вимогам Правил дорожнього руху України, яка (з технічної точки зору) перебуває в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

3. Застосування маневру замість гальмування.

Застосування маневру для запобігання дорожньо-транспортної пригоди (з технічної точки зору) слід вважати виправданим у випадках, коли водій не мав технічної можливості уникнути пригоди шляхом гальмування. В інших випадках у разі виникнення небезпеки для руху водій, відповідно до вимог Правил дорожнього руху України, зобов'язаний застосовувати гальмування.

Наприклад, у момент виходу пішохода на проїзну частину з правого узбіччя за напрямком руху транспортного засобу водій автомобіля (без вжиття заходів для зниження швидкості) виконав маневр відвороту вліво, внаслідок чого на смузі зустрічного руху (за межами небезпечної зони) стався наїзд на пішохода. Сам факт наїзду на пішохода за межами смуги руху транспортного засобу може вказувати на те, що, якби водій замість виконання маневру застосував гальмування без зміни напрямку руху, пішохід вже перебував би за межами смуги руху автомобіля і наїзд на останнього не мав би місця.

4. Застосування екстреного (різкого) гальмування.

Застосування екстреного гальмування (з доведенням коліс до блокування) не

у всіх випадках може забезпечити можливість уникнути дорожньо-транспортної пригоди, з технічної точки зору застосовувати його доцільно лише у тих випадках, коли плавним зниженням швидкості (без блокування коліс) чи виконанням маневру уникнути пригоди вже неможливо. У Правилах дорожнього руху України (п. 12.3.) зазначено, що у разі виникнення небезпеки для руху або перешкоди, яку водій об'єктивно спроможний виявити, він повинен негайно вжити заходів для зменшення швидкості аж до зупинки транспортного засобу або безпечного для інших учасників руху об'їзду перешкоди [6].

Приклад – наїзд на пішохода, що перебуває на смузі руху транспортного засобу в нерухомому стані. Якщо під час проведення експертного дослідження буде встановлено, що в момент виявлення перешкоди для руху водій автомобіля не мав технічної можливості уникнути наїзду на пішохода шляхом застосування екстреного гальмування, але мав таку можливість шляхом виконання безпечного об'їзду перешкоди, то в діях водія автомобіля вбачається невідповідність вимогам Правил дорожнього руху України, які (з технічної точки зору) перебувають у причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

В іншому випадку водій, наближаючись до закруглення дороги вправо, в умовах необмеженої видимості, замість поступового зниження швидкості (без блокування коліс), перед самим закругленням застосував екстрене гальмування (з блокуванням коліс), внаслідок чого допустив з'їзд некерованого транспортного засобу з проїзної частини на ліве узбіччя за напрямком свого руху. Шляхом розрахунків було встановлено, що вибрана водієм швидкість руху дозволяла безпечно проїхати дану ділянку дороги без втрати керованості транспортного засобу, тому в його діях вбачається невідповідність вимогам Правил дорожнього руху України, які (з технічної точки зору) знаходяться в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

У даному випадку дії водія є невиправданими, оскільки причиною з'їзду з проїзної частини транспортного засобу був його некерований стан внаслідок блокування коліс, за якого водій не може впливати на подальший напрямок його руху.

5. Неправильний вибір безпечної дистанції.

У Правилах дорожнього руху України зазначено, що безпечна дистанція – це відстань до транспортного засобу, що рухається попереду по тій самій смузі, яка у разі його раптового гальмування або зупинки дасть можливість водієві транспортного засобу, що рухається позаду, запобігти зіткненню без здійснення будь-якого маневру [6].

Якщо при вибраній водієм дистанції він не мав технічної можливості уникнути наїзду на транспортний засіб, що рухався попереду, під час раптового його гальмування, то вибрана водієм дистанція не була безпечною, що і стало причиною дорожньо-транспортної пригоди.

У деяких випадках правильно вибрана водієм дистанція може позбавити його технічної можливості уникнути зіткнення з транспортним засобом, що рухається попереду, якщо раптова зупинка останнього є результатом наїзду на нерухому перешкоду. За даних обставин у причинному зв'язку з виникненням пригоди буде раптова зупинка транспортного засобу, що рухався попереду, внаслідок наїзду на нерухому перешкоду.

6. Неправильний вибір безпечного інтервалу.

У Правилах дорожнього руху України зазначено, що безпечний інтервал – це відстань між боковими частинами транспортних засобів, що рухаються, або між ними та іншими об'єктами, за якої гарантована безпека дорожнього руху [6].

Якщо водій допустив контактування транспортного засобу, його причепа, вантажу чи додаткового обладнання з нерухомою перешкодою під час об'їзду останньої, сам факт даної пригоди може вказувати на неправильно вибраний водієм інтервал між транспортним засобом і перешкодою, що і було причиною дорожньо-транспортної пригоди.

Якщо буде встановлено, що контактування з нерухомою перешкодою сталося внаслідок раптового бокового зсуву вантажу, то в причинному зв'язку з виникненням пригоди буде неналежне кріплення вантажу, а не недотримання водієм безпечного інтервалу.

7. Створення перешкоди для руху.

Відповідно до вимог п. 1.10. Правил дорожнього руху України «терміни, що наведені у цих Правилах», мають таке значення:

перешкода для руху – нерухомий об'єкт у межах смуги руху транспортного засобу або об'єкт, що рухається попутно в межах цієї смуги (за винятком транспортного засобу, що рухається назустріч загальному потоку транспортних засобів) і змушує водія маневрувати або зменшувати швидкість аж до зупинки транспортного засобу [6].

Перешкода для руху створюється водієм у всіх випадках, коли він своїми діями змушує інших учасників дорожнього руху

виконувати дії з метою уникнення наїзду на перешкоду шляхом зменшення швидкості, застосування гальмування чи безпечного об'їзду [2, с. 362].

Наприклад, водій в умовах обмеженої видимості (туман) залишив транспортний засіб на проїзній частині без освітлення і не вжив заходів для його позначення. Якщо під час експертного дослідження буде встановлено, що перешкодою була створена аварійна обстановка і водій іншого транспортного засобу не мав технічної можливості уникнути наїзду на перешкоду як шляхом застосування гальмування, так і безпечного об'їзду, слід зробити висновок про те, що в причинному зв'язку з виникненням пригоди була можливість виявити перешкоду для руху на відстані, меншій за відстань, яка необхідна для зупинки транспортного засобу чи безпечного об'їзду перешкоди, тобто в діях водія, що створив перешкоду, вбачаються невідповідність вимогам Правил дорожнього руху України, яка (з технічної точки зору) знаходиться в причинному зв'язку з виникненням даної пригоди.

У разі необмеженої видимості, оглядовості та наявності у водія часу, достатнього для прийняття необхідних для уникнення наїзду або зіткнення заходів, перешкода може не створювати небезпечної обстановки.

Якщо буде встановлено, що перешкода для руху не створювала небезпечної обстановки (наявність перешкоди в умовах необмеженої видимості), тобто не примушувала водія іншого транспортного засобу вживати екстрених заходів для уникнення пригоди, експерт може зробити висновок, що дії водія, який створив перешкоду, не знаходяться в причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди.

7. Створення небезпеки для руху.

Відповідно до вимог п. 1.10. Правил дорожнього руху України «терміни, що наведені у цих Правилах», мають таке значення:

небезпека для руху – зміна дорожньої обстановки (у тому числі поява рухомого об'єкта, який наближається до смуги руху транспортного засобу чи перетинає її) або технічного стану транспортного засобу, яка загрожує безпеці дорожнього руху і змушує водія негайно зменшити швидкість або зупинитися. Окремим випадком небезпеки для руху є рух у межах смуги транспортного засобу іншого транспортного засобу назустріч загальному потоку [6].

Зазвичай небезпека для руху виникає в момент, коли відстань між транспортним засобом і перешкодою невелика, а розташування і характер руху перешкоди в даний момент може свідчити про те, що перешкода попадає в небезпечну зону або ймовірність її попадання в зону небезпеки різко зростає.

Якщо встановлено, що водій своїми діями створив небезпеку для руху водію іншого транспортного засобу, який вже не мав можливості уникнути події, слід зробити висновок про те, що з технічної точки зору дії водія, що створив небезпеку для руху, знаходяться в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

Якщо буде встановлено, що водій своїми діями створив небезпеку для руху водію іншого транспортного засобу, але останній мав технічну можливість уникнути дорожньо-транспортної пригоди, дії водія, що створив небезпеку для руху, слід розглядати як необхідну умову виникнення даної пригоди, і тому вони не відповідають вимогам Правил дорожнього руху України та знаходяться в причинному зв'язку з виникненням даної пригоди.

Недоцільно розглядати як небезпечну будь-яку дорожню обстановку, яка створюється під час руху транспортного засобу. У деяких випадках створення водієм небезпеки для руху може бути необов'язковою умовою для виникнення дорожньо-транспортної пригоди, якщо водій, якому була створена небезпека для руху, сам поставив себе в такі умови, коли виникнення пригоди буде неминучим.

Наприклад, водій, проїжджаючи нерівнозначне перехрестя, не надав переваги в русі автомобілю, що рухався по головній дорозі зі значним перевищенням дозволеної швидкості руху в населеному пункті. Якщо експертним дослідженням буде встановлено, що під час руху автомобіля (водію якого була створена небезпека) з дозволеною швидкістю руху, враховуючи час існування небезпеки для руху, водію навіть не потрібно було вживати заходів для зупинки транспортного засобу, оскільки при такій швидкості автомобіль наблизився б до перехрестя в момент, коли автомобіль, що рухався по другорядній дорозі, дане перехрестя вже би покинув. У даному випадку в діях водія, що рухався по другорядній дорозі, вбачаються невідповідності вимогам Правил дорожнього руху України, але вони не будуть перебувати в причинному зв'язку з виникненням даної пригоди.

8. Експлуатація технічно несправного транспортного засобу.

Несправний стан системи має місце, коли система не відповідає хоча б одній з вимог, встановлених нормативно-технічною документацією підприємства-виробника. У вимогах Правил дорожнього руху України зазначені несправності транспорт-

ного засобу, за наявності яких його експлуатація заборонена.

Наприклад, водій, керуючи технічно несправним транспортним засобом (не спрацювання гальм задніх коліс автомобіля), допустив наїзд на пішохода. У ході експертного дослідження було встановлено, що водій не мав технічної можливості уникнути наїзду на пішохода шляхом застосування екстреного гальмування в умовах місця пригоди з урахуванням технічного стану транспортного засобу та мав таку можливість у разі технічно справного транспортного засобу, тому за даних обставин у причинному зв'язку з виникненням пригоди (з технічної точки зору) буде технічний стан транспортного засобу, який не відповідав вимогам підприємства-виробника.

У даному випадку в діях водія вбачаються відповідності вимогам Правил дорожнього руху України, якщо він експлуатує транспортний засіб з несправностями, про які йому було відомо, а також які він мав би виявити в процесі експлуатації транспортного засобу або своєчасного проведення технічного обслуговування автомобіля.

Якщо в ході експертного дослідження буде встановлено, що за відсутності несправностей водій не мав технічної можливості уникнути пригоди, технічний стан транспортного засобу не буде перебувати у причинному зв'язку з виникненням даної дорожньо-транспортної пригоди.

Якщо в ході експертного дослідження буде встановлено, що за наявності несправностей транспортного засобу водій мав технічну можливість уникнути дорожньо-транспортної пригоди, тоді в причинному зв'язку з виникненням останньої буде несвоєчасне вжиття водієм заходів для запобігання пригоді і технічний стан транспортного засобу не буде перебувати в причинному зв'язку з її виникненням.

9. Причинний зв'язок між діями пішоходів і виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

Як правило, оцінка дій пішоходів не потребує спеціальних (технічних) пізнань, і слідчий та суд самостійно можуть вирішити питання стосовно дій пішохода, їх відповідності вимогам Правил дорожнього руху України та наявності причинного зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди. В окремих випадках для встановлення причин виникнення пригоди експертному аналізу підлягають і дії пішоходів.

Наприклад, наїзд на пішохода, який стався за межами смуги руху автомобіля внаслідок виконання водієм маневру відвороту. Якщо в ході проведення експертного дослідження експертом буде встановлено, що до моменту досягнення автомобілем лінії руху пішохода (без вжиття водієм заходів для зниження швидкості) останній встигав вийти за межі небезпечної зони, а тому не створював перешкоди для руху транспортного засобу, слід зробити висновок про відсутність причинного зв'язку між діями пішохода і виникненням пригоди. У даному випадку в причинному зв'язку з виникненням пригоди будуть дії водія, який невиправданим маневром допустив наїзд на пішохода.

Якщо експертом буде встановлено, що без вжиття водієм заходів для зменшення швидкості пішохід не встигав вийти за межі небезпечної зони, а за умови своєчасного застосування водієм екстреного гальмування пішохід виходив за межі небезпечної зони, то в даному випадку пішохід створював небезпеку для руху водію автомобіля і його дії будуть перебувати в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди (необхідна умова виникнення даної пригоди). При цьому в діях водія автомобіля вбачаються невідповідності вимогам Правил дорожнього руху України, які також перебувають у причинному зв'язку з виникненням даної пригоди, оскільки водій, маючи можливість уникнути наїзду на пішохода шляхом своєчасного застосування екстреного гальмування в умовах місця пригоди, застосував невиправданий маневр.

У разі, коли до моменту досягнення автомобілем лінії руху пішохода останній при певній вибраній швидкості не встигав вийти за межі небезпечної зони навіть у разі своєчасного застосування водієм екстреного гальмування в умовах місця пригоди, зроблений водієм маневр був вимушеним, тому причиною дорожньо-транспортної пригоди були лише дії пішохода.

В окремому випадку експертному дослідженню підлягають дії пішохода, якщо наїзд на останнього стався на нерегульованому пішохідному переході. У Правилах дорожнього руху України (п. 18.1.) зазначено, що водій транспортного засобу, що наближається до нерегульованого пішохідного переходу, на якому перебувають пішоходи, повинен зменшити швидкість, а в разі потреби зупинитися, щоб дати дорогу пішоходам, для яких може бути створена перешкода чи небезпека [6]. Однією з необхідних умов даних вимог Правил дорожнього руху України є перебування пішохода на пішохідному переході. При цьому відповідно до вимог Правил дорожнього руху України (п. 4.14.) пішоходам забороняється виходити на проїзну частину, не впевнившись у відсутності небезпеки для себе та інших учасників руху,

а також раптово виходити, вибігати на проїзну частину, в тому числі на пішохідний перехід [6].

Якщо в ході експертного дослідження буде встановлено, що пішохід раптово вийшов (вибіг) на нерегульований пішохідний перехід в момент, коли водій транспортного засобу не мав технічної можливості уникнути наїзду шляхом своєчасного застосування екстреного гальмування, то в даному випадку в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди будуть дії пішохода.

Дуже часто у слідчих виникають питання щодо оцінки дій пішоходів, які перетинають проїзну частину по непозначеному пішохідному переходу.

У правилах дорожнього руху України зазначено, що пішохідний перехід – це ділянка проїзної частини або інженерна споруда, призначена для руху пішоходів через дорогу. Пішохідні переходи позначаються дорожніми знаками 5.35.1-5.37.2, дорожньою розміткою 1.14.1-1.14.3, пішохідними світлофорами. За відсутності дорожньої розмітки межі пішохідного переходу визначаються відстанню між дорожніми знаками або пішохідними світлофорами, а на перехресті за відсутності пішохідних світлофорів, дорожніх знаків та розмітки – шириною тротуарів чи узбіч [6]. Згідно з даним визначенням пішохідні переходи поділяються на регульовані, нерегульовані, позначені і не позначені.

У Правилах дорожнього руху України (п. 4.7.) зазначено, що пішоходи повинні переходити проїзну частину по пішохідних переходах, у тому числі підземних і надземних, а у разі їх відсутності – на перехрестях по лініях тротуарів або узбіч [6]. При цьому згідно з Правилами дорожнього руху України (п. 4.16. а) пішохід має право на перевагу під час переходу проїзної частини позначеними нерегульованими пішохідними переходами, а також регульованими переходами за наявності на те відповідного сигналу регулювальника чи світлофора [6]. Тобто у разі переходу проїзної частини на перехрестях по лініях тротуарів або узбіч (непозначеними пішохідними переходами) пішохід не має переваги в русі перед транспортними засобами. У даному випадку оцінку дій пішохода необхідно давати відповідно до дорожньої обстановки, яка склалася, на прикладах, наведених вище, а саме: експерту необхідно вирішити питання, чи створював пішохід небезпеку для руху водію транспортного засобу і чи перебувають дії пішохода в причинному зв'язку з виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

Висновки

У рамках проведення судової експертизи експерт-автотехнік може встановити причинний зв'язку між діями учасників дорожнього руху і виникненням дорожньо-транспортної пригоди.

Список використаних джерел:

1. Кристи Н.М. Методические рекомендации по производству автотехнической экспертизы. Москва: ЦНДИСЭ, 1971. 112 с.

2. Автотранспортна експертиза : підручник / В.К. Доля, Ю.О. Давідіч, А.І. Лозовий та ін. Харків: ХНАМГ, 2011. 422 с.

3. Судебная автотехническая экспертиза. Часть II. Теоретические основы и методики экспертного исследования при производстве автотехнической экспертизы : пособие для экспертов-автотехников, следователей и судей / ответственный редактор В.А. Иларионов. Москва: ВНИИСЭ, 1980. 392 с.

4. Иларионов В.А. Экспертиза дорожно-транспортных происшествий. Москва: Транспорт, 1989. 255 с.

5. Галаса П.В. Експертний аналіз дорожньо-транспортних пригод: Посібник для спеціалістів та водіїв-аматорів / П.В. Галаса, В.Б. Кисельов, А.С. Куйбіда та ін.; під заг. ред. П.В. Галаси; Український центр післяаварійного захисту "ЕКСПЕРТ-СЕРВІС". Київ, 1995. 190 с.

6. Правила дорожнього руху України (зі змінами та доповненнями відповідно до постанов Кабінету Міністрів України станом на 13.05.2020). Київ, 2002.

7. Дорожньо-транспортні пригоди. Критерії оцінювання дій водія / авт.-уклад. С.О. Шевцов, К.В. Дубонос. Харків: Факт, 2003. 176 с.

8. Дорожно-транспортные происшествия. Критерии оценки действий водителя / под ред. С.О. Шевцова, К.В. Дубоноса, 2003. 257 с.

9. Применение специальных технических познаний при расследовании дорожно-транспортных происшествий. Минск, 1989. 64 с.

10. Романов Н.С. Вопросы исследования причинной связи судебной автотехнической экспертизы. Киев, 1973. 60 с.

11. Суворов Ю.Б. Судебная дорожно-транспортная экспертиза. Москва, 2003. 203 с.

12. Можливості використання спеціальних знань при розслідуванні дорожньо-транспортних пригод / авт.-уклад. С.О. Шевцов. Харків: СПД-ФО Мальцев О.В., 2005. 308 с.

Viktor Khaliavka, Oleksandr Yurchyk. Causal relationships between the actions of road users and the origin of a road traffic accident

The relevance of the article is that in expert practice during the auto technical examination, provided the need for special knowledge, on the basis of research expert auto technician can make a conclusion about the cause and necessary conditions of the accident and establish a causal link between the circumstances of the event. The cause is a phenomenon that causes or generates another phenomenon. A causal relationship is an objective relationship between an action (inaction) of a person and a certain consequence to which the actions of these people have led. The question of causation arises in the case of bringing a person to justice for the harmful consequences of his actions or omissions in the offense. If the law, prohibiting an act, connects liability for it with the occurrence of a certain harmful consequence, then to bring the person guilty of this act, it is necessary to establish, among other circumstances, that this consequence was caused by his actions or omissions. In criminal law, causation is a necessary element of the objective side of those components of the crime, which contain an indication not only of the prohibited act, but also of its harmful consequences. The absence of a causal link between the wrongful act of a person and a certain harmful consequence precludes the possibility of bringing a person to justice. In civil, labor, administrative law, the obligation to compensate for the damage can also be imposed only on the person whose act is the cause of this damage. In the process of considering cases related to violations of traffic safety rules and operation of vehicles, there is a need for the assistance of an expert car mechanic, whose conclusions will eventually become the most important for the court. Involving an expert and conducting a forensic examination is one of the important forms of using special knowledge in court proceedings. A traffic accident has its own specific patterns of its origin and development. The main cause of almost all accidents is a violation of traffic rules, but these violations may not always be causally related to the accident. Quite often, the expert car technician who initiated the examination is asked about the causal link between the actions of road users and the occurrence of a traffic accident.

Key words: road user, the driver, pedestrian, vehicle, reason, forensic expert, forensic auto technical examination.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.45

Олександр Цивінський,
старший детектив – керівник Третього відділу детективів
Другого підрозділу детективів
Головного підрозділу детективів
Національного антикорупційного бюро України

Оксана Дуфенюк,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
факультету № 1
Інституту з підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції
Львівського державного університету внутрішніх справ

ОПТИМІЗАЦІЯ ПРОВЕДЕННЯ ПОЗАПЛАНОВИХ РЕВІЗІЙ, ПЕРЕВІРОК ТА ПРИЗНАЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ЕКСПЕРТИЗ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті показано критичний аналіз законодавства, який зумовив труднощі у практиці призначення позапланових ревізій та перевірок, а також призначення судових економічних експертиз у кримінальних провадженнях. Метою дослідження визначено оцінку сучасного стану та перспектив вирішення цих проблем.

Дослідження складається з трьох частин. У першій частині висвітлено, які конкретно новели законодавства викликали колізію правових норм і як це відобразилось на практиці кримінального провадження. Пункт 4 частини 2 статті 40 Кримінального процесуального кодексу України було виключено, натомість не передбачено жодного альтернативного правового механізму, яким би можна було скористатися для проведення позапланових ревізій і перевірок та отримання від уповноважених суб'єктів фінансового контролю документів для подальшого дослідження в ході судових експертиз. У другій частині продемонстровано, як наукова доктрина впродовж останніх кількох років сигналізує про необхідність дієвих кроків та подолання цих недоліків. У третій частині експлікуються причини невдалої спроби внести зміни до чинного кримінального процесуального законодавства та інших законодавчих актів щодо призначення позапланових ревізій та перевірок; презентуються пропозиції щодо унормування законодавства та перспективи їх впровадження найближчим часом.

Проведене дослідження дало підстави дійти таких ключових висновків. По-перше, шість років поспіль в Україні відсутній ефективний злагоджений механізм призначення позапланових ревізій та перевірок у кримінальних провадженнях. По-друге, у середовищі науковців очевидною є згода щодо наявності практичної проблеми і необхідності її вирішення, проте для законодавця аргументи виявляються не досить переконливими. По-третє, перспективи вбачаються у корегуванні завдань та питань судово-економічних експертиз, а також розширенні процесуальної дискреції слідчого щодо вибору документальних об'єктів, на підставі дослідження яких будуть ґрунтуватися висновки, і в залі судових засідань це дасть підстави їх вважати допустимим джерелами доказів. Робота Міністерства юстиції України у цьому напрямі дає змогу висловити обережні оптимістичні прогнози, що такі якісні зміни можуть відбутися вже у 2021 році.

Ключові слова: реформа законодавства, кримінальне провадження, судова практика, ревізії та перевірки, судово-економічна експертиза, дискреція слідчого.

Постановка проблеми. З 2015 року, коли почали діяти норми, які унеможливили проведення позапланових ревізій та перевірок, ініційованих органами досудового розслідування чи прокурором (йдеться про Закон України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII), розпочалася нова правова реальність, у якій з'явилося більше питань, аніж відповідей. Наприклад, пункт 4 частини 2 статті 40 КПК України було виключено, натомість не передбачено жодного альтернативного правового механізму, яким би можна було скористатися для проведення позапланових ревізій і перевірок

© О. Цивінський, О. Дуфенюк, 2021

та отримання від уповноважених суб'єктів фінансового контролю документів, а саме ці документи часто дають підстави згодом судовому експерту, залученому до проведення судово-економічної експертизи, дати відповіді на питання, які цікавлять органи досудового розслідування, потребують спеціальних економічних знань та входять до предмета доказування (наприклад, установлення розміру матеріальної шкоди). Як наслідок, практику досудового розслідування «лихоманить» від таких непродуманих змін, а світло в цьому тунелі ледь видно.

Проблематику позапланових ревізій та перевірок розробляли О. Брисковська, Р. Дударець, А. Запотоцький, О. Капліна, О. Кикоть, В. Неганов, О. Омельченко В. Фещук, С. Чернявський та багато інших науковців. Засади призначення та проведення судово-економічних експертиз у кримінальних провадженнях досліджували А. Амеліна, О. Горлачук, Л. Дікань, Н. Клименко, Т. Крівцова, І. Перевозова, С. Романів, С. Євдокіменко, І. Завдов'єва, О. Шрамко та інші вчені. Праці названих дослідників демонструють значне зацікавлення проблемою як у середовищі науковців, так і в середовищі практичних фахівців. Втім, відповідних змін, здатних унормувати практику призначення позапланових ревізій та перевірок у кримінальному провадженні і водночас забезпечити належний порядок проведення та оцінювання висновків судово-економічних експертиз, досі не зроблено.

Правозастосовна практика змушена діяти в екстремальних умовах, коли, з одного боку, існують суттєві прогалини у законодавстві, а з іншого боку, є вимога ефективно виконувати функціональні обов'язки, викривати винних у вчинені кримінальних правопорушень, якісно збирати докази, дотримуючись засад верховенства права, поваги до прав та свобод людини, законності тощо. Отже, залишається актуальним пошук шляхів виходу із ситуації, що склалася.

Метою статті є оцінка сучасного стану та перспектив вирішення практичних проблем призначення позапланових ревізій та перевірок органами досудового розслідування й залучення експертів до проведення судово-економічних експертиз у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу.

І. Вади законодавства у проєкції практики кримінального провадження. Позапланова ревізія та перевірка законності фінансово-господарських операцій, достовірності обліку та звітності, як зазначає Ю. Пілюков, проводиться за зверненням правоохоронного органу, який володіє фактами, що свідчать про порушення законів України, є ефективним засобом збору доказів шляхом використання спеціальних економічних знань, однією з найбільш ефективних форм використання таких знань в окремих кримінальних провадженнях у сфері економіки та службової діяльності [1, с. 177]. Оптимізму Ю. Пілюкова, однак, не поділяємо стосовно того, що вона сьогодні таким ефективним інструментом є, скоріше, мала би бути, адже таке звернення правоохоронного органу може бути взагалі безрезультатним.

Разом з правовими новелами, описаними вище, за логікою законодавця, доцільно було залишити чинними такі положення нормативного характеру:

– положення, яке передбачає, що проведення ревізійних дій (визначення експертами-економістами будь-яких економічних показників без попереднього проведення документальних перевірок фінансово-господарської діяльності суб'єктом контролю) не належить до завдань економічної експертизи (пункт 1.1. Розділу III Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5);

– положення, згідно з яким однією з обставин, за яких проводяться позапланові ревізії, є доручення щодо проведення ревізій у підконтрольних установах від Кабінету Міністрів України, органів прокуратури, органів доходів і зборів, Національної поліції, Служби безпеки України, Національного антикорупційного бюро України, в якому містяться факти, що свідчать про порушення підконтрольними установами законів України, перевірку додержання яких віднесено законом до компетенції органів державного фінансового контролю (стаття 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного-фінансового контролю в Україні» від 26 січня 1991 року № 2939-XII);

– положення щодо можливості призначати позапланові виїзні ревізії лише за наявності підстав для її проведення на підставі рішення суду (стаття 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного-фінансового контролю в Україні» від 26 січня 1991 року 2939-XII);

– положення, які передбачають обов'язок надання органами досудового розслідування документів перевірок фінансово-господарської діяльності уповноваженим суб'єктом контролю, експертам-економістам, без яких проведення судово-економічних експертиз та підготовка висновків в окремих категоріях справ неможлива.

Водночас українська Феміда, апелюючи до чинного законодавства, констатує таке:

1) відсутність у слідчого судді повноважень для розгляду клопотань органу досудового розслідування чи прокурора про проведення позапланових ревізій та перевірок (наприклад, Ухвала Верховного Суду України (далі – ВСУ) від 6 березня 2018 року у справі № 243/6674/17-к у пункті 51) [2];

2) відсутність тотожності між актом позапланової ревізії уповноваженого органу фінансового контролю та довідкою спеціаліста, отриманої внаслідок залучення фахівців того ж уповноваженого органу фінансового контролю на підставі статті 71 КПК України, а також подальшого використання таких довідок спеціалістів судовими експертами для обґрунтування висновків економічної експертизи (наприклад, Постанова ВСУ від 20 березня 2019 року у справі № 808/3230/17; Постанова ВСУ від 27 лютого 2018 року у справі № 826/818/16) [3; 4].

Додатково результати досліджень В. Неганова показують, що типовими підставами для відмов слідчими суддями у задоволенні клопотань про проведення позапланової виїзної ревізії була не тільки відсутність у КПК України порядку розгляду таких клопотань, але й відсутність критеріїв, за якими слідчий суддя повинен визначати достатність підстав для надання дозволу на проведення ревізії, перевірки [5, с. 189].

Таким чином, для органу досудового розслідування сьогодні вибудовано цілу «смугу перешкод» у процесі доказування не в усіх, але в багатьох кримінальних провадженнях, де виникає необхідність застосувати спеціальні економічні знання.

Так, навіть якщо клопотання про позапланові ревізії надійдуть до слідчого судді, то вони не будуть задоволені. Якщо й будуть задоволені, то відповідні ухвали можуть бути оскаржені (правова позиція ВСУ щодо обов'язку відкриття апеляційних проваджень за скаргами на ухвали слідчих суддів про надання дозволу на проведення позапланових перевірок висловлена у Постанові від 23 травня 2018 року) [6]. Якщо ж не будуть оскаржені, то в результаті проведених ревізійних дій будуть складені акти, які будуть скеровані експерту, але з великою ймовірністю висновок експерта може бути визнаний судом як недопустимий доказ у зв'язку із застосуванням доктрини «плодів отруйного дерева», оскільки слідчий суддя все ж таки не має повноважень задовольняти клопотання про позапланові ревізії та перевірки. Аналогічний результат матимемо, коли висновок експерта-економіста спирається на дані з довідки спеціаліста (наприклад, Постанова ВСУ від 27 квітня 2020 року у справі № 335/2108/17; Постанова ВСУ від 17 вересня 2019 року у справі № 243/2194/18) [7; 8].

II. Наукова доктрина у пошуках виходу. Наукова спільнота приєдналася до голосу практиків і впродовж останніх кількох років сигналізувала про потребу внесення змін до чинного законодавства та належного унормування інституту позапланових ревізій у кримінальному провадженні.

Ще у 2016 році гостро критикує цю ж частину чинного законодавства Р. Дударець, вказуючи на його недосконалість, нелогічність, штучне ускладнення взаємодії між органами, що іноді фактично унеможливлює встановлення зловживань, розтрати й привласнення грошових коштів підприємств, установ, організацій під час розслідування злочинів у сфері господарської та службової діяльності [9, с. 39–40]. На поверненні повноважень слідчому та прокуророві ініціювати проведення позапланових ревізій та перевірок наполягав О. Омельченко [10, с. 86]. Свого часу Д. Куриленко взагалі вважав доцільною трансформацію ревізії з непроцесуального заходу у статус процесуальної дії, а для цього вважав необхідним закріпити у КПК таких учасників процесу, як ревізор та особа, яка проводить перевірку, визначити їх процесуальні права та обов'язки, відповідальність під час проведення контрольних заходів тощо [11; 12].

У 2017 році увагу до цієї проблеми піднімала З. Топорецька, яка на підставі контент-аналізу бази даних Єдиного державного реєстру судових рішень, а також дослідження практичних проблем призначення та проведення позапланових документальних перевірок у кримінальному провадженні дійшла до висновку, що, по-перше, самі слідчі судді не мають однозначної правової позиції щодо повноважень призначати позапланові перевірки в кримінальному провадженні; по-друге, їх призначення в рамках кримінального процесу є неможливим (як це було у 2017 році, так і сьогодні, у 2021 році – *О. Ц., О. Д.*); по-третє, призначення позапланової документальної перевірки має бути віднесено до процесуальних дій, які здійснюються з дозволу слідчого судді на підставі клопотання, разом з яким необхідно розглядати питання надання тимчасового доступу до речей та документів, які мають значення для кримінального провадження, з можливістю їх вилучення [13, с. 149–151].

Натомість А. Запотоцький, крім відсутності правових підстав, звертає увагу на цілу низку інших практичних проблем проведення позапланових ревізій, які додатково ускладнюють цей процес. Зокрема, до таких

проблем він відносить термін призначення ревізії; неможливість призначення повторної позапланової ревізії; недоліки клопотань; неякісну підготовку запитань (завдань) ревізору; відсутність механізму призначення ревізій стороною захисту [14]. Схожий перелік проблемних питань окреслили А. Сизоненко та О. Брисковська [15, с. 136]. Додатково О. Капліна та Н. Маринів вказують на те, що дисонанс кримінального процесуального та фінансового законодавства й практики заважає не тільки правозастосовникам виконувати функції, але й суб'єктам господарювання здійснювати захист своїх порушених прав [16, с. 204].

В. Неганов у дисертаційному дослідженні «Використання висновків ревізій у кримінальному провадженні» (2018 рік) підтверджував, що таке правове регулювання приводить до неоднозначної практики вирішення відповідних клопотань слідчого та прокурора судами, а відмова органів Державної аудиторської служби України від проведення ревізій у кримінальних провадженнях була головною причиною закриття кримінальних проваджень через відсутність достатніх доказів причетності певних осіб до вчинення кримінальних правопорушень. Отже, вчений наголошував на необхідності внесення змін та унормування регламентації підстав проведення, строків, переліків питань позапланових ревізій та перевірок, водночас долучився до підготовки проєкту змін до законодавства [5, с. 115, 239–240].

Автори методичних рекомендацій «Взаємодія органів досудового розслідування з підрозділами Державної аудиторської служби України під час призначення та проведення ревізій у кримінальному провадженні» (2018 рік) замість подання розгорнутих алгоритмів дій змушені констатувати, що, «на відміну від інших способів збирання доказів, підстави звернення органів досудового розслідування, суду й порядок проведення ревізій та фінансових перевірок у межах кримінального провадження не врегульовано в нормах КПК України» [17, с. 34].

Підсумуємо сказане. Незважаючи на очевидну небайдужість науковців та практиків до питання позбавлення права слідчого, прокурора ініціативи позапланових ревізій та перевірок, спроби зрушити ситуацію з «мертвої точки» залишились марними.

III. Перспективи подолання перешкод. Важливим кроком уперед стало розроблення та внесення на розгляд Верховної Ради України (далі – ВРУ) проєкту Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України (щодо призначення позапланових ревізій, перевірок)» від 22 травня 2017 року № 6482 (А. Геращенко, Т. Чорновол та М. Гаврилюк, народні депутати VIII скликання). Відразу зазначимо, що документ не знайшов підтримки ані в першій, ані в доопрацьованій другій версії. Зрештою, 18 вересня 2018 року законопроєкт знову було повернуто на доопрацювання ініціатору внесення, більше він уже не подавався. Причин такої безуспішної спроби унормувати практику в окресленій сфері було декілька.

Ключовими концептуальними позиціями цього закону були такі: по-перше, доповнення переліку заходів забезпечення додатковим пунктом «Призначення позапланової виїзної ревізії, позапланової перевірки» (частина 2 статті 131 КПК України); по-друге, доповнення КПК України додатковою главою 18^1 «Призначення позапланової виїзної ревізії, позапланової перевірки», в якій передбачено порядок розгляду й вирішення слідчим суддею клопотань про призначення ревізій, перевірок у кримінальному провадженні; по-третє, доповнення до Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», які унормовують питання позапланової виїзної ревізії, зокрема її початку.

У Пояснювальній записці зазначено, що такі зміни дали б змогу усунути недоліки законодавства, покращити судову практику призначення позапланових ревізій, перевірок та забезпечити дотримання прав і свобод осіб, зокрема в контексті вимог статті 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду та виконання завдань кримінального провадження, визначених статтею 2 КПК України [18].

Однак згідно з Висновком щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проєкту нормативно-правового акта, у проєкті Закону № 6482 було «виявлено корупціогенні фактори», умови для зловживань та загрозу «маніпулювання відповідними положеннями недосконалого законодавчого акта». На противагу позиції, висловленій у науковій доктрині та правозастосовній практиці, автори цього висновку констатують, що взагалі не існує (!) необхідності у слідчого, прокурора звертатися до слідчого судді з проханням призначити позапланові перевірки, «оскільки такі особи можуть звернутися безпосередньо до органів Державної фіскальної служби з клопотанням про надання відомостей про виявлені порушення» [19]. До того ж висновок не містить аргументацію стосовно того, що виявлення порушень належить виключно компетенції органів ДФС. До інших суттєвих недоліків пропозицій віднесено такі: здій-

снення розгляду клопотання виключно за участю слідчого та прокурора (тобто особа, податкову перевірку якої хочуть призначити, права на надання заперечень і пояснень не має); визначення порядку виконання ухвали в самій ухвалі, тоді як порядок виконання ухвал прямо визначено в законодавстві; не передбачення права на апеляційне оскарження таких ухвал слідчого судді [19].

Далі ще цікавіше. Під час розгляду цього проєкту Комітетом з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності було досягнуто згоди щодо висновку, за яким запропоновані норми вважаються такими, що «не сприятимуть кращому здійсненню досудового розслідування злочинів у сфері економіки, а навпаки, можуть стати узаконеним інструментом незаконного тиску правоохоронних органів на окремих суб'єктів господарювання та бізнес загалом». Ставиться під сумнів доцільність віднесення позапланових ревізій та перевірок до заходів забезпечення кримінального провадження. Зрештою, проєкт повернуто суб'єктам права законодавчої ініціативи [20].

Таким чином, найближчим часом цей шлях унормування підстав та порядку проведення позапланових ревізій і перевірок, на жаль, закрито. Також неприємним є той факт, що потенційні загрози зловживань не дають правоохоронним органам можливості діяти для усунення реально наявних загроз, які виявляються у безкарності злочинців. Наприклад, якщо за результатами позапланової ревізії, скажімо, не буде встановлено порушень законодавства, не буде визначено розмір матеріальної шкоди (збитків), не буде підтверджено обставини, які є предметом вивчення під час досудового розслідування, то отримання таких даних за допомогою інших процесуальних дій не дасть можливості зібрати всебічно й повно докази винуватості конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення [5, с. 160]. Відсутність актів ревізій та перевірок не дає змоги провести судово-економічну експертизу, що встановлює факти, які неможливо встановити жодним іншим способом. Тут йдеться про достатньо широку сферу кримінальних правопорушень (кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності, у бюджетній сфері, у сфері оподаткування, будівництва, у сфері службової діяльності тощо).

Одним із варіантів виходу з цього «правового колапсу» є пропозиції щодо внесення змін до підзаконних нормативно-правових актів. Так, Національне антикорупційне бюро України у грудні 2020 року – січні 2021 року ініціювало низку зустрічей з представниками Міністерства юстиції України щодо обговорення питання актуалізації завдань судово-економічної експертизи та внесення відповідних змін до розділу III Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5.

Хоча робота ще триває, позитивним сигналом є досягнуте порозуміння з представниками Міністерства юстиції України та продемонстроване прагнення спільно зробити дієві кроки у напрямі реформування законодавства та практики.

Так, обговорюється можливість внесення змін щодо визначення завдань економічної експертизи та виключення або редагування абзацу 8 пункту 1.1 розділу III Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5.

«Проведення ревізійних дій (визначення експертами-економістами будь-яких економічних показників без попереднього проведення документальних перевірок фінансово-господарської діяльності суб'єктом контролю) не належить до завдань економічної експертизи».

Також обговорюється питання щодо зміни редакції абзацу 14 пункту 2.1 розділу III Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5.

«Вирішення питань щодо документальної обґрунтованості збитків показниками фінансової звітності підприємства/організації за певний період (визнання поточної дебіторської заборгованості безнадійною) не належить до завдань економічної експертизи». Це сьогодні суттєво обмежує сферу досліджень судових експертів.

Додатково на порядок денний міжвідомчого дискусійного майданчику винесено на обговорення необхідність доповнення пункту 2.2 розділу III Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень такими орієнтовними питаннями:

– яким є документально обґрунтований розмір економічних збитків/втраченої вигоди на підприємстві (найменування підприємства, установи, організації) за господарськими операціями (зазначається загальна характеристика операцій) станом на (дата);

– чи підтверджується документально розмір економічних збитків/втраченої

вигоди на підприємстві (найменування підприємства, установи, організації) за господарськими операціями в розмірі (зазначається сума) станом на (дата).

Фактично ці зміни до Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 року № 53/5, дадуть можливість експерту-економісту проводити дослідження без обов'язкового скерування органами досудового розслідування актів позапланових ревізій та перевірок.

Важливо також підкреслити, що сутність запропонованих змін полягає не в тому, щоб обійти систему судового контролю або завантажити судових експертів-економістів великими об'ємами документів, у яких вони мають шукати відповіді на поставлені питання. По-перше, за умови реалізації цих змін судовий контроль буде збережений на тому ж рівні, оскільки документи бухгалтерського та податкового обліку, фінансово-господарської діяльності підприємства, які можуть бути скеровані експерту для дослідження, будуть отримуватися під час огляду, обшуку, вжиття заходів забезпечення кримінального провадження. Отже, судовий контроль буде здійснений у повному обсязі. По-друге, експерту будуть надаватися матеріали, релевантні до вирішення поставлених питань органами досудового розслідування. Саме такий підхід відповідатиме засаді процесуальної економії ресурсів, що тільки позитивно позначиться на строках виконання експертиз та, зрештою, на реалізації завдань кримінального провадження.

Важливо також надати слідчому більш розширені процесуальні інструменти для пізнання фактів, що ґрунтуються на аналізі економічних показників і мають значення для кримінального провадження. Отже, очікування від запропонованих змін передбачають більшу процесуальну дискрецію слідчого, що дало б змогу в одній ситуації скерувати експерту-економісту документи ревізій та перевірок, у другій – залучити до огляду документів спеціаліста-економіста, який допоміг би визначити коло документальних об'єктів та питань для проведення судової експертизи, у третій – залучити фахівця органу фінансового контролю для надання консультації на підставі вивчення документів з відповідним оформленням у вигляді довідки, а у четвертій – визначити коло питань та об'єктів самостійно (як, зрештою, він це робить під час призначення інших видів судових експертиз).

Додатковою перевагою такого поліваріантного підходу є те, що в разі обґрунтованих сумнівів щодо об'єктивності актів ревізій та перевірок сторона обвинувачення матиме додаткові шляхи для верифікації та уточнення даних через механізм залучення експерта для дослідження інших документальних об'єктів, які зібрано на стадії досудового розслідування.

Отже, ключова ідея полягає в тому, щоб висновок судової експертизи, що ґрунтується на даних із різних документальних джерел, а не тільки актів ревізій та перевірок, був визнаний судом допустимим джерелом доказів. Ще раз варто наголосити на тому, що йдеться тільки про обговорення варіантів альтернатив, тому зазначені пропозиції не претендують на вичерпність. Робоча група відкрита для дискусій та нових ідей, які б вивели ситуацію із «замкненого кола».

Висновки

Таким чином, уже шість років поспіль в Україні відсутній ефективний механізм призначення позапланових ревізій та перевірок у кримінальних провадженнях. Це породжує труднощі у збиранні матеріалів (документів таких ревізій та перевірок) для проведення судово-економічних експертиз, що призводить до неоднозначної судової практики щодо оцінки висновків таких експертиз. З урахуванням доктрини «отруйного дерева» та апелюючи до судової практики ЄСПЛ, українська Феміда вважає висновки експерта недопустимими джерелами доказів, якщо ці висновки не ґрунтуються на актах ревізій чи перевірок. Замкнене коло породжує безвихідну ситуацію для органів досудового розслідування: з одного боку, вони повинні реалізувати завдання кримінального провадження, визначені у статті 2 КПК України, а з іншого боку, вони не володіють повноваженнями щодо ініціювання позапланових ревізій та перевірок, які б могли надати документальні дані для подальших експертних досліджень.

Наукова доктрина постійно сигналізує про наявність практичної проблеми і необхідність її вирішення, проте для законодавця аргументи виявляються не досить переконливими. Проєкт Закону «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України (щодо призначення позапланових ревізій, перевірок)» від 22 травня 2017 року № 6482 двічі розглядався, отримав критичні висновки і був повернутий знову на доопрацювання. Втім, з огляду на висловлені зауваження сенсу втретє подавати його немає, адже для того, щоб усунути загрози, які побачили у високих кабінетах, довелося б видалити з тексту головний «камінь спотикання», а саме право слідчого, прокурора звертатися до слідчого судді

з клопотанням про проведення позапланових ревізій та перевірок, а в цьому, власне, полягала ідея оптимізації.

Виходом із цієї ситуації, на думку авторів, є унормування підзаконних нормативно-правових актів, які регламентують проведення судово-економічних експертиз та взаємодію органів досудового розслідування з експертними установами. Зокрема, перспективи вбачаються у корегуванні завдань та орієнтовних питань судово-економічних експертиз, а також розширенні процесуальної дискреції слідчого щодо вибору документальних об'єктів, на підставі дослідження яких будуть ґрунтуватися висновки, що дасть підстави вважати такі висновки допустимими джерелами доказів в судовому процесі. Робота Міністерства юстиції України у цьому напрямі дає змогу висловити обережні оптимістичні прогнози про те, що такі якісні зміни можуть відбутися вже у 2021 році.

Список використаних джерел:

1. Пілюков Ю. Особливості завдань планових та позапланових ревізій і перевірок, використання їх результатів у кримінальних провадженнях. *Актуальні проблеми правознавства*. 2020. № 3. С. 171–176.

2. Ухвала Верховного Суду України від 6 березня 2018 року. Справа № 243/6674/17-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/72670536.

3. Постанова Верховного Суду України від 20 березня 2019 року. Справа № 808/3230/17. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/80854808.

4. Постанова Верховного Суду України від 27 лютого 2018 року. Справа № 826/818/16. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/72505887.

5. Неганов В. Використання висновків ревізій у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 ; НАВС. Київ, 2018. 292 с.

6. Постанова Верховного Суду України від 23 травня 2018 року. Справа № 237/1459/17. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/74475877.

7. Постанова Верховного Суду України від 27 квітня 2020 року. Справа № 335/2108/17. URL: https://zakon.cc/court/document/read/89034958_0b7c6ffc.

8. Постанова Верховного Суду України від 17 вересня 2019 року. Справа № 243/2194/18. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/84449791.

9. Дударець Р. Актуальні питання призначення та проведення ревізій і перевірок за чинним законодавством України. *Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві* : матеріали міжвідомчого науково-практичного семінару (Київ, 30 червня 2016 року). Київ : НАВС, 2016. С. 38–41.

10. Омельченко О. Можливості призначення ревізій прокурором та слідчим у кримінальному провадженні. *Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві* : матеріали міжвідомчого науково-практичного семінару (Київ, 30 червня 2016 року). Київ : НАВС, 2016. С. 83–86.

11. Куриленко Д. Ревізор та перевіряючий у змагальному кримінальному судочинстві України. *Форум права*. 2015. № 1. С. 168–172.

12. Куриленко Д. Сутність та процесуальний статус ревізій і перевірок у кримінальному провадженні. *Jurnalul juridic naţional: teorie şi practică*. 2015. № 2. С. 144–147.

13. Топорецька З. Позапланові перевірки в кримінальному провадженні (за матеріалами судової практики 2017 року). *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 7. С. 148–152.

14. Запотоцький А. Позапланова виїзна ревізія як спосіб використання спеціальних знань під час розслідування злочинів у сфері будівництва. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 231–235.

15. Сизоненко А., Брисковська О. Актуальні проблеми призначення та проведення позапланових ревізій за зверненням органів досудового розслідування. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 135–146.

16. Капліна О., Маринів Н. Проведення ревізій та перевірок у кримінальному провадженні: дисонанс законодавства та правозастосовної практики. *Підприємство, господарство і право*. 2018. № 2. С. 197–206.

17. Вознюк А., Брисковська О., Запотоцький А. та ін. Взаємодія органів досудового розслідування з підрозділами Державної аудиторської служби України під час призначення та проведення ревізій у кримінальному провадженні : методичні рекомендації. Київ : НАВС, 2018. 40 с.

18. Пояснювальна записка до проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України (щодо призначення позапланових ревізій, перевірок)» від 22 травня 2017 року № 6482. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61845.

19. Висновок щодо результатів здійснення антикорупційної експертизи проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України (щодо призначення позапланових ревізій, перевірок)» від 22 травня 2017 року № 6482. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61845.

20. Висновок Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності до проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законів України (щодо призначення позапланових ревізій, перевірок)» від 22 травня 2017 року № 6482. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61845.

Oleksandr Tsivinsky, Oksana Dufenyuk. Optimization of unscheduled revisions, inspections and commissioning of expert evidence in criminal proceedings

The article shows a critical analysis of the legislation, which negatively affected the practice of conducting unscheduled audits and inspections. Difficulties and challenges are also seen in the field of conducting forensic economic examinations in criminal proceedings. The purpose of the study is to assess the current state and prospects for solving these problems.

The study consists of three parts. The first part covers the novelties of the legislation that caused a conflict of legal norms. Paragraph 4 of Part 2 of Article 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine was excluded, but did not provide any alternative legal mechanism that could be used to obtain documents from the authorized bodies of financial control for further analysis during forensic examinations. The second part demonstrates the reaction of the scientific community to the situation. The third part explains the reasons for the unsuccessful attempt to change the current criminal procedure legislation and proposals for the prospect of solving the problem.

The study provided the basis for the following key conclusions. First, for six years there has been no effective mechanism for appointing unscheduled audits and inspections in criminal proceedings in Ukraine. This significantly affects the possibility of conducting forensic economic examinations. Secondly, among scientists there is an obvious agreement that it is extremely necessary to solve these problems. Third, the prospects for overcoming the situation are seen in changing the tasks and questions of forensic economic examinations, as well as expanding the procedural discretion of the investigator in the choice of documentary objects that should be the basis of the conclusions of the expertise. The work of the Ministry of Justice of Ukraine in this direction allows us to talk about optimistic predictions, because such qualitative changes may finally occur in 2021.

Key words: legislative reform, criminal proceedings, judicial practice, audits and inspections, forensic economic expertise, discretion of the investigator.

УДК 343.143.5:343.144.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.46

Валерія Чернецька,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВИДИ СУДОВИХ ДОПИТІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

У статті надано загальну характеристику видів судових допитів у кримінальному процесі України. Проаналізовано думки щодо видів, поняття та ознак судових допитів у кримінальному процесі. Визначено особливості судового допиту обвинуваченого, потерпілого, свідка, експерта. Також проведено класифікацію судових допитів залежно від вікових особливостей допитуваної особи, девіантних властивостей особи допитуваного, послідовності проведення допиту, виду показань допитуваної особи, за обсягом з'ясування питань, предметом доказування, ситуацією, що склалась на допиті.

Крім цього, винятково як для судового провадження виокремлено такі підвиди судового допиту, як прямий (головний), перехресний, шаховий (одночасний) і комбінований допит. Передбачено, що потерпілий та обвинувачений також можуть бути допитані за правилами перехресного допиту. Однак потерпілий, як і обвинувачений, має право відмовитись давати показання. За логікою закону, він може скористатись цим правом у будь-який момент провадження.

Надано загальну характеристику, порядок та особливості прямого допиту, перехресного допиту, одночасного і комбінованого судових допитів. У зв'язку з особливою практичною доцільністю та рідкісним застосуванням у судовій практиці детальніше проаналізовано повторний та додатковий судовий допит, що у літературі називають передопитами.

Окреслено відмінність між основним та додатковим судовим допитом, основою чого є обсяг інформації, що отримується за допомогою проведення таких допитів.

Зазначено, що немає потреби обмежувати суд у проведенні повторного допиту, якщо за обставинами справи відомо, що допитуваний був свідком подій, що цікавлять суд, міг спостерігати досліджуванні факти та обставини, але не згадав їх під час основного допиту. Передбачено виключний перелік підстав проведення повторного допиту у судовому засіданні, а також зазначено, що будь-який додатковий допит уже є повторним, оскільки проводиться не вперше, а після основного допиту. Додатковий допит у суді відіграє компенсаційну роль, основним його завданням є усунення прогалин, допущених під час проведення основного допиту.

Ключові слова: кримінальне процесуальне законодавство, допит, класифікація допитів, прямий допит, перехресний допит, одночасний допит.

Постановка проблеми. Допит – це процесуальна дія, яка являє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування осіб, котрі беруть у ньому участь, спрямований на отримання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини у справі. Допит є найбільш поширеним способом отримання доказів. Водночас допит – це одна з найбільш складних судових дій; його проведення вимагає від суду високої загальної та професійної культури, глибокого знання психології людини. Мета допиту полягає в отриманні повних і таких, що об'єктивно відображають дійсність, показань. Ці показання є джерелом доказів, а фактичні дані, які в них містяться, – доказами. Саме тому допит як судово-процесуальну дію слід розглядати з різних боків. Найбільш можливо це зробити з огляду на різні види судового допиту у кримінальному процесі.

Дослідженням допиту як слідчої дії займалась велика кількість науковців, проте велика частина інформації, що стосується судового допиту, досі не досліджена. Питаннями судового допиту займались такі вчені, як В.О. Коновалова, Ю.В. Шепітько, В.Б. Бабунич, І.І. Когутич, К.С. Пітерцев, О.О. Степанов, Л.Є. Ароцкер.

Метою статті є загальна характеристика видів та ознак судових допитів у кримінальному процесі України.

Виклад основного матеріалу. Будучи найпоширенішою слідчою дією, допит – це сукупність пізнавальних і посвідчувальних операцій, виконуваних слідчим, суддею задля отримання й фіксування показань про обставини, що мають значення для розслідуваної справи [1].

© В. Чернецька, 2021

Сутність допиту полягає в тому, що під час його здійснення слідчий або суддя, застосовуючи розроблені слідчою практикою тактичні прийоми, спонукає допитуваного дати свідчення про обставини, прямо або побічно пов'язані із розслідуваним злочином. Вислуховуючи та аналізуючи дані, надалі вони можуть їх використати як докази у справі, що розслідується.

Під час надання характеристики процедури отримання показань на стадії судового розгляду необхідно відзначити, що різні автори вказували на різні властивості цієї судової дії.

Так, Л.Є. Ароцкер виділяв такі ознаки: специфічні процесуальні умови й обстановка судового допиту, своєрідність показань, оскільки особи допитуються повторно, більше число осіб, що беруть участь у допиті з різними процесуальними функціями, обізнаність підсудного про інші матеріали справи [2].

Н.П. Кирилова вказувала на гласність судового допиту, участь у цій процесуальній дії, крім прокурора й суду, інших осіб, протидію з боку захисту, підготовленість допитуваних осіб [3].

Інші вчені, наприклад С.К. Пітерців і А.А. Степанов, називають інші особливості, а саме публічність, короткочасність, віддаленість у часі від події злочину, звуження спектру застосовуваних тактичних прийомів, мінімальну інформованість прокурора про особистісні властивості допитуваних [4].

Все викладене дає змогу скласти такий актуальний для всіх форм і різновидів судового допиту перелік особливостей:

– публічність;
– віддаленість у часі від події злочину;
– звуження спектру застосовуваних тактичних прийомів;
– засвідчувальний характер допиту;
– повторність судового допиту;
– змагальність сторін (процесуальна рівність і протидія опонентів) [5].

Допит – це судово-слідча дія, що полягає в отриманні та фіксації в установленому законом порядку показань свідків, потерпілих, підозрюваних або обвинувачених про відомі їм факти, що мають значення для розслідуваної справи [6].

Згідно з КПК України, допит не може продовжуватися без перерви понад двох годин, а загалом – понад восьми годин на день. За наявності медичних показань тривалість допиту встановлюється на підставі висновку лікаря. Законодавець, встановлюючи тривалість безперервного допиту не більше двох годин, а загальну тривалість допиту протягом дня – не більше восьми годин, керується реальними можливостями людини й загальноприйнятими в медицині, психології та науковій організації праці вимогами про охорону фізичного й психічного здоров'я людини.

Всі особи, викликані в одній справі, допитуються порізно, причому слідчий, суд вживають залежних від них заходів, щоб до допиту вони не могли спілкуватися між собою.

Перед допитом встановлюється особа, роз'яснюються її права, а також порядок проведення допиту. Допитуваний (крім підозрюваного, обвинуваченого) попереджається також про відповідальність за завідомо неправдиві показання і за відмову від дачі показань. Якщо у слідчого, суду виникли сумніви, чи володіє допитуваний мовою, якою ведеться розслідування, то він з'ясовує, якою мовою допитуваний бажає давати показання [7].

Мета допиту полягає в отриманні повних та об'єктивних показань. Ці показання є джерелом доказів, а фактичні дані, які в них містяться, – доказами [8].

Метою допиту є отримання інформації, на підставі якої слідчий, суд встановлюють наявність або відсутність обставин; встановлюють джерела, з яких можна отримати відомості; перевіряють достовірність наявних у справі доказів.

Водночас криміналістичне поняття допиту ширше за кримінально-процесуальне поняття допиту. Для криміналістики це питання є не тільки вербальною процесуальною дією, але й повноцінним спілкуванням. Міміка, жести, моторика, інтонації, тон голосу – все це має значення для успішного проведення криміналістичної дії, що називається допитом, і для розроблення технічних прийомів його здійснення.

Н.І. Порубов вважав, що допит можна визначити як слідчу або судову дію, що полягає в отриманні органом розслідування або судом відповідно до правил, установлених процесуальним законом, показань від допитуваного про відомі йому факти, що входять до предмета доказування у справі [9].

Це визначення є загальним і неповністю відображає специфіку судового допиту, що належить до судових дій [10].

В ході підготовки до допиту, якщо існує така можливість, необхідно вивчити соціально-демографічні дані, психологічні, психофізіологічні якості і стан допитуваної особи.

Зрозуміло, заздалегідь важко передбачити, знання яких саме якостей і станів особистості потрібне в ході допиту, проте в будь-якому разі бажано мати уявлення про такі

особливості особистості допитуваного, як стать, вік, освіта, професія, інтереси, рівень культури, погляди, психологічні якості (характер, темперамент, воля, емоційні риси), можливі психологічні стани в момент допиту (розгубленість, пригніченість, страх, самовпевненість тощо).

Весь хід допиту можна умовно уявити як тактичну боротьбу двох сторін із протилежними інтересами.

Допит може бути розглянутий як інформаційний процес, що має властиву йому структуру. Характеризуючи інформаційну структуру допиту, маємо відзначити її складність. Інформація в процесі допиту може бути кваліфікована за видами. За суб'єктом допиту інформація поділяється на такі види: інформація, що відходить від слідчого; інформація, що відходить від допитуваного; інформація, що відходить від інших осіб, що беруть участь у допиті. Ці види інформації взаємопов'язані і взаємозалежні. Однак кожен із зазначених видів має власну самостійність і структуру [11].

Важливу роль відіграє підготовка плану допиту. План має бути повністю продуманий. Він повинен бути динамічним, щоб можна було легко орієнтуватися в непередбачуваній ситуації.

Як показали дослідження, різновиди допиту доцільніше розділити й класифікувати з підстав, завдяки чому більш наочно виявляться наявні відмінності.

На думку Н.П. Кирилової, залежно від обсягу отримуваної інформації допити можна розділити на основний і додатковий, а за послідовністю їх проведення – на початковий і повторний. При цьому додатковий допит завжди є повторним, але повторний допит не завжди буде додатковим.

За кількістю осіб, що беруть участь у допиті, процесуальна дія має такі три форми:

– одноосібний (один учасник процесу послідовно ставить питання одній допитуваній особі);

– перехресний (кілька учасників процесу по черзі ставлять питання одній допитуваній особі);

– шаховий (один учасник процесу послідовно ставить питання декільком допитуваним особам) [12].

При цьому необхідно згадати, що перехресний і шаховий допити притаманні здебільшого судовому допиту.

Н.І. Порубов виділив такі умови правомірності шахового допиту: звернення в ході допиту однієї особи до інших осіб допустимо, якщо вони вже були допитані раніше в суді і знаходяться в залі судового засідання; питання ставляться іншим особам, які не мають відводити в бік від лінії основного допиту. Його підтримав К. Пронін, зазначивши, що в ході шахового допиту питання ставляться за тими обставинами й фактами, про які йдеться нині в основному допиті. На практиці ж суди неохоче користуються подібною можливістю усунення протиріч у показаннях, вбачаючи в цьому бажання сторін штучно затягнути процес [13].

Перехресний допит є показником високої правової культури судочинства. Гарантування в законі права обвинуваченого на перехресний допит є одним з головних критеріїв справедливості процедури судового розгляду у кримінальній справі. Вітчизняне кримінально-процесуальне законодавство ще не повною мірою відповідає цьому стандарту, тому права підсудного забезпечені неповністю, гарантій встановлення істини мало.

Змагальність та безпосередність є європейськими та міжнародно-правовими принципами справедливого судового розгляду. Перехресний допит – це чіткий показник того, наскільки послідовно проводяться зазначені принципи справедливого судового розгляду в національному процесуальному законодавстві.

Перехресний допит також здебільшого проводиться лише в судовому слідстві. Головною його особливістю, зазначеною вченими-процесуалістами і криміналістами, є право сторін вільно по черзі ставити питання допитуваній особі [14].

Таким чином, слід виділити такі ознаки перехресного допиту.

1) Перехресний допит є особливою формою судового допиту за участю сторін.

2) Перехресний допит завжди проводиться після прямого допиту. Наприклад, спочатку допитують свідків, потерпілого учасники з боку обвинувачення, потім – з боку захисту, а після чого суд. Тільки після цього суд може перейти до перехресного допиту. Під перехресним допитом слід розуміти допит учасників судового розгляду з урахуванням передбаченої кримінально-процесуальним законом черговості (підсудного, потерпілого, свідка або експерта) щодо одних і тих же досліджуваних обставин (наприклад, місця, часу або способу вчинення злочину) задля перевірки, уточнення й доповнення його показань.

3) Перехресний допит свідків, потерпілих, експертів, фахівців повинен здійснюватися за тими самими обставинами, за яких допитувалися свідки, потерпілі, підсудні на прямому допиті.

4) Перехресний допит не може здійснюватися задля отримання відомостей, що стосуються репутації свідка, підсудних.

Найбільш обґрунтованою є думка Л.С. Халдєєва про те, що під час допиту свідків і потерпілих нерідко намагаються зганьбити їх показання тільними репліками, що принижують людську гідність, а також такими, що дискредитують їх особистісні якості. Судді далеко не завжди роблять зауваження сторонам, оскільки вважають, що це допомагає їм переконатися в об'єктивності показань цих осіб. Тим часом захист прав має бути забезпечений кожному суб'єкту судового розгляду незалежно від його процесуального положення [15].

5) Навідні запитання заборонені під час здійснення як прямого, так і перехресного допитів в суді.

6) Перехресному допиту може бути піддано будь-яку допитувану особу.

7) Існує можливість участі суду у здійсненні перехресного допиту [16].

На думку С.П. Гришина, «ідеальними умовами для прояву всіх достоїнств поєднання прямого і перехресного допитів є невтручання суду у здійснення допитів сторонами за умови дотримання ними встановленого порядку судового провадження; надання свободи сторонам формувати доказову базу, на свій розсуд представляти свідчення на свою користь і проводити перехресний допит будь-якої особи, що посвідчує факти в суді на користь противника» [17].

На думку К.К. Арсеньєва, «перехресний допит свідків служить одним з кращих засобів до розкриття істини, до правильного вирішення справи». Водночас він звертав увагу на можливість зловживання правом: «він (перехресний допит) може бути використаний для ускладнення справи непотрібними подробицями, протиріччями, що не стосуються істинності показань, збивати і заплутувати свідків» [18].

Як показали дослідження, перехресний допит фактично більшою мірою є засобом руйнування, ніж творення, але засобом досить ефективним.

Необхідність здійснення такого виду допиту випливає з багатьох справ. Так, під час отримання відомостей від одного свідка часто виникає необхідність звернення до іншого, вже допитаного свідка для уточнення окремих фактів, відновлення його допиту чи проведення іншої судово-слідчої дії. Здійснення шахового допиту дає можливість успішно усунути протиріччя, встановити достовірність доказів, нейтралізувати спроби зацікавлених осіб ввести суд в оману. З 250 опитаних суддів-респондентів 80% розуміють під шаховим допитом одночасний допит кількох осіб. Аналіз 100 кримінальних справ дає змогу дійти висновку, що за допомогою такого допиту на практиці уточняються, деталізуються свідчення, усуваються суперечності, тим самим підтверджуються або спростовуються ті чи інші доводи [19].

Наступна класифікація допитів заснована на процесуальному статусі допитуваних осіб, закріпленому в кримінально-процесуальному законі. З урахуванням цієї підстави виділяють допит потерпілого, свідка, підсудного, експерта. При цьому у потерпілого й підсудного подвійний статус: вони є як джерелом свідчень, так і учасниками їх отримання.

Говорячи про допит підсудного, маємо відзначити, що ця судова дія може відбуватися як в умовах відсутності конфлікту, так і за його наявності. В останньому випадку допит може відбуватися в умовах слабкого й гострого протиборства, що особливо проявляється в разі повного невизнання підсудним своєї причетності до скоєного злочину з висуненням відповідного алібі.

Безконфліктна ситуація допиту, будучи найбільш простою формою, все ж таки висуває деякі вимоги до його проведення. Допитувана особа, не вдаючись до навмисної брехні, може сумлінно помилятися щодо окремих фактів і подій. Головне завдання учасників допиту полягає у допомозі особі, що дає показання, у відновленні об'єктивної картини події з використанням тактичних прийомів і методів.

Так само доцільно ввести класифікацію видів допитів за наявністю або відсутністю показань, отриманих у ході попереднього розслідування: вторинні (особу раніше допитували на слідстві) і первинні (особа вперше допитується у справі в судовому засіданні).

За віковою категорією осіб, які дають показання, допити можна розділити на проведені за участю неповнолітніх (в тому числі малолітніх), дорослих і літніх осіб.

Багато авторів регулярно пропонують класифікувати допити за статевою ознакою: допити чоловіків і допити жінок. Подібний розподіл так само має своє практичне значення, оскільки жінки більше схильні до навіювання, більш сумлінно ставляться до дорученої справи, гостріше реагують на наведені контраргументи і можливість притягнення до кримінальної відповідальності за надання неправдивих свідчень. Різняться також сприйняття окремих деталей: якщо чоловік сприймає більше зовнішню сторону подій, що відбуваються, то жінка акцентує увагу на психологічному стані осіб (емоцій), що знаходить своє відображення у свідченнях.

Висновки

Аналізуючи викладене, доходимо висновку про практичну значимість класифікації судових допитів за різними підставами, оскільки вона не тільки має теоретичне значення, але й може так само активно застосовуватися на практиці учасниками процесу під час вибору тактики майбутніх судових допитів.

Список використаних джерел:

1. Ищенко Е.П. Криминалистика : учебник. Москва, 2006. С. 109.
2. Ароцкер Л.Е. Тактика и этика судебного допроса. Москва : Юридическая литература, 1969. С. 87.
3. Кириллова Н.П. Процессуальные функции профессиональных участников состязательного судебного разбирательства уголовных дел. 2007. С. 112.
4. Питерцев С.К., Степанов А.А Тактика допроса на предварительном следствии в суде. 2001. С. 89–99.
5. Зинченко П.И. Тактика производства допроса государственным обвинителем / под науч. рук. А.М. Кустова. Москва : Юрлитинформ, 2012. С. 81.
6. Агафонов В.В., Филиппов А.Г. Криминалистика: Вопросы и ответы. Москва, 2002. С. 94.
7. Лебедева В.М., Божьева В.П. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу. 2002. С. 13–15.
8. Букаев Н.М., Яровенко В.В. Криминалистика: криминалистическая тактика : курс лекций. Владивосток : изд-во Дальневосточного университета, 2000. С. 121.
9. Порубов Н.И. Тактика допроса на предварительном следствии : учебное пособие. Москва : БЕК, 1998. С. 144–148.
10. Зинченко П.И. Тактика производства допроса государственным обвинителем : научно-практическое пособие / под науч. рук. А.М. Кустова. Москва : Юрлитинформ, 2012. С. 19.
11. Васильев А.Н. Основы следственной тактики. Москва : Юридическая литература, 2000. С. 66.
12. Кириллова Н.П. Процессуальные функции профессиональных участников состязательного судебного разбирательства уголовных дел. 2007. С. 133–134.
13. Пронин К.В. Тактика допроса в суде. *Процессуальные и криминалистические аспекты* : учебное пособие для вузов. 2008. С. 56.
14. Машовец А.О. Перекрестный допрос как атрибут справедливого судебного разбирательства: сравнительно-правовой анализ. 2015. С. 57.
15. Халдеева Л.С. Судья в уголовном процессе : практическое пособие. 2000. С. 123.
16. Осодоева Н.В. Перекрестный и шахматный допрос в российском уголовном процессе. 2011. С. 30.
17. Гришина С.П. Перспективы использования специальных знаний психолога в уголовном судопроизводстве. *Российский следователь.* 2005. № 7. С. 13–14.
18. Арсеньева К.К. Судебное следствие. *Сборник практических заметок.* 1996. С. 53–54.
19. Осодоева Н.В. Перекрестный и шахматный допрос в российском уголовном процессе. 2011. С. 34.

Valeriia Chernetska. Types of judicial interrogations in the criminal process of Ukraine

The article gives a general description of the types of judicial interrogations in the criminal process of Ukraine. Opinions on the types, concepts and features of judicial interrogation in criminal proceedings are analyzed. Peculiarities of judicial interrogation of the accused, victim, and witness, expert are determined. Judicial interrogations were also classified according to the age of the interrogated person, the deviant characteristics of the interrogated person, the sequence of interrogation, the scope of clarification of issues, the type of testimony of the interrogated person, the subject of evidence, the situation during interrogation.

In addition, exclusively for court proceedings, the following subtypes of judicial interrogation are distinguished: direct (main), cross, chess (simultaneous) and combined interrogation. It is provided that the victim and the accused may also be interrogated according to the rules of cross-examination. However, the victim, like the accused, has the right to refuse to testify. By the logic of the law, he can exercise this right at any time during the proceedings.

The general characteristics, order and features of direct interrogation, cross-examination, simultaneous and combined judicial interrogations are given. Due to the special practical expediency and rare application in judicial practice, repeated and additional judicial interrogation, which in the literature is called "pre-interrogation", is analyzed in more detail.

A distinction is made between the main and additional judicial interrogation, the basis of which is the amount of information obtained through such interrogations.

It is stated that there is no need to restrict the court from conducting a re-interrogation if the circumstances of the case show that the interrogated witness of events of interest to the court, could observe the facts and circumstances, but did not mention them during the main interrogation. There is an exclusive list of grounds for re-interrogation in court, and it is noted that any additional interrogation is already repeated, as it is not the first time, but after the main interrogation. Additional interrogation in court plays a compensatory role; its main task is to eliminate the gaps made during the main interrogation.

Key words: criminal procedural law, interrogation, classification of interrogations, direct interrogation, cross-examination, simultaneous interrogation.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.47

Олег Щиголь,
аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ORCID ID: 0000-0001-8860-4463

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ПОТЕРПІЛОГО НА ЗБИРАННЯ ТА ПОДАННЯ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

Участь потерпілого в кримінальному провадженні повсякчас викликає зацікавленість наукової спільноти та супроводжується численними теоретико-правовими дискусіями. Не оминає увагою це питання правозастосовну сферу, адже часто злочини та кримінальні проступки призводять до завдання відповідній особі фізичної, майнової та/або моральної шкоди, змушуючи її набувати процесуального статусу потерпілого і відстоювати свої порушені суб'єктивні матеріальні права.

Безперечно, існування порушеного права передбачає наділення особи широким спектром можливостей її захисту, котрі в кримінальному провадженні мають форму процесуальних прав. Такі можливості (процесуальні права) неодмінно повинні забезпечуватися достатніми юридичними гарантіями, оскільки інакше вони були б недієвими, ілюзорними.

Чинне законодавство свідчить про те, що величезна кількість процесуальних прав може ефективно здійснюватися потерпілим саме на досудовому розслідуванні, оскільки після його закінчення вони частково чи навіть повністю втрачають свій сенс. За жодних сумнівів, належне забезпечення процесуальних прав потерпілого на цій стадії є необхідним як для нього самого, так і для досягнення завдань кримінального провадження загалом.

Одними з найбільш вагомих (фундаментальних) процесуальних прав потерпілого під час досудового розслідування традиційно визнаються право на збирання доказів і право на їх подання. Проте законодавство та практика його застосування в цій частині є недосконалими, що створює для потерпілого невиправдані обмеження.

За результатами дослідження встановлено та вкотре зосереджено увагу на тому, що, згідно з КПК України, потерпілий не визнається суб'єктом звернення до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів; суб'єктом, уповноваженим самостійно залучати експертну установу, експерта або експертів для підготовки висновку на стадії досудового розслідування. Наведене негативно впливає на реалізацію потерпілим своїх прав щодо збирання та подання доказів, а також свідчить про відсутність належних юридичних гарантій цих прав.

Отже, автор демонструє власне бачення зазначених проблем та пропонує шляхи їх можливого вирішення.

Ключові слова: потерпілий, процесуальні права потерпілого, забезпечення прав потерпілого, гарантування прав потерпілого, гарантії прав особи, гарантії прав потерпілого, досудове розслідування, збирання доказів, подання доказів.

Постановка проблеми. 21 лютого 2019 року до Конституції України були внесені зміни, що проголосили незворотність європейського та євроатлантичного курсу нашої держави [1]. Стрімке прагнення України до європейської інтеграції та її орієнтованість на співпрацю з Європейським Союзом і Організацією Північноатлантичного договору простежуються вже протягом тривалого часу, однак офіційне декларування цих намірів у тексті Основного Закону остаточно визначило шлях України на міжнародній арені, підтвердивши її прозахідний вибір. Як вбачається зі змісту Договору про Європейський Союз від 7 лютого 1992 року [2], а також низки інших міжнародних документів, котрі є джерелами права Союзу, одним із принципів, якими керуються країни-учасниці, є повага до прав та основоположних свобод людини. Поділяючи загальновизнані ліберальні цінності, цього підходу дотримується Україна.

Забезпечення прав людини (гарантування їх здійснення, охорони та захисту) набуває особливого значення в кримінальному процесі, а саме сфері, якій притаманні сувора процесуальна форма, велика кількість обмежень і заборон, а також постійні втру-

© О. Щиголь, 2021

чання з боку уповноважених суб'єктів. Саме тому законодавець установив, що завданнями кримінального провадження є охорона прав, свобод і законних інтересів його учасників, убезпечення осіб від необґрунтованого процесуального примусу та застосування до кожного належної правової процедури (стаття 2 КПК України) [3].

У юридичній науці цілком виправдано наголошується на тому, що одним із найважливіших учасників кримінального провадження є потерпілий з огляду на його визначну роль у кримінальній процесуальній діяльності, а також у зв'язку з об'єктивно обумовленою потребою захисту прав потерпілого, які були порушені злочином чи кримінальним проступком. Це свідчить про необхідність створення розгалуженої системи процесуальних прав та їх гарантій, котрі б давали змогу потерпілому брати активну участь у кримінальному провадженні та відстоювати свої порушені суб'єктивні матеріальні права. Як слушно зазначає В.П. Шибіко, права потерпілого мають бути не менш достатньо гарантовані, ніж права підозрюваного, обвинуваченого [4, с. 311].

При цьому значна кількість процесуальних прав може ефективно здійснюватися потерпілим безпосередньо на досудовому розслідуванні, оскільки після його закінчення вони частково чи повністю втрачають свій сенс, стають марними. Належне забезпечення прав потерпілого на цій стадії є необхідним як для нього самого, так і для вирішення завдань кримінального провадження загалом.

Натомість законодавство і практика його застосування в цій частині є відверто недосконалими. На особливу увагу заслуговують питання, пов'язані зі збиранням та поданням потерпілим доказів, зокрема тимчасовий доступ до речей і документів (далі – тимчасовий доступ) та проведення експертизи.

Окремі аспекти участі потерпілого в кримінальному провадженні, процесуальні права потерпілого та/або їх гарантії (забезпечення) неодноразово ставали предметом наукових пошуків Ю.П. Аленіна, С.А. Альперта, В.П. Бож'єва, Л.В. Брусніцина, О.П. Герасимчука, І.В. Гловюк, В.Г. Гончаренка, М.І. Гошовського, Ю.О. Гурджі, С.В. Давиденко, Х.Р. Кахнич, О.П. Кучинської, В.Т. Маляренка, Н.В. Михайлової, В.Т. Нора, М.А. Погорецького, В.Г. Пожара, В.М. Савицького, І.А. Тітка, Н.Б. Федорчука, Л.І. Шаповалової, В.П. Шибіка та інших учених.

Втім, сучасний стан забезпечення процесуальних прав потерпілого під час досудового розслідування, зокрема прав на збирання та подання доказів, все ще залишається недосконалим, навіть попри наявні теоретико-правові напрацювання (які не позбавлені дискусій) та спроби внесення до чинного законодавства відповідних змін (котрі, на жаль, виявилися безуспішними). З урахуванням цього зазначене питання є актуальним і потребує подальшого дослідження.

Метою статті є аналіз чинного законодавства, релевантної судової практики та наукових праць у сфері здійснення й забезпечення процесуальних прав потерпілого на збирання та подання доказів під час досудового розслідування; огляд проблемних питань, котрі виникають у ході реалізації потерпілим своїх процесуальних прав щодо збирання та подання доказів на досудовому розслідуванні; надання науково обґрунтованих пропозицій стосовно вирішення наявних проблем.

Виклад основного матеріалу. Будь-яка діяльність, насамперед процесуальна, завжди складається з певних частин, а саме стадій. Не є винятком у цьому розумінні кримінальне провадження, першою (початковою) стадією якого визнається досудове розслідування.

Належне здійснення досудового розслідування стороною обвинувачення є запорукою повного, всебічного, своєчасного та неупередженого судового розгляду чи, за наявності для цього необхідних підстав, закриття кримінального провадження, щоб жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений.

Водночас успіх кримінального провадження часто залежить від дій інших його учасників. Як демонструє правозастосовна практика, потерпілі, будучи зацікавленими в ефективному розслідуванні, зазвичай прагнуть всіляко сприяти стороні обвинувачення (рідше захисту) [5, с. 653]. Проте положення чинного КПК України значно звужують права потерпілого, позбавляючи його здатності повноцінно впливати на хід досудового розслідування та втілювати в ньому свої процесуальні інтереси.

Одними з основних процесуальних прав потерпілого, як на стадії досудового розслідування, так і в кримінальному провадженні загалом, є збирання та подання доказів. Втім, нині ці права не можуть бути реалізовані потерпілим у повному обсязі з огляду на відсутність механізмів, які б давали йому змогу в належний спосіб одержувати необхідні докази. Безперечно, нездатність отримати доказ унеможливлює (цілком логічно) його подання. Звідси випливає, що права потерпілого, закріплені в частинах 1, 3 статті 93, пункті 3 частини 1 та пункті 3 частини 2 статті 56

КПК України, не забезпечуються необхідними юридичними гарантіями.

На жаль, протягом тривалого часу це питання залишається поза увагою законодавця, породжуючи низку проблем у теорії та практиці кримінального процесу. Порівняно зі сторонами кримінального провадження потерпілий перебуває в завідомо невигідному становищі, «знаходиться осторонь».

Прикметно, що наявний дисбаланс не лише ускладнює порядок участі потерпілого на стадії досудового розслідування, але й часто надає його процесуальним правам формального характеру, робить їх неефективними (недостатньо ефективними), що є неприпустимим. Розглянемо це на конкретних прикладах.

I

Згідно з частиною 2 статті 131 КПК України, одним із заходів забезпечення кримінального провадження є тимчасовий доступ до речей і документів. Процесуальні підстави, порядок його ініціювання та здійснення передбачені главою 15 Кодексу. Метою тимчасового доступу до речей і документів І.В. Гловюк справедливо визначає встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні [6, с. 85–86]. Виправдане та своєчасне вжиття цього заходу дає змогу вилучити необхідні докази, встановити за їх допомогою обставини, що мають значення для кримінального провадження, сформувати на їх підґрунті відповідну правову позицію (змінити чи вдосконалити наявну) та/або спростувати доводи й аргументи інших учасників процесу.

Водночас скористатися можливостями та перевагами зазначеного процесуального інституту на стадії досудового розслідування потерпілий не може. Річ у тім, що, відповідно до статті 160 КПК України, правом на звернення до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів наділені лише сторони кримінального провадження. Натомість потерпілий такого права не має (на досудовому розслідуванні він у жодному разі не може бути стороною), а єдине, що йому залишається, – ініціювати це питання перед слідчим, прокурором у порядку, передбаченому статтями 93, 220 КПК України.

На цьому, зокрема, наголошується в Постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 2 квітня 2020 року у справі № 161/19398/17 [7].

Проте іноді потерпілі чи їх представники все ж таки звертаються безпосередньо до слідчих суддів, а подані ними клопотання, як не дивно, задовольняються. Такі випадки були в справах № 463/2103/20 [8], № 199/9221/19 [9], № 754/2243/20 [10], № 496/1868/19 [11] та низці інших. Цікаво, що така судова практика є сприятливою для потерпілих, однак прямо суперечить положенням КПК України й висновкам Верховного Суду, отже, є неприпустимою. Крім того, це скоріше є винятком, аніж загальним правилом, адже у більшості справ слідчі судді відмовляють у задоволенні клопотань потерпілих, зауважуючи, що їх подання є прерогативою (виключним правом) сторін кримінального провадження.

Отже, у науці кримінального процесу неодноразово висловлювалася пропозиція передбачити право потерпілого на звернення до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів [12, с. 294; 13, с. 70; 14, с. 84].

Водночас окремі вчені не поділяють зазначений підхід, оскільки, за їх переконанням, вчиняти процесуальні дії в кримінальному провадженні повинні лише особи, які його безпосередньо ведуть. Якщо потерпілий виявить бажання, щоб слідчий провів певну процесуальну дію (зокрема, тимчасовий доступ до речей і документів – *О. В.*), він має право звернутися до слідчого, прокурора з клопотанням про її проведення. За відмови в задоволенні такого клопотання потерпілий може оскаржити рішення слідчого, прокурора на підставі пункту 7 частини 1 статті 303 КПК України [15, с. 318].

Наведена позиція відповідає приписами чинного законодавства та відображає фактичний стан речей, однак, вочевидь, не узгоджується з належним забезпеченням прав потерпілого на збирання та подання доказів під час досудового розслідування.

Закріплений у КПК України порядок створює для потерпілого численні процесуальні «бар'єри» та ставить його в залежність від сторони обвинувачення, нівелюючи самостійність та автономність потерпілого як учасника кримінального провадження. Водночас значна кількість процесуальних дій (ініціювання тимчасового доступу перед слідчим чи прокурором, оскарження бездіяльності останнього, оскарження відмови в задоволенні клопотання тощо) може призвести до затягування досудового розслідування чи втрати важливих доказів (неможливості їх здобути).

Отже, слушною все ж таки видається думка тих вчених, котрі пропонують розширити обсяг процесуальних прав потерпілого, наділивши його можливістю самостійно й безпосередньо звертатися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів.

Цікаво, що задля цього свого часу до Верховної Ради України був поданий проєкт Закону № 2530, яким пропонувалося внести зміни до статті 160 КПК України [16]. Проте 2 лютого 2021 року цей проєкт було знято з розгляду, тепер його доля залишається невизначеною. Отже, залишається лише сподіватися, що невдовзі парламентарі знову повернуться до цього питання та нарешті зможуть вирішити його. Водночас, окрім статті 160 КПК України, відповідні зміни слід внести до інших статей Кодексу, а саме 159, 163 та 166, адже законотворча робота має бути комплексною й всебічною (всеохоплюючою), не обмежуючись вибірковим нормативним редагуванням.

Іншим шляхом вирішення наявної проблеми могло б стати уповноваження потерпілого звертатися до слідчого судді з клопотанням про покладення обов'язку щодо здійснення тимчасового доступу на сторону обвинувачення.

В разі задоволення такого клопотання слідчий суддя мав би постановити ухвалу, якою зобов'язати слідчого, прокурора у встановлений строк вчинити зазначену процесуальну дію, а потерпілий міг би брати участь у ній (якщо вважатиме це за потрібне), висловлюючи свої пропозиції, зауваження та заперечення.

Якщо ж особа, у володінні якої перебувають речі та/або документи, буде ухилятися від виконання ухвали, потерпілий повинен мати право звернутися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук задля їх відшукання та вилучення. Проведення обшуку має доручатися стороні обвинувачення, однак потерпілий, безумовно, повинен наділятися можливістю (однак не обов'язком) участі в ньому. Подібне нині передбачено статтею 166 КПК України, проте стосується лише сторін кримінального провадження (що з огляду на чинну редакцію Кодексу є логічним).

«Використовуючи» сторону обвинувачення задля досягнення своїх процесуальних цілей, потерпілий зможе дієво одержати необхідні докази, зокрема, шляхом їх вилучення (виїмки). Крім того, вилучені речі й документи одразу долучатимуться до матеріалів досудового розслідування, що є досить зручним.

Вважаю, що запропонований вище порядок (процесуальний механізм) має такі переваги:

– дасть потерпілому змогу своєчасно (одноетапно) та в прозорий спосіб домагатися здійснення тимчасового доступу до речей і документів, а за необхідності – ініціювати обшук;

– звільнить потерпілого від потреби вдаватися до зайвих процесуальних дій та значно спростить вирішення питання щодо здійснення тимчасового доступу;

– забезпечить належну та ефективну реалізацію потерпілим своїх прав на збирання й подання доказів, адже ухвала слідчого судді визнаватиметься обов'язковою до виконання стороною обвинувачення та встановлюватиме конкретний строк такого виконання;

– заощадить час потерпілого, поклавши всі необхідні обов'язки на сторону обвинувачення (однак потерпілий за бажанням все ж таки зможе брати повноцінну участь у проведенні процесуальних дій);

– підвищить ефективність тимчасового доступу до речей і документів, оскільки, на відміну від потерпілого, сторона обвинувачення володіє необхідними знаннями й навичками (тактикою) його проведення.

Так чи інакше необхідність наділення потерпілого правом на звернення до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ є беззаперечною та нагальною, отже, останнє якнайшвидше має знайти своє втілення в главі 15 КПК України.

II

Наступна (досить подібна) проблема, котра стосується забезпечення процесуальних прав потерпілого на збирання та подання доказів під час досудового розслідування, пов'язана з проведенням експертизи.

Зі змісту статей 242–245 КПК України вбачається, що експертиза проводиться лише за дорученням сторін кримінального провадження; слідчого судді за клопотанням сторони захисту у випадках та порядку, передбачених статтею 244 Кодексу.

Водночас потерпілий, на відміну від сторін, залишається безправним у цьому питанні, що не дає йому змогу вчиняти всі залежні від нього дії задля захисту своїх порушених прав. Можливості самостійно замовити експертне дослідження потерпілий, на жаль, не має. Попри те, що юридична модель проведення експертизи в кримінальному процесі неодноразово змінювалася, законодавець чомусь завжди оминав увагою інтереси потерпілого у зазначеній сфері. Іноді одержання потерпілим висновку експерта з подальшим поданням його слідчому, прокурору як доказу могло би прискорити розслідування та дещо «розвантажити» сторону обвинувачення. Більш того, іноді об'єктом експертизи є безпосередньо сам потерпілий. У такому разі обмежувати потерпілих у замовленні експертного дослідження геть недоцільно. Така заборона повністю позбавлена сенсу та є нераціональною [5, с. 653].

Проте у статті 15 Закону України «Про судову експертизу» потерпілий та його представник все ж таки згадуються як можливі замовники експертизи [17], однак це не узгоджується з низкою статей КПК України, прямо суперечить їм.

Звісно, якщо потерпілому вдасться замовити експертне дослідження та подати висновок експерта як доказ слідчому чи прокурору (а на практиці такі випадки зустрічаються), він, найвірогідніше, буде долучений до матеріалів досудового розслідування. Більш того, в подальшому посилання на висновок цілком може знайти своє відображення в обвинувальному акті, а сам висновок – бути поданим до суду разом з іншими доказами на підтвердження винуватості особи. Втім, з високою ймовірністю такий висновок експерта буде визнаний судом недопустимим доказом з огляду на порушення процесуального порядку його одержання. Як уже було зазначено, згідно з КПК України, потерпілий не має права самостійно залучати експертну установу, експерта або експертів.

Отже, цей алгоритм є досить ризикованим та може виявитися невиправданим. За несприятливого розвитку подій потерпілий не досягне цілей процесуального доказування та лише даремно витратить свій час та грошові кошти.

Саме тому, як і щодо тимчасового доступу до речей і документів, чинне законодавство спонукає потерпілого ініціювати проведення експертизи перед слідчим, прокурором відповідно до статей 93, 220 КПК України. Натомість зазначений механізм є недосконалим. Непоодинокими є випадки, коли подані клопотання з певних причин не розглядаються слідчим, прокурором у встановлений законом строк, а про результати його розгляду потерпілі не повідомляються [5, с. 654]. Яскравим прикладом цього можуть слугувати справи № 703/423/21 [18] та № 496/4441/19 [19], де клопотання потерпілих залишилися без належного реагування.

Цікаво, що в разі подання скарги на бездіяльність уповноваженої особи слідчі судді можуть зобов'язати її лише розглянути подане потерпілим клопотання (однак не провести експертизу). Втім, навіть постановлення ухвали не завжди гарантує припинення протиправної бездіяльності, адже досить часто клопотання потерпілого про проведення експертизи продовжує ігноруватися слідчим, прокурором [5, с. 654].

Тільки в разі відмови (повної або часткової) у задоволенні клопотання шляхом винесення про це постанови потерпілий нарешті отримує примарний шанс безпосередньо зобов'язати уповноважену особу провести в кримінальному провадженні відповідну експертизу. Для цього йому необхідно звернутися зі скаргою до слідчого судді в порядку пункту 7 частини 1 статті 303 КПК України [5, с. 654].

Втім, подібні скарги потерпілих задовольняються надзвичайно рідко. Річ у тім, що слідчий суддя позбавлений змоги надати конкретні вказівки слідчому, адже він є самостійним у своїй процесуальній діяльності. Слідчий суддя наділений лише правом судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, однак він не може здійснювати функції органу досудового розслідування. Наведені висновки, зокрема, знайшли своє відображення в мотивувальній частині ухвали слідчого судді Малиновського районного суду міста Одеси від 9 грудня 2020 року (справа № 521/15000/20) [20]. З огляду на це слідчі судді переважно зобов'язують уповноважену особу лише повторно розглянути подане клопотання, що не вирішує питання потерпілого по суті й часто призводить до нових зловживань.

Потерпілий може звернутися з клопотанням до прокурора, прохаючи його скасувати постанову слідчого (якщо вона була прийнята саме ним) про відмову в проведенні експертизи з підстав її незаконності та/або необґрунтованості; провести відповідну експертизу чи надати слідчому вказівку щодо її проведення. Водночас ефективність цього процесуального «методу» залишає бажати кращого, адже все буде залежати від розсуду прокурора, його суб'єктивного бачення та оцінки ситуації.

Більш того, навіть у разі задоволення клопотання потерпілого про проведення експертизи сформульовані ним питання часто не беруться до уваги слідчим, прокурором.

Таким чином, доцільним є надання потерпілому та його представникам права залучати експертну установу, експерта чи експертів самостійно, а за неможливості – права на звернення з клопотанням про проведення експертизи до слідчого судді (фактично йдеться про прирівняння потерпілого і його представників у правах до сторони захисту). Для цього до статей 242–245 КПК України слід внести необхідні зміни.

Висновки

За результатами дослідження встановлено, що поточний стан забезпечення прав потерпілого на збирання та подання доказів під час досудового розслідування залишається незадовільним, оскільки ці права не супроводжуються достатніми юридичними гарантіями. Вкотре зосереджено увагу на

тому, що потерпілий позбавлений можливості звертатися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, а також самостійно залучати експертну установу, експерта або експертів для підготовки висновку на стадії досудового розслідування. Усе це створює невиправдані перешкоди для належного захисту потерпілим своїх порушених прав та згубно впливає на досягнення завдань кримінального провадження, його дієвість. Задля вирішення наявних проблем пропонується розширити обсяг процесуальних прав потерпілого на стадії досудового розслідування, надавши йому більше можливостей для самостійної процесуальної діяльності щодо збирання та подання доказів.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору) : Закон України від 7 лютого 2019 року № 2680-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 9. Ст. 50.

2. База даних "EUR-Lex". URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN (дата звернення: 25.02.2021).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

4. Шибіко В.П. Проблема забезпечення прав потерпілого за новим КПК України 2012 року. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 307–313.

5. Щиголь О.В. Актуальні питання проведення експертизи на стадії досудового розслідування за ініціативою потерпілого. *Актуальні питання судової експертології, криміналістики та кримінального процесу* : матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 19 листопада 2020 року). Київ, 2020. С. 651–655.

6. Гловюк І.В. Презумпції й тягар доказування у розгляді слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 84–89.

7. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88739861 (дата звернення: 25.02.2021).

8. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89467066 (дата звернення: 25.02.2021).

9. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88564387 (дата звернення: 25.02.2021).

10. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88043019 (дата звернення: 25.02.2021).

11. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87848095 (дата звернення: 25.02.2021).

12. Гловюк І.В., Андрусенко С.В. Тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження, спрямований на збирання та перевірку доказів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3–2. С. 293–297.

13. Куцкір Г.М. Засада недоторканності права власності: поняття, зміст і реалізація у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук. 2015. 242 с.

14. Музиченко О.В. Реалізація конституційного принципу недоторканності права власності на стадії досудового розслідування : дис. ... канд. юрид. наук. 2016. 267 с.

15. Салманова О.Ю. Проблемні питання правозастосування тимчасового доступу до речей і документів у кримінальному провадженні. *Юридичний бюлетень*. 2018. Вип. 7. Ч. 2. С. 315–322.

16. Проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо посилення гарантій потерпілих осіб на збирання доказів у кримінальному провадженні) від 4 грудня 2019 року № 2530. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67538 (дата звернення: 25.02.2021).

17. Про судову експертизу : Закон України від 25 лютого 1994 року № 4038-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

18. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94844159 (дата звернення: 25.02.2021).

19. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92773983 (дата звернення: 25.02.2021).

20. База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень». URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93555244 (дата звернення: 25.02.2021).

Oleh Shchyhol. Ensuring victims' rights to collect and submit evidence during the pre-trial investigation

Victims' participation in criminal proceedings constantly evokes interest of the scientific community and causes numerous theoretical legal discussions. It also relates to law enforcement, since in many cases crimes and criminal misdemeanors cause physical, moral and/or material damage to a certain individual, forcing them to obtain the procedural status of victim and protect their violated subjective material rights. Certainly, presence of a violated right involves providing the individual with a wide range of possibilities of its protection, which in criminal proceedings are considered to be procedural rights. Furthermore, such possibilities (procedural rights) must be certainly ensured with sufficient legal guarantees, since otherwise they would be inefficient, illusory.

Current legislation indicates that a huge number of victims' procedural rights may be effectively implemented during the pre-trial investigation, since upon its completion they appear to be partially or even entirely meaningless. Undoubtedly, proper ensuring of victims' procedural rights at this point is necessary for them as well as for achieving the objectives of criminal proceedings in general.

Ones of the most important (fundamental) victims' procedural rights during the pre-trial investigation phase are commonly considered to be the rights to collect and submit evidence. However, legislation and practice of its application in this regard are imperfect, which imposes certain unjustified restrictions on victims.

In accordance with the research results it has been concluded and once again put an emphasis on the fact that according to CPC of Ukraine a victim is not considered a subject who has the right to request investigative judge for a temporary access to belongings and documents; a subject who has the right to independently engage an expert institution, an expert or numerous experts to prepare conclusions at the pre-trial investigation phase. The above mentioned has a negative impact on realizing victims' rights to collect and submit evidence, it also indicates a lack of appropriate legal guarantees of these rights.

Thus, the author demonstrates his own vision of the mentioned issues and suggests certain ways of the possible solution.

Key words: victim, victims' procedural rights, ensuring victims' rights, guarantees of individual rights, guarantees of victims' rights, pre-trial investigation, collecting evidence, submitting evidence.

УДК 343.985
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.48

Владислав Негребецький,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри криміналістики
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

БІОМЕТРИЧНІ ТЕХНОЛОГІЇ В КРИМІНАЛІСТИЦІ: ФУНКЦІЇ ТА МОЖЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ

Стаття присвячена дослідженню можливостей використання біометричних технологій в криміналістиці. Розглянуто поняття біометрії як науки та біометричних технологій, що використовуються з метою ідентифікації особи. Досліджується історія розвитку біометрії як науки та передумови виникнення біометричних технологій автоматичної ідентифікації людини. Висвітлюється зв'язок науки біометрії та біометричних технологій. Біометричні технології виникли в надрах біометрії, але є різновидом інформаційних технологій криміналістичної спрямованості і тому мають бути на службі криміналістики и застосовуватись у боротьбі зі злочинністю. Для того, щоб технологія була біометричною, необхідно, щоб вона була придатна для використання автоматизованими засобами. Розпізнавання повинне відбуватися швидко в реальному часі. Окремі методи біометричної ідентифікації (зокрема, за геометрією обличчя, за відбитками пальців, за почерком) базуються на методах криміналістики. Варто зазначити, що ідея збирати дані про зовнішність людини, сліди рук, досліджувати ознаки почерку з'явилась саме у криміналістів з метою збирання доказів у боротьбі зі злочинністю. Водночас, завдяки орієнтованості на сучасні автоматизовані інформаційні системи, біометричні технології є закономірним продовженням і спадщиною криміналістичних методів. Це новий етап розвитку криміналістичної техніки, а істотний вплив на розвиток суспільства методів автоматичної ідентифікації людини за фізіологічними або поведінковими характеристиками свідчить про симбіоз науки і техніки, чим, власне, і є біометричні технології.

У роботі розглянуто особливості впливу біометричних технологій на розвиток науки криміналістики. Так само, як вони змінюють життя суспільства в цілому, відбувається і вплив біометрії на методи, способи і прийоми боротьби зі злочинами. Розширюється набір методів кримінальної реєстрації. Підвищується швидкість і ефективність роботи криміналістичних обліків. Розширюються можливості розшуку і ідентифікації осіб, у тому числі причетних до вчинення злочинів. Поширюються можливості і підвищується ефективність ідентифікаційних експертних досліджень. Акцентується увага на тісному зв'язку біометричних і інформаційних технологій. Завдяки цьому поширюються можливості доступу правоохоронців до криміналістично значущої інформації.

Наголошується на можливостях використання біометричних технологій під час проведення слідчих (розшукових) дій. Автор акцентує увагу на доцільності використання автоматизованих систем зчитування інформації з біометричних паспортів (ID-card) під час допиту та інших слідчих (розшукових) дій з метою перевірки особи – учасника процесуальної дії.

Ключові слова: біометрія, біометрична технологія, біометрична ідентифікація, біометрична верифікація, зразок біометричний, автоматизована дактилоскопічна інформаційна система (АДІС), слідча дія.

Постановка проблеми. Забезпечення безпеки у всіх сферах життя людини стало головним постулатом будь-якої діяльності або процесу в житті суспільства після трагічних подій 11 вересня 2001 р. Саме ця дата ознаменувала новий етап у розвитку й застосуванні біометричних технологій.

Нині біометричні системи досить широко використовуються в різних сферах життя людини. Завдяки автоматизації та швидкості розпізнавання особи біометричні технології є дуже корисними в будь-якій галузі діяльності людини, де необхідно перевірити і підтвердити особу за її біометричними характеристиками. Це може бути безпека, оборона, міграційні процеси, банківська сфера й моніторинг тощо. Причому дати вичерпний перелік сфер застосування біометричних технологій натепер вже є неможливим, оскільки сама ідея перевірки й підтвердження особи людини все більше і більше стає привабливою і асоціюється з безпекою.

Ініціатором впровадження біометричних паспортів на державному рівні були США: в 2002 р. Конгрес США прийняв Закон про безпеку державних кордонів, відповідно до якого громадяни країн, які мали угоди зі США про безвізовий режим, могли без-

© В. Негребецький, 2021

перешкодно в'їжджати на територію США строком до 90 днів тільки за умови наявності в них біометричних документів.

З 2004 р. у США розпочато програму US-Visit, що передбачала введення системи зняття відбитків пальців і фотографування всіх іноземців, які прибувають в Америку (115 аеропортів, 14 морських портів, 104 контрольно-пропускних пункти, біометрична база даних більш ніж на 5 млн осіб). Більш 80 країн світу (включаючи Афганістан, Бахрейн, Кувейт, Оман, Катар, Саудівську Аравію й ОАЭ) використовують програми електронних ID-card, у яких містяться біометричні дані [1].

Найбільшою у світі системою біометричної ідентифікації натепер є Aadhaar (Індія). Aadhaar – це індійський онлайн-сервіс ідентифікації, що надається державним агентством UIDAI. Станом на кінець березня 2021 р. у системі зареєстроване більше ніж 1,28 млрд людей, що становить близько 90 % громадян Індії [2].

У 2016 р. в Саудівської Аравії було прийнято закон, відповідно до якого кожна людина, що купує Sim-Карту, проходить процедуру зняття відбитків пальців.

В Україні 20 листопада 2012 р. було прийнято Закон «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» № 5492-VI, яким передбачено введення документів з електронним носієм, на якому передбачається розміщення біометричних даних про особу. У 2017 році Уряд України затвердив Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства [3]. Документом визначено, що це автоматизована система, створена в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини, за допомогою якої забезпечується встановлення особи іноземця та особи без громадянства, які в'їжджають в Україну, виїжджають з України, здійснення контролю за додержанням ними правил перебування на території нашої держави.

У криміналістичній літературі біометричні технології розглядають в основному як автоматизовані засоби безпеки в різних галузях життя суспільства. Але стосовно процесу розслідування злочинів у літературних джерелах розглянуто лише окремі можливості використання біометричних систем і технології, причому в основному йдеться про боротьбу з тероризмом. Але місце і роль цих технологій в самому процесі розслідування злочинів залишаються недостатньо висвітленими.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти використання біометричних технологій правоохоронними органами вже було розглянуто в криміналістичній літературі [4]. Зокрема, визначено такі напрями використання біометричних технологій у процесі розслідування злочинів: 1) боротьба з тероризмом і злочинністю – організованою, транскордонною, пов'язаною з викраданнями людей, новими формами работоргівлі (дорослими і дітьми), тощо; 2) протидія нелегальній міграції; 3) припинення шахрайств у сфері електронної комерції та зловживань із кредитними картами (так званих «крадіжок особи» – розкрадання і/або привласнення шляхом обману повноважень законного користувача з розпорядження грошовими коштами) [4, с. 21]. Слід зазначити, що стосовно правоохоронної діяльності біометричним технологіям здебільшого відводиться роль ефективних і надійних засобів і систем масової ідентифікації. Разом із тим специфіка використання біометрії саме у процесі розслідування злочинів залишається не досить дослідженою.

Однак сьогодні вже навіть така поширена слідча (розшукова) дія, як допит, у разі наявності у допитуваної особи біометричного паспорту (ID-card) передбачає використання біометричної технології для перевірки і підтвердження особи допитуваного. Важливо, що такі біометричні документи вже поширені й існують готові технічні рішення для реалізації цього завдання.

Метою цієї статті є з'ясування можливостей використання біометричних технологій в криміналістиці та розробка на цій основі практичних рекомендацій щодо впровадження цих технологій у сферу боротьби зі злочинністю.

Виклад основного матеріалу. Ідея створення біометричних систем пов'язана з необхідністю створення систем безпеки для стратегічних об'єктів. Така технологія потрібна для того, щоб в автоматичному режимі розпізнати конкретну особу, якій у разі підтвердження особи буде наданий доступ до об'єкта [5, с. 39].

Біометрична технологія – це автоматизовані методи розпізнавання особи людини, засновані на фізіологічних або поведінкових характеристиках [6, с. 50]. Прикладами розпізнавання за фізіологічними характеристиками є ідентифікація людини за формою обличчя, термограмою обличчя, за відбитком пальця, за формою кисті руки, за розташуванням вен на лицьовій стороні долоні, за сітківкою ока, за райдужною оболонкою ока. До поведінкових характеристик належать

особливості або характерні риси, такі що їй притаманні від природи або були придбані в процесі навчання: динаміка підпису, ідентифікація голосу, динаміка натискання на клавіші.

Для того, щоб технологія була біометричною, необхідно, щоб вона була придатна для використання автоматизованими засобами, тобто без участі людини – контролера, швидко, в реальному часі.

Не менш важливою характеристикою біометричної технології є здатність одержання так званого біометричного зразка (або вибірки) з наданих для аналізу ознак об'єкта. Наприклад, в автоматизованих системах дактилоскопічної реєстрації спочатку отримують дактилокарту, яка далі перетворюється в цифровий графічний файл. Далі система в автоматичному режимі аналізує й розпізнає ідентифікаційні ознаки будови папілярних ліній. У результаті на екрані комп'ютера відображається дактилокарта з розпізнаними ознаками. Далі оператор має можливість відкоригувати розміщення ідентифікаційної ознаки на графічному зображенні, якщо відбулася помилка розпізнавання. Після підтвердження оператором правильності дій програма зберігає біометричний зразок.

Якщо технологія біометрична, то до зразка висуваються такі вимоги: він не повинен займати багато місця. Згідно з існуючими у світі стандартами для різних біометричних технологій це декілька кілобайт. Це пов'язано з тим, що біометричний зразок може бути переданий по каналах зв'язку, і важлива швидкодія такої системи. Чим менше місця займає зразок у біометричній базі, тим менша сама база й швидше проводиться пошук.

Необхідною характеристикою біометричної системи є ступінь стійкості до помилок [7, с. 102]. Це означає низький відсоток помилок, які можуть бути допущені під час розпізнавання. Причому йдеться про два різновиди помилок: 1. помилка неправильної відмови (FRR – False Reject Rate); 2. помилка неправильного пропуску (FAR – False Accept Rate). Помилка неправильної відмови виникає у разі, якщо система не розпізнала об'єкт за наявним зразком, а помилка неправильного пропуску – у разі, якщо система розпізнала об'єкт, який не відповідає зразку. Біометрична система допускає лише невеликий відсоток помилок, тому характеризується підвищеною точністю.

Натепер наука біометрія, як сукупність методів і технологій автоматичної ідентифікації й підтвердження особи людини, активно розвивається. У наукових дослідженнях біометрії активну участь беруть десятки наукових центрів при університетах, деякі наукові організації, Biometrics Research Group (Michigan State University, USA) та комерційні фірми Biomerics, Biometricsgroup.

Відповідно, й у криміналістиці поширюється застосування біометричних технологій. Так, упродовж довгого часу значного поширення набули автоматизовані дактилоскопічні ідентифікаційні системи (АДІС), що використовуються в кримінальній реєстрації. УХаркові в 2002 році була введена в експлуатацію АДІС «Дакто-2000» [8, с. 142]. Перевага такої системи стала очевидною, коли в період із серпня 2002 р. по березень 2010 р. завдяки використанню цієї системи було встановлено 988 осіб, причетних до нерозкритих злочинів, установлені особи 629 невпізнаних трупів, 164 випадки приховання особами своїх анкетних даних, об'єднано 27 кримінальних проваджень.

У 2018 р. співробітники поліції в Чжэнчжоу (Китай) одержали для роботи незвичайні сонцезахисні окуляри, оснащені програмним забезпеченням для розпізнавання осіб [9]. Ці устрої поліція Китаю досить успішно застосовує для піймання розшукуваних злочинців.

В Україні компанією «Техносерв Україна» ще в 2011 році було запропоновано «Каскад-Потік» – систему автоматичної ідентифікації особи за відеозображенням обличчя в потоці людей, що дозволяє виконувати пошук на транспортних об'єктах, у місцях масового скупчення людей і в пунктах пропуску [10].

Столичне комунальне підприємство «Інформатика» проводить тестування нового аналітичного модуля відеоспостереження в рамках проекту «Безпечне місто» (Kyiv Smart Safe City) [11]. Унікальний модуль дозволяє шукати злочинців не тільки завдяки спеціалізованим камерам розпізнавання особи. Він фіксує зображення з будь-якої камери, установленої в рамках мережі, й порівнює їх з наявною базою правопорушників. Якщо система виявляє подібність, оператор відразу одержує тривожний сигнал. Отже, правоохоронці зможуть швидше відстежувати небезпечних злочинців. До складу нового аналітичного модуля розпізнавання осіб входить аналітична система й база даних, що складається зі списку розшукуваних людей.

Висновки

Використання біометричних систем у боротьбі зі злочинністю є перспективною інновацією. Проведене дослідження дозволяє визначити напрями використання біометричних систем у процесі розслідування злочинів:

1. В автоматизованих системах кримінальної реєстрації;

2. У біометричних документах, що використовуються для посвідчення особи (наприклад, біометричний паспорт);

3. У проведенні деяких видів судових експертиз (наприклад, судово-фоноскопічна експертиза, ДНК-аналіз);

4. В автоматизованих системах розшуку злочинців і терористів за геометрією обличчя. Зручно те, що для одержання цифрового зображення людини придатна звичайна відеокамера або фотоапарат, які можуть бути встановлені в громадських місцях.

Ще однією важливою передумовою розвитку й використання біометричних систем у криміналістиці є підготовка кваліфікованих кадрів. Як правило, усі ці системи є високотехнологічними, тому необхідна відповідна підготовка персоналу.

Список використаних джерел:

1. United States Visitor and Immigrant Status Indicator Technology (US-VISIT). URL: https://www.epic.org/privacy/us-visit/ (дата звернення: 02.02.2021).

2. Unique Identification Authority Of India. URL: https://uidai.gov.in (дата звернення: 02.02.2021).

3. Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства : Постанова Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1073 // База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1073-2017-п#Text (дата звернення: 02.02.2021).

4. Захаров В.П., Рудешко В. І. Біометричні технології в XXI столітті та їх використання правоохоронними органами : посібник. Львів: ЛьвДУВС, 2015. 491 с.

5. Мороз А.О. Біометричні технології ідентифікації людини: огляд систем. Математичні машини і системи. 2011. № 1. С. 39-45.

6. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія / редкол. В. Ю. Шепітько та ін. Харків : Право, 2018. 952 с.

7. Швец В.А., Фесенко А.А. Основные биометрические характеристики, современные системы и технологии биометрической аутентификации. *Безпека інформації (Ukrainian Scientific Journal of Information Security)*. 2013. № 2. С. 99-111.

8. Удовиченко О.А. Функціонування регіонального дактилоскопічного обліку в Науково-дослідному експертно-криміналістичному центрі при ГУМВС України в Харківській області. *Криміналістичний вісник*. 2010. № 2. С. 140-144.

9. Китайська поліція знаходить підозрюваних через окуляри. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/news-42979942 (дата звернення: 02.02.2021).

10. Каскад-Поток. URL: https://technoserv.com/img/kaskad/kaskad_potok.pdf (дата звернення: 02.02.2021).

11. Kyiv Smart Safe city. URL: https://www.kyivsmartcity.com/kyiv-smart-safe-city/ (дата звернення: 02.02.2021).

Vladyslav Nehrebetskyi. Biometric technologies in criminalistics: functions and opportunities for use

The article is devoted to the study of the possibilities of using biometric technologies in criminalistics. The concept of biometrics as a science and biometric technologies used for the purpose of identifying a person is considered. The article examines the history of the development of biometrics and the prerequisites for the appearance of biometric technologies. Biometric technologies are a type of forensic information technologies and therefore should be in the service of Criminalistics. In order for the technology to be Biometric, it is necessary that it is suitable for use by automated means. Recognition should be fast and real-time. Some methods of biometric identification (in particular, by face geometry, fingerprints, and handwriting) are based on forensic methods. It is significant that the idea to collect data on a person's appearance, handprints, and examine signs of handwriting appeared precisely in order to collect evidence in the fight against crime. At the same time biometric technologies are a legacy of forensic methods. This is a new stage in the development of forensic technology, and the significant impact on the development of society of methods of automatic identification of a person by physiological or behavioral characteristics.

The article considers the peculiarities of the influence of biometric technologies on the development of Forensic Science. Just as they change the life of society as a whole, so does the influence of biometrics on the methods and techniques of fighting crime. The set of criminal registration methods is being expanded. The possibilities of searching for and identifying persons are being expanded. Opportunities are being extended and the effectiveness of identification expert research is being increased. Attention is focused on the close relationship between biometric and information technologies. Thanks to this, the possibilities of law enforcement officer's access to criminally significant information are increasing.

The possibilities of using biometric technologies during investigative (search) actions are noted.

Key words: biometrics, biometric identification, biometric verification, biometric sample, automated fingerprint information system, investigatory action, specialist.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.49

Микола Павлик,
аспірант кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

КОМПЛЕКСИ ТАКТИЧНИХ ОПЕРАЦІЙ У РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ НАДАННЯ ПОСЛУГ ІЗ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ ЗА КОРДОНОМ

У науковій статті розглянуто наукові підходи щодо визначення та класифікації тактичних операцій, досліджено криміналістично значущі особливості, що формують підґрунтя для визначення тактичних операцій під час розслідування кримінальних правопорушень різних категорій. Виходячи з різноманіття визначень тактичної операції, з'ясовано, що єдиним для всіх підходів є наявність у її змісті тактичних завдань, які необхідно вирішити через проведення комплексу різнойменних заходів. Наводиться зміст тактичних завдань.

Сформовано тактичні операції у розслідуванні злочинів, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, та запропоновано комплекс заходів, що входять до змісту кожної такої тактичної операції.

Аргументовано, що у розслідуванні кримінальних правопорушень, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, можуть застосуватися як базові («Розшук і затримання злочинця», «Вивчення особи», «Епізод», «Нейтралізація протидії», «Співучасники», «Збирання доказів» тощо), так і специфічні тактичні операції. Зокрема, виходячи зі специфіки кримінальних правопорушень, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, можна допустити застосування таких тактичних операцій, як: «Фіктивний роботодавець або посередник», «Виявлення факту вчинення злочинних дій під прикриттям працевлаштування за кордоном», «Пошук зниклого заробітчанина». Важливість таких тактичних операцій зумовлена тим, що під прикриттям діяльності з працевлаштування часто здійснюється й торгівля людьми з вивезенням їх за кордон і подальшою експлуатацією, а також залучення «потенційних» робітників до жебракування, використання їх у різноманітних злочинних схемах (залучення їх до контрабанди, сприяння нелегальному перетинанню кордону тощо).

Наголошено, що перелік заходів, що входять до тактичного комплексу, залежить від того, які саме завдання необхідно вирішити і які засоби та способи доцільно використовувати для цього. Запропоновано комплекс заходів, що входять до змісту кожної такої тактичної операції.

Ключові слова: кримінальні правопорушення у сфері працевлаштування за кордоном, розслідування, трудовий контракт, тактичні операції, роботодавець, працівник, посередник у працевлаштуванні.

Постановка проблеми. Останнім часом, маючи на меті отримати більш привабливі умови життя та праці за кордоном, значна частина населення України мігрує у пошуках кращого життя та високооплачуваної роботи. Як відомо, великий попит завжди зумовлює низку пропозицій, у тому числі з боку недобросовісних суб'єктів, які вчиняють злочинні дії. Щодо громадян, які мають намір отримати роботу за кордоном, вчиняється не тільки шахрайство, а й ряд інших кримінально-караних дій, зокрема: трудова, сексуальна експлуатація, незаконне позбавлення волі, використання заробітчан у різноманітних злочинних схемах тощо. Вказане викликає застосування дієвих заходів для вирішення проблем розкриття та розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном. Натомість проведення процесуальних дій та тактичних прийомів досягатимуть своєї мети лише тоді, коли вони реалізуватимуться у комплексі, під час проведення тактичних операцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми, свідчить, що категорія «тактична операція» неодноразово розглядалася у наукових працях Р. С. Бєлкіна, А. Ф. Волобуєва, С. Ф. Здоровко, М. С. Казаренко, С. С. Кузьменка, В. С. Кузьмічова, В. О. Образцова, О. В. Пчеліної, В. Д. Пчолкіна, М. В. Салтевського, Р. Л. Степанюка, О. В. Федосової, В. М. Шевчука, В. Ю. Шепітька, К. О. Чаплинського, М. П. Яблокова та інших учених.

© М. Павлик, 2021

Водночас проведений аналіз показав, що тактичним операціям під час розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, дотепер не приділялося достатньої уваги. Це вказує на необхідність удосконалення правоохоронної діяльності з позиції висвітлення особливостей проведення тактичних операцій в межах розслідування досліджуваних кримінальних правопорушень, що і визначає актуальність даної наукової статті.

Метою статті є аналіз наданих в юридичній літературі підходів до трактування поняття «тактична операція», а також визначення комплексу дій, що входять до тактичних операцій під час розслідування кримінальних правопорушень у сфері працевлаштування за кордоном.

Виклад основного матеріалу. У криміналістичній науці розроблено теоретичні засади побудови й використання тактичних операцій, однак натепер немає єдиної думки щодо їх визначення. Втім, виходячи із різноманіття визначень тактичної операції, можна побачити, що єдиним для всіх підходів є наявність у її змісті тактичних завдань, які необхідно вирішити через проведення комплексу різнойменних заходів.

Як наголошує А. Ф. Волобуєв, тактичне завдання розслідування визначається у криміналістиці як окреме завдання на шляху вирішення загального завдання кримінального судочинства, пов'язане із застосуванням криміналістичних засобів, прийомів та методів [1]. Таку думку підтримує й М. С. Казаренко і додає, що у кожній окремій методиці розслідування тактичним операціям повинен передувати перелік тактичних завдань, на вирішення яких вони мають бути спрямовані. Перелік таких тактичних завдань формується виходячи з вивчення практики розслідування певних злочинів, які мають суттєві особливості, що накладають відбиток на процес їх розслідування. Урахування цих особливостей дає підстави для виділення основних типових тактичних завдань розслідування і відповідних їм тактичних операцій [2, с. 73].

В. М. Шевчук, враховуючи розмаїття пропозицій щодо класифікації тактичних операцій, наголошує на потребі в розробленні універсальних класифікаційних підстав, які б мали наскрізний характер, могли успішно застосовуватися до будь-яких злочинних проявів, ситуацій, тактичних завдань. Вчений вважає за доцільне запропонувати такі класифікаційні підстави розподілу тактичних операцій: 1) за змістом: а) базові (універсальні); б) специфічні. Останні розробляються до особливостей розслідування злочинів більш вузької групи для вирішення завдань, властивих лише процесу розслідування певної категорії злочинних проявів [3, с. 188]. Ми підтримуємо думку вченого і вважаємо, що у розслідуванні злочинів, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, можуть застосуватися як базові («Розшук і затримання злочинця», «Вивчення особи», «Епізод», «Нейтралізація протидії», «Співучасники», «Збирання доказів» тощо), так і специфічні тактичні операції.

Зокрема, виходячи зі специфіки кримінальних правопорушень, пов'язаних із працевлаштуванням за кордоном, можна допустити застосування таких тактичних операцій, як: «Фіктивний роботодавець або посередник», «Виявлення факту вчинення злочинних дій під прикриттям працевлаштування за кордоном», «Пошук зниклого заробітчанина». Важливість таких тактичних операцій зумовлена тим, що під прикриттям діяльності з працевлаштування часто здійснюється й торгівля людьми з вивезенням їх за кордон і подальшою експлуатацією, а також залучення «потенційних» робітників до жебракування, використання їх у різноманітних злочинних схемах (залучення їх до контрабанди, сприяння нелегальному перетинанню кордону тощо).

Зокрема, як раніше вже було зазначено, під виглядом роботодавців або посередників з працевлаштування за кордоном постраждалим обіцяють заробітну плату після виконання певного обсягу або наприкінці певного терміну роботи. Проте, коли через певний час вони починають наполягати на виплаті заробітної плати, їм пояснюють, що жодних коштів вони не отримають і мають працювати стільки, скільки власник вважатиме за потрібне. Будь-який спротив жорстоко карається побоями, обмеженням у пересуванні, голодом, залякуваннями [4]. Як свідчить статистика, нерідко потерпілих тримають у неволі, не дозволяючи повернутись додому, а рідним і близьким може бути не відомо місце їх знаходження.

За таких обставин в нагоді стає тактична операція «Пошук зниклого заробітчанина», до змісту якої можна віднести такі заходи:

– проведення допитів свідків (родичів, знайомих осіб зниклого) щодо встановлення характеру домовленостей між особою, яка мала намір отримати роботу, та особою, яка таку роботу пропонувала;

– надання запиту до провайдера (оператора) комунікацій з метою встановлення IP-адреси, з якої здійснювалося спілкування «заробітчанина» з його родичами. У разі місцезнаходження провайдера за межами юрис-

дикції України необхідно діяти через Національне бюро Інтерпол;

– запити до посольства країни перебування потерпілого з метою: з'ясування інформації щодо реального існування роботодавця, який вказаний у трудовому контракті; щодо наявності даних потерпілого в базі даних іноземців, яким видано дозвіл на працевлаштування;

– запити або здійснення тимчасового доступу до речей та документів до банку, через який здійснювався грошовий переказ родичам від потерпілого, та огляд платіжних доручень та квитанцій;

– проведення пред'явлення для впізнання особи (у тому числі за фотознімками), яка запропонувала роботу потерпілому та сприяла його виїзду (у разі, якщо свідок володіє такою інформацією);

– одночасні допити двох або більше раніше допитаних осіб між особами, які сприяли виїзду потерпілого за кордон, та свідками, яким відома інформація про таке сприяння;

– проведення обшуків у осіб, стосовно яких є інформація про їх причетність до кримінальних угруповань, що переправляє людей за кордон з метою трудової або сексуальної експлуатації під виглядом працевлаштування;

– проведення оперативно-технічних заходів, спрямованих на отримання інформації про телефонне й електронне спілкування потерпілого з його родичами та іншими особами в Україні, за необхідності через сприяння Національного бюро Інтерпол тощо.

Крім того, в нагоді може стати взаємодія з Державною прикордонною службою України, що володіє інформацією про дані осіб, які перетинають кордон, у якому саме прикордонному пункті, у який час і хто перевіряє підстави для перетину кордону [5]. Така інформація допоможе конкретизувати місце дислокації особи та може полегшити пошуки.

Якщо буде встановлено, що угода про працю мала місце, але укладена відповідно до норм іноземного законодавства, притягнути громадян іншої країни вельми складно. З цього приводу М. О. Лиськов зауважує, що у разі порушення трудових прав осіб – громадян України, які легально або нелегально працюють за її межами, але не є суб'єктами трудових правовідносин, які регулюються законодавством України, може йтися про надання їм допомоги щодо повернення в Україну, про дипломатичне втручання у вирішення певних проблем, але про притягнення іноземного громадянина за грубе порушення угоди про працю, яка укладена відповідно до норм іноземного законодавства, йтися не може [6, с. 148].

При цьому Р. В. Смалюк звертає увагу на специфіку іноземного законодавства, що може стати на заваді захисту прав громадян України, які потрапили до рук несумлінних роботодавців. Натомість особи, які потрапили до рук злочинців, можуть звернутися до омбудсмана, який відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 13 і ст. 15 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини» має право направити подання до відповідних органів для усунення порушення прав людини. Наприклад, формами реагування Уповноваженого можуть бути: звернення до послів і дипломатичних представництв України у відповідній державі, до Департаменту консульської служби МЗС, до омбудсмена країни працевлаштування та звернення до інших компетентних органів. Проте серйозною прогалиною українського законодавства є те, що в його нормах, з одного боку, не передбачено відповідних важелів впливу в Уповноваженого на суб'єктів, що порушили права людини, а з другого – немає адекватних засобів реагування парламенту за результатами його діяльності. Зобов'язані приймати звернення громадян і відповідні дипломатичні представники та консули. Серед переваг даного способу захисту є оперативність, проте, відповідно до національного законодавства і міжнародного права, консули чи дипломатичні представники не наділені правами на представництво інтересів громадян України в іноземних судах у цивільних справах (у тому числі і в трудових спорах), що значною мірою звужує інструментарій захисту [7, с. 148].

Переходячи до наступної тактичної операції «Виявлення факту вчинення злочинних дій під прикриттям працевлаштування за кордоном», слід зазначити, що до її змісту можуть входити такі заходи:

– допит потерпілого з метою з'ясування: обставин його працевлаштування; періоду часу, з якого він піддався трудовій, сексуальній експлуатації, примушуванню до вчинення злочинних дій (перевезення наркотичних засобів, культурних цінностей тощо); місця та умов утримання; характеру поведінки осіб, які його «вербували». Під час допиту потерпілого слід максимально конкретизувати всі обставини злочину: вербування, отримання документів, перевезення та передачу, одержання та експлуатацію, фізичне та психічне насильство [8, с. 20];

– допити свідків, яким відома інформація про злочинну діяльність під прикриттям працевлаштування;

– пред`явлення особи для впізнання у тому числі за фотознімками з метою ототожнення осіб, які утримували потерпілого

та примушували працювати, осіб, які виступали «посередниками з працевлаштування»;

– призначення судово-медичної експертизи з метою встановлення тілесних ушкоджень, завданих заробітчанину; судово-почеркознавчої та технічної експертизи документів – для дослідження документів на предмет підробки, складання їх певними особами; трасологічної – для дослідження слідів (рук, ніг, транспортних засобів та ін.), залишених на місці утримання потерпілого, місці схиляння до працевлаштування за кордоном; економічної – для *визначення відповідності чинному законодавству фінансово-господарських операцій* фірми з працевлаштування, *аналізу показників фінансового стану (платоспроможності, фінансової стійкості, прибутковості тощо)* та ін.;

– зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж для фіксації телефонних розмов між потерпілим та «роботодавцем», між членами кримінальних угруповань;

– запити до посольства країни перебування потерпілого з метою з'ясування інформації щодо реального існування роботодавця, який вказаний у трудовому контракті (за умов наявності такого контракту);

– запити або здійснення тимчасового доступу до речей та документів до банку, через який здійснювався грошовий переказ родичам від потерпілого, та огляд платіжних доручень та квитанцій;

– пред'явлення для впізнання особи (у тому числі за фотознімками), яка запропонувала роботу потерпілому та сприяла його виїзду;

– огляд вилучених у потерпілих закордонних паспортів з метою встановлення позначки про перетин кордону;

– одночасні допити між потерпілими та особами, які виступали посередниками або безпосередньо брали участь у примушуванні до трудової, сексуальної експлуатації або виконання злочинних дій;

– затримання осіб, які виступали посередниками або безпосередньо брали участь у примушуванні до трудової, сексуальної експлуатації або виконання злочинних дій;

– міжнародна співпраця з метою притягнення винних, що переховуються на території іншої країни, до кримінальної відповідальності;

– проведення обшуків тощо.

Як свідчить практика, більшу частину вилучених об'єктів становлять документи, які містять доказову інформацію щодо події злочину та його суб'єктів. При цьому В. К. Весельський і В. В. Пясковський зауважують, якщо під прикриттям діяльності з працевлаштування здійснюється торгівля людьми. До документів які підтверджують такий факт, можна віднести:

– документи, що підтверджують факт вербування (записи з номерами телефонів осіб, яких вербували, рекламні оголошення, паспорти, проїзні документи тощо);

– документи, що стосуються факту перевезення потерпілої особи до країни призначення (митні декларації, виїзні форми, талони на посадку, квитанції про оплату на проживання в готелі тощо);

– документи, що стосуються факту перебування в країні призначення та трудової експлуатації жертви (імміграційні картки, квитанції про міжнародні банківські перекази тощо);

– документи, що пов'язані з діяльністю організацій, причетних до трудової експлуатації особи (установчі документи, що підтверджують право на зайняття діяльністю з працевлаштування за кордоном, документи, що засвідчують оренду приміщень, відповідні банківські реквізити організацій тощо);

– інші документи, вилучені у потерпілих та підозрюваних (трудові контракти, боргові розписки, копії квитанцій на міжнародні поштові відправлення, банківські дозволи на вивіз валют, записні книжки, дані організацій, що надають послуги телефонного зв'язку, про вхідні та вихідні дзвінки з телефонів осіб, які підозрюються у причетності до злочинної діяльності, мобільні телефони із пам'яттю (адреси, номери телефонів, альбоми з фотографіями), інформація, що міститься у мережі Інтернет і стосується розміщення рекламних оголошень про працевлаштування), страхові поліси тощо [9, с. 49-50].

Переходячи до тактичної операції «Фіктивний роботодавець або посередник», слід зазначити, що повнота та всебічність розслідування з встановленням усіх обставин, що підлягають доказуванню, багато у чому залежить від вирішення таких завдань:

– з'ясування, чи має особа, що виступала посередником, відповідні реєстраційні, дозвільні документи та ліцензію щодо надання посередницьких послуг з працевлаштування за кордоном як від Міністерства соціальної політики України, так і зарубіжних країн, з якими вона співпрацює, та чи зареєстрована на сайті вказаного міністерства;

– встановлення відповідності наявних у документах реквізитів назві такої фірми, чи збігається адреса агенції, номера ліцензії з тими реквізитами, що є в реєстраційній базі Міністерства соціальної політики України та на сайті Державного центру зайнятості;

– встановлення обставин щодо запрошення на роботу, наявність заяв про намір

доручити відповідну працю українцю від іноземного роботодавця;

– встановлення, які саме проекти контрактів мали місце, копії контрактів та договорів з працевлаштування та які дозволи на роботу від іноземних держав надавалися; куди направлялися чи планувалося направляти робітників з боку особи-посередника; чи не були на момент відправки ці дозволи прострочені у часі;

– з'ясування у відповідному консульстві чи посольстві факту легалізації цих договорів;

– з'ясування, які документи, що необхідні для оформлення трудової візи чи дозволу на роботу, були використані та чи є вони в наявності;

– з'ясування, чи є копії ліцензій від уповноваженого іноземного органу держави на послуги з підбору робітничого персоналу в Україні, що надані іноземним трудовим агенціям, з якими співпрацює фірма чи особа-посередник, а також чи є копія дозволу з працевлаштування громадян України або копія так званого «наміру роботодавця надати роботу іноземцю», що надані уповноваженим органом іноземної держави вже для відповідного іноземного роботодавця, до якого на роботу направляються робітники;

– з'ясування, чи отримує посередник від іноземних роботодавців, які шукають робітників в Україні, зарплатню за свої послуги.

При цьому слід враховувати, що підписання трудового договору (контракту) є обов'язковою умовою легального працевлаштування. Відсутність такого контракту, невідповідність встановленим вимогам або його підробка може свідчити про шахрайські дії з боку осіб, які пропонували роботу за кордоном, та фіктивність фірми із працевлаштування. Таку інформацію можна отримати через вилучення в ході тимчасового доступу до речей та документів, під час обшуків таких документів, їх огляду та подальшого проведення почеркознавчої та технічної експертизи.

Нерідко посередники у разі вимоги надати копії таких контрактів посилаються на те, що їх строки зберігання вийшли та ін. Проте договір (контракт) про надання послуг щодо посередництва в працевлаштуванні за кордоном повинен зберігатися протягом трьох років після закінчення його строку дії. Стільки ж часу має зберігатися копія трудового договору (контракту), укладеного між клієнтом ліцензіата й іноземним роботодавцем [10]. Тому відмова у наданні таких документів також свідчить про фіктивність дій посередника.

Крім того, П. Д. Біленчук звертає увагу, що, враховуючи те, що фірми, які займаються працевлаштуванням українських громадян за кордоном, зобов'язані отримати ліцензію Міністерства праці та соціальної політики України, що дуже важко зробити в умовах існуючої бюрократії, то працевлаштуванням займаються окремі посередники та фіктивні фірми за своїми каналами, за спрощеною схемою [11, с. 354]. Тому до обов'язкових заходів слід віднести й перевірку ліцензії Міністерства соціальної політики України на провадження діяльності з посередництва у працевлаштуванні на роботу за кордоном.

Висновки

Підсумовуючи, слід зазначити, що існує безліч злочинних схем у сфері працевлаштування за кордоном, а зі зміною соціально-політичної, фінансово-економічної ситуації змінюються й удосконалюються способи злочинних дій, які набувають нового змісту. Між тим питання щодо тактичних операцій під час розслідування кримінальних правопорушень у сфері працевлаштування за кордоном ніколи не втратять своєї актуальності, оскільки комплекс заходів, що входять до їх змісту, допомагає вирішити ряд тактичних завдань та досягти кінцевої мети.

Список використаних джерел:

1. Волобуєв А.Ф. Тактичні задачі розслідування розкрадань майна в сфері підприємницької діяльності. *Вісник Запорізького юридичного інституту*. 1999. № 3. С. 84–90.

2.Казаренко М.С. Про тактичні операції у структурі розслідування економічних злочинів. *Право і безпека*. 2005. С. 73–75.

3. Шевчук В.М. Проблеми криміналістичної класифікації тактичних операцій. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2012. № 24. С. 180–192.

4. Віктимологія : навчальний посібник / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйська та ін.; за ред. В.В. Голіни і Б.М. Головкіна. Харків: Право, 2017. 308 с.

5. Справа № 1-54/11: Вирок імені України Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 11 квітня 2012 року. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua (дата звернення: 14.01.2020).

6. Лиськов М.О. Кримінально-правова характеристика складів злочину проти трудових прав людини : дис... канд. юрид. наук. 12.00.08. Львів, 2012. 209 с.

7. Смалюк Р.В. Захист трудових прав громадян України за кордоном. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. № 1(7). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2013/n1/13srvuzk.pdf (дата звернення: 01.02.2020).

8. Вієрс М., Хавеман Р. Рекомендації з питань протидії торгівлі людьми для системи кримінальної юстиції в Україні. Київ, 2006. С. 19–22.

9. Весельський В.К., Пясковський В.В. Торгівля людьми в Україні (проблеми розслідування) : навчальний посібник. Київ: КНТ, 2007. 268 с.

10. Денисова А. Нові правила посередництва в працевлаштуванні за рубежем. *Закон і бізнес*. 2018. URL: https://zib.com.ua/graphics/logotype_zib_small_ua.gif (дата звернення: 22.12. 2019).

11. Біленчук П.Д., Гель А.П., Семаков Г.С. Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів : навчальний посібник. Київ: МАУП, 2007. 512 с.

Mykola Pavlyk. Complexes of tactical operations in the investigation of criminal offenses in the field of provision of employment services abroad

The scientific article considers scientific approaches to the definition and classification of tactical operations, explores forensic features that form the basis for the definition of tactical operations in the investigation of criminal offenses of various categories. Based on the variety of definitions of a tactical operation, it was found that the only approach for all approaches is the presence in its content of tactical tasks that need to be solved through a set of different measures. The content of tactical tasks is given.

Tactical operations have been formed in the investigation of crimes related to employment abroad and a set of measures has been proposed that are part of the content of each such tactical operation.

It is argued that in the investigation of criminal offenses related to employment abroad, can be used as basic («Search and apprehension of the offender», «Investigation», «Episode», «Neutralization of counteraction», «Accomplices», «Collection of evidence» etc.) and specific tactical operations. In particular, based on the specifics of criminal offenses related to employment abroad, it is possible to allow the use of such tactical operations as: «Fictitious employer or intermediary», «Detection of criminal acts under the guise of employment abroad», «Search for a missing worker». The importance of such tactical operations is due to the fact that under the guise of employment is often trafficked, with their export and further exploitation, as well as the involvement of «potential» workers in begging, their use in various criminal schemes (their involvement in smuggling, facilitating illegal border crossings, etc.).

It is emphasized that the list of measures included in the tactical complex depends on what tasks need to be solved and what tools and methods should be used for this purpose. A set of measures included in the content of each such tactical operation is proposed.

A number of concrete proposals and recommendations are presented, aimed at improving forensic provision of investigation of offenses. Specific scientific categories of the criminal process and forensic sciences have been specified.

Key words: criminal offenses in the field of employment abroad, investigation, employment contract, tactical operations, employer, employee, employment mediator.

УДК 347.97/.99
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.50

Ольга Демидюк,
аспірантка кафедри адвокатської майстерності
та міжнародної юридичної практики
Академії адвокатури України

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ

У статті здійснено авторський аналіз теоретичних засад формування Вищої ради правосуддя. Системне дослідження законодавчих положень дало можливість виокремити інституційний та процедурний компоненти формування ВРП. Інституційний компонент стосується суб'єктного складу як ВРП, так і її «генераторів» – з'їзду суддів України, Президента України, Верховної Ради України, з'їзду адвокатів України, всеукраїнської конференції прокурорів, з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Процедурний компонент визначає особливості процесу формування ВРП.

Зауважено, що наявна в Україні модель органу, відповідального за забезпечення незалежності судової влади, передбачає змішаний склад, за якого членами ВРП є не лише представники суддівської спільноти, а й представники інших правничих професійних кіл. Зазначена особливість, за якої з'їзд суддів обмежений у своєму праві обирати членів ВРП лише серед представників суддівської професії. Водночас інші суб'єкти формування ВРП вправі обирати як серед суддів, так і серед осіб, які таким статусом не володіють, за умови їх відповідності вимогам, встановленим законом.

Аргументовано необхідність законодавчого визначення поняття «правнича професія» для цілей Закону України «Про Вищу раду правосуддя». Обґрунтовано, що за змішаної моделі доречно зберегти нинішній порядок, коли до складу ВРП, окрім суддів (суддів у відставці), обираються (призначаються) представники від адвокатури, прокуратури та наукової спільноти.

На підставі правових позицій Європейського суду з прав людини зроблено висновок про недоцільність підходу, за якого до складу ВРП входить Голова Верховного Суду за посадою. Це, на думку автора, порушує задекларований у законодавстві єдиний статус суддів в Україні.

Констатовано та критично оцінено відсутність єдності у процедурі добору кандидатів на посаду члена ВРП залежно від суб'єкта формування. Підтримано ініціативу, яка передбачає обрання (призначення) членів ВРП за результатами відкритого конкурсного відбору. Це, на думку автора, сприятиме забезпеченню відповідності членів ВРП критерію політичної нейтральності, а отже, незалежності ВРП як державної інституції у лоні судової влади.

Ключові слова: Вища рада правосуддя, склад Вищої ради правосуддя, органи суддівського врядування, судова рада, формування Вищої ради правосуддя.

Постановка проблеми. Сучасний етап судової реформи загострив увагу на органах, які в інфраструктурі судової влади відіграють важливу роль у забезпеченні діяльності судів, а отже, вони опосередковано впливають на її ефективність. Ключове місце серед них відведено Вищій раді правосуддя (ВРП) як органу з конституційним статусом. Як випливає зі статті 131 Основного Закону держави, ВРП відіграє ключову роль у формуванні та функціонуванні професійного, етичного, авторитетного суддівського корпусу. Тому закономірно, що питання її формування привернуло увагу реформаторів у контексті забезпечення відповідності членів ВРП зазначеним характеристикам (професійність, етичність, авторитет).

Варто лише згадати законодавчі кроки щодо створення при ВРП Комісії з питань доброчесності та етики, одним із завданням якої мала бути оцінка відповідності члена або кандидата до складу ВРП принципам добросовісності та етичних норм судді [1]. Виходячи з їх системного аналізу, Конституційний Суд України дійшов висновку, що повноваження, якими законодавець наділив згадану Комісію, є повноваженнями щодо контролю за діяльністю членів ВРП, які не мають під собою конституційної основи. Конституційний Суд України також підкреслив, що «орган, установу, утворені при конституційному органі, закон не може наділяти контрольною функцією щодо цього конституційного органу» [2].

Визнання неконституційним законодавчих положень, спрямованих на зміну підходу до формування складу ВРП, жодним чином не стало пересторогою та, навпаки, актуалі-

© О. Демидюк, 2021

зувало ініціативи подальших пошуків оптимального механізму формування складу ВРП у руслі суспільного запиту на «добросовісність» її членів.

Аналіз останніх досліджень. Якщо звернутися до наукової літератури, то стає очевидним, що питання формування складу ВРП не досить досліджене. Як правило, превалюють праці, в яких предметом аналізу була Вища рада юстиція, правонаступником якої є ВРП. Зокрема, їх авторами є Р.О. Куйбіда, О.Л. Марчук, І.В. Назаров, І.Л. Самсін, В.І. Шишкін. На сучасному етапі функціонування ВРП окремі аспекти формування її складу розглядалися у публікаціях Ю.О. Косткіної, Л.М. Москвич, С.В. Прилуцького, А.В. Сухарко, О.З. Хотинської-Нор та інших.

Мета нашої статті – окреслити та проаналізувати теоретичні засади формування складу ВРП у контексті забезпечення авторитету цього конституційного органу суддівського врядування та ефективності його функціонування.

Виклад основного матеріалу. В українській мові слово «формувати» стосовно якогось органу означає організовувати, створювати що-небудь з певної кількості учасників [3]. Тож наш аналіз варто розпочати з дослідження чинних положень нормативно-правових актів, які стосуються питань складу ВРП в частині її утворення, організації та повноцінної роботи.

Так, на конституційному рівні (стаття 131 Основного Закону) врегульовано питання формування ВРП у таких аспектах, як:

1) кількісний склад (21 особа) та вимоги до членів ВРП;

2) суб'єкти формування ВРП (призначення/обрання членів ВРП):

– з'їзд суддів України,

– Президент України,

– Верховна Рада України,

– з'їзд адвокатів України,

– всеукраїнська конференція прокурорів,

– з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ.

Як своєрідну конфігурацію цього аспект слід також розглядати положення про належність до складу ВРП Голови Верховного Суду, про що йтиметься далі.

Наведені конституційні положення з необхідною мірою деталізації відтворенні у профільному Законі України «Про Вищу раду правосуддя», який, крім іншого, закріплює порядок обрання (призначення) на посади членів ВРП (глава 3).

Отже, системний аналіз зазначених законодавчих норм дає можливість говорити про диференціацію (I) інституційного та (II) процедурного компонентів формування ВРП.

Інституційний компонент стосується суб'єктного складу як ВРП, так і її «генераторів». Процедурний компонент визначає особливості процесу формування ВРП.

Такий підхід, на нашу думку, дозволяє системно підійти до питання, що нами досліджується, у логічному взаємозв'язку обох компонентів з урахуванням можливих наслідків змін одного з них.

I. Отже, як зазначено вище, інституційний компонент (блок) охоплює питання: – складу ВРП, тобто безпосередньо її членів з урахуванням вимог, які до них висуваються; – складу суб'єктів формування/обрання ВРП. Обидва вони перебувають у тісному взаємозв'язку.

Стосовно складу ВРП слід насамперед зосередитися на такому.

Як випливає зі статті 131 Конституції України та статті 5 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», ВРП складається з 21 одного члена, більшість із яких становлять представники суддівського корпусу, оскільки за квотою з'їзду суддів обирається 10 осіб з числа суддів чи суддів у відставці, а Голова Верховного Суду, який перш за все є суддею, входить до складу ВРП за посадою.

Такий підхід загалом не викликає зауважень, оскільки узгоджується з існуючими у цій сфері міжнародними стандартами та рекомендаціями. Зокрема, як зауважується у Висновку № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про судову раду на службі суспільству, «судова рада може складатися або повністю із суддів, або мати змішаний склад. <...> У разі змішаного складу (судді і не судді) КРЄС вважає, що для запобігання будь-якому маніпулюванню чи неналежному впливу значна більшість членів мають бути суддями, обраними іншими суддями». Водночас КРЄС вважає, «що склад судової ради повинен відображати настільки, наскільки це можливо, багатоманітність суспільства». Тому, на її думку, можливо, щоб члени судової ради, які не є суддями, обиралися зі складу визначних юристів, професорів університетів з певним професійним стажем або серед видатних громадян. Також не виключається потреба у ширшому представництві фахівців з неюридичних питань (наприклад, менеджменту, фінансів, інформаційних технологій, соціальних наук), зумовлена сучасним управлінням судовою системою [4, с. 455-466].

Отже, змішаний склад ВРП, як аналогу судової ради в Україні, передбачає наявність у її складі не лише осіб у статусі судді

чи похідного від нього – статусу судді у відставці [5], а й представників інших професійних груп. І в цьому контексті цікавим є ряд моментів.

По перше, слід зазначити те, що лише ключовий суб'єкт формування ВРП – з'їзд суддів обмежений у своєму праві обирати членів ВРП лише серед представників суддівського корпусу. Інші вправі обирати як серед суддів, так і серед осіб, які таким статусом не володіють за умови їх відповідності вимогам, встановленим законом. Отже, не виключена ситуація, за якої ВРП може бути сформована виключно з представників суддівської спільноти, що нестиме ризики загрози корпоративізму та суперечитиме загалом ідеї змішаної моделі ВРП, яка закладена на рівні Конституції України. Як зазначає КРЄС, змішаний склад має перевагу як з огляду на уникнення корпоративізму, протекціонізму та упередженості, так і щодо відображення різних суспільних поглядів. Це надає судовій владі додаткове джерело легітимності [4, с. 455]. З огляду на це, доцільно було би передбачити певні запобіжники. Наприклад, що з двох осіб, обраних суб'єктами формування ВРП, за винятком з'їзду суддів, лише один, але не обов'язково, може бути суддею (суддею у відставці). Проте слід зазначити, що оскільки питання складу ВРП з урахуванням суб'єктів його формування та їх квот регулюється ст. 131 Конституції України, то реалізація нашої пропозиції потребує внесення змін до Основного Закону держави.

По-друге, актуальним залишається питання: представники яких саме професій можуть стати членом НКР за квотами Президента України, Верховної Ради України, з'їзду адвокатів України, всеукраїнської конференції прокурорів, з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Відповідно до статті 131 Конституції України член ВРП має належати до правничої професії та відповідати критерію політичної нейтральності. Закон України «Про Вищу раду правосуддя» конкретизує це положення, передбачаючи у статті 6, що на посаду члена ВРП може бути обраний (призначений) громадянин України, не молодший тридцяти п'яти років, який володіє державною мовою, має вищу юридичну освіту та стаж професійної діяльності у сфері права не менше п'ятнадцяти років, належить до правничої професії та відповідає критерію політичної нейтральності. Проте досі на рівні законодавства не визначено, що таке «правнича професія» і які саме професії слід вважати «правничими». Наразі її дефініцію можна знайти лише в одному з варіантів проекту Концепції реформування юридичної освіти, де передбачено, що «правнича професія – це професія, яка передбачає діяльність із застосування права. Ознаками правничої професії є її самоврядність, професійна незалежність та професійна відповідальність. Окремі види правничої діяльності в силу їх соціальної значущості регулюються державою. Регульованими видами правничої діяльності є діяльність на посадах, доступ до яких безпосередньо передбачений розділом VIII «Правосуддя» Конституції України, зокрема діяльність на посадах судді, прокурора та адвоката» [6]. Проте такі підходи критикуються з позиції монополізації правничої професії та наявності передумов певної дискримінації щодо доступу до професії [7].

Таким чином, поки можна стверджувати, що оцінка відповідності кандидата на посаду члена ВРП за критерієм його приналежності до правничої професії здійснюється відповідно до існуючих у свідомості професійної спільноти стереотипів, що ґрунтуються на уявленні про правничу професію як таку, доступ до якої потребує наявності в особи вищої юридичної освіти.

З урахуванням наведеного варто звернути увагу, що чинний Класифікатор професій у розділі 2 «Професіонали» передбачає таку градацію юридичних професій (професій у сфері правознавства) [8]:

242	Професіонали в галузі правознавства, прокурорського нагляду, правосуддя та правоохоронної діяльності
2421	Професіонали в галузі правознавства та прокурорського нагляду
2421.1	Наукові співробітники (правознавство)
2421.2	Адвокати та прокурори
2422	Судді
2423	Професіонали в галузі правоохоронної діяльності
2424	Професіонали кримінально-виконавчої служби
2429	Інші професіонали в галузі правознавства

Отже, доки питання про правничі професії не набуде законодавчого визначення, існує теоретична можливість призначення/обрання до складу ВРП, наприклад, нотаріуса чи «професіонала в галузі правоохоронної діяльності». Теоретична тому, що професійні спільноти адвокатів, прокурорів, юридичних навчальних закладів мають свій корпоративний інтерес, щоб у складі ВРП були саме представники їх напряму професійної діяльності. Виняток становить лише Президент України.

Жодним чином не применшуючи значимість усіх різновидів професій правничого фаху, на нашу думку, враховуючи коло повноважень, завдань, які стоять перед ВРП як органом суддівського врядування, доречно, щоб склад ВРП, окрім представників суддівського корпусу, був представлений репрезентантами лише таких правничих професій, як адвокат, прокурор і науково-педагогічні працівники юридичних вищих навчальних закладів і наукових установ. Необхідність участі перших двох зумовлена їхньою роллю у функціонуванні механізму реалізації правосуддя в державі. Представники ж наукової спільноти здатні забезпечити науково обґрунтований прогрес у реалізації повноважень, якими наділена ВРП.

Окремо, як ми зазначали вище, варто звернути увагу на положення Конституції України, Закону України «Про судоустрій і статус суддів» і профільного Закону, які передбачають, що Голова Верховного Суду входить до складу ВРП за посадою. Адже вони дають підстави для висновку, що Верховний Суд також, хоча й опосередковано, бере участь у формуванні складу ВРП. Обираючи Голову Верховного Суду відповідно до ст. 40 Закону України «Про судоустрій і статус суду» на засіданні Пленуму Верховного Суду, який є його колегіальним органом, до складу якого входять усі судді Верховного Суду, останні, таким чином, обирають автоматично й члена ВРП. На перший погляд, це виглядає логічно з огляду на конституційний статус Верховного Суду як найвищого суду у системі судоустрою України (ст. 125 Конституції України). Це також не заперечується КРЄС, яка зазначає, що обрання членів-суддів «може здійснюватися за допомогою виборів або для обмеженої кількості членів (таких як голова Верховного чи Апеляційного суду) за посадою» [4, с. 457]. Проте, з іншого боку, на нашу думку, це дискримінує інших суддів, які займають посади в місцевих, апеляційних чи вищих спеціалізованих судах, а отже, порушує законодавчо закріплений постулат про єдиний статус суддів в Україні. Адже, як відомо, «серцевину» правового статусу будь-якого суб'єкта становлять його права та обов'язки. У питанні, яке ми аналізуємо, лише судді Верховного Суду в силу зазначених норм законодавства є причетними до формування складу ВРП поза з'їздом суддів.

Вважаємо, що членство у ВРП Голови Верховного Суду за посадою, а не шляхом обрання, є даниною старим традиціям, атавізмом, від якого час відмовитися на кшталт того, як свого часу відмовилися від включення до складу Генерального прокурора України. У справі «Олександр Волков проти України» Європейський суд з прав людини підкреслив, що «спосіб, в який до дисциплінарного органу обираються судді, є також важливим для забезпечення суддівського самоврядування». Крім того, він зауважив, що членство у Вищій раді юстиції не на постійній основі та, як наслідок, отримання своєї зарплатні поза її межами «неминуче означає їхню матеріальну, ієрархічну та адміністративну залежність від їхніх головних роботодавців та ставить під загрозу як їхню незалежність, так і безсторонність» [9]. Втрата посади Голови Верховного Суду означає втрату членства у ВРП, що за певних обставин може бути критичним для повноважності ВРП. Адже цілком можливі ситуації, коли тривалий час не обиратиметься Голова Верховного Суду, а його обов'язки виконуватиме інша особа – заступник або суддя, який має найбільший стаж роботи на посаді у Верховному Суді, відповідно до ст. 39 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Виконання цими особами адміністративних повноважень Голови Верховного Суду не створює для них підстав для членства у ВРП.

Отже, доречно, щоб підходи до суб'єктного складу ВРП в частині представництва суддівської спільноти були змінені. Вбачається цілком можливим, щоб не десять, а одинадцять членів ВРП обиралися з'їздом суддів України з числа суддів чи суддів у відставці. Водночас законодавчі положення, які передбачають, що Голова Верховного Суду входить до складу ВРП за посадою, слід виключити.

II. Процедурний компонент формування ВРП вимагає зосередитися на питанні, яким чином обираються (призначаються) на посаду члени ВРП, адже і тут нема єдиного підходу.

Аналіз законодавчих положень свідчить, що процедура обрання (призначення) на посаду члена ВРП різниться залежно від суб'єкта призначення, що також зауважують окремі науковці [10, с. 207].

Так, члени ВРП за квотою з'їзду суддів України, з'їзду адвокатів України, всеукраїнської конференції прокурорів і з'їзду представників юридичних вищих навчальних закладів і наукових установ обираються шляхом таємного голосування. Однією з умов, окрім відповідності загальним вимогам, є те, що кандидати повинні бути обрані делегатами відповідного з'їзду. Обраним вважається кандидат, який за результатами таємного голосування отримав більшість голосів обраних делегатів відповідного з'їзду (ст.ст. 10-13 Закону України «Про Вищу раду правосуддя»).

Натомість Президент України призначає членів ВРП за результатами проведення відкритого конкурсу. Для цього створюється відповідна Комісія з проведення відкритого конкурсу з добору кандидатів для здійснення Президентом України призначення членів Вищої ради правосуддя. Саме вона здійснює відбір кандидатів на основі поданих документів і проведених нею співбесід, які рекомендуються для здійснення Президентом України призначення членів ВРП [11]. Тобто для осіб, які прагнуть бути призначеними членом ВРП указом Президента України, передбачено проведення співбесіди. Надалі Президент України вправі на власний розсуд обирати, кого призначити на посаду члена ВРП із числа рекомендованих Комісією за результатами співбесіди кандидатів.

Зрештою Верховна Рада України обирає членів ВРП у порядку, передбаченому ст. 208-1 Регламенту Верховної Ради України. Відповідно до її положень добір на посаду члена ВРП здійснюється відкритим рейтинговим голосуванням по кожному кандидату окремо. Потім Верховна Рада обирає членів Вищої ради правосуддя списком, визначеним за підсумками рейтингового голосування, відповідно до кількості вакантних посад відкритим голосуванням більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради. Специфікою процедури обрання є те, що кандидатури на посаду члена ВРП пропонуються депутатськими фракціями (депутатськими групами). А це несе в собі ризики для незалежності та безсторонності майбутнього члена ВРП, який, нагадаємо, повинен бути політично нейтральним. У цьому контексті КРЄС зазначає, що «якщо призначення членів – не суддів – все ж таки здійснюється Парламентом, це не повинні бути члени Парламенту, вони повинні обиратися кваліфікованою більшістю, що вимагає значної підтримки опозиції, і це повинні бути особи, котрі дозволяють урізноманітнити представництво суспільства в загальному складі судової ради» [4, с. 461].

Не вдаючись до деталізації наведених існуючих процедур, вважаємо доцільним запровадити єдині для всіх кандидатів на посаду члена ВРП «правила гри». Тому нам імпонує законодавча ініціатива, яка передбачає обрання членів ВРП за результатами відкритого конкурсу. Організацію та проведення конкурсу має забезпечувати створена для цього комісія, яка розглядатиме подані документи, проводитиме співбесіди з кандидатами та за результатами співбесід шляхом відкритого голосування формуватиме список кандидатів, серед яких можуть обирати надалі членів ВРП суб'єкти обрання (призначення) [12]. Такий підхід, на нашу думку, сприятиме забезпеченню відповідності членів ВРП критерію політичної нейтральності, а отже, незалежності ВРП як державної інституції у лоні судової влади. Крім того, єдині підходи до процедури сприятимуть єдності статусу члена ВРП.

Висновки

Підсумовуючи, слід зазначити, що з урахуванням численних законодавчих ініціатив, спрямованих на реформування статусу органів суддівського врядування, зокрема і ВРП, питання зміни її моделі, повноважень тощо є питанням недалекої перспективи. Залишається сподіватися, що законодавець не лише орієнтуватиметься на кращі міжнародні практики, а й дослухатиметься до вітчизняної наукової спільноти, яка прагне, щоб функціонування вітчизняної судової системи було ефективним.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування : Закон України від 16.10.2019 № 193-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-19#n1090 (дата звернення: 23.02.2021).

2. Рішення Конституційного Суду України від 11.03.2020 № 4-р/2020 у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193-IX, «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-20#top (дата звернення: 23.02.2021).

3. Словник української мови : в 11 томах. Том 10. Київ,1979. С. 624.

4. Висновок № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про судову раду на службі суспільству / Документи Консультативної ради європейських суддів: офіц. вид. / упоряд. А.О. Кавакін. 2-ге вид., допов. Київ: Ін Юре, 2017. 816 с.

5. Хотинська-Нор О.З. Статус судді у відставці: проблеми правового регулювання. *Вісник кримінального судочинства.* 2019. № 2. С. 107-117.

6. Проект Концепції реформування юридичної освіти. URL: https://minjust.gov.ua/m/proekt-kontseptsii-reformuvannya-yuridichnoi-osviti?fbclid=IwAR3lNyeVK-dOx0Mlg2ErlqhCc_ZR8PlGjInjZX2_QJWPwF5Z5ua7PR_-e24 (дата звернення: 23.02.2021).

7. Аналіз проекту Концепції реформування юридичної освіти в Україні. USAID Україна. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/NJ_Y. Barabash_Report-on-Draft-LER-Concept-Paper-and-Recommendations-for-Improvement_May-22_2017.pdf (дата звернення: 23.02.2021).

8. Класифікатор професій: затверджений наказом Мінекономрозвитку від 10.08.2016 № 1328. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/klasf/nac_kls/op_dk003_2016.htm (дата звернення: 23.02.2021).

9. Рішення Європейського суду з прав людини від 09.01.2013 у справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947#Text (дата звернення: 23.02.2021).

10. Косткіна Ю.О. Правовий статус Вищої ради правосуддя: теорія та практика : монографія. Київ: Алерта, 2019. 268 с.

11. Питання добору кандидатів для здійснення Президентом України призначення членів Вищої ради правосуддя : Указ Президента України від 30.10.2019 № 785/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/785/2019#n12 (дата звернення: 23.02.2021).

12. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності Верховного Суду та органів суддівського врядування від 07.07.2020 № 3711-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69397 (дата звернення: 23.02.2021).

Olga Demydiuk. Theoretical bases of formation of the Supreme Council of Justice

The article represents the author's analysis of the theoretical bases of formation of the Supreme Council of Justice (SCJ). A systematic study of the legislative provisions made it possible to single out the institutional and procedural components of formation of the SCJ. The institutional component covers both the composition of the SCJ and its "generators" – the Congress of Judges of Ukraine, the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Congress of Advocates of Ukraine, the All-Ukrainian Conference of Prosecutors, the Congress of Representatives of Legal Higher Education Establishments and Scientific Institutions. The procedural component determines the features of the process of formation of the SCJ.

It has been noted that the current model of the authority responsible for ensuring the independence of the judiciary in Ukraine provides for a mixed composition, in which the SCJ members are not only representatives of the judiciary but also the representatives of the other legal professional circles. It has been noticed a peculiarity, pursuant to which the Congress of Judges is limited in its right to elect the members for the SCJ only among the representatives of judicial profession. At the same time, the other individuals of composition of the SCJ have the right to elect both among the judges and among the persons who do not have such a status, provided that they meet the requirements established by the law.

The necessity of legislative definition of the concept "judicial profession" for the purposes of the Law of Ukraine "On the Supreme Council of Justice" has been argued. It has been grounded that under the mixed model it is appropriate to maintain the existing order, when except the judges (retired judges) the representatives from the bar, the prosecutor's office and the scientific community are elected (appointed) to the SCJ.

On the grounds of the legal positions of the European Court of Human Rights it has been concluded that the approach when the President of the Supreme Court is a member of the SCJ by virtue of his/her position is not expedient. In the author's opinion, this violates the unified status of judges in Ukraine declared in the legislation.

Lack of unity in the procedure of selection of candidates for the position of the SCJ member depending on the individual of formation has been stated and critically evaluated. The initiative, which provides for the election (appointment) of the SCJ members based on the results of open competitive selection, has been supported. In the author's opinion, this will help to ensure the compliance of the SCJ members with the political neutrality criterion and, thus, the independence of the SCJ as a state institution within the judiciary.

Key words: Supreme Council of Justice, composition of the Supreme Council of Justice, judicial authorities, judicial council, formation of the Supreme Council of Justice.

УДК 341.231.14:(316.48:623.44)(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.51

Мальвіна Грушко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

Катерина Мануїлова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного та європейського права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КОНЦЕПЦІЯ ПЕРЕХІДНОГО ПРАВОСУДДЯ В УМОВАХ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена дослідженню концепції перехідного правосуддя та її значення для України. Авторами було проаналізовано можливість впровадження концепції перехідного правосуддя в Україні. Збройний конфлікт в Україні триває вже сьомий рік і наразі зафіксовано величезну кількість випадків порушень прав людини та скоєння численних воєнних злочинів. Тому нині одним із пріоритетних напрямів державної політики має бути притягнення до відповідальності осіб, які скоїли воєнні злочини в умовах збройного конфлікту. Шляхи вирішення цих та інших супутніх проблем вбачаються саме у впровадженні механізму перехідного правосуддя.

У міжнародних документах перехідне правосуддя визначається як комплекс процесів та механізмів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати тяжкі наслідки масштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість і примирення. Ключовим елементом концепції є питання про притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів. Це питання можна вважати «наріжним каменем» концепції, адже покарання винних є, по-перше, засобом встановлення справедливості, а по-друге, запорукою неможливості виникнення подібного конфлікту в майбутньому.

Основними засадами національної концепції перехідного правосуддя в Україні є чотири елементи: реалізація права знати правду про перебіг подій конфлікту; інституційні реформи як гарантія не повторення збройного конфлікту; заходи з відшкодування шкоди потерпілим від збройного конфлікту; притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні найтяжчих злочинів. Для ефективної реалізації концепції перехідного правосуддя всі ці елементи повинні працювати в комплексі.

Концепція перехідного правосуддя – майже єдиний спосіб, який дозволить не тільки подолати тяжкі наслідки збройного конфлікту, а й забезпечити відновлення порушених прав і притягнути до відповідальності винних у скоєнні злочинів. Оскільки концепція є комплексом процесів та механізмів, які пов'язані зі спробами суспільства подолати великомасштабні порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права, то частиною такого процесу також має стати імплементація у національне законодавство норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права. Важливим є запозичення досвіду країн, чиї стратегії перехідного правосуддя засновані на повазі прав людини виправдали себе, виконання належних міжнародно-правових зобов'язань держави і визнання відповідних порушень з боку учасників усіх сторін конфлікту.

Ключові слова: права та свободи людини, воєнні злочини, концепція, перехідне правосуддя, збройний конфлікт, постконфліктний період.

Постановка проблеми. Світова практика передбачає запровадження механізму перехідного правосуддя у постконфліктний період. Збройний конфлікт в Україні триває вже сьомий рік і наразі зафіксовано величезну кількість випадків порушень прав людини та скоєння численних воєнних злочинів. Тому нині одним із пріоритетних напрямів державної політики має бути притягнення до відповідальності осіб, які скоїли воєнні злочини в умовах збройного конфлікту. Шляхи вирішення вказаної та інших супутніх проблем вбачаються саме у впровадженні механізму перехідного правосуддя. Очевидно, що інституційні реформи в Україні, впровадження правових проектів переслідування воєнних злочинців, а також законодавче закріплення механізмів надання компенсації жертвам конфлікту та інші дії призведуть до гуманітарного діалогу для пошуку примирення в українському суспільстві.

© М. Грушко, К. Мануїлова, 2021

Аналіз основних досліджень та публікацій. З огляду на те, що в Україні наразі активно відбувається процес розробки концепції перехідного правосуддя, цьому питанню присвячені праці таких вітчизняних вчених, практиків, політиків, як А. Багінський, А. Бущенко, М. Гнатовський, С. Закірова, А. Кориневич, Т. Короткий, О. Мартиненко, О. Плотніков, О. Резніков тощо. Проте натепер залишається велика кількість питань, які не вирішені і потребують подальшого аналізу та розкриття.

Мета статті полягає в дослідженні та аналізі актуальних питань, пов'язаних із концепцією перехідного правосуддя.

Виклад основного матеріалу. У міжнародних документах Європейського союзу та Організації Об'єднаних Націй перехідне правосуддя визначається так: «комплекс процесів та механізмів, пов'язаних зі спробами суспільства подолати тяжкі наслідки масштабних порушень законності в минулому з метою забезпечити підзвітність, справедливість і примирення» [1]. До того ж варто наголосити, що міжнародним досвідом не сформовано єдиної концепції перехідного правосуддя, тому впровадження певної моделі в кожній країні завжди буде мати свої певні особливості, які будуть залежати від особливостей країни, суспільства, етнічних, релігійних і гендерних чинників.

Основними засадами національної концепції перехідного правосуддя в Україні є чотири елементи:

– реалізація права знати правду про перебіг подій конфлікту; встановлення правди є частиною концепції і має на меті забезпечення права потерпілих та їхніх родин знати правду про обставини скоєння порушень та долю осіб, що загинули чи зникли безвісти під час таких порушень. Організація і діяльність комісії з розслідування та встановлення правди, а також забезпечення доступу до архівів є реалізацією права на інформацію, яке є одним з основоположних прав людини, що, на нашу думку, стане гарантією запобігання безкарності;

– інституційні реформи як гарантія не повторення збройного конфлікту;

У такому розумінні цю концепцію можна сприймати як превентивний підхід. На нашу думку, подолання безкарності, тобто суспільно-історичне осмислення порушень прав людини і покарання винних, призведе до відновлення верховенства права і забезпечення його довгостроковості в майбутньому;

– заходи з відшкодування шкоди потерпілим від збройного конфлікту; відшкодування шкоди потерпілим включає в себе реституції, репарації, компенсації моральних та матеріальних збитків, психологічну реабілітацію, увічнення пам'яті загиблих у збройному конфлікті та вибачення винних перед потерпілими. На нашу думку, зазначений елемент є досить складним та вимагає певної деталізації. Зокрема, виникають питання щодо прав та обов'язків, що випливають із зобов'язань відшкодовувати шкоду (зокрема, компенсації за майно, пошкоджене/зруйноване за наслідками подій на сході України, починаючи з 2014-го року), порядку відшкодування збитків, щодо того, чи буде надаватися вказаній процедурі гласність, а також питання, пов'язані з інституалізацією відповідного процесу відшкодування шкоди, а саме реформи законодавства, державних органів, із соціальною реінтеграцією дітей та іншими заходами;

– притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні найтяжчих злочинів, базується на тому, що держава застосовує загальні стандарти належного правосуддя, які розроблені міжнародним співтовариством та втілені в нормах міжнародного права.

Для ефективної реалізації концепції перехідного правосуддя всі ці елементи повинні працювати в комплексі.

Правосуддя перехідного періоду включає в себе широкий за обсягом і змістом комплекс заходів, які покликані сприяти державі і суспільству перейти від масштабних порушень прав людини до сталого миру та верховенства права. Зокрема, це такі дії, як розпуск воєнізованих груп, відміна правових норм, прийнятих в період збройного конфлікту і звільнення високопосадовців, відповідальних за серйозні порушення прав людини, питання щодо юридичних механізмів компенсації майнової шкоди потерпілим від збройного конфлікту та окупації, а також стосовно розробки сучасної системи верифікації особистих даних громадян України, які проживають на тимчасово окупованих територіях Донецької і Луганської областей та Криму. Ці заходи можуть бути ефективними лише за умови їх одночасного та паралельного застосування і сприятимуть подоланню наслідків збройного конфлікту.

Аналізуючи питання перехідного правосуддя, керівник аналітичного напряму Української Гельсінської спілки з прав людини О. Мартиненко наголошує: «Для України об'єктивно необхідна розробка власної національної моделі такого правосуддя, щоб почати діалог з усіма громадянами, які постраждали в результаті конфлікту і окупації. Ухвалення перехідного правосуддя дозволить розробити стратегію розвитку

України на кілька років як гарантію досягнення стійкого миру і дотримання прав людини на окупованих територіях після їх звільнення. Не буде помилкою сказати, що наближення закінчення війни відповідає запиту більшості населення України. Діючи в рамках перехідного правосуддя, Україна має всі шанси вийти з конфлікту найбільш цивілізованим способом, одночасно дотримуючись принципів політики Європейського Союзу та з огляду на Мінські домовленості. Безсумнівно, така комбінація допоможе гармонізувати міжнародні відносини в регіоні і буде сприяти інвестиційному клімату» [2].

Глава представництва президента в АР Крим Антон Кориневич зазначає, що «перехідне правосуддя зосереджено не тільки на юридичних процесах і кримінальному праві, але і на відновлення історичної справедливості після закінчення конфлікту. У концепції передбачено створення Комісії правди – структури, яка б неупереджено збирала інформацію про війну, її перипетії, розповідала б про реальний стан справ на початок конфлікту, про його героїв та антигероїв. <...> Це повинен бути або новостворений орган або, враховуючи проблему витрати бюджетних коштів на створення нової інституції, ці функції можна покласти на вже існуючий держорган». Важливим елементом перехідного правосуддя є також питання виплати компенсацій цивільному населенню за завданий в ході війни збиток. Українська концепція передбачає, що буде створений якийсь фонд, який буде займатися цими виплатами [3].

Національна модель перехідного правосуддя для України – це відповідь на питання: як вийти із ситуації окупації та збройного конфлікту та перейти до стану миру. Концепція, по суті, є частиною стратегії деокупації та реінтеграції громадян України.

Окремої уваги заслуговує думка М. Гнатовського: «Треба розуміти, що ми опинилися у достатньо рідкісній ситуації, тому що Україна на момент виникнення збройного конфлікту взяла на себе всі можливі зобов'язання європейської держави у сфері прав людини, у сфері міжнародного гуманітарного права, і, загалом, навіть у сфері міжнародного кримінального права» [4]. Справді, аналізуючи різні погляди та підходи вчених міжнародників, потрібно зазначити, що правосуддя перехідного періоду в Україні є необхідним складником і основним вектором державної політики для вирішення військового конфлікту. Дана концепція може застосовуватися не тільки після закінчення військового конфлікту, але й з перших днів, коли початок агресії спровокував грубі порушення прав людини та норм міжнародного гуманітарного права.

Ключовим елементом концепції є питання про притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів. Це питання можна вважати «наріжним каменем» концепції, адже покарання винних є, по-перше, засобом встановлення справедливості, а по-друге, запорукою неможливості виникнення подібного конфлікту в майбутньому.

Наразі Верховна Рада прийняла за основу проект Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права (проект Закону № № 913-IX від 17.09.2020). Чинним Кримінальним кодексом України відповідальність за воєнні злочини передбачена статтею 438, але норми даної статті не містять повний перелік тих діянь, які можна кваліфікувати як воєнний злочин, що є порушенням принципу правової визначеності. Законопроектом передбачено викласти цю статтю Кримінального кодексу у новій редакції, що містить статті 438^1-438^5, в яких деталізовано викладено різновиди злочинів, зазначених у 8 статті Римського статуту, а також низка порушень Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 р. та Додаткових протоколів до них. Прийняття таких змін до Кримінального кодексу було би позитивним кроком для правильної кваліфікації злочинів у майбутньому. Здійснення правосуддя щодо вчинених злочинів є умовою встановлення миру, утвердження цінностей демократичного суспільства і верховенства права. Ця теза покладена в основу робочого поняття перехідного правосуддя, запропонованого ООН. Відповідно до нього правосуддя перехідного періоду охоплює собою повний набір процесів і механізмів, пов'язаних із намаганнями суспільства примиритися зі спадщиною масштабних зловживань минулого і спрямованих на забезпечення підконтрольності, справедливості і примирення.

Наразі Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій завершило розробку законопроекту, який визначає особливості державної політики перехідного періоду щодо тимчасово окупованих територій у Донецькій і Луганській областях та в Криму. Даний документ спрямований на розгляд для надання пропозицій центральним органам виконавчої влади, держслужбам і фондам, місцевим органам влади, науковим, міжнародним і громадським організаціям, експертному середовищу, судовим органам, прокуратурі, органам військового управ-

ління, представництва Президента України в АРК та іншим.

Слід зазначити, що серед причин незадовільного стану притягнення до відповідальності за злочини, вчинені в Україні в рамках збройного конфлікту, є, зокрема, недосконалість чинного законодавства України щодо регулювання відповідальності за міжнародні злочини, брак досвіду правоохоронців та суддів у притягненні до відповідальності за порушення норм міжнародного гуманітарного права, відсутність доступу до території, що ускладнює процес збору доказів [5, с. 164].

На нашу думку, ще одним питанням, яке стосується концепції перехідного правосуддя, є створення відповідних органів, до компетенції яких входила б можливість розглядати міжнародні злочини, зокрема воєнні злочини. Міжнародна практика свідчить, що зазвичай розглядом таких справ займались спеціально створені суди. В Україні розглядається можливість створення так званого «гібридного суду», який може містити міжнародний елемент [6], проте реалізація такого підходу може мати деякі труднощі через необхідність внесення змін у національне законодавство.

Потрібно розуміти, що будь-яка домовленість про відмову від карного переслідування суперечить не тільки розвиненій міжнародній практиці, але й цілям, які переслідує ООН. Зокрема, ООН рішуче орієнтована на підтримку таких мирних угод, які забезпечують можливості для виконання обов'язків і заходів перехідного правосуддя у постконфліктний та перехідний періоди. А тому йдеться про переслідування не за всі порушення прав людини, а тільки за серйозні, зокрема катування, жорстокість, нелюдяне і принижуюче гідність поводження, рабство, насильницьке зникнення та інші. Цей перелік також не є вичерпним, він показує, що в даному контексті існує проблема доцільного розмежування. Нині у суспільстві найчастіше обговорюється питання: яка саме категорія осіб має бути притягнена до відповідальності, а яка може бути амністована. За словами розробників концепцій, остання абсолютно точно передбачає, що амністія не може стосуватися осіб, які скоїли воєнні злочини і порушили норми міжнародного гуманітарного права. Оскільки міжнародна практика рекомендує обмежитися лише категорією воєнних злочинців та винними в грубих порушеннях прав людини, це положення не влаштовує тих фахівців, які радикально пропонують притягнути до кримінальної відповідальності досить широке коло тих, хто зараз працює в органах окупаційної влади в Автономній Республіці Крим та так званих ДНР/ЛНР [7]. Завдання має полягати в тому, щоб визначити, які вчинки не можуть бути виправдані насильницькою формою врегулювання конфлікту і, таким чином, у спільних інтересах, зокрема в інтересах комбатантів, повинні переслідуватися карним кримінальним правом. Удосконалити цей процес можливо також завдяки ратифікації Римського статуту, який надав би нам більше прав у міжнародних інстанціях. Тому ці питання надзвичайно важливі та потребують відповідної уваги та вирішення.

Висновки

Резюмуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що концепція перехідного правосуддя – майже єдиний спосіб, який дозволить не тільки подолати тяжкі наслідки збройного конфлікту, а й забезпечити відновлення порушених прав і покарати винних у скоєнні злочинів. Оскільки концепція є комплексом процесів та механізмів, які пов'язані зі спробами суспільства подолати великомасштабні порушення прав людини і міжнародного гуманітарного права, то частиною такого процесу також має стати імплементація у вітчизняне законодавство норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права. Лише диференційоване застосування інструментів перехідного правосуддя з чітким усвідомленням його можливостей та певних обмежень в рамках мирного врегулювання може поновити довіру до громадських та державних інституцій в Україні, а також сприяти процесу трансформації конфлікту.

Також є важливим запозичення досвіду країн, чиї стратегії перехідного правосуддя, засновані на повазі прав людини, виправдали себе, виконання належних міжнародно-правових зобов'язань держави і визнання відповідних порушень з боку усіх сторін конфлікту. Проголошення пріоритету змісту універсальних та регіональних міжнародних стандартів у сфері прав людини та громадянина та їх захист з боку держави створить значний плацдарм для системи справедливого та ефективного правосуддя в Україні та належної допомоги постраждалим від збройних конфліктів.

Список використаних джерел:

1. Доклад Генерального секретаря Объединенных Наций «Господство права и правосудие переходного периода в конфликтных и постконфликтных обществах», (S/2004/616, 23 август 2004). URL: https://undocs.org/ru/S/2004/616 (дата звернення: 10.02.2021).

2. Мартиненко О. Переходное правосудие – основа деоккупации и реинтеграции Донбасса.

URL: http://www.golos.com.ua/rus/article/324612 (дата звернення: 10.02.2021).

3. Кориневич А. Амнистия не для всех: каким будет переходное правосудие на Донбассе и в Крыму. URL: https://daily.rbc.ua/rus/show/amnistiya-vseh-kakim-budet-perehodnoe-pravosudie-1597054850.html (дата звернення: 10.02.2021).

4. Гнатовський М. Модель перехідного правосуддя в Україні. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/model-perehidnogo-pravosuddya-v-ukrayini.html (дата звернення: 15.02.2021).

5. Червякова О. В. Відповідальність за воєнні злочини: через перехідне правосуддя до сталого миру та безпеки України. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 150. С. 161–172. URL: https://doi.org/10.21564/2414-990x.150.208602 (дата звернення: 10.02.2021).

6. Секретар РНБО України О. Данілов провів робочу зустріч із заступником Генерального прокурора Г. Мамедовим. URL: https://www.rnbo.gov.ua/ua/Diialnist/4684.html (дата звернення: 17.02.2021).

7. Закірова С. Перехідне правосуддя: сутність концепції, світова практика та уроки для України. *Громадська думка про правотворення*. 2019. № 19-20 (184–185). С. 2-16. URL: http://nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=4679:perekhidne-pravosuddya-sutnist-kontseptsiji-svitova-praktika-ta-uroki-dlya-ukrajini-2&catid=71&Itemid=382 (дата звернення: 17.02.2021).

Malvina Hrushko, Kateryna Manuilova. The concept of transitional justice in the context of the armed conflict in Ukraine

The article is devoted to the study of the concept of transitional justice and its significance for Ukraine. The authors analysed the possibility of implementing the concept of transitional justice in Ukraine. The armed conflict in Ukraine has been going on for seven years now and a huge number of cases of Human Rights violations and numerous war crimes have been recorded so far. Therefore, today one of the priorities of public policy should be to bring to justice those who committed war crimes in the context of armed conflict. Ways to solve these and other related problems are seen through the introduction of a mechanism of transitional justice.

International instruments define transitional justice as a set of processes and mechanisms associated with society's attempts to overcome the grave consequences of large-scale violations of the rule of law in the past in order to ensure accountability, justice and reconciliation. A key element of the Concept is the issue of bringing to justice those guilty of war crimes. This issue can be considered the "cornerstone" of the Concept, because the punishment of the guilty is, firstly, a means of establishing justice, and secondly, a guarantee of the impossibility of such a conflict in the future.

The main principles of the national concept of transitional justice in Ukraine there are four elements: the realization of the right to know the truth about the events of the conflict; institutional reforms as a guarantee of non-recurrence of armed conflict; measures to compensate victims of armed conflict; bringing to justice those guilty of committing the most serious crimes. For the effective implementation of the concept of transitional justice, all these elements must work together.

The concept of transitional justice is almost the only way that will not only overcome the grave consequences of the armed conflict, but also ensure the restoration of violated rights and bring to justice those responsible for the crimes. Since the Concept is a set of processes and mechanisms associated with society's attempts to overcome large-scale violations of Human Rights and International Humanitarian Law, the implementation of International Humanitarian Law and International Criminal Law into national law should also be part of such a process. It is important to learn from the experience of countries whose transitional justice strategies based on respect for human rights have paid off, to fulfill the relevant international legal obligations of the state and to recognize the relevant violations by all parties to the conflict.

Key words: human rights and freedoms, war crimes, concept, transitional justice, armed conflict, post-conflict period.

УДК 341.322.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.52

Володимир Пилипенко,
канд. юрид. наук, заслужений юрист України, адвокат,
член Європейської комісії «За демократію через право» (2013–2017 рр.)

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ДО ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ МІЖНАРОДНОГО Й НЕМІЖНАРОДНОГО ХАРАКТЕРУ В КОНТЕКСТІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

У статті досліджуються актуальні питання застосовності норм міжнародного гуманітарного права до збройних конфліктів міжнародного та неміжнародного характеру в контексті воєнних злочинів. Розкривається зміст таких юридичних категорій та понять, як «війна», «збройний конфлікт», «збройний конфлікт міжнародного характеру», «збройний конфлікт неміжнародного характеру», та аналізуються питання застосовності норм МГП в договірному, звичаєвому праві, а також у вітчизняній та зарубіжній міжнародно-правовій доктрині.

Окрема увага приділяється аналізу питань імплементації норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права в чинне законодавство України. Доводиться теза про те, що в процесі імплементації норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права в чинне національне кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство слід враховувати, що однією з важливих вимог імплементації міжнародно-правових норм є використання властивих для національної правової системи конструкцій, які не суперечать іншим її положенням та є зрозумілими для вітчизняних правозастосовних органів.

У цьому зв'язку автором аналізуються деякі положення законопроєкту України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» від 27.12.2019, який наразі готується на розгляд парламентом у другому читанні.

Резюмується, що побудова повноцінних відносин України з Міжнародним кримінальним судом та долучення до системи міжнародної кримінальної юстиції можливе лише шляхом ратифікації Римського статуту. У цьому контексті слід також брати до уваги, що побудова відносин з Міжнародним кримінальним судом за схемою тимчасової вигідності того чи іншого звернення до Суду та одночасного уникнення повноцінної асоціації з цією поважною установою закладає небезпечну основу подвійних стандартів кримінального переслідування за міжнародні злочини, у тому числі за скоєння воєнних злочинів.

Ключові слова: Римський статут, воєнні злочини, серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, збройний конфлікт, збройний конфлікт міжнародного характеру, збройний конфлікт неміжнародного характеру, звичаєві норми міжнародного гуманітарного права тощо.

Постановка проблеми. Зміни, що відбуваються останнім часом у сфері міжнародного правопорядку, об'єктивно потребують адекватної реакції міжнародного співтовариства з метою запобігання порушенням невід'ємних прав людини та нації, швидкої і постійної реакції на вчинювані міжнародні злочини. Наразі можна констатувати прогрес міжнародного права у цьому напрямі, що є результатом сформованості однієї з найважливіших його галузей – міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) та міжнародної кримінальної юстиції.

Актуальність вибраної проблематики зумовлюється також тим, що в чинному українському законодавстві, незважаючи на конституційні положення щодо пріоритету норм міжнародного права над внутрішньодержавними, наразі актуальним залишається питання щодо ступеня відповідності національного кримінального законодавства положенням МГП та міжнародного кримінального права (далі – МКП) у сфері регламентації відповідальності за вчинення воєнних злочинів.

Метою цієї статті є аналіз застосовності норм МГП до збройних конфліктів міжнародного та неміжнародного характеру, а також аналіз стану відповідності вітчизняного законодавства вимогам міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Воєнні злочини неодноразово ставали

© В. Пилипенко, 2021

предметом вивчення фахівців у галузі міжнародного права і кримінального права як в Україні, так і в інших державах. Так, питанням кримінальної відповідальності за воєнні злочини у своїх працях приділяли увагу такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як А. Х. Абашидзе, В. Ф. Антипенко, В. А. Базов, І. П. Бліщенко, М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, М. М. Гнатовський, Н. В. Дрьоміна, С. О. Загороднюк, Н. А. Зелінська, А. О. Кориневич, Ю. М. Колосов, І. О. Колотуха, Н. І. Костенко, В. М. Лисик, І. І. Лукашук, А. С. Мацко, Н. Г. Михайлов, Ф. І. Полторак, В. М. Репецький, В. П. Попович, М. І. Хавронюк, О. Р. Фісенко, В. Х. Ярмакі та ін.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, Римський статут Міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут МКС) містить своєрідний «кодекс воєнних злочинів» відповідно до норм МГП та МКП. Стаття 8 Римського статуту до першої групи воєнних злочинів відносить серйозні порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року (далі – ЖК, 1949 р.). Міжнародна природа збройного конфлікту є головною об'єктивною умовою застосування цієї групи міжнародно-правових норм. Йдеться про те, що серйозні порушення передбачають вчинення індивідом у ході міжнародного збройного конфлікту (далі – МЗК) злочинних навмисних посягань щодо осіб та майна, які перебувають під захистом чотирьох ЖК, 1949 р.

Причини виникнення війни і те, наскільки вона є виправданою, є питанням політичного характеру, яке слід розглядати окремо від об'єктивно існуючих наслідків війни в гуманітарному контексті. Тому надзвичайно важливо відокремлювати питання *jus in bello* від *jus ad bellum*. Як слушно вказують відомі зарубіжні вчені Сассолі і Був'є: «Хоча збройні конфлікти заборонені, вони відбуваються, і сьогодні визнано, що міжнародне право має враховувати цю реалію міжнародного життя, не тільки борючись з цим явищем, а й регулюючи його, щоб забезпечити хоча б мінімум людяності в цій нелюдській і беззаконної ситуації. З практичних, політичних і гуманітарних міркувань МГП, однак, повинно бути однаковим для обох воюючих сторін: як тієї, яка законно вдається до сили, так і тієї, яка вдається до сили незаконно. З практичної точки зору, інакше було б неможливо забезпечити дотримання міжнародного гуманітарного права, оскільки (принаймні, серед воюючих сторін) завжди сумнівно, яка саме з воюючих сторін використовує силу відповідно до *jus ad bellum*, а яка порушує *jus contra bellum*. Крім того, з гуманітарної точки зору, жертви конфлікту з обох сторін потребують однакового захисту, і вони необов'язково є відповідальними за порушення *jus ad bellum*, вчинене «їх» стороною» [11, с. 109-110]. Як відомо, МГП, або право збройних конфліктів, – це галузь міжнародного права, норми і принципи якої обмежують застосування насильства під час збройних конфліктів, висуваючи такі вимоги: а) щадити тих, хто не бере або припинив брати безпосередню участь у воєнних діях; б) обмежувати насильство обсягом, необхідним для досягнення мети конфлікту, а вона може полягати (незалежно від причин, через які конфлікт розпочався) лише у тому, щоб послабити військовий потенціал супротивної сторони [22, p. 93]. Основними джерелами МГП є міжнародні договори та міжнародні звичаї. Міжнародний договір – головне джерело МГП починаючи з третьої чверті XIX століття, коли розпочався процес кодифікації законів і звичаїв війни. Закони та звичаї війни – юридичний термін, що означає ті аспекти міжнародного права, які описують право на ведення війни (Jus ad bellum) та норми військової поведінки під час бойових дій (Jus in bello або МГП) [12]. Наразі МГП є однією з найкраще забезпечених конвенційним матеріалом галузей міжнародного права. Важливо відзначити дуже високий рівень прийняття державами на себе зобов'язань за багатосторонніми договорами з МГП. Так, до ЖК I-IV, 1949 р. приєдналися всі без винятку держави світу. Міжнародний звичай також залишається одним з головних джерел МГП, успішно доповнюючи навіть дуже детальне та розгалужене договірно-правове регулювання. Значення звичаєвих норм особливо важливе для сфер, які недостатньо врегульовані конвенціями, зокрема, у випадку НМЗК, договірне регулювання яких за кількістю норм та їх деталізацією значно поступається регулюванню МЗК. До звичаєвого МГП нерідко звертаються міжнародні судові установи (Міжнародний Суд ООН, міжнародні кримінальні трибунали) [2, с. 2-3].

Отже, МГП спеціально призначене для регулювання збройних конфліктів. Як таке воно містить докладні положення, що регулюють засоби і методи ведення війни і захист осіб та об'єктів, які потрапляють у владу воюючої сторони. Як тільки починається збройний конфлікт, будь-яка дія, що вчиняється з причин, пов'язаних з цим конфліктом, має відповідати нормам МГП. З іншого боку, МГП не застосовується до зіткнень всередині країни, які не досягають порогу збройного конфлікту, або до ситуацій внутрішніх заворушень і напруги, таких як бунти, ізольовані

і спорадичні акти насильства та аналогічні дії, які не є збройним конфліктом (Додатковий протокол II (стаття 1 (2) (далі – ДП II)). Тому за відсутності збройного конфлікту будь-які розбіжності між державами і будь-які питання захисту осіб повинні вирішуватися відповідно до права, що застосовується у мирний час. Незважаючи на серйозні правові та гуманітарні наслідки збройного конфлікту, договірне право не дає повного і точного визначення того, що саме слід розуміти під поняттям «збройний конфлікт». Тому тлумачення і роз'яснення цього поняття залишається значною мірою справою практики держав, міжнародного прецедентного права і вчених-юристів [9, с. 63].

У договірному МГП розрізняються два типи збройних конфліктів: a) міжнародні збройні конфлікти між двома або кількома державами і b) неміжнародні збройні конфлікти, що відбуваються між державами і недержавними збройними групами або тільки між такими групами. Ця дихотомія є скоріше результатом політичної історії, а не військовою необхідністю або потребою в гуманітарному плані. Впродовж століть суверенні держави регулювали свої відносини як у мирний час, так і під час війни за допомогою договорів і звичаю, традиції, заснованої на взаємному визнанні національного суверенітету і міжнародної правосуб'єктності [9, с. 63-64].

Міжнародно-правове визначення терміна «міжнародний збройний конфлікт» міститься в ст. 2, загальній для всіх чотирьох ЖК, 1949 р. (Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (I) [7], Конвенції про поліпшення долі поранених, хворих осіб, що зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі (II) [8], Конвенції про поводження з військовополоненими (III) [4], Конвенції про захист цивільного населення під час війни (IV) [6]). Під міжнародним збройним конфліктом розуміється збройне зіткнення, що виникає «між двома або декількома високими договірними сторонами». Класичною формою збройного конфлікту є міжнародний за своїм характером конфлікт, який відбувається між двома або кількома державами. Договірне право доповнюється багатим зведенням звичаєвого МГП.

Міжнародні збройні конфлікти – це збройні зіткнення між двома або кількома державами. Традиційно держави висловлювали свої ворожі наміри (animus belligerendi) за допомогою офіційного оголошення війни, що ipso facto створювало політичний стан війни і служило підставою для застосування права війни (jus in bello) у відносинах між ними, навіть у разі відсутності відкритих військових дій. Отже, традиційне право війни ширше, ніж МГП, оскільки воно включає в себе не тільки гуманітарні норми, а всі норми, що регулюють відносини між воюючими державами. Водночас традиційне право війни вужче, ніж МГП, оскільки воно застосовується тільки під час офіційного стану війни між державами, а МГП встановлює мінімальні стандарти гуманності, які застосовуються під час будь-якого збройного конфлікту, незалежно від існування політичного стану війни. Подібні означення загалом характерні і для представників доктрини міжнародного права. Так, наприклад, Г. Мєлков вважає, що МЗК – збройна боротьба між державами, між національно-визвольним рухом і колонізатором, між окупантом і населенням окупованої території [10, с. 568]. К. Семс вважає, що МЗК є конфліктом, за якого держава застосовує зброю проти іншої, незалежно від причин або інтенсивності конфронтації [21, p. 62]. МТКЮ запропонував загальне визначення МЗК. Так, у справі Душка Тадича МТКЮ заявив про його існування тоді, «коли є застосування збройної сили між державами» [18]. Це визначення було запозичене й іншими міжнародними судовими інституціями. Як зазначає Д. Шиндлер, «про існування збройного конфлікту за змістом статті 2 Женевських конвенцій завжди можна стверджувати при зіткненнях збройних сил двох держав. <...> Будь-який вид використання зброї між двома державами веде до початку дії положень конвенції» [24, p. 131]. Ж. П. Гассер пояснює, що «будь-яке використання військової сили однією державою проти території іншої веде до необхідності застосування Женевських конвенцій у відносинах між цими державами. <...> При цьому нема значення, чи держава, що зазнала агресії, опирається їй» [16, p. 510-511]. Вітчизняний вчений С. Безкоровайний справедливо зауважує: «Щоб вважати протистояння сторін міжнародним збройним конфліктом, необов'язкове «досягнення» певного мінімального рівня насильства або бойових дій між державами. Збройне протистояння сторін може бути не масштабне, досить навіть просто оголошення війни» [1, с. 122]. Разом із тим МЗК може бути і не оголошений (саме таку гібридну війну РФ веде проти України). Після Другої світової війни виникли десятки збройних конфліктів, але, як правило, їх не оголошували. Більше того, як зазначає професор О. В. Задорожній, окремі збройні конфлікти відбувалися при збереженні дипломатичних і договірних відносин. Як відомо, ухвалене Генеральною Асамблеєю ООН у 1974 р. «Визначення агресії» кваліфікує

низку дій як акти агресії незалежно від оголошення війни [26, p. 4].

Таким чином, війна між державами стає лише окремим прикладом МЗК. Якщо ж аналізувати юридичну причину вибору виразу «збройний конфлікт», то пропонуємо звернутися до статті 2, спільної для всіх ЖК 1949 р., в якій ідеться про те, що вищевказані Конвенції застосовуються не лише «у випадку оголошеної війни», але й у «випадку <...> будь-якого іншого збройного конфлікту». Це ще раз підтверджує, що поняття «збройний конфлікт» є ширшим за поняття «війна» і, загалом, виправдовує ту перевагу, яка надається цьому терміну в багатьох міжнародно-правових актах, що регламентують питання захисту жертв збройних конфліктів, а також обмеження чи заборону засобів і методів ведення збройної боротьби. Зауважимо також, що в ЖК і ДП I, II до них не міститься визначення «збройного конфлікту», хоча МГП починає діяти саме з моменту, коли має місце збройний конфлікт. На думку Ж. Пікте, будь-які розбіжності, що виникають між державами і призводять до втручання збройних сил, є збройними конфліктами [19, p. 23]. Окрім того, своє розуміння сутності збройного конфлікту висловив МТКЮ, розглядаючи справу Душка Тадича: «Збройний конфлікт має місце тоді, коли держави вдаються до сили й коли відбувається тривалий збройний конфлікт між урядовими силами й організованими озброєними групами або між такими групами всередині однієї держави» [24]. Це визначення певною мірою потребує деяких застережень залежно від того, про який конфлікт ідеться – МЗК або НМЗК.

Як зазначається в зарубіжній міжнародно-правовій літературі, немає потреби в тому, щоб будь-який орган влади вирішував, чи існує збройний конфлікт або чи необхідно застосовувати МГП [20, p. 161]. Оцінка воюючих сторін щодо ситуації, справді, може мати неприйнятні наслідки щодо доступу до гуманітарної допомоги або ефективного захисту жертв збройних конфліктів. Якщо сторони відмовляються визнати, що МГП застосовується, вони можуть використовувати цей аргумент для того, щоб відмовити гуманітарним установам у доступі до території, де є люди, постраждалі від збройного конфлікту.

Визначення того, коли МГП починає застосовуватись, може виявитися складним завданням. На нашу думку, МГП, що застосовується до МЗК, вступає в дію, як тільки одна держава використовує силу на території іншої держави без згоди останньої, *за умови, що насильство має колективний характер, незалежно від виду об'єктів або осіб, на яких націлений.* Таке насильство може мати форму виключно захоплення. Не потрібно оцінювати інтенсивність насильства, щоб визначити, що дану ситуацію можна кваліфікувати як МЗК за МГП. У випадку НМЗК двома ключовими критеріями є *організація сторін конфлікту та рівень інтенсивності насильства.* Ці критерії стали предметом поглибленого аналізу у прецедентному праві та юридичній літературі. Деякі суперечності випливають з тимчасового елемента «тривалості» насильства, особливо з огляду на його наслідки на початковому етапі застосування звичаєвого МГП. Питання закінчення застосування МГП має свої власні складнощі і неоднозначні моменти. Серед них велике значення має відсутність ясності щодо того, наскільки військові операції можуть вважатися закінченими. Перш за все, проблеми, пов'язані з відкладанням або не визначенням кінця застосування МГП, повинні бути більш точними, особливо тому, що вони повністю відрізняються за формою від тих, що стосуються початку її застосування.

Правовий поріг для початку МЗК чітко позначений і майже не викликає розбіжностей. Він полягає в моменті першого застосування сили між збройними силами двох держав [18, p. 32], яке кладе початок застосуванню детально розроблених положень МГП у всій їхній повноті. З огляду на те, що перша перестрілка може привести до появи поранених солдатів і полонених і до можливого попутного збитку для цивільних осіб і об'єктів, цілком логічно, що МГП має застосовуватися із самого початку збройних дій. Крім того, норми МГП, що регулюють МЗК, завжди застосовуються у разі окупації всієї чи частини території держави, навіть якщо ця окупація не зустріне жодного збройного спротиву. Такою, наприклад, була окупація Німеччиною Данії у 1940 році. Норми МГП застосовуються насамперед для того, щоб забезпечити захист цивільного населення.

Ще одна ситуація, за якої застосовуються норми МГП, призначені для регулювання МЗК, і передбачені пунктом 4 статті 1 ДП I – «збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого в Статуті ООН та в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН». Проте у зв'язку із фактичним завершенням процесу деколонізації особливого практичного значення п. 4 ст. 1 ДП I нині не має [2, с. 3-4].

У контексті досліджуваної теми варто, на нашу думку, приділити увагу й аналізу проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів країни щодо імплементації норм міжнародного кримінального права та гуманітарного права» (реєстр. № 2689 від 27.12.2019) [14], підготовленого Комітетом Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності, який наразі очікує розгляду Верховною Радою України в другому читанні. Метою законопроекту є забезпечення повноти імплементації положень МГП і МКП щодо кримінально-правового переслідування за міжнародні злочини (геноциду, злочин агресії, злочини проти людяності та воєнні злочини), а також забезпечення виконання міжнародних зобов'язань щодо запобігання юридичній та фактичній безкарності за вчинення таких злочинів. Для досягнення цієї мети законопроєктом пропонується внести зміни до Кримінального кодексу України (далі – КК України), доповнивши його новою статтею 31^1; внести зміни до статей 8, 44, 49, 68, 69, 74, 80; виключити із цього Кодексу статті 432, 433 і 435; у Розділі XX Особливої частини цього ж Кодексу передбачити особливості кримінальної відповідальності за злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку; внести зміни до частини другої статті 216, частини другої статті 297^1, пункту 20^1 Розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України, а також до частини другої статті 4 Закону України «Про застосування амністії в Україні».

Отже, проектом пропонуються суттєві зміни не лише до розділів КК України, які передбачають відповідальність за воєнні злочини та злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, а і до Загальної частини КК України, яка визначає загальні положення про караність діяння, чинність кримінального закону в часі й щодо кола осіб, застосування покарань тощо.

Як справедливо зазначається в Зауваженнях Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України, «законопроектом вводиться нова категорія – «воєнні злочини». Поняття «воєнні злочини» за наявності в кримінальному праві терміна «військові злочини» потребує, на нашу думку, додаткового розмежування як окремий вид злочинних дій. Водночас варто зазначити, що в правовому полі вживаються обидва ці терміни, що іноді обумовлено різними перекладами міжнародно-правових актів і потенційно може нести ризики правової невизначеності».

Слід зазначити, що правовідносини, що належать до сфери правового регулювання законопроєкту, регулюються у тому числі й Угодою між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014 (далі – Угода про асоціацію). Так, відповідно до ст. 8 Угоди про асоціацію, що регламентує питання МКС, Сторони мають співробітничати з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом ратифікації та імплементації Римського статуту МКС та пов'язаних з ним документів.

Як відомо, Римський статут МКС підписано від імені України 20 січня 2000 року. Після ратифікації Угоди про асоціацію у 2014 році, відповідно до якої Україна зобов'язувалася ратифікувати та імплементувати положення Римського статуту МКС та пов'язані з ним документи, і після номінального усунення конституційних перешкод щодо ратифікації цього важливого документа шляхом внесення змін до статті 124 Конституції України в 2016 році та сплину визначеного у відповідному законі трирічного терміну ратифікації Україна й дотепер не ратифікувала Римський статут.

Проте Україна, наразі так і не ставши повноправною учасницею Римського статуту МКС, вже двічі зверталася до цього органу в режимі ad hoc (14 квітня 2014 року і 8 вересня 2015 року) із заявами про визнання юрисдикції МКС щодо злочинів проти людяності і воєнних злочинів, вчинених на території України починаючи з 20 лютого 2014 року, без вказаної кінцевої дати та незалежно від громадянства осіб, що вчинили зазначені злочини. У результаті звернень до МКС на Україну повною мірою поширюються зобов'язання щодо співпраці держав-учасниць з ним, проте вона не може користуватися ані організаційними, ані процесуальними правами, що надаються Римським статутом державам, які його ратифікували. Наразі, визнавши юрисдикцію МКС, Україна має лише обов'язки щодо співпраці з Судом. Проте, ставши повноправним членом МКС, Україна отримає, крім цих обов'язків, усі права держави-члена МКС.

У процесі імплементації норм МГП та МКП в чинне національне кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство слід враховувати, що однією з важливих вимог імплементації міжнародно-правових норм є використання властивих для національної правової системи конструкцій, які не суперечать іншим її положенням та є зрозумілими для вітчизняних правозастосовних органів.

Висновки

Таким чином, з аналізу зазначеного вище можна зробити такі висновки. По-перше, будь-які збройні конфлікти в сучасних умовах глобалізації створюють значну небезпеку для всього міжнародного співтовариства. Саме тому вдосконалення механізму правового регулювання збройних конфліктів та його систематизація повинні відбуватися з урахуванням сучасних міжнародних викликів і загроз. По-друге, видається, що нині актуальним завданням органів державної влади України є приведення чинного кримінального законодавства у відповідність до норм МГП та МКП. Разом із тим побудова повноцінних відносин України з МКС та долучення до системи міжнародної кримінальної юстиції можливе лише через ратифікацію Римського статуту МКС. У цьому контексті слід також враховувати, що побудова відносин з МКС за схемою тимчасової вигідності того чи іншого звернення до МКС та одночасного уникнення повноцінної асоціації з цією поважною міжнародною судовою інституцією закладає небезпечну основу подвійних стандартів кримінального переслідування за міжнародні злочини, у тому числі за скоєння воєнних злочинів.

Список використаних джерел:

1. Безкоровайний С. Види збройних конфліктів та їх правове регулювання. *Юридична наука*. 2014. № 3. С. 116-126.

2. Гнатовський М.М. Повага до прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні. Застосування судами норм міжнародного гуманітарного права та стандартів захисту прав людини. К., 2017. 22 с. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Report_Respect-for-HR-in-Conflict_Gnatovsky_UKR.pdf (дата звернення: 12.02.2021).

3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II) від 08.06.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/main/995_200 (дата звернення: 12.02.2021).

4. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153 (дата звернення: 12.02.2021).

5. Звичаєві норми міжнародного гуманітарного права / передм. Т.Р. Короткий, Є.В. Лук'янченко ; вступ. стаття М.М. Гнатовський. Одеса : Фенікс, 2017. 40 с.

6. Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154 (дата звернення: 02.02.2021).

7. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151 (дата звернення: 02.02.2021).

8. Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152 (дата звернення: 02.02.2021).

9. Международное гуманитарное право. Общий курс. МККК. / Нильс Мельцер Координатор проекта Этьен Кустер.: URL: file:///C:/Users/User_UA/Downloads/4231_005_ihl_textbook_by_melzer_web.pdf (дата звернення: 10.02.2021).

10. Мелков Г. Международное право в период вооруженных конфликтов. *Международное публичное право* / под ред. К. Бекяшева. М., 2003.

11. Сассоли М., Бувье А.А. Правовая защита во время войны. МККК, 2008–2009.

12. Семенов В. С. Закони та звичаї війни. *Юридична енциклопедія* : в 6-ти т. / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 2 : Д – Й. 744 с.

13. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26.06.1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/main/995_010 (дата звернення: 12.02.2021).

14. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (реєстр. № 2689 від 27.12.2019). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (дата звернення: 12.02.2021).

15. David E. Principes de droit des conflicts armes. Bruxelles: Bruylant, 1994.

16. Gasser H. P. International Humanitarian Law: an Introduction, in: Hurnanity for A11: the International Red Cross and Red Crescent Movement, H. Haug (ed.) / PauI Haupt Publishers, Berne, 1993.

17. ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 OctoUer 1995, para. 70.

18. Jean Pictet Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952.

19. Jean Pictet, Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War (hereinafter Commentary on GC III), ICRC, Geneva, 1958.

20. Julia Grignon.The beginning of application of international humanitarian law: Adiscussion of a few challenges. *International Review of the Red Cross* (2014), 96 (893), p. 161.

21. Sams K. Involvement of the Peace Operation as the Party to the Armed Conflict / OdelIo M., Piotrowicz R. International Military Missions and International Law. Martinus Nijhoff PuЬlishers, 2011. 308 p.

22. Sassòli M., Bouvier A., Quintin A. How Does Law Protect in War? 3rd edition. Volume I. Geneva: ICRC, 2011.

23. Schindler D. The different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols 1/ RCADI – Vol. 163. 1979.

24. TPIY. Prosecutor v. Tadic, case № IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decisions on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 70.

25. Vite S. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International review of the Red Cross*. Vol. 91 Number 873. March 2009.

26. Wilmshurst E. Definition of Aggression. *United Nations*. 2008.

Volodymyr Pylypenko. The application of the rules of international humanitarian law to international and non-international armed conflicts in the context of armed crimes

The topical issues of the applicability of international humanitarian law to armed conflicts of international and noninternational character in the context of war crimes are explored in the article. The content of such legal categories and concepts as "war", "armed conflict", "armed conflict of international character", "armed conflict of noninternational character" is revealed and the issues of applicability of IHL norms in international conventional and customary law as well as in domestic and foreign doctrine of international law are analyzed. Special attention is paid to the analysis of the international humanitarian law and international criminal law implementation in the current legislation of Ukraine. It is argued that in the process of international humanitarian law and international criminal law implementation in the current national criminal and criminal procedure legislation should be taken into account that one of the important requirements for the implementation of international law is the use of structures peculiar to the national legal system, don't contradict to its other provisions and are clear to the domestic law enforcement agencies. In this regard, the author analyzes some provisions of the draft law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Implementation of International Criminal and Humanitarian Law" of 27.12.2019, which is currently being prepared for consideration by Parliament in the second reading.

It is summarized that building full-fledged relations between Ukraine and the International Criminal Court and joining to the system of international criminal justice is possible only by ratifying the Rome Statute. In this context, it should also be taken into account that building a relationship with the International Criminal Court under the scheme of temporary profitability of an appeal to the Court and at the same time avoiding full association with this respected institution lays a dangerous foundation of double standards of prosecution for international crimes, including for committing war crimes.

Key words: Rome Statute, war crimes, serious violations of international humanitarian law, armed conflict, armed conflict of an international character, armed conflict not of an international character, customary international humanitarian law, etc.

DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.3.53

Тетяна Коваленко,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри земельного та аграрного права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ Н. О. БАГАЙ «ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ»[1]

Сучасне законодавче регулювання аграрних відносин покликане забезпечити підвищення ефективності сільськогосподарського виробництва та повинне відповідати європейським стандартам, що зумовлює важливість наукового дослідження проблем розвитку аграрного законодавства. Значне оновлення аграрного законодавства призвело до істотної зміни внутрішньої структури цієї законодавчої галузі. Подальші тенденції законодавчого регулювання аграрних відносин в Україні пов'язані також із необхідністю систематизації аграрного законодавства України, розвитком та вдосконаленням окремих законодавчих інститутів, що засвідчує актуальність теми дослідження.

У монографічному дослідженні Н.О. Багай «Теоретичні проблеми розвитку аграрного законодавства України» на основі комплексного аналізу розвитку аграрного законодавства України визначено головні теоретичні засади та напрями вдосконалення вітчизняного аграрного законодавства, розроблено науково-теоретичні засади майбутньої галузевої та інституційної систематизації аграрного законодавства України, обґрунтовано практичні рекомендації щодо вдосконалення розвитку основних законодавчих інститутів, що регулюють аграрні відносини. Слід також підкреслити, що монографія підготовлена в результаті опрацювання значної кількості теоретичних джерел і нормативно-правових актів та глибокої аналітичної роботи автора. Робота характеризується комплексним характером, повнотою і структурованістю викладу, детальним обґрунтуванням власних авторських висновків.

Вибрана автором методологія відповідає рівню сучасних наукових досліджень і поставленим у роботі завданням. Монографія містить аргументоване обґрунтування теоретичних засад аграрного законодавства та напрямів його подальшого розвитку включно з рекомендаціями щодо ефективних шляхів його систематизації, спрямованими на вдосконалення законодавчого регулювання аграрних відносин. Це засвідчує доцільність використання вибраних автором у ході дослідження методів пізнання.

Структура монографії охоплює чотири розділи, що забезпечує послідовний і логічний аналіз основних наукових проблем та вирішення поставлених у роботі завдань. Крім того, монографія містить передмову, у якій подано інформацію про мету роботи, її актуальність, наукову новизну і практичне значення, та висновки, якими узагальнено аналіз теоретичних засад законодавчого регулювання аграрних відносин та напрямів вдосконалення аграрного законодавства України. Усі структурні частини монографії логічно пов'язані єдиною метою дослідження.

У першому розділі автор досліджує наукові засади аграрного законодавства та розглядає історичні періоди його розвитку. На основі проведеного дослідження виділено основні напрями наукових досліджень аграрного законодавства у різні періоди його розвитку. Досліджуючи теорію аграрного законодавства України в інтерпретації представників різних наукових поколінь та наукових шкіл, автор сформулювала основні практичні проблеми розвитку аграрного законодавства України на сучасному етапі. Особливої уваги заслуговує аналіз передумов становлення та розвитку аграрного законодавства, а також його генетичного зв'язку з іншими галузями законодавства. На основі аналізу наявних наукових підходів автор запропонувала самостійний авторський підхід до виділення етапів розвитку аграрного законодавства України, за яким пропонується виокремлювати період становлення і розвитку сільськогосподарського законодавства УРСР та період розвитку аграрного законодавства України.

[1] Багай Н.О. Теоретичні проблеми розвитку аграрного законодавства України : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В.П., 2020. 305 с.

© Т. Коваленко, 2021

Другий розділ присвячений дослідженню поняття та ознак аграрного законодавства України, його принципів, а також особливостей структури сучасного аграрного законодавства. У межах цього розділу автором сформульоване теоретичне поняття «аграрне законодавство України», охарактеризовано його основні ознаки, визначено систему принципів аграрного законодавства України та сформульовано пропозиції щодо законодавчого закріплення таких принципів в єдиному нормативно-правовому акті. Крім того, автором визначено особливості сучасної структури аграрного законодавства, охарактеризовано з урахуванням наявних наукових підходів поняття інституту аграрного законодавства. Вартими уваги є міркування вченої щодо характерних ознак сучасного аграрного законодавства України, до яких належать значне розширення структури та змісту аграрного законодавства України, загальна тенденція до поглиблення структурних зв'язків між галузевими утвореннями системи українського законодавства, визнання основною метою аграрного законодавства захист інтересів людини, селянина. Позитивно сприймаються також пропозиції Н.О. Багай щодо необхідності законодавчого закріплення системи міжгалузевих і галузевих принципів аграрного права і законодавства.

У третьому розділі монографії аналізуються особливості розвитку основних інститутів аграрного законодавства. Зокрема, розглянуто особливості законодавчого закріплення державної аграрної політики та державної підтримки сільського господарства України, проаналізовано розвиток законодавства про правове становище суб'єктів аграрних правовідносин (сільськогосподарських кооперативів, колективних сільськогосподарських підприємств, фермерських господарств, державних і комунальних аграрних підприємств тощо), з'ясовано особливості законодавства про виробничо-господарську діяльність в аграрному секторі економіки, досліджено законодавче регулювання трудових відносин у сільському господарстві, проаналізовано законодавство про соціальний розвиток села та правовий статус селянина, досліджено проблеми законодавчого забезпечення охорони довкілля у сільському господарстві та екологізації аграрного законодавства. На основі аналізу розвитку окремих інститутів аграрного законодавства України автором сформульовані важливі пропозиції щодо вдосконалення законодавчого регулювання аграрних відносин. Обґрунтованими видаються судження вченої про важливість законодавчого визначення основних засад державної аграрної політики України на довгострокову перспективу, приведення заходів з державного регулювання аграрного сектору економіки України у відповідність до вимог СОТ та ЄС, пропозиції щодо вдосконалення та подальшого розвитку законодавства щодо правового статусу суб'єктів аграрних правовідносин.

У четвертому розділі автор аналізує поняття та основні форми систематизації аграрного законодавства України, а також напрями систематизації основних його інститутів. Автором сформульовано поняття та виділено форми систематизації аграрного законодавства України, проаналізовано основні напрями кодифікації цієї законодавчої галузі, а також висловлено рекомендації з приводу майбутньої систематизації окремих законодавчих інститутів, що регулюють аграрні відносини. Виняткової уваги заслуговують пропозиції вченої, що стосуються кодифікації аграрного законодавства шляхом розробки єдиного законодавчого акта, що визначатиме ключові, фундаментальні принципи і напрями регулювання аграрних відносин. Проведений комплексний аналіз питань систематизації аграрного законодавства України дав змогу автору зробити обґрунтований висновок про те, що у сучасний період реформування аграрних відносин доцільно забезпечити кодифікацію аграрного законодавства шляхом розробки єдиного законодавчого акта та узгодити основні нормативно-правові акти інститутів аграрного законодавства з галузевим кодифікаційним актом. Велике значення мають пропозиції автора щодо змісту та форми майбутнього кодифікаційного акта аграрного законодавства.

Монографія характеризується науковою обґрунтованістю та достовірністю висновків, які зроблені з урахуванням наявних наукових підходів та аналізу нормативно-правових актів аграрного законодавства. Окремі висновки автора мають дискусійний характер та можуть слугувати основою для подальших наукових досліджень проблем розвитку аграрного законодавства України. Загалом робота Н.О. Багай «Теоретичні проблеми розвитку аграрного законодавства України» має велике теоретичне значення та практичну цінність, тож може бути рекомендована науковцям та здобувачам вищої освіти і водночас може бути використана у разі розробки проєктів нормативно-правових актів та проведення систематизації аграрного законодавства.

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.